

פתרון לדוגמא למבחן מועד א' סמסטר א' תשס"ח קורס מו"מ וגישור

מוצע פיתרון אפשרי למבחן. הפירוט בפתרון לדוגמא הינו ארוך מהמצופה במבחן שכן כולל התייחסות לטעויות שחזרות על עצמן והבהרות בהתייחס לטעויות.

**1. תארי את המשא ומתן המתרחש בסיטואציה לעיל כולל מאפייני סיטואציות המשא ומתן, מושגי היסוד של משא ומתן תחרותי והצדדים המעורבים. ניתן להוסיף הנחות במידת הצורך.**

עשוי להיות דומה לפתרון לדוגמא באתר יחד עם זאת היה דגש על הישום רלוונטי של המושגים במקרה הספיציפי לחברת יהביבה.

א. מצריך התייחסות למיפוי של ליוויקי לגבי מאפייני המו"מ [ריבוי צדדים, אינטרסים מתנגשים, אפשרות נתפסת להשפעה על התוצאה, עדיפות להסדר על דרך אחרת, נכסים מוחשיים/לא מוחשיים, תלות הדדית וכד'] בחלק זה הצטרף הסטודנט לזהות כי מדובר במו"מ מורכב רב צדדי הכולל ריבוי אינטרסים ולמעשה מורכב ממספר משאים ומתנים על נושאים שונים (Bargaining Mix + Mix motives - ליוויקי). בנוסף, מתקיים גישוש ראשוני שעשוי להוות מו"מ על מו"מ. הפלישה לדירות היא עמדת פתיחה תחרותית למו"מ והינה תוצאה של חיפוש אפשרות נתפסת להשפעה. ראייה מורכבת באה לידי ביטוי בהבנה כי מו"מ תחרותי הוא אלטרנטיבה אליה יגיעו הצדדים כתוצאה מדילמת הנו"מ (לקס וסביניוס). גורם המעצים את הדילמה הוא כשל מבני ומוסדי של ריבוי צדדים וערוצי תקשורת מוגבלים (ארוו ואחרים). התפיסה התחרותית קשורה בראייה חד מימדית של הנושאים במו"מ (היבט כספי) המובילים לתפיסת העוגה הקבועה ופתרונות סכום-אפס. זאת בשונה מראיה רב מימדית של הנושאים במו"מ.

ב. מאפייני המו"מ התחרותי – (התייחסות לטענות של ליוויקי) נקי יעד ונסיגה, מיפוי תחום המו"מ (zopa). טעות שחזרה על עצמה היא היות "תחום המו"מ שלילי" (שכנראה נובעת מהתבססות יתרה על הפתרון לדוגמא). זוהי טעות שכן תחום המו"מ נע בין נקודות הנסיגה. אלה אינן נתונות ולפיכך תחום המו"מ עוד לא ברור. זוהי תוצאה של הסתרת המידע המאפיינת את המו"מ התחרותי. יחד עם זאת, אם הניח הסטודנט נקודות נסיגה ותחם בהם את המו"מ בנימוק רלוונטי הטיעון התקבל. קביעת תחום המו"מ בהתבסס על נקודות היעד הוא שגוי שכן לא כל הנקודות ביניהם מהוות תחום של פתרון אפשרי. מעבר לנקודות הנסיגה מתקיימת ה batna שהיא אלטרנטיבה למו"מ (במקרה זה הבוררות או התנהלות משפטית סביב נסיון – קלוש אמנם - להוכיח כי הסעיף אינו לגיטימי), היה צורך להבחין בין נקודות פתיחה לנקי יעד. ריקוד המו"מ – תחילתו אופיינה בעמדות פתיחה: חמישית סכום ההשקעה והפלישה. עוד ניתן היה לתייחס להסתרת/חשיפת מידע (והתייחסות לדילמת נו"מ אם לא נעשה תחילה), תפיסת העוגה הקבועה (משאבים מוגבלים), מיקסום רווחים, שיח עמדות (פישר ויורי).

ג. איכות התשובה עלתה באם ניתנה התייחסות אינטגרטיבית להיבטים נוספים: טקטיקות קשות (פלישת דיירים + בריחת מנכ"ל), High/ low ball, מחויבות וכו').

ד. גיבוי תיאורטי למונחים.

**2. מהם הכשלים המאפיינים סכסוך זה?**

גם כאן יש דמיון לפתרון לדוגמא אך היישום שונה. מפעת מוגבלות המקום הציפייה הייתה הוכחת בקיעות בקיומם של סוגים שונים של כשלים (אסטרטגים, קוגניטיביים, מבניים, רגשיים, מוטיבציוניים, תרבותיים), הבדלים ביניהם וכן תחת כל סוג למנות את המרכזיים. הדגש ניתן ליישום המראה הבנה ובקיעות במרכיבי הכשל.

א. טעות שחזה על עצמה הייתה בלבול בין כשלים לבין טקטיקות – טעות המעידה על היעדר בקיעות בהבחנה ביניהם. ניתן היה אולי בנימוק רלוונטי להראות את האופן בו כשל אסטרטגי יוביל לשימוש בטקטיקות כחלק מאינטגרציה. אחרת לא היה זה רלוונטי למנות טקטיקות שכן השאלה עסקה בכשלים. מניין של טקטיקות (התחייבות, כדור גבוה ונמוך וכו' לא התקבל).

ב. היה מתבקש לפתוח באמירה כללית לגבי היות הכשלים מכשילים את ההגעה לפתרונות האופטימאליים (בקיעות + מבנה תשובה).

ג. אסטרטגים – התנהלות המכשילה הגעה לתוצאות מיוחלות. בהקשר זה חובה היה לציין את דילמת הנו"מ של לקס וסביניוס. הישום הצריך הבנה של הקושי לתת אמון וחשש משת"פ המובילים לדינאמיקות תחרותיות כתוצאה מרציונלית יתרה של הנושא ונותן המאפיינת סוג כשלים זה.

ד. כשלים קוגניטיביים (ניל ובזרמן, כאהנמן וטברסקי) - כשלים אלה מהווים תוצאה של עיוות בתפיסת או עיבוד המידע. הבנה זאת באה לידי ביטוי בכשלים שנבחרו בתשובה. רלוונטיות הכשל נבחן ביישומן. רשימת מכולת של כשלים קוג' לא מנומקת/מבוססת בישום פגעה בערך התשובה. כשלים שעשויים לבוא לידי ביטוי בנו"מ הנדון: **● עוגן** – היה צורך להתייחס לערך השרירותי שמקבע סביבן את תחום המו"מ (ליוויקי, ניל ובזרמן) – לא מספיק היה למנות "חמישית" ו"פלישה" היה צורך להראות הבנה זו.

**● תפיסת העוגה הקבועה** - תפיסת הסכסוך באופן חד מימדי כך שרווח של האחד בא בהכרח על חשבון האחר ומקשה על מעבר לפתרונות יצירתיים. למשל תפיסת הסכסוך כעוסק בנושא הכספי של ערך החזר בלבד.

**● אופטימיזם מופרז** – יחוס הסתברות עודפת להצלחה האישית במו"מ, הפחתת מערך שיקולי והצלחת הצד השני. מאופן היישום ביחס לפולשים, כונס, מנכ"ל עלתה הבנה זו. למשל, המנכ"ל שברח ולא לוקח בחשבון אפשרות הסגרתו מתוקף חוקים בינ"ל או פולשים המייחסים הסתברות עודפת לאפשרות קבלת הדירה ולכן פלשו אך לא בדקו מה קרה במקרים דומים.

**● רדיפת צדק** – דחיית פתרונות הנתפסים כלא הוגנים גם אם יש בהם יעילות (למשל דחיית ההצעה של

חמישית הנתפסת שלא הוגנת אך עדיפה על כלום בתור התחלה ושווה לפי הערכת שמאי יותר מערך הדירה במצבה הנוכחי).

● **הפחתת דיסוננס** – כל התנהלות של הצדדים שנועדה ליצור עקיבות קוגניטיבית או תחושתית ולהמנע מצרימה בעולמו הפנימי של הפרט הנובע מהעבר. בהקשר זה הכשל דיסוננס העולה מהעבר – המדובר בחוסר עקיבות קוגניטיבי הנובע מעבר הסכסוך או הפרטים שבו (אך לא ממקרים דומים למשל "חפציבה") המכשיל אפשרות לעבור לערוצי שתי"פ: למשל כל ההתנהלות עם החברה עד כה הייתה בעייתית ולא אמינה ולפיכך מתקשים הצדדים לשתי"פ או לעשות משהו שאינם מעוניינים בו.

● **חוק המספרים הקטנים**: השלכה יוריסטית (אך לא סטטיסטית בדוקה) ממקרים המוכרים לפרט על הכלל: למשל מהמקרה של חברת חפציבה או מקרים שהגיעו לכותרות אך לא בדיקה של מה קרה ברוב המקרים מהסוג.

● **שנאת הפסד** – הערכת הפסד כגדול וכבד מרווח אפשרי (יתכן שבעבור הפולשים, חמישית הסכום - שעשוי להיות שווה יותר מהדירה במצבה הנוכחי - יתפס כפחות מאשר המשך אחזקה בדירה).

● **תגובת נגד מפחיתת ערך** – עצם העובדה שהכונס העלה את הסכום של חמישית ולא הקונים הם ייחסו לכך ערך פחות. יתכן שבנסיבות אחרות אחרי בדיקה הדיירים היו מבינים שזה המקסימום שיוכלו לקבל ולפיכך ישאפו לסכום זה.

● **רתיעה מחוסר ודאות של התוצאות** – תוצאות לא ודאיות או קונקרטיות (כמו הגינות או רצון טוב) נתפסות כפחותות ביחס לתוצאות ודאיות. למשל הקונים ירתעו מהצעות הכונס (הבאות ממקום של הגינות, כנות, הבנה למצבם וליכולות החברה) כשלב ראשון, מתוך רצונם לתוצאות ודאיות כמו ערך ההשקעה או קבלת הדירה כולה וחזקה בה, הענשת הקבלן וכו' אשר אינם ברי השגה כלל בשלב זה של מציאות הסכסוך. רצוי היה למנות כארבעה לפחות.

ה. **כשלים מוסדיים או מבניים** (ארוו ואחרים): נובעים ממבנה הסכסוך והרכבו ולא ממצב היחסים הבין-אישיים או תפיסותיהם המוטות.

● **ערוצי תקשורת מוגבלים** – אין ערוצי תקשורת יעילים (הנובעים מגורמים ביורוקראטים, מוסדיים, פוליטיים וכו') בין הצדדים המונעים חלופת אינפורמציה והגעה לפתרונות יעילים שתתאפשר רק באמצעות קשר בין אישי ישיר. למשל, לקונים אין מושג איך ליצור קשר עם הכונס שהרי כבר אין מדובר בערוץ הקשר עם הקבלן עמו עבדו עד כה.

● **קבוצות אינטרס מרובות** - היעדר נוכחות או יצוג אינטרסים של קבוצות במו"מ הדבר עשוי להוביל לתוצאות לא יעילות (למשל יצוג לקונים שלא פלשו, לספקים, עובדים וכו').

● **בעיית הנציג (שליח - שלוח)** – ניגוד/פער אינטרסים בין הצד לבין מי שמייצגו. למשל הכונס לאוו דווקא מייצג את אינטרס החברה והקבלן.

ו. **כשלים רגשיים** – התחושות הקשות של הצדדים מאפילים על התנהלותם הרציונאלית. למשל הכאב החשש והפחד יוצרים תחושה כללית שלילית המשפיעה על תגובות הקונים ביחס להצעות הכונס, ביחס לתוצאות האפשריות והאופטימיות ביחס לאפשרות למצוא פתרון יעיל. הדברים עשויים לפעול כנבואה המגשימה עצמה.

ז. **כשלים מוטיבציוניים והטיות לטובת העצמי** – התנהלות, קבלת החלטות ויחוס ערך לתוצאות המשרתות את התפיסה העצמית החיובית של הפרט. למשל, הקונים מתוך צורך לחוש שליטה וערך עצמי ידחו הצעות הוגנות ויעילות מצד הכונס, שכן הם יחושו שקבלתן מעידה על "היותם פראירים" או על כשלונם האישי כנו"נ.

ח. **כשלים תרבותיים**: התייחס להטיות בתפיסה תלויות תרבות או חשיבה סטרייטיפית ביחס לאחר. ניתן היה להתייחס לטינג-טומי. למשל, התייחסות אפריורית לכונס כנציג של אליותא כלכלית חסר אכפתיות כשלמעשה בעברו האישי גם הוא נכבה מקבלן שברח ולכן מודע לרגישויות...

טעויות נפוצות שחזרו על עצמן: בילבול בין הכשלים: למנות תחת הכותרת של כשלים מסוג אחד, כשלים המשתייכים לקטגוריה שונה. למשל למנות את דילמת הנו"נ תחת כשלים קוגניטיביים ולא אסטרטגים. היה צורך להבחין. ישום חסר או מוטעה של הכשל ביטא הבנה ובקיעות חלקיות בלבד.

### 3. כיצד ניתן להתגבר על כשלים אלה, וכיצד הייתם מנתחים את הסכסוך במונחי משא ומתן משלב?

בהתייחס לכשלים שהסטודנט מנה בשאלה שתיים. אם לא ענה על שאלה שתיים נתבקש לענות באופן כללי תוך ציון מספר כשלים בולטים שנדונו בשיעור.

התשובה הצריכה התייחסות בקורתית: הנחה שכשל הוא דבר שיש להתגבר עליו בכדי לייעל תוצאות המו"מ (בזרמן ולי).

טענות כלליות לגבי התגברות על הכשלים:

-מודעות אליהם

-עירוב צד שלישי

-אימוץ פילוסופיה גישורית (4 עקרונות של יורי ופישר). כאן היה נדרש לפרט באופן ספציפי כיצד העקרונות עונים לכשלים השונים. למשל: הפרד את האנשים מהבעיה מנסה להתגבר על הטיות כמו רדיפת צדק ואופטימיזם מופרז. גם המצאות אופציות המפרידה המצאה מהחלטה עוזרת להשהות שיפוט בעניין צדק. שיח האינטרסים עוזר לנטרל הטיות עוגן הקשורות בריקוד המו"מ, ועוד.

באופן ספציפי -

**כשל אסטרטגי:** tit for tat (אקסלרוד), צעדים בוני אמון, צד שלישי, שבירה למשאים ומתנים קטנים, ירידה לרמת האינטרסים ובירור השוני ביניהם, מסגור ההליך תחת הכותרת של נסיון לפתור את הבעיות באופן הוגן ומוסכם. כל טענה תלויית יישום מבוקר ורלוונטי.

#### **כשלים קוגניטיביים:**

האפשרות להתייחס לאנשים כמסוגלים להתנתק מההטיות בהן שבוים היא לא ראלית. לעורר מודעות באופן ישיר לכשל עשויה להתקל בהתנגדות והתייחסות מתוך הכשל עצמו. לפיכך ההתמודדות עמן היא עקיפה. **רדיפת צדק** – הצהרה שהמו"מ ימשיך ביתר פרודוקטיביות כאשר המטרה היא רווח הדדי + מעבר לסטנדרטים הוגנים של צדק תהליכי (כבוד הדדי, הקשבה, שיתוף, מתן קול בהחלטות). הקונים והכונס יחליטו על חיפוש משותף והוגן אחר פיתרון לבעייה משותפת.

**הפחתת דיסוננס** – הכנסת צד שלישי המעורר הבנה לנקודות המבט והמידע של כל הצדדים תוך חיפוש "הסיטוריה אלטרנטיבית" לסכסוך, ניסוח מחדש של תפיסות העבר, הפרדת האנשים מהבעיה, התמקדות באינטרסים ולא בעמדות ושימוש בקריטריונים אובייקטיביים. הגדרת המו"מ כחיפוש משותף שמטרתו למזער נזקים ומציאת פתרון הוגן.

**שנאת הפסד** – ניסוח מסגור מחדש של "ההפסד" הנוכחי, כרווח או הזדמנות לרווח עתידי (המנעות מההפסדים התמונים בניהול מערכה משפטית שתוצאותיה אינן ודאיות). למשל הכונס ימנע מעלויות והפסדים כבדים של ניהול המערכה המשפטית כנגד החברה באם ישלם לקונים יותר מחמישית.

**אופטימיות מופרזת** – עידוד הצדדים לחפש ולהביא מידע ונתונים סטטיסטיים ולשתף בהם. למשל שיתוף הכונס את הקונים במצב והאפשרויות העומדות בפני החברה.

**התיעה מחוסר ודאות** – הדגשת חשיבות תוצאות שאינן מוחשיות אך שמונעות את הסלמת הסכסוך ואת הודאות להפסדים עתידיים. למשל הדגשת היחסים וחשיבות רצונם הטוב של הצדדים והתנהלותם האמינה, הכנה וההוגנת כנכס המאפשר שיתוף פעולה. כך בשלב ראשון יקבלו הקונים את חמישית הסכום אך קיימת הבנה שיש נסיון למצוא מענה למצוקותיהם ואין התעלמות מכך. הדבר משאיר פתח לפיצויים נוספים עתידיים כמו למשל דיוור בפרוייקט אחר ודומה באזור שלא הצליחו למכור בו את כל הדירות, אך שאינם ודאיים בשלב זה. זאת לעומת ודאות מהפסדי המשפט/בוררות הנלווים.

**עוגן** – עוגן נגדי (תוך סיוג כי המדובר עדיין באמצעי תחרותי), הצבת עוגן על ידי צד שלישי שיטה לכיוון מציאת פתרון ראלי, הצבת "בוחר מציאות" וקריטריון אובייקטיבי. במקרה זה ניתן לחזק מודעות לכשל, ירידה לרמת האינטרסים האמיתיים וחיפוש מענה להם. למשל בחינה מול הקונים את הערך בו נקבו שכולל פיצויים לא הגיוניים ועלות הגבוהה בהרבה מהסכום בו השקיעו בדירות ובהוצאות הנלוות עד כה, כאשר האינטרס האמיתי הוא קבלת הסכום שהשקיעו או דירה חלופית שבנייתה הושלמה והעלות עליה לא תעלה על העלויות שהיו צריכים בכל מקרה לשלם עם קבלת הדירה או שמתקזז עם הפסדים שנבעו ממצב החברה. כך גם לגבי הכונס שמעוניין לסיים את הפרשה במהירות בלי סחבת והוצאות של בתי משפט ובוררות והסכום בו נקב עשוי להיות נמוך מכפי שיכול.

**חוק המספרים הקטנים** – הפניית ועידוד הצדדים לסטטיסטיקות משקפות. למשל החשש של אחד הקונים לשתף פעולה עם הכונס – עשוי לנבוע מחשש המבוסס על מקרה ששמע מחבר על מצב דומה שהוביל להפסדים וניצול וכו'. עורך הדין שלו יכול לספק מידע על הפסיקה בתחום או לפנות לסטטיסטיקות רשמיות.

#### **כשלים מוסדיים/מבניים:**

כשלים תקשורתיים: להסיר את החסמים ומגבלות למפגש ישיר ולקדם שיתוף במידע או לפחות להיות מודעים. לאפשר מפגש ישיר בין הקונים (הפולשים) לכונס. קבוצות אינטרס מרובות: הזמנת כל המעורבים לשולחן המו"מ ומתן ביטוי לשלל האינטרסים תוך דיאלוג ובניית הסכמות.

דילמת הנציג- ירידה לרמת האינטרסים

**כשלים רגשיים ומוטיבציונים:** 4 העקרונות שלי יורי ופישר.

**כשלים תרבותיים:** המודל של טינג-טומי למשל, המודל הבין תרבותי כו'.

#### **4. בהנחה שהמשפחות באתר הבנייה שוקלות באיזה הליך לפתור את הסכסוך, מה תהיה המלצתך? כיצד עליהן להתייחס לסעיף הבוררות המופיע בחוזה הרכישה?**

השאלה הצריכה נקודת מבט מורכבת באשר ליתרונות ולחסרונות של גישה נבחרת בייחס לאחרות ו בהתייחס למאפייני הסכסוך היחודיים, לתוצאות אפשריות ולצורכי הצדדים. זאת תוך התייחסות למגבלות סעיף הבוררות. היה צורך להשתמש כאן בשתי השאלות של סנדר – ראשית: מהן המטרות/אינטרסים של כל צד? שנית: מה הם המכשולים המונעים ישוב הסכסוך? מאחר שיש להניח שהאינטרס של כולם דרש פתרון מהיר וצודק, בוררות עשויה להיות פיתרון הולם. שפיטה עשויה להימשך זמן רב. חיסיון לא בהכרח נדרש וגם יחסים לטווח ארוך לא קיימים ולכן גישור עשוי פחות להתאים. באשר לבוררות, היה צריך להתייחס לביקורתנו של עו"ד סטי ושלמד בשיעור על ההליך הקיים בחוק הבוררות כבעייתי בגלל היעדר ערעור. כמו כן באופן שבו מוטל הסעיף באופן חד צדדי על הרוכשים יש בעיה, אם כי על פי פסיקה בחו"ל עליה דיברנו בכיתה ככל הנראה סעיף כזה יאושר בתנאי שבאופן מהותי יוקפד על שמירה על זכויות. מה מעמד הסעיף במצב של פשיטת רגל? ככל הנראה הכונס יכול להשתמש בו אך אין כאן תשובה מוחלטת. השאלה הצריכה התייחסות למגוון דרכי ישו"ס (סנדר), הדרכים השונות למו"מ (תחרותי/שיתופי וכו'), וכן התייחסות למודלים השונים של גישור (פרגמטי, טרנספורמטיבי, נרטיבי, בינתרבותי וכו').

## 1. בהתייחס לסכסוך המתואר בחלק הראשון, תארו את מפגשי הזהות המתקיימים בין המשפחות הפולשות. באיזו מידה עשוי להתקיים שיח זהות בין הפולשים?

השאלה הצריכה הבחנה ביקורתית בין מושג הזהות למושג התרבות. הדגש היה על מושג הזהות כשתרבות מהווה רק אחד ממאפייניה. לזהות מאפיינים נוספים המתבססים על הניסיון והשייך היחודיים של הפרט. היה צורך להתייחס ל-4 שלבי התפתחות מושג הזהות לפי מאוטנר, שגיא, שמיר. ניתן היה להתייחס למפגש עם האחר כעשוי להגדיר את הזהות האישית. להתייחס להיות הזהות עומדת למבחן בדיאלוג עם הזולת – כשירות ה"אני" כנושא ונותן (טינג-טומי) ומי "אני" בעיני הזולת. הפרשנות ויחוס המשמעות לזהות העצמית המשתקפת במו"מ עשויה להיעשות דרך הפריזמה התרבותית - המודל של טינג טומי. מתוך הקשר זה ראוי היה להתייחס גם לביקורתו של אברוך על הנחות המודל. ניתן היה להתייחס גם לדיאלוג אני-אתה של בובר ולמפגש המכונן הלוינאסי עם פני האחר.

דחיית שיפוטים והיפתחות אל האחר וזהותו היחודית מאפשר את הבנת האינטרסים והצרכים היחודיים לו. הפתחות זו היא שמגדירה את הזהות העצמית כנו"נ. הליך זה עשוי להגדיר כללים חדשים לשיח בין הצדדים – הצורך לדבר "עם" ולא "על" האחר(שגיא). היישום הצריך נקודת מבט ביקורתית כלפי הגדרות הסטריאוטיפיות שבתיאור המקרה והתייחסות לריבוי הזהויות המאפיינ בהכרח את הצדדים לסכסוך. ריבוי זה מאפשר הסתכלות מורכבת יותר על מה שנראה כמפגש זהות קוטבית.

החלק השני של השאלה התייחס להתכנות שיח הזהות. ראשית היה צורך להתייחס להבחנה של שגיא בין שיח זהות לשיח זכויות ואת הקשר ביניהם. הסכסוך הנדון עשוי על פניו להתנהל כשיח זכויות גרידא (קרי הגנה על החירות השלילית). יחד עם זאת החדרת שיח הזהות עשויה לאפשר פתרון בעיות הרלוונטי יותר לפרטים המעורבים ולצורכי הזהות שלהם. שיח הזהות ושיח הזכויות אינם עומדים בסתירה אלא עשויים להעשיר זה את זה. באשר לשאלת ההיתכנות של מצב זה, ניתן היה להתייחס לשלב הרביעי של מאוטנר ואחרים המתייחסים להיותנו תרבות פוסט מודרנית, אלא שאין לדעת ולא ניתן לבוא עם הנחות מוקדמות. הדבר תלוי בזהות היחודית של הפרטים והשפעתה על הדינאמיקה היחודית של הליך פתרון הבעיות.

## 2. האם אכן מאמצים עורכי דין "אידיולוגיה גישורית"? האם ראוי שיאמצו? באיזה אופן? מהן השלכות של הממצאים האמורים לעניין החלתו של גישור חובה בבתי המשפט. חווה/י דעתך.

הקטע התייחס להשפע דו כיוונית (ואולי דיאלקטית) של השיח המשפטי על עולם הגישור ושל שיח הגישור על המשפט המתבטאים בעשייתם של עורכי הדין. הניתוח הצריך התייחסות לשני כיווני ההשפעה. זהו מתח הנובע מהבדלים בין גישה אדברסארית (win-lose) לגישה הפותרת בעיות ומגדילה את העוגה (win-win). השאלה לא הצריכה מענה סטטיסטי בדוק לפיכך לא התקבלה טענת היעדר הממצאים. השאלה הצריכה התבססות על תהליכי התפתחות ADR אשר נלמדו בשיעור שהובילו את הגישור מהיותו הליך אלטרנטיבי להיותו חלופה פונקציונאלית למשפט אשר מושפע ממנו הדדית ומשפיע עליו. התבקשה התייחסות לתהליכים העשויים להשפיע על החינוך והפרקטיקה של עורך הדין: חדירת שיח האינטרסים לשיח המשפטי-פורמליסטי ועליית ADR והגישור כפורמליזם מסוג חדש. היה ניתן להתייחס לתפיסתם של הארט וזקס בהתייחס להליכי פתרון בעיות במשפט; ללון פולר - המשפטן כארכיטקט הסדר החברתי; לסנדר - בית המשפט מרובה הדלתות והפקיד החכם; לועידת פאונד, לטענת מנקל-מדן, באשר לאפשרות טיפול בתביעה המשפטית בדרך של פתרון בעיות. כל אלה השפיעו גם על התפתחות התרבות המשפטית הישראלית כאשר יובא על ידי השופט ברק, גם אם הופחת הביסוס הפרגמטי. אלה התבטאו בכתביו של מאוטנר בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים. בהמשך, תהליכים חברתיים של חיזוק האינדוידואליזם ועליית עקרון הרב-תרבותיות בחברה הישראלית כמו גם טענת העומס בבתי המשפט, הובילו לאימוץ רעיונות הפשרה והגישור בפסיקה וברטוריקה המשפטית. אלה התבטאו תחילה באמירתו של השי ברק בדבר "מהפכת הגישור", בהתייחסותו של שגיא בדבר הצורך במעבר משיח זכויות לשיח זהות, וכן בתקנות הגישור, הקמת המל"ס והמניית ופריחתם של מרכזי הגישור השונים. מקומה של תנועת הADR אינו שולל את המשפט אלא מציע לו העשרה. ההתנהלות "בצל החוק" (מנוקין וקורנהויזר) עשויה להוות קריטריון לקביעת גבולות למשא ומתן. ההתנהלות עורכי הדין המתוארת בקטע המצוטט עשויה לגבוע מהשפעותיהם של שני סוגי השיח והקושי הנובע ממתח בין תפיסות תחרותיות לשיתופיות.

באשר לשאלת הראוי, ראוי היה להתייחס לעמדה ביקורתית ומורכבת הן ביחס למשפט והן ביחס לADR. כפי שנאמר הרבה במהלך הקורס, לא קל לעורכי דין לאמץ שיטה משלבת שהיא לחלוטין לא אדברסרית. תפקידם דורש הגנה על האינטרסים הצרים של הלקוח ולכן מודלים כמו זה של עו"ד רונן סטי משלבים אלמנטים תחרותיים ויוצרים תרבות ביניים המתאימה יותר לעורכי דין. עורכי דין הרוצים לאמץ אידיאולוגיה גישורית לגמרי עשויים להתאגד בקבוצות נפרדות של עריכת דין משלבת (collaborative lawyering) וכך להיחלץ מדילמת האסיר המונעת מהם לשתף פעולה מחשש לניצול. ניתן היה להציע גישה של התאמת ההליך לסכסוך ולתפקוד העו"ד כ"פקיד חכם" (סנדר); רצוי היה להתייחס לתפיסת העו"ד כפותר בעיות (מנוקין, ספט וטולומלו); להמלצותיה של מנקל-מדן ולמודלים השונים של גישור. ניתן היה למנות את היתרונות בשיח הגישורי אך להצביע על הקושי שבאיזון במסגרתו בין תפיסות אדברסריות לתפיסות גישוריות. מתח זה עשוי להוביל להחמצתם של אותם יתרונות וערכים מוספים של הגישור כמו דיאלוג והבעה ריגשית וצמצום האלטרנטיבות שבידי הצדדים (לחיוב ולשלילה).

באשר להחלת גישור החובה בבית משפט, מן הקטע עולה שלכאורה, אם אין הגישור מיוחד כל כך, ואם אכן הולך

הוא ומידמה למשפט, אין טעם להחילו כחובה ולצפות למהפך משמעותי בדרכי ניהול הסכסוכים. מצד שני, כפי שהוכיחו החלקים הקודמים, עלייתו של גישור החובה היא חלק מחיזוק תרבות הגישור, ועל כן אולי תפחת בעקבותיה השפעתו היחסית של המשפט וכך נופל הטיעון המתנגד של המאמר. בנוסף לכך ניתן היה להתייחס למורכבות ולאמביוולנטיות בהתייחס למתח הקיים בין תפיסות אדברסריות לגישוריות. מחד יש בכך פתיחת הזדמנות לחשיפת האוכלוסיה לאפשרות תהליכית זו ומתן של לגיטימציה חברתית דבר העשוי להפחית חששות מפניו נוכח גידול השימוש בו. מאידך, יש כאן "הכתבה מלמעלה" וכפיה של הליך שאמור לאפשר העצמה וולונטריות ובכך קיימת סתירה פנימית. הכתבה זו עשויה להיות המשך של תהליך עליית הADR המשקף הכתבה פאטרנליסטית של מהו ההליך הראוי, שעשויה להתעלם מצרכי הצדדים ולהיות מוכתבת מאינטרסים של המערכת (טענת העומס).

בשתי השאלות הגדולות היה צורך להתייחס למורכבות ההשפעות השונות ולהפגין בקיאות בתיאוריות השונות והביקורת עליהן.