שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות

עידוד הסכמות חברתיות בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית באמצעות מערכת המשפט

מאת שחר ליפשיץ*

תוכן עניינים

מבוא 3

א. רקע כללי: בית המשפט העליון "בעין הסערה" 5

(1) המחלוקת בנושא עתירות ציבוריות 5

(2) מגבלות השיח הקיים והצורך בחלופה נוספת 8

ב. הפתרון המוצע: בניית הסכמות בחסות מערכת המשפט כחלופה להכרעה שיפוטית 10

ג. בניית הסכמות בחסות בית המשפט כחלופה להכרעה שיפוטית: ניתוח רטורי ומבט על השדה המתגבש 14

(1) הצורך במציאת חלופה להכרעת בתי המשפט ברטוריקה השיפוטית 14

(2) הפרקטיקה "ההסדרית" הנוהגת כיום בבתי המשפט 15

(3) "ידיד בית המשפט" 17

(4) הפניית הצדדים להליך משפטי חלופי 18

(5) ועדה חיצונית עצמאית בהמלצת בית המשפט 19

(6) סיכום ביניים 21

ד. בניית הסכמות באמצעות הייעוץ המשפטי לממשלה 22

* פרופ' מן המניין הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה למיכל אלברשטיין, אורי אהרונסון, אריאל בנדור, איתי בר-סימן טוב, גלעד וינר, צילי אליצור נאה, אלעד קפלן, יניב רוזנאי, דניאל שטאובר, יאיר שגיא ומשתתפי הסדנה לבניית הסכמות לנוכח הצימוד היהודי דמוקרטי באוניברסיטת בר-אילן ובאי כנס האגודה למשפט ציבורי אוניברסיטת תל אביב תשפ"ג על הערות והצעות למאמר. אני מודה למשרד המשפטים, שבהובלת המשנים ליועצת המשפטית עורך דין שרון אפק ועורך הדין גיל לימון אירחו אותי במשרד בראשיתו של המחקר בספטמבר 2022 ואפשרו לי להציג אותו ולקבל משוב מבכירי המשרד. תודה לחברי מערכת מחקרי משפט, למורה האחראי שי שטרן ולבודק האנונימי על תרומתם למאמר. לבסוף אני מודה לצוות מרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי ציפי יגלניק, אלעד קפלן והילה שפיץ על סיוע משמעותי במחקר וכן בסיוע להכנת הצעת החוק הנדונה במאמר, ולמאיה שמור מתוכנית העמיתים של מרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי על עזרתה בעריכת המאמר.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

ה. הצעת מודל לבניית הסכמות בעתירות ציבוריות בחסות בית המשפט 25

(1) לקראת חקיקת חוק הסדר התדיינויות בעניינים ציבוריים 25

(2) טרום ההליך המשפטי והכניסה לבניית ההסכמות 26

(א) סיווגו של ההליך המשפטי המוגש בפני בית המשפט ובחינת התאמתו להליך של בניית הסכמות 26

(ב) מינוי גוף בונה הסכמות 27

(ג) פגישות מידע היערכות תיאום וחקר 28

(3) שלב ניהולו של הליך בניית ההסכמות 28

(א) צירוף צדדים נוספים להליך 29

(ב) הליך בניית ההסכמות 30

(ג) מעמד המדינה ותפקיד הייעוץ המשפטי לממשלה בהליך בניית הסכמות בחסות בית המשפט 30

(ד) קיום ההליכים בתום לב והליך גילוי ועיון במסמכים 32

(ה) עיכוב הליכים 32

(4) סיומו של הליך בניית ההסכמות וההכרעה המשפטית 32

(א) סיכום ההליך והעברתו לבית המשפט 33

(ב) מתן תוקף של פסק דין להסדר בהליך בניית הסכמות 33

(ג) התחשבות בסיכום ההליך במסגרת ההכרעה השיפוטית 34

(5) סיכום הפרק 34

ו. אחרית דבר ומבט לעתיד 34

<u>תקציר</u>

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

מאמר זה מניח תשתית, רעיונית ומעשית, ליצירתו של מודל שמטרתו עידוד הסכמות בעניינים ציבוריים השנויים במחלוקת חברתית על ידי מערכת המשפט. בעשורים האחרונים מובאים שוב ושוב בפני מערכת המשפט בישראל, ובראשה בית המשפט העליון, נושאים הנוגעים לסוגיות ערכיות ורב-ממדיות השנויות במחלוקת ציבורית. משכך, שלא בטובתה, מוצאת מערכת המשפט את עצמה במרכזה של מחלוקות חברתיות וציבוריות. השיח המשפטי המקובל בישראל בעניין תפקידו של בית המשפט בהקשר זה נחלק בין שתי עמדות בינאריות: גישה אחת, המזוהה בדרך כלל עם מבקרי בית המשפט, סבורה שעל בית המשפט למשוך את ידיו מעיסוק בנושאים הללו. לפי גישה זו, הליכים אלה אינם מתאימים להכרעה שיפוטית והכרעה בהם חותרת תחת הלגיטימיות של מערכת המשפט. הגישה האחרת, המזוהה ברגיל עם תומכי בית המשפט, מבקשת להותיר את שערי בית המשפט פתוחים לצורך הגנה על זכויות מיעוטים ועל שלטון החוק. המודל המוצע במאמר מציב אפשרות שלישית, המותירה את שערי בית המשפט פתוחים אך מבקשת לעודד הסכמות על פני הכרעה שיפוטית.

המודל המוצע במאמר מקנה לבית המשפט, ובהקשרים מסוימים אף לייעוץ המשפטי לממשלה, כלים פרוצדורליים ומהותיים על מנת להביא לפתרונות מבוססי-הסכמה בהליכים משפטיים הנוגעים לסוגיות ערכיות ורב-ממדיות השנויות במחלוקת ציבורית ואשר עניינם חורג מגדרו של נסיבותיו הפרטניות של הסכסוך הנקודתי שהובא בפניו. היבטיו הרעיוניים והמעשיים של מודל בניית ההסכמות מבוססים על הספרות האקדמית בתחום הגישור ויישוב סכסוכים, אגב התאמתם למאפייניו הייחודיים של המשפט הציבורי ולאתגרים המיוחדים הנלווים לו ובכללם, שילוב קולות נוספים מעבר לצדדים הפורמליים להליך, הבניה של דרכי התקשורת בין הקולות הללו והצורך בפיקוח ציבורי על תוצרי ההליך. המאמר לא יסתפק בדיון תאורטי עקרוני גרידא, והוא יניח אדנים למודל מקיף, שאותו יש להסדיר בחקיקה, אשר יאפשר למערכת המשפט לעודד בניית הסכמות בעניינים ציבוריים, בחלקים שונים של ההליך המשפטי-ציבורי.

מבוא

מאמר זה מציג הצעה ליצירת מודל משפטי, שיעוגן בחוק, אשר מטרתו עידוד הסכמות בעניינים ציבוריים השנויים במחלוקת חברתית על ידי מערכת המשפט. המודל יקנה לבית המשפט העליון, ובהקשרים מסוימים אף לייעוץ המשפטי לממשלה, כלים נדרשים לעידוד פתרונות מבוססי-הסכמה בהליכים משפטיים בעלי אופי ציבורי, הנוגעים לסוגיות ערכיות ורב-ממדיות השנויות במחלוקת ציבורית ואשר חורגות מגדרו של סכסוך נקודתי. במצב המשפטי הקיים לא קיימת מסגרת חוקית מובנית המאפשרת לבתי המשפט להביא להסכמה את בעלי הדין המקוריים, כמו גם צדדים רלוונטיים נוספים שלא היו חלק מהעתירה המקורית, תוך שימוש

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

בכלים מעולם בניית ההסכמות והסתייעות בגופים המתמחים בהליכי גישור ובבניית הסכמות. המודל המוצע יאפשר לבית המשפט להפנות את הצדדים למנגנון של בניית הסכמות אגב התחשבות במכלול ההיבטים הנוגעים לסוגיות ציבוריות וצירופם של גופים נוספים המייצגים את הצדדים הרלוונטיים לסוגיה הנדונה, במטרה להגיע לפתרון מוסכם. המנגנון המוצע מבקש להרחיב את המגמה המשפטית הקיימת כיום, שמעודדת בניית הסכמות בסכסוכים משפטיים, אל זירת המשפט הציבורי בישראל. ההצעה מבקשת לצמצם את הצורך בהכרעה משפטית בהליכים משפטיים שנוגעים לסוגיות ציבוריות אשר מאופיינות במורכבות וברגישות חברתית. למצער מבקשת ההצעה לטייב את דרך ההכרעה בעניינים אלו גם במקרים שבהם לא הושגה בסופו של דבר הסכמה מלאה, כל זאת מתוך הבנת החשיבות של קבלת הכרעות בעניינים ציבוריים על ידי שמיעת קולות מגוונים ושימוש במתודולוגיות של גישור ובניית הסכמות.

בפרק הראשון אתאר את המצב הקיים שבמסגרתו סכסוכים הנוגעים במחלוקת ציבוריות מובאים באופן תדיר לפתחה של מערכת המשפט ואת המחלוקת הקיימת בשיח הציבורי בנושא זה: מצד אחד, גישה אשר מבקשת לשנות את המצב הקיים ותומכת בצמצום שעריו של בית המשפט והגבלת התערבותו במחלוקות בעלות אופי ציבורי באמצעות קביעת תנאי סף, כגון צמצום של זכות עמידה ועילות ההתערבות והרחבתו של חסם השפיטות; מן הצד האחר, גישה המבקשת להותיר את המצב הקיים על כנו ואף להרחיב את עיסוקו של בית המשפט בעתירות ציבוריות מטעמים של הגנה על שלטון החוק ועל זכויות הפרט. אנתח את הקשיים שמעוררות שתי הגישות ואת הצורך בחלופה נוספת.

בפרק השני תוצג החלופה שעניינה **בניית הסכמות בחסות בית המשפט כחלופה להכרעה שיפוטית**. הצעה זו מותירה את שערי בית המשפט פתוחים ובה בעת מציגה כלים משפטיים שיאפשרו לו להימנע מהכרעה שיפוטית וחלף זאת לעודד בניית הסכמות חברתיות בחסות בית המשפט. תהליך בניית ההסכמות יכלול הן את הצדדים המקוריים בתיק והן צדדים נוספים. התהליך המוצע יתבסס על מתודולוגיות שהתפתחו בתחום הגישור ובניית ההסכמות, ילווה על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה ויפוקח על ידי בית המשפט. בפרק ייבחנו היתרונות של הגישה על פני החלופות הקיימות לצד התמודדות עם ביקורת אפשרית כלפיה.

בפרק השלישי יומחש האופן שבו, בניגוד לחשש שלפיו עידוד הסכמות חותר תחת מעמדה של מערכת המשפט, בתי המשפט עצמם מביעים את הצורך בפיתוח חלופה להכרעות שיפוטיות בעניינים ציבוריים, תוך שהם מדגישים את יתרונות ההסדר המוסכם על פני ההכרעה המשפטית. כהמשך לכך יוצגו פרקטיקות וכלים שפותחו בעבר על ידי בית המשפט ונועדו להרחיב את מגוון הקולות המובאים בפני בתי המשפט ולהוביל את הצדדים להסכמה. הדיון בפרק זה יבהיר מדוע הכלים הקיימים אינם מספיקים ומדוע יש צורך במודל חדש ומקיף להסדרת הסוגיה.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

בפרק הרביעי יוצגו אפשרות של שימוש במנגנוני בניית הסכמות בהובלת הייעוץ המשפטי לממשלה בהקשרים משפטיים שונים, לצד הצורך בהרחבת השימוש בכלים הללו והסדרתו.

בפרק החמישי יונחו אדנים למודל מקיף, שאותו יש להסדיר בחקיקה, אשר יאפשר לבית המשפט לעודד בניית הסכמות בעניינים ציבוריים.

אחרית הדבר של מאמר זה – המשלבת מבט אישי-רפלקטיבי על המאמר שהוכן ונשלח לפרסום לפני קרוב לשנה, בטרם אירועי השנה האחרונה ובראשם הרפורמה/מהפכה משפטית, המחאה והקרע הפנימי וכמובן מלחמת "חרבות ברזל" – תשלים את המאמר.

א. רקע כללי: בית המשפט העליון "בעין הסערה"

(1) המחלוקת בנושא עתירות ציבוריות

מערכת המשפט בישראל, ובראשה בית המשפט העליון, נאלצת להתמודד לעיתים קרובות עם סוגיות טעונות בעלות אופי ציבורי, אשר מעוררות מחלוקת ציבורית ערכית ורב-ממדית. סוגיות אלו, שמאופיינות במורכבות וריבוי של אינטרסים וצדדים, מעוררות לא פעם סערה ציבורית, הואיל ולהכרעה בהן יש השלכות משמעותיות מבחינה ציבורית. במקרים רבים סוגיות אלו מעמידות את בית המשפט העליון ואת המערכת המשפטית בכללותה במרכזן של מחלוקות המטלטלות את השיח הציבורי.[1] כך, בשנים האחרונות הגיעו לפתחו של בית המשפט עתירות ציבוריות בנושאים כגון: הכנסת חמץ לבתי החולים ולבסיסי צה"ל בפסח;[2] הפרדה מגדרית באקדמיה בקורסי הכשרה מטעם המדינה ובאירועים תרבותיים;[3] תוקפו של גיור לא ממסדי

---

[1] ראו למשל: יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 5 (גביזון, קרמניצר ודותן עורכים התשע"ט) (להלן: דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ"); מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 34-37 והדוגמאות הרבות המובאות בספר (2019) (להלן: מאוטנר **הליברליזם בישראל**); עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ** (2020), הדוגמאות שם ובפרט בעמ' 248-262; שמחה רוטמן **מפלגת בג"ץ** (2019), והדוגמאות המתוארות בפרקים א-ב, ד-ה; מנחם מאוטנר "שנות השמונים - שנות החרדה" **עיוני משפט** 26(2) 645-736 (2002); יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל** 202-206 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2021). דוגמאות לביקורת בתקשורת כלפי בית המשפט העליון ובנושא האקטיביזם השיפוטי, ראו למשל: אמיר בן דוד "העליון הוא כת סגורה. הפרקליטות מקולקלת" (28.1.2020) https://www.zman.co.il/76890/; יעקב ברדוגו "פעם אחר פעם: שופטי בג"ץ מסרבים להפנים ביקורת" **ישראל היום** (17.4.2020) https://www.israelhayom.co.il/opinion/752275; טובה צימוקי "מהפכה או הפיכה: המתח שבין בית המשפט העליון לכנסת" **ynet** (22.8.2020) https://www.ynet.co.il/news/article/ByhAd4mzP.

[2] ראו בג"ץ 1550/18 **עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות** (נבו 30.4.2020), שבו נקבע כי הפרקטיקה של איסור הכנסת חמץ לבתי החולים במהלך ימי חג הפסח אינה בסמכותם; וכן בג"ץ 8420/21 **אלנקווה נ' צבא הגנה לישראל** (נבו 11.2.2024), שבו דחה בית המשפט עתירה כנגד האיסור על אחזקת חמץ וצריכתו בבסיסי צה"ל במהלך ימי חג הפסח.

[3] בג"ץ 6500/17 **תירוש נ' המועצה להשכלה גבוהה** (נבו 15.1.2018); וכן ראו נטע ברק-קורן "החברה החרדית והאקדמיה הישראלית: בחינה מחודשת של עמדות הציבור החרדי כלפי לימודים אקדמיים" **משפטים** מט 677 (התשע"ט).

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

לצורך חוק השבות;[4] גיוס חרדים לצבא;[5] מדיניות ההגירה של ישראל בהקשרים שונים[6] ועוד. חלק מעתירות אלו מוגשות לבתי המשפט באמצעות עותרים ציבוריים אשר אינם מושפעים באופן ישיר מתוצאותיה של העתירה. גם כאשר הן מוגשות על ידי נפגעים ספציפיים, הן מנוהלות בדרך כלל על ידי עותרים ציבוריים או גופים המתמחים בהגשת עתירות כאלה וניהולן (להלן: "עתירות ציבוריות").[7] לנוכח הרחבתה ההדרגתית של זכות העמידה בישראל מאז שנות השמונים, צמצום תנאי הסף של השפיטות ועלייתה של עילת הסבירות, התרחב תפקידו של בית המשפט גם לדיון בתיקים שעוסקים בשאלות של מדיניות ציבורית, אשר חורגים מגדרו של סכסוך נקודתי ויש להם השפעה פוליטית, חברתית וציבורית.[8]

סביב עתירות אלו נשמעת לא פעם ביקורת ציבורית שלפיה בית המשפט אינו בהכרח הפורום המתאים להתמודדות עם חלק מהסוגיות הציבוריות (Lack of Adequacy), הואיל וסוגיות אלו דורשות בירור של התשתית העובדתית לצד שימוש בסעדים ובפתרונות יצירתיים ארוכי טווח שלא תמיד מצויים בידי בית המשפט.[9] נוסף על כך, חלק מהמלומדים מצביעים על חסרונותיו של ההליך המשפטי האדוורסרי,[10] שעלולים גם הם להקשות את עיסוק בסוגיות בעלות אופי ציבורי, כגון ארסנל הסעדים המונח בסלו של בית המשפט ומוגבל לסעדים המשפטיים המקובלים והיעדר כלים מתאימים לגיבוש מדיניות חברתית כוללת, וכן עצם הבנייתו של ההליך האדוורסרי, החותר להכרעות בינאריות וחד-ערכיות בסכסוך הקונקרטי בין הצדדים הקונקרטיים. במובן זה, בית המשפט אינו יכול להכריע במחלוקות ציבוריות או להתוות מדיניות

---

[4] בג"ץ 7625/06 **רגצ'ובה נ' משרד הפנים** (נבו 31.3.2016) (להלן: פרשת **רגצ'ובה**); בג"ץ 11013/05 **דהן ואח' נ' שר הפנים** (נבו 3.1.2021) (להלן: פרשת **דהן**).

[5] ראו בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת ואח'** (נבו 8.7.2021), זהו הבג"ץ האחרון בשרשרת של פסיקות שעסקו בנושא. ראו בהקשר זה גם: בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הבטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988); ראו גם בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1999); וכן בג"ץ 6198/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון** (נבו 26.2.2024), אשר עניינו עדיין תלוי ועומד בפני בית המשפט בעת כתיבת שורות אלו, אך בית המשפט הוציא במסגרתו צו ביניים ביום 26.2.2024 המונע "הפחתה של תקופת שירות או כל תקופה רלוונטית אחרת לעניין גיוסם ושירותם של בני ישיבות", וצווים נוספים שעניינים העברות כספים לצורך תמיכה במוסדות תורניים טרם הוכרעו.

[6] ראו בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (נבו 16.9.2013), בנושא שאלת חוקתיותו של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראות שעה) התשע"ב-2012. התיקון מאפשר להחזיק במשמורת מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש על ידי שר הביטחון לתקופה של שלוש שנים; אף בנושא זה מדובר בהליך שלישי מתוך סדרה של הליכים משפטיים שעסקו בעניין; בהקשר שונה ראו בג"ץ 1765/22 **משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים** (נבו 3.7.2022), העתירה עסקה בעניין המתווה שקבעה שרת הפנים לעניין כניסתם של אזרחי אוקראינה לישראל לנוכח המלחמה בין רוסיה לאוקראינה.

[7] עותרים ציבוריים הם ארגונים חברתיים, לרוב ללא מטרת רווח, המגישים עתירות בנושאים שונים בשם אינטרסים חברתיים וציבוריים כלליים או בשם קבוצה של נפגעים. ראו למשל: ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם השערים ננעלו?" **משפטים על אתר** ו 35, 36 (התשע"ג).

[8] כיום יכול לעתור לבג"ץ גם עותר שלא נפגע באופן אישי, ממשי וישיר. להרחבה בנושא זכות העמידה ראו למשל: דותן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11-13; כן ראו בג"ץ 217/80 **סגל נ' שר הפנים**, פ"ד לד(4) 429 (1980). עד לשנות השמונים הגישה המקובלת בבית המשפט העליון הייתה כי על העותר הציבורי להוכיח שנפגע מפעולת הרשויות באופן אישי, ייחודי, ממשי וישיר על מנת שתוכר זכותו לפנות לבית המשפט. דוגמה לכך ניתן למצוא בפרשת בקר: בג"ץ 40/70 **בקר נ' שר הבטחון**, כד(1) 238 (1970); בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988).

[9] ראו דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 1, בעמ' 17-20; Keren Azulay, *Knights of the Round Table: Participant Selection Mechanism for Court-Related Deliberations*, 40 CREIGHTON L. REV. 739 (2007) (להלן: Azulay, *Knights of the Round Table*); אורי אהרונסון "הפרשה בעניין כביש בר-אילן כמשבר מוסדי" **בג"ץ והחרדים** (חיים זיכרמן וגדעון ספיר עורכים 2023) (להלן: אהרונסון "הפרשה בעניין כביש בר-אילן"); וכן ראו אורי אהרונסון "אי קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי" **משפט ועסקים** יט 1271 (2017). על ההיבט העובדתי בפסיקות בג"ץ ראו גם יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" **משפט וממשל** א 295,322 (1992).

[10] יצחק זמיר "גישור בעניינים ציבוריים" **משפט וממשל** ז 119, 121 (2004) (להלן: זמיר "גישור בעניינים ציבוריים"); להבחנה בין שיטת המשפט האדוורסרית לשיטה "המשפטיפולית" ראו למשל: משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה** (1986); הילה מלר-שלו "'המרחב ה'משפטיפולי': מופעי המפגש בין ה'משפטי' ל'טיפולי' בעבודת יחידות הסיוע ובתי המשפט לענייני משפחה" **המשפט** כג 87, 92-95 (2017); כן ראו ארנה רבינוביץ-עיני "בתי משפט פותרי בעיות ובעיית האחריותיות: לקחים ממיסוד הליך הגישור" **מחקרי משפט** כו 517, 537 (2010) (להלן: רבינוביץ-עיני "בתי משפט פותרי בעיות").

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

בנושאים רחבים המבטאים מחלוקת זהותית רבת-פנים.[11] ביקורת נוספת מצביעה על האיום החברתי של פגיעה בלגיטימציה של בית המשפט הנובעת מהכרעה שיפוטית בסוגיות בעלות אופי ציבורי הדורשות הכרעה ערכית בנושאים שבנוגע אליהם מתקיימת מחלוקת חברתית (Lack of Legitimacy).[12] לצד הביקורת הטקטית בעניין זה, המבקרים סבורים כי גם ברמה המהותית על הציבור להיות מעורב בניסוח הטיעונים ובבחינת הפתרונות.[13]

היבט ביקורתי נוסף ממוקד בכך שמנגנון העותר הציבורי כשלעצמו עלול להחמיר את הבעיה בכך שהוא פועל מטעם ארגון חברתי שאינו מייצג בהכרח את כל בעלי העניין בסוגיה והייצוג שלו מוגבל וחלקי.[14] עוד נטען בהקשר זה כי במסגרת שיקוליו, העותר הציבורי מעניק משקל רב להשגת הכרעה שיפוטית בתיק, ובכך הוא מעודד התדיינות והכרעה משפטית אשר מביאה בסופו של דבר להסלמה ולליבוי של הסכסוך במקום להביא לפתרונו בדרך של פשרה.[15] לפי גישות אלו, ראוי לצמצם את התערבותו של בית המשפט במחלוקות בעלות אופי ציבורי, בין היתר, באמצעות קביעת תנאי סף גבוהים יותר, כגון צמצום זכות עמידה וצמצומן של עילות ההתערבות הרחבות שפותחו במשפט המנהלי, כגון שפיטות, מתחם סבירות,[16] שיקול הדעת העומד לרשות הרשויות ועוד.[17]

מנגד, בשיח המשפטי קיימת גם גישה הפוכה, אשר תומכת במגמה הנוהגת כיום ומעודדת את התערבותו של בית המשפט בעתירות ציבוריות ובקביעת מדיניות ציבורית. על פי גישה זו, פתיחת שעריו של

---

[11] ניר קידר **משפט כחול לבן: זהות ומשפט בישראל מאה שנים של פולמוס** 17-18 (2017). המחבר מסביר, בין היתר, כי לא ניתן לתרגם שאלות של זהות ותרבות לסוגיות בינאריות. לדבריו מדובר בסוגיות שאינן שפיטות ובית המשפט כמוסד אינו מתאים לצורך הכרעה בעניין. המחבר מפנה כדוגמה לפרשת שליט: בג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477 (1970), שעסק בשאלה "מיהו יהודי". קידר מצביע על כך שבמקרה זה נמנעו השופטים מלדון בשאלה לגופה, הואיל ומדובר בשאלות של זהות שנוגעות לרוב הישראלים והיהודים מחו"ל, אשר אינה ניתנת להכרעה בינארית. במקום זאת, השופטים בחנו שאלה צרה בנושא סמכותו של פקיד הרישוי במשרד הפנים לרשום או לסרב לרשום אדם כיהודי; אהרן גרבר **זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל** 5, 21 ו- 29 (2019) (להלן: גרבר); כן ראו: GERALD ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2nd ed. 2008); לדיון בגישה זו והסתייגות ממנה ראו אפי מיכאלי "העותר הציבורי ובית-המשפט: מסקנות מפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר" **מעשי משפט** ג 163, 165-166 (2010).

[12] להרחבה ראו למשל: רות גביזון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 70 (גביזון קרמניצר ודותן עורכים התש"ס); מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 98-101. המחבר מצביע על כך שבמשך שנים בית המשפט מתעלם משאלת הלגיטימציה שלו אגב יצירת דוקטרינות שתאפשרנה התערבות בפעולת הממשלה, הכנסת, המנהל הציבורי ועוד; דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 1 בעמ' 17-18.

[13] Azulay, *Knights of the Round Table*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 739.

[14] גרבר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 31.

[15] גרבר, שם. המחבר מסביר כי הגשת עתירה שלא באמצעות הנפגע הישיר אלא על ידי גורם שלישי עלולה שלא לדייק בעובדות ואף להכפיף את האינטרס של הנפגע הישיר למטרותיו של העותר הציבורי; כן ראו יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל** המכון הישראלי לדמוקרטיה 196, 202 (2021) (להלן: רוזנאי).

[16] יצוין כי סוגיית הסבירות מעוררת גם עניינים נוספים שהם מעבר לעניינו של המאמר הנוכחי, ובכללם הביקורת על מינויים פוליטיים (שבאה לידי ביטוי לאחרונה במסגרת בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (נבו 18.1.2023), בג"ץ 8910/22 **פטרושקה נ' ח"כ נתניהו** (נבו 21.2.2024), הגבלת פעולתה של ממשלת מעבר וענייניים נוספים הנוגעים בסוגיות שהן מעבר להיקפה ומטרתה של הרשימה הנוכחית. וראו בהקשר זה את נוסחו של חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) ואת פסיקת בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.1.2024) שביטלה תיקון זה ואת הפולמוס סביב האירועים הללו.

[17] דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 1, בעמ' 7; שוקי שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" **הפרקליט** 499 (התשס"ו). המחבר מתאר, בין היתר, את הביקורת כלפי מוסד העותר הציבורי ומצביע על מגבלותיהם של בתי המשפט להכריע בסכסוכים מופשטים, תאורטיים וציבוריים ועל כך שהפורום המתאים לליבון מחלוקות אידאולוגיות הוא ההליך הדמוקרטי; להרחבה בנושא השפיטות והסבירות ראו למשל: רוזנאי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 196, 202, 205; כן ראו מנחם מאוטנר "בית המשפט העליון – שלוש תקופות: זרות, עימות, הכלה" **משפט ועסקים** י 585, 592 (התשס"ט); עומר שפירא "על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי: צעדים לשיקום האמון בבית המשפט העליון" **משפט ועסקים** יא 193 (2009); דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", לעיל ה"ש 1, בעמ' 13-15; להרחבה בנושא התפתחות דוקטרינת השפיטות בדין הישראלי ראו למשל: אהרן גרבר ושירה סולו **שפטת מרובה לא שפטת: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל** (2022).

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

בית המשפט והסרת חסמים חיוניות לצורך הגנה על שלטון החוק, זכויות אדם בכלל וזכויות מיעוטים בפרט.[18] גישה זו רואה במוסד העותר הציבורי כלי חשוב וחיוני, שמגביר את הגישה לערכאות ומאפשר שמיעה של מגוון קולות בחברה הישראלית בסכסוכים בעלי אופי ציבורי, והכרעת בית המשפט בעניינים אלו קריטית בכך שהיא מונעת פגיעה בזכויות אדם ובמיעוטים.[19] לפי גישה זו, יש ערך רב במנגנון העותר הציבורי, אשר מאפשר להעלות מחלוקות על סדר היום הציבורי באמצעות ניהולו של הליך משפטי בסוגיה, גם כאשר במסגרת התוצאה הסופית לא התקבל הסעד המבוקש באותו הליך.[20] ההנחות העומדות בבסיס גישה זו הן שהרשות השלטונית היא נאמן הציבור ומוטלת עליה החובה לקיים את הוראות החוק, כי תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא להגן על זכויות האדם ולפעול למען שלטון החוק וכי פתיחתם של שערי בית המשפט, ובכלל זה מוסד העותר הציבורי, חיונית לשם הגשמת מטרות אלו.[21] תומכי גישה זו סבורים שלבית המשפט נתונים שיקול הדעת והכלים המתאימים כדי לווסת את היקף השימוש בזכות העמידה, למנוע ניצול לרעה ולהבחין באילו עתירות ראוי לדון ואילו עתירות אינן ראויות לדיון, תוך הכרעה בתיק על בסיס אמות מידה של שוויון, מניעת אפליה ושמירה על זכויות הפרט.[22] לפי גישה זו, לזכות העמידה הרחבה ולצמצום של חסמי השפיטות יש אפוא יתרונות ברורים בהגנה על שלטון החוק ובהגנה על זכויות הפרט.[23]

(2) מגבלות השיח הקיים והצורך בחלופה נוספת

השאלה מהם תפקידו ומידת התערבותו של בית המשפט בעתירות ציבוריות מוצגת תדיר בשיח הציבורי כמאבק בין שני מחנות.[24] מצד אחד, המחנה ה"ליברלי" או ה"אקטיביסטי", שתומך במגמה הקיימת ומבקש לעודד את בית המשפט להכריע בעתירות ציבוריות; מצד אחר, המחנה ה"שמרני", אשר מבקש לצמצם את התערבותו של בית המשפט במחלוקות בעלות אופי ציבורי בטענה שיש לצמצם את ה"משפטיזציה" של החיים הציבוריים בישראל, אשר באה לידי ביטוי במעורבות שיפוטית רחבה מדי בהתמודדות עם בעיות

---

[18] על תפקידו החיוני של בית המשפט בשמירה על זכויות הפרט ובשמירה על שלטון החוק ראו למשל: קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 165-185 (גביזון קרמניצר ודותן עורכים התש"ס); כן ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 26, 70, 192, 197.

[19] ראו למשל אסתר ברק "זכות העמידה בעתירה הציבורית: מבחניה ובעיותיה" **עיוני משפט** טז(2) 393, 406 (התשנ"ב); וכן Yoav Dotan, *Public Lawyers and Private Clients: An Empirical Observation on the Relative Success Rates of Cause Lawyers*, 21 LAW & POL'y 401 (2002), שבו מפורטים ממצאיו של דותן אשר לפיהם שיעורי ההצלחה של צדדים שיוצגו בידי עורכי דין מטעם ארגונים ציבוריים נמצאו גבוהים מאלה של צדדים שיוצגו בידי עורכי דין אחרים.

[20] מיכאלי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 166.

[21] ברק, לעיל ה"ש 19, בעמ' 406.

[22] שם; רוזנאי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 201.

[23] רוזנאי, שם, בעמ' 197-200.

[24] ההבחנה בין המחנה הליברלי למחנה השמרני בהקשר של בית המשפט העליון מקורה בארצות הברית. ליישומה בהקשר הישראלי ראו למשל: גיא לוריא "הועדה לבחירת שמרנים" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (20.3.19) https://www.idi.org.il/articles/26075; שוקי שגב "הבית (משפט) תמיד מנצח: על מהפכת הנגד השמרנית בישראל" **הפורום הישראלי למשפט וחירות (2.6.2020)** https://lawforum.org.il/blog-segev-court-wins/; אלון הראל "סימפוזיון בנושא שמרנות במשפט" **ICONS** (6.3.2022) https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2022/03/06.

חברתיות ופוליטיות.[25] הקריאות לצמצום המעורבות של בית המשפט בנושאים השנויים במחלוקת ציבורית נתפסות לעיתים קרובות כהתרסה נגד בית המשפט. לעומת זאת, המבקשים להרחיב את מעורבותו בעניינים הללו או למצער המתנגדים לצמצום המעורבות, מוצגים כתומכי בית המשפט.

ואולם, המחלוקת בנושא התערבותו של בית המשפט בעתירות ציבוריות מתעלמת מן העובדה ששתי החלופות, זו אשר מבקשת שבית המשפט יכריע בעתירות הציבוריות ובעניינים השנויים במחלוקת וזו המבקשת לחסום את שעריו בהקשר לעתירות אלו, אינן מיטביות או למצער אינן ממצות את כל דרכי הפעולה האפשריות. מצד אחד, הקבוצה אשר מסתייגת מהמגמה הקיימת של הרחבת מעמדו של העותר הציבורי צריכה להכיר בכך שאין זה ראוי שבית המשפט ינעל את שעריו במצבים שבהם נפגעות זכויות מיעוטים וזכויות אדם או במקרים שבהם רשויות השלטון פועלות בניגוד לדין. יתרה מזו, הדרישה מבית המשפט שלא להתערב במחלוקות הללו מסווה את העובדה שבמקרים רבים רטוריקה של אי-התערבות היא למעשה כסות להכרעה מעשית לטובת אחד מן הצדדים במחלוקת הציבורית.[26] מצד אחר, גם הקבוצה אשר תומכת במגמה הקיימת של הרחבת מעמדו של העותר הציבורי ושל התערבות בית המשפט העליון בסוגיות בעלות אופי ציבורי צריכה להכיר בכך שמאפייניו של ההליך המשפטי האדוורסרי לא תמיד מתאימים לדיון במסגרת עתירה ציבורית המעוררת שאלות רב-ממדיות, ובמיוחד כאשר מדובר בסוגיות שלצד ההיבט המשפטי הצר מעוררות שאלות של זהות והשתייכות.[27] לכך יש להוסיף גם את החשש מפני שחיקה אפשרית במעמדו של בית המשפט העליון, פגיעה באמון הציבור ואובדן לגיטימיות לנוכח הנטייה הגוברת להעביר להכרעת בג"ץ נושאים השנויים במחלוקת ציבורית-חברתית.[28]

על רקע המגבלות של שתי החלופות הקיימות נראה כי יש צורך בבחינת חלופה נוספת, אשר תותיר את שערי בית המשפט פתוחים ותאפשר לו למלא את תפקידו בשמירה על שלטון החוק ובהגנה על זכויות הפרט ובה בעת תבקש להימנע מקבלת הכרעות בינאריות על ידי בית המשפט בהליכים אדוורסריים המנוהלים על ידי עותרים ציבוריים ובנושאים המעוררים את הקשיים שעליהם עמדתי בפרק זה. חלופה זו, שאותה אכנה **בניית הסכמות בחסות מערכת המשפט כחלופה להכרעה שיפוטית**, תאפשר הרחבה של ארסנל הכלים העומדים בפני החברה הישראלית לצורך פתרונם של סכסוכים ציבוריים ותצמצם את הצורך בהכרעות משפטיות בינאריות ככלי המרכזי להכרעה בסכסוכים הללו. עם זאת, המודל המוצע לא יביא לצמצום ההתבססות על הכרעות שיפוטיות בדרך של נעילת שעריו של בית המשפט אלא על ידי יצירת מנגנון

---

[25] ראו אמנון רובינשטיין "תהליך המשפטיזציה של ישראל" **דעת יחיד: דברים בכתב ובעל פה 1960-2001** 57-62 (2001); יצחק גל-נור "על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל" **משפט וממשל** ז(1) 355 (2004).

[26] ראו שחר ליפשיץ וגדעון ספיר "מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי? על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית" **מחקרי משפט** כב 269 (2006).

[27] ראו בהקשר זה אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" **מחקרי משפט** טז 37 (2001).

[28] רוזנאי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 204.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

חדש, שיאפשר לבית המשפט עצמו לעודד פתרונות מבוססי-הסכמה בהליכים משפטיים בעלי אופי ציבורי, במיוחד כאשר מדובר על הליכים המשקפים סכסוכים חברתיים מבוססי-זהות.

ב. הפתרון המוצע: בניית הסכמות בחסות מערכת המשפט כחלופה להכרעה שיפוטית

מימיה הראשונים מתמודדת החברה הישראלית עם מתחים ושסעים שונים – לאומיים ודתיים.[29] עם זאת, מחקר עומק שנערך לאחרונה מלמד על כך שלצד השסעים והמתחים המאפיינים את החברה הישראלית, קיימים בה קולות משמעותיים אשר רואים בהסכמה חברתית ובשיח ציבורי יעד מרכזי שיש לשאוף אליו.[30] הקיטוב החברתי, ובעקבותיו הצורך החיוני בעיצוב מנגנונים של הסכמה, מלווים את החברה הישראלית זמן רב. עם זאת, מאז החל חוסר היציבות הפוליטי בישראל בשנת 2019, וביתר שאת בעקבות אירועי השנה האחרונה, ובמרכזם הרפורמה המשפטית שהוכרזה על ידי שר המשפטים, שיש שראו בה מהפכה משטרית, המחאה שבעקבותיה ומלחמת "חרבות ברזל", הולכת ומתרחבת ההכרה בנחיצותם של מנגנונים לבניית הסכמות והפחתת הקיטוב.[31]

בישראל נערכו בעבר כמה ניסיונות ליצור תהליכים חברתיים רחבים של בניית הסכמות,[32] בין היתר במסגרת פרויקט "חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה,[33] אמנת גביזון מדן[34] ואמנת כנרת.[35] ואולם, דומה שניסיונות אלו לא הובילו לשינוי חוקתי או ממסדי בעל תוקף משפטי פורמלי ובוודאי לא הביאו לתהליך חברתי מקיף בנושא, וייתכן שגם לא התיימרו לעשות זאת. בניית הסכמות בחברה משוסעת אינה יכולה להיעשות אך ורק בדרך של יצירת נורמות משפטיות, והיא דורשת מגוון צעדים חינוכיים

---

[29] ראו דנה בלאנדר "שסעים ישנים וחדשים בחברה הישראלית – מבט מסקרי דעת קהל" **פרלמנט** 81 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018) https://www.idi.org.il/parliaments/22242/22263. המחברת מצביעה על שסעים הקיימים בחברה הישראלית, כגון: השסע הלאומי (יהודים/ערבים), השסע הדתי (דתיים/חילוניים), השסע העדתי (אשכנזים/ספרדים-מזרחים) והשסע האידאולוגי (ניצים/יונים או ימין/שמאל); כן ראו ראובן ריבלין "ארבעת השבטים" (דברי הנשיא בכנס הרצליה בבית הנשיא 7.6.2015). https://www.runi.ac.il/research-institutes/government/ips/activities/4tribes/; כן ראו: מדד ההסכמות של הקונגרס הישראלי: https://congressil.org.il; יובל בנגו "הקיטוב על הקיר: עד כמה עמוק השבר הפוליטי בחברה הישראלית?" **מעריב** (12.5.2020) https://www.maariv.co.il/news/israel/Article-764838; יוסי יונה "חינוך רב תרבותי בישראל: אתגרים וקשיים" **חינוך בחברה רבת תרבויות, פלורליזם ונקודות מפגש בין שסעים תרבותיים** 6-39 (פנינה פרי עורכת 2007) (להלן: יונה "חינוך בחברה רבת תרבויות"); יוחנן פרס ואליעזר בן-רפאל **קירבה ומריבה: שסעים בחברה הישראלית** 45- 11 (2006).

[30] ראו למשל התוצאות שהתקבלו במסגרת "מדד ההסכמות" של הקונגרס הישראלי, אשר מהן עלה כי ל-72% מהנשאלים "חשוב באופן אישי" שהחברה הישראלית תהיה מלוכדת. לפירוט על אודות מדד ההסכמות ודרך עריכתו ראו הקונגרס הישראלי **מדד ההסכמות** https://congressil.org.il.

[31] תנועות לא מעטות קמו בשנים האחרונות במטרה לאפשר שיח א-פוליטי (לפחות במוצהר) בין גישות שונות בחברה הישראלית. ביניהן ניתן למנות, בין היתר, את "הקונגרס הישראלי" שהייתי שותף בהקמתו; את תנועת "הרבעון הרביעי", המבקשת לעודד שיח בין חלקים שונים בחברה הישראלית (זמין ב- https://q4israel.org.il/); את "ברית האחדות והתקווה המאגדת למעלה מ-60 ארגונים מחלקים שונים בחברה הישראלית (זמין ב- https://www.facebook.com/unite.alliance.israel).

[32] אשר כהן "אמנות להסדרת יחסי חילונים ודתיים: ניסיונות הסדרה ציבוריים לנוכח כישלון פוליטי" **שבת אחים - יחסי חילונים-דתיים: עמדות, הצעות, אמנות** 365-383 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005); לכתיבה באשר לשימוש במודלים של בניית הסכמות בהקשרים הללו ראו: **מפגיעה לאיחוי: צדק מאחה ושיח מאחה בישראל** (אורי ינאי וטלי גל עורכים 2016), ובפרט בעמ' 233-281; ענת קבילי ורן קוטנר **סקירה בין-לאומית, תהליכי שיח ושיתוף פעולה בין-מגזרי** 7 (2014).

[33] מאיר שמגר **חוקה בהסכמה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005).

[34] ראו רות גביזון ויעקב מדן **מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2002).

[35] ראו האתר הרשמי של עמותת חופש **אמנת כנרת** www.hofesh.org.il/yoman/02/amanat_kinneret.html.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

וחברתיים[36] שמטרתם יצירת קרקע פורייה להידברות ולהשגת הסכמות. עוד נדרש ניתוח פילוסופי[37] ודתי[38] העוסק באמות המידה שעל פיהן אפשר לגבש פשרות כאלה.[39] אלו הם אתגרים הניצבים לפתחה של החברה הישראלית. הגם שבאופן אישי אני מקדיש חלק ניכר מזמני לניסיון לתרום באפיקים הללו, במאמר הנוכחי לא אעסוק בנושאים אלו. חלף זאת, אבקש להפנות במאמר זה את הזרקור לתפקידם האפשרי של גופים משפטיים מרכזיים – בתי המשפט והייעוץ המשפטי לממשלה – בבניית הסכמות חברתיות. כפי שהוצג בפרק הראשון, הדרך המרכזית כיום ליישוב סכסוכים ציבוריים בישראל עודנה באמצעות פנייה לערכאות המשפטיות. בהיעדר הליך מובנה העוסק בבניית הסכמות בתחום העתירות הציבוריות, ובמיוחד אלה העוסקות בסכסוכים מבוססי-זהות, נאלצים בתי המשפט להכריע בסכסוכים הללו בהליך אדוורסרי קונבציונלי. הכרעות אלה לעיתים מביאות להסלמה של הסכסוך במקום לפתרונו בדרך של הסכמה.

לצד זאת, בעשורים האחרונים של המאה העשרים חלחלה בעולם המערבי ההכרה בחשיבותם של תהליכים מובנים ליישוב סכסוכים, ובראשם הגישור, כחלופה להכרעה על ידי בית המשפט בהליך אדוורסרי. תובנות אלה השפיעו גם על מערכת המשפט בישראל שביקשה, בתחומים משפטיים רבים, לעודד שימוש בתהליכי יישוב סכסוכים בדרכים שונות. מבחינה היסטורית ומעשית, הפרדיגמה הקלסית והדומיננטית בעולם הגישור היא הפרדיגמה הפרגמטית, שבמרכזה הניסיון לגבש פתרון מעשי שייתן את המענה המיטבי לאינטרסים החשובים עבור הצדדים למחלוקת, מתוך שיח הממוקד באינטרסים אלה. לצד הפרדיגמה הפרגמטית, בעשורים האחרונים מתגבשת פרדיגמה משלימה, הממוקדת במערכת היחסים בין הצדדים וביכולת שלהם להבין את נקודת המבט של האחר גם אם לא להסכים עימה. לפרדיגמה זו חשיבות רבה בכל הקשור לתהליכים רחבים של בניית הסכמות בחברות משוסעות, במיוחד כאשר מדובר בסכסוכים מבוססי-זהות.[40]

---

[36] עמי וולנסקי **צו השעה: צו פיוס לשלום בית במשבר היחסים בין יהודים לערבים : כיווני פעולה מומלצים ואפשריים של ראשי יישובים, מנהיגי ציבור, מנהיגות קהילתית, מנהיגי תרבות ורוח, מנהיגות נוער וחינוך** (2001); אריק כהן ועינת בר-און כהן **תוכנית שיח סטודנטים – מיזם של צו פיוס במוסדות להשכלה גבוהה** (2013) (עותק בידי המחבר) (להלן: כהן ובר-און כהן).

[37] כן ראו: Shahar Lifshitz, *Civil* AVISHAI MARGALIT, ON COMPROMISE AND ROTTEN COMPROMISE 1 (2010); *Regulation of Religious Marriage in Israel from the Perspectives of Liberal Pluralism, Human Rights, and Political Compromise in* INSTITUTIONALIZING RIGHTS AND RELIGION: COMPETING SUPREMACIES 206, (Leora Batnitzky & Hanoch Dagan eds., Cambridge University Press, 2016)

[38] דוד ארונובסקי וגדעון ספיר **הסיפור של השבת: השבת הציבורית בישראל: מבט לעבר, להווה ולעתיד** (2022).

[39] לניתוח של המצב בנושא זה בישראל ראו למשל: כהן ובר-און כהן לעיל ה"ש 36, בעמ' 365-383; לכתיבה באשר לשימוש במודלים של בניית הסכמות ראו למשל: ינאי וגל, לעיל ה"ש 32; קבילי וקוטנר, לעיל ה"ש 32.

[40] לכתיבה בתחום בניית הסכמות ויצירת קונצנזוס במובנה הרחב ראו מיכל אלברשטיין **תורת הגישור** 308-341 (2007); ROGER FISHER & WILLIAM URY & BRUCE PATTON, GETTING TO YES : NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN (3d ed. [updated and revised] ed. 2011); ROBERT ALAN & BARUCH BUSH & JOSEF P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION (1994); John Winslade et al,. *A Narrative Approach to the Practice of Mediation,* 161 NEGOT. J. 21 (1998); Jay Rothman & Michal Alberstein, *Individuals, Groups and Intergroups: Theorizing about the Role of Identity in Conflict and its Creative Engagement*, 28 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 631-657 (2013); Lawrence Susskind, *Breaking Robert's Rules*, 22 NEGOT. J. 351–355 (2006); THE CONSENSUS BUILDING HANDBOOK: A Comprehensive Guide to Reaching Agreement (Lawrence Susskind, Sara Mckearnan & Jennifer Thomas-Larmer eds. 1999). לכתיבה בהקשר דומה

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

אני סבור שלהליכי גישור ובניית הסכמות שינוהלו או יפוקחו על ידי מערכת המשפט עומדים כמה יתרונות בולטים על פני הכרעה שיפוטית:

ראשית, הספרות בנושא בניית הסכמות מדגישה את היתרונות האינסטרומנטליים של הסדרים מוסכמים על פני הכרעות שיפוטיות, וזאת הן במונחי שביעות רצון של הצדדים להליך והן בהיבט של נכונות הצדדים לפעול בהתאם לתוצאה המוסכמת.[41] יתרה מזו, מחקרים עומדים על התועלת והחשיבות הנובעות מעצם קיומו של הליך גישור מכבד גם אם הצדדים לא הגיעו בסופו של דבר להסכמה.[42] בהתאם לכך פותחו מתודולוגיות של גישור ובניית הסכמות שבמרכזן שיח מבוסס-זהות, הבנת עמדתו של האחר והיכולת לפתח מתוך הבנה זו פתרונות מוסכמים. מתודות אלה – אם ייושמו במשפט הציבורי באופן הולם – עשויות להוביל להשגת הסדרים יציבים ולשביעות רצון של השחקנים המעורבים גם בהקשר הציבורי.

שנית, מנקודת מבט דמוקרטית, בשנים האחרונות גוברת המודעות לַצורך בשמיעת קולות מרובים ובשיתוף הציבור בטרם מתקבלות הכרעות בנושאים ציבוריים.[43] הליך בניית הסכמות, שיורחב מעבר לצדדים ה"מקוריים" של העתירה, עשוי להרחיב את מגוון הקולות שאליהם ייחשף בית המשפט ובכך ייתן מענה לצורך בשיתוף הציבור בעת קבלת החלטות בעלי השפעה רחבה. עם זאת, ומתוך רגישות למעמדה של הכנסת ולסוגיה הדמוקרטית שעניינה תוקפו של חוק, הליך בניית ההסכמות המוצע במאמר לא יעסוק בעתירות חוקתיות העוסקות בטענות חוקתיות כלפי חוקים שהתקבלו בפרלמנט הנבחר, אלא באלו הממוקדות בהחלטות מנהליות המתקבלות בידי הרשות המבצעת.

שלישית, בחלק הקודם הוצג המחיר שמשלמת מערכת בתי המשפט במונחי לגיטימציה בשל הצורך להכריע במחלוקות חברתיות ובסכסוכים מבוססי-זהות. פתרון מוסכם החוסך הכרעה שיפוטית עשוי למנוע את הפגיעה בלגיטימציה של בתי המשפט.

רביעית, תהליכי גישור ובניית הסכמות הם תהליכים גמישים המאפשרים פתרונות אמצע והרחבת מבט מעבר לסוגיות הקונקרטיות הנדונות. משום כך, תהליכים אלה עשויים לתת מענה לחסרונות ההליך

מתחום המשפט הפרטי אודות ההשפעה של הסכמות בדרך של משא ומתן על הנכונות לציית להוראות חוזה ראו Yuval Feldman & Doron Teichman, *Are all contractual obligations created equal?*, 100 GEORGETOWN LAW J. 5 (2011).

[41] Oxford press 2018) 508); Eyal Zamir & Doron Teichman, *Behavioral Law and Economics* בנוגע לקשר החזק בין האופן שבו מעריכים הצדדים את הצדק הפרוצדורלי של ההליך, ובכלל זה אפשרותם להשמיע את קולם ולהשפיע, לבין שביעות רצונם מתוצאות ההליך ושיעור הציות לה ראו למשל TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW 115-23 (1999); Rebecca Hollander-Blumoff & Tom R. Tyler, *Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution,* 2011 J. Disp. Resol. 1, 3-7 (2011) (Tyler, *Procedural Justice and the Rule of Law*). לממצאים המצביעים על שיעורי ציות גבוהים יותר לתוצאות הגישור בהשוואה לתוצאות ההכרעה השיפוטית ראו למשל Roselle L. Wissler, *The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases*, 22 CONF. RESOL. Q. 59-60 (2002), והספרות הנזכרת שם.

[42] ראו Tyler, Hollander-Blumoff & שם; Gary Paquin & Linda Harvey, *Therapeutic Jurisprudence, Transformative Mediation and Narrative Mediation: A Natural Connection,* 3 FLA. COASTAL L.J. 167, 181 (2002).

[43] ראו למשל איל בנבנישתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המנהלי" **ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה** 119 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים 2005); **ספר יצחק זמיר הסמכות המנהלית** כרך ג 1023-1024, 1033-1061 (2014); דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך א 295-298 (2010).

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

האדוורסרי ה"רגיל" בשיטת המשפט הישראלי בכלל, ובבג"ץ בפרט, שעליהם עמדתי לעיל, ובמרכזם הבינאריות של הפתרונות, ההתמקדות בנושא העתירה הספציפי והקושי להרחיב מבט, כמו גם מגבלות דיוניות המוטלות על השגת עובדות בהליכים הללו.

מנגד, ובניגוד להצעות השמרניות, הסדרים בוני-הסכמות בחסות בית המשפט מותירים את שערי בית המשפט פתוחים. הייעוץ המשפטי לממשלה שותף להם והם מפוקחים על ידי בית המשפט. בכך ניתן מענה לחששות מפני פגיעה בשלטון החוק ובזכויות אדם ולצורך להגן על זכויות מיעוטים, חששות המתעוררים נוכח החלופה השמרנית, המבקשת לנעול את שערי בג"ץ או למצער לצמצם באופן ניכר את הנושאים המובאים בפניו.

זאת ועוד, המודל המוצע במאמר הנוכחי מביא בחשבון את החששות שמעוררים הליכי גישור ובניית הסכמות בכלל, ובפרט נוכח העובדה שהליך בניית הסכמות קונבנציונלי הממוקד בצדדים המקוריים להליך שונה בעניינים רבים מהליך של בניית הסכמות בעניינים ציבוריים. כפי שיוצג להלן, המודל המוצע מכיל כמה רכיבים שנועדו להקהות חששות אלה. כך, למשל, האפשרות של הגוף האמון על בניית ההסכמות להזמין שחקנים נוספים, שלא היו חלק להליך המשפטי ה"מקורי", עשויה להקהות את החשש המופיע לעיתים בספרות העוסקת בגישור מפני ניצול של פערי כוחות בהליכים אלה.[44] נוסף על כך, בספרות העוסקת בגישור ובהליכים חלופיים למשפט מובעים מפעם לפעם החששות שהעדפת הליכים אלה על פני הכרעות משפטיות עלולה לחתור תחת הדין או האינטרס הציבורי[45] או שהם עשויים לשמש חסם שימנע מבית המשפט לפתח את הדין בנושאים שבהם הוא טעון פיתוח.[46] מתוך רגישות לחששות הללו, המודל המוצע במאמר זה כולל את הדרישה שכל הסדר שיתקבל יהיה טעון אישור של בית המשפט לאחר שקיבל את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. נוסף על כך, המודל המוצע אינו כופה על בית המשפט להעביר הליכים להליך בניית ההסכמות, אלא רק מקנה לו את האפשרות לעשות כן במקרים המתאימים. כך, במקרים שבהם מתעורר הכרעה משפטית הנחוצה למניעתה של פגיעה מהותית בזכויות אדם, בשלטון החוק או בצדדים חלשים, יימנע בית המשפט מהפניית המקרה להליך של בניית הסכמות.

כאמור, בפרקים הבאים של המאמר יוצע מודל מפורט המבקש להתאים את הגרעין הקשה המוכר של הסדרי בניית הסכמות לנסיבות המיוחדות של סכסוכים ציבוריים מבוססי-זהות בצל מערכת המשפט. ואולם, בטרם אציג את המודל עצמו ואת תכניו, אבקש להדגים את הצורך בכלי המוצע הן על ידי ניתוח

---

[44] ראו למשל Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L. J. 1073 (1984).

[45] יצחק זמיר "גישור בעניינים ציבוריים" **משפט וממשל** ז 119, 126 (התשס"ד); וכן ראו למשל Harry T. Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, 99 HARV. L. REV. 668, 677-680 (1986).

[46] ראו Fiss, לעיל ה"ש 44, וכן David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO L. J. 2619 (1995).

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

הרטוריקה השיפוטית אשר קוראת אף היא למציאת פתרון חברתי בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית והן באמצעות השוואה לכלים מקבילים שפותחו במשפט הציבורי. בכך יעסוק הפרק הבא.

ג. בניית הסכמות בחסות בית המשפט כחלופה להכרעה שיפוטית: ניתוח רטורי ומבט על השדה המתגבש

(1) הצורך במציאת חלופה להכרעת בתי המשפט ברטוריקה השיפוטית

בעוד בשיח הציבורי מוצג בית המשפט העליון, בעיקר על ידי מבקריו, ככזה המבקש להעצים את הכרעותיו ואת תחומי עיסוקיו, עיון בפסיקה מלמד שהתמונה שונה. לאמיתו של דבר, בית המשפט עצמו, בהזדמנויות שונות, הצביע על כך שלא תמיד ראוי לפתור מחלוקות חברתיות בדרך של הכרעה משפטית ולעיתים יש צורך במציאת פתרון חברתי חלופי להכרעות הללו. דוגמה לכך ניתן למצוא בדבריו של השופט ניל הנדל בבג"ץ **הפורום החילוני**, שדן בנושא הכנסת חמץ לבתי חולים בפסח. השופט הנדל הביע בפסק הדין את עמדתו שלפיה בחלק מהמקרים שבהם מדובר בקונפליקט חברתי רגשי ואנושי, אין מקום להכרעה חותכת של בית המשפט וראוי לבחון במקרים אלו פתרון חברתי.[47] השופט הנדל אף עמד באותו המקרה על הצורך להרחיב את מעגל היושבים סביב שולחן הדיון, מעבר לצדדים הפורמליים לעתירה.[48] הקריאה לגיבוש הסכמות חברתיות כחלופה להכרעה שיפוטית מופיעה תדיר גם בפסיקתם ולעיתים גם בהתבטאויותיהם הפומביות של שופטים נוספים.[49] הנשיאה היוצאת של בית המשפט העליון, השופטת (בדימוס) אסתר חיות, הביעה במסגרת פסיקתה,[50] כמו גם בהתבטאויות ציבוריות, את מורת רוחה מן הצורך להכריע בעניינים הנתונים

---

[47] ראו למשל דברי השופט הנדל בבג"ץ **עמותת הפורום החילוני**, לעיל ה"ש 2: "יתכן שבחלק מהמקרים עשויה להידרש הכרעה 'חותכת', מעין משפט שלמה, ויש לבחור איזה ערך להעדיף על פני הערך המתחרה בנסיבות העניין. ברם, בעניינו מדובר יותר בקונפליקט חברתי, רגשי ואנושי, שאין בו 'צודק'. [...] אין 'צודק' בקונפליקט הרגשי האנושי הזה, ואף אין צורך מעשי להכריע בו בבית המשפט. המחלוקת היא חברתית: 'איך נחיה ביחד', ופחות משפטית – איזו נורמה תגבור על נורמה אחרת [...] אל לצדדים לחשוב כי בית המשפט יכריע מבחינה משפטית בסוגיה שהיא חברתית ומצריכה פתרון חברתי [...] בית המשפט חייב להיות מודע לתפקידו וכוחו. יש מקרים בהם חשוב כי יכריע לטובת צד זה או אחר, באופן מלא או חלקי, מהר ככל שניתן. אך יש מקרים, ונראה לי כי זה אחד מהם באופן מובהק, שבהם בית המשפט רשאי לצפות כי דווקא הצדדים, בתבונתם ובחכמתם, יגיעו לפתרון".

[48] בג"ץ **עמותת הפורום החילוני**, שם, בעמ' 54-59. השופט הנדל פירט את הגורמים המעורבים בהכרעה: קבוצת החולים שומרי הכשרות, קבוצת החולים שאינם שומרי כשרות, בתי החולים, עובדי בית החולים ומבקריו, הרבנות והגורמים מטעמה והעותרים. השופט הסביר בפסק הדין כי בכוחם של הצדדים השונים, לרבות בתי החולים ומשיבי המדינה, להגיע לפתרון.

[49] ראו למשל את דברי השופט רובינשטיין בפרשת **רגצ'ובה**, לעיל ה"ש 4. במקרה זה עסק בית המשפט בתוקפו של גיור שנערך בבית דין אורתודוקסי פרטי בישראל לצורך חוק השבות, התש"י-1950. בפסק הדין הציג השופט רובינשטיין עמדת מיעוט שלפיה אין להכיר, לעת הזאת, בגיורים אלה כדי לאפשר למדינה לשקוד על הקמת מערך גיור ממלכתי-הלכתי מסביר פנים שידע לתת מקום לעמדות וזרמים שונים. המסקנה המעשית של פסק דינו של השופט רובינשטיין היא דחיית ההכרעה ב-18 חודשים, שבהם ייעשה מאמץ להגיע להסדר גיור מוסכם מחוץ לכותלי בית המשפט; עוד ראו בהקשר שונה במקצת את דבריו של השופט סולברג ברע"א 2401/21 **ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ** (נבו 1.3.2022): "פתרון הקונפליקט המשפטי בין הצדדים בדרך של פשרה – רצוי הוא. ודאי כך הוא הדבר בנסיבות של פינוי אדם מביתו. לאחרונה, בהרצאה, עמדתי על סגולותיה של הפשרה; כך ציינתי: 'הא למדנו, שפשרה יכולה להיות לכתחילה, יכולה להיות אידיאל נשגב, יכולה לבטא שאיפה לשלמות, מתוך הכרת המציאות. [...] ה"פרווה" שבפשרה, הסטיגמה שדבקה בה, מרתיעה אותנו מחתירה לפשרה, גם במקום שבו היא נחוצה, רצויה ומיטיבה. אולי נרגיל את לשוננו לדבר על "איחוי", חיבור, הכרה, בניה, מטבע-לשון שיבטא יצירה, סבר פנים יפות; זאת, כדי להיפטר מהסרח-העודף שמתלווה בהלך-מחשבתנו אל הפשרה. אחרי הדיבור, אחרי הפעולות, ימשכו הלבבות' (דברי בכנס בנושא: "ישוב סכסוכים בצל האתגר היהודי-דמוקרטי", אוניברסיטת בר-אילן, 21.12.2021)". ואכן, בהרצאה שנשא בכנס האמור הדגיש השופט סולברג שוב ושוב עד כמה ראוי להימנע מהכרעה שיפוטית בנושאים ערכיים ועד כמה עדיפה החתירה לפשרה בעניינים הללו.

[50] גם השופטת חיות בבג"ץ **דהן** בעניין הגיור (כדוגמת פרשת **רגצ'ובה**, לעיל ה"ש 4) ציינה כי ההכרעה בעתירות אלו "נדחתה שוב ושוב מתוך תקווה כי סוגיה רגישה ומורכבת זו תמצא את פתרונה מחוץ לכותלי בית המשפט ולאורך השנים אף היו ניסיונות להגיע להסכמות בין כל הגורמים הנוגעים בדבר. אך משהובהר כי הסיכוי להסדרה מוסכמת של הסוגייה אפסיים, וכי גם מהלך של חקיקה אינו נראה באופק, אין מנוס ממתן פסק דין בעתירות שבפנינו"; פרשת **דהן**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 9; גם בפסיקה ישנה

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

במחלוקת ציבורית ואת העדפתה לדיאלוג ולשיח שמובילים להסכמות חברתיות.[51] מהרטוריקה העולה מפסיקת בתי המשפט ומהתבטאויות ציבוריות עולה אפוא שגם בתי המשפט עצמם אינם שבעי רצון מהפרקטיקה הנוהגת כיום, שלפיה עליהם לקבל הכרעה בסוגיות משפטיות שיש בהן כדי לקבוע מדיניות ציבורית, וגם הם מצביעים על הצורך במציאת פתרון חברתי במקרים אלו ובעיגונו המשפטי.

(2) הפרקטיקה ה"הסדרית" הנוהגת כיום בבתי המשפט

רתיעתו של בית המשפט מסגירת שעריו מחד גיסא ומקבלת הכרעות שיפוטיות בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית מאידך גיסא מוצאת ביטוי גם בפרקטיקה הקיימת כיום בבתי המשפט, שלפיה לעיתים קרובות בתי המשפט נמנעים מהכרעה במשך תקופה ארוכה, שבמהלכה הם מבקשים, בדרכים שונות, להביא את הצדדים לעתירה להסכמה שתייתר את הצורך בהכרעה. חלק מההתמודדות של בית המשפט עם מורכבות זו היא באמצעות ניהול העתירה תחת "פרקטיקה הסדרית", על ידי ליווי הפעולות של הרשות לתיקון המצב, אשר חלק מהמלומדים מכנים אותה "שמרטפות".[52] במסגרת הליכים אלו מנהל בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מעין "פינג-פונג" בין הצדדים תוך שהוא פונה, באמצעות מייצג המדינה, לרשויות המדינה כדי שיביעו את עמדתן ביחס להצעה העומדת על הפרק או יציעו חלופות אחרות.[53] לאחר כמה סבבים כאלה רומז בית המשפט לעותרים שלדעתו ראוי לבחון את הפתרונות המוצעים על ידי המדינה ולהסכים על מחיקת העתירה באופן זמני, וכך מתייתר הצורך של בית המשפט לפסוק ולהכריע בתיק באופן בינארי לכאן או לכאן. פעילות שיפוטית-הסדרית דומה, החותרת לסיום ההליך בהסכמה בין הצדדים, נפוצה אף בהליכי ביקורת שיפוטית רבים אחרים.[54] להשלמת התמונה אזכיר גם סוג אחר של פעילות הסדרית, שנערך על ידי הייעוץ המשפטי

יותר ניתן למצוא הסתייגות מצד בית המשפט להכריע בנושאים רגישים ומורכבים. ראו למשל דברי השופט לנדוי בפרשת **אלון מורה**: "אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על פי הדין בכל ענין המובא לפני בית המשפט כדין, חובה זו דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו כשופטים". ראו בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: פרשת **אלון מורה**).

[51] ראו למשל בדברי כב' השופטת חיות בכנס העמותה למשפט ציבורי בהרצאתה: "על משילות ועל דיאלוג ענייני ומכבד בין הרשויות" (דצמבר 2017), שבו הדגישה את החשיבות של דיאלוג מכבד וענייני בין הרשויות ובכלל זה צורך באיפוק שיפוטי: https://did.li/ujuIw.

[52] לעניין "שמרטפות" שיפוטית בבג"ץ, דהיינו מקרים שבהם בית המשפט מפקח על תהליכי תיקון ושינוי מנהליים שהונעו בעקבות הגשת העתירה, ראו למשל: לוי ומרדכי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 64; בג"ץ 1527/06 **התנועה להגינות שלטונית נ' משרד התחבורה** (נבו 9.6.2009), פסק הדין עסק בנושא נסיעה בתחבורה ציבורית ושאלת הסמכות להגבלת זכות העמידה של הנוסעים. ראו שם בדברי השופט רובינשטיין והשופט ריבלין בנושא סוגיית ה"שמרטפות"; שי פרבר "תופעת 'ידיד בית המשפט' – תיאורה, גורמיה ומשמעויותיה" **מחקרי משפט** לב 733, 752 (2020) (להלן: פרבר "תופעת ידיד בית המשפט"); אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" **משפט וממשל** יד 377, 379-389 (2012).

[53] דינמיקה דומה מתרחשת גם בהקשרים חוקתיים. ראו למשל ראו בל יוסף "גבולות הדיאלוג החוקתי" **משפט וממשל** כא 189, 201 (2020); סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" **משפטים על אתר** יב 99 (התשע"ט); בל יוסף ואלעד גיל "חשיבה מחודשת על תפקידו של בית המשפט בסוגיות דת ומדינה" **מחקרי משפט** לו (צפוי להתפרסם) (להלן: יוסף וגיל "חשיבה מחודשת").

[54] ראו: YOAV DOTAN, LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL 101-93 (2013). המחבר מצביע על קיומה של "תרבות הסדרית" במסגרת ההתדיינות היומיומית בבג"ץ; עוד ראו Yoav Dotan & Menachem Hofnung, *Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements*, 23 L. & Pol'y 1–27 (2001); Menachem Hofnung & Keren Weinshall Margel, *Judicial Setbacks, Material Gains: Terror Litigation at the Israeli High Court of Justice*, 7 J. EMPIR. LEG. STUD. 664–692 (2010). לנתונים אמפיריים עדכניים יותר בנוגע לשיעור של הליכי ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון שהסתיימו בהסכמה בין הצדדים, ולהליכים מסוג זה שבהם אותרה פעילות שיפוטית לעידוד הסדר בין הצדדים, ראו צילי אליצור נאה **יישוב סכסוכים בבג"ץ בהסכמה** 116-114, 128 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

לממשלה ולעיתים גם על ידי מחלקת בג"ץ בפרקליטות המדינה, בהליך לא פורמלי שכונה בעבר "קדם בג"ץ".[55] בפרקטיקה זו אעסוק להלן בפרק הדן בייעוץ המשפטי.

אף על פי שהפרקטיקה ההסדרית המלווה ב"שמרטפות" בסכסוכים המצויים במחלוקת ציבורית אומנם עשויה להביא לפתרון נקודתי של סכסוכים קונקרטיים, היא עדיין פתרון חלקי ובלתי מספק, מכמה סיבות:

ראשית, בעוד בתחומים משפטיים אחרים, כגון המשפט האזרחי, דיני המשפחה ואפילו המשפט הפלילי, קיימת הסדרה חקיקתית של הפניית צדדים להליכים חלופיים לפני ההליך השיפוטי או אחריו, אין כיום הסדרה בנושא זה בעניין עתירות ציבוריות; מן הראוי שפעילות הסדרית מעין זו תעוגן בחוק.[56] נוסף על הצורך לעגן בחוק את אופן ההתערבות של בית המשפט בעניינים אלו, יש צורך גם בעיגון הקריטריונים שעל פיהם יהיה עליו לתת תוקף משפטי להסכמים המתגבשים באופן וולונטרי, בדומה להסדר המוצע בסעיף 79א(ב) לחוק בתי המשפט התשמ"ד-1984.[57]

שנית, מעבר לקושי המשפטי הפורמלי הנובע מהיעדר הסמכה בחוק לפעילות ההסדרית, הרי שגם בהיבט המהותי יש צורך להתאים את מנגנוני הגישור ובניית ההסכמות המקובלים למאפייניו הייחודיים של המשפט הציבורי בכלל ושל ההליכים המתנהלים בבית המשפט העליון בפרט. כך למשל, יש צורך להסדיר, בין היתר, את העניינים הבאים: השתתפותם וצירופם של גופים ציבורים המשמשים כנתבעים בהליכים הללו; אופן יישומם של כללי החשאיות המאפיינים את הליכי הגישור הרגילים בהקשר של סוגיות ציבוריות שבהן דווקא ראוי לעודד שיח ציבורי רחב; משך הזמן שבמסגרתו ראוי לעכב את ההליכים ולהותיר את הצדדים המקוריים לעתירה ללא הכרעה; מעמד הייעוץ המשפטי לממשלה; מעמדו של ההסכם שהושג בין הצדדים, אם הושג.

שלישית, פתרון ה"שמרטפות", כמו גם הדינמיקה הקיימת של הבאת הצדדים להסכמות על ידי בית המשפט עצמו, אינם מציעים מנגנון מוסדר של גוף בונה הסכמות ומגשרים מקצועיים אשר מוכשרים להליך של בניית הסכמות בשיח ציבורי רחב ואשר יוצר דינמיקה של שיח, דיאלוג והקשבה הדדית, החיוניים לבניית הסכמות ולמיתון המחלוקת הציבורית גם במקרה של הכרעה. מאפיינים אלה מגבילים ואף מעמידים בספק את יעילות השימוש בפרקטיקות מעין אלו.

2023); וכן צילי אליצור נאה "וגשר הסדק שנפער: תרבות הסדרית בבג"ץ וקריאה למיסוד מנגנון גישור בג"צי ייעודי" (הוגש לשיפוט).

[55] יואב דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז 159 (התשס"ד–התשס"ה) (להלן: דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות"). לפעילות הסדרית נוספת המבוצעת על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה ראו להלן פרק ג.

[56] לדוגמאות למנגנונים כאלה ראו לעיל ה"ש 43-45 וההפניות המוזכרות שם.

[57] במסגרת ס' 79א(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מסמכותו של בית המשפט בעניין אזרחי להציע לבעלי הדין הסדר פשרה או לתת לבקשת בעל הדין תוקף של פסק דין להסדר הפשרה שעשו ביניהם.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

רביעית, לעיתים לא כל השחקנים הרלוונטיים לסוגיה העומדת על הפרק מקבלים הזדמנות להשמיע את קולם במסגרת העתירה, אלא רק העותר, על מגבלותיו כפי שתוארו לעיל, והמשיבים עצמם, שהם לרוב גופים ציבורים. בכל מקרה, קיים חשש שלא כל מגוון הקולות הקיימים בחברה הישראלית בא לידי ביטוי בהליך, ולו בשל היבט "פרוצדורלי" צר של שאלת זהותו של מגיש העתירה.

נראה אפוא כי דווקא התבוננות על הפרקטיקה הנוהגת של ניהול הליכי קדם בג"ץ על ידי הפרקליטות או ניהול תיק ממושך על ידי בית המשפט וניסיונו להביא את הצדדים לידי הסכמות ממחישה עד כמה בית המשפט עצמו רגיש לקושי שבמצב המשפטי הקיים ועד כמה חשוב לבחון פתרונות חלופיים.

(3) "ידיד בית המשפט"

בשנים האחרונות נעשה שימוש נרחב במנגנון ידיד בית המשפט,[58] שהוא מעין הרחבה של מכשיר העותר הציבורי בהליכים משפטיים.[59] לפי מנגנון זה, בעל עניין שאינו צד פורמלי להליך המשפטי רשאי להשתתף בהליך במטרה לסייע לבית המשפט במלאכתו השיפוטית, ובין היתר לסייע לו לקבל תמונה רחבה יותר על אודות ההשלכות החברתיות של הכרעותיהם. למנגנון ידיד בית המשפט יתרונות שונים, בין היתר בכך שהוא מאפשר שמיעה של מגוון עמדות ומגדיל את השתתפות הציבור בתהליכי קבלת החלטות של בית המשפט,[60] הוא מחזק את הלגיטימציה של מערכת המשפט כגורם מכריע במחלוקות ערכיות בכך שהוא מביא למחויבות גדולה יותר של הציבור לפסיקה בהיותו חלק מההליך ועוד.[61] עם זאת, למנגנון ידיד בית המשפט כמה חסרונות בולטים, הנובעים, בין היתר, מכך שגם מנגנון זה אינו מוסדר, למעט במסגרת התפתחותו בפסיקת בית המשפט. כך למשל, העתירות אינן מתפרסמות לציבור ואין "קול קורא" לידידי בית משפט, ולכן הידידים שמצטרפים הם כמעט תמיד בעלי קרבה לאחד הצדדים להליך או בעלי עניין או מגמה בנושא הנדון בפני בית המשפט. ביקורת נוספת מצביעה על כך שמנגנון ידיד בית המשפט עלול להוביל לפוליטיזציה של ההליך המשפטי במקרים שבהם נעשה בו שימוש לא נאות, וביכולתו להפוך את ההליך למעין זירה של העדפת אינטרסים פוליטיים של קבוצות מתחרות[62] או לשמש כלי בידי קבוצות חזקות כדי להטות את ההליך לטובתן.

יתרה מזו, בהקשר הנוכחי, שימוש במנגנון ידיד בית המשפט עדיין אינו מביא לייצוג של כלל בעלי האינטרסים בסוגיה הנדונה, והוא מותיר את השליטה בהליך לצדדים המקוריים לתיק ובראשם לעותרים הציבוריים. כמו כן, הדינמיקה המאפיינת את המנגנון הקיים של ידיד בית המשפט היא של גורם שיפוטי

---

[58] פרבר "תופעת ידיד בית המשפט", לעיל ה"ש 52, בעמ' 733, 772-775; שי פרבר **ידיד בית המשפט** 218 (2018) (להלן: פרבר **ידיד בית המשפט**).
[59] פרבר **ידיד בית המשפט**, שם, בעמ' 218.
[60] שם.
[61] שם, בעמ' 227.
[62] שם, בעמ' 229.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

אחד המרכז את כלל העמדות שהועלו, והיא אינה מאפשרת שיח אמיתי של דיאלוג, הקשבה והבנה אמיתית של עמדת הצד האחר. דינמיקה כזו ודאי אינה מאפשרת שימוש בכלים מקצועיים ובאנשי מקצוע מתחום בניית ההסכמות.

נראה אפוא כי על אף יתרונותיו של מנגנון ידיד בית המשפט הוא אינו נותן מענה מספק לבעיה המתוארת לעיל בהקשר של סוגיות שמעוררות מחלוקת ציבורית, מכיוון שלא תמיד משתתפים בו ה"שחקנים" הנכונים והוא אינו מציע מנגנון מוסדר של מודל מקצועי לבניית הסכמות.

---

(4) הפניית הצדדים להליך משפטי חלופי

בשנים האחרונות מתפתחת מודעות משפטית באשר לצורך בבניית מנגנונים אשר ישלבו ויתאימו בין המערכת המשפטית לבין הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים, המכונים ADR (Alternative dispute resolution), ומתנהלים מחוץ לכותלי בית המשפט, ובראשם הליך הגישור. כחלק מתופעת ה-ADR העולמית מתפתחת אף במשפט הישראלי מגמה המבקשת לעודד בעלי דין לבחון אפשרות ליישוב הסכסוך באמצעות מנגנוני הכרעה והסכמה חלופיים. מגמה זו באה לידי ביטוי בחוק בשנים האחרונות הן בחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, תשע"ה-2014[63] והן בתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018,[64] כמו גם בגישור בהליכים פליליים.[65]

בבסיס מנגנונים אלו עומדים רעיונותיה של התנועה ליישוב סכסוכים, אשר ניתן לאתר קווי דמיון רבים בינם לבין גישת "בתי המשפט פותרי הבעיות",[66] שמבקשת להתמודד עם בעיות עומק רחבות היקף באמצעות התנהלות שיפוטית שמושם בה דגש בהבנתה של נקודת המבט של המתדיינים ובצרכים החברתיים הכוללים.[67]

במדינות שונות בעולם, ובמיוחד בארצות הברית, מוכר השימוש בגישור ובתהליכי בניית הסכמות בתחומים ציבוריים.[68] לעומת זאת, העדפת מערכות חלופיות ליישוב סכסוכים בתחומים הציבוריים טרם

---

[63] חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, התשע"ה-2014, ס"ח תשע"ה 116 (להלן: 'חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה').

[64] תק' 37 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: 'תקנות סדר הדין האזרחי'), המורה על הפניית הצדדים לפגישת מהו"ת חובה לא יאוחר מ-45 ימים לאחר שהוגש כתב הטענות האחרון בתובענה ששווי נושאה עולה על 40,000 ש"ח, למעט בתובענה לפיצויים בשל נזק גוף ותובענה שעילתה בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

[65] קיימת אפשרות לניהול הליכים גישוריים במשפט הפלילי. ראו בהוראות נוהל נשיאת בית המשפט העליון 21-2 "גישור פלילי בבתי המשפט" (1.6.2021). להרחבה אודות הליכים מקבילים בעלי דגש טיפולי ושיתופי המתפתחים במשפט הפלילי דוגמת הליכי צדק מאחה וכן הליכים במסגרת בתי המשפט הקהילתיים ראו למשל: טלי גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" **משפטים** מג 779 (2013).

[66] על בסיס תפיסה זו הציעה אלברשטיין את גישת ה-JCR (Judicial Conflict Resolution) כתורת משפט של יישוב סכסוכים אשר מבקשת לשלב אל תוך שיטת המשפט הקיימת את הרעיון לפיו מלבד הכרעה על-פי חוק, תפקידם המרכזי של השופטים הוא ליישב סכסוכים. ראו מיכל אלברשטיין "יישוב סכסוכים שיפוטי: אל תורת המשפט מעבר למחלוקת" **דין ודברים** יא 17 (2018) (להלן: אלברשטיין "יישוב סכסוכים שיפוטי"); ראו גם עיני-רבינוביץ "בתי משפט פותרי בעיות", לעיל ה"ש 10.

[67] ראו למשל מיכל אלברשטין **צדק אלטרנטיבי: גישור, איחוי וטיפול באמצעות מנגנונים משפטיים** פרק ראשון (2015).

[68] לסקירה ראשונית בהתייחס לבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית, ר' בכרך זה צילי אליצור נאה "יישוב סכסוכים בבג"ץ? דברים שרואים מבתי המשפט הפדרליים לא רואים מכאן" **מחקרי משפט** לה 2 (צפוי להתפרסם ב-2024).

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

קיבלה ביטוי במשפט הישראלי, אם כי אפשר בכל זאת להצביע על ניצנים לשינוי מגמה זו. כך, בכתיבה האקדמית קיימות התייחסויות לטענה שבמקרים רבים ראוי לעשות שימוש בהליכי גישור ובניית הסכמות ביחס לעתירות ציבוריות. השופט זמיר, בכתיבתו האקדמית, הצביע על כך שאחת מהאינדיקציות להתאמת עתירה ציבורית להפניה להליך גישור היא כאשר מדובר "בסכסוכים מורכבים על פי מהותם, שבהם מעורבים אינטרסים רבים, המיוצגים על ידי גופים שונים ציבוריים או פרטיים שראוי להתחשב בכולם כדי להגיע לתוצאה מאוזנת אך קשה להעריך את המשקל היחסי שלהם או ליישב ביניהם. בית המשפט כינה את הבעיה שביסוד סכסוכים מסוג זה בשם בעיה 'רב קודקודית', להבדיל מבעיה 'דו קודקודית'".[69]

לדעת השופט זמיר, אומנם יש מצבים שבהם הרשות, לרבות בית המשפט, יכולה להוביל את הצדדים הנוגעים בדבר להסדר ראוי, אך לעיתים, כאשר מדובר בסכסוך מורכב במיוחד שיש בו ריבוי של צדדים, יש מקום להתערבותו של גורם שלישי שאינו נוגע לסכסוך, בדרך של גישור.[70] לעמדה זו שותפים גם כותבים נוספים.[71] עם זאת, בהיסטוריה המשפטית בישראל קיימים מקרים בודדים בלבד שבהם תיקים ציבוריים בעלי תהודה ציבורית רחבה אכן הופנו לגישור.[72]

---

(5) ועדה חיצונית עצמאית בהמלצת בית המשפט

במקרים מסוימים, בעקבות עתירה לבית המשפט העליון, מוקמת על ידי השר הממונה ועדה שמטרתה לבחון את המצב החוקי בסוגיה נתונה. כך למשל, עתירות לבית המשפט הובילו לכינונן של ועדות ציבוריות בתחומי האימוץ והפונדקאות.[73] אף עתירות שונות בעניין התפילה ברחבת הכותל הובילו להקמת ועדות שעסקו

---

[69] זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 155 ; בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625, 645 (2001). זמיר מסביר כי גישור עשוי לשמש דרך ראויה ליישוב סכסוכים גם בעניינים ציבוריים כלומר בעניינים מנהליים ועניינים פליליים. שם, בעמ' 157.

[70] זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", שם, בעמ' 156.

[71] להצבעה על הגישור כפתרון יעיל במקרים שבהם יש קושי להגיע להכרעה בינארית ונדרש הליך הוליסטי ורב-צדדי כדי לפתור את המחלוקת, ראו פרץ סגל "מהפכת הגישור' – הקמת המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים" **שורשים במשפט** 557, 563-562 (1997). לקריאה נוספת ראו: LAWRENCE SUSSKIND ET AL., THE CONSENSUS BUILDING HANDBOOK: A COMPREHENSIVE GUIDE TO REACHING AGREEMENT 3-55 (1999).

[72] ראו למשל בעניין המשבר במחלקה ההמטו-אונקולוגית בבית החולים הדסה, שם הפנה בית המשפט את הצדדים להליך של גישור: בג"ץ 4456/17 **עמותת "הילדים של מיקי" נ' ראש הממשלה** (נבו 9.7.2017). סוגיה זו עוררה עניין תקשורתי רב, ראו למשל: רותם אליזרע, תלם יהב ואלישע בן-קימון "ניסיון לגישור בהדסה: ההורים הפסיקו את שביתת הרעב" **ynet** (28.6.2017) https://did.li/6LoZH. צילי אליצור נאה מצביעה על תיקים נוספים, מפורסמים פחות, שהופנו אף הם בידי בג"צ להליך של גישור. ראו אליצור נאה **יישוב סכסוכים בבג"ץ בהסכמה**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 162-160 ; וכן אליצור נאה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 7-8. המחברת מסבירה כי מאמצים שערכה לאיתור הליכי ביקורת שיפוטית שהופנו לגישור בידי בית המשפט העליון העלו 13 הליכים מסוג זה, מבין כלל ההליכים שהוגשו בין השנים 2010–2022. הואיל והליכים אלה אינם מסומנים באופן רשמי, ייתכן כי קיימים הליכים נוספים מסוג זה שלא אותרו, אולם סביר שגם אם ישנם כאלה הם אינם רבים.

[73] דוגמה לכך ניתן למצוא למשל בנושא אימוץ בקרב הקהילה הלהטבי"ת: בעקבות עתירות שהוגשו בנושא, מונתה על ידי שר המשפטים דאז דניאל פרידמן ושר הרווחה יצחק הרצוג, ועדה לבחינת חוק האימוץ. ראו דו"ח ועדת גרוס- משרד המשפטים ומשרד העבודה והרווחה **דו"ח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים התשמ"א–1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל** 106 (2016). ראו גם ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (2005). כך גם למשל בעניין חוק הפונדקאות הוקמה וועדה ציבורית מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ גופית תוך התייחסות להסכמים לנשיאת עוברים, בראשותו של השופט שאול אלוני ("וועדת אלוני") ולאחריה הוקמה גם ועדה ציבורית בראשותו של שלמה מור יוסף ("וועדת מור יוסף") לנושא ההסדרה החקיקתית של הפריון וההולדה. ראו בעניין זה בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נז(1) 419, 433 (2002), שעסק בנושא אישה רווקה שהיא אם יחידנית ללא בן-זוג שביקשה להביא ילד לעולם

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

בהסדרת הנושא.[74] ואולם, רק במקרים בודדים הוקמה ועדה ציבורית עצמאית הממונה בידי בית המשפט הדן בסוגיה, אד-הוק וללא עיגון בחקיקה, תוך עיכוב ההליכים בתיק, במטרה לגבש פתרון מאוזן ברוח של סובלנות הדדית. הוועדה הממונה מוסמכת לגבש ולהציע פתרונות לטווח ארוך, תוך שימוש בסעדים רחבים ודיון בסוגיות המשיקות לסוגיה הנדונה במסגרת ההליך המשפטי. בית המשפט עשוי להמליץ על מנגנון של מינוי ועדה כזו במסגרת ההליך העיקרי ולפי שיקול דעתו במצבים שבהם נדונה בעיה מורכבת ורב-קודקודית. דוגמה לכך ניתן למצוא בסכסוך בנושא תחבורה בשבת, שהובא לפתחו של בית המשפט העליון בפרשה הידועה כפרשת חורב.[75] אותו סכסוך הוביל למינויה של ועדת **צמרת**, שאושרה על ידי בית המשפט העליון מכוח הסמכת השר הרלוונטי והצדדים לעתירות ואשר לא הסתפקה בגיבוש פתרון נקודתי לנושא שעמד בהליך המשפטי המקורי, אלא ביקשה לגבש המלצות בדבר מדיניות כוללת בענייני תחבורה בשבת ברחוב בר-אילן, בירושלים כולה ומחוצה לה.[76]

המנגנון של ועדה חיצונית עצמאית המוקמת בהמלצת בית המשפט עשוי להיות פתרון ראוי במקרים של עתירות ציבוריות רב-ממדיות שמעוררות מחלוקת ציבורית. עם זאת, מדובר בפתרון חלקי ומוגבל, בין היתר בשל העובדה שמעמדה המשפטי של חוות הדעת של הוועדה אינו מוסדר בחוק וכן נוכח העובדה שלוועדות אלו אין מודל עבודה סדור ומובנה בנושא חתירה להסכמות, ולכן לא נעשה במסגרת זו שימוש מושכל במודלים, במתודות ובכלים מתחום הגישור ובניית ההסכמות. כמו כן, קיים חשש מפני השפעת גורמים שונים על הוועדה וניסיונות מצידם לסיכול האפשרות של גיבוש פתרון.[77] ואולם, עצם הקמתה של

באמצעות אם פונדקאית. לסקירה היסטורית בנושא זה ראו בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פס' 5 לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 27.2.2020). גם בעניין גיוס בחורי ישיבות לצה"ל בעקבות עתירות שהוגשו בנושא, מונתה ועדת טל.ראו דו"ח הועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות **דו"ח הוועדה** (2002).ראו גם ה"ש 5 לעיל וההפניות המופיעות שם.

[74] בעניין זה, לאחר עתירות שביקשו לאפשר לעותרות לקיים תפילה ברחבת הכותל המערבי כשהן עטופות בטליתות ומחזיקות בספרי תורה, קרא בית המשפט (מפי הנשיא שמגר) עוד בשנות התשעים "לשקול מינויה של ועדה שתוסיף ותבדוק את הנושא לעו[מ]קו כדי להגיע לפתרון שיקיים את חופש הגישה לכותל ויצמצם פגיעה ברגשות המתפללים", זאת לאחר שסבר כי "אין להכריע בסוגיה שלפנינו, בשלב הנוכחי, בדרך שבה נחתך סכסוך משפטי מן השורה [...] שערי בית המשפט פתוחים תמיד, אך, כאמור, ראוי תחילה למצות דרכים פתוחות אחרות" (בג"ץ 257/89 **הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי**, מח(2) 265 (1994)). ועדה מעין זו הוקמה בשנת 2013, ככל הנראה לאחר החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בעמ"י (מחוזי י-ם) 23834-04-13 **מדינת ישראל נ' ראס** (24.4.2013), שלפיה תפילת נשים בכותל תוך כדי התעטפות בטלית וקריאה בספר תורה אינה הפרה של הסדר הציבורי. הוועדה, בראשות מזכיר הממשלה דאז אביחי מנדלבליט, גיבשה מתווה שהוסכם על הצדדים ואשר לפיו תוכשר רחבה נוספת, בהמשכה של הרחבה הקיימת כיום, שבה יוכל כל אדם להתפלל ב"אופן התואם את זהותו ואמונתו" (להלן: **מתווה הכותל**). מתווה הכותל אושר בממשלה בינואר 2016, אך "הוקפא" בהחלטת ממשלה אחרת ביוני 2017, שביקשה חלף זאת לפעול לבנייה ולהכשרה של רחבת התפילה הדרומית (אתר קשת רובינסון, "עזרת ישראל"). עתירות בעניין הרחבות השונות עודן תלויות ועומדות בפני בית המשפט העליון. ראו בג"ץ 145/13 **התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו 3.11.2020).

[75] ראו בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (1997).

[76] ועדת צמרת הייתה ועדה ציבורית לגיבוש המלצות מדיניות כוללת בענייני תחבורה בשבת, שהגישה את המלצותיה בשנת 1996. במקרה זה היה מדובר בצעד חריג של הפניית בירור המחלוקת לוועדה עצמאית שאושרה על ידי בית המשפט העליון מכוח הסמכת השר הרלוונטי והצדדים לעתירות. הוועדה נדרשה למצוא איזון ראוי בין רגשות הדת ושמירת אורח חיים דתי של תושבי השכונות לבין זכות התנועה של התושבים החילונים אגב בחינת השלכותיה של ההכרעה האפשרית על האינטרסים של האוכלוסיות השונות לטווח הארוך.

[77] ראו אהרונסון "הפרשה בעניין כביש בר-אילן", לעיל ה"ש 9; צבי צמרת "הרחוב שהיה לסמל: הוועדה בעניין רחוב בר-אילן בירושלים" **בין מסורת לחידוש: מחקרים ביהדות, בציונות ומדינת ישראל: ספר זיכרון ליהושע קניאל** 547, 575 (אליעזר דון-יחיא עורך 2005); לדוגמאות מעשיות לניסיונות השפעה אלו ראו צבי צמרת "רחוב בר אילן, הקונפליקט ודרכים לפתור אותו" **שבת אחים: יחסי חילונים-דתיים: עמדות, הצעות, אמנות** 234, 239-241 (אורי דרומי עורך 2005).

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

ועדה כזאת במקרים הללו מעידה הן על הפוטנציאל הגלום בעיצוב תהליך מובנה של בניית הסכמות רחב היקף על ידי בית המשפט והן על הצורך בהליך מעין זה.

---

(6) סיכום ביניים

בפרק הראשון עמדתי על המגמה שבמסגרתה סכסוכים ציבוריים רבים מובאים לפתחו של בית המשפט במסגרת עתירות ציבוריות. עוד עמדתי על חסרונותיהן של שתי הגישות הרווחות בשיח הציבורי בישראל כלפי העתירות הללו: זו הדורשת לחסום את שערי בית המשפט וזו המבקשת להותיר את המצב הקיים על כנו. בפרק השני הוצגה חלופה שלישית, שלפיה בית משפט יפנה סכסוכים אלה לתהליך של בניית הסכמות בהובלת גורם מקצועי ובצירוף צדדים נוספים שלא היו חלק להליך המשפטי המקורי. בפרק השלישי עמדתי על כך שגם במצב המשפטי הנוכחי, בית המשפט העליון, הן ברטוריקה והן במסגרת הפרקטיקה הנוהגת, מבקש להציב חלופה לשתי האפשרויות הללו, שמבקשת להביא את הצדדים להסכמה. כהמשך לכך הוצגו כלים שונים שפותחו באופן ספוראדי על ידי בתי המשפט כמו גם בספרות המקצועית, כגון ידיד בית המשפט, פנייה למגשר והקמת ועדה בחסות בית המשפט. הניתוח העלה שהצעות אלה פוסעות בכיוון הנכון, אך אינן נותנות פתרון מלא וקוהרנטי לבעיות שעמדנו עליהם

עם זאת, ניכר הצורך במנגנון מובנה והליך חלופי המותאם לאתגרים המיוחדים שמעוררת העתירה הציבורית. במסגרת זו יש צורך, בין היתר, בעניינים הבאים: עיגון משפטי ואפילו הסמכה חוקית להפניה להליך של בניית הסכמות; תיחום הנושאים המתאימים להפניה להליך של בניית הסכמות; יצירת מנגנון שיאפשר צירוף של צדדים רלוונטיים נוספים להליך; בחירת גוף מקצועי ובעל הכישורים המתאימים לניהול ההליך; קביעת הפרוצדורה הראויה לניהול ההליך ובכלל זאת שאלת החיסיון או חשיפת העמדות שהושמעו בו בפני בית המשפט; בחינת תפקידה של המדינה ושל הייעוץ המשפטי לממשלה במסגרת ההליך; בחינת מעמדו של ההסדר המוסכם שאליו יגיעו הצדדים, אם יגיעו; בחינת השאלה אם ראוי לעשות שימוש בתובנות ובהסכמות החלקיות שיושגו במסגרת ההליך. זהו האתגר הניצב כיום בפני החברה הישראלית ובכך תרומתו של המאמר הנוכחי, המבקש לענות על הצורך במציאת חלופה של מודל לבניית הסכמות בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית.

על רקע דברים אלו, בשני הפרקים הבאים אציע מודל משפטי קוהרנטי שמטרתו עידוד בניית הסכמות בעניינים ציבוריים השנויים במחלוקת חברתית ואשר באמצעותו יוכלו הייעוץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון להיות זרז לעידוד הליכים אלו.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

ד. בניית הסכמות באמצעות הייעוץ המשפטי לממשלה

בטרם אפנה להצעת מודל משפטי לבניית הסכמות באמצעות בתי המשפט, אבקש להתייחס לאפשרות של עידוד בניית הסכמות בעניינים הנוגעים למחלוקות ציבוריות באמצעות הייעוץ המשפטי לממשלה. בניית הסכמות באמצעות הייעוץ המשפטי לממשלה עשויה להביא לפתרון סכסוכים השנויים במחלוקת ציבורית עוד בשלב גיבוש ההסדרים המשפטיים ולמצער בטרם הוגשו תביעות משפטיות. ראוי אפוא לשקול שימוש במנגנוני בניית הסכמות בהובלת הייעוץ המשפטי בהקשרים משפטיים שונים. בתחום זה ניתן להצביע, כבר היום, על צעדים בכיוון הראוי, והאמור בפרק הנוכחי נועד לסייע בגיבוש הצעדים הללו למשנה סדורה ועקבית.

הייעוץ המשפטי לממשלה אחראי במסגרת תפקידיו, בין היתר, על ייצוג האינטרס הציבורי כנאמן הציבור ושמירה על שלטון החוק. עם זאת, אף על פי שעמדות הייעוץ המשפטי לממשלה אמורות לשקף את הדין ולא את העמדה הרווחת בציבור, קיימים כיום כמה כלים אשר משמשים אותו ושנועדו לעודד מדיניות של "שיתוף הציבור" בקבלת החלטות והגברת השקיפות בפעולותיו לצורך שמירה על האינטרס הציבורי.[78] כך למשל, משרד המשפטים מפרסם תזכירי חוק וטיוטות חקיקת משנה, לצורך קבלת הערות ותגובות מהציבור, טרם גיבושם לכדי נוסח חקיקה רשמי.[79] כמו כן, הייעוץ המשפטי לממשלה נדרש מפעם לפעם על ידי בתי המשפט לחוות את דעתו בסוגיות שונות, והוא אף רשאי להתייצב בהליכים מסוימים ולהשמיע את דברו, במקרים שבהם ראה כי "זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או עניין ציבורי מושפעים או כרוכים" באותם הליכים.[80] כך למשל, לאחרונה, במקרה של נחל האסי, כאשר נדרש היועץ לחוות את דעתו, נעשתה על ידו פנייה יזומה לציבור להביע את עמדתו בעניין.[81] הייעוץ המשפטי לממשלה נעזר גם באקדמאים ובאנשי מקצוע טרם גיבושן של הצעות חוק ולפני קבלת החלטות בסוגיות שונות העומדות על סדר היום הציבורי. קבלת עמדתם של אקדמאים, אנשי מקצוע, ארגונים מהמגזר השלישי ועוד נעשית, בין היתר,

---

[78] ראו "שיתוף הציבור" **משרד המשפטים** https://did.li/AAdx5. האתר מרכז את תהליכי השיתוף השונים של הציבור במשרד המשפטים במטרה לאפשר לציבור להשפיע ולהיות מעורב בעיצוב המדיניות בנושאים שונים שעולים על סדר היום הציבורי. במסגרת שיתוף הציבור נכללים, בין היתר, איגודים מקצועיים, מומחים, אנשי אקדמיה, רשויות מקומיות, ארגונים מהמגזר העסקי, קבוצות מן הציבור, הציבור הרחב ועוד.

[79] ראו "המקום שלך להשפיע" **משרד המשפטים** https://did.li/fGWlC (אתר חקיקה ממשלתי, בו מופיעים מגוון של מסמכים להערות ותגובות הציבור טרם גיבושם לכדי חקיקה).

[80] ראו ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], דמ"י התשכ"ח 282; חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, ס"ח 264. ראו גם אלון פריבר "מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ושאלת בלעדיות הייצוג" **פורום עיוני משפט** מד 4, 6-7 (2020) (להלן: פריבר "מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה"); מרכז המחקר והמידע של הכנסת **היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות יעוץ ייצוג ותביעה כללית – סקירה משווה** 27 (2007); הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0000 "תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" 1-3(15.8.2010). דוגמאות להגנה על האינטרס הציבורי ראו בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שם מובאים, למשל, הנושא של הגנה על קטינים בבתי דין רבניים שבהם נטענת טענת ממזרות בנוגע לקטין כאשר יש לקטין אינטרס שהוא לא יוכרז כממזר, וכן הנושא של שכר בכירים מופרז ברשויות מקומיות או בסכסוכים בין קופות גמל למבוטחיהן.

[81] ראו "קול קורא לקבלת הערות מהציבור בנושא קביעת הסדר תכנוני ארוך טווח לגישת הציבור לנחל האסי" **משרד המשפטים** (3.2.2022) https://did.li/2RoZH.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

באמצעות "שולחנות עגולים" ביוזמת משרד המשפטים, שבמהלכם נשמעות דעות של מומחים, משפטנים ואנשי אקדמיה, במטרה לשמוע עמדות מרובות ומגוונות טרם הכרעה בסוגיות שונות.[82]

הייעוץ המשפטי לממשלה עוסק לעיתים גם בעידוד הסכמות באופן המייתר הכרעה שיפוטית. כך למשל, הנחיות היועצת המשפטית לממשלה מתוות כמה כללים באשר ליישוב סכסוכים בתחומי המשפט האזרחי.[83] "ייתור הכרעות שיפוטיות הוא אחת המטרות של ההליך הבלתי פורמלי שמנוהל על ידי מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, לעיתים בשיתוף גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, ואשר כונה בעבר "קדם בג"ץ". הליך זה משקף עמדה שמבקשת למצוא פתרונות חלופיים, ובמסגרתו מחלקת הבג"צים משמשת מעין פורום שמסייע לבג"ץ ולעיתים מייתרת את הדיון בו.[84]

מהאמור לעיל עולה כי כבר כיום קיימת מגמה של עידוד הסכמות ושל שיתוף הציבור דרך הייעוץ המשפטי לממשלה באמצעות כלים שונים שמטרתם לשמוע קולות רבים ככל האפשר טרם קבלת הכרעה בנושאים העומדים על סדר היום הציבורי, בין שמדובר בהליכי חקיקה ובין שמדובר בהליכים משפטיים בעלי אופי ציבורי. במסגרת "שמיעת הקולות" מבקש הייעוץ המשפטי לממשלה לבחון חלופות להליך המשפטי, להרחיב את מעגל הצדדים המקוריים להליך ולשמוע את עמדותיהם של הציבור, אנשי מקצוע, מומחים, אקדמאים ועוד.

עם זאת, חרף המגמה החיובית של שיתוף הציבור ושל עידוד הסכמות, גם במקרה זה אין מנגנון מוסדר של בניית הסכמות ציבוריות שיתרונותיו פורטו בפרק הקודם. הכלים העוסקים בקבלת עמדות מן הציבור אומנם מרחיבים את החשיפה לקולות שונים בציבור אך אינם מתמקדים ביצירת דיאלוג ובשיח לעידוד הסכמות. מנגד, ההליך של קדם בג"ץ מעודד הסכמות בין העותרים לבין המשרדים הרלוונטיים, אך הוא מוגבל לצדדים הפורמליים ואינו כולל קולות וצדדים נוספים שהינם חיוניים, כאמור, לתהליך של בניית הסכמות בעניינים ציבורים.

נוסף על כך, ובדומה לוועדות המוקמות על ידי בית המשפט, הכלים הקיימים כיום אינם עושים שימוש בגישור ובמתודות של בניית הסכמות בעת קבלתן של עמדות הציבור. יצירת מנגנון סדור של בניית הסכמות יכול לסייע בידי הייעוץ המשפטי לממשלה לעודד משא ומתן אפקטיבי, שבמסגרתו יישמעו מגוון

---

[82] משרד המשפטים עורך "שולחנות עגולים" במגוון של נושאים בתחומי המשפט השונים. כך למשל, בתאריך 9.6.22 קיים משרד המשפטים "ועידת דלתיים פתוחות" שבמסגרתה הוזמן הציבור הרחב לקחת חלק בבניית תוכניות העבודה לשנים הבאות, להשמיע את דעתו בעניין הפעילות של יחידות המשרד והאתגרים הבאים בעולם המשפט. במסגרת ועידה זו קיימה הנהלת המשרד 48 שולחנות עגולים בנוכחות אנשי אקדמיה, משרדי עורכי דין, רואי חשבון, קליניקות, המגזר העסקי ועוד. ראו באתר משרד המשפטים: https://www.gov.il/he/pages/lawopendoors נוסף על כך, החל משנת 2020 הוקם ביוזמת הייעוץ המשפטי לממשלה והפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן פורום לשיתוף פעולה בין האקדמיה לבין משרד המשפטים.

[83] ראו הנחיות היועצת המשפטית לממשלה בפרק 6.12 בעניין "יישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית־המשפט".

[84] במסגרת הליך זה, עותרים פוטנציאליים פונים באופן לא פורמלי למחלקת הבג"צים שבפרקליטות המדינה בבקשה שזו תטפל בעניינם ובטענתם כלפי רשות מנהלית ותנסה לפתור אותה תוך קיום הליך בדיקה מעין שיפוטי. ראו למשל דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות", לעיל ה"ש 55, בעמ' 160-161, 173.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

הקולות הרלוונטיים לסוגיה הנדונה, פרט לאלה של הצדדים לעתירה, אגב שימוש במתודולוגיות של בניית הסכמות באמצעות גוף בעל ידע מקצועי שבידיו הכלים וההכשרה המקצועית הנדרשים לכך.

מנגנון בניית הסכמות המוצע במאמר זה יכול לסייע בידי הייעוץ המשפטי לממשלה בכל אחד מתחומי סמכותו.[85] כך למשל, מנגנון בניית ההסכמות יוכל לסייע לייעוץ המשפטי לממשלה לא רק בשמיעת מגוון הקולות הרלוונטיים לסוגיה (כפי שנעשה, למשל, במסגרת התנהלותו בעניין נחל האסי) אלא גם בעידוד דיאלוג אקטיבי בין העמדות השונות, באופן שיחשוף את הייעוץ המשפטי לא רק לעמדות המוצא של הצדדים אלא גם להתפתחותן האפשרית של עמדות אלה בדרך של משא ומתן.

באופן דומה, הייעוץ המשפטי לממשלה יוכל להסתייע במנגנון בניית הסכמות גם במסגרת תפקידו בהליכים של ניסוח חקיקה והכנת הצעות חוק.[86] שמיעת מגוון הקולות הרלוונטיים, טרם גיבושו של נוסח החוק הסופי, הכרחי לאור ההשלכות הרוחביות שעלולות להיגרם עקב כך על קבוצות אוכלוסייה שונות. גם במקרה כזה, שימוש בהליך בניית הסכמות, במיוחד אם ינוהל על ידי גוף מקצועי, יאפשר לייעוץ המשפטי לממשלה לקבל לא רק את העמדות הגולמיות של הציבור, אלא גם את הדרך שבה עמדות אלה עשויות להתפתח בדרך של דיאלוג ומשא ומתן. מנגנון בניית הסכמות גם יכול לסייע לייעוץ המשפטי לממשלה במסגרת תפקידו בייצוג המדינה בערכאות משפטיות ובעת הגשת תגובה מטעמו לעתירה בבית המשפט בנושאים בעלי אופי ציבורי.

מנגנון בניית הסכמות אף יכול לסייע לייעוץ המשפטי לממשלה במסגרת תפקידו במתן ייעוץ לממשלה בנושאים מעוררי מחלוקת ציבורית.[87] כך לדוגמה, המנגנון המוצע יכול היה לשמש את הייעוץ המשפטי לממשלה בעניין המחלוקת הציבורית שהתעוררה בזמנו בעניין השחייה בהפרדה ברשות הטבע והגנים, שבמסגרתה עלתה השאלה אם רשות הטבע והגנים רשאית לקיים רחצה נפרדת לגברים ולנשים בשמורות הטבע.[88] במקרה זה, חשוב להבטיח כי יישמעו מגוון קולות הרלוונטיים לסוגיה, כגון קולן של נשים מוסלמיות או חרדיות. מנגנון של בניית הסכמות יכול היה לסייע לייעוץ המשפטי לממשלה במקרה זה לבחון את הנושא לעומקו, לאחר שמיעת מגוון הקולות הרלוונטיים לסוגיה, תוך שימוש במתודולוגיות של

---

[85] להרחבה בנוגע לתפקידיו של הייעוץ המשפטי לממשלה ראו למשל בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 80; גיא לוריא **היועץ הטוב: אמות מידה להערכת היועץ המשפטי לממשלה** 11, 52 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2015); פריבר "מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה", לעיל ה"ש 80, בעמ' 27, 48-53.

[86] הנחיות הייעוץ המשפטי לממשלה קובעות כי הנחיות היועמ"ש מחייבות את כל המערכת הממשלתית וכי פרשנותו לחוק היא הפרשנות המוסמכת מבחינת רשויות השלטון כל עוד לא קבע החוק אחרת. ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שם, בעמ' 3. למנגנון מקביל הקבוע בחקיקה בארצות הברית וקובע מסגרת לניהול הליך שיתופי לגיבוש תקנות ר' Negotiated Rulemaking Act of 1990, 5 U.S.C. §§ 561–70. לסקירה משווה על אודות הליך שיתופי זה ומקבילותיו ראו צילי אליצור נאה ושחר ליפשיץ "יישוב סכסוכים פינת שיתוף הציבור: קריאה לפיתוח בניית הסכמות בתהליכי קבלת החלטות שלטוניים בישראל" (טרם פורסם).

[87] במסגרת זו תפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה היא להכריע בחילוקי דעות בין הגורמים הממשלתיים כדי להביא לכך שהמדינה לא תדבר בקולות שונים. ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 2. הגם שמנגנון בניית ההסכמות המוצע אינו עוסק בגישור בין גופים ציבוריים שונים, גיבוש עמדה מוסכמת על ידי קבוצות שונות המייצגות מערכות ערכים שונים בקרב הציבור הרחב עשוי להשפיע גם על האפשרות להצגת עמדה אחידה על ידי המדינה.

[88] ראו למשל אור קשתי "בהמלצה משרד המשפטים, הוקפא פיילוט רחצה נפרדת בעין פשחה" **הארץ** (9.9.2020): https://www.haaretz.co.il/2020-09-09/ty-article/.premium/0000017f-e8a1-df2c-a1ff-fef118340000.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

בניית הסכמות ותוך הסתייעות בגופים המתמחים בהליכי גישור ובניית הסכמות וכך לנסות ולהביא לפתרון אפקטיבי המקובל על הצדדים.

מהאמור לעיל עולה כי מנגנון בניית ההסכמות המוצע במאמר זה יכול לשמש, כתוספת או לחלופין, גם את הייעוץ המשפטי לממשלה, ולפיכך ראוי להסדיר אפשרות זו במסגרת החוק שיוצג בפרק הבא, העוסק בהסדר התדיינויות בעניינים ציבוריים על ידי בית המשפט. יתרה מזו, בכל הקשור לשימוש במנגנון המוצע על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה, ייתכן שלפחות בחלק מן המקרים ניתן יהיה להסדיר את השימוש במנגנון בניית הסכמות גם בהיעדר חקיקה מוסדרת, וזאת באמצעות נהלים והנחיות פנימיות של הייעוץ המשפטי לממשלה.

ה. הצעת מודל לבניית הסכמות בעתירות ציבוריות בחסות בית המשפט

(1) לקראת חקיקת חוק הסדר התדיינויות בעניינים ציבוריים

כפי שתואר לעיל, השיח המשפטי בישראל בנושא תפקידו של בית המשפט בבניית הסכמות עודנו בראשית דרכו.[89] החוסר בנושא הופך משמעותי יותר כאשר מדובר על תפקידו של בית המשפט בבניית הסכמות בתחום המשפט הציבורי.[90] על רקע דברים אלו, המשימה של הצגת מודל משפטי קוהרנטי להסדרתו של תהליך בניית הסכמות בעניינים ציבוריים בחסות בית המשפט היא משימה מאתגרת. על אף זאת, בחלקים הבאים אבקש להציע יסודות ראשוניים למודל משפטי שיסדיר את תפקיד בית המשפט בבניית הסכמות.[91]

מטרת המודל המוצע הינה להעמיד בידי בית המשפט (וכאמור בפרק הקודם - אף בידי הייעוץ המשפטי לממשלה) מנגנון לעידוד פתרונות מבוססי-הסכמה בהליכים משפטיים הנוגעים לסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית, תוך עיכוב ההליך המשפטי שהוגש וצירוף גופים נוספים המייצגים את הצדדים הרלוונטיים לסוגיה הנדונה, זאת במטרה להגיע לפתרון מוסכם אשר מביא בחשבון מגוון רחב של גישות, עמדות והשקפות עולם המאפיינות את החברה הישראלית (להלן: "**הליך בניית הסכמות**"). הליך בניית

---

[89] לדיון רחב ומעמיק בנושאים אלה, בין היתר במקום ההסכמות במסגרת ההליך המשפטי, ראו אלברשטיין "ישוב סכסוכים שיפוטי", לעיל ה"ש 66, בעמ' 45-71.

[90] חריג לעניין זה היא כתיבתם של: זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", לעיל ה"ש 10; וכן, דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות", לעיל ה"ש 55.

[91] כחריג לחוסר הקיים בספרות המשפטית בישראל בנושא ניתן להצביע על הצעת המתווה המקורי להליך של בניית הסכמות בסוגיות ציבוריות, שאותה הציעה קרן אזולאי בעבודת הדוקטורט שלה: Deliberations Constructive Controversy (CCD)), KEREN AZULAY, BREAKING THE WALL: TOWARD A NEW MODEL OF CONSTRUCTIVE DELIBERATIONS (Dissertation, School of Law in Requirements for the Degree of Doctor of the Science of Law, Colombia University, 2008). בעמ' 54, 57-55. בעבודתה מציעה קרן אזולאי הליך של בניית הסכמות שמשתתפיו ייבחרו על ידי גוף שימונה על ידי בית המשפט ובפיקוחו. לדברי אזולאי, המתווה המוסכם, אם הושג כזה, יובא בסופו של דבר בפני בית המשפט, וזה יפקח על ההליך ויבחן אם ההסדר המוצע מקיים את המטרות שלשמן התקיים הליך הגישור ואם הוא עומד במתחם הסבירות. בית המשפט מוסמך, לפי שיקול דעתו, ליתן תוקף של פסק דין להסכמה שאליה הגיעו הצדדים. עבודת המחקר של אזולאי לא פורסמה, וייתכן שבשל כך לא קיבלה הצעתה את תשומת הלב הראויה ולא הייתה לה השפעה מספקת על השיח המשפטי האקדמי והמעשי.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

ההסכמות ייערך על ידי גוף בעל יכולת מקצועית לליווי תהליכים ארוכים בבניית הסכמות, שיוסמך על פי חוק לסייע בידי הצדדים לעתירה וצדדים נוספים שהצטרפו להליך להגיע להסכמה על יישוב הסוגיות שבמחלוקת (להלן: "**גוף בונה ההסכמות**"). במקרים שבהם הושגה הסכמה כוללת, לאחר הגעה להסכמה בין המשתתפים בהליך, יבחן בית המשפט, לאחר שקיבל את עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, את הסכמת הצדדים ואת ההסדר שגובש ויהיה רשאי ליתן להסדר או לחלקים ממנו תוקף של פסק דין. אם לא יגיעו הצדדים להסדר, יביא בית המשפט במסגרת שיקולי הכרעתו, ובכל החלטה אחרת שייתן במסגרת ההליך הציבורי, את סיכום ההליך ואת ההסכמות החלקיות שהושגו בו.

בחלקים הבאים יוצג ההסדר באופן רחב יותר אגב התייחסות מפורטת לשלושת השלבים הרלוונטיים להליך: טרום ההליך המשפטי והכניסה לבניית ההסכמות; שלב ניהולו של הליך בניית ההסכמות; השלב לאחר סיומו של הליך בניית ההסכמות.

---

(2) טרום ההליך המשפטי והכניסה לבניית ההסכמות

(א) סיווגו של ההליך המשפטי המוגש בפני בית המשפט ובחינת התאמתו להליך של בניית הסכמות

בעוד בתחומי משפט אחרים ההפניה לגישור או להליך מקדים (כגון פגישת מידע היכרות ותיאום [מהו"ת]) מחויבת על פי חוק,[92] אני סבור שבמקרה של העתירה הציבורית, בשל חדשנות ההליך, מורכבותו והחשש מפני נעילת שערי בית המשפט בפני גורמים שזכויותיהם נפגעו, יש להותיר לבית המשפט, לפחות בשלב ראשון, את שיקול הדעת בשאלה אם להעביר את העתירה למסלול בניית ההסכמות. כך, מנגנון העזר המוצע יאפשר לבית המשפט הדן בהליך משפטי אשר מעורר שאלות ציבוריות רחבות הנוגעות לסוגיות השנויות במחלוקת בחברה הישראלית ומתייחסות לצדדים נוספים מעבר לבעלי הדין להעביר את ההליך למנגנון בניית הסכמות בהתאם לשיקול דעתו. בין היתר, יינתן משקל בהחלטה זו לבקשה של הצדדים או של הייעוץ המשפטי לממשלה לעשות שימוש בהליך זה.[93] נוכח הניתוח המלמד שגם היום בית המשפט מחפש חלופות להכרעות שיפוטיות, הן ברטוריקה והן בהתנהגותו בפועל, דומה כי אין חשש שהקניית שיקול הדעת לבית המשפט מרוקנת מתוכן את יתרונותיה של ההצעה. להפך, בעוד בתי המשפט עשויים להתנגד לכלים

[92] ראו למשל פרק ד' לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, המחייב את הצדדים, במקרים מסוימים, לקיים פגישת "מידע, היכרות ותיאום לבחינת האפשרות ליישב את הסכסוך באמצעות מנגנון חלופי ליישוב סכסוך ("מהו"ת"); אף חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, התשע"ה–2014 מחייב קיום פגישות מהו"ת כתנאי להגשת תביעה בסכסוכים משפחתיים המנויים בחוק.

[93] וראו בהקשר זה את הצעתם של אלעד גיל ובל יוסף בגיליון זה להרחיב את מנעד שיקול הדעת של בית המשפט באשר לעצם ההזדקקות לעתירות משפטיות: יוסף וגיל "חשיבה מחודשת", לעיל ה"ש 53.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

משפטיים שמשמעותם נעילה מוחלטת של שערי בית המשפט, יש סיכוי רב יותר שהם ישתפו פעולה עם כלים משפטיים שנועדו ליצור הסכמה ציבורית רחבה ללא נעילה של שערי בית המשפט.

נוכח העובדה שהעברה להליך של בניית ההסכמות תעשה על פי שיקול דעתו של בית המשפט, ניתן לנקוט הגדרה רחבה של סוגי ההליכים שאפשר להפנותם להליך בניית הסכמות. הדבר יאפשר לבית המשפט העליון או לבית המשפט לעניינים מנהליים להעביר להליך זה כל סוגיה השנויה במחלוקת ציבורית, שיש לה השלכות מעבר לעניינם של בעלי הדין הספציפיים ושלדעת בית המשפט עשויה להפיק תועלת מהליך של בניית הסכמות. עם זאת, למרות ההגדרה הרחבה, יש למקד את הליך בניית ההסכמות בהליכים המוגשים לבית המשפט העליון ולבתי המשפט המנהליים בלבד, ואין לפתוח אותו לתביעות אזרחיות או פליליות רגילות. נוסף על כך, בשל המורכבות החוקתית והציבורית של ביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק והצורך במעורבות הכנסת בדיון העוסק בנושא זה, עמדתי היא שאין לנתב להליך של בניית הסכמות עתירות שהסעד המרכזי הנדרש בהן הינו ביטול חוק בשל אי-חוקיותו.

(ב) מינוי גוף בונה הסכמות

בניגוד לפרקטיקה הקיימת שתוארה לעיל, שבה בית המשפט עצמו מנהל לעיתים הליך לא פורמלי של גיבוש הסכמות, על פי המודל המוצע על בית המשפט להעביר את ההליך לגוף מקצועי האמון על בניית הסכמות. לניהול ההליך על ידי גוף מקצועי מחוץ לכותלי בית המשפט כמה יתרונות: ראשית, הליך בניית הסכמות הוא הליך מורכב ולבית המשפט לא נתונים בדרך כלל משאבי הזמן הדרושים כדי לנהל הליך כזה כדבעי; שנית, ניהולו של הליך בניית הסכמות דורש מומחיות ייחודית בגישור ובניית הסכמות; שלישית, הליך בניית הסכמות דורש ניהול משא ומתן פתוח וחשיפת חולשות משפטיות וסודות מקצועיים. הצדדים לתיק עלולים להסס לנהל משא ומתן כזה בלב פתוח ונפש חפצה בפני זה שיכריע בסופו של דבר בעניינם אם לא יגיעו להסכמה בסופו של דבר; לבסוף, כפי שיוסבר בהמשך הדברים, הסדר מוסכם שהוא תוצר ההליך דורש פיקוח מצד בית המשפט, ועל כן ראוי להפריד בין הגוף אשר מנהל את ההליך לבין זה המפקח עליו. על כן, על פי הצעתנו, לאחר שהחליט על ניתוב ההליך המשפטי להליך של בניית הסכמות, על בית המשפט למנות "גורם מנחה לתהליך" (Facilitator). הגורם יכול שיהיה מגשר או מגשרים שינהלו בעצמם את התהליך. במקרים מורכבים אפשר למנות גוף שיש לו מומחיות בבניית הסכמות כמו גם יכולת לוגיסטית ומקצועית לצורך ניהול ההליך, כדי שימנה, באישור בית המשפט, מגשרים מתאימים וידאג לניהול הלוגיסטי של ההליך ותוכנו.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

(ג) פגישות מידע היערכות תיאום וחקר

ברוח ההוראות הקבועות בחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה[94] ובתקנות סדר הדין האזרחי התשע"ט-2018, המבקשות לבחון את האפשרות של פתרון מחלוקות באמצעות מנגנון חלופי ליישוב סכסוך,[95] מוצע להיעזר בכלי של פגישות מידע, היערכות ותיאום (להלן: **מהו"ת**) אף בהליכים משפטיים שמערבים עניינים ציבוריים, נוסף על היבטים מחקריים הנדרשים להיעשות במסגרת זו.

עם זאת, חשוב לעמוד על הבדלים משמעותיים בין הליך מהו"ת במובנו הרגיל לבין הליך המהו"ת והחקר המוצע במאמר הנוכחי. הליך מהו"ת רגיל ממוקד בהעברת מידע לצדדים להליך המשפטי, מידע שעל בסיסו יחליטו הצדדים אם הם מעוניינים להמשיך בהליך המשפטי או לפנות להליכים אחרים. לעומת זאת, במקרה של העתירה הציבורית, לפגישות המהו"ת והחקר תפקיד כפול: מצד אחד, הן מאפשרות לצדדים המקוריים להליך המשפטי לקבל מידע שיאפשר בחינה מעמיקה ואוהדת של האפשרות לפנייה להליך של בניית הסכמות; מצד אחר, הפגישות עם הצדדים המקוריים יסייעו לגוף בונה ההסכמות בהבנת המקרה לצורך גיבוש עמדתו ובבחינת השאלה אם המקרה מתאים להליך של בניית הסכמות– עמדה שעשויה להוביל לקיום הליך כזה גם כאשר העותר המקורי מסרב לשתף פעולה עם ההליך. נוסף על כך, הגוף בונה ההסכמות עשוי להשתמש בפגישות המהו"ת והחקר כדי לקבל מידע שיסייע לו בתכנון ההליך העתידי ובבחירת משתתפיו. מוצע אפוא שבמקרה שבו החליט בית המשפט על סיווג ההליך המשפטי כהליך הנוגע לסוגיה ציבורית ועל הפנייתו להליך בניית הסכמות, יפנה בית המשפט את הצדדים לגוף בונה הסכמות אשר ייבחר על ידיו לצורך קיום שתי פגישות מהו"ת. במהלך פגישות המהו"ת יסביר הגוף בונה ההסכמות לצדדים את עקרונותיו של הליך בניית ההסכמות ואת היתרונות הגלומים בו ויבחן יחד עימם את הנושאים העיקריים שבמחלוקת ואת התאמתה של הסוגיה הציבורית שביסוד ההליך הציבורי להליך בניית ההסכמות, זאת בהתחשב בזהות הצדדים, מהות ההליך המשפטי וסיכויי הצלחתו של הליך בניית ההסכמות. נוסף על כך, הגוף בונה ההסכמות יוכל לקבל את עמדת בעלי הדין באשר לקיומם וזהותם של צדדים נוספים הרלוונטיים לסוגיה הנדונה, אשר נוכחותם חשובה לצורך גיבושו של תהליך בניית ההסכמות. בתוך 14 ימים מעת פגישת המהו"ת האחרונה יעביר הגוף בונה ההסכמות לבית המשפט את עמדתו בעניין התאמתו של הליך בניית ההסכמות למקרה הנדון.

---

(3) שלב ניהולו של הליך בניית ההסכמות

[94] החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, לעיל ה"ש 63.

[95] תק' 37 לתקנות סדר הדין האזרחי, לעיל ה"ש 92. התקנה מורה על הפניית הצדדים לפגישת מהו"ת חובה בתובענה ששווי נושאה עולה על 40,000 ש"ח, למעט בתובענה לפיצויים בשל נזק גוף ותובענה שעילתה בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תקנה זו מקבילה לתקנות 99א-יא לתקנות הקודמות – תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984).

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

(א) צירוף צדדים נוספים להליך

הליכים משפטיים שמערבים עניינים ציבורים הינם בעלי רגישות ומורכבות מיוחדת ורלוונטיים לציבורים רבים ומגוונים בחברה הישראלית. כפי שהודגש בחלקים הקודמים, אחד החסרונות הבולטים של הכלים הקיימים כיום לעידוד הסכמות קשור בכך שהצדדים הפורמליים להליך המשפטי, העותר והמשיבים, אינם מייצגים במקרים רבים את מגוון הקולות הרלוונטיים הנחוצים להסדרת הסוגיה. כמו כן, לעיתים העותרים מייצגים עמדות קוטביות שאינן מתיישבות בהכרח עם העמדה הרווחת בחברה הישראלית. לעומתם, המשיבים הינם בדרך כלל גופים ציבוריים שבמקרים רבים מתווכים על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה.[96] עקב כך, קולם של "שחקנים" וקבוצות משמעותיות, שעמדותיהם חיוניות לסוגיה הנדונה, אינו נשמע.[97] לצד זאת, בשיח המשפטי העוסק בבניית הסכמות קיים ז'אנר המתאר תהליכים דליברטיביים רחבי היקף באמצעות שיח ציבורי רחב. ואולם, דומה כי הליך רב-משתתפים של שיח ציבורי רחב אינו מתאים להליך שנערך בצילו של סכסוך משפטי אשר יש לשאוף להגיע לסיומו בזמן סביר.

משכך, אחד הרכיבים המשמעותיים במודל המוצע הוא האפשרות של צירוף צדדים נוספים להליך. על פי המודל המוצע, לאחר היוועצות עם בעלי הדין בהליך המשפטי רשאי גוף בונה הסכמות לבקש מצדדים נוספים, שאינם חלק מההליך המשפטי המקורי, לקחת חלק בהליך בניית ההסכמות אם הוא סבור כי עמדתם עשויה לתרום להבנת המחלוקת הציבורית בסוגיה ולליבונה, זאת במטרה להביא לידי ביטוי מגוון רחב ככל האפשר של השקפות ועמדות מכלל האוכלוסייה בקשר לסוגיה שבמחלוקת. גוף בונה הסכמות רשאי לבקש מבית המשפט להכיר בצדדים נוספים שצורפו להליך בניית ההסכמות כצדדים להליך המשפטי או להסתפק בהיותם שותפים להליך בניית ההסכמות. לאחר שלב המהו"ת על הגוף בונה ההסכמות למפות את בעלי העניין הרלוונטיים, לפרסם "קול קורא" ובמקרים המתאימים גם ליזום פניות לגופים הרלוונטיים ובסופו של דבר לגבש קבוצה מצומצמת של משתתפים בהליך בניית ההסכמות. קבוצה זו תקבל לפני תחילת התהליך את אישורו של בית המשפט.[98] עם זאת, יש לאפשר לגוף בונה ההסכמות לקבל עמדות כתובות מן הציבור ובמקרים המתאימים לזמן גופים שאינם חלק מן התהליך, כדי להשמיע את דבריהם בעל פה או בכתב בפני המשתתפים.

---

[96] להרחבה בעניין תפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה בתהליך בניית הסכמות, ראו לעיל בפרק ד'.
[97] ראו דברי השופט הנדל בבג"ץ **עמותת הפורום החילוני**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 54–57.
[98] לדינמיקה דומה ראו הצעתה של Azulay, לעיל ה"ש 9.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

(ב) הליך בניית ההסכמות

במסגרת הליך בניית ההסכמות ייערך דיון, שמונחה על ידי מגשרים בעלי הכשרה מקצועית, במטרה ליצור דיאלוג ושיח רב-משתתפים תוך בניית אמון בין הצדדים. הדיון, שיכלול את כל בעלי העניין הרלוונטיים להליך, יאפשר יצירת מצע משותף לעידוד מהלכים משותפים ויתבסס על תפיסת העולם של הגישור, המתייחס למורכבויות הנובעות ממשא ומתן רב-צדדי.

נוסף על כך, כדי לאפשר להליך בניית ההסכמות להיות אפקטיבי ויעיל, מוצע לאפשר לגוף בונה ההסכמות להיוועד עם הצדדים, לרבות הצדדים שצורפו להליך, יחד או לחוד, וכן עם כל אדם אחר הנוגע לסוגיה העומדת ביסוד ההליך, וזאת במטרה לאפשר לגוף בונה ההסכמות לרדת לעומקן של הסוגיות שבמחלוקת ולמפות את האינטרסים הציבוריים הנוגעים להליך המשפטי. בספרות העוסקת בגישור קיימים מודלים שונים לעריכת גישור בכלל והליכי בניית הסכמות בפרט. המאמר הנוכחי אומנם איננו המסגרת המתאימה לפריסת מגוון הגישות הקיימות בנושא, אולם אסתפק בכך שאציין שלנוכח תכליות ההליך, יש להעדיף מגשרים האמונים על גישות גישור שבמרכזן לא רק האינטרסים והתוצאות הפרגמטיות של ההליך אלא גם עידוד שיח מבוסס-זהות.[99]

(ג) מעמד המדינה ותפקיד הייעוץ המשפטי לממשלה בהליך בניית הסכמות בחסות בית המשפט

הליכים משפטיים שמערבים עניינים ציבוריים נוגעים לתחומי אחריותה של המדינה ולתחומי סמכותו של הייעוץ המשפטי לממשלה. בפרק הקודם עמדתי על תפקידים חשובים אפשריים של הייעוץ המשפטי לממשלה בבניית הסכמות. כך עמדתי על האפשרות של הייעוץ להיעזר בהליך בניית הסכמות כבר בשלב גיבושה של הנורמה המשפטית בחקיקה ראשית או משנית, ובהקשרים שונים בשלב גיבושה של מדיניות הרשויות בנושאים שונים. עוד עמדתי על היכולת של הייעוץ לעודד הסכמות בטרם מוגשת עתירה פורמלית. בכל התרחישים הללו, הייעוץ המשפטי לממשלה מנהל את האירוע ואין לראות בו צד לסכסוך. ואולם, הפרק הנוכחי עניינו השלב שבו ההליך הקדם משפטי לא הוביל להסכמה והוגשה עתירה כנגד המדינה. במקרה זה, המדינה או אחד ממשרדי הממשלה, באמצעות הייעוץ המשפטי לממשלה, הם הצד הפורמלי להליך המשפטי האדוורסרי הנערך בבג"ץ או בבתי המשפט המנהליים. ברור אפוא שבמקרים הללו נדרשת השתתפות של נציגי המדינה בהליך, כדי שניתן יהיה להגיע להסדר שיוסכם על ידי המדינה. עם זאת, כאשר מדובר בעתירה ציבורית ובהליך בניית הסכמות, ההתייחסות למדינה ולייעוץ המשפטי לממשלה כ"משיב", כפי שמקובל בעתירות בבג"ץ, עלולה להחמיץ את מהותו של ההליך ככזה המבקש לחרוג מן הפורמליות האדוורסרית

[99] ראו בהקשר זה, Jay Rothman & Michal Alberstein, *Individuals, Groups and Intergroups*, לעיל ה"ש 40.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

ולהביא לשולחן מגוון רחב של בעלי עניין (ערכית ומעשית) מקרב הציבור. נוסף על כך, עולה חשש שהתייחסות למדינה או לייעוץ המשפטי כאל צד "מן המניין" בהליך בניית ההסכמות אינה הולמת את תפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה כמי שאמון על שלטון החוק ושמשקף את קולה של הרשות ואת עמדתה המשפטית בתחומים שונים.[100] כמו כן, הצורך לשמור על אובייקטיביות של הייעוץ המשפטי לממשלה אינו מתאים להליך של בניית הסכמות, שבו נדרשים המשתתפים במקרים רבים לחשוף בפני משתתפים נוספים היבטים זהותיים שונים בעולמם ובדרך שהם משפיעים על גישתם כלפי הפתרון לסכסוך שבמחלוקת.

לנוכח שיקולים אלו, המסקנה המתבקשת היא שאף על פי שהשתתפותם של נציגי הייעוץ המשפטי לממשלה בהליך בניית ההסכמות היא חיונית, אין זה ראוי להתייחס לרשויות המדינה ולייעוץ המשפטי לממשלה באופן פורמלי כאל צד "רגיל" להליך בניית ההסכמות, ויש למקד את תפקידיו של הייעוץ המשפטי לממשלה בהליך זה.

ראשית, מוצע לאפשר לגוף בונה ההסכמות, אם ראה צורך בכך, לבקש מהגוף הציבורי הרלוונטי מידע המצוי בידיו ואשר נחוץ להצלחת ההליך, זאת בדומה להוראות החלות על גופים המסייעים לעבודת הרשויות האחרות, דוגמת מרכז המחקר והמידע של הכנסת[101] ובכפוף לסייגים למסירת מידע על פי הוראות חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998,[102] שכן פעמים רבות עובדי המדינה הם בעלי הידע המקצועי הרלוונטי לעתירה. באופן דומה, במודל המוצע רשאי הגוף בונה ההסכמות, באישור הייעוץ המשפטי לממשלה, לבקש את עמדתו של גוף ציבורי ביחס לכל שאלה שנדונה במסגרת הליך בניית ההסכמות או אפילו להזמין נציג של גוף רלוונטי להשתתף באישור הייעוץ בחלק מן הפגישות. שנית, על היועץ המשפטי לממשלה להביא להליך את נקודת המבט המוסדית של המדינה ויחידותיה השונות. שלישית, על היועץ להציב בדיון את מגבלות הדין ואת האפשרות המשפטית להסכים להסדרים המתגבשים בין השחקנים השונים. לבסוף, מוצע כי היועץ המשפטי לממשלה יחווה את דעתו על ההסדר שמתגבש באופן עצמאי בטרם יכריע בית המשפט בסוגיה.

---

[100] על מעמדו המיוחד של הייעוץ המשפטי לממשלה כשומר סף במשפט הישראלי ובהגנה על שלטון החוק, ראו למשל: יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" **עיוני משפט** יא 412-415 (התשמ"ו); כן ראו בדו"ח ועדת שמגר: דין וחשבון הועדה לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998), בעמ' 48; יצחק זמיר "המשפטן בשירות הציבור" **ספר יצחק זמיר** 74, 75 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים 2005); פריבר "מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה", לעיל ה"ש 80; עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית המשפט לעניינים מנהליים" **עיוני משפט** לה 151, 153, 163-173 (התשע"ב). המחבר מצביע על המדיניות הקיימת בבתי המשפט, שלפיה כאשר מדובר בהליך שיפוטי המתנהל בבג"ץ או בבית המשפט לעניינים מנהליים, רק במקרים נדירים ניתן יהיה לחקור את המצהיר מטעם המדינה, וזאת בשונה מהליכים פליליים או אזרחיים, שבהם חקירה נגדית אינה מוטלת בספק. המחבר מסביר את הסיבות למדיניות זו, שנעוצות בין היתר באמון שבית המשפט רוחש כלפי נציגי הרשות והיועץ המשפטי לממשלה, כנאמני הציבור.

[101] ס' 64 לחוק הכנסת, התשנ"ד–1994.

[102] חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998, ס"ח 1667.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

(ד) קיום ההליכים בתום לב והליך גילוי ועיון במסמכים

כדי לעודד את הצדדים להגיע להסכמות ולאפשר להם ולגוף בונה ההסכמות לרדת לשורש העניין שבמחלוקת, על הצדדים להליך בניית ההסכמות תהיה חובה מיוחדת לנהוג בתום לב ובשקיפות ותחול חובת גילוי ועיון במסמכים, בדומה לחובה החלה לפי סעיף 35(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.[103] יודגש כי במובן זה להליך של בניית הסכמות עשוי להיות יתרון ניכר על פני ההליך המשפטי הבג״צי המקובל, שנערך פעמים רבות ללא בסיס עובדתי מסודר או מספק.[104].

כדי למנוע חשש שמא חובת השקיפות של ההליך תשמש בסופו של דבר לרעת מי מהצדדים, מוצע כי במסגרת ההליך יוכלו הצדדים להתייעץ עם כל גורם שהוא לפי בחירתם (בדומה להוראות סעיף 6(1) לתקנות בתי המשפט (גישור), תשנ״ג-1993 וסעיף 3(ב) לתקנות סדר הדין החדשות), כדי להבין את מלוא המשמעות של שיתוף המידע המתקיים בהליך.[105]

(ה) עיכוב הליכים

כדי להגביר את הסיכויים לכך שהצדדים יגיעו להסדר הסכמות ויעשו ניסיון אמיתי וכן ליישוב הסכסוך בדרכי שלום, יש להבטיח כי במועד הליך בניית ההסכמות לא יעסקו הצדדים בהכנה ובהגשה של כתבי בי-דין לבית המשפט ובית המשפט לא ידון בהליך שלפניו לתקופה שיקבע, וזאת בדומה להסדר הקיים בחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה. מוצע אפוא שמשעה שהפנה בית המשפט עניין כלשהו להליך בניית הסכמות, הוא לא ידון בהליך הציבורי שלפניו לתקופה שתיקבע על ידיו, והוא רשאי להאריך את התקופה או לקצרה בהסכמת הצדדים או לבקשת הגוף בונה ההסכמות. עם זאת, לנוכח התמשכות ההליכים במקרים המתוארים לעיל של ה״שמרטפות״ וכהפקת לקחים מכך, דומה שראוי לשקול מגבלת זמן על משך התקופה של עיכוב ההליכים.

---

(4) סיום הליך בניית ההסכמות וההכרעה המשפטית

[103] ס׳ 35(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, לעיל ה״ש 92. הסעיף קובע את חובתם של הצדדים להליך המשפטי לאפשר עיון במסמכים ולהשיב לשאלות הנחוצות לליבון הפלוגתות ולצמצום המחלוקות ביניהם תוך שהם נוהגים בשקיפות מרבית.

[104] ראו יצחק זמיר ״ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק״ **משפט וממשל** א 295, 299-300 (1992).

[105] ראו ס׳ 6(1) לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ״ג–1993. הסעיף קובע שהמגשר רשאי להיוועד על בעלי הדין ביחד או לחוד ובהסכמת בעלי הדין – בלי עורך דינו, וכן עם כל מי שקשור לסכסוך, לרבות עם עורך הדין של בעל דין בנפרד ; ס׳ 3(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, לעיל ה״ש 44. הסעיף קובע את חובתם של על בעלי הדין ובאי כוחם לסייע לבית המשפט בקיום המוטל עליו לפי התקנות ולנהוג בהגינות דיונית ובתום לב לצורך מימוש התכלית הדיונית, לרבות העמדת הפלוגתות האמיתיות שבמחלוקת תוך מיקודן, בירורן והכרעה בהן.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

(א) סיכום ההליך והעברתו לבית המשפט

בחלק הראשון של פרק זה עמדתי על כך שלהליך בניית ההסכמות כמה יתרונות הגלומים בעצם קיום ההליך, גם ללא קשר לתוצאותיו. כך למשל, תהליך בניית ההסכמות עשוי לסייע למשתתפים להבין טוב יותר את צורכי הצד האחר ובכך לתרום למיתון המתחים החברתיים הקשורים בנושא. נוסף על כך, המחקר הפסיכולוגי מלמד שהליך שבו נשמע קולם של המשתתפים מאפשר להם לקבל את תוצאותיו גם אם בסופו של דבר עמדתם אינה מתקבלת.[106] עם זאת, בהקשר של החלק הנוכחי אתמקד בדרך שבה יסייע ההליך לבית המשפט להכריע בנושא. בנושא זה קיים מתח בין שני שיקולים נוגדים. מחד גיסא, אחד מן המפתחות להצלחתו של גישור הוא החשאיות והחיסיון בנוגע להצעות השונות שהתעוררו בו.[107] מאידך גיסא, אם מטרתו של הליך בניית ההסכמות היא לסייע לבית המשפט בגיבוש הכרעתו גם כאשר הצדדים לא הגיעו להסכמות, רצוי שתעמוד בפני בית המשפט תמונה רחבה ככל האפשר של עמדות הצדדים. מתוך איזון בין השיקולים השונים, אני מציע שבסופו של הליך בניית ההסכמות ועם תום תקופת עיכוב ההליכים יעביר הגוף בונה ההסכמות לבית המשפט את סיכום ההסכמות בסוגיה המשפטית והציבורית שביסוד ההליך הציבורי. במסגרת סיכום ההסכמות יפורטו בכתב המטרות והאתגרים הציבוריים והמשפטיים הנוגעים להליך, אופן הייצוג של המטרות והאתגרים האמורים על ידי הצדדים, ההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים ואשר הצדדים נכונים לחשוף אותן והנושאים שנותרו שנויים במחלוקת.

(ב) מתן תוקף של פסק דין להסדר בהליך בניית הסכמות

כאמור, ההצעה מאפשרת לצדדים להגיע להסדר בהליך בניית הסכמות ובית המשפט יהיה רשאי, לאחר קבלת תגובתו של הייעוץ המשפטי לממשלה, לתת להסדר, או לחלקים ממנו, תוקף של פסק דין. לגישתי, ראוי לשקול להקנות לבית המשפט סמכות שבשיקול דעת לתת תוקף להסדר כזה לא רק במקרים שבהם מדובר בהסכם שכל משתתפי ההליך שותפים לו, אלא גם במקרים שבהם קיימת דעת מיעוט בקרב משתתפי ההליך. עם זאת, לנוכח מעמדו של הייעוץ המשפטי לממשלה כגורם האמון על שלטון החוק וכמי שבסופו של דבר אמור לדאוג ליישומו על ידי גופי המדינה, יש לאפשר לייעוץ המשפטי לממשלה להביע את עמדתו בנוגע להסדר בטרם יינתן לו תוקף של פסק דין על ידי בית המשפט (גם אם זו לא תתקבל, כמובן). בדומה

---

[106] ראו בהקשר זה: Tyler, *Procedural Justice and the Rule of Law*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 4.

[107] ראו למשל בתק' 3 לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993. כן ראו למשל לימור זר-גוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך; לעניין הצורך בחיסיון בהליכי גישור" **שערי משפט** ג 165 (2002); ראו יצחק עמית **חסיונות ואינטרסים מוגנים - הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי** 576 (2021). כמו כן ראו ה"ש 4 לעיל וההפניות המובאות שם.

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

לכך, אישור בית המשפט להסדר לא יינתן כחותמת גומי אלא לפי שיקול דעתו של בית המשפט ורק אם מצא שההסדר תואם את הדין.

(ג) התחשבות בסיכום ההליך במסגרת ההכרעה השיפוטית

מוצע כי גם אם לא הגיעו הצדדים להסדר סופי, סיכום ההסכמות ביניהם כמו גם סיכום ההליך בכללותו יובאו בשיקולי הכרעתו של בית המשפט ובכל החלטה אחרת שייתן במסגרת ההליך הציבורי. בדרך זו, תהליך בניית ההסכמות וסיכומו על ידי הגוף בונה ההסכמות יאפשרו לבית המשפט למקד את פסק דינו בנושאים שנותרו במחלוקת, וכן לקבל את הכרעתו על בסיס תהליך מרובה-קולות שבמסגרתו עברו הצדדים תהליך משמעותי.

---

(5) סיכום הפרק

הצעת החוק להסדר התדיינות בעניינים ציבוריים מציעה אפוא ליצור מנגנון שיקל על בית המשפט לעודד פתרונות מבוססי-הסכמה בהליכים משפטיים שמערבים עניינים ציבוריים שהם מעבר לעניינם של בעלי הדין הספציפיים, הנוגעים לסוגיות יסוד בציבוריות הישראלית. ההסדר המוצע מבקש להרחיב את המגמה המתפתחת במערכת המשפט בישראל ובעולם של העדפת בניית הסכמות על פני הכרעה שיפוטית בתחום הציבורי בדרך של יצירת מנגנון סטטוטורי של בניית הסכמות. המנגנון יאפשר הפניה של הצדדים לגוף בונה הסכמות שבידיו הידע והכלים הנדרשים להביא את הצדדים לבחון את מכלול ההיבטים הנוגעים לסוגיה, אגב התחשבות באינטרסים של צדדים נוספים מלבד הצדדים לעתירה ושמיעת עמדתה של המדינה, וזאת במטרה לגבש פתרון מוסכם ומתוך הבנת החשיבות של יצירת שיח ציבורי רחב מרובה-קולות גם כאשר לא הושג פתרון ואף אם תידרש בסופו של דבר הכרעה שיפוטית חדה.

ו. אחרית דבר ומבט לעתיד

בשעה שבה שורות אלו נכתבות מצויה ישראל במלחמה שאליה נקלעה לאחר שהותקפה על ידי אויביה החיצוניים בשמחה תורה תשפ״ד, 7 באוקטובר 2023. למלחמה זו קדמה שנה סוערת של פילוג פנימי מר, שהטריגר להתפרצותו היה שורה של רפורמות משפטיות, שיזמה הממשלה שנבחרה לאחר הבחירות שהתקיימו ב-1 בנובמבר 2022. רפורמות אלה שיקפו ביקורת נוקבת כלפי מערכת המשפט מצד ציבור רחב בישראל. בה בעת, חלק ניכר מהציבור ראה ברפורמות אלו ובדרך שבה התקבלו הפיכה משטרית אנטי־

שחר ליפשיץ מעתירה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות צפוי להתפרסם מחקרי משפט לה (תשפ"ד) גרסה לפני עימוד.

דמוקרטית, וכהמשך לכך התפתחה בישראל מחאה חברתית חריפה כלפי הרפורמות/ההפיכה. המחלוקת המרה שהתפתחה העמידה את מערכת המשפט בישראל במרכזה של מחלוקת ציבורית חריפה. ניסיונות שונים, שלחלקם הייתי שותף באופן אישי, להביא לסיומה של המחלוקת בהסכמה נכשלו, ובלב רבים מקנן החשש מפני התפרצות נוספת של המחלוקת הפנימית בעניינים הללו.

ואולם, עוד בטרם פרצה לחיינו סוגיה זו, נאלצה מערכת המשפט בישראל, ובראשה בית המשפט העליון, להתמודד לעיתים קרובות עם סוגיות טעונות, הנוגעות לעיתים לליבת הזהות של החברה הישראלית, אשר עוררו מחלוקת ציבורית ערכית ורב-ממדית. מאמר זה, שבמרכזו הצעה למודל שיאפשר למערכת המשפט לעודד הסכמות במחלוקות הללו כאשר הן מובאות לפתחה, הוצג לראשונה בפני בכירי משרד המשפטים בספטמבר 2022, בשלהי כהונתה של הכנסת ה-24, ונשלח לפרסום בדצמבר 2022. אני סבור שכיום, לאחר השנה הסוערת שחוותה מדינת ישראל, נחיצותו וחשיבותו ברורים עוד יותר.

אודה ואתוודה כי לדידי, בעולם אידיאלי, תהליכים של איחוי ובניית הסכמות חברתיות ראוי שיתרחשו מחוץ לכותלי בית המשפט ללא צורך בהגשת עתירות ובהליכים משפטיים. ואולם, בפועל נראה כי החברה הישראלית טרם הבשילה לתהליך מרפא של בניית הסכמות, ורבות מהסוגיות הציבוריות מובאות כיום לפתחו של בית המשפט, אשר מוצא את עצמו שוב ושוב בעין הסערה ונאלץ להכריע בסכסוכים ובסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית. מתוך הפנמה של המציאות הקיימת, שבה סכסוכים ציבוריים מגיעים לעיתים קרובות לפתחו של בית המשפט, וכהזדמנות להתנעת תהליכים של בניית הסכמות, ביקשתי במאמר זה להציע מנגנון לבניית הסכמות בסכסוכים בעלי אופי ציבורי אשר ישמש את מערכת המשפט – בית המשפט והייעוץ המשפטי לממשלה. אני מקווה שהזרעים שנזרעו במאמר זה יובילו לשיח ציבורי בנושא ואף לשינוי מעשי שמערכת המשפט והחברה הישראלית בכללותה עשויים לצאת ממנו נשכרים.