

יישוב סכסוכים — אפשר גם אחרת

יורם אלרואי*

"תעשיית" הסכסוכים היא תעשייה פורחת. אין חשש שהמיתון יפגע בה בעתיד הנראה לעין. חברתנו נעשית "חברה מתדיינת" יותר ויותר, ועם זאת הולכת וגוברת אי-שביעות הרצון מן השירות, אשר המערכת המשפטית מסוגלת לספק לצרכניה. תורים מתמשכים לשמיעת תיקים בבתי המשפט, דחיות בלתי מוסכרות למתדיינים, עלויות משפט העולות בסחרור, ולעתים חוסמות את שערי בית המשפט בפני מתדיינים שאינם מסוגלים לעמוד בהן, וסחבת פרוצדורלית, כל אלה גורמים לטרוניות שקולן נשמע יותר ויותר. יתר על כן, הצדדים, הנכנסים אל המבוך המשפטי, מגלים לא פעם אי שביעות רצון אף מן התוצאות המתקבלות כתוצאה מהליכי המשפט המקובלים.

בדרך כלל אין זו אשמתם של השופטים, אלא תוצאה של קשיים אובייקטיביים בתפעול המערכת, של אופי ההליכים ושל האפשרויות המוגבלות, שמכתיבה שיטתנו המשפטית לפתרון סכסוכים². אי שביעות רצון זו מגבירה את ההתעניינות בדרכי פתרון סכסוכים מחוץ לכתלי בית המשפט ומביאה לחיפוש אחר דרכים אלטרנטיביות ליישוב חילוקי דעות. התופעה החלה בארצות הברית לפני שנים והביאה לפיתוח שיטות וטכניקות שונות לפתרון סכסוכים: בוררות, גישור, זעיר-משפט³, משפט-מושבעים

* עורך דין, מנהל "קונסנטוס, מרכז למשא ומתן, יישוב סכסוכים וגישור" שלידי בית הספר למשפטים של המכללה למנהל.

1 עוד בשנת 1972 אמר שופט בית המשפט העליון (כתוארו אז) צבי ברנזון, בדברו בעיקר על תביעות נזיקין: "... המצב הולך ומחמיר, אך עולם המשפט כמנהגו נוהג ואינו חש את התהום הנפערת בינו לבין ציבור האזרחים הנוזקים לו בצרתם. מכל הצרות שירדו על עולם המשפט עינוי הדין היא הצרה החמורה ביותר. זאת צרה שאינה כתובה בתורה, אך כמדומני שהיתה ראויה להיות כתובה בתוכחה שבחורה. חכמינו הקדמונים הכירו בחומרה זאת, השוו את עינוי הדין עם עיוות דין, והזהירו מפני שניהם באומרם: "חרב בא לעולם על עינוי הדין ועל עיוות הדין" ! ברנזון "פישוט העניינים בתביעת נזיקין" עיוני משפט ב(תשל"ג) 575, מבוסס על הרצאה שניתנה ביום 4.5.72. ראה גם נ. דונביץ עינוי דין (1975).

2 ראה להלן: ישוב סכסוכים בצל בתי המשפט.

3 "זעיר-משפט" (minitrial) הוא הליך שבו עורכי הדין מביאים את טענותיהם, בקצרה, לפני מקבלי ההחלטות משני הצדדים (בעיקר המדובר במנהלי חברות) ואלה מנסים, יחד עם יועץ

מקוצר, "קובע ממצאים" ושילוחים שונים של שיטות אלה. בישראל החלה המודעות לצרכים אלה להתעורר רק בעת האחרונה.

בין הדרכים האלטרנטיביות השונות בולט הגישור (Mediation) ביתרונותיו וביעילותו. הגישור הוא הליך שבו מתערב בסכסוך צד שלישי (בין ביוזמת הצדדים ובין ביזמתו) ומסייע להם להגיע להסדר מרצון של הסכסוך. למעשה, אין זה הליך חדש, והוא מקובל במדינות שונות ובתרבויות שונות⁴. אולם רק מזה כעשר שנים החל הגישור לתפוס מקום רב משקל בין השיטות השונות ליישוב סכסוכים בארצות הברית.

מוסד הגישור השתרש עד כדי כך ש-510 החברות הגדולות בארצות הברית חתמו על הצהרת כוונות, שעל פיה הן מקבלות על עצמן לנסות ולפתור סכסוכים בדרך של גישור, ואם זו לא תעלה יפה — לפנות לבוררות⁵.

סקר שערך הארגון היוקרתי C.P.R. (Center for Public Resources) הראה, שמתוך הסכסוכים שחברות אלה היו מעורבות בהם נסתיימו 76% באמצעות משא ומתן וגישור⁶. כפי שפורסם בשנת 1989 מספר הסכסוכים בארצות הברית המגיע לגישור הוא כרבע מיליון בשנה⁷ ומספר זה הולך וגדל מדי שנה.

בחלק ממדינות ארצות הברית מחייב החוק במקרים מסוימים את הצדדים להתדיינות לפנות אל מגשר. כך הוא הדבר, למשל, במדינת קליפורניה, שבה זוג המבקש פסק גירושין חייב, על פי החוק החרות, לפנות אל מגשר, אם אחד הנושאים העומדים לדיון הוא החזקת הילדים⁸. מובן, שאין המגשר רשאי לכפות עליהם הסדר, ואף אינו יכול לכפות עליהם שיתוף פעולה, אך אם הליך הגישור נכשל, מוסמך המגשר להציע לשופט

- נייטרלי ולאחר שמיצת הטענות, להגיע להסכם. Goldberg, Green & Sander *Dispute Resolution* (1985) 79-271
- 4 "משפט מושבעים מקוצר" מתנהל לפני "חבר מושבעים יועץ". לאור הטענות המושמעות בפניהם הם מוציאים החלטה תוך ניסיון לצפות את תוצאות המשפט. מובן שאין זו תוצאה מחייבת. Goldberg, Green & Sander; Singer *Settling Disputes* (1990) 26, 67-68 לעיל הערה 3, בע' 83-282.
- 5 "קובע ממצאים" הוא צד שלישי נייטרלי, הקובע ממצאים עובדתיים כדי לסייע למשא ומתן, לגישור או למשפט. Singer, לעיל הערה 4, 26; Goldberg Green & Sander, לעיל הערה 3, בע' 284.
- 6 Cohen "Chinese Mediation on the eve of Modernization" 54 *Calif. L. Rev.* (1966) 1201; Lubman "Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China" 55 *Calif. L. Rev.* (1967) 1284; Volkema "Alternative Dispute Resolution in Brazil", 7 *Mediation Quarterly* (1989) 51.
- 7 *The Economist*, November 10, 1990
- 8 *The Wall Street Journal*, December 20, 1989
- 9 Lovenheim *Mediate, Don't Litigate* (1989) 8
- 10 Rislin "The California Civil Code, Sec. 4607 (A) West Supp. 1983 Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing" 37 *Univ. of Fl. L. Rev.* (1985) 19, 25.

פתרון. יש אף בתי משפט, אשר מחייבים עורכי-דין להשתתף בהליכי גישור במשפטים אורחיים¹¹.

נראה, שגם משרד המשפטים הגיע למסקנה שזהו הליך מועיל ורצוי. על-פי הצעת חוק, שפורסמה לאחרונה, תוענק לבית משפט, הדן בעניין אורחי, סמכות להעביר סכסוכים לגישור או לבוררות, אם הצדדים הביעו את הסכמתם לכך¹². תכונותיו של מוסד זה והעובדה שבקרוכ יהיה חלק מן המערכת המשפטית שלנו, מצדיקים את בחינתו ואת בריקת האפשרות להשתמש בו בארץ שימוש נרחב. נפתח בסיפור שיסייע לנו להבהיר את הנושא¹³.

הכול החל לפני שלוש שנים, כאשר יוסי קדמי החליט לפתוח מסעדה לאוכל מזרחי-תימני, לאחר שלמד את סודות המטבח התימני מאמו. הוא ראה עתיד מזהיר לסוג זה של מסעדות והחליט לצאת לדרך, אלא שהיה חסר את האמצעים הדרושים לכך. כשפגש את איתן לבכי, מנהל חשבונות צעיר ונמרץ, אשר חיפש נושא מתאים להשקעה, חשב שכל בעיותיו באו על פתרון. השניים הקימו את המסעדה בשותפות, בחלקים שווים. איתן השקיע בה כסף. יוסי התפטר מהמסעדה שבה עבד, והחל להפעיל את המסעדה המשותפת. השניים עבדו יחד במשך שנה אחת. יוסי בישל וניהל את המסעדה ואיתן הקדיש מספר שעות בשבוע לצד הכספי והניהולי.

במשך השנה הראשונה העסק צלע, ובקושי כיסה את ההוצאות. כעבור פרק זמן התייאש איתן וחלל לבוא למסעדה או להתעניין בה. לחבריו סיפר, שהוא רואה במסעדה עסק אבוד ו"אמר קדיש על הכסף".

כשנה לאחר מכן גבר העניין במסעדות בעלות אופי תימני, העסק החל לעלות על דרך המלך, ועתה הוא פורח.

כשראה איתן שהעסק פורח פנה אל יוסי ודרש לחזור לתפקידו הניהולי ולקבל מחצית מרווחי העסק בטענה שהוא שותף שווה ומעולם לא חדל להיות שותף. הוא אף בא בטרוניה אל יוסי, על שזה לא שיתף אותו ברווחים עד כה. יוסי השיב, שאין לאיתן כל חלק במסעדה, שכן הוא זנח אותה בשעת הדחק, והניח לו, ליוסי, להיאבק לבדו. יוסי השקיע שלוש שנים מחייו במסעדה ורק עתה, משהחל לראות מעט נחת בפועלו, נזכר איתן לבוא בתביעות.

11 Levin & Golash "Alternative Dispute Resolution in Federal District Courts" 36 *Univ. of Fla. L. Rev.* 29; Keilitz, Gallas & Hanson "State Adoption of Alternative Dispute Resolution: Where is it Today?" *State Court Jour.* (1988) 4.
 12 הצעת החוק לתיקון חוק בתי-המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), התשנ"א – 1991, ס' 79, (להלן – "הצעת החוק"). הצעת החוק מכנה את ההליך בשם "גישור". כפי שיובהר להלן דעתנו היא כי מונח זה צר מדי ומסיבות שיוסברו בהמשך הדברים אנו מעדיפים שלא להשתמש בו אלא במונח "גישור".
 13 סיפורי העובדות וכמובן גם השמות באירוע זה ובאחרים, שופיעו במאמר, והוטו כדי למנוע זיהוי.

הוויכוח עלה לטונים גבוהים, והשניים החלו להטיח עלבונות זה בזה. בשיא הרתיחה הפטיר יוסי לעומת איתן, כי הוא אינו בטוח שאיתן לא שלשל לכיסו מכספי המסעדה כשהיה המנהל הכספי. איתן קם ממקומו והסתלק באומרו: "אתה עוד תשלם ביוקר! ניפגש בבית המשפט".

מהן האסטרטגיות העומדות בפני איתן ויוסי¹⁴? האחת — זו שהזכיר איתן בסוף דבריו — היא להיאבק. הצד האחד יכול לנסות ולכפות את עמדתו על האחר¹⁵, תוך שימוש באמצעים שונים: איומים, עלבונות, חנופה, אלימות, פניה אל בית משפט או לכוררות (אם קיים הסכם לכך או שניתן להגיע להסכם כזה). המאבק יכול להסתיים גם בפשרה. כל אחד מהצדדים מפחית מציפיותיו, מוותר על חלק מעמדותיו ומסתפק בפחות משהיה רוצה להשיג. כלומר: הצדדים מסכימים "לחתוך" את נושא הסכסוך בנקודה כל שהיא הנמצאת בין עמדות הפתיחה שלהם. הדבר פותר את הסכסוך בדרך של הסכם, גם אם אין זה בהכרח הסכם טוב.

מובן, שדרך שנייה לטיפול בסכסוך היא להימנע ממנו: לא לעשות דבר ולפרוש משה המערכה. בסיפור שלנו עשוי איתן להחליט שהאנרגיה, הכספים, עגמת הנפש והמאמץ שיבוצבו אינם מוצדקים, לאור סיכויי במאבק, ולכן ינטוש את הקרב ולא יעשה דבר.

הדרך השלישית היא — פתרון של שיתוף פעולה. יוסי ואיתן עשויים להגיע למסקנה, כי דרך המאבק יקרה מדי לשניהם הן מבחינה כלכלית והן מבחינה נפשית וכי יש להם בעיה משותפת הדורשת פתרון. הם נפגשים, משוחחים, מנסים להבין זה את האינטרסים של רעהו ולמצוא יחדיו פתרון, אשר ישרת את האינטרסים של שניהם מבלי שאחד מהם יהיה חייב לוותר על האינטרסים האמיתיים שלו.

בארצות הברית החל להתפשט הנוהג, שעל פיו בתי המשפט ממנים מגשרים, בעיקר בסכסוכים מורכבים¹⁶. הדבר נובע מן העובדה, שבסכסוך מורכב חש השופט לעתים, שההליך המשפטי מגביל את אפשרויותיו להגיע לפתרון שיביא בחשבון את כל הגורמים המעורבים בסכסוך ואת האינטרסים השונים, הכלכליים והאחרים, העלולים להיות מושפעים מן התוצאה. הם אף סבורים, שדרך זו תהיה מהירה יותר.

נתייחס תחילה לדרך המאבק (פרק א') ולאחר מכן לפתרון של שיתוף פעולה (פרק ב'). מן האפשרות השנייה, ההימנעות, שבה נפתר הסכסוך מאליו, נוכל להתעלם. לאחר מכן נבדוק את תרומתו האפשרית של הגישור ליישוב סכסוכים.

- 14 ראה לעניין זה: Pruitt "Strategic Choice in Negotiation" 27 *AM. Behavioral Scientist*: 167-72; Pruitt & Rubin *Social Conflict: Escalation, Stalemate & Settlement* (1983) 167, 167-72; Lewicki & Litterer *Negotiation* (1985) 102-03. (1986) 2-4;
- 15 למען הפשטות והנוחות אתייחס בהמשך המאמר לסכסוכים כאילו הם בין שניים: "הצד האחד" ו"האחר". מובן שסכסוך עלול להיות רב משתתפים, רב צדדים, בין פרטים לבין עצמים בין פרט לקבוצה או גוף, בין קבוצות או גופים ובתוך קבוצות או גופים.
- 16 Singer לעיל הערה 4, בע' 74.

פרק א': מאבק

מילדותנו אנו מתחנכים על תחרות ואף מאבק. מרבית המשחקים הם משחקי תחרות. התחרות קיימת בלימודים, בחיי החברה, במקום העבודה, ולמעשה הפכה לנו טבע שני. לכן אין פלא שהיא מוצאת את מקומה גם במגעים בין בני אדם הנחלקים בדעותיהם. כל אחד מהצדדים מבקש לקדם את עמדותיו שלו, ולפיכך הוא נוקט טקטיקות תחרותיות כדי "לזכות". נושאים ונותנים תחרותיים רואים בצד האחר "מתנגד" או "יריב", ומחפשים דרכים לשפר את עמדותיהם על חשבוננו.

במשא ומתן התחרותי, שהוא המקובל והשכיח, כל צד רואה את יעדיו כעומדים בניגוד קוטבי ליעדי מתנגדו. המשאבים העומדים לחלוקה נחשבים קבועים ומוגבלים וכל אחד מהצדדים רוצה בנתח גדול יותר מהם. לפיכך נוקט כל אחד מן הצדדים טקטיקות, שמטרתן לשפר את סיכוייו להגדלת חלקו בתוצאה, היינו: להגיע למקסימיזציה של הזכייה.

הנחת הצדדים, העומדת ביסוד הגישה הזאת היא, שהם שואפים להשיג אותם מטרת, נכסים או ערכים. כיוון שהצדדים נאבקים על אותם משאבים נדירים, הם יוצאים מתוך ההנחה שהפתרון הוא – הכול לאחד או, לפחות, חלוקה כל שהיא ביניהם. בלשון התיאורטיקנים של תורת המשחקים הופך משא ומתן כזה ל"משחק מתאפס"¹⁷, "משחק" או משא ומתן, שבו זכייתו של האחד שווה להפסדו של האחר וסכום הרווח וההפסד מסתכם באפס. אם יוסף התפשר עם בנימין על כך שישלם לו 100 ש"ח, הרי הסכום שקיבל בנימין בהפחתת הסכום ששילם יוסף מסתכמים באפס. הרכוש המשותף של השניים בתחילת המשא ומתן שווה לרכושם בסופו (תוספת אפס). כל שאירע הוא שסכום מסוים החליף ידיים. מי שמקבל יותר הוא "המנצח" ומי שנותן, או מקבל פחות, הוא "המפסיד".

המודל של המשא ומתן התחרותי מכתוב לצדדים את דרכי ההתנהגות. הוא דורש מהנושא ונותן להתחפר בעמדות נוקשות ולשדר לאחר, שהסדר אפשרי רק סמוך לאותן עמדות נוקשות. נושאים ונותנים תחרותיים משתדלים להסתיר את גבול סמכותם להתפשר, תוך שהם עמלים לגלות ככל האפשר את טווח הווייתורים האפשריים של היריב. הם מתווכחים במקום לקיים דיון משותף, ויוצרים את הרושם, שהנימוקים המובאים לפנייהם נופלים על אוזניים אטומות¹⁸. הם פותחים בעמדת פתיחה גבוהה,

17 "תורת המשחקים" היא תורה מתמטית העוסקת בנייתו ובניית מודלים לצפיית התנהגות במצב קונפליקט ולצורך קבלת החלטות. החיבור היסודי והמוביל בנושא זה היה Von Neuman and Morgenstern Theory of Games and Economic Behavior (1974) לנייתוח יסודי של מודלים תיאורטיים של משא ומתן ראה: Bartos Process and Outcome of Negotiation (1974).

18 Lowenthal "A General Theory of Negotiation: Process, Strategy & Behavior" 31 Univ. of Kansas L. Rev. (1982) 69, 74

שומרים את העדפותיהם בסודיות גמורה, מוותרים מעט ולעתים רחוקות, מפתחים רמת ציפיות גבוהה ומסרבים לסגת מעמדותיהם¹⁹.

ישוב סכסוכים בצל המשפט

שאלה היא, מדוע לא להניח לשופט את התפקיד של יישוב הסכסוך בין הצדדים? מרבית השופטים מעודדים פשרות ואף יוזמים אותן. כדברי כבוד השופט ויתקון ז"ל: "מקובל אצלנו לעודד בעלי דין להתפשר"²⁰. גם הדין מעודד פשרות לפני משפט: מי שהתפשר (או שלא המשיך בתביעתו מסיבה אחרת) בטרם החל הדין עצמו פטור מתשלום מחצית מן האגרה המוטלת על הגשת תביעה כספית²¹. יתר על כן, הצעת החוק מציעה להקנות לנושאי הפשרה והפישור (יחד עם הבוררות) מעמד פורמלי "הכול כדי לאפשר לבעלי הדין לברור להם דרכים נוספות ליישוב הסכסוך שביניהם", וכך "ייוונו אפשרויות להחיש את פתרון הסכסוך מחד, ולהקל מעומס ההתדיינויות שבבתי המשפט מאידך"²². הצעת התיקון מרחיקה לכת עד כדי כך שהיא מסמיכה את בית המשפט, בהסכמת בעלי הדין, "ליתן פסק דין על דרך הפשרה"²³.

אין ספק, שהשופטים הם גורם רב-חשיבות בקידום פשרות טרם משפט²⁴:

- * הם מסייעים לצדדים לצעוד את הצעד הראשון ולפתוח במשא ומתן מבלי שהסכמתם תיחשב אות לחולשה.
- * השופט יכול להיפגש עם הצדדים ועם באי כוחם בלשכתו באווירה פתוח פורמלית ויותר נוחה לקידום ההסכם.

19 Siegel & Fouraker *Bargaining & Group Decision Making* (1960) 74-95; Gifford "A Context-Based Theory of Strategy Selection in Legal Negotiation" 46 *Ohio St. L. Jour.* (1985) 41, 48-49.

20 ע"א 188/70, פד"י כד' (2) 754, 758.

21 על הפשרה בדין העברי ראה: בוק "ישוב סכסוכים בדרך של פשרה במשפט העברי" סיני ע"א (תשל"ב) 30; שוחטמן סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדין ופסיקת בתי"ד הרבניים בישראל (תשכ"ח - 1988) 208-216.

22 ד"ר בוק מסביר את הטעם לכך שבתי המשפט מעודדים פשרות: "העומס הרב של משפטים הרובץ על בתי המשפט, הגדל והולך עם ריבוי האוכלוסין ועם גידול קצב התעשייה והמסחר והסתעפותם, מחייב חיפוש דרכים לחיסולם המהיר והיעיל של משפטים". בוק "יישוב סכסוכים משפטיים בדרך של פשרה" המרקליט כז (תשל"א) 325, 326 (להלן - "בוק - פשרה"). לעומת גישה זו של בתי משפט ומשפטנים, התומכת ברעיון הפשרה על-ידי בתי המשפט, קיימת גם גישה הפוכה, השוללת את המוסד הזה, כולו או חלקו, הן על בסיס עקרוני והן על בסיס ענייני. ראה: 1073 *Yale Law Jour.* (1984) 93 Fiss "Against Settlement" ותשובה לכך במאמרם של: 1660 *Yale Law Jour.* (1985) 94 Mcthenia & Shaffer "for Reconciliation".

21 תקנות 6(ה) ו-8(ג) (2) לתקנות בית משפט (אגרות), התשמ"ח - 1987.

22 הצעת החוק, דברי הסבר לסעיפים 9 ו-14.

23 שם, סעיף 9, בדומה להוראה שבסעיף 14(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה - 1975.

24 ראה: 225-26 *Raiffa The Art & Science of Negotiation* (1982) בוק, פשרה, 329.

* השופט יכול להפעיל לחץ על הצדדים בקבעו מועד אחרון כדי לזרז את המשא ומתן ולהביאו לידי סיום.

* השופט עשוי לסייע בהפחתת ציפיותיו של צד, אשר בונה מגדלים פורחים באוויר. לקוח, המסרב להישמע לעצת עורך דינו, שעה שזה מנסה "להחזירו אל הקרקע", עשוי לקבל את הדברים ברוח אחרת, כאשר הם נשמעים מפי שופט.

* שופט בעל ניסיון וכושר הבחנה עשוי להציע פתרונות שיתקבלו על דעת מתדיין, למרות שלא היו מתקבלים על דעתו אילו באו מפי יריבו. כאשר הם באים מפי השופט נוספת אליהם הילה של הגינות, צדק וחוק.

יחד עם זאת מוגבל השופט באפשרויותיו אלה, ואינו יכול לנצל במלואם את היתרונות שהגישור טומן בחובו, וגם לכך מספר סיבות:

* עצם הכוח המצוי בידי השופט וההילה האופפת אותו עלולים לגרום לכך שבעל-דין יישמע לעצת השופט מתוך יראה ולא מתוך הסכמה. בעל הדין עלול לחשוש שמא אי-היענות מצדו להצעת הפשרה של השופט תעורר עליו את כעסו של זה והוא עלול לפסוק לחובתו שלא בצדק²⁵.

* אם לא יעלה בידי השופט להביא את הצדדים לידי הסכמה יהיה עליו, במקדם או במאוחר, לעטות את הגלימה ולשבת על כס המשפט. לפיכך עליו להיות זהיר מאד בעת הדיונים המוקדמים שלא ליצור רושם — בין מוצדק ובין בלתי מוצדק — כאילו הוא נוטה לצד אחד או שהוא בעל דעה קדומה, או כמי שגיבש את דעתו לפני המשפט. עובדה זו מגבילה אותו מאוד כאשר להיקף ההצעות שבידו להציע.

* כפי שיוסבר להלן אחד היתרונות החשובים של הגישור הוא האפשרות להיפגש עם כל אחד מהצדדים בנפרד²⁶. אפשרות זו אינה עומדת כמובן, לרשות השופט, ואין זה רצוי שתעמוד לרשותו.

* ככל משפטן מושפע גם השופט מן העובדה, שהמשא ומתן מתנהל בצל מערכת המשפט, היינו, בצל החשיבה המשפטית ולאור המפה הפילוסופית של המשפטן, המעוררת תחרות ולא שיתוף פעולה.

המפה הפילוסופית של המשפטן

לכל אחד מאתנו מפה פילוסופית — או מפות פילוסופיות — משלו²⁷. בדומה למפות גיאוגרפיות, עלולות מפות פילוסופיות להיות שונות זו מזו גם אם הן מתארות אותו שטח עצמו. בדומה לכך גם המפה הפילוסופית של המשפטן שונה מזו של המגשר. ההבדל נעוץ, בעיקרו של דבר, בשתי הנחות: עורכי הדין יוצאים מהנחות ש⁽¹⁾

25 בוק, פשרה, 329.

26 ראה גם: הצעת החוק ס' 79ב(ד).

27 ראה: 1-4 (1977) Harper & Row *Schumacher A Guide For The perplexed*

הצדדים לסכסוך הם יריבים המצויים במאבק, היינו, זכייתו של האחד פירושה הפסדו של האחר ו- (2) שהפתרון העדיף של הסכסוך יימצא על-ידי כך, שצד שלישי יפעיל על המצב הוראת דין בעלת תחולה כללית. הנחותיו של המגשר הן, לעומת זאת, כי (1) כל הצדדים לסכסוך עשויים לצאת נשכרים מפתרון מעוצב היטב שהם מסכימים לו, ו- (2) כל סכסוך יש בו יסודות ומרכיבים מיוחדים לו ולפיכך ספק אם בכוחו של כלל משפטי בלבד להביא לפתרון אופטימאלי²⁸.

השיטה המשפטית המקובלת בעולם האנגלו-סקסי ובישראל, היינו השיטה האדכרסארית, היא בעיקרה שיטה בינארית, שיטה של "או-או". מטבעו של ההליך המשפטי, שהוא מביא ל"משחק מתאפס"²⁹. בעת הדיון נוקטים הצדדים עמדות נוגדות באופן קוטבי ותוצאת המשפט גם היא, בדרך כלל, מתאפסת: בה במידה שהאחד זוכה – השני מפסיד³⁰. התוצאה של שיטה תחרותית זו היא, שגישתו היסודית של עורך-הדין מתועלת לעבר השאיפה "לזכות בתיק" ומכתיבה את הדרך שבה הוא מנהל הן את הדיון המשפטי והן את המשא ומתן לפשרה. כפי שהתבטא, בדרך מוגזמת והומוריסטית למחצה, עורך-דין שפרש ממקצוע המשפטים והפך למגשר מקצועי: "תפקידי כעורך דין, היו, בתמצית, אלה:

- * נתח (כעורך-דין, לא באובייקטיביות).
- * בקר, האשם ומצא פגמים ("הכנס להם", העבר את האחריות אליהם).
- * חרוץ משפט (אם לקוחותי הם הקרבנות כי אז בהכרח זו אשמת הצד האחר).
- * מנע תקשורת (אל תקלקל את התיק שלי כדיבוריך).
- * הפחת במידת אחריותו של לקוחך לבעיה (ילל, ילל, ילל).
- * עזור ללקוחך לזכות על חשבון היריב (שממילא אינו ראוי לשום דבר)³¹.

גם בהחלת הכלל המשפטי שולט העיקרון הבינארי. עת מתנגשות ביניהן שתי נורמות משפטיות על השופט לבחור ביניהן. אפשר ששתיהן תקפות, אך אם הפעלת אחת מהן אינה מתיישבת עם הפעלת רעותה – אין השופט יכול להפעיל את שתיהן, אלא עליו להעדיף אחת מהן ולקבוע שהאחרת אינה חלה על המקרה. משהחליט איזו נורמה עדיפה, הרי לגבי אותו מקרה קיימת רק הנורמה המועדפת והאחרת אינה בעלת תחולה.

28 אין פירוש הדבר שכלל המשפטי אין חשיבות בהליך הגישור. לעמים קרובות הכלל המשפטי והאלטרנטיבה הצפויה בבית המשפט משמשים הן בסיס והן רקע להליך הגישור, אך שלא כמו בהליך השיפוטי אין הם חזות הכול. ראה להלן, בדיון אודות הקריטריונים האובייקטיביים. השוה: "... הפשרה היא לכאורה היפוכו של הדין, שהרי בפירוש מעודדת היא יישוב סכסוכים שלא על-פי הכללים שנקבעו בחוק". בוק, פשרה, 325.

29 Marshal "Lawyers, Truth and the Zero-Sum Game" 47 Notre Dame Lawyer (1972) 919; Eisenberg "Private Ordering Through Negotiation: Dispute Settlement and Rule Making" 89 Harv. L. Rev. (1976) 637, 645

30 בנייתו זה אין מובא בחשבון גורם האגרות, הוצאות המשפט והזמן ההולך לאיבוד. אלה מביאים לא לתוצאה "מתאפסת" אלא לתוצאת סיכום שלילית.

31 Micka "From Litigator to Mediator" 23 Mediation Quarterly (1989) 85, 88

דוגמה לכך היא התחרות בין הנורמה הקובעת עיקרון של חופש הדיבור לבין הנורמה הקובעת איסור על הוצאת שם רע. משעה שהחליט השופט שבנסיבות מסוימות, כגון הצורך בהגנה על חופש העיתונות, יש להעדיף את חופש הדיבור על האיסור על הוצאת שם רע — הוא מתחשב בנורמה שהעדיף ואינו מחיל את האחרת³².

בעולם שמחוץ לכתלי בית המשפט המצב שונה. כאשר שתי נורמות מתנגשות זו בזו ניתן להביא בחשבון את שתיהן וההסדר הסופי עשוי לתת לכל אחת מהן משקל יחסי מתאים. כך הוא הדבר גם כאשר לעובדות. השופט חייב לקבוע מה היא "האמת" העובדתית ואין הוא יכול להסתפק בכך שיאמר: אפשר שהדבר כך ואפשר שאינו כך³³. משא ומתן — ובעיקר "משא ומתן משלב" שעליו נרחיב את הדיבור בהמשך — אינו חייב לקבוע מי דובר אמת ומי משקר, או גרסתו של מי נכונה.

גם בכחירת הסעד מוגבל בית המשפט. סעדים רבים, העומדים לרשות בני אדם במגיעיהם מחוץ לבית המשפט, אינם עומדים לרשות השופט: התנצלות, לחיצת-יד, הזמנה לארוחת-צהריים, מתן מקום עבודה, אספקת מוצרים בהנחה — כל הפתרונות הללו אפשריים במסגרת משא ומתן, אך אין לשופט דרך לתיתם באמצעות פסק-דין. השופט גם אינו יכול לכתוב למען הצדדים חוזה חדש, מקום שהחוזה הקיים הביאם למבוי סתום. יתרה מזאת, בשל צמצומם וצרותם של הסעדים העומדים לרשות בית המשפט הוא מתרגם את מרבית הסעדים למונחים של כסף, גם כשאין כל קנה מידה אובייקטיבי לתרגום כזה: כך וכך שקלים תמורת כאב וסבל, כך וכך תמורת פגיעה בשם הטוב וכיו"ב. למעשה, הדין כלל אינו יכול להציע פתרונות יצירתיים ולהכתיב כיצד ינוהלו הדברים, אלא רק לחסום את הדרך בפני תוצאות שליליות. ניתן למנוע מהזמרת, גב' ווגנר, לשיר למען בעל התיאטרון, מר גאי, תוך הפרת חוזה עם בעל התיאטרון אחר, מר למלי, אך אין להכריח אותה לשיר למען מר למלי. בית המשפט אינו יכול להיכנס לעסקי השעשועים³⁴.

המשפט גם אינו מתחשב ברבים מהאינטרסים הבלתי מוחשיים, כגון: כבוד הדדי, כמיהה להכרה ולתחושת חשיבות, צורך בתחושת שוויון וכיטחון וכיוצא באלה³⁵. חובתו של עורך-הדין לייצג את לקוחו במסירות ובנאמנות — בתחומי המותר על-פי

32 ראה למשל ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח' נ. חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פד"י ל"א (2) 281. ראה גם: Eisenberg, לעיל הערה 30, בע' 645, 654. פולר מביע את הדעה, כי אחד ההבדלים בין שופט לבין מגשר הוא, שהשופט מצווה על הצדדים להתאים את עצמם לכללים מוכתבים מראש בעוד שהגישור מביא לא פעם ליצירת נורמות ההתנהגות עצמן Southern 44 "Mediation — Its Forms and Functions" Fuller Cal. L. Rev., (1971) 305, 307-08.

33 מבחינה זו קביעתו של השופט, שהואיל ולא הוכח בפניו מה העובדות הנכונות הוא פוסק על-פי נטל ההוכחה, אינה אלא אשליה של התחשבות באי הודאות. כאן, במקום לקבוע את העובדות באופן פוזיטיבי, קובע אותן השופט בדרך "שרירותית", על-פי דיני הראיות, אך המשמעות היא אותה משמעות.

34 Fuller "The Forms and Limits of Adjudication" 92 Harv. L. Rev. (1978) 404-405. ראה: Lumley v. Wagner, 42 Eng. Rep. 687 (1852)

35 Riskin "Mediation and Lawyers" 43 Ohio St. L. Jour. (1982) 29, 44

הדין — אינה מעודדת התייחסות למצבו של הצד האחר וליחסים ההרדיים בין הצדדים. המניעים האמיתיים לסכסוך, שהם לפעמים בלתי מוחשיים, כגון: פגיעה בכבוד, שינאה, שאיפת נקם, אינם מוצאים מקום בין שיקוליו, בהיותם בלתי רלבנטיים מנקודת מבטה של מערכת המשפט, אלא אם כן ניתן לתרגמם לטכומי כסף ולשבצם בתוך כלל משפטי כצידוק לתביעת דמי נזק.

הלימוד והחינוך המשפטיים חורתיים במשפטים תכונות אלה. יש גורסים, כי גורם דומיננטי לפופולריות של המפה הפילוסופית הסטנדרטית של עורכי הדין הוא החינוך המשפטי, האפוף כולו בגישה זו. כמעט כל הקורסים בבית-הספר למשפטים מוצגים מנקודת מבטה של השיטה האדברסארית. יש, אמנם, פה ושם התייחסות אל עורך הדין כמתכנן עסקאות, כמשפיע על מדיניות וכמשרת הציבור. אך אחוז מכריע מהמתרחש בבית הספר למשפטים מבוסס על המודל של עורך הדין הפועל בתוך או על רקע דיון משפטי בסכסוך, אשר מיועד לפתרון בידי צד שלישי בדרך של הפעלת כללים משפטיים³⁶.

בתי הספר למשפטים מחנכים את התלמידים להתכונן לקרב משפטי. הם מלמדים דיון אזרחי ודיני ראיות, אשר מוקדשים במלואם למאבק בבית המשפט ומתעלמים לחלוטין מדרכים אחרות ליישוב סכסוכים. המתקדמים שבהם אף מתגאים בקורסים לטקטיקה משפטית ולדרכי ניהול משפט. תוכנית הלימודים כולה בנויה על ניתוח פסקי-דין של בתי המשפט לערעורים, שהם תוצאה של מאבק חזיתי, ואינם עוסקים כלל בדרכים שיקלו על הצדדים לישוב את סכסוכיהם ללא היוזקות לבתי המשפט. פסקי-דין אלה עוסקים רק בעובדות, הרלבנטיות להפעלת הכללים המשפטיים, ומתעלמים ממערכת העובדות, השיקולים, המניעים והערכים שאינם רלבנטיים מן הבחינה המשפטית או שאינם מהווים ראיות קבילות, גם אם הם בעלי משקל רב ואף מכריע, אצל הצדדים המתעמתים או אצל אחד מהם³⁷.

כדבריו של פרופ' דרק בוק, מי שהיה נשיא אוניברסיטת הרווארד ופרופסור למשפטים: "... הכול חייבים להסכים כי בתי הספר למשפטים מכינים את תלמידיהם יותר לקונפליקט מאשר לאמנות הערינה של פיוס ויישוב חילוקי דעות. הדגשה זו אינה משרתת את המקצוע. בעולם המעשה עורכי-הדין מקדישים יותר זמן לניהול משא ומתן בענייני סכסוכים מאשר לעיון בספריות או לדיון בבתי משפט, והמחקרים מראים

36 Riskin (לעיל, הערה 35) 48. גם בין מחברי ספרי לימוד למשפטים על נושא המשא ומתן נמצא, כי רובם מייצגים את הגישה האדברסארית אף בנושא זה. ראה, למשל: Williams *Negotiation and Settlement* (1983); Edwards & White *The Lawyer As a Negotiator* (1977); Bellow & Moulton *Negotiation* (1981); Frascogna & Hetherington *Negotiation Strategy for Lawyers* (1984). אך לעומת זאת ראה Goldberg, Green & Sander (לעיל, הערה 3); Riskin & Westbrook *Dispute Resolution and Lawyers* (1987) הנוקטים בגישה אחרת, ברוח המרצע במאמר זה.

37 Riskin (לעיל, הערה 35), 48; *Armstrong "How and When To Settle"* 20 *Ark. L. Rev.*; 48 (1965) 20

שבמאמצי המו"מ שלהם הם משיגים יותר למען לקוחותיהם. אני חווה, כי בדור הבא ההזדמנויות הגדולות של החברה ימצאו את מקומן יותר בניצול הנטיות האנושיות לקראת שיתוף פעולה ופשרה מאשר בנטיות הטבעיות שלנו לתחרות וליריבות. אם עורכי-הדין לא יהיו מנהיגים בגיוס של שיתוף פעולה ובעיצוב מנגנונים שיאפשרו לו לפרוח, הם לא ימצאו במרכזם של הניסויים החברתיים היצירתיים ביותר של זמננו.³⁸

פרק ב: שיתוף פעולה – "משא ומתן משלב"

בעת האחרונה קמו חוקרים ומחברים³⁹ שהציעו גישה אחרת למשא ומתן. זהו המודל של "משא ומתן משלב". מודל זה מכוון להמחיש כיצד מנהלי משא ומתן, בין בשמם ובין כנציגים של אחרים, יכולים להשיג את מטרתיהם ביתר יעילות אם ישנו את גישתם. גישת המשא ומתן המשלב מתמקדת בשיתוף פעולה בין הצדדים לשם עיצוב פתרונות למצבים, ולא בניסיון למקסימיזציה של ההישגים של כל אחד מן הצדדים על חשבון רעהו. היא כרוכה במאמץ לזהות את הנושאים האמיתיים המפרידים בין הצדדים, את האינטרסים האמיתיים שלהם, ולפתח פתרון שיביא תועלת לשניהם. הצדדים למשא ומתן משלב אינם מוותרים על שאיפותיהם, אלא מנסים למצוא דרכים לשלב ביניהן. הם בונים אמון כדי להגיע לפתרון הוגן.

לשם השוואה בין המשא ומתן התחרותי למשא ומתן המשלב נביא דוגמה יום-יומית ופשוטה: גילה, מזכירה, פונה אל עמוס, המנהל, בדרישה להעלאת משכורתה בעשרים אחוז. עמוס משיב: "כשום פנים ואופן לא!" בדרך כלל היה ויכוח זה מגיע לעימות שגרתי, שבסופו קרוב לוודאי שהיה על גילה להיכנע או להתפטר. אך במקום להגיע לעימות כזה החליטו השניים ללבוש את הנושא בשיחה.

גילה היא אלמנה ואם לבן המשתחרר מהצבא. היא זקוקה לתוספת השכר כדי לממן את לימודיו באוניברסיטה. עמוס מסרב להעלות את השכר משום שגילה אינה מספיקה לסיים את העבודה והוא חושש כי יהיה עליו להעסיק פקידה נוספת. תוך דקות הם מגיעים להסדר: גילה תעבוד שעות נוספות ועמוס יעלה את שכרה.

גילה ועמוס לא הלכו זה לקראת זה מסיבות של אלטרואיזם, אהבת הזולת או אידיאליזם. התנהגותם פנתה אל הצרכים האמיתיים שלהם והיתה מציאותית יותר מפתחה במאבק חזיתי באותן נסיבות. אין הכרח, שהעימות יסתיים ב"מנצח ומנוצח" – הכול יכולים לנצח.⁴⁰

אם יהודה ושמעון מקבלים עוגה וכל אחד מהם רוצה בפרוסה גדולה יותר מן העוגה, התוצאה תהיה – "משחק מתאפס". כל "וכייה" של יהודה תהיה "הפסד" של שמעון

38 System of Law Practice & Training" 33 Jour. of Legal Educ. (1983) 570, 582-83. Bok "A Flawed

39 ראה, לדוגמה, רשימה אצל: Menkel-Meadow "Toward Another View of Legal Negotiation": 31 Ucla L. Rev. (1984) 754 בהערה 5.

40 גישה זו מכונה בספרות האמריקאית: "win-win approach".

ולהיפך. דבר זה יביא למשא ומתן תחרותי ביניהם. לעומת זאת אם יהודה ושמעון יחפשו אחר אינטרסים משותפים, כגון: חיפוש דרך להגדיל את העוגה כך שכל אחד מהם יקבל פרוסה גדולה יותר, ירבו הסיכויים שהם ישתפו פעולה לחיפוש הפתרון וימצאו דרכים שישפרו את מצבו של כל אחד מהם. בדרך זו כבאחרות נדון בהמשך הדברים.

מקובל לחשוב שהפתרון הטוב ביותר הוא הפשרה. "פשרה" היא הסכם, אשר בו כל אחד מהצדדים מוותר במידה מסוימת לאורך קו ישר, וכאשר הצדדים נפגשים בדרכם נכרת הסכם⁴¹.

פעמים הפשרה עשויה להיות טובה לשני הצדדים, אך במקרים אחרים היא גרועה לאחד מהם או לשניהם. בדרך כלל היא משמשת לצדדים מוצא: "התוצאה פחות טובה משציפיתי, אך יותר טובה משחששתי".

יתרונותיה של הפשרה, שהיא נראית הוגנת, פשוטה, ומסיימת את חילוקי הדעות. מגרעתה היא, שבמקרים רבים אין היא ממצה את האפשרויות העומדות בפני הצדדים ואין היא מספקת להם את הפתרון הטוב ביותר שאליו היו יכולים להגיע. יש שהמרחק בין הצדדים נראה רב מדי ואין ביניהם נקודת מפגש, ולכן לא יגיעו להסכם. אך יתכן, שאילו שיתפו פעולה בניסיון להפיק את המרב, היו מגיעים לפתרון שהיה מספק את שניהם⁴². התוצאה היא, שסכסוכים רבים אינם מסתיימים בהסכם אלא מגיעים לדיון משפטי אך ורק משום שהצדדים חיפשו פשרה ולא פתרון "משלב"⁴³.

פרק ג': גישור

משפטנים, סוציולוגים ופסיכולוגים מציעים לערב צד שלישי בסכסוך כדי שישמש מגשר וישפר את הסיכוי להגיע להסכם, ובעיקר להסכם "משלב". אך למה לערב צד שלישי בסכסוך? מדוע לא יגיעו הצדדים להסכם — משלב או אחר — בכוחות עצמם? לכאורה נראה כי הצדדים הם המעוניינים העיקריים בפתרון הסכסוך והמתאימים ביותר

41 "על פי רוב מושגת הפשרה על-ידי ויתור מצדו של כל אחד משני הצדדים היריבים על חלק של מה שנראה לו כזכותו החוקית בנושא השנוי במחלוקת". בזק, פשרה, 325. כפי שדרשו חז"ל: "איהו משפט שיש בו שלום — הוי אומר זה ביצוע". סנהדרין ו' ע"ב. פירוש המונח "ביצוע" הוא חיתוך, על פי המשמעות המקובלת של המונח "פשרה". ראה גם: Rubin & Pruitt (לעיל, הערה 14) 141-140.

42 להגדרה יותר מעמיקה של "תועלת הרדית" ראה: Lewis Psychology of Integrative bargaining in negotiations (Druckman, ed., 1977) 161-162 Pruitt

43 המונח "פתרון אינטגרטיבי" (שאנו מכנים אותו "משלב") נזכר כבר אצל מרי פרקר פולט, פילוסופית ומומחית למנהל עסקים, מהחלוצות בנושא המשא ומתן על סיס של שיתוף פעולה, בהרצאה שנשאה בשנת 1925: Follett "Constructive Conflict" in Dynamic Administration: 1925 The Collected Papers of Mary Parker Follett (Metcalf & Urwick, ed., 1940) 30. החריבו את הטיפול בנושא זה ונתנו לו בסיס מוצק: A Behavioral Theory of Labor Negotiation (1965) Walton & Mckersie

לכך. הם מכירים את הנושא טוב יותר מאחרים, הם יודעים כמה הם מעוניינים, והרי הם שהביאו לסכסוך. אלא שהניסיון והמחקר מראים, שלעתים קרובות הצדדים נמצאים במצב הקשה ביותר לפתרון הסכסוך. למעשה, יש רק מצב אחד שבו הם נמצאים בעמדה הטובה ביותר לפתרון הבעיה: כאשר הפתרון האפשרי היחיד הוא באמצעות הפעלת כוח ו אלימות. בכל מצב אחר עומדים בפניהם מכשולים רבים. הדברים דורשים הסבר.

סכסוך, בעיקר לאחר שהתפתח, גורם ל"מתח עוינות". יקל להסביר את המונח הזה באמצעות דוגמה⁴⁴: שני ספורטאים מתחרים ביניהם לנגד עיני קהל במשיכת חבל מעל נהר הזורם במהירות. החבל רטוב, שניהם קושרים אותו היטב מסביב לגופם ומנסים למשוך בחוזקה ככל האפשר. כל אחד מהם מושך לכיוונו. לעת עתה החבל יציב, הכוחות מאוזנים, ולמרות המאמץ העצום המושקע — אין תזוזה. איש מהשניים אינו מעז להרפות, משום שמיד ימשך ויפול המימה. קיים ביניהם מתח העוינות. חיי היום-יום מלאים בדוגמאות למצבי מתח מסוג זה: שתי חברות, המייצרות משקאות קלים, מבזבזות סכומי עתק על פרסומת. כל אחת מהן יודעת, שההוצאה האדירה הזו איננה מגדילה את שוק המשקאות הקלים, אך אף אחת מהן איננה מעיזה להרפות ולהפחית את ההוצאה, משום שאם תעשה זאת יגבר הצד האחר וינגוס נתח גדול יותר מן השוק. קיים מתח העוינות. למרות ששני הצדדים מכירים בכך, שזהו בזבוז עצום של כסף ומאמץ, אין הם מעיזים להרפות אף לרגע.

או טלו לדוגמה את מרוץ החימוש. כל אחת מהמדינות המתחרות היתה מעדיפה להוציא את הכסף על חינוך, על רווחה ועל שיפור הכלכלה. אך מתח העוינות אינו מאפשר זאת, וכל אחת מהן חייבת להמשיך ולבזבז הון עתק על תחרות החימוש. ניתן לומר, שקונפליקטים בדרך כלל נגועים במתח העוינות. בגלל מתח זה קשה מאוד לצדדים לצאת לדרך של חיפוש פתרונות באמצעות מחשבה מפרה ובמטרה לעצב פתרון "משלב".

אם העיקרון הבסיסי הוא, שאטור לך לוותר כהוא זה אלא אם כן הכניעוך בכוח — כל מעיניך נתונים לקרב. מצב אומלל זה אינו נוגע כלל לרצונם הטוב של הצדדים המעורבים בעניין, להגיונם, או לשכל הישר שלהם. כל אחד מהם פועל בדרך אינטליגנטית, הגיונית מנקודת התצפית העכשווית שלו. מאותה נקודת תצפית נראה הדבר כאילו אין לו ברירה.

פועל יוצא ממצב זה הוא יצירת אוריה של חוסר אמון. אם אחד משני המושכים בחבל יקרא למתחרהו: "אני אספור עד שלוש ואז נרפה שנינו מהחבל", יחשוב השני שאם ירפה — ימצא את עצמו בנהר. טבעי הוא להניח, שבכל רגע עלול האחר לנצל את המצב לטובתו, ולעשות מעשה שיזכהו ביתרון.

הדבר יוצר את מה שמכונה בפי החוקרים "הדילמה של הנושא ונותן": "... אין יכול אדם להציע ויתור תוך כדי העמדת פנים של אי-כניעה כדי לא להחליש את מעמדו של

המציע"45. דילמה זו עלולה להזיק למשא ומתן בשני כיוונים: האחד, באבדן הזדמנויות להשיג הסכם והשני, בהיראות כאילו המציע מוכן להתפשר על פחות ממה שרצה להשיג"46.

לכן גם דרושה במצב זה סודיות מרבית. אין לגלות לאחר מה האינטרסים האמיתיים שלך, מה סדר העדיפויות שלך, מה גבול הוויתור שלך — שמא ינצל זאת לרעתך. חשוב לנושא ונותן, שוויתוריו לא יפורשו כאות של חולשה, אלא יינתנו מעמדת כוח. "וויתרתי לא משום שנאלצתי אלא משום שבכשרונותי כנושא ונותן הצלחתי להגיע לחילופי וויתורים, שהיו כדאיים לי וסיפקו את שני הצדדים". מכאן נובעת מסקנה פרדוקסלית: המפתח להשגת התנהגות וותרנית איננו באילוץ ובאימים, אלא בשורת צעדים המעודדת את האחר לחוש את עצמו כשיר ויעיל"47.

אילו גילה איתן, בדוגמת המסעדה, את גבול הוויתור שלו ואמר: "אני מסתפק בכך שתחזיר לי את מחצית השקעתי" — האם היה סיכוי שיקבל זאת? האם לא היה נוטל על עצמו סיכון רב שיוסי "ימשוך בחבל" וינסה להפחית את המחיר?

הצדדים, הלכודים בצבת של מאבק, נוטים לפתח תחושה — בין מוצדקת ובין מופרזת ומעוותת — באשר לצורך להיראות נוקשים ובלתי נכנעים בעיני האחר ובעיני סביבתם. הם נוטים למאמץ מיוחד כדי להימנע מנקיטת צעדים, העלולים להתפרש כסימן חולשה או כפגיעה בתדמיתם. הוויתור — ויהא זעיר ככל שיהיה — נראה להם כעלול להתפרש בעיני האחר כנכונות לכניעה. אף גילוי עניין בסיוע הסכסוך עלול לפגוע ברושם שהצד האחר מנסה ליצור, כאילו הוא קשוח ומוכן להיאבק עד הסוף. מוטב לו, כך הוא סבור, להיקלע למצב של מבווי סתום ולקוות שימצא מפלט, מאשר לשאת פגיעה בתדמיתו. בכך גדל הסיכון שב"פיצוץ" המשא ומתן"48.

התנהגות של הגנה על התרמית עלולה להגיע גם לפעילות קיצונית, כגון: שביתות, הפגנות כוח, אלימות פיזית, וכשמדובר ביחסים בין מדינות — הכרזת מלחמה. לפעמים נובעים המכשולים מן העובדה, שידי הנושא ונותן כבולות בהיותו נציג של קבוצה: נציג ועד עובדים, נציג הנהלה, נציג אגודה למען רווחתה של אוכלוסייה כל שהיא או נציג של גוף שלטוני. הנציג יוצא לנהל את המשא ומתן, אך שולחיו נושפים בעורפו. אסור לו להיראות בעיניהם כ"ותרן" או כ"חלש". הדרך המקובלת היא: להקשיח את עמדתו, לשוב אלי קרב, ולנהל מאבק נוקשה ככל האפשר. אם המשא ומתן מתנהל לאור הזרקורים של אמצעי התקשורת, המצב חמור שבעתיים: אלה אינם אוהבים משא ומתן שמסתיים בנימה מינורית. הם חפצים ב"מנצח", הם אוהבים להכתיר את הזוכה ולהשפיל את המנוצח או הנכנע. ואם אחד היתרונות הגדולים של משא ומתן

- Knap "The Effect of Mediation on the Perceived Firmness of the Opponent" 13 *Jour. of Conflict Resolution* (1969) 511, 512 Podell & Brown "Face Saving & Face Restoration in Negotiation" in: *Negotiations* (Druckman ed., 1977) 275, 277. 45 46
- .Rubin "Negotiation" 27 *Am. Behavioral Scientist* (1983) 135, 140-41 47
- Lax & Sebenius *The Manager as Negotiator* (1986) 67, 127 48

"משלב" הוא – העדר "מנוצחים" ו"מנוצחים", יחשוד כל אחד מהם שאמצעי התקשורת יכריזו על מתחרהו כמנוצח, ולכן לא יוכל להרשות לעצמו משא ומתן כזה. הניסויים והמחקרים⁴⁹ מצביעים על כך שעלכונות, זלזול, הפחתה בחשיבות עמדתו של האחר או כל התנהגות אחרת הנחזית בעיני הצד האחר כמשפילה או מטילה ספק בכישרונו, בכוחו, במעמדו, ביוקרתו או במוניטין שלו, גורמת לו להתחפר בעמדתו ולצאת לפעולת תגמול. מידת החשיבות שהמתעמתים מייחסים לפעולת תגמול מגיעה עד כדי האפלה על כל השיקולים הרציונליים ושיקולי הכראיות.

בעיקר נכון הדבר לגבי איומים. ניסויים שערכו דויטש וקראוס ואחרים⁵⁰, תומכים בדעה, שבמרבית המקרים איומים מביאים בעקבותם איומי נגד או התנגדות מוגברת ולא הסכמה.

שכיחה גם התופעה של "הטבעת חותם". הצד האחר הוא האויב ובנוסף לכך – ואולי משום כך – הוא מרושע. בסכסוך עבודה המעביד הוא "עלוקה המנצלת פועלים ומרצצת את דמם" והעובד הוא "עצלן ובטלן הרוצה בהעלאת השכר תוך הפחתת התפוקה". בסכסוך גירושין הבעל הופך "נואף ומתעלל באשה ובילדים" והאשה – "מכשפה בזבזנית". בסכסוכים בינלאומיים הצד האחר הוא "דיקטטור וטירן", "מדינת מחבלים", "רוצח נשים וילדים" או "גולן קרקעות". מי שהטביע חותם כזה על מצב יריבו – בין בלתי מוצדק ובין מוצדק – איך יוכל לנהל עמו משא ומתן מיושב ורציונלי? אם הצד האחר הוא סחטן ותוקפן – כי אז עצם ההסכמה לנהל עמו משא ומתן היא אות לכניעה. הדבר כך בעיקר כשהסכסוך מתנהל לעיני קהל המציץ מאחורי הכתף: ציבור עובדים, משפחה, מועצת מנהלים או העם כולו.

לעתים קרובות המכשול העומד בפני ניהול משא ומתן יעיל הוא העדר ידע, למרות רצונם של הצדדים לעצב פתרון משלב. כוונה טובה, אף אם היא מלווה בהבנת הצורך בעיצוב פתרון משלב, אינה תחליף מספיק לידע. אהבת המוזיקה, אף אם היא מלווה בכשרון, אינה הופכת אדם לכנר. יש צורך בכישורים שנרכשו בדרך של למידה ואימון. אף בניסיון בלבד אין די: עצם השימוש בכישורים אינו אומר שאלו הכישורים הנכונים. אם בסיס הידע של הכישורים אינו נכון, אימון של שנים יביא רק לכך שהאדם יבצע את הדברים הלא נכונים – ביעילות מרבית⁵¹. מחצית השעה בכיתה של בית ספר לרפואה עשויה ללמד הרבה יותר כאשר לדרך הטיפול באדם טובע מאשר ניסיון של עשרים שנה במשיית אנשים מהים ללא הדרכה מוקדמת. הצדדים עלולים גם להיות חסרים דמיון, כושר יצירתי או ניסיון, הדרושים לעיצוב

49 מחקר מקיף בעניין זה הוא: "The Effect of the Need to Maintain Face in Interpersonal Bargaining" 4 *Jour. of Experimental Social Psychology* (1968) 107; Deutch & Krauss, Brown

"Studies of Interpersonal Bargaining" 6 *Jour. of Conflict Resolution* (1962), 52.

50 Deutch & Krauss (לעיל, הערה 49); Podell & Knapp (לעיל, הערה 45); Brown (לעיל, הערה 49)

51 De Bono (לעיל הערה 44), בע' 99-98.

פתרון שישחרר אותם ממלתעות הסכסוך. הם אינם מיישבים את חילוקי הדעות לא משום שאינם רוצים, אלא משום שאינם יודעים כיצד יעשו זאת⁵². במצב כזה של הסלמת הסכסוך, של מתח עוינות מרבי ושל חשש מופרז מפני פגיעה בתדמית, צריכה הדלת להיות פתוחה בפני מגשר. יש בכוחו של מגשר נכון לנטרל את מרבית התופעות הללו ולהגיע בדרך של גישור לתוצאה שהצדדים אינם מסוגלים להגיע אליה בכוחות עצמם.

מהות הגישור

הגישור, על פי הגדרתו המקובלת, הוא "הליך, אשר בו מתערב בחילוקי הדעות צד שלישי, בלתי תלוי בדרך כלל, המסייע לצדדים המתעמתים להגיע להסדר מרצון של חילוקי הדעות שלהם לשם יישוב הסכסוך ביניהם"⁵³.

מתוך מה שנאמר עד כה, ברור מדוע אנו מבכרים להשתמש במונח "גישור" על פני "פישור". המונח "פשרה", במובנו המקובל והשגור, עלול להטעות. ההבנה המקובלת של "פשרה" היא: להגיע להסכם שבו כל אחד מהצדדים מוותר על חלק מתביעותיו והצדדים מגיעים להסכם על ידי חיתוך הפער שביניהם בנקודה כלשהיא בין שתי עמדות הפתיחה שלהם. מטרת הגישור שונה: הכוונה היא להגיע במשותף לעיצוב פתרון, אשר יהיה עדיף לצדדים על פני "חיתוך" מסוג זה, ויביא לתוצאה טובה יותר. רק אם לא נמצא פתרון כזה, רצוי לנסות ולפתור את חילוקי הדעות בדרך של "פשרה".

ברור מדוע צריך הצד השלישי להיות נייטרלי, אך ההגדרה אומרת: "בדרך כלל". הטעם לכך הוא, שישנם מקרים בהם המגשר הוא צד מעוניין, והצדדים, אשר יודעים זאת, מקבלים אותו על אף עובדה זו⁵⁴. הדבר שכיח כאשר מנהל מגשר כדי ליישב חילוקי דעות בין הכפופים לו⁵⁵. יתרה מזו, לעתים דווקא עובדה זו היא שמביאה את הצדדים לבקש את התערבותו של המגשר הזה דווקא. הדבר בולט בעיקר ביישוב סכסוכים בינלאומיים. למשל, כאשר מזכיר המדינה של ארצות-הברית, אלכסנדר הייג, ניסה לגשר בין ארגנטינה לבין אנגליה במשבר איי פוקלנד, הוא ייצג את ארצו אשר הצהירה, כי היא מצדדת בסכסוך זה בעמדתה של אנגליה⁵⁶. ויש סבורים, שאכן קיים הבדל משמעותי בין גישור בין בני אדם לבין גישור בין מדינות, שבו אין מקום לדרישת אי-התלות⁵⁷.

- 52 השווה: Pruitt & Rubin (לעיל, הערה 14), 174.
- 53 Cooley "Arbitration vs. Mediation — Explaining the Differences" 69 **judicature** 263, 266 Riskin; (1986) 24. (לעיל, הערה 10), 24.
- 54 Riskin (לעיל, הערה 10), 25.
- 55 לעניין מנהל המיישב חילוקי דעות בפועל כמגשר בלתי פורמלי ראה: Sheppard, Blumenfeld- "Informal Thirdpartyship: Studies of Everyday Conflict Intervention" **Mediation Research** (Kressel & Pruitt, ed., 1989) 166 Jones & Roth
- 56 Riskin; Smith "Effectiveness of the Biased Mediator" 1 **Negotiation Jour.** (1985) 364 (לעיל, הערה 10), 24.
- 57 ראה, למשל, את הוויכוח בין פרופ' ויליאם סמית לבין פרופ' סעדיה תוכל: Smith (לעיל,

היסוד החשוב ביותר של הליך זה, ואף הכלתי מוכן ביותר למי שאינו רגיל בו, הוא יסוד "ההסדר מרצון". להבדיל משופט או בורר אין בידי המגשר כל כוח אכיפה. אין הוא יכול לצוות על הצדדים להשתתף בהליך, אין הוא מוסמך להחליט החלטות מחייבות ואיננו יכול למנוע מאחד הצדדים להפסיק את ההליך טרם סיומו.

עובדה זו נראית תמוהה בעיני מי שרגיל להליך השיפוטי המקובל, שבו כוח האכיפה עומד בבסיס השיטה. אולם, כפי שיובהר בהמשך הדברים, דווקא עובדה זו היא שמעניקה לגישור את צביונו המיוחד, המאפשר לו להביא לתוצאות שהן, במקרים רבים, עדיפות על אלה שמשגי בעל כוח האכיפה.

יתרה מזו, אם ניסיון הגישור נכשל — לא כלו הקיצין. עדיין חופשיים הצדדים לפנות אל בית המשפט או לבוררות או לבחור בדרך אחרת ליישוב הסכסוך. אם הליך הגישור עלה יפה — הכול באים על סיפוקם במהירות יחסית ובעלות נמוכה. אם לאו — לא הפסידו הרבה עקב הניסיון. בדרך כלל החיסכון במועקה ובלחץ נפשי, הכרוכים בדיון משפטי, עולה בערכו בהרבה על העלות בכסף ובזמן שבהם כרוך הגישור⁵⁸.

יש מקרים שבהם המגשר הוא בעל כוח בלתי פורמלי והשפעתו החזקה אינה רחוקה מכפייה, מה שמכונה בארה"ב "מגשר בעל שרירים"⁵⁹. הדבר הוא כך אם משום אישיותו החזקה של המגשר או אם בשל מעמדו המיוחד. דוגמה מובהקת לכך היה קיסניגר בפעילותו כמגשר בין ישראל למצרים בסוף מלחמת יום הכיפורים. דוגמה אחרת היא מזכיר המדינה בייקר, בפעולת הגישור שהביאה לכינוס "הוועדה האזורית" של מדינות המזרח התיכון והפלשתינאים. גם אלה הם מגשרים, אם כי מידת ה"רצוניות" שבהסכם המושג אינה מלאה.

כוחו של המגשר

שאלה שכיחה, המתעוררת אצל מי שאינו מצוי בנושא זה, היא: אם המגשר אינו יכול לכפות את דעתו על הצדדים המתעמתים ואינו יכול לגרום לכך שישמעו לו — במה כוחו? מה תועלת יכול הוא להביא? תפקידו של המגשר שונה לגמרי מתפקידו של שופט או בורר⁶⁰. הוא אינו מקבל החלטות במקום הצדדים, אלא מסייע להם להגיע להחלטות ולהסכמות בעצמם. הוא אינו כופה את דעתו על הצדדים ואינו מקבל החלטות משפטיות. המגשר אינו קובע מי "מנצח" ומי "מפסיד". המטרה היא להגיע להסדר, שייראה לשני הצדדים הוגן וצודק. הוא גם אינו ממונה על ניתוח העבר וקביעת העובדות "האמיתיות" כפי שהתרחשו בעבר. תפקידו הוא — לצפות את פני העתיד ולסייע

הערה 56; Touval "The Context of Mediation" 1 *Negotiation Jour.* (1985) 373;
 58 Feinberg "Mediation — A Preferred Method of Dispute Resolution" 16 *Pepperdine L. Rev.* (1989) S5, S8, S10-S11.
 59 Riskin; Ferrick, Three Crucial Questions" 13 *Mediation Quarterly* (1986) 60
 הערה 10, 24, 25.
 60 Cooley (לעיל, הערה 53)

להסדרת היחסים בין הצדדים מכאן ולהבא. ויחד עם כל אלה — כוחו של המגשר גדול והניסיון מראה כי התועלת שהוא עשוי להביא — רבה.

עצם הסכמתם של הצדדים, המצויים בעיצומו של סכסוך, להיזקק לתהליך של גישור מקדמת את הגישור אל מטרתו. מן העובדה ששני הצדדים הסכימו לפנות אל מגשר ניתן להסיק מספר מסקנות: ראשית, כי שניהם מעוניינים לסיים את הסכסוך בדרך של הסכם; שנית, כי הם מוכנים לשקול פתרונות אשר ישימו לו קץ. אף בטרם החל ההליך עצמו, צעדו הצדדים צעד משמעותי לקראת יצירת אווירה מתאימה ליישוב הסכסוך.⁶¹

קיומו של הליך כזה, יחד עם נוכחותו של המגשר, מעודד את הצדדים להתנהג בצורה הולמת המפחיתה גילויי עוינות, התקפות אישיות, איומים ושימוש בטקטיקות בלתי הוגנות. מטבע הדברים מנסים הצדדים "ליצור רושם טוב" על המגשר, ולפיכך משתפר הסיכוי, כי ינהגו כפי שהם סבורים, שהמגשר מצפה מהם שינהגו.

פיטרס⁶² מביא רוגמה של הליך גישור, שבו המגשר לא אמר דבר משמעותי כל שהוא במשך ישיבת הגישור כולה. הוא פשוט "ישב בראש השולחן וברצינות רבה רשם רשימות". בהודמנויות המתאימות גם סיפר בדיחה או שתיים. בסיומה של הישיבה אמר אחד המשתתפים למגשר כך: "עצם העובדה שישבת שם ושתקת בצורה כה נעימה — השרתה על הכול מצב רוח טוב ומנעה כל התנגשויות אישיות"⁶³.

מחקרים שנערכו בארצות הברית מצביעים על כך, שהליך גישור, המעודד שיתוף פעולה, מביא לווייתורים רבים ותכופים יותר⁶⁴. אין ספק שמגשר מוכשר, המסוגל "לנטרל את הפצצה" בטרם התפוצצה ולהחליף אווירה של עוינות באווירה נינוחה, מקל על ההליך כולו ומקדם את הסיכויים להגיע לתוצאה טובה.

אך מה היא "תוצאה טובה" וכיצד יכול המגשר לתרום להשגתה? לחסידי הגישה התחרותית התשובה פשוטה: תוצאה טובה היא זו שבה זכיתי אני בנתח גדול יותר של המשאבים מזה שבו זכה האחר. כאשר לי, ככל שנתח זה גדול יותר — התוצאה "טובה" יותר — והרי רק זה חשוב.

אולם כפי שחזרנו והדגשנו, השיטה העדיפה — ולמעשה היחידה — שאותה ניתן לנקוט במסגרת תהליך הגישור היא גישת התוצאה המשלבת. המרכז המוביל בארה"ב בחקר תורת המשא ומתן והגישור, ה־Negotiation Project של אוניברסיטת הרווארד, הקדיש לנושא זה עבודה ומחקר רבים ואיתר שבעה מרכיבים של התוצאה הטובה⁶⁵.

Pruitt Negotiation Behavior (1981) 203; Moore The Mediation Process (1987) 170 61

Peters Conciliation in Action (1952) 209 62

שם; וראו: Pruitt (לעיל, הערה 61), 203-204. 63

Pruitt & Johnson "Mediation as an Aid to Face Saving in Negotiation" 14 Podell & 64

Knapp; Jour. of Personal & Social Psychology (1969) 239 (לעיל, הערה 45).

פרסומם הראשון של המרכיבים הללו היה אצל Fisher & Uri Getting to Yes (1981) הספר 65

תורגם לעברית בשם "סיכום חיובי". לאחר מכן הם זכו למחקר ולניתוח מעמיקים, וגם כיום ממשיכים אנשי האקדמיה ואנשי המקצוע לבדוק כל אחד מהם ולשפר את הגישה כולה. חלק מן המאמרים שנכתבו בעניין זה יוזכר בהמשך הדברים. להגדרה תמציתית ראו: Fisher "A

Code of Negotiation Practices for Lawyers" 1 Negotiation Jour. (1985) 105

- א. התוצאה צריכה להיות עדיפה על האלטרנטיבה הטובה ביותר העומדת לרשות כל אחד מהצדדים, בהעדר המשא ומתן.
 - ב. התוצאה טובה יותר אם הושגה תוך תקשורת יעילה, וחסכה זמן, אנרגיה ומשאבים המבוזזים כאשר התקשורת אינה יעילה.
 - ג. התוצאה צריכה לספק את האינטרסים של כל אחד מהצדדים במידה מספקת, כדי שתהיה מקובלת עליו.
 - ד. התוצאה טובה יותר אם הושגה לאחר שהצדדים עיצבו פתרונות אופציונאליים רבים ככל האפשר, תוך הפעלת חשיבה יצירתית, ובחרו בזו, אשר, לפי דעתם, עונה על צורכיהם בצורה הטובה ביותר.
 - ה. התוצאה טובה יותר, כאשר הצדדים משוכנעים, שהיא הוגנת ועונה על קריטריונים אובייקטיביים מקובלים.
 - ו. תוצאה טובה היא תוצאה המביאה לשיפור היחסים בין הצדדים או, לפחות, אינה מחריפה אותם.
 - ז. כדי שהתוצאה תהיה טובה, מוטב שתסתיים בהסכם או במחויבות, הניתנים לביצוע ולאכיפה.
- הגישור עשוי לתרום לשיפור התוצאה בכל אחד מן המרכיבים הללו. נבדוק אחדים מהם ונראה מה עשויה להיות תרומתו של המגשר.

א. האלטרנטיבה הטובה ביותר

אדם היכול להשיג אותה תוצאה בכוחות עצמו, ללא משא ומתן, אינו זקוק להסכם או להסדר. אין כל סיבה, שיסכים לפתרון פחות טוב מהאט"ב ("האלטרנטיבה הטובה ביותר") שלו⁶⁶. הסיבה היחידה לנהל משא ומתן, בין בעזרת מגשר ובין בלעדיו, היא כי כל אחד מהצדדים מקווה להשיג באמצעות המשא ומתן תוצאה, שלא יכול היה להשיג בלעדיו. האט"ב הוא הגבול התחתון של ההסכם⁶⁷.

מכאן שהכרת האלטרנטיבות קובעת, במידה רבה, את כוחו של כל אחד מהצדדים. וחשוב מכך — לגבי הצד שאינו מכיר את האלטרנטיבות שלו, הופך המשא ומתן למסע תעיה בחלל. אך למרות זאת רק מעטים הם אלה שרגילים לבדוק את האט"ב שלהם בטרם יפתחו במשא ומתן.

66 הרעיון אינו חדש, אך פישור ויורי בספרם העניקו לו ממד שהשפיע השפעה לא מעטה על דרך החשיבה בשטח המשא ומתן והגישור. הם מכנים זאת בשם BATNA, ראשי תיבות של: Best Alternative to a Negotiated Agreement. ראה: Fisher & Ury (לעיל, הערה 65), 101-111. לתולדות הרעיון ראה: "The Power of Alternatives or the Limits of Negotiation" I Negotiation. Jour. of Negotiation, הערה 3 בעמ' 79-178. ראה גם: Fisher (לעיל הערה 65) (1985) 57-156, 163.

67 ראה בהרחבה: Lax & Sebenius (לעיל, הערה 66) 163, וכן: Lax & Sebenius (לעיל, הערה 48) 62-46.

בדיקה משותפת של האט"ב, יש בה אפקט של צינון, של החזרת הצדדים היריבים לחשיבה רציונלית, ולא פחות חשוב מכך – היא מבטיחה שאיש מהצדדים לא יקום מן השולחן כשבידו תוצאה פחות טובה מזו שהיה יכול להשיג בדרך אחרת. אין קל לאדם מאשר לשכנע את עצמו בצדקת עמדותיו, בעיקר בעיצומו של עימות. תפקידו של המגשר, בנסיבות אלה, הוא להיות "נציג המציאות" ולהחזיר את בעל הציפיות המופרזות אל קרקע המציאות. לרוב יהיה על המגשר לעשות זאת בפגישה נפרדת, שבה יוכל לבחון יחד עם הצד, שמא ההיגיון והשכל הישר דורשים גישה אחרת, גמישה יותר, לנושאים העומדים למשא ומתן⁶⁸.

ב. תקשורת

התקשורת היא, ללא ספק, מרכיב מרכזי במשא ומתן. רמת התקשורת ואיכותה משפיעות השפעה מכרעת על התוצאות.

כדי להגיע לתוצאה טובה הצדדים צריכים לשתף זה את זה במידע שהוא, מעיקרו, משלושה סוגים: מידע אובייקטיבי, כגון, סכום הכסף הנמצא בחשבון הבנק, מידע בדבר האינטרסים האמיתיים של הצדדים⁶⁹ ומידע בדבר מידת הויתורים שכל אחד מהצדדים מוכן לוותר כדי להתקדם לקראת הסכם. אולם בשל הגישה התחרותית, בשל "הדילמה של הנושא ונותן" שנזכרה קודם לכן ובשל החשש מפני ניצול לרעה, אין המידע מתגלה ואין אפשרות לעצב פתרון אופטימלי לחילוקי הדעות או לסכסוך⁷⁰.

יש סבורים, כי תרומתו החשובה ביותר של מגשר ליישוב סכסוכים היא בהקלת התקשורת לשם העברת מידע, בהסרת מכשולים מדרכה, ובהוספת דרכי תקשורת שאינן עומדות לרשות הצדדים בהעדר מגשר⁷¹.

הזכרנו כי אחד היתרונות החשובים של מוסד הגישור הוא, שבמסגרתו יכול המגשר להיפגש עם הצדדים בנפרד⁷², לשוחח עם כל אחד מהם בחופשיות, לשמוע דעות, הצעות וטרוניות, להשיג מידע ולברר את האינטרסים האמיתיים של הצדדים⁷³ ויחד עם זאת לשמור על סודיות מבלי להעביר לאחר את שנאמר, ללא הסכמת הצד שעמו

Blades "Mediation: an Old Art Revitalized" 3 *Mediation Quarterly* (1984) 59, 78–79. 68

ראה להלן דיון בנושא ה"אינטרסים". 69

אשר למגבלות ולסכנות שבגילוי מידע בנסיבות מסוימות ראה: Lowenthal (לעיל, הערה 18), 80–81.

Moore (לעיל, הערה 61), 147–144. 71

אפשרות הפגישה הנפרדת מוכרת ומותרת גם על פי הצעת החוק: סעיף 79ב' (ד). לביקורת על שיטת הפגישה הנפרדת, תשובות לביקורת זו ודיון בנושא ראה: Bethel "The Use of Separate Sessions in Family Mediation" 2 *Negotiation Jour.* (1986) 257, 259; Welton, Pruitt & McGillicuddy "The Role of Caucusing in Community Mediation" 32 *Jour. of Conflict Resolution* (1988) 181. 72

Blades (לעיל, הערה 68); Welton, Pruitt & McGillicuddy (לעיל, הערה 72), 184. 73

שוחח⁷⁴. דבר זה אינו אפשרי במסגרת הליכי בוררות אלא במקרים נדירים והוא היוצא מן הכלל⁷⁵, וכפי שהוזכר לעיל, אינו בא בחשבון בדין בבית משפט. דוגמה קלאסית לכך היא שיטת הגישור של קיסינג'ר בעת המשא ומתן במזרח התיכון בשנת 74–1973. כל המשא ומתן התנהל בדרך של פגישות נפרדות, משום שהצדדים לא היו מוכנים להיפגש זה עם זה. דוגמה אחרת היא "המשא ומתן על המשא ומתן" שקיים לאחרונה מזכיר המדינה בייקר כדי להביא לכינוס הוועידה האזורית⁷⁶. לעתים הצדדים מסוכסכים ביניהם עד כדי כך שאין הם יכולים כלל להימצא זה במחיצתו של זה ומגיעים למצב של עוינות מוחלטת⁷⁷. במקרה כזה ברור, שהדרך היחידה לדלג על פני משוכה זו היא לקיים עם הצדדים פגישות נפרדות, מתוך תקווה, שגישה נכונה וטקטיקה נכונה יצליחו להביא לשינוי בהתייחסותם של הצדדים זה לזה, באופן שיווצר בסיס כל שהוא לפגישה ביניהם. הסלמת הסכסוך עלולה להביא לכך, שאחד הצדדים או שניהם ייצברו מטען גדול של לחץ המחפש מוצא. בפגישה בין הצדדים תהיה התוצאה של שחרור הלחץ — הסלמה נוספת, החרפת העימות והגברת הזעם והשנאה ההדדיים.

אין זה מתפקידו של המגשר לעסוק בתרפיה, אין הוא מנסה לשקם את הצדדים או לספק להם שירותי פסיכואנליזה. אולם הוא יכול לשמש להם "כולא ברק", באופן ששחרור הלחץ יקל על התקשורת ועל עיצוב הפתרונות. יש מספר שיטות וטקטיקות שבהן עשוי המגשר להשתמש כדי להיעזר בפגישה הנפרדת כמקום שבו אפשר "לשחרר קיטור" באווירה בטוחה ובלתי מאיימת⁷⁸. קרוב לוודאי שלאחר מכן יקל לגשת לדין בדרך חיובית יותר, והצד שפרק חלק מהלחץ שהעיק עליו יהיה יותר נוח לקבל פתרונות. יחד עם זאת, אם הדיונים המשותפים עולים לאוקטבות גבוהות, או שהם מגיעים למבוי סתום או לעימות חריף מדי, יכול המגשר להכריז על הפסקה, להיפגש עם הצדדים בנפרד ולנסות לאתר את הגורמים שהביאו למצב זה ולפתור אותם.

כפי שאמרנו לעיל, לעתים קרובות מדי מתפרש אקט של ויתור — ויהא זעיר ככל שיהיה — כסימן חולשה. לעומת זאת כאשר הצד יכול ליחס את הויתור לגורם חיצוני — אין הויתור כרוך עוד באובדן יוקרה⁷⁹.

המגשר יכול לשמש מעין "בלדר" המסייע לחילופי ויתורים על ידי העברתם מצד אל צד בדרך מוצנעת ללא פגיעה בתרמית. כפגישה פרטית עם הצד לומד המגשר לדעת

74 הצעת החוק קובעת, בסעיף 79ב(ה), כי "דברים שנמסרו במסגרת הליכי פישור לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אורחי". ראה גם: Note "Protecting Confidentiality in Mediation" 98 Harv. Law Rev. (1984) 441.

75 ראה: אוטולנגי בוררות — דין ונוהל (מהדורה שלישית 1981) ס' 295 ופסקי הדין הנוכחים שם.

76 אשר ליתרונות ולחסרונות של שיטה זו ראה: Pruitt (לעיל, הערה 61), 215–214.

77 עוינות כזו מכונה "עוינות אוטיסטית" והיא מצב של עוינות המזינה את עצמה וחוסמת כל אפשרות של תקשורת עם הצד השני. Pruitt & Rubin (לעיל, הערה 14), 119, 201.

78 Moore (לעיל, הערה 61), 131–129.

79 Lax & Sebenius (לעיל, הערה 48), 67 ומראי המקום הנוכחים שם.

שהצד מוכן לנוע מעמדה א' לעמדה ב'. הוא יכול להציג את עמדה ב' כלפי האחר כהצעתו שלו, של המגשר, ובכך להסיר את נטל הוויתור משכם הצד ולהעבירה אל שכמו שלו.

לדרך זו שני יתרונות עיקריים: ראשית, היא מגינה על הראשון, המציע את הוויתור, מפני האחר העלול לנצל זאת לרעה. הוויתור, שקודם לכן לא היה ניתן להשגה מפני החשש שייחשב אות לחולשה, עשוי להיות מושג עתה משום שאין בו כניעה לאחר אלא היענות לבקשת המגשר. היענות לפניית המגשר לא תפורש ככניעה. שנית, כל עוד לא אישר הצד האחד בפני הצד האחר שהוא מוכן לווייתור הזה — לא ייחשב הדבר לווייתור, ורק לאחר שגם האחר הסכים ללכת לקראת רעהו, והוויתורים הם הדדיים, יוכלו הצדדים לאשר את הסכמתם להצעות המגשר⁸⁰. למעשה יכולים הצדדים לומר עתה זה לזה שהוויתור לא נבע מאילוצן, מהעובדה שמישהו הכריח אותם לוותר, אלא מרצונם החופשי. כדי לשמור על רוח הפיוס, ההגינות והשלום הסכים כל אחד מהם להיענות לפנייתו של המגשר ולהתקדם לקראת הסכם.

אף נושא קל ערך לכאורה כקביעת מקום מפגש, עלול לשמש מכשול בהתקדמות לקראת הסכם, וקורה שהצדדים מייחסים לו חשיבות רבה. זימונם יחדיו לסביבה גייטראלית, נוחה ומרגיעה, שאינה מקוממת איש מהם, עשוי לתרום לתקשורת גינחה ושוטפת יותר.

ג. אינטרסים

בני אדם מנהלים משא ומתן לקידום האינטרסים שלהם. הדברים נשמעים כה מובנים מאליהם עד שכמעט מיותר לומר אותם. אך האומנם כך הדבר? ומה הם "האינטרסים האמיתיים"?

שתי אחיות קיבלו תפוז. הן אהבו זו את זו ולא רצו לפגוע זו בזו, אך שתיהן חפצו בתפוז. מה עשו? כמובן, הפתרון השגור, פתרון הפשרה של "חמישים האחוזים": יחלוקו. אך לאחר שחילקו ביניהן את התפוז התברר שהאחת היתה מעוניינת בחלק הפנימי כדי לסחוט ממנו מיץ, ואילו האחרת היתה מעוניינת בקליפה כדי להכין ממנה ריבה⁸¹. זה בתמצית פשטנית, ההבדל בין העמדה שנוקט אדם לבין האינטרסים האמיתיים שלו.

המציאות היא שהצדדים לסכסוך נוטים להתבצר בעמדות במקום לנסות ולהבין את האינטרסים האמיתיים של עצמם ושל אחרים⁸². הם מבינים את האינטרסים שלהם במונחים צרים מדי. בדרך כלל מבטאים אותם בכסף, בין השאר בשל ניהול המשא ומתן בצל המשפט. אולם ברור לכל, שבמקרים רבים הכסף הוא תחליף לצרכים אחרים, בלתי מוחשיים. מה על התעשיין הרוצה להבטיח תעסוקה קבועה לעובדיו? מה על העובד,

80 Pruitt (לעיל, הערה 61), 209.

81 דוגמה זו חביבה במיוחד על העוסקים במשא ומתן ובגישור. דוגמות דומות אפשר למצוא אצל

Follett (לעיל, הערה 43).

82 זו הסיבה שהביאה את פישר ויורי לטבוע את הכלל: "התרכו באינטרסים ולא בעמדות" Fisher

& Ury (לעיל, הערה 65) 41.

שאינו חפץ בפרישה, משום שהוא חושש מפני האבטלה? מה על האשה, הרוצה להתנקם בבעלה, ופסק המזונות הגבוה אינו אלא אמצעי להשיג זאת? מה על קידום המוניטין, שמירה על השם הטוב, הבטחת יחס של כבוד, שמירה על יחסי רעות, אובדן יוקרה, חשש מפני מאבק? האם כל אלה אינם אינטרסים מובהקים, שהסכף אינו משמש להם תחליף מלא?

בדרך כלל מתנהל המשא ומתן על הערכים המוחשיים: מחיר המכוננית, תקופת השכירות, גובה הריבית, איכות המוצר, סכום הפיצויים וכיוצא באלה. אך האינטרסים הבלתי-מוחשיים, מן הסוג שנמנה לעיל, אינם פחות חשובים מהאינטרסים המוחשיים. פגיעה בתדמית, למשל, עלולה לטרפד הסכם, שהוא הוגן ורצוי מכל בחינה אחרת. לרוב האינטרסים הבלתי-מוחשיים אינם עולים על פני השטח, ואם חפצים להתחשב בהם — יש לחשוף אותם.

אלא שצד למשא ומתן מתקשה מאוד לחשוף את האינטרסים הבלתי-מוחשיים שלו בפני האחר, ולעתים אף בפני עצמו. כאן יכול המגשר להביא תועלת רבה.

גם האינטרסים המוחשיים נחשפים עד תומם לעתים רחוקות, בעוד שהעלאתם אל פני השטח היתה עשויה לגלות נקודות מפגש רבות. הדבר בולט בעיקר בעולם העסקים. ניטול לדוגמא סכסוך מסחרי פשוט יחסית, שבו מפעל "סימור בע"מ" לייצור מסמרים לא סיפק במועד לסיטונאי, שמואלי, את כמות המסמרים שהוא הזמין.

התביעה האופיינית תהיה — תביעת פיצוי כספי שהסיטונאי יתבע מן היצרן. הפתרון, במקרה זה, הוא פתרון מתאפס מובהק: על כל שקל שישלם היצרן לסיטונאי יהא הוא חסר שקל אחד. אם מצליחים הצדדים להגיע לפשרה בעניין זה, הרי בדרך כלל תהיה זו פשרה לאורך הרצף הכספי הליניארי, ותעסוק אך ורק בשאלה כמה ישלם היצרן לסיטונאי.

אך בדיקת האינטרסים האמיתיים של הצדדים עשויה לחשוף מגוון של צרכים וערכים, שבעזרתם ניתן לעצב פתרון עדיף בהרבה. הנה מספר דוגמאות:

א. מתברר, כי מחד גיסא הסיבה ש"סימור" אינה יכולה לעמוד בלוח הזמנים היא, שההזמנות שבידיה אינן מאפשרות לה ייצור כמויות קבועות בתקופות קבועות, אלא עליה לייצר סוגי מסמרים שונים ללא התראה מראש. לעומת זאת שמואלי, הסיטונאי, זקוק להבטחת אספקה קבועה של סוגי מסמרים קבועים בתקופות קבועות, אך אינו מוצא יצרן שיציע לו זאת.

ב. מתברר, שהקושי של "סימור" הוא לעמוד בהזמנותיהם של עשרות סיטונאים, הדורשים בעת ובעונה אחת מסמרים מסוגים שונים, ולפיכך עליו להחזיק מלאי גדול, המכביד על משאביו הדלים יחסית. לעומת זאת שמואלי, איש אמיד, היה מוכן להחזיק מלאי גדול, אילו יכול היה לזכות בבלעדיות על שיווק מסמרו של היצרן.

ג. מתברר, כי הסיבה ש"סימור" לא יכלה לעמוד במועדי האספקה היתה — מחסור במזומנים, בהעדר בטחונות שתוכל להעמיד לבנק. הסיטונאי, שמואלי, לעומת זאת, משופע בהמחאות של לקוחות, אינו זקוק לאשראי ואינו משתמש בהן להשגת אשראי. אפשר להאריך רשימה היפותטית זו עד אין סוף, ואל נשכח שהמדובר כאן בסכסוך יום-יומי, שגרתי לחלוטין.

מה שמסייע לאפשרות לקיים "סחר חליפין" באינטרסים הוא העובדה, שבני אדם שונים מייחסים משקל שונה לאותם הערכים⁸³. הדבר ניתן בנקל להדגמה שעה שהמדובר בתרבויות שונות: תרבות האסלאם מייחסת לכבוד או להכנסת האורחים ערך שונה משמייחסת להם תרבות המערב. אולם הדבר נכון גם כשמדובר באותה תרבות עצמה, ולכן ניתן לקיים סחר חליפין תוך ניצול העובדה, שערך הנתפס כחשוב בעיני האחד אינו כה חשוב בעיני רעהו. העולה מכאן הוא, כי ככל שרוב מספר הנושאים העומדים לדיון — כן ירבו הסיכויים לפתרון משלב⁸⁴.

הבהרת האינטרסים שמאחורי עמדות הצדדים באווירה שבה יחוש כל אחד מהצדדים, כי אין "כוונה נסתרת" מאחורי הניסיון לברר את האינטרסים האמיתיים שלו, ואין כוונה "לדוג" אינפורמציה, שתשמש אחר-כך נגדו, היא אמצעי מצוין העומד לרשות המגשר. אם הוא משתמש בו בדרך נבונה — צעד צעד גדול לקראת הסכם.

ככל שיקשה לאדם לפענח את האינטרסים האמיתיים שלו עצמו — יקשה עליו שבעתיים לפענח את הצרכים והאינטרסים האמיתיים של הצד האחר ולשער כיצד אלה משתקפים בעיני אותו אחר⁸⁵. המגשר, בין בפגישות נפרדות ובין בפגישות משותפות, עשוי לתרום תרומה בל תשוער להבנת האינטרסים של הצד האחר⁸⁶.

ד. אופציות

לב לבו של המשא ומתן המשלב הוא — עיצוב פתרונות שאינם מזדקרים לעינינו במבט ראשון. בדרך כלל מגיע אדם אל המשא ומתן עם "הפתרון שלו" ואינו מוכן לשקול אפשרויות אחרות, או שאינו יודע כיצד מפתחים אופציות נוספות. תפקידו של המגשר לסייע לצדדים בכך וללמדם כיצד עושים זאת.

תיאור הטכניקות והתהליך היצירתי, המשמשים לעיצוב פתרונות, חורג בהרבה מעבר למסגרתו של מאמר זה⁸⁷, ואנו נסתפק במספר דוגמאות, אשר ידגימו את תרומתו האפשרית של מגשר לתהליך.

בהליך הגישור, שהתקיים בין יוסי קדמי לבין איתן לבבי בסכסוך המסעדה שנוכר

83 מחקרם של: Froman & Cohen, Compromise & Logroll "Comparing the Efficiency of Two Bargaining Processes" 15 Behavioral Sciences (1970) 180, הוכיח כאמצעות ניסויים את עדיפותו של "סחר החליפין" (המכונה באנגלית בשם Logrolling) על פתרון של פשרה, שאופייניים לו דיון והתפשרות על כל נושא בנפרד.

84 Lowenthal (לעיל, הערה 18), 96-98. ראה בהרחבה: Raiffa (לעיל, הערה 24), 251-326. הצעת החוק מלילה הוראה, שעל פיה השופט יכול להעביר מקצתו של סכסוך לפישור, ובמקרה כזה "יגדיר את תחומיו". החלטה המצמצמת בצורה כזו את הנושאים העומדים לדיון עלולה לפגוע באפשרותו של מגשר לבדוק אינטרסים רבים ככל האפשר ולהגיע יחד עם הצדדים לפתרון המביא בחשבון מגוון רחב של אפשרויות.

85 Fisher & Ury (לעיל, הערה 65), 63.

86 לדיון רחב בעניין זה ראה: "Interests: the Measure of Negotiation" 2 lax & Sebenius Negotiation Jour. (1986) 73 (לעיל, הערה 48), 63-87.

87 דיון מעניין ומפרה בנושא זה אפשר למצוא, למשל, אצל: De Bono The Use of Lateral Thinking (1967)

קודם לכן, קיים המגשר שיחות נפרדות עם כל אחד מהצדדים וחשף עובדות ואינטרסים, שהם לא גילו זה לזה. התברר לו כי בבעלותו של איתן לבני חנות גדולה למרי, העומדת ריקה משום שהמקום אינו מתאים במיוחד לפתיחת חנות. התברר גם, שבגלל פריחת המסעדה הקיימת ניתן להשתמש בשמה כדי להרחיב את העסקים ולפתוח מסעדה נוספת. הפעלת שתי המסעדות תביא גם לחיסכון, בגלל הוצאות קבועות משותפות, הזמנת מזון בכמויות גדולות יותר והוצאות ניהול פחותות. הפתרון שהושג: איתן יצרף את חנותו הריקה לשותפות, יחזור לפעילות מלאה בניהול הכספי ויישאר שותף במחצית.

ניתן לפתח אופציות משלבות רבות ומגוונות⁸⁸. אפשרות אחת נזכרה קודם לכן, והיא "סחר חליפין"⁸⁹.

אפשרות אחרת היא: "הגדלת העוגה". פעמים רבות הסכסוך נובע ממחסור במשאבים כל שהם (למשל: יש סוכריה אחת לשני ילדים חובבי ממתקים). אם אפשר להשלים את החסר בדרך כל שהיא, ניתן להשיג הסכם משלב, שיספק את האינטרסים של שני הצדדים. למעשה, מרבית ההסכמים העסקיים נובעים מן הציפיות, כי ההסכם בין א' לבין ב' יגדיל את סך כל המשאבים שיעמדו לרשות כל אחד מהם לעומת אלה שהיו עומדים לרשותו אלמלא ההסכם.

דוגמה שכוחה, שעורכי דין עושים בה שימוש תכוף, היא חיסכון במס: הם בונים את העסקה באופן שהמשלם יוכל לנכות את התשלום מהכנסותיו החייבות במס, בעוד שהמקבל אינו חייב בתשלום מס על ההכנסה, למשל, משום שצבר הפסדים גדולים. גם הפתרון שהוצע קודם לכן לסכסוך שבין יוסי לאיתן בעניין המסעדה, יש בו משום "הגדלת העוגה".

פתרון מקובל אחר מכונה "מיזוג". זהו פתרון הממזג את האינטרסים של שני הצדדים ועונה על שניהם. פולט⁹⁰ מביאה את הדוגמה היומיומית הבאה לפתרון כזה: יום אחד ישבה וקראה באחד החדרים הקטנים של ספריית האוניברסיטה. מישהו רצה לפתוח את החלון לשם אוורור החדר אך היא רצתה שהחלון יישאר סגור בגלל משב הרוח המפריע לה. לאחר בירור העניין החליטו לפתוח את החלון בחדר הסמוך, שבו לא ישב איש. הדבר הספיק כדי שיכנס אויר רענן, אך ללא משב רוח.

דוגמה שכוחה ניתן למצוא בדיונים במסגרת סכסוכי גירושין, שעה שעולים מספר נושאים. האשה תובעת מזונות בסכום גבוה ודורשת את החזקת הילדים. הבעל דורש

88 Pruitt & Lewis (לעיל, הערה 42), 163-166; Lewicki & Litterer (לעיל, הערה 14), 119-121; Pruitt (לעיל, הערה 61), 148-156. דוגמה נוספת אפשר למצוא אצל בוק, פשרה, 323-331.

89 מובן שיש קשר הדוק בין זיהוי האינטרסים האמיתיים, שנדרן לעיל, לבין פיתוח אופציות. פישר ויורי ממליצים על חיפוש אופציות גם מקום שאלה אינן בולטות על פני השטח: Fisher & Ury (לעיל, הערה 65), 46-41, 83-58. ראה גם: Menkel-Meadow (לעיל, הערה 39), 75-772. פרופ' מנקל-מדו מסכמת, כי "לא כל סכסוך משפטי... ניתן להפיכה למשחק שאינו מתאפס או למשחק של שיתוף פעולה, אך במשא ומתן המשפטי נראה שהמשחק המתאפס הוא היוצא מהכלל ולא הכלל". שם, בע' 787.

90 Follett (לעיל, הערה 43), 32.

הפחתה משמעותית של סכום המזונות ותובע אף הוא את החזקת הילדים. איש מהם לא יוותר על עמדותיו מן הסיבות שדנו בהן בהרחבה קודם לכן. אך מגשר, שייפגש עם כל אחד מן הצדדים בנפרד, עשוי למצוא, שהבעל כלל אינו מעוניין בהחזקת הילדים והוא משתמש בדרישה זו כקלף מיקוח, אלא שהוא חושש להודות בכך, שמא "יפסיד נקודות" ויאבד מתדמיתו, ואילו האשה מעוניינת בעיקר בהחזקת הילדים. הפתרון של הפחתת סכום המזונות ומסירת החזקת הילדים לאשה מתבקש במקרה זה מאליו. אין זה קשה לראות מה רבה יכולה להיות תרומתו של מגשר לעיצוב אופציות על-פי השיטות והדוגמאות הנוכרות לעיל או על-פי שיטות משלבות אחרות⁹¹. וחשוב לא פחות: הוא יכול ללמד את הצדדים כיצד לעצב אופציות, ובכך להעמיד לרשותם כלים שבאמצעותם יוכלו לפתור את חילוקי הדעות העתידיים שלהם בעצמם.

ה. קריטריונים אובייקטיביים

מתברר כי מנהלי מו"מ רבים מייחסים חשיבות לכך, שתוצאת המו"מ תתאים לנורמות המקובלות עליהם. כאשר אדם יכול לייחס את וויתוריו לגורם חיצוני, כגון נורמה מקובלת או קריטריון אובייקטיבי, הוויתור אינו כרוך בפגיעה בתדמית וסיכויי ההסכם גדלים⁹².

קריטריונים אובייקטיביים עשויים להיות: הגינות, אתיקה, שוויון, החוק, המשפט הבינלאומי, תקדימים, מדדים שפורסמו, נהגים מקובלים, כללים מקצועיים, מחירונים, שמאות, מחיר בורסה וכדומה.

לעתים הנורמות הן כה ברורות ומוכנות מאליהן עד שהן מופעלות באופן אוטומטי. אם שני אנשים רעבים מחזיקים בשני כעכים, הפתרון של מתן כעך אחד לכל אחד מהם נראה כה הוגן עד שלעתים רחוקות בלבד יתעורר לגביו ויכוח⁹³.

סוג אחר של נורמות, שהוא בעל חשיבות מרובה לצורך קביעת הקריטריונים האובייקטיביים שינחו את הצדדים ואת המגשר, הוא כמובן, הנורמות המשפטיות. כאשר יש כלל משפטי ברור בעניין, או שאין ספק רב כיצד יחליט בית-המשפט, הרי זה קריטריון חשוב, גם אם לא היחיד, העשוי להנחות את הצדדים ואת המגשר⁹⁴.

גם התקדים הוא בעל משקל רב ביישוב חילוקי דעות. כפי שאומר שלינג: "נראה שהתקדים מפעיל השפעה כה חזקה, עד שהיא עולה בהרבה על חשיבותו ההגיגית או על משקלו המשפטי"⁹⁵.

91 להרחבת הנושא ופתרונות משלבים נוספים ראה: Pruitt (לעיל, הערה 61), 199, 217; Pruitt & Lewis (לעיל, הערה 42), 166-163; Moore (לעיל, הערה 61), 212-206.

92 Lax & Sebenius (לעיל, הערה 48), 67 ומראי המקום המופיעים שם, בהערה 5.

93 ראה דיון מעמיק בנושא הקריטריונים המובנים מאליהם אצל: Schelling *The Strategy of Conflict* (1960) 67-68, 72-73. הוא: חציית ההפרש ("פתרון חמישים האחוזים"), שהוא הפתרון השכיח ביותר בפשרה ליניארית. שם בע' 67.

94 Eisenberg (לעיל, הערה 29), 639.

95 Schelling (לעיל, הערה 93), 67.

מגשר מנוסה, בעיקר אם הוא בעל ידע בשטח הספציפי, עשוי להציע לצד אחד קריטריונים אובייקטיביים שיהיו מקובלים עליו, ואשר, בגלל מתח העוינות והחשש לאובדן התדמית, אפשר שלא היה מקבל אותם אילו הציעם הצד האחר. כמובן זה עשוי המגשר להועיל גם באותם חילוקי דעות שאין ניתן לעצב בהם פתרון "משלב", והפתרון האפשרי היחיד הוא המתאפס. על-ידי הצעת קריטריונים אובייקטיביים, הזוכים ל"הילה" המיוחדת בבואם מפי אדם נייטרלי שהצדדים מעריכים, ניתן לעתים להגיע לפשרה שלא היתה מושגת בלעדי המגשר.

גישור בישראל

הגישור אינו תרופת פלא ואינו יכול להביא מזור לכל. כאשר הסכסוך סובב סביב בעיה עקרונית, שהצדדים או אחד מהם רואים בה דגל – אין מקום לגישור. קשה להניח שעניין "קול העם" נגד שר הפנים⁹⁶, אשר הניח את התשתית לחופש הדיבור ולשאר החירויות בישראל, היה מתאים לגישור. כך המצב גם כאשר אחד הצדדים מעוניין בתקדים יותר מאשר בתוצאת הדיון הספציפי וכן כאשר מדובר בעבירה פלילית, או בנסיכות שבהן עצם הפגישה לצורך השגת הסכם היא עבירה, כגון הגבל עסקי. אולם מרבית הסכסוכים, שאינם נפתרים במשא ומתן בין הצדדים, ראויים לגישור והוא עשוי לשפר שיפור ניכר את יעילות המשא ומתן ואת התוצאה המושגת. בעיקר מתאים הגישור במקום שהצדדים המתעמתים צריכים או רוצים להמשיך ולקיים ביניהם קשר, או שיש סיבה אחרת שבעטיה אין זה רצוי שיפרדו בזעם. הדברים נכונים בענייני עסקים, בענייני גירושין כאשר לבני הזוג יש ילדים, בסכסוכים בתוך ארגונים, בסכסוכי שכנים⁹⁷ ובמקרים רבים אחרים. אף מקום שנתונים אלה אינם קיימים, הרי עצם הרצון לחסוך בזמן ובכסף ולהימנע מדיון משפטי עשוי להצביע לכיוון הגישור.

יש ראיות לכך, שצדדים, שהגיעו להסכם באמצעות גישור, רואים עצמם מחויבים לפתרון, שהם עצמם עיצבו, יותר מאשר לפסק-דין של בית משפט⁹⁸. המחקרים מראים, כי אחוז הקיום של הסכמים שהושגו בדרך גישור עולה על אחוז הקיום של פסק-דין של

96 בג"צ 73/53, 87/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

97 במחקר שנערך לגבי יישוב סכסוכים בין שכנים (מדרג של 90 הליכי גישור) הביעו 90% מן המשתתפים את דעתם, כי הגישור הוא שיטה טובה ליישוב סכסוכים. Albert & Howard "Informal Dispute Resolution Through Mediation" 10 *Mediation Quarterly* (1985) 99, 104

98 McEwen & Maiman "Small Claims Mediation in Maine: an Empirical Assessment" 33 *Main L. Rev.* (1981) 237; Cooke "Mediation: A Boon or a Bust?" Albert & Haward (97 הערה) 28 *N.Y. Law School L. Rev.* (1983) 3; Pearson & Thoenness "Divorce Mediation: Reflections on a Decade of Research" (1989), in *Mediation Research* (Kressel & Pruitt, ed.) 9; McEwen & Maiman "Mediation in Small Claims Court: Consensual Process and Outcome" (1989), *ibid.*, 53; Roehl & Cook "Mediation in Interpersonal Disputes: Effectiveness and Limitations (1989)" *Ibid.* 31.

בתי משפט. מעורבותם של הצדדים בעיצוב ההסכם גורמת לכך, שיראו בו את יציר כפיהם. מחקר שערך המרכז ליישוב סכסוכים בברוקלין הראה, כי אחוז המשתתפים בהליכי גישור, שהיו מרצים מהתהליך ומהתוצאה, עלה בהרבה על אחוז הצדדים לדיון משפטי שגילו שביעות רצון מהתהליך⁹⁹.

עתידו של הגישור בישראל תלוי, במידה רבה, בנכונותם של המשפטים – שופטים, עורכי דין ומורים – לקדמו וליישמו. חשובה גם מעורבותם של עורכי הדין הן כמגשרים והן כמייצגי הצדדים, כדי לשמור מפני שימוש לרעה במוסד זה. לשם כך דרושה הבנה של האפשרויות הגלומות בגישור, נכונות לנסותו ולהפיק ממנו את המרב¹⁰⁰ וכן ידע וכישורים מתאימים, הדורשים לימוד וניסיון.

כמו כן חשוב שהשופטים יכירו את אפשרויותיו, אופקיו ומגבלותיו של מוסד זה. כשהצעת החוק תהפוך לחוק, ואף לפני כן, יהיה עליהם להחליט באילו מקרים מן הראוי להמליץ על גישור, ומוטב שיהיו מצוידים בכלים המתאימים לכך.

אם עורכי הדין והשופטים יבינו את הפוטנציאל הגלום במוסד זה לא רק כאמצעי להקלת העומס המוטל על בתי המשפט, אלא כמכשיר יעיל ליישוב סכסוכים מסוגים שונים, יש סיכוי להתפתחות שתשפר את הדרך שבה אנו מטפלים בחילוקי דעות. מספר הלקוחות המשוועים לדרך יעילה, מועילה ומהירה של פתרון סכסוכים הוא עצום. חשוב, שדרך הגישור תעמוד לרשותם ולפיכך חשוב שגם הציבור הרחב יהיה ער ומודע לאפשרות זו.

99 Cooke (לעיל, הערה 98) 21.

100 לחלקם של עורכי הדין במקצוע הגישור ומעמדם כמגשרים ראה: Riskin (לעיל הערה 35); Haynes "Mediation & the Legal Profession: An Overview" 23 *Mediation Quarterly* (1989) 5; Sander "Alternative Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Obstacles" 34 *Jour. Legal Educ.* (1984) 229; Trachtenberg "Training Lawyers to be More Effective Dispute Preventers and Dispute Settlers: Advocating for Non-Adversarial Skills" 1984 *Missouri Jour. of Dispute Resolution* 87; Purnell "The Attorney Mediator — Inherent Conflict of Interest" 32 *UCIA L. Rev.* (1985) 1986