

על כשלים, רצונוליות סוגבלת וקולות נגדיים: תרבויות של משא-זמתן ושל משפט

מירל אלברשטיין

"לשפות נכונה יכול רק הצד השותף לעניין, אלא שבתור צד
שותף לעניין אינו יכול לשפוט. מכאן שאין בעולם אפשרות
שפוט, אלא רק ניפוץ קלוש שלה."

פרנץ קפקא

- א. מברא < ב. משא-זמתן ויישוב סכסוכים – מופי ראשוני <
- ג. כשלים בדרך להסכם: אסטרטגיה מול קוגניציה < 1. מברא <
- 2. כשלים אסטרטגיים וסקסיים < 3. כשלים קוגניטיביים < 4. (א) רדיפה
צדק < (ב) דיסוננס העולה מן הצדק < (ג) תגובה נגד מפתחמה
(ד) אופטימיות מופרזת < (ה) שבואת הפסד < (ו) התייעת מוחסר ודארת
של תוצאות < (ז) העונן < (ח) החוק של מספרים קטנים < 4. התבררת
על כשלים: עצות לנושא/ת-זמתן/ת < 5. הכשל הקוגניטיבי שבחשיבה
האסטרטגית והאסטרטגיות שבכשלים הקוגניטיביים < 7. כנגד הכשלים:
דגמים הומניסטיים יותר של יישוב סכסוכים ונגישור < 1. תודיעה מול
התנסות, דגש מול ידיעה, שפה מול מציאות < 2. קנט והתכתמה בין עולם
הנשיות להמלכת התודיעה < 3. המודל הטרנספורמטיבי: הדגש האתי
והאמפתיה כבסיס להתנסות האנושית < 4. המודל הנרטיבי: שפה
כקודמת לתודיעה וכמבנה צרכים והשיות < 7. שפיטה וכשלים: הכתמה
ודמיון < 1. סיכום. עימתי מסגור

א. מבוא

בעקבות העניקה פוס נובל לפורפסור דניאל כהנמן על חשיפת תשיטתיות שבוניבט
הבלתי-רציונלי בקבלת החלטות, ולנוכח לימודי משא-זמתן ונגישור המתפתחים בארץ,
ינסה המאמר להציג קריאה ביקורתית ואותה גם יחד של טקסיים אחרים המייצגים את
השית התיאורטי העוסק בהשיות קוגניטיביות ואסטרטגיות במשא-זמתן, לעומת אותם עם
טקסיים המציגים תפיסות מגולגלות של התנהגות במשא-זמתן, וכן לחשוות מפתחים אלה
לדיננים מקבילים בתחום המשפט. הניסיון יהיה להציג את שית המשא-זמתן הקיים בתקשור

וכרגם טיפול מובחן בסכסוכים, אשר מניע התייחסות מוגבלת יחסית למציאות של סכסוכים, בעיקר בשל היעדר פורמלים של זרות, תרבות, תקשר, אך גם בשל אידאולוגיות השוק המכוננת אותו. תפיסת הכשלים מעשירה אומנם את השית הרצונלי, בכך שהיא מצביעה על שיטתיות בסיסית מתנהלת ומציעה כי מה שנופס כבלתי-רצונלי או כרגשי עשוי לבטא רצונות מסוג אחר או אפילו קיצור בדרך לרצונות מושלמת יותר; אך בכל זאת שפה זו נשארת נמועה בפריזמה נטורליסטית ואובייקטיביסטית המתקפה את התרבותי והאידאולוגי של החינו בנושאים אלה.

היבטים ביקורתיים אלה מצטרפים בתחיל הבא לכדי הצגת סגנון "הלופי" לטיפול במשא ומתן וביישוב סכסוכים. כזה המשלב רישות אהיה והמוצב בהשראה הומניסטית וכן פוסט-מודרניסטית. שלש הנרסות הנגזרות שייבחנו במסגרת זו הן תורת הזכות של קנט והבחנתו בין עולם הנרסות והתודעה המוחקת; דגם הגישור הטרגיסט-מליטי דגם הגישור הרגשי המניח שפה קודמת למציאות במסגרת תפיסת-עולם פוסט-מודרנית. במסגרת ההשענה להריג מעולם הנרסות, וייבחנו ההשלכות שלה לעיצוב דיון הכשלים, כולל יישום וולטאיני של השקפה זו. במסגרת הפרדיגמה השונטרופל-מליטי היתה השענה כי אלטרואיזם לאו לפחות הליכה מעבר לצרכים, עולם פנימי שמבני לתושים, ורצונות המתעלה מעל ההשיות הם היחיד של ההתנהגות האנושית בעת סכסוך, ואילו צרכי/ה המגשר/ת להחזיר. במסגרת הפרדיגמה הנרטיבית תורה השענה כי צרכים אינם ישויות מביעות, אלא תוצר של הנביה חברתית ונרטיבית של וכאשר רכיב טיפול בהם עשוי לקדם את הסכסוך. הטביקט הטראנס-אונותן אינו מופצל, לפי תפיסות אלה, על-פי צרכים ומנגנונים ביולוגיים, אלא מחקרים בראש ובראשונה כישות מוסרית-מחוקקת-מציאות.

בתחום לכך טיעון המאמר כי רשויות, כשלים ושיפוט מתוך מסגרת שאינה "רצונלית" במובן הצר והארוך הם חלק אינהגטיבי מכל תהליך משא ומתן, וכי "בשעת מעשה" המניע התאורטי והמצות המעשיות צמוזמים מכרי לספק נתיב חד-משמעי לבהירה. מעבר לכך, נכתשה של עולם הכשלים וההשיות ופצילות ברוקשר האני של התנהגות אל תאחר קיימת במסגרת דגמים תלופיים והדושיניים יותר של משא ומתן וגיבור, וייבחנו שתוצאותיה משמעותיות ואפקטיביות יותר.

בתחיל האחרון של המאמר תוצר בקצרה הביקורת הריאליסטית על המשפט, יחד עם צרכון עכשווי שלה, כמציגים נוסחה מקבילה של התפתחות האינטלקטואלית בתחום של יישוב סכסוכים. הריאליזם המשפטי, כפי שייבחנו בעיקר ירך כתביהו של ג'ורג' פרנק (Georg Frank), מציבי כפי בשנות העשרים של המאה הקודמת על כשלים בקבלת ההחלטה השיפוטית. אף שמדובר במסגרת שונה, ילא באותה ההנחה של שיטתיות ההשיות המאפיינת את הדיון של הזימן מדובר בצורת אינטלקטואלי מעניין שבו השאפה לשפל במשפט בכלים של מדעי החברה תוך שימוש בשפת הכשלים הזינה זוקה ביותר, ומכרחה את חשפה של יישוב הסכסוכים כיום.

בתחום של המשפט כיום תראה כי הפרדיגמה הומוניסטית של קבלת החלטות הזינה פרשנית, תוך השראה ממדעי החינו, בעוד הפניה למדעי החברה ממשוכה להיות

לרצונות ומגבלותיה כשפת פורדוקסים המכילה אפשרות יישום ביעילות, ולחזיג מולי לפיסות מוגבלות של האנושי המציפיות תרבויות אחרות לטיפול במשא ומתן. ראשית, במסגרת שיה הושיית מול הכשלים האסטרטגיים תורה ההנחה כי לזכות תעודבה שההבחנה רצונלי-בלתי-רצונלי חסרה נקודת-משען וכמעט בלתי-אפשרית לפרישה לצפות מעשיות לנרסא/ת-ונות/ת, המסקנה המבוקשת היא חשיבות גבוהה לגישור-לב. לאינטואיציות, לוחש מציאות ולהשקפה כמדריכים את מקבל/ת ההחלטה "הרצונלי/ת" במשא ומתן.

שנית, במסגרת הרפטיסות הממוגזרות תיסרק אידאולוגיה הופכית לשפת הכשלים במשא ומתן, כזאת המניחה את ההתנהגות האתית כבסיס להתקשרות האנושית וכמפניין בסיס של ההתנהגות האנושית במצבי סכסוך. השענה תורה כי שילוב השיבה פורשיות והקשרית עשוי להשלים, להעשיר או להתחיל את ההנחה הדיון תוכיח המקובל בתחום משא ומתן ויישוב סכסוכים, ולהעשיר על חולשתה או תקינותה של הפרדיגמה המתקשרית הומוניסטית המאפיינת תחום זה.²

בשלב השלישי יבחן המאמר בקצרה ויכוח מקביל כפי שהוא מתקיים בהקשר של קבלת ההחלטות במשפט, תוך שימוש בכתיבה של הריאליזם המשפטי, גיחה כלכלי וכוונות מאלוהים בוספים.

בתחיל העיקרי של המאמר תוצר קיימת ביקורתית בספרות משא ומתן עכשווית העוסקת בכשלים קוגניטיביים ואסטרטגיים המוניעים הגעה לחסכוכים.³ יחד עם תגישון לתוכן את דינמיקת הכשלים ואת הרלוונטיות שלה לטיפול בסכסוכים ולגישור, נבנתה תביעיות של הרכיביות המרכזיות המאפיינות שיה זה, כגון תפיסה סובייקטיבית מול מציאות אובייקטיבית; רצונות מול חוסר רצונות; ניסוי מעברתי מול מציאות; אלטרואיזם מול אגואיזם.⁴ ההנחות המאפיינות דרך חשיבה זו מוצגות כשפה

2 על החלוקה בין מודלים של גישור לפי אידאולוגיות שונות, ראו מי אלכישון תורת של גישור ושכל משפט עתיד להתפרסם בשנת 2006.
3 סוג נוסף של כשלים שאינו נידון במאמר, ואשר יש קשר בינו ובין חשיקה, רגש ושיפוט, הינו כשלים רגשיים, כאלה הבהים לרדי כיווי במצבירות (affect), הנית רגשות (emotions) והצפה שלהם (contagion). גם לגביהם קיימת ספרות ענפה ומציעה על תצורות חשיכיות בשפות שהם גורמים, לצד היותם כלי שיפוט יעילים ברבים מן המקרים. ראו: T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement* (Cambridge, 2002) 211, 397; M. Albertstein "Negotiating Through Paradoxes: Rationality, Practicality, and Naive Realism (Or: Enjoy Your Biases)" 22 *Studies in Law, Politics & Society* M. Albertstein-Davidovich תחת: בעקבות צורת התח: "The Dense Negotiation: an Interdisciplinary Offer" (LIM thesis submitted to Harv. Univ., 1997)
4

ב. משאז'ומתן ונישוח סכסוכים – מופני ראשון

הנישוח ביישוב סכסוכים ובמשאז'ומתן כמושא עניין אקדמי התפתח והתפשט בשוררים האחרונים של המאה העשרים ונישוח תחום עיון מובחן בעל עקרונות משלו.¹¹ מיומנות של משאז'ומתן לבלדות ומיומנות במבטאות אקדמיות שונות ודרך פרספקטיבות מנוונות. ראשית התפתחותו של התחום היא בתחומי הדיפלומטיה, או בהשכיח אסטרטגית בתחום תורת המשחקים בהקשר של המלחמה הקרה,¹² והמשכו בשינה דגש מובהק יותר ביישוב סכסוכים ובמתפתחות לבתי-ספר לניהול ואף בתי-ספר למשפטים. הכשרה מקצועית במשאז'ומתן נחשבת כלי חשוב לשיפור התפקוד בשדה העסקי והניהולי, ומוצגת אף בתקשורים שונים כמוציעה לזחמים במישור הבינאיש.

בראשית הדרך התמקדו לימודי משאז'ומתן בהקשר העסקי והכלכלי ובחשיבה בסגנון תורת המשחקים, תוך הנהגה של רציונליות מלאה של הצדדים. מאוחר יותר התפתח דגש בהצדפות סובייקטיביות של צדדים, תוך שימתו באינטרסים וברווחים "על השולחן".¹³ מניין אחר של התפתחות והתמסרות התחום של יישוב הסכסוכים נוצרו תאוריות מתחום הפסיכולוגיה התברנית, ההתנהגותית והקוגניטיבית, כמשלילמות ולעיתים אף כסותרות את הנתח הרציונליות של אגשי תורת המשחקים והכלכליים.¹⁴ על-פי תובנות אלה, אגשים מותנים בצרכים טבעיים, וכן סובלים מעיוותים שיטתיים בשיפוט ההופכים את ההנהגות ללקוח מן המהינה של דרישת הרציונליות.¹⁵ חלקם נובעים ממשלים אחרים מקצועיים ודרך מתנהגותם ויורשתיים (העשיות במיוזחה במצב סכסוך). לשיטות אלה יש השפעה על ההנהגות בעת סכסוך, ונדרשת מודעות אליהן על-מנת להתמודד עמן באופן טובה ולהגביר עליהן במידת האפשר.

ההנהגה בדבר קיומם של צרכים והשיות מוצגת כמתונה-מדידה אל מול הנהגת

11 Beyton H. Young *Negotiation Analysis* (Ann Arbor, 1991) 1

12 לעניין תורת המשחקים והנהגות דמויות שלה, ראו: A. Rubinstein "Comments on the Interpretation of Game Theory" 59 *Econometrica* (1991) 923. "For forty years, game theory has searched for the grand solution [that will achieve] a prediction regarding the outcome of interaction among human beings, using only data on the order of events, combined with a description of the players' preferences over the situation" ראו גם: ד. פאונדסטון וליילת האטקי – ג'ון פון נוימן, תורת המשחקים ותורת התצורה (ני לורסטרנר תרגמה, צ לויס עורך, תשס"ו) 44.

13 J.K. Sebenius "Negotiation Analysis: A Characterization and Review" 38: 181-182

14 H. Raiffa *The Art and Science of Negotiation* (Cambridge, 1982) 26-32

15 ד. פאונדסטון וליילת האטקי על משאז'ומתן ראו: "The feasible outcome of the situation" David Sally "Game Theory Behaves" 87 *Marquette Law Rev.* (2004) 783

16 D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Uncertainty" *Economic Journal* (1979) 263-291

17 A. Tversky *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases* (Cambridge, 1982); Russell Korobkin & Chris Guthrie "Heuristics and Biases at the Bargaining Table" 87 *Marquette Law Rev.* (2004) 795

18 J. Kahneman et al., *ibid* 15

דומיננטית בקרב רובי מחשבה או אסכולות בתוך האקדמיה המשפטית, כגון משפט ולכללה או משפט ופסיכולוגיה התנהגותית. חודם המרכזי של השיטה המשפטית התאורטית כיום טוען להליכה אל מעבר לאבטנות המארגנות את הוויכוחים בנושא רציונליות וסותרות מלבנה, ומשום כך הדין והוויכוח המופיעים בתלקים הראשונים של המאמר אינם רלוונטיים לגבוי. הגישה הפרשנית, המאפיינת את התפיסה הדיפלומטית של המשפט, מגיחה שיפוט מתוך הקשר, "מוסרת" באופן אינטרנטי, אך לא נשלט באופן תר-משפטי באמצעות מנגנוניו ביוולונטריים, או להלופין, אחרים. במקום זאת הוא תוצר של מנגשים סקסואליים שברום תמונת-העולם "השבעי" אינה נהונה מראש.

מעריך הכשלים תגבת במאמר מתבסס על ספרות "קנונית" של משאז'ומתן ויישוב סכסוכים: ספר שכותרתו מכשולים בדרך ליישוב סכסוכים מביח-היוצר של התוכנית למשאז'ומתן באוניברסיטת הארוודד;⁵ המודריך ליישוב סכסוכים בעריכתם של דריש וקולמן (Deusch & Coleman); עיקרים של משאז'ומתן;⁷ שלושת ספרים שתפקידם לסייע לנישוח/תזונונו/ת או למגשרות, ולספק להם דמה תיאורית מספקת על-מנת לפעול באופן פורה. חלקם של הכשלים הם יישומים של קבלת ההלכות, ואחרים קשורים בתורת המשחקים (Kahneman & Tversky) בתחום של קבלת ההלכות, וגיסיין יתה לתאם באופן שיטתי, או במחקרים שעשו בשדה הפסיכולוגיה התברנית. הגיסיין יתה לתאם באופן שיטתי, וכך ככל להשקיף את הקושי שהם מציינים מתחנת ההשכלות העשיות של ההכרה בהם, בהקשר של הפדיונה החלופית של גישור המוניטני ייעשה שימוש בספרים של ווינסלאד ומונק (Munk & Winstlade), גישור נרטיבי,⁸ וכן בספרים של בוש ווליג'ר (Bush & Folger), והתבטות שבגישור,⁹ ובכתובתו של אומברייט (Umbreit).¹⁰ התקבלה לחתום תמשפט תיבתן בעיקר דרך ספרות הריאליזם המשפטי ודרך מקבץ כתיבה בנושאי פדיונות.

5 K.J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky & R.B. Wilson *Barriers to Negotiations* (Cambridge, 2nd ed., 1999)

6 M. Deusch & P. Coleman *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* (San Francisco, 2000)

7 R.J. Lewicki, D.M. Saunders & J.W. Minton *Essentials of Negotiation* (Boston, 3rd ed. by R. Zmetler, 2001); R.J. Lewicki, D.M. Saunders & J.W. Minton *Negotiation* (Boston, 3rd ed. by M.W. Junior, 1999)

8 J. Winstlade & G. Monk *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution* (San Francisco, 2000)

9 R.A.B. Bush & J.P. Folger *The Promise of Mediation – Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition* (San Francisco, 1994)

10 M.S. Umbreit "Humanistic Mediation: A Transformative Journey of Peacemaking" 14 *Mediation Q.* (1997) 201

קוגניטיביים. המשקפת אף את התפתחות האינטראקציה כפי שתוארה לעיל ומחדדת את התבונה בין רציונליות לאי-רציונליות בהשיבה המקובלת על יישוב סכסוכים. הבחנה זו מוצגת בספר מנשלים בדרך להסכם²¹ בהשובה לשאלה תבנה: "Why do negotiations so often fail even where there are possible resolutions that obviously would serve disputants better than protracted struggle? And why, when resolutions are achieved, are they so often sub optimal for the parties, or achieved only after heavy and avoidable costs? In other words, what barriers stand in the way of successful negotiation and effective resolution of conflict?"²²

הגתה היסוד של השאלה מדוע משאים-ומתנים נכשלים או אינם מגיעים לתוצאות אופטימליות הנה כי המצב הנורמלי והנכון הוא תפקוד הרמוני ופונקציונלי, שבמסגרתו צדדים ממוקמים את האינטרסים שלהם והגוים מוודחים מרבייבים. בהתאם לשאלה נגזרת ההשווה השואפת להסביר את המרחק בין מצב אוטופי ואידילי זה לבין המציאות רוויית הסכסוכים. כך גם מורשת דליש שואל בספרו המרדף ליישוב סכסוכים:

"What conditions give rise to a constructive or destructive process of conflict resolution?... What circumstances, strategies, and tactics lead one party to do better than another in conflict situation?... What determines the nature of the agreement between conflicting parties, if they are able to reach an agreement? How can third parties be used to prevent conflicts from becoming destructive or to help deadlocked or embittered negotiators move toward constructive management of their conflicts?... How can people be educated to manage their conflicts constructively? How and when to intervene in prolonged, intractable conflicts?... How are we to understand why ethnic, religious and identity conflicts frequently take an intractable, destructive course?"²³

שאלות אלה מניחות את הפתרון ברדכי שלום כמטרה, ומנסות להציב מטרה ולאורייט שאמפשה להגור אליו. התנהגות כזו הינה שיקרובם של סכסוכים הוא בעיה, ולכשה אינו חוזר, וכי יש לציאות דרכים רציונליות על-מנת להתין אותה ולנסות לפתורה. תפקודם של פרטים ושל התבונה בכלל באופן הרמוני וללא אלימות הוא נקודת המוצא של תפיסת-עולם זו.

21 Arrow et al., *supra* note 5, at pp. 4-24.
22 *Ibid.*, at p. 5.
23 Deutsch & Coleman, *supra* note 6, at p. 12.
24 על התיבה על קונפליקט כמיוז חובי והתפיחה על השית של יישוב סכסוכים, ראו: C.J. Menkel-Meadow "Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR" 16 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2000) 11-16.

הרציונליות של תורת-המשחקים וההשיבה האסטרטגית במשא-ומתן. האומדנורולוג ואיש יישוב הסכסוכים קווין אברוך קורא לשרי גישות מקבילות אלה הבינוגשית והרציונלית.¹⁶ הגישה הרציונלית מהמקדת במאפיינים הפורמוליים של השקשקות, האסטרטגיות והתוצאות של המשא-ומתן. התחנות שלה לגבי התנגדות במשא-ומתן הן קודא מאופיינת ברציונליות, בווישוב ובמקסום. הגישה הבינוגשית רואה את היצור למעשה ניתן לראות כי שתי תפיסות-עולם אלה מותבסות על פורדיגמה מהקדיקת אהת, אשר במסגרתה ניסויי מעבדה,¹⁷ נוסחות והוכחות אמפיריות הם כלי תקף להכרת המציאות ולהסקת מסקנות לגבי שיפול בסכסוכים.¹⁸ תחומי מחשבה אחרים כגון ספרות, פילוסופיה או לימודי תרבות, אינם מקובלים עדיין במסגרת עולם המהשבה הנוכחי של יישוב סכסוכים. עיקר הדייון שלהלן יעסוק בעיסות בין הגתה הרציונליות ונגותה הכשלים - הרציונליות המוגבלת במסגרת שית יישוב סכסוכים, מבלי להעמיק בנרש של תפיסת הצרכים וכן לגעת כלל בכשלים והגשיים או מוטיבציוניים במשא-ומתן.¹⁹ עם זאת, הטיעון המשוות ברבר פילוסופיות מוגזרות ודגומים הלופיים בתחום המשא-ומתן והגישר יכרוך את תפיסת הצרכים עם הגותה הרציונליות והכשלים שמוליה. כריכה זו תחוד גם ביוון בנושא המשפט.²⁰

ג. כשלים בדרך להסכם: אסטרטגיה מול קוגניציה

1. מברא

בהגתה להציג את הכשלים בדרך להסכם דרך הוקקה לכשלים אסטרטגיים מול כשלים

16 K. Avnuch & P.W. Black "Ideas of Human Nature in Contemporary Conflict Resolution" 6 *Neg. J.* (1990) 221-228.
17 הרציונליות מול תפיסת "הצרכים" פפי שריא באה לרדי ביסוי בדגם של יישוב סכסוכים ביולאויים שיפוח בורטון.
18 Gilovich et al., *supra* note 3, at p. 755; et al., *supra* note 3, at p. 11-14.
19 Sunstein, *supra* note 3, at p. 755; et al., *supra* note 3, at p. 11-14.
20 התנגדות, כמבוססים על שלישות מהדים: תולכי נהולל את תובנות תורת-המשחקים וק. Sebenius "A 3-D View of Negotiation Analysis: Interpersonal (Tactics), Substantive (Dealings) and Architectural (Gamecrafting)" (Unpublished Draft, Harv. Univ. Business school, 2003).
19 לריאר שפת הצרכים במשא-ומתן ולגותה, ראו: J. Burton *Global Conflict: The Domestic Sources of International Criss* (College Park MD, 1984) אלברשין, לעיל הערת 2, פרק 10. לסקידה של כשלים רגשיים, ראו: J. Glorovich et al., *supra* note 3, at p. 272.
20 ראו הלקים ד וד להלן.

במסגרת ומתוך מחלוקת בין הצדדים, וככל שצד יישיר להסתייג את האינטרסים שלו ואת סדר עדיפותיו ביהם להשפעתו של הלאה, כן יהיה צפוי לגנוס נהנה גדול יותר מן הרווח המשותף, המחלוקת של יצירת רווח שלוב בתגלית חלוקתו, ויוצר מרחב בין צדדים שמתפתח לגיצירת רווח לצדדים התרווחים לחלוקה.³⁰ מרחב זה משפיע על כל תהליכות השקפות והאסטרטגיות של הצדדים. הוא גורם להשארת רווחים על השולחן ואף למציעת הטכס גם כאשר הטכס או רווח המשותף אפשריים ונראים לצידי.³¹

כשל אסטרטגי יעשיר להרחבת באשר ישנם פערים משמעותיים במידע שכל אחד מן הצדדים אחוז בו ביחס ליעסקו,³² אך גם כאשר לצדדים יש מידע מלא והם מודעים לרווחים בכוח האפשריים במשא ומתן, העסקה עלולה להיכשל או להיות תת-אופטימלית כאשר הם מנסים לגנוס נהנה גדול יותר, ולהשתמש בטקטיקות קשות. התנהגות שהינה רציונלית לטעם מקסום האינטרסים העצמי מובילה בהקשר זה לתוצאות לא-רציונליות.³³

הפעולה במסגרת עולם המתחבה המגוון כשלים אסטרטגיים מבטאת "משא ומתן תחרותי", וכורכת עמה סכמה חשיבתית ומבנונית המניחה מצב של lose-win במסגרת סוגן התנהלות זה נושאים-ונוגמים שאופים להגיע לתוצאה המרבית מבחינתם, תוך חשיפת נקודת המילפום של הצד האחר; הם משתמשים בטכניקות שונות, כגון יצירת מחויבות (commitment), נכונות קשורה והצעות קיצוניות; הם מפעילים מניפולציות המבנות להשפיע על נקודת המילפום של הצד האחר וטקטיקות נוספות כיוצא באלה.³⁴

3. כשלים קוגניטיביים

(א) רדיפת צדק (the pursuit of justice)

צדדים לכסוד אינם מתעשים רק יעילות ומקסום רווחי. הניסיון מוכיח כי צדדים ייבוצו בהתאמה או תפסוד על תוצאה שאינה יעילה באופן אופטימלי מבחינתם כאשר יש טייה מה שתהפך בעיניהם כצדק או הוגן.³⁵ כשל זה מודגש ונידון באופן מורחב במסגרת הפסיכולוגית והתנהגותית ובכלכלה ניסויית. הוא משתייך לאותה משפחה של כשלים שהמאפיין המשותף להם הינו טייה מתנהגות רציונלית, ברוחן גייל (Bazerman & Neal) מתארים את התשלכות של חיפוש אחר הצינון באופן הבא:

30 Ibid, at p. 33
31 Ibid, at pp. 33-35
32 Ibid, at pp. 33-35
33 R.B. Wilson "Strategic and Informational Barriers to Negotiation" *Barriers to Conflict Resolution* (Cambridge, K.J. Arrow, R.H. Mookin, L. Ross, A. Tversky & R.B. Wilson eds., 2nd ed., 1999) 191
34 האופן שבו שוני במידע שחודרים מתחייב בו משפיע על משא ומתן, בעיקר בהקשר של זיהול תביעות משפיעות והיזהר להסכים פשוט בצד.
35 Ibid, at pp. 9-10; Lewicki, Saunders & Minton, supra note 7, at pp. 98-106
36 Ibid, at pp. 54-88
37 L. Ross & A. Ward "Naive Realism: וני; Arrow et al., supra note 5, at p. 11
38 Implications for Social Conflict in Misunderstanding" *Values & Knowledge* (Hillsdale, N.J., T. Brown, E. Reed & E. Turfel eds., 1996)

במסגרת ניסוח זה של תביעה ניתנת בספרות המשא ומתן תשובות המציגות את מאפייני ההנהגות האנושיות במסגרת תמונת העולם הרציונלית ככל שהם מוגעים הנחה להסכמים או עושים אותם לתת-אופטימליים. הקביעה מהי דרכי קבלת החלטות נעשות "כשל" מתנסחת בהתאם לתוצאה זו של תביעה כשלים אסטרטגיים מבטאים ניסיון רציונלי למקסם אינטרסים עצמי על-ידי התחייבות להיטב החלוקה של העסקה, תוך הונחה וא-גינאל הפוטנציאל הקיים בשיתוף-פעולה, כשלים קוגניטיביים קשורים לכפיפותם של הצדדים לתהליכים פסיכולוגיים המונעים אותם מלזמן הטכס המשרת את האינטרסים האישי הרציונלי שלהם.²⁵ עולה אפוא שבעוד כשלים מלזמן הטכס המשרת את האינטרסים רציונליות, כשלים תקוגניטיביים נובעים מחוסר אפשרות עקרוני לרציונליות מלאה.

2. כשלים אסטרטגיים וטקטיים

כשלים אלה נובעים מהמאמץ של נושאים-ונוגמים למקסם את התוצאות שברצונם להשיג לטווח ארוך או קצר. אסטרטגיות "טבעיות" של משא ומתן, כגון הסתרת מידע או מצג-שוא ביחס לאינטרסים האמיתיים וכוונת להעדר טכניקה להשגת מרב רווחים בעליות מועדיות.²⁶ נושאים-ונוגמים האופיים באופן טבעי למקסם את האינטרסים האישי שלהם עומדים לפני דילמה לנוכח המרחב בין שהי משרות שונות; האחר הוא מקסום הרווחים המשותפים של ההסכם והגדרת "העוגה" האמורה להחלק בין הצדדים האחרת היא מקסום חלקם בעצמם הרווח ותתייה לקבלת החלוקה האסטרטגית יותר.²⁷ המרחב בין משרות אלה יוצר את מה שלקס וסבניוס (Lax & Sebenius) מכנים "דילמה של הנושא-ונוח"²⁸ והוא ביטוי ספציפי של דילמה-אסיר בהתחם המשא ומתן.²⁹ כל רווח שנוצר

25 D. Kahneman & A. Tversky "Conflict Resolution: A Cognitive Perspective" *Barriers to Conflict Resolution* (Cambridge, K.J. Arrow, R.H. Mookin, L. Ross, A. Tversky & R.B. Wilson eds., 2nd ed., 1999) 45: "... (T)he three phenomena described above represent departures from rational theory of judgment and decision making. The barriers to conflict resolution discussed in this chapter, therefore, would be reduced or eliminated if people were to behave in accord with the standard rational model".
26 Ibid, at p. 6
27 Ibid, at pp. 7-8
28 Ibid, at pp. 7-8
29 D.A. Lax & J.K. Sebenius *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain* (New York, 1986) 29-45
30 Ibid, at pp. 39-40: "This is the crux of the negotiator's dilemma. Individually rational decisions to emphasize claiming tactics by being cagey and misleading lead to a mutually undesirable outcome. As described, this situation has the structure of the famous Prisoner's Dilemma." In such situations, the motivation to protect oneself and to employ tactics for claiming value is compelling. Because tactics for claiming value impede creation, we expect negotiators in many settings to leave joint gains on the table. And, over time, the inexorable pull toward claiming tactics is insidious: negotiators will learn to become value claimers".

המכריח מהחזרתו. באופן מפתיע, ההצעה המקובלת ביותר במשחק האולטימטום, הנוהגת בווריאציות מסויכות יותר שלן ובתוכניות שונות, היא חלוקה לרובי. 40 צדדים "מבועי מבחירת התאפטרות שהינה פן-שן-אופטימלית ויפעל בניגוד להיווי של אנשי תורת-המשחקים". 41

עלי-פי התייבט השלישי, אנשים מפעילים שיקולי המיניות באופן בלתי-יעקבי, בהתאם לאופן שבו הם נחשפים למידע התברתי שעל בסיסו ניתח השיפוט. כך יישו אנשים לקבל עזברה במשכורת גבוהה יותר, גם אם היא גבוהה ממשכורתו-החיה של עובדים אחרים בנברה (קרי: לא-הוגנת, אם התעצה מוצגת לפנייהם יחד עם תעצה הוגנת ושיוויונית אך גבוהה יותר, והם ימנעו מלעשות כן באשר כל התעצה תוצב לפנייהם בנפרד. 42 לטעמו המידע (framing) יש משמעות מרכזית בעיצוב תפסות הצדק של הצדדים לסכסוך.

המשפחה את הסטוסיקונו. כאשר הסכסוך ממועד ומרובה במהלוקות עזברות, נטייה זו מתחזקת אף יותר. כל צד מחזיק בתפיסתו לגבי שאלות כגון מי פחה בסכסוך, מי גרם רעות גדולות יותר, מי יותר יחור והחור ליישב את הסכסוך, צרכיו של מי החשובים ולתוצים יותר, מי קיבל שפול לא-הוגן בעבר וכיוצא בזה. 43

אף-על-פי שהשפול בצדק על כל הניסיון הוגן במשא ומתן, ומהווית הניתוח המפרכה-הוגנית לא ייכון הסכס יציב בלי שכל צד יקבל מענה לתפיסות הצדק שלו, 44 התייבט השירי אתר צדק במישור המטריקטיבי מוביל לכשילן משא-ומתנים או מניב תוצאות לא-יעילות. מצב זה מכונה בספרות "פרדוקס". 45

"Our discussion of equity seeking suggests a paradox – one that some theorists and practitioners will no doubt find distasteful. As many thoughtful analysts... have noted, the art and science of successful dispute resolution demands the discovery (or if necessary the creative construction) of terms that the relevant parties fell are fair and responsive to their underlying needs and concerns, not mere 'half a loaf compromises'. Our observation here is simply that the explicit pursuit of fairness or proportionality may itself pose a barrier to dispute resolution." 46

40 R.H. Thaler "The Ultimatum Game" *The Winner's Curse – Paradoxes and Anomalies of Economic Life* (Princeton, 1992) לפרשק האולטימטום חוך תצברה על תהנות העלות מבט ברוב שיפוט מוסרי, ראי:

Alberstein, *supra* note 4, at pp. 214-223

Bazerman & Neal, *supra* note 36, at p. 90

Ibid., at p. 94

Arrow et al., *supra* note 5, at p. 13

Deutsch & Coleman, *supra* note 6, at pp. 41-63

Arrow et al., *supra* note 5, at pp. 12-13

Ibid., *ibid*

46

"Concerns for fairness can lead to three effects that deviate from traditional conceptions of rational economic behavior. First, people often question the legitimacy or fairness of decisions dictated by traditional supply/demand considerations. Second, fairness considerations can lead negotiators to opt for joint outcomes that leave both parties worse off than they could have had fairness considerations been ignored. Finally, and perhaps most significantly in terms of the challenge presented to standard conceptions of economic rationality, fairness considerations can lead to inconsistencies and intransitivities in expressed preferences." 36

בהתייחס לקריבט הר-אשון, מחקרים של כהנמן וחוקרים אחרים חזקו כי אנשים מפעילים שיפוטני הנינות שאינם צולים בקנה אחד עם כלכלת-שוק. 37 הם מעדיכים העלאת מחיר של מטריות בעת כ"לא-הוגנת" אף-על-פי שהינה רציונלית להלשין בהתאם להגיון השוק. 38 מבאן ששיקולי הנינות משפיעים על הכוח של היווי השוק במורה משמעותית, המחייבת תשומת-לב. כאשר מדובר ביישוב סכסוכים, שיפוטנים בלתי-צפויים הקשורים לשיקולי הנינות ולהיפוש מענה ליעקרונות אינם מתיישרים בתוכרת עם האנטיסטיים המהותיים של העסקה. 39

בהתאם להיבט השני, צדדים לא רק מעדיכים הנינות מרכיב נוסף של היעילות הכלכלית, היכול להשתלב בנוסחה ממקסמת, אלא הם בוחרים לעיתים בתוצאות בלתי-יעילות להלושין לכל הצדדים בשל פנייה לעקרין ההיננות. אתר הנינות להעשה זה תהווה בניסויים בתרבויות שונות ובהקשרים שונים. מתחשת בניסוי הנקרא "משחק האלטימטום". במסגרת ניסוי זה צד אחד מתבקש להציע לצד האחר אופן חלוקה של סכום נתון לשניהם, והצד האחר יכול רק לקבל את ההצעה או לדחותה. מברחיב היעילות, מאור שהתחלה במשחק נמדדת עלי-פי התוצאות שכל צד משיג, רציונלי מצד מי שהספך מוצע לו להסכים לקבל כל סכום רציונלי ומקסם אף מצד המציע להציע לצד האחר את הסכום הפועל ביותר, ולהשאיר בידו נתח גדול ככל האפשר מהעונה. למרות הנתח אלה, רוב הצדדים מציעים סכומים המתקרבים למחצית, ורוב ה"מציעים" מסכיכים לקבל סכומים

36 M.H. Bazerman & M.A. Neal "The Role of Fairness Considerations and Relationships in a Judgmental Perspective of Negotiation" *Barriers to Conflict Resolution* (Cambridge, K.J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky & R.B. Wilson eds., 2nd ed., 1999) 89

Ibid., at p. 89

37 מחקק מוביי בתוך: Bazerman & Neal, *ibid.*, at pp. 89-90

שלג – *shovel*

38 Lewicki et al., *supra* note 7, at pp. 122-123

39 מחלקים את האינטרסים בכל מספר, בין השאר, לאינטרסים מהותיים ותוסקים בשאלות החלוקות ובעמדות שעל הפרק ולאופטימים של עיקרון התמכרים בתופש אתר צדק והתנה על עקרונות.

למשפט ומאפיין את הפונים אליו, נחשב כמפגרת של יישוב כסוכים כשכל קוגניטיבי כאשר מדובר בחייה⁵⁴ גישות בקורחות כלפי המשפט, או תת-דיספוזיביליות במגוון משפט וכלכלה, עשויות לדחות חיפוש זה, אך רוב העשייה המשפטית המודרנית, ובעיקר מלאכת הכתיבה של פסקי דין, מניחה כי השפה הפורמלית של המשפט מהפשת איוון ופירוט שהוא בעיקרו "צדק" בניגוד ליישומי, המצמצמת מעל השויות הנדרשים. ניתן לתאר את הנישור במסגרת למטה כזאת.

(ב) דיסוננס העולה מן העבר (*dissonance arising from the past*)

כשכל זה מונע הנעה להסכם בשל היאחות בתפיסות, אמונות, רגשות והבנות ביחס לעבר. הקונפליקט משרת מערך קוגניטיבי מורכב היוצר הרמוניה בעולמו הפנימי של כל צד לסכסוך. אמונת המפגרת החדשה או סיום הסכסוך עשוי ליצור צרימה וריס-הרמוניה בעולמו הפנימי של הפרט. צרימה זו מכונה דיסוננס. על-מנת למנוע את הדיסוננס ואת המורקה המתלווה לו, כל צד משמר את הקונפליקט, גם כאשר מצוי לסכסוך פתרון נראה לעין מטיב לבטח עם שני הצדדים יותר מהמצב שזוהם נמצאים בו בזמן נהגתו. הדיסוננס תועלה מן העבר הוא ביטוי ספציפי בהקשר של כשלים ביישוב סכסוכים של הדיסוננס הקוגניטיבי.⁵⁵

לאנשים יש מערך שלם של קוגניציות על העולם ועל עצמם הכוללות את כל היצע לגבי אמונות, רגשות, עמדות והתנהגויות, שלהם ושל אחרים. לרוב, קוגניציות אלה מתיישבות זו עם זו בהרמוניה, אולם במצבים שונים עשויה להיווצר סתירה או אי-הלמה בין קוגניציות שונות (למשל במצבים שבהם נאלצים להסכים לעשות משהו שאין מעוניינים לעשותו). מצב זה של חוסר עקביות מביאה לעיתים קרובות בתחושה לא-יציבה של מות, המכונה דיסוננס קוגניטיבי.⁵⁶ רצונם של אנשים לעשות על עקבותיך כן הקוגניציות והרעיונות פגומים יכול להוביל להתנהגות לא-רציונלית ולא-סתגלית. כאשר נחרות דיסוננס קוגניטיבי, נוצרת נטייה עזה להפחית את המורקה שהוא משרת, והרוב עשוי להישאר, למשל, על-ידי שינוי התנהגות, הפחתת חשיבותו של הדיסוננס, שינוי אותה הקוגניציות הנחרות לדיסוננס או תוספת קוגניציות משככות-דיסוננס.

לתיאוריית הדיסוננס השפעה על תחומים רבים בחיינו, כגון התחום של יישוב קונפליקטים, קבלת תולדות והצדקות, נתיינין לזימנע מדיסוננס או לשכנע עשוי לרצוב מכשילים לפני יישוב קונפליקטים, הוא עשוי להטות את תמונת העולם של הקונפליקט, את הקבלה או הפירוש של מידע חדש, את הצרכים והיכולים וקביעת סדר העדיפויות. הוא עשוי להשפיע גם על האופן שבו חווים רגשות ומצבים שונים, ולספק על ההגברות

54. דאט ברושואה לדיין בנדן ממש רת בתהיית לסכסוך על כל צדדין, ראו: Deusch & Coleman, *supra* note 6, at pp. 41-64.
55. L. Ross & A. Ward et al., *supra* note 5, at pp. 18-19.
56. "Psychological Barriers to Dispute Resolution" *Advances in Experimental Social Psychology* (San Diego, M.P. Zanna ed., 1994) 27.
L. Festinger "A Theory of Cognitive Consequences of Forced Compliance" 58 J. of *Abnormal & Social Psychology* (1957) 203-210.

וכן אצל מורשת דויטש בעיסוקו בנושא צדק: "Paradoxically, justifying as a negotiation technique – that is, blaming the other for an injustice and claiming special privilege because of the unjust one has presumably suffered – is apt to lead to conflict escalation unless the other agrees that she has been unjust and takes responsibility for remedying it. 'Blaming' tends to be inflaming."⁴⁷

הצדק נורש והכרה, אך זיפוש מודע וישיר אתרין מביא לירי כשל ואי-יעילות.⁴⁸ התפוש אתר צדק והגינות הינו, בהגדרת, פוריקט בלה-די-דיוגלי, ולכן קל מאוד למוכניומים אתרים, כגון אוטומוט מופדו⁴⁹ או שגאת תפסי⁵⁰ לפעול בתלל הגמלי שהוא משאיר ולהוביל לשיפוט מוטש בשיורת האניטוס העצמי.⁵¹ "הכרתמת" התיפוש אתר צדק באינטרס עצמי היא תופעה מוכרת ומקווערת מבודת ניסויית, אך מאתר שדורב האנשים אינם מודעים לה, היא מובילה לעקשנות ותוסר התפשרות. כך גמצא שכאשר משתתפים בניסוי מקיימים סימולציה וחלוקת תפקודים לקבלת העובדה ולניסויין זתמצע לפשרה רציונלית והגינות, הם יתקשו יותר להגיע לפשרה מאשר במצב שבו תדיון העקרוני יעשה לפני חלוקת התפקודים.⁵² כסופו של דבר תגמנש הנוסחת של הגישור זיפוש אתר צדק במישור אתר, כזה שאינו מלחמת העמידות, אלא שעולה מתוך המפגש הניגודי-קיימי וממה שלא ניתן לנסח לפני המפגש הנישורי.⁵³

באופן מעניין, פרויקט דייפנד תנדק, הנראה, לפחות מנקודת-מבט ראשונית, מורכב

47. Deusch & Coleman, *supra* note 6, at p. 52.
48. ביטוי אתר לאתו רעיון מופיע בשיור המפורסם של י עמדה שיררי 1948-1962 (1962) 183: "מן המקום שבו אתו צודקים, לא יצמחו לעולם פרות באיבי/ המקום שבו אתו צודקים/ הוא רמס וקשה/ כמו הצר/ אבל ספקות ואתבות עושים/ את העולם לתחת/ כמו תפרות, כמו חריש/ ולזישה תשבע במקום/ בו היה הבה אשר חרב."
49. ראו הדיין בסקס לזעזרות 59-70 להלן וכן אתר חיות האוטומוטים המופדו מעין "כשל על".
50. ראו: 57-59, at pp. 25, *supra* note 25, Kaheman & Tversky, המתרבים מודגשים את חשיבותן של גזקרות התתיחסות" (reference points) המליליות על תפיסת הנישור בתופסן או כרות, ושפיתו בהגון או בלה-הגון.
51. Bazeman & Neal, *supra* note 36, at p. 87.
52. Nancy A. Welsh "Perceptions of Fairness in Negotiation" 753 *Management Law Rev.* (2004) 753.
53. L. Thompson & J. Nadler "Judgmental Biases in Conflict Resolution and How to Overcome them" *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* (San Francisco, M. Deuch & P. Colman eds., 2000) 224-225.
מביאית דוגמה של ניסוי שמשתתפי גשלים במחלכי קח המשכורת הראית בעבור עבודה של עשר שעות כאשר נתון הוא משכורת שנותנה עבור שבע שעות התעוררת משותרת בהתאם לעמדה שניתנה לגשאל בשאלה, כמי שעבר עשר שעות, הוא יעיק לעצמו יותר מאשר כמי שעבר שבע שעות.
לדיין בנושא תפודות תאפתיים לכשלים הנישורים ונישוריות תונת "כשלים", כולל פרימת ה"שדורקס" המתואר על ידיהם, ראו להלן סקס לתערת 86 ואילך.

(7) אופטימיות מופרזת (optimistic overconfidence)

כשל זה מכונה אף "שיפוט מפורז מדי בעצמי" (judgmental overconfidence),⁶³ שיפוט אגוצנטרי (egocentric judgment) או "הערכות בשירות האני" (self-serving evaluations),⁶⁴ וניתן לראותו אף כ"שלי-על", אשר במסגרתו ניתן לסווג אף כשלים נוספים, כגון שיפוט מופרז של הנחות, "אשר בלתי-תקופה של שליטה וייתוס הסתברות וצורה מדי כלישילי".⁶⁵ ביטחון מופרז המעוות שיפוטים כולל ייתוס הסתברות וצורה קיצונית ביחס לרצף שבירות המהלים; שימוש ברווח כ"מסך צד מדי; וחייים לא-רוגיסטיים.⁶⁶ ובאופן רחב הוא כולל את נטייתם של אנשים לייחס משקל רב מדי להערכות ולתפסות שלרם. כאשר לאנשים טוב יותר כאשר משהו נכון, הם ייטו לתפוס אותו ככות.⁶⁹

בהקשר של יישוב סכסוכים יהבטא הכשל של אופטימיות מופרזת באופנים אחרים: הערכת מדיע: הומנות מייחסת השקל הולם למידע שיש בידי העד האחר לגובה המדיע הנמצא ברשות המהלים/ת. בניסויים שונים שערטו סברסקי וכהנמן קיבלו קבוצות של סטודנטים מדיע על תיקים שחתגהלו בחי-משפט, המדיע המתלק לשליטה חלקים: רקע כללי, השיעור והראיות של החובע, השיעור והראיות של התגבע, הקבוצה הראשונה של משתתפים בניסוי קיבלה את כל החובע, השיעור והראיות של התגבע, הקבוצה השנייה קיבלה את כל החובע והראיות של צד אחד בלבד, תגבע או מדיע. כל הקבוצות התבקשו לחזות את אחת היתה מושיט באופן גבוה להערכת המדיע החד-צדדי שקיבלו. אף שידעו כי הם רואים רק חלק אחד בלבד של החמבה, הם לא ביטאו אמת בהתאמה הולמת של הערכתם. אלה שקיבלו את מלוא המדיע היו המדיקים ביותר מבחינת החזיו של פסקה המושבעים. למרות חוסר התיק וההטיה הביטחון של הקבוצות שקיבלו מדיע של צד אחד בלבד היה גבוה בהרבה מזה של הקבוצה שנגוה את ההערכה המאוונת.⁷⁰ צדדים לכסוך, המהמפיי ברדד-כלל במדיע אטימטי, מעריכים באופן הדיעוד את סכסוכים, ואף חשים ביטחון רב יותר בהחזרתם מאשר אלה המעריכים על בסיס התמונה השלמה יותר. ניסויים מראים שגם בהחזרתם על-פי הצעות טופיות (final offer arbitration), שבה ברור כי התחזירה היא 50-50 בין שתי החציות, יעריכו צדדים באופן שיטתי את סיכוייהם כגורמים יותר.⁷¹

63 Arrow et al., *supra* note 5, at p. 18.
64 Deutsch & Coleman, *supra* note 6, at p. 219.
65 Korobkin & Guthrie, *supra* note 14, at pp. 800-801.
66 *Ibid.*
67 *Ibid.*, at pp. 214-216, 222-228.
68 Kahneman & Tversky, *supra* note 25, at p. 45.
69 ראו: W. Faruq, "The Legal Regulation of Self-serving Bias" 37 *U. C. Davis L. Rev.* (2003) 567.
70 Kahneman & Tversky, *supra* note 25, at p. 46.
71 M.A. Neale & M.H. Bazerman, *Cognition and Rationality in Negotiation* (New York, 1991) 54.

ההתנהגותיות. כתוצאה, ימניעו פרטים מלהגייע לחדדים שהיו מקדמים באופן רציונלי את האינטרס העצמי שלהם, ראשית, יש לצדדים מוסינצוניה מתמשכת להצדיק ולהציג באופן רציונלי את כשלונות העבר שלהם ביישוב הסכסוך ואת התלויות שבוטחו במאבק קומהמטי. לפיכך יצדיקו בכל דרך אפשרית את הסיבות וההתחלות שהובילו להמשך הקונפליקט. כמו-כן, עצם יישוב הקונפליקט עשוי לעודד לפעמים ויסוגנוח דהשי, כגון במצב שבו יישוב הקונפליקט תואם הצעות שהועלו בעבר ונדחו וגרמו ויצאות רבות על המשיך הקונפליקט, במיוחד כאשר הרב לוח בהצעות פומביות.⁵⁷ כל מונגון שנועד לשכך את המליקה של הדיסוננס או למנוע אותה עשוי לתוות מבטל ברדד ליישוב סכסוך ולהוביל להנצחתו והצרתו.

גם מונגון זה משקף הניגון שאינו אינטואיטיבי כאשר מדובר במתחבה משפטית ופרשנית. תהדת התמונה כנקודת מוצא ועיגון והקשיים הפסיכולוגיים המתלווים לשינוי עצמות אינם נחשבים באופן מובהק למנחי המשפט בתפקודי המהללים עצמיות יוצר דיין ומחוקק מציאות תודעתית שאמורה לקדם את החובה להעב צורך יותר.⁵⁸ הוא אינו רק משמר את התמונה התודעתית של הצדדים.

(ג) הגרבת נגד מפדלתה (reactive devaluation)

מדובר בכשל המיוחס למצבים של משא-ומתן, אשר לפיו עצם העלאתה של הצעת פשרה או וסוגה, ובמיוחד כאשר ההצעה מגיעה מן היריב, עשויה להקטין את ערכה כפי שהוא נחשב בעיני המקבל.⁵⁹ עצם נקיבת סכום במשא-ומתן ואיחודו על-ידי הצד היריב מביאה לרדי הפחתה בערכו. תופעה זו מתרחשת גם כאשר אין לצדדים מוסינצוניה תודעתית ואין הם חושפים את חוסר הערכתם כלפי הצד האחר, ומכאן שניתן לשלול אותה ככלי סקטי בלבד.⁶⁰ אותה תוכנית מדינית תקבל הערכה שלילית יותר מרצף שאומצה על-ידי צד הנחשב מתחרה ותפסיק להיות אפשרות הפוטנטיה.⁶¹ מכניזם זה של תגובה נגד מפתויה מתבטא אם-כן בממצאים שונים: ההערכה המופחתת נוצרת לגבי אותה הצעה כאשר היא מועלת על-ידי היריב לעומת צד שלישי; לגבי נסיונות שניתנו לעומת כאלה שלא ניתנו או שנשמרו ל"רצף האחרון"; לגבי הצעת קונקרטית ביחס לאותה הצעה כאשר היתה קודם-לכן רק אפשרות הפוטנטיה.⁶²

57 Arrow et al., *supra* note 5, at p. 18.
58 ראו חלק ה להלן, וכי: The *Forms of Justice*, 93 *Harv. L. Rev.* (1979) 1, 28.
59 L. Ross "Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution" *Barriers to Conflict Resolution* (Cambridge, K.J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky & R.B. Wilson eds., 2nd ed., 1999) 27-28.
60 לדין נדהב יותר בהבחנת בין תפדת "אמיתית" וסקטית ראו חלק חלק 53.
61 Ross, *supra* note 59, at pp. 31-32.
62 תוכניות להחמת המשקנות של האוניברסיטה בתחרות ברורים-אפריקה בתקופת האפשרויה. בכל קבוצה נאמר למשתתפיה כי האוניברסיטה תודה בתוכנית אותה, ובהתאם לתורה זו שגארה, קבצי המשתתפים כי תוכנית זו מתפשרת פחות ועונה פחות על דרישות הסטודנטים.
62 Ross & Ward, *supra* note 35, at p. 127.

ישלכו בערו מציעים מהירים וגמורים ביותר, משים שמבחינתם, ההפסד הוא הוצאת נכסף.⁷⁸ כשיל זה מסביר בין השאר מדוע יתרחשו תרביה פחות עסקות נמה שעקרו השק מחייב והתארויה והכלילית מבאת.⁷⁹ הוא מרגיש את ההשכרות של ההיסטוריה ושל תלוקה שירוריות גומה שעשתה בעבר כמשלימים על סגור של כל ניסיון לשינוי. בהקשר של ישוב כססוכים משמעותו של כשל זה הינה שצדדים יימנעו מלהתפשר משום שהם תופסים את הסכום שיוציאו באותו רגע, ולמעשה כל ניסיון, כהפסד ודאי, בעוד שאת סיכויי החיוב בתגובה הם תופסים כבלתי-מוחשיים ואת הפחתת הסכום כררוח פוטנציאלי.⁸⁰ כאשר מדובר בתפיסת נכאות (entitlement) המלווה את חשי ההפסד יסבלי הצדדים אף מ"שגאת הפסד מוגברת" (enhanced loss aversion), שכן הפסד מלווה בכפע רצוי הרבה פחות.⁸¹

(1) תרתיעת מוחסר ודאות של תוצאות (certainty effect)

לכל סכסוך יש כמה סוגים של תוצאות: תוצאה ודאית, כגון תלוקה נכסים והכרעה בנושאם של עובדות או אשמה, תוצאה כיו מושגת מייך או כוללת התתייבויות תתי-משמעותיות, לא-מוחלטות וניתנות לאיפעה; תוצאה מוחלטת, הקשורה להתקיימותו של אודע מסוים נראה לעין; ותוצאה לא-ודאית, המסתברת יותר עם קיומו של הסכס, אך אונה ודאית, כגון רצון טוב.⁸²

תוצאות לא-ודאיות נחשבות ליעתים שוליות לעומת הנכסים המוחשתיים, האודיות והמוחלטות וכל שנוכח בהסכס, צדדים נוטים להעריך רצון טוב, אמוך ויחסים מתמשכים באופן גמך מדי ביוס לתר סוגי התוצאות, וכך נוטים להפחית בערך הרוכסם, הם "שילמו" יותר בעד ודאות גם כאשר הערך הצפוי של התוצאה הלא-ודאית גבוה יותר.⁸³

78 Kahneman & Tversky, *ibid.*, at p. 55. בניסוי ניתן הפיך אטרקטיבי, כגון ספל דקורטיבי, לקבוצה אחת של סטודנטים, שנקראה "בעלים", גאבר להם כי יקבלו החלטות להחליף את הספל בכסום נתון של כסף, והם מצהירים על בחירתם ביחס לסכומים שונים שמוצעים להם. קבוצה שנייה נקראה "יבותרים"; להם ניתנה בררה בין ספל כמזז שחדי שנויים לבין סכום נתון של כסף. קבוצה שלישית היא "קונגים", הם מציינים כי יהיו מוכנים לשלם את אחד הסכומים השונים המוצעים להם בעד רכישת ספל. התוצאות בניסוי זה היו: המחר שבו נקבו המוכרים היה \$7.12, והמחרים בוחרו \$2.88. הקונגים הציעו \$3.12.

79 When Kahneman & Tversky, *ibid.*, at pp. 55-56: "Economic theory predicts that when all market changes are completed, the mugs will be in the hands of the subjects who value them both. Because the initial allocation was random, half the mugs initially allocated should change hands. In an extended series of experiments, however, the observed volume of trade was about one-fourth, that is, only half the number predicted".

80 Mnookin, *supra* note 5, at pp. 244-245.
81 *Ibid.*, at p. 245.
82 Kahneman & Tversky, *supra* note 25, at p. 50.
83 *Ibid.*, at p. 50. הדוגמה שכתבתי וסברסקי משתמשים בהם על-מנת להראות תוצאות לא-ודאיות הן: תוחת מוצלה בין ספך לקונה עשיר למוגדיל את ההסתברות לשיתוף-פעולה אודי-יטות ביניהם; הסכס שלום בין ישראל לסוריה עשיר להקפיץ את ההסתברות שסוריה תמנה לפתח נשק גרעיני, אבל תוצאה זו אינה מובטחת.

תחבנות "מבננים" תוך תחלמות ממקיים דומים; נושאם-זוהנתנים נוטים לתחמק במקרה הקורבטי על מאפייניו המיוחדים, תוך כדי הערכת-יחור ההפרה בערכם של הישגים קיימים ושל תרכיבים הסיכתיים הרלוונטיים. הם מאמצים בקנה-התבוננות "פנימית", ונמצים מלהייתח רי הצורך לשידע בדבר סטטיסטיקות של מקרים דומים בעבר. זה חלק מנטייה כללית לייצג כל מצב במונחים קונקרטיים וסיכתיים, ולא במונחים מופשטים וסטטיסטיים. נוצר חוסר עקביות בין האמונות הכלליות של אנשים לבין אמונותיהם ביחס למקרים פרטיים.⁷² סכסוך בהקשר זה הוא דוגמה לפער בין שיפוט כללי מופשט לבין שיפוט מתוך מעורבות.

יחום יחומה ערופת על זה של האחר: צדדים לסכסוך נוטים לייחס פחות יחומה דמיין מאשר לצצמם. כל צד מפריז בהערכת סיכויי להצלחה ובהערכת יכולתו לפתח פתרון על הצד האחר ולמנוע כפייה עליי. העד האחר.⁷³ זה מוביל לעיתים להוצאות להערכות ולתובנות לא-מציאותיות, ולהיענות בתן, המתמדת צדדים לנהל משפטים ארוכים או לבחור בשדה-הקרב.⁷⁴ כאשר קיימים מסבלי פחדנות יעילים ורצונות-לחיה הרבה יותר.

(2) שגאת הפסד (loss aversion)

גאנשים יש נטייה להעריך הפסדים כגמולים יותר מרווחים מקבילים. במקום אחר נטייה זו נקראת פסגור (framing)⁷⁵ וניתן לכלול בה אף את "הטיית הסטטוס-קו" (the status quo bias).⁷⁶ נושאים-זוהנתנים יציפו את מה שמצוי ביחס לראשונה על מה שהם עשויים לקבל על-ידי פעולת תליפין, אך הפיסתם את הסטטוס-קו היא שירורית לעיתים וקשורה לברירה אישית ולניסוח, בהחלטות שבסיכון תמכטא שגאת הפסד ברתיעה מהזמורים של 50%-50, אלא אם הרווחים גדולים מאוד, ליעתים כפליים מן ההפסד הצפוי. בהחלטות שבוודאות תמכטא שגאת הפסד בהטרה שיטתית בהערכת הסוונות ויחירות.⁷⁷ תרות או התפסד גמולים בהתאם לנקודת-ההיחטות כלשהי, העשויה להיות גם סטטוס-קו. שגאת ההפסד תמכטא בניסיון לשימור המצב הקיים, ובהסתברות היא תמכטא בתשלום מחיי גבוה בעד מניעת הפסדים שחגים נמוכים בהרבה ממה שיושקע לשם השגת רווחים. בהקשר של כססוכים יגרום הנכשל להענעות ממשלה יעילה בשל תפיסת חויתור בשלב המדובר כהפסד לעומת האפשרות המסתברת לרווח כפספס-הדוך תצפוי.

מניסויים שערכו כנתון, סברסקי ואחרים הסתבר כי מצצם העובדה שניתן למשתתפים הפיך כלשהו, הם מופרישים את הניסיון לקנות אותו מהם כתוצעה לחוות הפסד, ומתמחרים את החפץ בהתאם לכך. משתתפים אחרים שלא קיבלו את החפץ ונדרשו לתחליש כמה את החפץ.
72 *Ibid.*, at p. 47.
73 Kahneman & Tversky, *supra* note 25, at p. 47.
74 Arrow et al., *supra* note 5, at p. 48.
75 Neel & Bazerman, *supra* note 70, at pp. 44-48.
76 Kahneman & Tversky, *supra* note 25, at p. 54.
77 Korabkin & Gutfrife, *supra* note 14, at p. 802.

מהלך המשא ומתן ועל הוצאותיו, העגת העצה גבוהה במיוחד כפתוחה עשירה לשמש במקשר זה יוצג אשר רק מציעה קיצוני, שינסה מהדש את המשא ומתן, יצליח להשתחרר ממה שנקודת ההתייחסות, 89 העוגן יכול להיות יודע לצד האחר או מוסתר מפניו ואפילו להקציף שלל במודעות מלאה של המחזיק בו.⁹⁰

(ח) תזקן של מספרים קטנים (The Law of Small Numbers)

לאנשים יש נטייה לזאתה על דוגמה או על מדגם לא-מייצג, ולא על סטטיסטיקה, ובמיוחד לגזור התלכדות בלתי-מבוססות לגבי פצילותם במהלך מסור. הם זולמים מנסיון העבר שללם, ובעקבות מסור קשה קודם הם עלולים להיות מניינות גשור או לאמץ גישה פשוטה אחרת שלא תהיה רגישה דיה למורכבות המסור החדש ולהערבנו, 91 כותפעה בהקשר הרחב יותר של פסיכולוגיה חברתית, אנשים נוטים לסמוך על "כללי-אצבע" וירויסטיקות במקום על ניתוח שיטתי.⁹² בהקשר של ישוב פסטורלים, צודים מצטפו התנגדות תורתית ייסו להתנהג באופן כזה ואף יקבלו בתגובה התנגדות דומה. ככל שהדוגמה מצומצמת והדירעפערית יותר, כך תגבר ההשגה.⁹³

4. התגברות על כשלים: עצות לנישא/תורנתו/ת

ההנהגה שקיימים "כשלים" מלווה בניסיון להתגבר עליהם.⁹⁴ אם הכשל הוא קצור של הפרייה, הנישא ונתן אמור להתנתן ולנסות להתגבר עליו ככל האפשר. בהקשר של כשלים אסטרטגיים, ניתן להתגבר עליהם או לשלל במתח שבין ציירת רווח ותלוקתו בדרכים שונות:

ראשית, בניסוחו של צד שלישי אל בין שני צדדים הנחוגים ברילומת אסיר עשורה לצורך לצודדים לחשוש פתוח מניצול ובגודל עקב גילוי מידע הצדדים לא יחשוש מחשיפת מידע לפני העד השלישי, וכך יוכלו לקדם רווחים משותפים ולהגדיל את העוגה.⁹⁵ שנית, היותו של משא ומתן סדרה של דילמות אסיר תודות ונשנות לאפשר להשתמש באסטרטגיה המכונה "Tit for Tat" (על פי רובלם דודים משותפים ולהגדיל את העוגה).⁹⁶ כאשר מדובר ברילומת חוזרת, 96 Robert Axelrod ו-97 בניסוי שבו ביקש משותפתים

89. Neal & Bazerman, *supra* note 70, at p. 50.
90. Lewicki et al., *supra* note 7, at p. 118.
91. Neal & Bazerman, *supra* note 70, at pp. 55-56.
92. R.E. Petty & D.T. Wegener "Attitude Change: Multiple Roles for Persuasion Variables" 1 *The Handbook of Social Psychology* (New York, D.T. Gilbert, S.T. Fiske & G. Lindzey eds., 4th ed., 1998) 327-329.
93. Lewicki et al., *supra* note 7, at p. 121.
94. רואו גום: Mediators' Value-*Added for Negotiators*" 12 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (1996) 1, 12-13.
95. Arrow et al., *supra* note 5, at p. 22.
96. R.M. Axelrod *The Evolution of Cooperation* (New York, 1984).

תופעה זו נשנית גם כאשר אין מדובר בוראות אמיתית, אלא שאנשים תופסים אותה ככזאת, בהתאם לחקשי.⁸⁴ מכאן שבמשא ומתן חשיבו הצדדים מאוד הטרת הוצאות וראיות מותרות, משום שניתן לבטח כנגדו, לקבוע עונשים אם יתרחשו, וכל זאת בתנאי שאין יכולת האכיפה והעונש הינה אפקטיבית. כאשר הקונפליקט הינו על נכסים שיהיו משמעותיים אם יכשלו החסם, כמו במקרה של ישראל והשטחים, שום מאורכי בהקשר זה, תגבר הנטייה להתירם להוצאה הורדאית המותרת של המלומה מאשר להסלמת המחזים והמסתברת שעלולה להתפתח בעקבות שמירת הנכסים.⁸⁵ מכאן שסביר כי הרווח תודאי שנוכס אסטרטגי במקרה של מלומה יגבר על ההפחמה הלא-רואית הצפוייה בהסתברות של מלומה בעקבות הרווחו הטריטוריאלי או האסטרטגי.

(ח) העוגן (anchoring)

צדדים במשא ומתן נוטים להיעצן באופן שרירותי בתרונתם שאינם מבוססים בתורת באופן מקצועי ורציונלי. להצעת פתיחה במשא ומתן, למשל, יש חשיבות רבה, גם אם אין היא תואמת את תנאי המסור, ומכאן ואילך יימדד כל שינוי במותגים של רוח או הפסד לצדומת תצעת זו.⁸⁷ תצעת פשרה במסורת התדיינות משפטית תהפוך לפי עיקרון זה לבסיס להצעה של התוצאה הטופית, גם אם מלכתחילה לא היתה מבוססת על דיע משפטית.⁸⁸ גם הצבת משרות במשא ומתן, מציאותיות ואפילו חסרות בסיס, משפיעה כעוגן המשפיע על

84. כהנא וסברסקי מניבים תופעה זו פטורדורואית, ומשתמשים בדוגמה על מבנה להמחישו: שתי בעיות מוצגות למשתתפים בניסוי: 1. קיים משחק דו-שלבי שבשלב הראשון יזכרו של 25% לצבור לשלב השני וזכרו של 75% לסיים את המשחק מבלי לזכות בדבר. השלב השני יש לבחור בין קבלת רואית של \$30 לבין זכרו של 80% לזכות ב-\$45. 2. יש לבחור בין זכרו של 25% לזכות ב-\$30 לבין זכרו של 20% לזכות ב-\$45. אף-על-פי שהשתי תכניות מציגות למעשה, מבהינה מומטית, בחיית חמה, בהצעה 1 רווח תאמיים מחליטים לבחור באפשרות הראשונה כאשר יגיעו לשלב השני, ואינם מתשיבים את הוראות שנתגעה לשלב זה.
85. Kahneman & Tversky, *supra* note 25, at p. 53.
86. *Ibid.* at pp. 53-54: "The tendency to undervalue uncertain benefits sometimes leads to the pseudodominance effect. If it is advantageous to hold strategic assets both in war and peace, territorial concession appears to be dominated by the strategy of holding on to key strategic positions. The fallacy in this argument is that it does not take into account the possibility that an agreement based on territorial concessions can decrease the chances of war. The present discussion, of course, does not imply that strategic concessions should always be made. It only points out that the perception of dominance in such cases is often illusory."

87. Lewicki et al., *supra* note 7, at p. 118.
88. Korobkin & Guthrie, *supra* note 14, at p. 799.
89. מלומות באופן משמעותי ממורי הפתיחה המתבקש בהקשר של משא ומתן על רקע התיינות משפטית.
90. ערכים נהווים למציעי הטמפורטורה השנית בקי-פרונטיסקו כאשר נשאלו אם הוא גבוה או נמוך מ-\$55.8 מעלות פרוצנטי.

proceed more productively when that is explicitly sought is the generally obtainable goal of mutual advantage, with no requirement or implication that the disputants thereby conceded explicitly or implicitly that the settlement reached reflects the relative merits of their respective cases."¹⁰⁴

דרך אחת לטיפול בנושא צדק במהלך טיפול בסכסוך היא לכנותו צדק מסדר שונה: "שילום של אמינות", "אינטימ צדק" נאור¹⁰⁵ או "צדק הלשי" ¹⁰⁶ ויטיש מתאר את כטיעון לצדק הכולל קבליה מלאה של טיעוני האחר:

"It is not the justifying or giving reasons for your interests that is harmful but rather the claim of moral superiority, with its explicit or implicit moral demigration of the other. Whatever justifying takes place, it should be in the context of full recognition of one another's equal moral status."¹⁰⁷

ריסוננס העולה מן העצב, צדדים יכולים לאמץ, בעצמם או בעזרתו של מנשיך, טכניקות שמטרתן לעזור לכל צד להבין את המקרה מפרספקטיבה של האחר, ולתכיר את ההיסטוריה שלו במקרה-המבחן המניית המגבשת בעיניו את תמונת הסכסוך. תחושה אחר "היסטוריה ולופית" וגיבוש גוססת חדשה של צדק, התורגת מן המפוסות והטריביטוביות של הצדדים, עשוים לעזור לצדדים להימנע מצרימה ולנתן באמצעות ניסוח מחדש של המפוסות העבר.

תגובת נגד מפתחית, מתועפת זו ניתן להימנע או לגרום להפתחה משמעותית של עוצמות באמצעות שימוש בתד שלישו כמציץ המציץ, וכן באמצעות הצגתה בשלבים מתקדמים של המשא ומתן.¹⁰⁸

אופטימיות מופנת כלל שרדעו הצדדים יותר על השיעורים והרואים שבירי הצד האחר,¹⁰⁹ ככל שייזכרו יותר במורשיותה שלו וככל שיקבלו נתונים סטטיסטיים רבים יותר על מקרים דומים ומקבילים ועל האופן שבו נפתרו, כן תפוח עוצמת הלשלי, ותם יפתחו גישה "מציאותית" יותר כלפי הסכסוך. גם עצם הכרת המשל ושפת יישוח

104 Arrow et al., *supra* note 5, at p. 13
105 *Ibid.*, at p. 22: "In a sense, the mediator can turn the parties' attention away from the direct pursuit of equity to the pursuit of enlightened self-interest".
106 ראו ד' גורביץ "הדרך לזלום אינה צודק: משמעות צדק בעידן הפוסטמודרני" נקודת מפגש א' (2003) 14, הזכות מציג את המשג "צדק פוסטמודרני" כמזאום לפתרון סכסוכים, ומגיד אותו להפיסת מודרניות של צדק, המניחה עקרונות מפתחיים אשר מתקיימים בכותם עצמם ואינם הוליים כבוח, בפולטיקה או בתקש.

107 Deutsch & Coleman, *supra* note 6, at p. 55
108 Arrow et al., *supra* note 5, at p. 23
109 גילוי מסמכים במסגרת ההליך המיפטי ומתוירבות לחשיפה מלאה של המידע בהליך נגישור תורמים בהקשר זה להפתחת כשל זה.

רבים לכנות תוכנת מלחש שתמצא אסטרטגיה אופטימלית להתנגדות במשחקים שיש בהם דיאלוג אסיר תחרות ונשנות (שניתן לראות כמשאים-דמיונים חוזרים ונשנים) – כי האסטרטגיה שצברה את מירב הנקודות היא זו: Tit for Tat; פורחת בשיתוף-פעולה, המשך בהתקרה בדרך זו כל עוד הצד האחר מגיב באופן דומה, ופעולת-תגומל יודעה כאשר מגולגל בהירה מצינו. "אופטימיות חזרת" זו, המתמבטאת בבניית צדק אמון כל עוד קיימת תגובה תואמת, מוכיחה כי שיתוף-פעולה במצבים של יחסים לטווח ארוך "משתלם" גם מוזיות בלכלית, ולא רק מוסרית או מברתית. התחרותיות של תהלימה מאפשרת מתן גמול על שיתוף-פעולה ופעולת-תגומל תרפיעית במקרה של בגידת.⁹⁷

שלישית, באמצעות אימוץ פילוסופיה של הליך משותף וקריזום אוויריה של שיתוף-פעולה ופתרון בעיות, נושאים-ונותנים או מגשר/ת יכולים להצטייר על עניין ב"אינטרסים", ולא בעמדות, כפי שנועשה בדרך-כלל בהליך הנגישור, במסגרת של הליך כות יחשפו צדדים את מלוא המידע, יתפשו פתרונות ציורתיים ויקבלו על עצמם נורמות של שיתוף-פעולה.⁹⁸

בהקשר של כשלים קוגניטיביים תעצות מנותנות, באופן כללי, המעבר מהיאר החשיות אל הניסיון "להתגבר" עליון הוא ביטוי להתפתחות בתוך למודי משא ומתן, וספים של Neal & Bazerman מחווה נקודת-מפנה בהקשר זה.⁹⁹ השיעון המרכזי של הספר הוא כי על-מנת לשאת-זילות באופן אפקטיבי יותר, על נושאים-דנותנים לקבל החלטות לציונותיות יותר, הדרושות תכנה והפתחה של המשלים הקוגניטיביים החודדים להתליך קבלת החלטות שלהם.¹⁰⁰

תשענה כי ניתן להתגבר על כשלים קוגניטיביים וכי מודעות אליהם מצמצמת את השפעתם אינה מוסכמת על כל העוסקים בתחום.¹⁰¹ גם האפשרות להתויתם לנושאים ונותנים, בגון מנשיך, בהקשר ליכולתם להרוג אל מעבר לראייתם הסובייקטיבית אינה ממשית בהכרח מכתנה מבנית ואסטרטגית.¹⁰² למרות זאת, הניסיון לחפור את תודעת הכשלים ללל-עבודה במתרון סכסוכים אומץ ופוחת מאז, והוא פורש תמונת מנישור/ת המסוגל/ת למצע מציאות בניטובייקטיבית בעיקר באמצעות היותו/ה צד שלישו, שאינו שבוי בהחיות הצדדים.

תקיפול את צדק, מארה שהתופשו הישיר אחר צדק מוביל לכשל, כפי שפורט לעיל,¹⁰³ ייטיבו הצדדים לעשות אם ידברו על שלום ויעילות, ולא על צדק: "[S]atisfaction of the partisans' subjective senses of equity – at least as an explicit negotiation goal – may simply be an unrealistic and undesirable burden to place on the negotiation process. That is, negotiation may

97 Lex & Sebenius, *supra* note 28, at p. 160

98 *Ibid.*, at pp. 164–166

99 Neal & Bazerman, *supra* note 70

100 *Ibid.*, at p. 1

101 לציוני תאשורת להתגבר על קשיים קוגניטיביים ראו: at: 3, *Glovitch, supra* note 3,

p. 715

102 ראו דיון בהליך 52 דהליך.

103 ראו לעיל סקטס לחעידה 46

ולאפשר שיתוף-פעולה כל עוד הרב כדאי לז/ה. במילים אחרות, עליו/ה להכריח במפורש את הכשל האסטרטגי להתרחק את נשייתו/ה לרציונליות מלאה ולמקסום עצמי, תוך תופש את דרכים חדשות לתפיסת הסיטואציה שהוא/היא נמצא/ת בה ולקומת. עם זאת, כאשר מדובר בכשלים קונגטיביים, קרי: בהיבטים הלא-רציונליים של השיטות של הנשא/ת-דנותו/ת, עליו/ה לנסות להכריחם, ולאזן בעזרת מודעות רציונלית ועל-ידי תמריכתם של צדדים שלשיים. מבאן שעליו לאזן כנגד הכשלים הקונגטיביים עליו להתור קונסטרוקטיבית מנחה לכיוון פשרה, ואילו כנגד הכשלים הקונגטיביים עליו להתור לאיזון רציונלי של התגובה שהם יוצרים: כל זאת בתנאי שהאיזון הוא להגיע להסכם ולפתרון של פשרה מוהוית של הנשא/ת-דנותו/ת, חילוף העצרת המתאמת עליו להתמקד למקסום האישי מוביל לנסושה פרודוקטית של פעילות במהלך משא-ומתן: מהו גיסא, בהיותו כפוף להתכונן רציונלי, עליו להישמר משיחיתוף-פעולה לא בטוח בשל רעלמות אסירי, אך להיזהר מן ההפסדים הכרוכים בכך. מאידך גיסא, הכשלים הקונגטיביים עשויים להיטיב את מצבו האסטרטגי, ועליו לרבוך בהם, לצד הוידות ונכונות רציונלית לאזן, ניתן למצוא קריאות לייבוש נוסחה מורכבת זו בספרות המשא-ומתן.

באשר לכשלים אסטרטגיים, הספרות העוסקת במשא-ומתן וביישוב סכסוכים מייחסת, בעיקר מכיוון הפסיכולוגיה החברתית, עמדה של כשל לנטייה לדאות את מציאות הסכסוך בצבעים של תחרות מול שיתוף. כפי ש-Thompson & Nadelier מברייים, תדכוסומיה של תחרות מול שיתוף הנה שקרית (False Dichotomy: Choosing Between Cooperation) ;and Competition

"If you view the world through the lens of a fixed pie vision, the choices are pretty clear: either hold out to protect your own interests, which are by definition opposed to the other's, or cooperate with the other party so that some kind of compromise can be reached. Cooperation and competition are thought to be the yin and yang of conflict resolution, and it is true that most conflicts are mixed-motive in the sense that we are motivated to get as much of the pie as we can for ourselves, but at the same time motivated to work together with the other person to ensure we reach mutual agreement. We argue, though, that this is a false dichotomy in most instances, because we need *not* choose to behave purely cooperatively or purely competitively. There is third, enlightened strategy, which we call strategic creativity."¹¹⁵

במקום אחר נטייה זו נקראת "התגובה התרזית של עוגה קרועה" (Obelief):

"Many negotiators assume that all negotiations (not just some) involve a fixed pie. Negotiators often approach integrative negotiation

Thompson & Nadelier, *supra* note 52, at p. 218 115

הסכסוכים יכולים לשמש אמצעי הנוכחי שיפותר את כותן של השיות אלה להכריע את תכף.¹¹⁰

שנאת תפסל, מדובר באפשרות לניסוח מחדש (reframing) שיציג את "התפסד" הנוכחי של השלום סכום הפשרה כדיות או כהתמנות לזיות, ויו ירגיש את ראות "התפסד" הצפוי בתביעה העתידית. גם הניסוח של "התפסדים" הוידאיים שבשימור הקונפליקט והסטיסוקו יעורר לצדדים לאזן אפשרות של שינוי.¹¹²

הרגיעה מתוסר ודאות, על-מנת לאזן כשל זה יש להודיש את השיבות וצרכן של תוצאות מסתברות, כגון שיפור ביחסים, התפתחות של רצון טוב וכיוצא בזה, ולהשקף את הכשל של ההצמדות לנכסים אסטרטגיים מתוך שיקולים של מניעת מלחמה, כהוצאה ודאית, והגדלת ההסתברות של ניצחון במקרה של קיובמה.¹¹³ תוצאות אלה, הנתשבות על-ידי התצדדים, בשל היותן מסתברות, כמשניות וכפעולת "שווי" נמור בהקשר ה"מתות" יתור של העסקה מקבלות הדגשה תוקה בהקשר החשיבה על גישור וניהול סכסוכים.

תנועה, מודעות לנטייה לחפש עוגן ולהיזאח בו דורשת הכנה של צד שלישי, העשוי לחפש עוגן שיטה את הצדדים לכיוון של פשרה וגישור או ניסה לאתגר את העוגנים שאליהם נצמדו באמצעות "מבנה מציאות" ומודעות לכשל זה.¹¹⁴

התוק של מספרים קטנים, התשובה המיידית לשיפוש מתוך המתכנס על דוגמות לאיר מייצגות היא תבאת מידע שיטתי יותר. ככל שירבו הסטיסטיקות לגבי התלחתו של משא-ומתן משוף ושל הלך הגישור וככל שיגבר הניסיון החיובי של הצדדים בהלך זה, כך תקטן השפעתו של הטיה זו בהקשר הנשיית ליישב סכסוכים. בהקשר זה יוביל ציוד תחרות של יישוב סכסוכים ושל גישור כהרספר, במקומות עבודה ובמוסדות אחרים להקמת התלכות של כשל זה.

5. הכשל הקונגטיבי שבתשורה האסטרטגית והאסטרטגיות שבתללים הקונגטיביים

מתוך התבוננות בכשלים השונים ובנסיונות להתגבר עליהם ניתן להבחין בנוסחה מיוחדת מאוד של משא-ומתן אופטימלי: נשא/ת-דנותו/ת טוב/ה צריכ/ה להרמנע מרציונליות-יתר, שזו היא עשוי/ה להיקלע לרעלמות אסיר, ועל-כן עליו/ה לבחור בפילוסופיות הלך שאינן "רציונליות" כשלצעמן, או לפחות לשדר פוזיות מותרות

Arrow et al., *supra* note 5, at p. 23 110
Lewicki et al., *supra* note 7, at p. 123 111
Arrow et al., *supra* note 5, at p. 23 112
"One of the most striking features of loss aversion is that whether something is viewed as a gain or loss – and what kind of gain or loss it is considered – depends upon a reference point, and the choice of a reference point is sometimes 'manipulable'."
Arrow et al., *supra* note 5, at p. 54 113
Lewicki et al., *supra* note 7, at p. 118 114

גישת של לריות מוטה ולא לשיט באופן רציונלי מלא עשויה לקדם את הגדרת הקלף/ה בעזרת ולהשיג יתרון אסטרטגי.¹²² בידס לוחינות וצדק, ה"שלי" שביריפום אינו סותר את העובדה שבמשיא-זמתן, מי שמשיבנכנע/ת יותר בצדקתו/ה ומעביר/ה מסר זה באופן משכנע לצד זמרו/ה ואחד צפוי/ה לקיים את עמדתו/ה.

מורסון דויטש מתייחס לדיכוי זה בהקשר השולמי ביצחקי" כשקטיקה במשיא-זמתן:
"Justice" can be employed as a tactical weapon during negotiations to claim higher moral ground for oneself. Doing so claims greater morality for your position as compared to the other's. This form of justifying commonly has several effects. It hardens your position and makes it inflexible as you become morally committed to it as well as increasingly self-righteous.¹²³

לקט וסברוויט מנסחים זאת באופן דומה:
"Attempts to claim value often come disguised as appeals to fairness or reasonableness. Bargainers make commitments to appealing outcomes as well as to self-serving rationales and principles of fairness."¹²⁴

גם כאשר לאופטימיות מופרות, מדובר במבניס מגונן, אשר במצבי חיים מבימים הינו מטייש והפעלה המוקלף להצטרף ולהתקדמות. במצב של סכסוך הוא עשוי לתפוק בנוואה ומגיבה את עצמה לטובת האופטימיסט ה"בלתי-מצייאתו":

"The main advantage of optimism may be found in increasing persistence and commitment during the phase of action toward a chosen goal, and in improving the ability to tolerate uncontrollable suffering... optimism and confidence are likely to increase effort, commitment, and persistence in the conduct of the struggle. This is particularly true in conflicts that involve severe attrition. When maximal effort is exerted by both contestants, then it would appear that optimism offers a competitive advantage."¹²⁵

דאופטימיים הוא אכן חשייה, אך הוא מצייע יתרון במישור התחרותי, משום שגבול שצד "סברלי" יותר מנטייה זו, כך הוא עשוי להגיע את המצב האחר לקבל את תפישתו-עולמית.¹²⁶

122 ראו גם: Karobkin & Getnie, *supra* note 14, at pp. 805-808.
123 דאוי: Deutsch & Coleman, *supra* note 6, at p. 55.
124 לטא וסברוויט, *supra* note 28, at p. 126.
125 קאהנמן וטברסקי, *supra* note 25, at pp. 49-50.
126 פארנסוורת, *supra* note 68, at p. 575: "Self-serving biases also may have more particular benefits. First, they may create behavior and results closer to what the actor wants than he would otherwise be able to manage. The soldier charging over a hill; the bride or groom stepping toward the altar; the leader of the bomb

opportunities as zero-some games or win-lose exchanges. Those who believe in the mythical fixed pie assume that the possibility for integrative settlements and mutually beneficial trade-offs doesn't exist, and they suppress efforts to search for some settlements or trade-offs."¹¹⁶

גישת אלה מתרחקת מן הדגש התיאורי המרוחק של הצגת דינמיקות אפשריות של משיא-זמתן,¹¹⁷ ומכוננת איריאולוגיה של הליך שלפיה ניתן לגשר בין הקטבים ואף ללכת אל מעבר להם. ראשיתה של תפיסה זו מצויה כבר בספרם הפופולרי והמכונן מברזנה ספרות והגישור של פישר ורוי, 118 המדיגישיש כי הצורך לבחור בין משיא-זמתן רך (כוח שבו המשותתתים הם ירידים, היצע הוא תסכס, ונעשים יותורים למען מערכת הותסיים) לבין משיא-זמתן נוקשה (כוח שבו המשותתתים הם ירידים, היצע הוא ניצחון, אין אמון בין הצדדים) הוא מסר כרוז שניתן לפורק ולהתגבר עליו אם עובדים משייה עמדות למשא ומתן מבוסס על עקרונות, בנוסח "פחדון בעיות": "אם אינך מודעה מן הכרדו בין מוקח עמדתי נוקשה לבין מיקוח עמדתי רך, אתה יכול עדיין לשנות את המשחק. משיא-זמתן מתחיל בשתי דמותי. ברמה האחת, המשיא-זמתן מטפל במהותי; ברמה האחרת, המשיא-זמתן מתמקד - על-יצי רוב במשתמע - בנוהל המיפול במהות. התשובה על השאלה אם יש להשתמש במיקוח עמדתי רך או נוקשה היא: "לא זה ולא זה." ששה את המשחק,¹¹⁹

ההמקרות במשיא-זמתן מסדר שני, כה שמטפל בנוהל המיפול במהות, יוצרת פריסקרפציה עבור הנושא/ת-יונתג/ת שאינה נותרת ברמה התיאורית.¹²⁰ ניתן לזוהג על הדיכוי-טומיה, אם רוצים לעשות כן ואם מכוונים הליך המבוסס על אמנות זו, גם אם לא ניתן "להוכיח" אותו באופן אמפירי.¹²¹

בהתייחס ל"כשלים קוגניטיביים", עיון נוסף בספרות המשיא-זמתן מעלה תופעה מעניינת. יש הוציון אסטרטגי בהלק מתיכשלים הקוגניטיביים, החוזר כמעט לגבי כל אחת מהתשיות שכתובתן, סברסקי ואחרים מתארים. מנקודת-המבט של הנושא/ת-יונתג/ת, מהשחקן,¹²²

116 Lewicki et al., *supra* note 7, at p. 118.
117 דאוי: R. Ruben & B. R. Brown *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation* (New York, 1975) 19-32.
118 R. Fisher & W. Ury *Getting to Yes: Negotiate Agreements without Giving In* (Boston, 1981) 118.
119 תסכס מבלי לחזור (כי כדומל מתגמת, 1983).
120 פישר ורוי, שם, בע' 10.
121 על היות תפישתו של פישר דסקריפטיבית-פרסקרפטיבית ועל תשובתו לביקורת על ההשאה שבספרו, דאוי: R. Fisher "Reply to the Pros and Cons of Getting to Yes" 34.
122 G. Wehauer "The Limits of Integrative Bargaining" 85 *Geo. L. J.* (1996) 115.
123 דאוי גם: G. Wehauer "The Limits of Integrative Bargaining" 85 *Geo. L. J.* (1996) 115.
124 ראו גם: R. Ruben & B. R. Brown *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation* (New York, 1975) 19-32.
125 R. Ruben & B. R. Brown *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation* (New York, 1975) 19-32.
126 R. Ruben & B. R. Brown *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation* (New York, 1975) 19-32.

resumption of conflict has become an unattractive option, the same dissonance-reduction or rationalization processes will lead all concerned to find new justifications for and new advantages in the agreed upon terms of settlement.¹³⁰

במצב שבו כבר נמצא פתרון לכססון, "ישל" הדיסוננס נהפך לכלי לשמירת הסטוס-קוו המתוק את הסכם. גם כאשר יש סיבות טובות לנטוש את הסכם, או נסיבות המצדיקות את שינוי, יסו צדדים להיאחז בהסכם הקיים על-מנת למנוע צריעה, על אחר משקל ניתן לטעון כי אופטימיזם מופרז (מזויזות-הראייה של התומכים בהסכם והזכרים בו) שגאת הפסד וכשלים נוספים הם כלים ליציוב פשרה והרמוניה יתרה אם נהצמח ונשיג על בהסכם או בהתק כחוב, כך, למשל, אף-על-פי שנוכל להרוויח יותר אם נהצמח ונשיג על ההולקה הקיימת של התמקדות, או תהיו, קיומו של הסכם ימנע אותנו במקרים רבים מלשבור את הסטוס-קו, משום שנחתה את ההפסד הקרוב ביחס לרווח תצפוי תחת חושיה של שגאת הפסד. כך גם ינשא כסופו של חשבו לראות את השינוי בהסכם כאור ורוד יותר כאשר יצבע אותה מהבונן מהצד. באותה מידה, חוק המסדיר סכסוך כלשהו ברובכ תצדדו יוצר חשיה נגד פתירת הסכסוך מחדש אף שיתכן כי הפתרון שיצד גרוץ מאוחרים אפשריים.

ניתן לומר כי פעולהם של הכללים, העשויה להתבטא בשילוב של כמה מהם באותה סיטואציה, משמשת לשימור הסטוס-קו, העשוי להיות קונפליקט, או מנגד - רגיעה ותרמוניה במצבים של קונפליקט, יובילי החשייה להזמנעות מהנעה להסכם והתו מבשיל במצבים של רגיעה ימנעו החשייה ערעור על המצב הקיים והתו כלי מייצב. העיקרון הבסיסי של אופן פעולתו של דרכי קבלת החלטות אלה מבטא שאיפה לשינוי משקל וליציבות במסגרת תמונת-עולם "ביולוגית", התמונה המתבדרת מתאורם היא של מציאות "טבעית", שבה האורגניזם האנושי מתפקד מתוך מנגלות המקומות את מצבו ויצורות סכסוך, אך לעיתים גם משמרות את הקיים ומזנעות סכסוך. יו החשייה אינן אלא "קיצורי דרך" - יוריסטיקות שאינן מתבססות על ניתוח שיטתי ואובייקטיבי מלא.¹³² במצבים של קונפליקט הן מובילות להתצאות תת-אופטימליות או להיעדר הסכם.

מעניין כי ניתן לאבחן "חשייה" שמרנית מונגת בכסיס המטרות הקלויות העוסקת במשא-ומנן ובישיב סכסוכים, המתמקדת בשאלת הכסיס: מדוע משא-ומנן נכשלים או מגיעים להתצאות תת-אופטימליות, כפי שפורט לעיל?¹³³ ספרות זו בונת את פעולתן של החשייה ככל שדאי מונעת הסכמים, וכך מלעלמת מהקושי של פעולתן בעניין מניעת סכסוכים. אם החשעה מייצרת דיסוננס, האופטימיזם המופרז או הרגיעה מחוסר רואות מפרחיתים את כמות הסכסוכים המתעוררים ומגייצים אנשים לרכא קונפליקטים, ייתכן שיש

130 Arow et al., *supra* note 5, at p. 19.
131 לדין בנורשים האבולוציוניים של החשייה והכשלים שכתבתן וטברסקי מאראים, ראו: J. Monier "Darwin's Mind: The Evolutionary Foundations of Heuristics and Biases" (Working Paper, SSRN).
132 Gilovich et al., *supra* note 3, at p. 653.
133 ראו לעיל סקטס להערת 22.

אופטימיזם עשוי להקל רגשות על המחזיק/ה בו, לעמדם דיסוננס קונגושיבי או לשמש כרכיב אישיותי חובני.¹³⁷ אכן לעיתים, האופטימיזם אינו כלל העציה של "האני", אלא שימוש מניפולטיבי מודיע בתפיסה המוגזמת על-מנת להשיפע על האור ולהגיע אותו לווה.

"In some competitive situations, the advantage of optimism and overconfidence may stem not from the deception of the self, but from the deception of the opponent. This is how intimidation works - and successful intimidation accomplishes all that could be obtained by an actual victory, usually at a much lower cost."¹³⁸

חוסר האפשרות להבחין בין הכשלים הקשורים למנגנוני הקליעה הבלתי-נשלטים שלנו ולהנאי עיבודם לבין השימושים הטקטיים במנגנונים אלה מתוך ניסיון לקדם אינטרס עצמי במסגרת משא-ומנן יוצר בעיה לחוקריו של נושא זה. כיצד ניתן להבחין בין האותנטי והטבעי אל מול המניפולטיבי והמתחכם? כיצד יובחן כשל "אמיתי" מסתם ההתנגות אסטרטגיות בעייתיות זו עולה וכוללת במיוחד כאשר מדובר בתנובת נגד מבוזזות:

"The theoretical question that remains unanswered, however, is whether such devaluation also occurs in the parties' private evaluations... Ideally, one would like to answer this question by gaining access to the candid evaluations, or better still the changes in evaluation, that occur in the context of a broad sample of face-to-face 'real world' negotiations. As researchers, however, we rarely enjoy such access."¹³⁹

הצורך לבדוק במקרה של תנובת נגד מבוזזות את תוצרת תנודים באופן ישיר קשור לאותו ניסיון להבחין את המלאכותי מהטבעי ולבחון מהי התוצרה הסובייקטיבית "האמיתית" של נסיגות בעיני הצד שכוננו. אותה תופעה מתקיימת גם בהקשר של דיסוננס, היכול לשמש לצדדים כלי אסטרטגי להימנע משינוי ולהצדיק עקשנות ודונומטיות. בהקשר של דיסוננס בולט גם עיקרון שחל אף במקרים אחרים.

"The implications of dissonance theory, however, are not entirely bleak for the process of dispute resolution. The human tendency to avoid and reduce psychic pain can also ease the process of acceptance and reconciliation. Once the agreement in question is a fait accompli, and

squad hoping for steady hands as he undertakes to defuse an explosive; the artist trying to summon the will to finish his creation: all of them may be helped by an exaggerated view of their prospects of success"
137 *Ibid*, *ibid* 127.
138 Kahneman & Tversky, *supra* note 25, at p. 50.
139 Ross & Ward, *supra* note 55, at p. 52, 129.

packed with men arguing and fighting for their point of view. Many people are attracted to this view of negotiation and look forward to learning and sharpening an array of hard-bargaining skills, many others are repelled by distributive bargaining and would rather walk away than negotiate in this manner. They argue that distributive bargaining is old-fashioned, macho and destructive.¹⁴⁹

משאריתן תחרותי הינה לפי הטבר זה, והציאות תכלית-במנעו, יש כאלה שנמשכים אליה ורוצים לדעת את כלליה וכיצד לזוץ את עצמם אל מול היריב, אך רבים אחרים שמוצגים במשתמל כבעלי עמדה מוסרית ומתקדמת יותר, יידחו ויירחצו מטובותיה ויראו אותה כמיוזון, מצוי-איטי וחמטני. בכל-זאת המתבררם מציעים להכיר משא ומתן זה כרי לראות איך להגיב בלפני צד אחד שהינו תחרותי כאשר מדובר בסיטואציות שהינו כאלה באופן בלתי-נמנע,¹⁵⁰ אצל דרייטש וקולמן, בעלי המודל ליישוב סכסוכים, הנושית לעבר פשרה ושיתוף-פעולה ברליצית עוד יותר, והשאולות המנוהות את הספר מתנוסחות על-פתי,¹⁵¹

ותרופוש אתר דרכים להשפיע על סכסוך ולהתכוון עליו מחוות-דיאליה המביאה את תקציבים שלו הוא תהיה לרציונליות שאינה חו-צדדית ואסטרטגית באופן ששלזינג מציג אותה. הו יציין לבלת אל עבר לתודעת החרז המונת, בנוסה תודת-המשחקים, לגביש אסטרטגיה אופטימלית להשפיע על היריב/ה ולהות את מהלכי/ה השונים.¹⁵² בשפתו של Fuller, מדובר ברציונליות שתעלה מחוץ המפגש בין הצדדים, שאינה ניהנת ליריעה ולגיטוט מראש ואשר מתנסחת מהות לאורך התליך.¹⁵³ היא נתפסת כאורגנית יותר, בוגרת ומכילה את שתי העמדות השטות, ויש לה שיושים בתפיסת הפרוגמטיים האמריקאית וכן בנשיות פילוסופיות ומשפטיות אחרות.¹⁵⁴ המטרת תזוארטיית הרוחבה המוצעת כיום בספרות משא ומתן על-מנת להכין קובלמקסימי מניחה כי מציאות הסכסוך הינה בניאציות ומצויה ברוב שמעבר לתפיסות חסרי-קטיבייות של כל צד. על-כן, אומנות מרכזית הנדרשת במיפול בסכסוכים היא הבאתם לרציעה או לפתרון באמצעות תכונה,

Lewicki et al, *supra* note 7, at p. 55 149

Ibid., *ibid.* 150

ראו לעיל סקס לחרעה 23. 151

Rubinstein, *supra* note 12 152

L.L. Fuller "Mediation – Its Forms and Functions" 44 S. Cal. L. Rev. (1970-1971) 153

328: "central quality of mediation, namely, its capacity to re-orient the parties toward one another, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward each other"

תעה 2, פרק ב 154

על הקשר בין תפיסת תליך זו לבין תפרוגמטיים האמריקאית "התליך המשפטי", ראו: M. Albersheim *Pragmatism and Law: From Philosophy to Dispute resolution* (Aldershot, 2002).

deterrents. (Again I am reminded of my children.) As a matter of fact, one of the advantages of an explicit theory of 'rational' strategic decision in situations of mixed conflict and common interest is that, by showing the strategic basis of certain paradoxical tactics, it can display how sound and rational some of the tactics are that are practiced by the untutored and the infirm. It may not be exaggeration to say that our sophistication sometimes suppresses sound intuitions, and one of the effects of an explicit theory may be to restore some intuitive notions that were superficially 'irrational.'¹⁵¹ (התרגישת שלי – מי א'י,")¹⁵¹

שלזינג מצייע לנו לפנות אל התושבים "תחיל-רדוח", אל אלה שאינם האוהבים רגשית, אל מה שנתוח כחיעודי שלישית עצמית מלאת (הוא נוכח בילדיזם) כדי ללמוד על עקרונות של אסטרטגיה ותנהגות "בלתי-רציונלית" אינה צריכה להישפט "כשיל-עצמה" לפני, אלא לפי תאופן שבו היא מתקדמת במטרת משא ומתן.¹⁵² שלזינג כותב את ספרו מתוך תנוה ראשונית כי משא ומתן תחרותי הוא שדה הדין.¹⁵³ והוא אינו מועל בתקופה שבה התנוה של עונה קבועה נחשבת לכשל קוגניטיבי.¹⁵⁴ או אפילו כנאות שיש לה הלוכה שוות-ערך או עורפת. תנוה-המוצא שלו היא כי בתחילת תחום של פשרה, ינסה כל צד באופן לגיטימי להשתמש בתחבולות שונות כדי להוביל לבחירת התקדמת שזוא מעורף.¹⁵⁵ למן שנת 1960, שבת נכתב ספרו, עבר העיסוק בלימוד סכסוכים מתפך אדיאולוגי לכיוון חפיש אורי שלום ותחרונות מוגדלי עונה, ואין הוא מהמקד בלעצית בהלוקה או בתחרות. גתן לומר כי ספרו תכטיט של משא ומתן ויישוב סכסוכים אינם מניסם רק להכין את הראטרטגיה של קונלמקטי.¹⁵⁶ ואינם נמועים בתפיסת-עולם של מלחמה קדה ושל איום טילים גרעיניים,¹⁵⁷ אלא להיפך, הם מקבלים כהתמת-מוצא כי פותרון ברדכי שלום תוך שייתוף-פעולה הוא המשורה המוצדפת, ומציגים משנה סודרה שמטרתה לקדם מטרת זו. באופן זה נשאלת שאלת-המפתח בספר כשליים ביישוב סכסוכים, כפי שותרגעה לעיל,¹⁵⁸ וכך ניתן גם לקרוא את תזנת הירבים בספרים של לוייקי ואחרים בפתוח של התפר על משא ומתן תחרותי, הם מציגים את האבונה הבאה:

"For many, the strategies and tactics of distributive bargaining are what negotiation is all about. Images come to mind of smoke-filled rooms

T.C. Schelling *The Strategy of Conflict* (Cambridge, 2nd ed., 1960) 17 141

לעיוולוגית בטיסית של סוגים שונים של כוח בשפה עצמיות, ראו: B. Raven, Thirty Power Interaction Model of Interpersonal Influence. French and Raven, 147

Years Later" 7 J. of Soc. Behavior and Personality (1992) 217-244

Schelling, *supra* note 141, at p. 89 143

ראו לעיל סקס לחרעה 109. 144

Schelling, *supra* note 141, at pp. 104-105 145

הו שם ספרו של שלינג. 146

ראו פאונדטיסון, לעיל תעה 12, בעי 119-120. 147

ראו לעיל סקס לחרעה 22. 148

"אובייקטיביות" במונח הפשוט, אלא מדובר בעקרון קליטה וצניבור המצוי באופן אינטרנטי בבסיס התוויה האנושית. הגישור מציע, על-פי גישה זו, עבודה על עיקרון זה שחיה פורשנית בעיקרה ומכוננת במציאות. כך גם ניתן לראות שפה זו כמבוססת על "פירוק" המסמך ופירוקו על ממשותף.¹⁵⁸

מצד אחר, המובנות על התפתחותו של שיה הגישור ועל מקורותיה המראוני מגלה כי והנהגות הפסיכואנליטיות אינן בבסיס הדיסציפלינות המכוננות את השיבה על משא-ומתן ויישוב סכסוכים. ייתכן שההנחה הנמנית בקצבות הגישור או הנדויה המפולקרת אחרי ADR הוצעה בהשראת השבה מפרקת וטיפולית, אך ההתמכרות התאורטית על הנראה נשלטת על-ידי תפיסת-עולם נטורליסטית פרוגרמטית, שבה הגישור והנהגה לעין קודמים לכול מטפזיקה.¹⁵⁹

הכלכלה, תורת-המקדקים והפסיכולוגיה התברתית והקונגטיביה, שתמונת-העולם של השלים נפרשת במסגרתן, וכך אפילו תורת הצרכים והמחשבת נטיות טבעיות, אינן מנתחות עולם שאינו נראה לעין, ומתמקדות במה שניתן לחזות בו ולהארו ללא הנהגה של מציאות אשר מהנה לפני השטח.¹⁶⁰ תפיסות אלה, החלשות על השיטות התאורטיות במשא-ומתן ויישוב סכסוכים, מניחות תמונת-עולם של "א-א", שניתן להצניגה כמובלית ולבר-מספקת.¹⁶¹ לנושא-ת-גונות/ת-רציונל/ת עדיף לנסות מעט אל הנבלתי-רציונלי כאשר מדובר בשלים אסטרטגיים, ולשתף-פעולה מתוך מחויבות לרציון הגישור. כאשר לשלים קונגטיביים, ייתכן שחוסר מודעות אחרים ישפר דווקא את מצבו/ת, וגם אם י/הנחה להתגבר עליות, לא תמצא בכוחה נקודת-משען שהינה "מצאות" רציונלית.

התמכרות בפעולתם המפולה של השלים לעיל מדגישה את היעדר נקודת-המשען שהנחתה שלקח מציגים ואת הסובייקטיביות הקיצונית של סיטואציית הסכסוך היוצרת חשיבה זו. סכסוך הוא חולי או הפרעה, על-פי תפיסה זו, שהגים "שבמיים" וקשורים לנשיות תחרותיות (כשלים אסטרטגיים), מצד אחר, ולציונות תפיסתיים (כשלים קונגטיביים), מצד אחר, היוצרים מפגש כאוטי אינטר-סובייקטיבי חסר נקודת-משען מבוטאת "דמציאות" שלה. מוויית כללית יותר ארצה לטעון כי יש להבין את תפיסות "כישלים" כחלק משפה או "קשתהק-לשון", שבמסגרתם הדיאלוגית והבלתי-רציונלית מובנים באופנים מסוימים. מדובר בהנחה של מציאות הנמצאת "שם", היוצנית להתמכרות/ת או

158 על הגישור כנרטיב של דה-קונסטרוקציה, ראו: S. Cobb "Empowerment and Mediation – A Narrative Perspective" 9 *Neg. J.* (1983) 245-299.
 159 על האפטימולוגיה המאפיינת את תרבות ה-ADR ועל חשיבה על משא-ומתן, ראו: ראו, למשל: 11-14, at pp. 11-14, *supra* note 6, Albrestein.
 160 פסיכולוגיה נורמלית בסכסוכים מתואר בקצרה, התהיזותה זינה לשלבים מוקדמים המושפעים מדרוין, מוקס ומוריי, ולתהקצעות מאוחרות יותר המתמקדות בנישיות והתמלגות לטיפות אובייקטיביות ונכונות תפיסה מול תפיסות קולקטיביסטיות ונבונות הקשר תרבותי, כלכלי או ציבורי אחר.
 161 השימוש בביטוי הוא בהשראת פפרו של קירקור או-א, אך הן בגישורן ללכת אל מעבר לרציונליות המורלית והדרכושויות אל עבר ההגות אומגתית והגישות אסתטית. סוף קירקור או-א (י גולמקו עורך, תשנ"ח).

הדוקה או גיסות מחדש של הדיכט האסטרטגי שלהם כשולי. הדגשה יתרה של היכט זה עשויה להתפרש כיום אף ככשל קונגטיבי, כמפורט לעיל.
 בזהרה אל שלנג ואל כתיבתו בשנות השישים. הרעיון שגם במסגרת התמכרות התושבת אינטואיטיבית או אף "בלתי-רציונלית" קיים יסוד אסטרטגי, בעל רציונליות משל הוא רעיון מפתח שלו. במשא-ומתן, דווקא ל"התלה-הנפש", לקצינו או לילד יש לעיתים תרדון אסטרטגי ברזק משום שכאשר ניצב מולם יריב מתוחכם, הוא מחויב לפעול בהתאם להיגיון "שלים". התלה, הקצאות או החלשה יכולים להתברר בסיטואציות כאלה ככות אסטרטגי משמעותי, ועל-כן, על-מנת להבין דינמיקות של משא-ומתן, יש להתבונן בהם מקרוב וללא דעות קדומות. גישה זו, המדגישה את האסטרטגיות שבשלים ובהתמכרות בלתי-רציונליות לכאורה, מוכיחה תפיסה שמקומה נפקר בדרך-כלל באופן ישיר מספרות משא-ומתן ויישוב סכסוכים. היה זה פרויד שילמד אותנו כבר בראשית

המאה העשרים כי גוררות או התמכרות אחרות הנתפשות כבלתי-רציונליות הן פתרון לבציה במישור התת-מודעי, לפי גישה זו, תטיות אינן "בלתי-רציונליות", אלא בעלות "רציונליות" משל עצמן, המשדמת צרכים ופערים בעולם הנפש.¹⁵⁵ במידה מסוימת ניתן למקם תרובה "פראידיאטית" זו כמקור השראה לתנועת ה-ADR (Alternative Dispute Resolution) ולהניח הגישור שהיא מוצעת כחלק מהתקורות שהיא מופה לפני השפטיה. וטענה תודה כי חשיפה של היסודות הבלתי-רציונליים בהתנהגות האנושית, הנלמדת מפרויד, קוראת לדרכי התמכרות יצירתיות ופרשניות יותר, ופחות פורטיביסטיות ומצויית.¹⁵⁶ מוויית-ראייה "פראידיאטית", סוג התקשורת ששית הגישור מנסה לקיים מניה יסודות בלתי-רציונליים בהתנהגות האנושית, שניתן להתגבר עליהם באמצעות נשיות, פרשנות ופיתוח אישי.¹⁵⁷ המציאות המונחת ביסודן של הנחות אלה "בהחץ" או

155 ז' פרויד מברא לפסיכואנליזה (תי א' מתרגם, חי אורמייאן עורך, תש"ז, כרך א) 168: "...התעבה שאין התגשה מקרי, אלא יש לו משיב, משיעיות וכונה, שהוא שייך להקשר דברים נפשי מסוים שהוא ניטן קסן המוריי על תהליך נפשי חשוב".
 156 A. Sarat & S. Sibley "Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Juridical Subject" 66 *Denver U. L. Rev.* (1989) 437, 444: "In its critique of adjudication, the contemporary ADR movement drew upon and incorporated Freudian/psychoanalytic critiques of rationalism which have achieved a nearly taken-for granted status in popular and intellectual discourses. At the most obvious level, the psychoanalytic challenge to rationalism derived from its claims to unmask and explore the irrational foundations of human behavior. Beyond this, Freudian perspectives promoted interpretive and imaginative forms of understanding, rather than objective and positivistic marshaling of material evidence associated with science and with law".
 157 *Ibid.*, at p. 444: "Integral to both the new subject of study the irrational aspects of human behavior – and the new emphasis on interpretation and imagination, was a particular process of communication. Although the forms and techniques of therapy were advanced as both a scientific and professional activity, its widespread acceptance was founded in shared values associated with personal 'revelation, personality growth and development'".

התודעה והרציונליות כקדמות להחלטות. אחריו "יבין דגם הלוּפני בניגוד, המכונה המודל המטרנספורמטיבי, המציג את ההתנהגות במשא-ומתן, בהשראת המפנינים התרבותי, כמבטת על-ידי רגש מוסרי ואינטקט של דאגה. גישה זו מציבה את הרגש והקשר כקדומים לרציונל ולתפורה. לבסוף "יבין דגם עכשווי חדש יותר ביישוב סכסוכים, "תמודל הרביעני", המניח קדימות של השפה לתודעה, הרגש ואף לצרכים. לפי דגם זה, השפה והתרבות קדומים למציאות, וזו מובנית לאורם.

כל אחת מהגישות האלה תציע את התורם שהיא מצריפה לטיפול במציאות המשלימה או להכחשתה והמגלגלות המנוגה. הפניסה הקפיטליסטית הרציונלית תניח כי מודעות לנשיות מלווה ברצון האנושי להתעלות בעליות ולפתח את תרבותה; התפיסה המטרנספורמטיבית תניח שמוחצנה אידאולוגית, על הגישור לפתח את תחושת הקשר ולחזק את ההיבט הרגשי מכלי להגנה שהמציאות היא כזאת שבה אנשים מתפשטים סיפוק צרכים ואיזון השוויון; התפיסה המטרסטרית תראה את "הסביבה הטבעית" של סכסוכים כקטסטרופים ונרטיבים המושפעים מהתרבות, ולכן תתווך להשפעה במישור זה על-אמת להשפיע על הפיסות והצרכים והכשלים של הצדדים. תפיסה זו תניח כי תיאוריית הכשלים והצרכים היא סיפור אפשרי אחד, וכי אין לאמצו כמייחד את האנשים.

2. קנט והתבונה בין עולם הנטיות לממלכת התודעה

ניתן לפתוח באפלטון, אריסטו וקרט בהקשר זה,¹⁶³ אך נראה כי דגם מובהק של אנושיות אשר ייחודה מוצב בהליכה אל מעבר לצרכים מוצב על-ידי צמחואל קנט, ויכול להכיל אף התפתחויות קודמות. נוסחת הסובייקטיביות שקנט מציב, כהו המועלה על הפניסה והנשיות המפונגת על-ידי עולם התודעה ומוסרי, היא אבודורד בהשבה המערכת, ולא ניתן כמעט לדמיין תודעה מודרנית שאינה מפנימה אותה במידת-¹⁶⁴ מה.

המטפיזיקה הקפיטליסטית לא חודת למעשה לשיח הגישור, ולא ניתן למצוא דגם חותר לרציונליות בסגנון "הציווי הקטיגורי" או תזקת תכלית של קנט. ייתכן שניתן להסביר

163 תצטוק בנושא האידיאות אצל אפלטון והניסיון לעמוד שוב ושוב, תוך כדי ריאליזם סוקרטיים, על משמעות מילים כגון "צדק", "רופי", "טוב" וכיוצא בזה, מוביל לדיון אשר בביסוס התנהגות כי כדורשאו הינו מתאם ומקבץ של תכונות המצויות בעולם הרהה המשותף, פוליטיאיה; אפלטון כהבו אפלטון (משמר, הלך כ.ב. אצל דקייט, תקדמות של התחשבת בצרכים, ובסופו תוך כדי התהלך של העלות הספק, אשר במסגרתו אסדות משמש אנז קופי, אשר רק ממנן מספק מוחש והוא החושים ומשרת הניבס הקופי. ראו גם ר' דקייט הנתינת על הפילוסופיה הדיאלקטית, יי אור מהרג, חיי רות עודר, תשי"ט. J. Lacan *The Ethics of Psychoanalysis* (1959-1960) (New York, D. Porter; 1964 trans., 1997) 77: "In truth, I believe that the achievement of a form of our subjectivity that deserves the name contemporary, that belongs to a man of our time, who is lucky enough to be born now, cannot ignore this text"

למשל/ת, שהינה אויב-קטיבית, ואינה תרונה בעצמה למשא-ומתן; מדובר באפשרות קיומו של צד שלישי מנותק מן הסכסוך ומנוטרל מכשלים מרכזיים המאפיינים אותו; מדובר בתבנה דגם רציונליות מסויים, תה של הטובייקט הכלכלי הבהר וממקסם, ומדידת כל-היגיה ממנו בהשגה מסוגרת דיון זו יוצרת תמונה מוגבלת של מציאות, כזו שבה אין אפנס הנחה של מודעות מלאה ופעילות רציונלית על בסיס ירע מושלם בעולם תורת-המשקקים, וקיימת ביקורת של הנחות מוגבלות אלה, אך במקומן מוצבת תמונה קטבת ורציונלית גם היא: כזאת של סובייקטיביות על-ידי מנגנוני קליטה מעוותים, אינטרס עצמי מוגבר והעדפות שאינן בשליטה.¹⁶²

מכאן עולה מסקנת כי אין מדובר ב"כשלים" מול "צורמליות" ובאפשרות לזכח מהתון מדויק כאשר למה שיש להלמנע ממנו. הכשלים המתמים הנאי אפשרות של הפיסה של סובייקט במסגרת סכסוך, אשר מתנסחים במסגרת לויקתה מצורבת, תוך אימוץ מוטה של אידאולוגיות השוק והרציונליות שהיא מבטאת כדגם הנורמליות, המשמש אמת-מידה לקבוצת מה הם הכשלים וההשיות, החלקים הנאים יציעו דגמים אחרים של הפיסות סכסוך.

ד. כנמר הכשלים: דגמים הומניסטיים יותר של יישוב סכסוכים וגישור

1. תודעה מול התנסות, רגש מול ידיעה, שפה מול מציאות

סוג אחר של הפיסת אנושיות, שהתאסוריה שלה ארוכה בתרבות מתפיסה הכלכלית או החקר והוגנוטיבית, הוא כוח המצית את הייחוד של בני-אדם ביכולתם לתרוג מן הטבעי ולשאוף אל קיום שהוא בעיקרון, מעבר לתומר ולחשיות כאשר המהות האנושית נתפסת כנשלות על-ידי התודעה, הנופת על-ידי רגש מוסרי או מוכנית על-ידי השפה, מתפתחת גרשה שונה כלפי תהלך קבלת ההחלטות וכלפי המתרחש במשא-ומתן ובגישור. חלק זה יציג, בקצרה, שלוש הפיסות הומניסטיים אפשריות של משא-ומתן ויישוב סכסוכים, והחל בקנט, שאינו עוסק ביישוב סכסוכים, אך יוצר באופן המובחן ביותר את ההבדלה בין עולם הנשיות והצרכים לבין העולם הנשלי על-ידי התודעה. זו הפיסה המציבה את

162 רצנת ניצון מקביל כאשר לוקחים בין Law & Economics לבין Law & Behavioral Economics ניתן לצנו אצל: Rationality Should not be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Rationality. *Georgetown L. J.* (2002) 91 "Incompetence Forthcoming" מציל מציב שתי נחות סותרות של שני תוצמים: גישת משפט הכלכלי מניחה כי יחידים הם ממקסימים רציונליות של ספקוקרם בהתנהגותם בשוק ומחצה לו. לעומתה, הגישה הבהוריווירוסיות של משפט הכלכלי מניחה כי יחידים נופלים באופן משותף לכשלים ואשלות קוגניטיבית המובילים להתנהגות בלתי-רציונליות חוזרות בתוך השוק והחוצה לו, מעצמו היא כי שתי הנחות אינן מבוטאות באופן אמפירי, וכי רכיבים אישיים וכן תלוי-סיסטמית חזקים יותר בעיצוב תוצאות בפועל, גישת משפט הכלכלי מציגה לפי תפיסתו, הנחה של רציונליות-יתר, בעיר הגישה הבהוריווירוסיות של משפט הכלכלי מנגזרת א-רציונליות-יתר.

ומפיוט משלה, אשר הכרה בהן חשובה באופן מוסרי וניתן לגזור ממנה כללי פעולה המתעלים על הנטייה.¹⁶⁷
● להתייחס במשניות העולם שמעבר לתופעות "שחוסכות מתרחש במטגרות ולנסות להשפיע עליו באמצעות העולם שמעבר לתופעות" שהמסכות המתכונן על-ידי התודעה.

● פנייה להוגה מאחר יותר – ג'ון רולס – המושפע מקנט, אך קורא אותו מחדש למטרת פונקציונלית מדינית, תציע כי צדדים לסכסוך "פורזו עצמם מן המעשה"¹⁶⁸ בכך שינסו לנסות פתרון לסכסוך מאחורי מסך בערות שבו אין יודעה התפלגות הכשלים ביניהם ומצבם הרמטי. במצב כזה הם יגבשו פתרון אופטימלי וריגולתי, הנמסרל הטיה וכן מהמשב במצבו של החלש ביותר או לפחות אינו מודא.¹⁶⁹

ניתן להסיק המלצות האלה מתוך משנתו של קנט, והן מבטאות ניסיון להתמודד באמצעות הנטייה עם הידע שהמסכותולוגיה התבררתי ומתן הוא בעל הקשר מוסרי, אך מספקת לנו כיום. מאחר שהמפגש המתרחש במשא ומתן הוא בעל הקשר מוסרי, אין לתמוך בלשונו של קנט, כי עליו להיות נשלט באופן מלא על-ידי התוקיות של "עולם התודעות". האפשרות המשמעותית לפעול בתוכו היא על-ידי פנייה לרצון תופשי ומתוקף, המונחה על-ידי התכונה והמתכוון אל "הדבר כשליצמו", הנמצא מעבר לעולם הפנימי. אומרוץ מציע דגם אחר של גישור וניהול סכסוכים, דגם זה אינו מניח מצטיאות "טבעית" כמצע שעיוותי התפיסה נברקים לגביה, אלא מניח את היחס האתי כחוויה האנושה הכסית, שתפיסת ניהול משאל ומתן ויישוב סכסוכים צריכה להתבטא על-פניה. בין אם מדובר באתיקה קפיטאנית, המניחה אפשרות ללכת אל מעבר להטיות תוך חיפוש אחרי ציון קטיגורי, ובין בריגוליות רוליאנית מאחורי מסך המעורר.

התכונה של קנט בין עולם התופעות לבין הדבר כשליצמו כוללת חשוכ בניסוח הסיבטיקטיביות המודרנית ככזאת שבה השכל קודם לרגש ומורעף עליו. הפעילות המוסרית במובנה המלא היא, לפי קנט, הליכה בהתאם לחוק כללי אוניוורסלי, ועיקרה כבר צמוק לאחר, חשיבה מכלילה וניסיון להתעלות מעל הרגש והנטייה. בהיסטוריה

167 לעניין התייחסות לצד האחר כתכלית לצמצום, ראו קאנט, שם, בע' 92-94: "האדם וכל בעל תבונה ככלל ישנו בתור תכלית לעצמה: לא רק אמצעי הוא שיצנו זה או אחר יוכל להשתמש בו הפתע, כי אם, בכל פעולותיו, הן במכוונות אל עצמו והן במכוונות אל אחרים, הוא צריך להתייחס גם כתכלית, כל מושאי הנטייה יש להם רק ערך מוגבל, שאלמלא הנטייה והצרכים המיוסרים עליון היה מושאי בל ערך. אך ערך מוגבל, שהן מקוריות הצרכים, אין ערך מוחלט שיתייב לחפץ בהן; אורכא, הנטייה עצמה, מה שישל בעל תבונה צריך לחפץ שיהיה תופשי מהן לגמרי, הרי שיידן הן ותוקות הן מה שישל בעל תבונה צריך לחפץ שיהיה תופשי מהן לגמרי, הרי שיידן חרבים שצוין לקנותן ע"י פעולותיהן הוא מותרת המיד. היוצרים שישוהם אינה תלויה ברצוננו כי אם ברצון הטבעי, אך הם, כשהם יצורים מחוסרי תבונה, יש להם רק ערך חסי של אמצעים, והם קוריים לפי זה תפיסה יצורים יצורים בעלי תבונה נקראים אישים, מפני שצמם טיבם מצוין אותם כתכליות לעצמן, כלומר כדבר שאסור להשתמש בו שימוש אמצעי בלבד, והוא מוגבל אפוא במידה זו את שרירות הרצון (והוא מושא לתבונה כדבר)".

168 תביטו שאול מיהרדף את האנשים מהבידוי", שהוא אחד מעקרונות המשא ומתן של פילסופי, לעיל הערה 119, בע' 11.
169 J. Rawls A Theory of Justice (Cambridge, 1999)

זאת בשורשים האמריקאיים של הגישור כמתפתח על רקע מסורת עשירה של "מוד נגד תפול"מלזים האירופי". יותר מכך, הגישור צומח כהולפה וכדרך "אורח" לעיסוק בבעיות ישנות, ויש לו נופך אנטי-אינטלקטואלי נוסף להשראה של המצב הפוסט-מודרני.¹⁶⁶ מאפיינים אלה מסיבירים מדוע הפנייה לשקספיר מערביים קלויים או לריגוליות מסוג "תכונה שהודח" אינה מעניינת של "המתכוננים" המצויים בתחום.

קנט מבחין בין עולם הנטייה, הכפוף לחוקי הטבע ואשר קיימים במסגרתו ציוניים מולגמים בתוצאה, לבין עולם התבונה, אשר במסגרתו האדם מחויב לקצוץ חלקים כלליים בעלי ערך פנימי:

"כל דבר שבטבע פועל לפי חוקים, רק יצור בעל תבונה יש לו היכולת לפעול עפ"י מחשבת החוקים, כלומר עפ"י עקרונות ויכולת זו היא הודעה, הואל ולשים הסקה הפעולות מתוך החוקים רדושה תבונה, אין הרצון אלא תבונה מעשית. אם התבונה קובעת ומניעה את הרצון כדבר, הרי פעולותיו של יצור כזה שהן מוכרות כדבריות מתבונה אויבטיקטיביות, הן הכוזיות גם מכינה סריבטיקטיביות. ייא, הרצון הוא יכולת לבחור רק באחד מהכר שהתבונה, בלי השתתפות הנטייה מכירה אותו כדבר הכרחי מבחינה מעשית, כלומר, כדבר טוב."¹⁶⁷

התנהגות אנושית במלוא מובן המלה לפי קנט, כזאת המשוחפת לכל היצורים התבוניים, כוללת התעלות מעל הנטייה ומעל חוקי הטבע והמבטאים השורונותיה של יטומת פועלות. היכולת להביח את "מחשבת החוקים" ולפעול בהתאם לאוטונומיה של הרצון מובילה לשלילה עקרונית של כל ניסיון למצוא תיאור של מפגשים אנושיים במנותחים של מקסים או כפיפות ל"טבע".

בהשאלה וביישום לעניין הכשלים במשא ומתן, ניתן לומר כי טיבם המיוחד של בני אנוש יוביל אותם –

- לעבור דרך "היסטונס" ולעבור עמו; לשאוף לצדק שהוא מעבר ליכולת התוכחות לקלוט ולהכיל, תוך קבלה של פרדוקסים וסתירות במסגרת התפיסה התוכחות הקשורים בסיבטיקטיביות של תופעת הצדק.
- לחזור ולהגבר על מכשלת "האופטימיזם המופרד", תוך ניסיון כן להביח את מצבו של האחר, ולחזק תפיסה שהוא מעבר לסיבטיקטיביות המכלילה של תפיסת סכסוך בשיירות האינטרס העצמי.
- להימנע מצוננים שרירותיים באמצעות תופשי עונגים חדשים, מהם ניסיון לגיטי תפיסה כוללת ככל האפשר של הסכסוך.
- לחזור נגד הכשל האסטרטגי ולנסות להתוותם לאור כאל תכלית בעלת אסטרטגיה

166 תודעת ה-ADR מגיחה לעולם בסוף שנות השבעים של המאה העשרים בניסיון לפתור את בעיית העונש בכת"המשפט. על-אף תוצה המעשי והפרידיגמה הריגוליות המאפיינת את העיסוק בתחום, נכרת השפעה והשראה פוסט-מודרנית ברעיונות של התנועה כן, למשל, חוזרה אל הקיולת ואל הליזים המקובלים בהברות קדם-מודרניות, וכן תפקודם בנויאה לעץ ובמתודות יעוץ לתפקת אמה, באפיינים את השיח הפופולרי של תנועה זו.
167 צ' קאנט הנהח יסוד למשפטוסקיה של המוריות (כי שפי תרגם, משנת 59-60)

שכבשלים,¹⁷⁴ והשענה של גיליגן היא כי הן משותפות לגברים ונשים (גם אם בפועל, בתקופת המחקר, נשים הן אלה שבישאו אותן) וכלית מימד אוניוורסלי.¹⁷⁵ בתחום של "ישוב מסוכנים, אחרית הדאגה מצאה לה ביטוי ברמות דגם משי של גישור המכונה "המודל הסרטורל-משיבי". דגם זה מופיע יותר מנישור אחרי שהגישור הפרגמטי בנוסח פתרון בעיות צובר תאוצה, והוא באוגר את תחנות הכשלים ותפסות הסרטורל-משיבי דגם דומיננטי. השענה של רובט של גיליגן ופולג'ר, מייסדי המודל, היא כי מסודר הוא הדימויות לחוות אנושיות מוגברת דורך דיוקא דרך חליכה אל מעבר לגרסיב תכשלים.¹⁷⁶ ספרם ההכשרה שבגישור מראה כי תפיסת הגישור כמספק צרכים מציגה תמונה מוגבלת של הפוטנציאל החיובי בו, וכן היא חושפת אותו לקיצרות מצד אשי וכוונות-אדם כחסר ערך מוסרי.

ניתן למצוא אצל בוש ופולג'ר את הקריאה להשתתף מפילוסופיית הצרכים, תוך גיבוש סקמה גישור המצטבת סרטורל-משיבי אופטי וכוונת, בהשראה זו הם מציעים את המודל הסרטורל-משיבי של גישור.¹⁷⁷

"Why focus mediation practice solely on the objective or speedy and cheaply reaching a settlement – or reaching as good, creative, fair or optimal settlement? If these were the only valued products of mediation, it might make sense for mediators to focus on arm twisting, case evaluation, deal-making or problem-solving. But the evidence suggests that there are other products of the process that parties value equally or even more highly... these questions point to the importance of what my colleague Joe Folger and I have called 'empowerment and recognition' in mediation practice."¹⁷⁸

בוש ופולג'ר מנסים מודל גישורי המתמקד בחליך, ומוצג כ"התבררות" חשיח תגישור,¹⁷⁹ באמצעות זוחית "סיפור תיפוק" שאיין אותו עד כה באופן דומיננטי,

174 ראו: P. A. Braut & I. Derrida *Resistances of Psychoanalysis* (Stanford, P. Kanuf, P. A. Braut & I. Derrida, 1998) 10, 17.

175 C. Gilligan *Mapping the Moral Domain* (Cambridge, 1988) 17, 62-63.

176 גרסו והתגורס שאכן חדרו לתחום הגישור ואף קיבלו ביטוי ברצונה של דגלים קונקטיביים הינה דיוקא דורך תליכורים בנוסח גיליגן (ראו: 94 note *supra*, Bush). או השענה הקונקטיביאנית (ראו 10 note *supra*, Umbreit). לפי הקורות הן, הסרטורל-משיבי אינו צריך לשאוף ללכת אל מעבר לנישור, אל עבר החוק המללי או לכינון אוניוורסיאליים והשבה רצונית מוגהרת, אלא להיפך: דרך האפשרות, קשר האחרות הספונטנית מתפתחת אחרית שאינה של צרכים, אלא של זוגה ואחרות. ניתן ללמוד זאת הן מנישור וחדרי תחרות שלגן (ראו: 171 note *supra*, Gilligan) והן מקהילות קדם-מודרניות. (ראו: 203 note *supra*, Umbreit).

177 Bush, *ibid* 177.

178 *Ibid*, at p. 29.

179 על רצונה דגם זה כ"התבררות" הגישור, ראו: J. Folger "Into the Woods: Mediation Address to the Australian National Mediation in its Adolescence Kenoe" Address to the Australian National Mediation Conference, May 1998 (edited from a transcript).

המערכת הולדת המחצית השנייה של המאה העשרים ביקורת של תנאורות במתכונת הן, ואחל הקולות המעיינים בהקשר זה הוא הפמיניזם התרבותי, אשר דגם גישורי שהתעצב לאורך "בתוך החלק הבא".¹⁷⁰

3. המודל הסרטורל-משיבי: הרגש האתי והאמפתיה כבסיס התחנות האנושיות

קרול גיליגן (Carol Gilligan) צרכה את מחקרה בפסיכולוגיה תרבותית בשנות השמונים המוקדמות, סמוך לעלייתו של הגישור המודרני, ושענה כי בניגוד לתחנות של התפתחות מוסרית המבוססת על טולם קונטיננטי שבראשו חשיבה קנטיאנית מופשטת, גברים ונשים מקבלים החלטות מוסריות באופן שונה. אצל בניס או גברים המתקרב הן ליליים וכן קבוצות של נשים בגילאים שונים חושבה היא אכן קנטיאנית, קרי: אוניוורסלית, רצונית ומונתקת מרגש ומניסוח, אך נשים נוטות, לעומת זאת, לגבש הכרעות מתוך תגובה כלפי-הסביבה ומתוך אשפתיה והאגה לסובבים אותן. הן "גישאות" ונתונות למעשה עם הסובבים מתוך תחנה של קשר, ומסרבות להיענות לכוונות תכלתי-אפשריות שדילמות מוסריות המבקשות תכרעה מציבה. נשים מסרבות "בקול שונה", ואחרית הדיאגה שיהן מפתחות אינה טובה כמות מואתריקה הקנטיאנית הקלסית, ואולי אף עדיפה עליה, ו71 בתבדל מהחשיבה הקנטיאנית, המדגישה את קדלומתה של התכונה והאחרית או תכונה טוהרת ומנתקת, אלא מונחת על-ידי "חוש משיבי", קשר, אהבה ורגש כבסיס לתחושת הקיום. גישה זו מבטאת חשיבה יצירתית שאינה לינארית במובן הצר ומכרחה את הגדרת העוגה והחשיבה התחליתית במהלכות הגישור הקלסי. 72 תנועה ומופסדים, אם כי תמונה-עולמה/התאורטית הינה ליברלית קלסית, כפי שצוין מנצחה ומופסדים, אם כי תמונה-עולמה/התאורטית הינה ליברלית קלסית, כפי שצוין לעיל. 73 בפמיניזם התרבותי מדובר בתיאור של התנהגות האנושיות בקשורות קודם-כל לחוויה הארית הרגשית, ובהכרחה של "הפרדת הרשויות" בין עולם הנשים כשלצפם לבין עולם התופעות הנחון להנשים. השענה היא שהגישוריות האחרות והאמפתיה אינן ישיביות" פחות מה"כשלים" שהפסיכולוגיה או תורת-המשחקים מוארים. רגישויות אלה עשויות אף לפעול בניגוד להמצאות הפסיכואנליזה והמצאות לתבין את "האמפטיה"

170 להיאר חרמים הפמיניסטיים השונים ראו א' קמיר פמריהם, תריות ומשפט (2002), דים מוכר נוסף ונופל חלק בביקורת זו הוא הקונטיננטיזם, ראו לזוגמה: A. Gutmann "Communitarian Critics of Liberalism" 14 *Phil. and Pub. Aff.* (1985) 308.

171 C. Gilligan *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Cambridge, 1982). נחת המוסר האוניוורסלי והקנטיאני כשיא התפתחות תרבותית התחושה על-ידי Kohlberg, בתיאורית תפסיכולוגיה התפתחותית של, שיישמה אף בסיס לחלק שבמטרתו אבתה Gilligan את הקול הנשי השונה. לתיאר טולם תהתפתחות של Kohlberg, ראו: Gilligan, *ibid*, at p. 27.

172 ראו לעיל מקסס לעריות 90.

173 ראו לעיל חלק ב'

נצלגתי; כאשר הוא מכיר במפורש בהוכחה והמורשת של וולונט לה ביטוי מילולי באיתי תצד זאת, לעיתים בלתי היתרית והצוללת, או אפילו רק באוזני המגש/ת; כאשר הוא גותן ביטוי מילולי להכרתו במצבו של הצד האחר באמצעות שינוי עמדות לגבי נושאי הסכסוך או באמצעות הצבעה על השתלשלותו לחתור לשינוי כזה גם אם לא יתגש הסוד בסופו של דבר.¹⁸⁰ השינוי שבשינוי ופולגרי מתארים כולל מהלך קוגניטיבי ואסטרטגי הברוך בהתגברות על הכשלים האנתרופולוגיים המייצרים את הסכסוך, ובעיקר התגברות על האופטימיזם המופרז והכשל בשיחות האנטים העצמי לטובת חוויית ההתכוונות אל האחר והצורך לכתב לקראתו. המגש/ת אינו/ה אזור/ה לאון או לאיין את הכשלים באמצעות שימוש בטכניקות שונות להעברת מידע או להסתרות או באמצעות מניפולציות תקשורתיות אחרות, אלא תפקידו/ה להציב לפנייהם את הנטייה המפוכה האנושית במקורדת מוצא, קרי: ההתכוונות האחרת לכתב אל מעבר לגישות, לצרכים ולכשלים כמרכיב החיוני והגשורית.

אלא אומרייט "הגישור ההומניסטי" מהווה דרך לעצב אותה התכוונות: "A humanistic mediation model is grounded in underlying values and beliefs about the nature of human existence, conflict, and the search for healing, as follows:

- Belief in the connectedness of all things and our common humanity.
- Belief in the importance of the mediator's presence and connectedness with the involved parties in facilitating effecting conflict resolution.
- Belief in the healing power of mediation through the sharing of their involved parties helping each other through the sharing of their feelings (dialogue and mutual aid).
- Belief in the desire of most people to live peacefully.
- Belief in the desire of most people to grow through life experiences.
- Belief in the capacity of all people to draw upon inner reservoirs of strength to overcome adversity, to grow, and to help others in similar circumstances.
- Belief in the inherent dignity and self-determination that arise from embracing conflict directly."

התהוות כאן בדבר הטבע האנושי הינו תופרת גאלה של תפיסת הכשלים: יש אמורה בקשר בין כל הכרכים ובאנושיות המשותפת לנו; יש הנהה כי רוב האנושים רוצים להיות בשלום, מסוגלים למצוא משאבים פנימיים של כוח להתגבר על ידיבות ותחרותיות, לגדול, ולצורך לאחיות במצבים דומים לשלום. דרכי מחשבת אלה אינן מנוחות קדמות של אידיאולוגיות רציונליות של שוק כנקודת מוצא שיש לאונה באמצעות תמונת החשיטה

182 תמשת הממדים האלה של הכרה הם ביחס להבאה בהשבוך של הכרה, רצון להכיר, הכרה במחשבת, הכרה בייגור, הכרה במעשה. ראו: Bush & Folger, *supra* note 9, at pp. 89-91.

ומקעבר לרגש ב"העצמה והכרה" (empowerment and recognition).¹⁸⁰ רגש זה מניח, בהתבסס, בין השאר, על מחקרים אמפיריים לבריקת הערכת הניגוד, כי החוויה המרכזית של הניגוד היא הליכה אל מעבר לכשלים, בהמשך אורי נקודת מבטו של האחר, תוך כדי התגברות על מניעות קוגניטיביות בלתי-אפשריות כמעט, החוויה של סכסוך הונה, לפי אנשי גישה זו, קשה דווקא לנוכח התחוויות שלנו לאותם מנגנונים "שבטיים", צרכים והחיות, אשר ייתכן כי הם תורמים ל"תחרות" והינם בעלי ערך "אסטרטגי", אך הם מתחילים את תחושת חוסר השליטה וחוסר האונים:

"What most people find hardest about conflict is not that it frustrates their satisfaction of some right, interest or project, no matter how important, but that it leads and even forces them to behave toward themselves and others in ways that they find uncomfortable and even repellent. It alienates them from their sense of their own strength and their sense of connection to others, and thus it disrupts and undermines the interaction between them as human beings."¹⁸¹

מה שמפריע בעיקר לאנושים בקונפליקט ומוביל אותם לגישור אינו מקסום ואינטרס או שמירה על חובות והכריש, אלא תחושת הקשר שפוגמת, החוויה של התחרות והעוינות תפוגעות במה שתינו בעינייהם האנושי בוחת. האנושי הוא הקיום הרגוע והמקושר, שאינו תחרותי, המביאות לזניקת הכשלים וההשיות ולדינמיקה התחרותית המשתמעת ממנה ויא כשלעצמה מחלישה את תוצרים ומניעה אותם להתכנס בעצמם ולאכר את האומץ להתמודד עם מציאות הסכסוך. תוצה אל חוויית הקשר ועבודה על שינוי הדינמיקה "הטבעית" של סכסוך המשתלשלת על תוצרים ויא מוקד הניגוד תשרוכפורמטיבי, השואף לחזק את התוצרים כסיוואצייה קשה זו ולחזק אותם העצמה והכרה, כך שיהוו לציבור-אקציה חיונית וליכולת תגובה אמפתית אל האחר.

הכרת מתרחשת, לפי בוש ופולגרי, כאשר צד מכיר בכך שמעבר לכווח להתמודד עם מצבו, הוא מסוגל לשקף, להביא בחשבון ולהכיר בדרך כלשהי במצב של הצד האחר, ולא רק כאסטרטגיה של תמיכה בעצמו; ויא יכול להרשות לעצמו להפסיק לחשוב רק על מצבו ולהתמקד בדרך כלשהי במה שעובר על הצד האחר; כאשר הוא מבין כי מעבר ליכולת להכיר במצבו של האחר, יש לו גם תשוקה ממשית לעשות כן; כאשר הוא מודיש לעצמו בפועל לראות את הצד האחר ואת מצבו, באור חיוכי יותר מבעבר. הוא מעורב באותה מודע בפרישות מחדש של מעשי העבר מתוך ניסיון לראות אותם מחדש באור אותה. במסגרת זו, מעשה שנתמס כעלבון מכוון עשוי להתפרש כביטוי לחוסר מובן או דרך שונה של תקשורת. הוא מבין את ההחציה של הצד האחר שהחליכו למה שפרא מתגוננות

180 על תיאור הסיפורים המאפיינים את הניגוד ועל הצגת "סיפור הסיפור" והביקורת עליו, ראו: Bush & Folger, *supra* note 9, at pp. 15-28.
181 R.A.B. Bush "Changing the Quality of Conflict Interaction," *Mediating Family and Divorce Disputes* (Hempstead, J. Folger, A. Milne & P. Salem eds., 2003) 71.

התערבות כספית. איך הוא מניח שסכסוך הוא בעיה בסיפוק צרכים, והוא הוחרג לרובת הנרייב או ואריאדולוגיה שתצויד מובנה במסגרתם. הוא מתקדם על-ידי קריאה אקטיבית ותמיכה של מציאות חדשה, התנתה של הגישור הנרייבי היא שיצירת הקשר של יחסים תאפשר המפתחות של קווי סיפור חדשים ובונים יותר, ותחליש את תנאי השיחה שמתכו בהמשכו של הקונפליקט. משתתפת תהליך זה, ממילא יוצאו גם הפתרונות המתאימים כתרצואה טבעית של החלטה וסיפור הוויזיוני.¹⁸⁶ מדובר למעשה בסגירת מעגל מבחינה התפתחות המודלים שהוצגו עד כה: המודל הפורמלי, שהוא המודל "הקלאסי" של גישור, עלה כשהוא נשלט על-ידי פורדגמה רציונלית, או בוגזוניה, כמצוין לעיל,¹⁸⁷ שמהאחרת תהיות גנרליסטיות ואובייקטיביסטיות ברוב מציאות של סכסוך והיכולת לפתור באופן יעיל. יתר עם זאת, צמח מודל הוצי ורומניטי זה בתגובה על מה שנקרא "המצב הפוסטמודרני", שהוא ערעור אמיתות ישנות במדע ובתבונה המאפיין את המערב במחצית השנייה של המאה העשרים. הגישור יכול להיחשב כפרופסיה "פוסטמודרנית" המגיבה על ערעור מעמדן של פרופסיות ישנות כגון משפט וטיפול, והמציעה הליכים מחודשים ויעילים ללא צורך בכורוקרטיה ובידע נרחב. כל זאת תוך פנייה לרומני רציונליות וכללי פעולה המנוחים מודרניים ודאוריית פוסט-מודרנית נרחבת לשירות והגשור/ת, בשלמות המעגל, משום שבמסגרתו תיאורית פוסט-מודרנית נרממת לשירות והגשור/ת, במסגרת ספר שהוצגו מודל מוצע, תוך הצגת פרויקט מודל של התערבות כספיתם ופתרון בונה שלהם במגוונים של הבנייה מציאות ודו-קונפליקטיות.¹⁸⁸

בוקשר של תופעת הכשלים והיחס בין רציונליות וטשיות ממונה, הדגם הנרייבי מציב את העמדה הנחוצה ביותר נגד חזיון, משום שהוא מניח שהוויכוח אינו בין אנשי תורת-המשחקים – מניחי הרציונליות המלאה ואנשי הכשלים וההטיות – אלא סיפור בתוך סיפור, שיש להכניו בנקשרו התרבותי, בניגוד לדגם הטרונופורמטיבי, הציב "שבע" אור (זה הנשי, המוסי והדואג) כנגד זה המונה על-ידי אנשי הכלכלה והפסכולוגיה הקוגניטיבית-התנהגותית, הדגם הנרייבי מניח שכל "שבע" הוא תוצר של תכניה תרבותית, ועל-כן יש להתמקד באדיאולוגיות או בהיבטים המשפטיים המבוססים את צורכיהם של הצדדים ויינסליר ומונק קוראים לאיך את המושג "זכאות" (entitlement) במקום המושג "צרכים" כדי לשכלל את החזון המושכל ביישוב סכסוכים.

"When we talk about an individual having a need, there is less opportunity to examine the nature and legitimacy of that need because it is seen as preexisting. Entitlement, conversely, is seen as linked with an intention or a desire that has been constructed. The mediation process can be viewed as addressing the contest over differing notions of entitlement rather than a process that sets out to meet people's needs."¹⁸⁹

186 *Ibid.*, at pp. 182, 285.
187 ראו לעיל חלק ב.
188 לדין רחב יותר בנושא זה ראו אלברשטיין, לעיל הערה 2, וכן: Alberstein, *supra* note 1, at p. 96.
189 *Winstlade & Monk, supra* note 8, at p. 135.

המעוררות על תהיה זה, אלא מציבות את התודעה המכוננת של גישור כמחוקקת עולם רחבי-מוסי שהינו מעבר לצרכים, אשר במסגרתו כל סכסוך ניתן לטרנספורמציה תוך פיתוח דיאלוג והיכרות. במקום הדיכטומיה של הרציונלי והבלתי-רציונלי, המבונה את שפת הכשלים, הרכיב האתי נהפך לנקודת-המשען, והתנהח היא שתווית הדיאלוג אל מעבר לגווית ולחפיסות הסובייקטיביות שהסכסוך עוצב במסגרתו, תוך כדי המכוונות אל תוצאה (המצעה והכרה), הינה מרכזי-הכובד של הגישור.

התבוננות זו מוחת נדבך חדש בהתבוננות על הגישור, ובהארדאח עולה ופורחת בארצות-הברית אסכולת מגשרים שאימצו את החזיון "הטרנספורמטיבי" הם עורבים לפיו, כמו בעניין הכשלים ויחסים לתנות הרציונליות, גם כאן נראה כי התופעות של התפיסות מעידה על בעייתיות מסוימת, וכי ניתן להכיל את שפת הכשלים והאויקה הטרנספורמטיבית בתוך מסגרת פרשנית רחבה יותר.¹⁸⁸ אך לעניין השיות וכשלים, די לצייין כי מרכיזותם בהשיבה על משא-ומתן מאותגרת על-ידי תפתחותיה השית המצייח לעוסק בגישור, וכי ניתן לפתח שית אתי המניח קיום המכחיש את קיומם כמתנים התנהגותי אנושי. המודל הבא של גישור מציע תחת אחרות באשר לרציונליות וטשיות ממונה, ומציג את מציאות הסכסוך והמשא-ומתן באופן שונה בהכלית.

4. המודל הנרייבי: שפה כקודמת לתודעה וכמבנה צרכים וחטיות

בשנת 2001 הציגו לאור ג'ון ווינסלדי וג'ורג' מונק (John Winstlade & Gerald Monk) ספר המכריז על עצמו כעל "גישה חדשה ליישוב סכסוכים".¹⁸⁴ הצעמם לאיך מודל נרייבי של גישור מושתת על פילוסופיה פוסט-מודרניסטית, ומניחה כי השפה והתבנית החברתית קודמות לכל התנסות. את עיקר הביקורת שלהם הם מפנים כלפי מודל הנרייבי ופתרון הבעיות הדיכטומי בשיח הגישור. הם מתנגדים לייחוס קיום הוצווי "אמיתי" לצדדים, וקוראים לאנטי-מהותנות; הם מתנגדים לפסיכולוגיית החרה המפצינה את הפרקטיקה והתיאוריה של יישוב סכסוכים, המציבה חיד מהקס ומתעלמת מקומו כיצור המובנה חברתי; הם חולקים על תפיסת הקונפליקט כפגיעה באלו צרכים ועל תפיסת הנושא/ת-ונונת/ת כאורגניזם המוחה על-ידי מנגנוני הקליטה שית לכוון הם חולקים על תפיסת תיטרליות המקובלת בגישור, ומביאים ביצד אויבטיביות מוטו המקובל, המניחה מגשר/ת ויצוני/ת, לצדדים והשיותיהם; אינה אפשרית.¹⁸⁵ שנותם המכריזת היא שהגישור כולל פירוק (דו-קונפליקטיות) של הסיפור תדווי בקונפליקט, תוך כדי מעבר לסיפור החלופי אשר נבנה את הצדדים מעתה.

ביחס למודלים הקודמים לו, הפרמטי והטרנספורמטיבי, נראה כי המודל הנרייבי מתווה איזון של הנטייה הסיפולית עם זו הפורמליט לכלי תפיסה רחבה יותר של

183 ראו דיין בפרק העוסק בדגם הפרשני ובאופן שבו הוא עונה על הבעייתיות שדגם הפרמטי והטרנספורמטיבי, אלברשטיין, לעיל הערה 2, וכן: Alberstein, *supra* note 1, at p. 135.
184 כמדויק ראו חזיון בדגם הנרייבי בתלק הבא.
185 *Winstlade & Monk, supra* note 8, at pp. 31-37.
186 *Ibid.*, at pp. 135.

כמתחשת במסגרת עולמות אידאולוגיים או משטרי זכויות, ועל-כן הוא הפרוגרסיבי ביותר מבין הדגמים הקיימים.¹⁹²

ה. שפיטה ופסלפ: התנהגות

העברת הייזן בנושא כשלים מתחום יישוב הסכוכים אל תחום המשפט שנוגה בהחלט נוספו:

ראשית, החשיבה התאורטית על המשפט הולכה בתקופות מוקדמות יותר ליעצוק תיאורטי הממוקד ביישוב סכוכים, שהינו תחום חוקרי "יצירי" יחסית,¹⁹³ ועל-כן סביר שתלק מן ההתפתחויות והוויכוחים שהתעוררו בתחום של "שוב סכוכים נידונו כבר קודם-לכן במשפט בנרסום העקרונית. כך, למשל, כפי שמפורט להלן, הניסיון לחבונן על המשפט כעל ענף של מדעי החברה החל כבר במחצית הראשונה של המאה העשרים בכתיבתם של ה"ראיסלטים, ובמסגרת זו נבנה הוליוונסיות של השיטה תפיסתית, אם כי לא שישמיות מהסוג שעליו דוכרו סטרסקי וכתגון.

שנית, השיטה המשפטית שונה מהשית של "שוב סכוכים בכך שמוקד עניינו הוא הכרעה בסכוכים באמצעות כללים, הכולנה של החברה באמצעות כללים אלה, וריזן במשפחותם של הכללים והערכים שבמסגרתם בהקשר החברתי הכולל. 14% אין במסגרת זו התפקות בתיאור סכוכים או בניסיון ליישבם, אלא התמקדות במקורות המשפט שהיא הכלל אשר יסדיר בסופו של דבר את הוויכוח בין הצדדים.¹⁹⁴ נוסף על כך מדובר בעיסוק בסכוכים במישור הציבורי אשר הכרעה בהם מחלקת משאבים, מחנכת וקובעת כללי התנהגות לחברה כולה.

שלישית, קיים עיסוק אינטנסיבי בהשוואת קוגניטיביות במשפט, המסתעף, במסגרת המפה הבינתחזיתית של השיטה המשפטית, מן התה-דיסציפלינה של משפט וכלכלה. הוויכוח בין ניתוח כלכלי קלאסי של המשפט (law and economics) לבין ניתוח כלכלי ההתנהגותי של המשפט (behavioral law and economics) 19% מקביל בהקשר זה לויכוח בין תורת-המשחקים והכלכלה לבין הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, כפי שהוצארו לעיל במתחמים

192 לתחמת נושא זה ראו אילברשטיין, לעיל הערה 2, פרק י.

193 ראו הייזן לעיל בהלך ב.

194 תעיסוק בפתיחות המשפט ובתפקידו בחברה המודרנית הינו רחב-ידיעה, ויקפו תקום מלחילי באין. להצגה בסיסית על-פי ההבנה בין שלוש פונקציות: "שוב סכוכים, תיאום והכונה ושפור/שנוני, ראו: Smith D. Steven "Reductionism in Legal Thought" 91 *Colum. L. Rev.* (1991) 68.

195 לתיאור החטים בין המושגים "מפרכת המשפט" ו"מנוגדים ליישוב סכוכים" ראו גם יובל שני "גישאים ונתונים בעל המליך השפויטי: נקודות מפת פנים-מדיניות ובגולאמיות" נקודות מפת א (2003) 46.

196 ראו לדוגמה: (2000) *Cambridge, C.R. Sunstein Behavioral Law and Economics* Approach to Law and Economics" 50 *Stan L. Rev.* C. Jolls et al. "A Behavioral Approach to Law and Economics" 1471, *supra* note 3 (1998).

הולחנה שצדדים לסכוכ מנסחים את הצרכים שלהם לפי תפיסות זכאות ונרטיבים הולחנה שצדדים, ולא בתחום לניסוח טבעיות, משנה את אופן ההתכוננות במתחש אידאולוגיים, במקום האינדיבידואליזציה הסטיבוקיפיקציה המאפיינת את יחסים של הדגמים בסכוכ. במקום המתחש בסכוכ, הוא נתפס כאירוע שיש לפשו במובנים של תרבות התקדמות כלפי המתחש בסכוכ, אשר התקדמות בסגוריה צריכה להתחש בהקשר זה. התנהגות כאן רוא והולחנה תרבות, אשר התקדמות בסגוריה צריכה להתחש בהקשר זה. התנהגות כאן רוא שהיצור האנושי אינו רע מנעוריו, טוב מנעוריו (או מנעוריו), כפי שיידיש הפסיכית התרבותית. אלא תוצר של הבניה חברתית הקשורה להתחש-תגומלין תספיקית שהולחנה על-ידי תרבות ואידאולוגיה, השלישה של צד לסכוכ בתרבותי ויכולתו המוכתבת על-ידי תרבות המבנים אותו הינה מוגבלת, וקיומו אינו מוכתח את ביסודו או "לחוד" מהשקטים המבנים אותו הינה מוגבלת, וקיומו אינו מוכתח את ביסודו או רגשי. במידה רבה חוזר היצור האנושי - לפי דגם זה, שהינו פחות המניסטי בשל כך מתחשבים - להתחש כמפוף להטיות ולתבניות המכוננות אותו, והוא להעשה מעין "אורגניזם של שידה", כזה שצרכיו מותנים על-ידי השיטה. מפתח זה קשור בייקורת הליברליזם, חזל בניששה, המחזיר את הכוח והפוליתאזים למרכז היזן הפוליסופי, וכלה בורם המתחשבת תפיסטי-מודרני, המשפיע ישירות, כאמור, על התפתחות הלוגם הנרטיבי, אף-על-פי-כן, במסגרת דגם זה, ערעור מתמיד על גבולות השיטה, כהחלף של ביקורת חרבות, חזק שאיפה לטרנספורמציה חויבת של צורות החיים שאנו מתקיימים בהן, הוא בעל פוטנציאל קדמה והשתנהות רבאות לרדי ביטוי גם בפיתוח סכוכים.

יחד עם לרטיבים נוכחי זה, המציב את העולם שהסטיבוקי בסכוכ מתחשק במסגרתו במידות-מה, כעולם סקססואלי המבנה צרכים (או תפיסות זכאות, בלשונם של וינסלייר ומדונק) המכפיפים אליו את האדם, ישנה בנישור הנרטיבי עריבית בודדה ביחס להליך תעמורת על חוזק הקשר (narrative mediation) של כל סכוכ לעבור לסיפור חלופי בונה שבמסגרתו יכתבו הצדדים הכוללת התערונית של כל סכוכ לעבור לסיפור חלופי בונה שבמסגרתו יכתבו הצדדים את הסטיבוק מחדש. גישה זו מזכירה את המהלך הפוגמטי הקלאסי בנישור המודיש את תצויו והחליף בקדמים לתיאור וכמשיגים מציאות. המהלך הוא בניסיון לשינוי את החוק המבנה את הצרכים והכשלים במקום להתחש בהם עצמם כנוגדים. התמודדות עם "רציונליות מוגבלת" במסגרת תפיסית-עולמית זו היא פעילות בעולם שאין בו דגם-על של רציונליות מהודן כפופות להקשר ולתבניות חברתיות נתונות ומתוך תקוות ונכונות להתחלפות במצבים שבהם זו מסלמות קונפליקטי.

לבסוף יש לציין כי מודל זה "סוגר מעצלו" גם עם המשפט, בכך שהוא משתלבת עם התפיסה הרדיננטית לקבלת החלטות המקובלת בו, המניחה הקשר פרישו והרבות במסגרת החלטות השיפוטיות.¹⁹¹ כפי שייצוין להלן, השופפות והפשויות, פועלת/ת הנון מצע ערכי ותרבותי, אשר קבלת החלטות בסגוריה הינה מפגיש של מיוג אופקים בין פרישו לטקסט, ולא יישום רציונלי. כמרכיב המודל משקף על התפתחות במהלך הנישור

190 *ibid.* at pp. 116-136.

191 ז' מאוטר "שכל-ידיש", לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמסרי סיפורים" פלילים ז' 11 (1998).

והשיטתיות המאפיינת אותם אינה תמורה מלאה של הציגוליות והמקטום הכלליים, אך בעקרון מדובר באותן טענות מהדגם המצופה של הציגוליות ואובייקטיביות בעקבות צוותים בפרסות.²⁰⁶ ה"בהווה" של הציגוליות, כולל זה המוגבל על-ידי מבשרם, אליבא דהוגדל הולמס, הותפק בביקורת נוקבת על-ידי "שומרי חומות המשפט", כך גרום פונק חותמו נותר. בשיה המשפטי כמשאור לזרות הבאים וכפלי בקורתי. כך גרום פונק קורא לשים דגש חזק יותר בפסיכולוגיה של קבלת החלטות, הוד כרי רפרומה של בת"י הספר למשפטים:

"We need to see that biases and prejudices and conditions of attention affect the judge's reasoning as they do the reasoning of ordinary men. Our law schools must become, in part, schools of psychology applied to law in all its phases."²⁰⁸

אצל פונק, הכשלים וההטיות הם הרכ שמונח צומחה ההכרעה השיפוטית, ועל-כן חשוב להכניח בסביבתה האורגנית. בת-ספר למשפטים צריכים להיחפ למערכות שהן מצינ סובלמציה של משד עוררדין, ואשר הסטודנטים לומדים במסגרתן לשפל במקרים אמיתיים.²⁰⁹ בהשמתשו בדיחוויו של המשפט הצינחו, הוא מחזק את תפקיד האינטואיציה הגיחושה והדגש בתחליף קבלת החלטות: לאחר שהושפט אוסף את כל הריאות, שומת את העינים ומחרכו בהערכתם:

"...and brooding over the cause, waits for the feeling, the hunch – that intuitive flash of understanding that makes the jump-spark connection between question and decision and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sets its light along the way... The judge really decides by feeling and not by judgment, by hunching and not by ratiocination, such ratiocination appearing only in the opinion."²¹⁰

בקשר זה, כפי שצוין בהקדמה, אני כורכה את התפיסה הגיולוגית וה"צורכת" שניסדה יתר עם גישת הכשלים הקוגניטיביים בהתזה שמדובר בהפיתוח בעלות שורשים משותפים העוסק נטורליזציה של הטיסיון האנושי.

ראו: למשל: 429 *U. Pa. L. Rev.* (1934) 82; J.L. Fuller "American Legal Realism" 82 *U. Pa. L. Rev.* (1934) 429; H.M. Hart & A.M. Sacks *The Legal Process: Basic Problems in the Making*; and Application of Law (New York, 1994).

J. Frank *Law and the Modern Mind* (London, 1930), 208; J. Frank *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (New York, 1970), 209.

J.C. Hutchinson "The Function of the Hunch in Judicial Decisions" *American Legal Realism* (New York, W.W. Fisher, M.J. Norwitz & T.A. Reed eds., 1993): "Later, when I became more familiar with the practices in admiralty and in equity I felt the restless, eager ranning of the mind to overcome the confusion and the perplexities of the evidence, or the constituting and outworn concepts, and so to find the hidden truth. I knew that not only was it the practice of good judges to

את שפת הכשלים.¹⁹⁷ גלגול זה של הדין בכשלים מאזר ומצפני למערכת הריאטה של מפגש זה בשנות העשרים והשלושים של המאה שעברה, שבה ברחתי לתמוך.¹⁹⁸ אחת מטענות-היסוד של תנועת הריאליזם המשפטי, המאופיינת במגוון השורג של השגות ביקורתיות על השיה המשפטית הקיים באותה תקופה, היא תקפת ה"אובייקטיביות" וה"ציגוליות" של התכרעה המשפטית.¹⁹⁹ הריאליסטים, במסגרת "מצב-החור" האצטקולוגיאלי שבו פעלו,²⁰⁰ הצינו למשפט פוזיטיביזם של עובדות, וניסו לנפות אותו ממשפטיקה ומיחודה לחיות מדע של כללים.²⁰² המשפט הוא "החזוי של כל מה שישופטים עושים בפועל", ממש כפי שטבע מי שנוחש אבי החנושה, אולריב ווגדל הולמס גזניור (Holmes Junior),²⁰³ וכפי שקרל לולרי, שנתחב מנולי התנועה הריאליסטית, נוסח זאת בקירוב: "כוח היא הצהרה על הסתברות להשגת תרופה בבית".²⁰⁴ לדוקטרינת המשפטית יש תפקיד מוגבל על הסתברות להשגת תרופה בבית שהשגתה אובייקטית, היקף ודוקציה מוקדיים פחות מכפי שהתחשבה המשפטית נוהגת למשפט.²⁰⁴ לדוקטרינת המשפטית של התקופה, שניית הדיקטרינה עצמה מלאה פטיים, להגית, כפי שילמור הפילוסופיה של התקופה,²⁰⁵ שניית הדיקטרינה המנוחה את סתירות וצמחיות, כך שאין היא מובילה למסקנות הדיקטרינאיות אם הלוגיקה המנוחה את השופט/ת אינה מסקה פורמלית הון כרי שימוש בלתי-ביעייני בכללים, מה משפיע בכל-זאת על הכרעה/ה? אחת התשובות שסיפק הריאליסטים בהקשר זה היתה כשלים ותשיות. כשלים אלה אינם נמדדים בהכרח בהתאם לנוסחות של כנהמן וטרטרסלי,

197 ראו לעיל הלקים ב ו'ג.

198 לגמרת עשויות של חיבור ביו משפט (נדעי) תחברה שלא מתיכוון הכלכלי, ראו: B.Z. Tammanaha *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (Oxford, 1997).

199 W.W. Fisher, M.J. Horwitz & T.A. Reed *American Legal Realism* (New York, 1993).

200 השימוש בביטוי "מצב רוח אינטלקטואלי" כמנוח המשורה הברור ביותר של הריאליסטים נדעה על-ידי: M.J. Horwitz *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (New York, 1992).

201 בעניין זה ראו סיצונו המשכונ של שלגל, המצביע על תמנה, המשותפת לריאליסטים אחות באותה תקופה, להפוך את המשפט לענף של מדעי החברה: I.H. Schlegel *American Legal Realism and Empirical Social Sciences* (Chapel Hill, 1995).

202 על תפוקטיביזם של עובדות המאפיין את גישת הריאליזם, ראו: B. Leiter, "Positivism, Formalism, Realism" 99 *Colum. L. Rev.* (1999) 1138.

203 של טיעון זה בהקשר של האסכולה והאה בתוך כחשיבה המשפטית האמריקאית – "החליך המשפטי", ראו: A.J. Sebok *Legal Positivism in American Jurisprudence* (New York, 1998).

204 על תפוקטיביזם המשפטי וצידי ראו כ' באשנר "ירדת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשי"ג) 13-16" *J. Leg. Stud.*; 351-356, 358, 378-379; T.C. Grey "Langdell's Orthodoxy" 45 *U. Pitt. L. Rev.* (1983) 1.

205 O.W. Holmes "The Path of The Law" *American Legal Realism* (New York, 1993).

206 W.W. Fisher, N.J. Horwitz & T.A. Reed eds., 1993) 17.

207 Holmes, *ibid.* at p. 16: "A right... exists to the extent that a likelihood exists that A can induce a court to squeeze, out of B, as damages"

208 *ibid.* at p. 16

209

210

211

212

213

המשפט²¹⁹ על-פי תפיסתו זו, פנייה לפסיכולוגיה, לטכניטיטיקה, לכלכלה ולתחומים נוספים כממלאי תוכן של התחלטה המשפטית יעשירו אותה וישמרו על "המצוינות" וה"אובייקטיביות" שלה.²²⁰ בקריאה נגדית, ולמעשה כקול הוויגוויט בתחום החשיבה המשפטית, התפתחה למן שנות השבעים תפיסה המדגישה את הפרשנות, השפה והתודיה המשפטיים כמראש תפק מרכזי, במסגרת גישה זו, המקבלת את השראתה מנדצי תורת המוסר מעבר לקוריות של הלברליזם הישן, קבלת ההלכות המשפטיות אינה היצירה "אובייקטיבית" ו"ראציונלית" במובן הפורמליסטי הישן, אלא מושג פרישני בין פרשן לסקט, שתוצאתו היא שפטיה והתחלטה שפוטית.²²¹ להפגיש את המדעים עירכיים ואחרים, והוא כולל דיון בערכים התברניים והתוקייניים של הקהילה, תוך ניסיון לקדם.

רוג'ר רבורקין (Ronald Dworkin) מפתח גישה זו לכדי תורת "משפט כשלמות", ומבטא בכך את הקטן של תיאור התכונה המשפטית בהשיבה האמריקאית:
"Law as integrity denies that statements of law are either the backward looking instrumental factual reports of conventionalism or the forward looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists the legal claims are interpretive judgments and therefore combines backward-and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative."²²²

התפיסה הוויגוויטית של קבלת החלטות במשפט היא כי שיפוט אינו "תהליך" פשוטה של כללים, ועל-כך "האובייקטיביות" של מוגבלת להקשר שהופוט/ת מקבלת/ת החלטות פועל/ת בו, שופטים מרוסנים באמצעות כללים פרוצדורליים, לפי פיס²²³ או באמצעות התחייבות למסע הפנימי, כמו אצל הקולים של דבורקין.²²⁴ אך אין להם נגישות למציאות ויצונית ו"אובייקטיבית" בעולם כשלמעשה, בדומה לתחנות של התגמים והתוגסיים יותר של גישה, שגבתו לעיל, העמדה של שופטות ושופטים לפי הוגים אלה היא קודם-כל אחת, אך ההתבוננות הפרשנית מוליכה את סכמת ההתבוננות בהם עצר אחד קדימה, ומנחה כי "עולם התופעות" ואפילו "אתיקת הדאגה" אינם אלא יצירות פרשניות בתוך מערכת שהיא טקסטואלית ותרבותית בעיקרה, במובן זה, הפיסוס של שופטים מקיימיל לון שהגשור הנרטיבי מציע, כפי שתואר בחלק הקודם.

בין אם תפיסה פרשנית זו של שופטים ושופטות בני-זמננו גובשה בהשפעת ההתבוננותיטיקה של גראמר, המדגישה את מיוזג האפקטים במפגש בין פרשן לסקט,²²⁵ ובין

ואיש "ימתו" את תביעותיו ותוסר המקצועיות שבמסקידין רוגמת *Brown*, שתוביל לביטול פיקציה מותרת של החלך המשפטי.

219 ראו ר' שפירא "מקצוענות של החינוך המשפטי" *מחקרי משפט ז' (תשס"ב)* 263.

220 Posner, *supra* note 218, at pp. 46-47, 208, 216-217, 220.

221 O. Fiss "Objectivity and Interpretation" 49 *Stan. L. Rev.* (1982) 739, 221.

222 R. Dworkin *Law's Empire* (Cambridge, 1986) 225.

223 Fiss, *supra* note 221, at pp. 742-743, 223.

224 Dworkin, *supra* note 222, at pp. 401-402, 224.

225 ראו מי באוסטר "גורם המשפטי" עיניי מושפט בה (תש"ס) 367, 389.

הציגונו מציג באופן קיצוני את תפקיד האינטואיציה ואת חולש והנחיש המיוחד שיש לשיפוט, ופרקן משתמש בו רק כנקודת-מוצא שממנה הוא ממשיך ושואל מה הם הנתיביים (intuition) האחרים לניחוש הנת ומייצרים אותו. הכללים המשפטיים הם רק חלק מהם, אמל פונקן האחרים הם הדיעה הקודמות תפולטיית, הכלכליות והמוסריות שלהם.²²¹ גם קייגוריות אלה רחבות מדי לטעמו, וברדד-כלל, המאשים שאינם מושפע בדרך-כלל יותר ומיצגים את הכשלים האלה בסופו של דבר; זאת משום שאינם מושפע בדרך-כלל יותר מאהדתו לקביעה מסיימת או לחוד או מסלדתו בהם מאשר מעמדותיו העשורניות שנות, עוד לפני הפעלת "הניחוש" והאינטואיציה, והכשלים האשיים מתפקדים באופן סמוי בקליטה ובעיבוד של העדות.²²² אצל פונקן, תשופט הוא עד של העד המופיע בבית-המשפט והסובל מכשלים ידועים. שמיעת העדיות על-ידי השופט גורמת עיוות מסדר שני, מאחר שהשופט עצמו סובל מכשלים אינטרוניים של עד, המשפטיים של לא רק על תהליך קבלת התחלטה, כפי שהציע הציטון, אלא על קליטת העדויות וקביעת העובדות שנת תרקע להחלטה. התכונות וההיסטוריות המיוחדות של השופט והספיי מתעברות לא רק במה שהוא חושב שצודק, אלא בעצם התהליך של הסקת העובדות.²²³ תחלטה השופט מבוטאת, בהתאם לכך, על נחיש או על חיש המופעל הרבה לאחר מעשה, תוך התבטחות על שיפוט מוסת של עדות מוסת.²²⁴ הניסיון לכתוש אמת זו הוא, לפי פונקן, ניסוי לילדותיות המאייפות את תיחס הוויגוויט למשפט במונח.²²⁵

המשפט, כענף של מדעי החברה, הוא אידיאל מרכזי של הריאליסטים בניסיון לתפא "מצואות" למשפט.²²⁶ בניגוד לתפיסה הפורמליסטית, הוא את המשפט כאוסף של נורמות, גישתם מציעה הסתכלות אמפירית ומדויקת על "העובדות" של המשפט וניחית הספיייה כמקור המחקר של המשפט.²²⁷ גרסה מודרנית יותר של קראאה זו למדיניות ולהיבור הדוק עם מדעי החברה ניתן למציאה בינום, במסגרת הודם "משפט וכלכלה", מפיו של מי שנוחש מנהלוגו, ריצרד פונר (Richard Posner)²²⁸ וכן בהקשרים נוספים בתוך

'feel' their way to a decision of a close and difficult case, but that in such cases any other practice was unsound. For it is no paradox to say that in our most theoretical moods we may be nearest to our most practical applications"

221 Frank, *supra* note 208, at p. 113.

222 *Ibid.*, at pp. 114-115.

223 *Ibid.*, at p. 119.

224 *Ibid.*, at p. 125.

225 *Ibid.*, *ibid.*

Ibid., *ibid.*: "If we are right in assuming that the very subject-matter of the law activates childish emotional attitudes, we can perhaps find an answer to these questions. It is a marked characteristic of the young child, writes Piaget, that he does very little thinking about his thinking. He encounters extreme difficulty is asked to give an account of the 'how' of his mental processes. He cannot reflect on his own reasoning"

Schlegel, *supra* note 201.

216 W.W. Cook "Scientific Method and the Law" *American Legal Realism* (New York, 1993) 217.

217 York, W.W. Fisher, M.J. Horowitz & J.A. Reed eds., 1993) 242.

218 R.A. Posner *The Problematic of Moral and Legal Theory* (Cambridge, 1999) 14, 218.

219 *Ibid.*, 209-211.

במסגרת המודל הטרנספורמטיבי, ההנחה היא שניתן לפעול במגוון מקומות, מתוך מגוון הפוכה לציוניות ולסטריות שהם מתארים, וכי יש לכונן חלק בעל ערכים של דאגה וקשר, שיפועי את החוויה המוסרית כמרכז עניינו של הגישור. מהלך ההבנות נוסף בא לידי ביטוי ברגם התרטיבי, אך הוא חסר הקשר תרבותי ופרשני שיוכל למלא אותו בתכנים נוספים. פרויקט של עיצוב דגם פרשני הוא אס-כן אהגו של הגישור ולמרחי המשא-ומתן, אך הוא רחב ומורכב, ואינו שייך למסגרתו של מאמר זה.²³¹

1. סיוכים, עימות, מסגור

בתורת הביטוי של תורת הכשלים וההשויות מבית היוצר של כהנמן וטברסקי בתחום של יישוב סכסוכים מגלה כי מדובר בפריצות אחת אפשרית לסיטואציות הסכסוך ולדרכי התגובה עליו. תקופה בעברת עם הדיכוטומיות המאפיינות את השיח, וכן עצם המשקל הניתן לשיפועים "לא-רציונליים" ולעילותם החסית, מדגישים את חשיבותה של תאורטיצייה בתפילת שיפוט ומבטאים מושג רציונליות גמיש של נישא-ות-ונות/ת. פרשנויות אחרות לסיטואציות הסכסוך מאמצות פרדיגמות נגדיות של ניהול, וממלא אינן מטפלות באותן סקירות ומתחים.

פן האמור לעיל עולה כי ביישוב סכסוכים, כשלים והשויות מוגדרים בגישה שלילית זו כאשר פרדיגמת ההתבוננות מניחה רציונליות של שוק, אובייקטיביות מוחלטת ומציאות התצונות להטובתן. הסטריות מגום הרציונליות המונח שבחננה, טברסקי ואחרים מתארים מובילות למתן צעות שונות לנישא-ות-ונות/ת, ובעיקר ליישום/ת הסכסוכים, שתפקידן לאיין את הכשלים ולשקלם. צעות אלה מתבררות במבט מקורב כמוטות לכיוון של שיתוף-פעולה וגישור, ומתירות את הנשא-ות-ונות/ת ואת המגשר/ת במובנה תיאורטית, ללא אפשרות למתן את הרציונליות מהבלתי-רציונלית ואת האחרות פן המנשלטיבי. העצה המתבררת מהיוצד נקודת המפגש בשיתוף היא, ככל הנראה: "לכ/י בעקבות כשלי(ס)"; או: "בשעת הצעה, השתמש/י באינטואיציה על מנת לקבוע הכתרת תקפות".

תמונה נגדית לעולם הכשלים היא המרטות הומוניטיטיות של משא-ומתן בגישור, ומתרחות קיום שהוא מוצב לחשיית שיש לדחור אליו במהלך הגישור. גישה זו מכחישה את מציאות הכשלים כפרדיגמת התבוננות על הגישור, ומניחה שקבלת החלטות מתוך הכוחות הניתני בעקבות התטייה הנגדית ללכת אל מעבר לגישור או לקשר ויזאומתיה היא הערך המוסף של הגישור. לפי הגרסה ה"גברית" הקפיטאנית של תפיסה זו, שלא מצאה ביטוי ברוב מעשי של גישור, הגטייה האנושית היא לתבונה ולמוסריות שילכו מעבר לגישור, ועל-כן לא תיקימו בעולם הצרכים וההתנגויות הטבעיות דפסיכולוגיות. הבקולוגיות, לפי הגרסה "הנשית", שמצאה ביטוי במודל מעשי הוא "הגישור

231 לפינת התחלת של דגם זה ראו הפיק העוסק במודל הפרשני, אלברשטיין, לעיל הערה 2, פרק 1.

בהמשחת הפילוסופיה של ויטגנשטיין²²⁶ או המרגמיסום האמריקאי²²⁷ מדובר בנוסחה של קבלת החלטות שאינה מניחה הפרדה חדה בין סובייקטיבי לאובייקטיבי, בין גישה לרציונל, בין רציונל ובלתי-רציונל, כפי שמקובל בתחום של קבלת החלטות במשא-ומתן. קיימה, לפי פיס, רציונליות "מובלת" (embedded rationality), מתחלמת בתוך הקשר מסוים, שאינה שואפת לתחולה על המציאות באופן פשוט. במסגרת זו הפרשן ממוקם בהקשר אישי, תרבותי ומרחבי, ובניסוח אחר: שרדי במסגרת מערכת הכשלים שלי, שאינה נמספת כחריגה או כסטייה מרציונליות, אלא כמתן מרחבי של קיום במסגרת חריגה ותרבות. פרשן זה פגש עם השקט או עם העבריי או עם התנועה, הממוקמים כולם במסגרת הקשרים תרבותיים, אישיים ותברתיים אחרים. מילאכנה המרכזית של הפרשן הוא אס-כן לא התגברות על הכשלים תוך רפלקסיה (המבטאת למעשה את השפה שהיא צד שלישית הרומה למגשר/ת), אלא תליכה עמום, תפירת והעמקה בתוכם, תוך ניסיון למצוא גישה מאתה או מכתין, בהתאם לסוגיה המשפטית שבה מדובר, המפגש הפרשני, שהוא אופן קבלת החלטות במשפט, הוא, לפי תפיסה זו, מפגש בין אופקים או תרבויות שיש להרכיב אל תוכנהן על-מנת למצוא את "ההחלטה הרציונלית" המיישבת אותן או קובעת לכן גבולות. על-פי תפיסה אלה ברור מודיע המשפט אינו בעיקר כלי להרמוניה וליישוב סכסוכים, אלא בתפקידו המורכב, הוא אמצי פרשני כוחני להעריך נרטיב תרבותי אחר על האחד ואף ליצור גיש של מילים ומשעים להבנייה המציאות ברורה זו.²²⁸ ניטליות ורציונליות אפשריות בהקשר זה רק כמובן המצומצם של ההבונות לשמירה על שלטון ההחלטות ברוח, קרי: שאינה להכרעה בינוטיביקטיביות, המתרחשת אל האופן שממל ומתחמת את הגבולות בין תרבויות באמצעות שפה המכילה את שתיהן. זה החיפש "המגשר" של המשפט כמייצג את "דוח המין" מנקודת מבט שלטונית מטיית.

226 ל. ויטגנשטיין הקדורת פילוסופית (ע) אולמן-ברגליה מתרגמת, תש"ח.
227 על הפרגמטיסום כמדד נגד המשא-ומתן וכמפגש על תפיסה קבלת החלטות במשפט, ראו: T.C. Grey "Freestanding Legal Pragmatism" 18 *Cardozo L. Rev.* (1996) 21; I. Dewey "Logical Method and the Law" *American Legal Realism* (New York, W.W. Fisher, M.J. Horwitz & J.A. Reed eds., 1993) 185; Albenstein, *supra* note 155, chs. 1-4.
228 R.M. Cover "Nomos and Narrative" 97 *Harv. L. Rev.* (1983) 4, 106; "Law may be viewed as a system of tension or a bridge linking a concept of reality to an imagined alternative that is, as a connective between two states of affairs, both of which can be represented in their normative significance only through the devices of narrative".

229 ראו לעיל חלק ב.
230 לניצנים ראשונים של גישה זו, ראו: J.G. Shalior *Empowerment in Dispute*; וראו: *Mediation: A Critical Analysis of Communication* (Westpoint, Con., 1994) J. Winslade & G. Monk *Narrative Mediation: A New Approach to* (San Francisco, 2000) *Conflict Resolution*.

סוג של ליווי: על האנוס של לוקרציה וסחר בנשים

צחי ורנין*
ורגינפר שקנטור**

א. פתח-דבר 1 ב. האנוס של לוקרציה 2 ג. שתיקת קורבנות הסחר בנשים 3 סוף-דבר

א. פתח-דבר

תקשר בין משפט, ספרות ומוסר הוא ללא ספק ציר מנרץ מרכזי של מגמת ה"משפט וספרות"¹, כותבים כבורי ווייט, ווסט וגוסבאום, שפתחו את הדין המורדני במשפט וספרות בשני העשורים האחרונים, טענו לזיקה עמוקה בין "התכנה מכפנים" שספרות טובה מסוגלת לספק לבין הכנה אתה עשירה יותר.² הצעתם היא ללמד ספרות יפה כחלק מהקשרים של עורכי-דין כדי ליצור עורכי-דין ושופטים האמונים על קריאת מצבים רגישה ואמפתית. הקשר הרחב יותר של קביעה זו מצוי בטענות מוכרות באסתטיקה על-אודות הזיקה בין ספרות, אמפתיה ומוסר: ספרות יפה מקדמת הכנה פנימית של החלטה, וכך עושה את העולם טוב יותר.³ זיקה כללית זו בין ספרות יפה, אמפתיה

מריצה בתוג לספרות אנגלית וכתוב לספרות כללית והשוואתית באוניברסיטה העברית בירושלים. חלק ממאמר זה הוצג בכנס של האגודה הישראלית לפילוסופיה, באוניברסיטת בר-אילן, בשנת 2002. אבקש להודות למהאינים על הערותיהם ולארה ברנפולד על תרומתה המשמעותית למאמר.

בורת המקליטה למשפטים ומלידת לונאר מוסר במדעי המדינה, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לארנה ברנפולד על הערותיה ועזרתה הרבה, ולתורי מערכת משפט, חברה תרבות על הערותיהם. תודה מיוחדת שלווה לאבי, ארתור שקבסטר, על תמיכתו, עידודו העזרתו והמועילות במהלך כתיבת המאמר.

על מגמה זו, התפתחה, התחזקו בה ראי ש' אלהו ספרות ומשפט (2000) 11-24. ראו גם מאמרים המקובצים בניילון המיותר של מהקרי משפט שהוקדש למשפט וספרות (מהקרי משפט י' תשס"ב).

בורי ווייט נהפס בתצוגות שונות של המגמה כמי שכתב את ספרו המפתח של משפט וספרות: (Boston: The Legal Imagination, 1973). באשר לשניים

האחרים: מ' גוסבאום צדק פואטי: המדין הספרותי והחיים הציבוריים (ני שקונרנקוב תרגם, 2003) (Ann Arbor, 1993). R. West *Narrative, Authority, and Law*. מ' רובינאט מוזהרת יותר מכל עם תרעין של הכנה אמפתית דרך ספרות וחשיבותה אלה, גוסבאום מוזהרת יותר מכל עם תרעין של הכנה אמפתית דרך ספרות וחשיבותה למשפט. ראו ידונה בריקנס ובפריסטר לאורך צדק פואטי בכלילות. ראו גם ידונה של West בקפא, שם, פרק 2.

3 דקוידה בין אתיקה לאמפתיה מוזהרת עם יום (Hume) (עקרוני המוסר), תרעין של הכנה תוויזית אמפתית (Knowing what it is like), ככה שספרות מספקת, תופיע באודותי נהבול באסתטיקה המורדנית אצל ר' וולש (1943) *The Cognitive Content*. D. Walsh *of Art* 52 *The Philosophical Review* (Middletown, Conn., 1969).

הטרנספורמטיבי", הנטייה האנושית היא לקשר וראיה, ולא לתחרות ואנטגוניזם ועל-כן על הלישור לחוק אתיקה טבעית זו באמצעות התגשמה לפני המדיים וניהול החליף לאורח. גם במקרה זה אולי הצעה היא "לכ"י בעקבות כשלי(וי)", אך אלה אינם אלא נטייות היובריות לדאגה ולקשר שדוכאו על-ידי התרבות המערבית במשך מאות שנים, וכעת ניתן לשוב ולאמץ. לפי הגישה הנרטיבית, שמצאה ביטוי במודל מעשי של גישור, אין נטייה אנושית טבעית "גברית" או "נשית", אלא רק הקשר המבולי ואדיאולוגי המבנה תפוסת כאלה ביטויאציה בתונה. התודעה התברתית של בני-אדם תופכת אותם ליצורים המפתקים בעולם טקסטואלי שאין בו "צרכים" טבעיים, אלא תפוסות וראות. הצעה לנושא/ת-דבורה/ת בהקשר זה היא: "לכ"י בעקבות כשלי(וי) ד' המרבוהיים, אך תפצלו/י בקורות תרבות ופירוק שלום כאשר הם מובילים לקונפליקט ולהסלמה". המעבר לתחום המשפט מגלה שתי מערכות של ויכוחים דומים, בגרסאות ובהקשר שונים. בעניין קבלת החלטות במשפט. הראליזם המשפטי היה הריאליזם שחקר בשיטתיות, עוד במחצית הראשונה של המאה העשרים, את הנחת הרצינוגליות הפורמליסטית והציע את פרדיגמת מרצי התורה לתואר מגבלותיה ולגיטיון להתגבר עליה, במערכה מאוחרת יותר של ויכוח זה אומצה פרדיגמה זו על-ידי התת-ליסציפלינה של המשפט וכלכליה, והדין בנושא התשיעית מתקיים במסגרתה. ביום המרכזי של המשפט, הנחת העבודה אינה "שית הכשלים" ואף לא המונחו הנגדיה, כמו בתחום של יישוב סכסוכים. במקום זאת, ההפיסה הינה פרשנית והומבויטית, המקיפה לשלב הנרטיבי בנגמים ההומבויטית. קרי: הכרה במיקום במסגרת תרבותית אישית רוויית "כשלים" והמבויטיות אל אופק אחי של "כשלים" במערך שונה. הצעה למקבל/ת החלטות המשפטיות בהקשר זה היא: "לכ"י בעקבות כשלי(וי)", שחגים חקשר היחיד שקיים, תוך כדי הפעלת בקורת תרבות ופתחות אופקים חדשים של משפט וצדק".