

## פערים בכוחם היחסי של צדדים להליך הגישור: בחינה של כמה מהנחות היסוד המקובלות<sup>1</sup>

**Jordi Agusti-Panareda**

סוכם ותורגם ע"י דפנה הלפרין והדס לבני

**האם עלינו לקבל כפשוטה את הביקורת, שלפיה גישור אינו מסוגל לספק הליך הוגן לצדדים שיש פערים משמעותיים בכוחם היחסי? מחבר המאמר משיב בשלילה, ומציג טיעונים לביסוס התנגדותו להנחות היסוד שבבסיס הביקורת האמורה.**

אחת הביקורות המרכזיות הנשמעות כנגד שימוש בגישור כמנגנון ליישוב סכסוכים גורסת, שהגישור אינו יכול להניב תוצאות "הוגנות" כל אימת שיש פערים משמעותיים ביחסי הכוחות בין הצדדים. מלומדים טוענים, שחסרונם של אמצעי בטיחות פורמליים ופרוצדורליים, חסרון המשתמע מעצם אופיו של הגישור, משמש לטובת הצד החזק-יותר, הנוטה לעשות שימוש בכוחו העדיף על מנת לכפות על יריבו – החלש ממנו – תוצאה טובה פחות מזו שהיה זוכה לה בהליך שיפוטי פורמלי.

מאמר זה מבקש לבחון את ההנחה הזו ואת יסודותיה. הוא דן ברכיבים הבסיסיים של הטיעון, בוחן כמה ממאפייני הגישור הנוגעים לפערים בכוחם היחסי של הצדדים, ומתייחס גם לתפקיד המגשר בהתמודדות עם פערי כוחות<sup>2</sup>. המאמר מטיל ספק בהנחה, כאילו ההליך השיפוטי הוא המנגנון המיטבי להתמודדות עם סכסוכים המתאפיינים בפערים בכוחם היחסי של הצדדים להם, ומסיק כי הגישור, אף כי אינו חסין מטעויות, מותאם היטב להתמודדות עם סכסוכים כאלה באופן הוגן.

### "The "Oppression Story" - סיפור הדיכוי"

על-פי אחד הטיעונים כנגד השימוש בהליך הגישור, הגישור משמר את מאזן הכוחות היחסי בין הצדדים<sup>3</sup>, ומאפשר לצד החזק לדכא את הצד החלש<sup>4</sup>. מבקרים טוענים שהגישור "מצליח יותר כאשר שווי כוחות מתמקחים זה עם זה"<sup>5</sup>, ונמצא לא יעיל במקרים של פערים משמעותיים בכוחם היחסי של הצדדים. Bush & Folger כינו את התפיסה הזו של הליך הגישור בשם "סיפור הדיכוי"<sup>6</sup>. הטענה הבסיסית של "סיפור הדיכוי" היא, שגישור הוא המכשיר המושלם בידי צדדים

<sup>1</sup> Jordi Agusti-Panareda, "Power Imbalances in Mediation: Questioning Some Common Assumptions", **Dispute Resolution Journal** NY: May-July 2004, Vol. 59 (2), pp. 24-31

<sup>2</sup> המאמר מבקש לעסוק אך ורק בפערי כוחות אינדיבידואליים; הוא מניח בצד שיקולים של מגדר, פערים הקשורים בכוח מערכתי (structural power) ואת האפקט שיש לתרבות על תפיסת אי-שוויון כוחות.

<sup>3</sup> M. I. Levine, "Power Imbalances in Dispute Resolution", in *A Study of Barriers to the Use of Alternative Methods of Dispute Resolution* 146 (Vermont Law School 1984).

<sup>4</sup> L. A. Pinzon, "The Production of Power and Knowledge in Mediation", 14 *Med. Q.* 5 (1996).

<sup>5</sup> L. Mather, "The Importance and Political Implications of Dispute Definitions", *A Study of Barriers*, supra n. 2, at 93.

<sup>6</sup> R. B. Bush & J. Folger, **The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition**, pp. 22-24 (Jossey-Bass 1994).

חזקים, שבכוחם לכפות באמצעותו את רצונם על צדדים חלשים מהם. על-פי טענה זו, העדר הפורמליות והאופי ההסכמי של הליך הגישור דווקא מדגישים את הפערים בכוחם היחסי של הצדדים; העדר הפורמליות מונע מן הצד החלש את זכותו למערכת שיש בה "איזונים ובלמים", והנייטרליות שמחויב בה המגשר מעניקה למגשר תירוץ להימנע מהפעלת לחץ על הצד החזק יותר.<sup>7</sup>

האמונה ב"סיפור הדיכוי" מופיעה בעבודתם של כמה מלומדים. שתי דוגמאות פרדיגמטיות ניתן למצוא אצל Richard Abel ואצל Owen Fiss, שניהם מזהירים מפני נטייתו של הליך הגישור לתת משנה תוקף לפערים בכוחם היחסי של הצדדים.

על-פי "סיפור הדיכוי", לא זו בלבד שהגישור אינו מותאם לטפל בפערים בכוחם היחסי של הצדדים לסכסוך, אלא שהוא גם משמר פערים אלה ואף מעודד את קיומם. Coyle, למשל, סבור כי ללא המידע שרק הליכי הגילוי בבית המשפט יכולים לספק, וללא גישה לצד שלישי נייטרלי, שיש לו הסמכות לאכוף את החוק ללא התחשבות במעמדו או ביכולותיו הכלכליות של המתדיין בפניו, צדדים לסכסוך שאין להם משאבים או חלופות טובות למו"מ מועדים להיות מנוצלים בידי אלה שהם בעלי אמצעים רבים יותר.<sup>8</sup> מלומדים המחזיקים ב"סיפור הדיכוי" נוטים לראות את ההליך השיפוטי כמנגנון היחידי המתאים לטיפול בסכסוכים המתאפיינים בפערים משמעותיים בכוחם היחסי של הצדדים להם.

האם יש להימנע מהליך של גישור במקרים של פערים משמעותיים כאלה? האם על מגשר להימנע מגישור במקרים שבהם הפער בכוחם היחסי של הצדדים גדול עד כדי כך, שלא סביר שיושג הסכם שיהיה מקובל על שניהם?

בחלק הבא נבחן כמה מהנחות היסוד העומדות בבסיסו של "סיפור הדיכוי".

## תהייה באשר להנחות היסוד

### א. האמונה כי התוצאה היא פונקציה של משאבי הצדדים

המלומדים הדוגלים ב"סיפור הדיכוי" מזהים כוח עם משאבים – בעיקר משאבים כלכליים – של הצדדים לסכסוך. לדעתם, תוצאתו של כל הליך גישור תוכרע באמצעות הכוח שיש לצדדים. ההנחה הזו לוקה בחסר בכמה היבטים:

ראשית, ההנחה אינה מכירה בכך שכוח נגזר ממקורות רבים. אין לבלבל בין כוח במו"מ לבין כוח פיזי או יתרון כלכלי.<sup>9</sup> מחקרים בנושא מקורות הכוח במו"מ מגלים את המורכבות הטבועה בו.<sup>10</sup>

---

הם מתארים את "סיפור הדיכוי", אבל כמובן אינם מצדדים בו, אלא טוענים לסיפור אחר לחלוטין: לסיפור הטרנספורמטיבי.

<sup>7</sup> Pinzon, supra n. 4, at 5.

<sup>8</sup> M. Coyle, "Defending the Weak and Fighting Unfairness: Can Mediators Respond to the Challenge?", 36 Osgoode Hall L. J. 647 (1998).

<sup>9</sup> John Harrison, "Environmental Mediation: The Ethical and Constitutional Dimension", 9 J. of Env'tl. L. 97 (1997).

<sup>10</sup> R. Fisher, "Negotiating Power: Getting and Using Influence", 27 Am. Behavioral Sci. 149 (1983); Adler & Silverstein, "When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations", 5 Harv. Neg. J. 77 (2000).

כך, למשל, Fisher מזהה 6 מרכיבים של כוח במו"מ:

- מומחיות/מיומנות וידע
- מערכות יחסים טובות
- חלופה טובה למו"מ
- פתרון אלגנטי
- לגיטימיות
- מחויבות

Adler & Silverstein מבחינים בין 4 סוגים של כוח:

- כוח אישי
- כוח ארגוני
- כוח שמקורו בידע
- כוח מוסרי

**סך כל הכוח שמצוי בידי אדם (המשתמש בו כמשאב) איננו מספק מדד מדויק – לא לכוחם של הצדדים כאשר הם נכנסים למו"מ וגם לא לתפיסה שלהם את יחסי הכוח ביניהם<sup>11</sup>.** Rubin & Zartman מזכירים שני אלמנטים שצריכים למנוע מאיתנו לערוך זיהוי בין כוחם של הצדדים לבין המשאבים שברשותם: אחד הוא האפשרות לקבל כוח ממקור חיצוני, והשני הוא האפקט שיש למידת החשש של הצדדים על כוחם היחסי<sup>12</sup>.

אם כן, התפיסה, שלפיה יש לראות את המשאבים של הצדדים כגורם היחיד המכריע את הדינמיקה של הכוח ואת תוצאת המו"מ, איננה תפיסה אוניברסלית מקובלת. כוח בגישור הוא תופעה מורכבת, שלא תמיד קל לזהות את מקורותיה. תוצאתו של הליך גישור היא, באופן בלתי נמנע, תוצר של אינטראקציה מורכבת בין גורמים רבים, אינטראקציה שבה למשאבי הצדדים לא בהכרח יהיה תפקיד רלוונטי בכל מקרה ומקרה.

## **ב. התפיסה כי שוויון בכוחם היחסי של הצדדים הכרחי לקיומו של הליך גישור הוגן**

מקובל לחשוב, כי בהליך גישור המו"מ יהיה הוגן ואפקטיבי יותר כאשר יש שוויון בכוחם היחסי של הצדדים להליך. גם תפיסה זו איננה נקייה מספקות.

**Rubin & Zartman טוענים, ששוויון בכוחם היחסי של הצדדים איננו מוביל למו"מ אפקטיבי יותר, משום שבמצבי קונפליקט הסימטריה דווקא נוטה לייצר עוינות ולהעמיק אותה, ואף להאריך את המו"מ<sup>13</sup>.** לדעתם, משאים ומתנים בין צדדים שווי-כוחות מתנהלים בצורה "חלקה" פחות ממשאים-ומתנים המתנהלים בין צדדים המאופיינים בא-סימטריה, והם נוטים לייצר פתרונות שהם משביעי רצון פחות עבור שני הצדדים, ולייצר תוצאות אפקטיביות פחות.

אם לסכם נקודה זו: לא ניתן לראות בשוויון משאבים בין הצדדים – לפחות לא בכל המצבים – תנאי מוקדם שרק בהתקיימו יתאפשר הליך גישור אפקטיבי והוגן.

<sup>11</sup> Rubin & Zartman, "Asymmetrical Negotiations: Some Survey Results that may Surprise", 11 Negotiation J. 362 (1995).

<sup>12</sup> גם Deutsch תהה אם יש קשר הכרחי בין משאבי הצדדים לבין תוצאתו של הליך מו"מ: M. Deutsch, The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes (Yale Univ. Press 1973).

<sup>13</sup> Rubin & Zartman, supra n. 11, at 359.

### ג. הנחה כי הצד החזק-יותר יכפה את רצונו על הצד החלש ממנו

"סיפור הדיכוי" מניח שצדדים חזקים נוטים להשתמש בכוחם כדי לכפות פתרון על צדדים חלשים מהם. הנחה זו איננה מובנת מאליה.

קיומו של כוח איננו מחייב בהכרח את הפעלתו של הכוח הזה. יש להבחין בין כוח פוטנציאלי לבין כוח בצורתו הפעילה<sup>14</sup>. העובדה שיש למישהו כוח עדיף במערכת היחסים אין משמעותה האוטומטית שימוש באותו כוח לרעת הצד השני<sup>15</sup>; היינו, כוח איננו מוביל בהכרח לשימוש לרעה בו.

יש סיכונים בשימוש (או בשימוש לרעה) בכוח על-ידי צד חזק יותר. לפי Adler & Silverstein, פער גדול לטובת אחד הצדדים למו"מ לעתים קרובות דווקא מפחית את הסבירות לתוצאה מוטה לטובת הצד החזק-יותר. הצד החלש נוטה לגלות התנגדות רבה לנסיונות מצד הצד החזק להשתמש בכוחו על מנת לכפות תוצאה, ובדרך כלל יגיב לא בכניעה, אלא דווקא באימוץ אסטרטגיות מנוגדות משל עצמו. צד חלש יותר, ההופך מודע לפערי הכוחות, יסרב פעמים רבות לקבל הצעה שהציע הצד החזק. הוא עלול לחשוש במניעיו של הצד החזק באופן כזה, שיסרב אפילו להצעה שלמרבית הצופים-מן-הצד היתה נראית סבירה בהחלט. יוצא, שהקשיים והסכנות שבניסיון לניצול לרעה של כוח בהחלט עשויים לגרום לצד החזק-יותר לשקול מחדש כל ניסיון להשליט את רצונו.

### ד. התפיסה שלפיה כוח משמעו שליטה והשפעה

הנחה נוספת העומדת בבסיס "סיפור הדיכוי" קשורה לאמונה, שיש זיהוי מלא בין כוח לבין יכולת שליטה והשפעה על הצד האחר. כוח מוגדר בספרות לעתים קרובות במונחים של Max Weber, כ"אפשרות להשליט את רצונך על התנהגותם של אחרים".

עם זאת, הבנה של כוח אך ורק במובן הזה עלולה להיות מטעה. כוח הוא תופעה רחבה הרבה יותר. על-פי Foucault, הכוח לא רק 'מעיק' עלינו כגורם שאומר: "לא"; הוא חורג מעבר לכך וגם יוצר כל מיני דברים. נכון יותר לתפוש את המושג של כוח כסוג של רשת פרודוקטיבית הפרושה לאורכה ולרוחבה של כל החברה, ולא רק כמהות נגטיבית שמטרתה לדכא<sup>16</sup>. באופן דומה, Pinzon טוען שכוח איננו רק מה שרבים מאמינים שהוא – גורם שלילי, אוסר, מדכא – אלא הוא כרוך בקידום של דברים, בפתחה או בהיפתחות למקורות חדשים של ידע וגם ביצירת שביעות רצון.

התפיסה של פוקו את הכוח כגורם פרודוקטיבי עשויה לאפשר לנו הבנה טובה יותר של הגישה לגישור, המאפיינת כמה מלומדים – היא הגישה של "Power With". לפי גישה זו, הפוטנציאל האמיתי של הגישור טמון בהנעת הסכסוך ממקום של "Power Over" – שבו הכוח משמש לשליטה ברצונו של האחר – למקום של "Power With" – שבו משמעותו של הכוח היא מיקוד כלל היכולות של הצדדים

<sup>14</sup> H. M. Blalock, Power and Conflict: Towards a General Theory (Sage publications 1989).

<sup>15</sup> J. Kelly, "Power Imbalance in Divorce and Interpersonal Mediation: Assessment and Intervention", 13 Med. Q. 87 (1995).

<sup>16</sup> Michel Foucault, Power-Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 119 (Harvester Press 1980).

בהשגת פתרון מוסכם<sup>17</sup>. ניתן, אפוא, לעשות שימוש בכוח כגורם יצירתי, המכוון לפתרון בעיות משותף. הבנה כזו של שימוש בכוח היא אחת המטרות המרכזיות של הליך הגישור.

#### ה. התפיסה הגורסת כי "כוח הוא קניין" (Power is Possession)

על-פי "סיפור הדיכוי", כוח הוא קניין, בהיותו בבחינת כשרון של בעליו. הכוח נתפס כרכוש, שעמו מגיעים הצדדים למו"מ ביניהם. על הנחה זו נמתחה ביקורת בהגות של מדעי החברה. Foucault סבר, כי אין להבין את המושג "כוח" כתופעה שבמסגרתה מתבצעת שליטה מגובשת, יציבה והומוגנית של אדם על אחרים; תחת זאת סבר כי "כוח הוא משהו שנע במחזוריות, ש'מסתובב' (circulates) ... משהו שלעולם אינו ממוקם כאן או שם, לעולם אינו נמצא בידיו של מישהו, לעולם אינו מוקצה או מחולק כמו מוצר צריכה או עושר חומרי"<sup>18</sup>.

Kelly טוענת, שכוח איננו מאפיין של אדם, אלא הוא תכונה של מערכת יחסים<sup>19</sup>.

לא נכון לראות את הכוח בהקשר של הליך הגישור כרכוש הצדדים. לפי Pinzon, כוח נוצר כתוצאה מאינטראקציה חברתית בין אנשים, והוא מצריך התייחסות לכל מערכת היחסים ביניהם.

**הכוח, אם כן, הוא יסוד שצץ ומופיע, משתנה, קיים באופן יחסי ונע לכל הכיוונים (multidirectional).** "סיפור הדיכוי", המציג את יחסי הצדדים במונחים של פערי כוחות סטטיים וקבועים, עלול להטעות ולמנוע הבנה נכונה של הדינמיקה של יחסי הכוח במסגרת הגישור.

#### ה. האידיאליזציה של ההליך השיפוטי

"סיפור הדיכוי" מניח, שההליך השיפוטי הוא המנגנון הטוב ביותר לטיפול בסכסוכים כאשר יש פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים. עם זאת, לא ברור מאליו שהמשתתפים השונים של הכוח, דוגמת אי-שוויון במשאבים העומדים לרשות הצדדים, ניתנים לתיקון בבית המשפט. אי אפשר להניח שהחוק והסטנדרטים שיחיל בית-המשפט יניבו בהכרח חלוקה הוגנת של הכוח בין האינדיבידואלים הניצבים בפני בית המשפט.

לא למותר לציין, כי קיימות אסכולות ביקורתיות בחשיבה המשפטית המטילות ספק בהליך השיפוטי בדיוק משום שהן מאמינות, כי מבנהו של ההליך השיפוטי מתוכנן כך שישמר את פערי הכוחות הקיימים בחברה<sup>20</sup>. המערך של ההתדיינות המשפטית בנוי כך שיעודד עימות, ואפשר לומר שהוא ממיר חילוקי דעות וסכסוכים לכדי מאבקי כוחות. הגישה ה"עימותית" (confrontational) היא חלק אינהרנטי מן ההליך השיפוטי, והיא גם שורש מרכזי שממנו מתפתחים החששות בנוגע לשליטה ולהפעלת כוח.

<sup>17</sup> See for instance G. A. Chorenki, "Mediating Commercial Disputes: Exchanging `Power Over` for `Power With`", in *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative* 159; M. A. McCormick, "Confronting Social Injustice as a Mediator", 14 *Med. Q.* 293 (1997).

<sup>18</sup> Foucault, *supra* n. 16, at 98.

<sup>19</sup> Kelly, *supra* n. 15, at 87.

<sup>20</sup> See, e.g., Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Siecle* (Harvard Univ. Press 1997).

### טיפול בפערי כוחות במסגרת הליך הגישור

ביקורת המושמעת נגד הליך הגישור גורסת, כי העדרם של אמצעי בטחון פרוצדורליים, העדרו של צד שלישי אוטוריטיבי המוסמך לקבל החלטות וכן עצם הנייטרליות שמחוייב בה המגשר – כל אלה מאפשרים מצבים שבהם צד לסכסוך עלול להשתמש בכוחו באופן בלתי הוגן כדי לכפות פתרון על הצד השני לסכסוך.

חשש זה אינו מעוגן תמיד במציאות; בפועל, **הליך הגישור כולל מאפיינים בסיסיים שמתפקדים כאמצעי בטחון למניעת שימוש לרעה בכוח של מי מן הצדדים כנגד רעהו:**

- מאפיין ראשון הוא **אופיו הוולונטרי של הליך הגישור**<sup>21</sup>. לבו של ההליך נעוץ בכך שהצדדים מחליטים להשתתף בו מרצונם החופשי. הרצון החופשי שורה על ההליך בכל שלביו, ומגן על הצדדים מפני שימוש לרעה בכוח: צד החושש כי הוא נמצא בנחיתות, יכול תמיד לעצור ולסיים את ההליך.
- מאפיין שני של הגישור, המתפקד כאמצעי בטחון מפני שימוש לרעה בכוח, טמון **בשליטתם המלאה של הצדדים בתוצאה**. הגישור מעצים את הצדדים בכך שהוא דורש מהם להיות מקבלי ההחלטות בהתאם לצרכים שלהם. על המגשר להבטיח ולוודא, כי בידי הצדדים תהיה השליטה האמיתית בתוצאה.
- מאפיין שלישי של הגישור נוגע לעצם העובדה שהוא נוקט **גישה "לא-אדברסרית" ליישוב סכסוכים**. Fuller טוען, שהתכונה המרכזית של הליך הגישור היא יכולתו 'לכוונן' את הצדדים מחדש (reorientate) זה כלפי זה, על-ידי כך שהוא מסייע להם לזכות בהתבוננות חדשה ומשותפת על מערכת היחסים שלהם<sup>22</sup>. Chornenki מפליג אף מעבר לכך וטוען, כי ההתחברות הוולונטרית של הצדדים במטרה משותפת לפתור את הבעיה ביניהם – ולא שליטה "מוצלחת" שלהם זה בזה – היא העומדת בלב ההבטחה שמציע הגישור, הבטחה המבוססת על אינטרסים<sup>23</sup>. על-כן, **היכולת הטרונספורמטיבית של הגישור היא זו שמונעת ומבטיחה מפני שימוש לרעה בכוח יחסי עודף**.

הנוכחות בפועל של כל אחד משלושת המאפיינים הנ"ל בכל גישור וגישור עשויה להשתנות. לכן **אחראי המגשר להבטיח, שההליך ינוהל באופן הוגן, שהצדדים יבינו את אופיו הוולונטרי, ושהחלטות לא תיכפינה עליהם** – על-ידי המגשר או על-ידי צד לגישור. למגשר תפקיד מרכזי במניעת מצבים של שימוש לרעה בכוח ושל נטייה מצדו של צד לגישור לשלוט בצד השני. החלק הבא יעסוק בקצרה בתפקיד זה של המגשר.

### תפקידו של המגשר

כאמור, אחת הטענות שמשמיעים הדוגלים ב"סיפור הדיכוי" גורסת, שהגישור אינו מסוגל להתמודד כיאות עם פערי כוחות, וזאת בשל הנייטרליות של המגשר. יש

---

<sup>21</sup> תחולתו של מאפיין זה במערכות המחייבות פנייה לגישור פחותה; במערכות כאלה הוולונטריות באה לידי ביטוי בעצם האפשרות לסיים את הגישור בכל עת בלי שהושג הסכם. יתכן שמושם שהוולונטריות במערכות כאלה חלה על פחות שלבים בהליך הגישור, ניתן לומר עליהן שהן פגיעות יותר לסכנה של שימוש לרעה בכוח עודף מצד אחד הצדדים לגישור כנגד רעהו.

<sup>22</sup> L. Fuller, "Mediation: Its Forms and Functions", 44 S. Cal. L. Rev. 325 (1971).

<sup>23</sup> Chornenki, supra n. 17, at 164.

הטוענים, כי מגשר שבאמת אין לו עניין, מגשר ללא משוא פנים - הוא 'מצרד' נדיר למדי.<sup>24</sup>

תגובה ראשונה להאשמה זו תהיה, שמגשרים שעברו הכשרה מתמודדים רבות עם הסוגיה של נייטרליות. השאלה, אם מגשר צריך לנסות ולתקן פערי כוחות בין הצדדים, ובאיזו מידה נכון שיעשה כן, נדונה רבות בספרות המקצועית. Kelly מתארת סדרה של טכניקות העומדות לרשות המגשר כדי להעצים את הצדדים ולמנוע סכנות העלולות להיגרם כתוצאה מפער ביחסי הכוחות.

McCormick טוען, שגישור מתפקד גם ככלי לשינוי חברתי ולהשגת צדק. Lobel, לעומתו, חושש שייחוס תפקיד אקטיבי כל-כך לגישור עלול להשפיע לרעה על יכולתו של המגשר לפעול מתוך נייטרליות, כמו גם על כוחם של הצדדים ביחס להליך וביחס לתוצאה. לדעתו, "אם מגשרים ידאגו ליישור המגרש", הם יחדלו להיות מגשרים, ויהפכו לעורכי-דין או לשופטים".<sup>25</sup>

לאחר כל זאת, חשוב להכיר כי **יחסי הכוחות בין הצדדים משתנים – באופן בלתי נמנע – מעצם נוכחותו של מגשר**.<sup>26</sup> אני מעדיף לראות את הגישות שהמגשר עשוי לנקוט בכל הנוגע להשפעתו על התפתחות יחסי הכוחות בין הצדדים לא כחלופיות זו לזו, אלא ככאלה המצויות על רצף של התערבויות אפשריות. יכולתו של המגשר להשפיע על הדינמיקה של יחסי הכוחות בין הצדדים תשתנה בהתאם לגורמים שונים. אחד מהם הוא הבחירה שיעשה המגשר בין תפיסה גישורית "מאפשרת" (facilitative) לבין תפיסה "מעריכה" (evaluative) של הגישור. כך, למשל, מגשר הנוקט גישה "מעריכה" עשוי לגרום לשינוי משמעותי בתפיסות הצדדים באשר לכוחם היחסי באמצעות בוחן מציאות.

מאמר זה אינו מתיימר לסקור את כל התשובות לשאלה, מה על מגשר לעשות כאשר הוא מתמודד עם פער בכוחם היחסי של הצדדים. עם זאת, לאלה המאמינים כי על המגשר ליטול על עצמו תפקיד פעיל באיזון יחסי הכוחות בין הצדדים חשוב לדעת, שתפיסה מקובלת היא, שעל המגשר לנהל את הליך הגישור ולהבטיח כי **מאפייניו הבסיסיים של ההליך יישמרו ויכובדו**. למשל, כאשר המגשר מסביר את "כללי המשחק" של ההליך, עליו לוודא כי הצדדים הבינו את אופיו הוולונטרי של ההליך; את העובדה שאיש לא יוכל לאלץ אותם להגיע להסכמות, ואת העובדה שהם אלו שצריכים להסכים על תוכנו של ההסכם. באופן דומה, באמצעות התמקדות באינטרסים ובצרכים של הצדדים יכול המגשר למנוע התפתחותה של דיאלקטיקה אדוורסרית ולעודד את הצדדים להשתתף במאמץ משותף לאיתור פתרונות ששניהם יוכלו להיות מרוצים מהם, או, למצער, ששניהם יוכלו "לחיות" איתם.

יתכן שהמגשר לא יוכל תמיד למלא תפקיד טרנספורמטיבי. אני מאמין שהמגשר צריך להיות מודע למגבלות שלו ולמגבלות ההליך. מגשר החושש שצד משתמש לרעה ביתרון הכוח שלו ביחס לצד השני, צריך להיות מסוגל לערוך הפסקה בהליך הגישור ואולי אף לסיימו. מחויבות זו של המגשר נובעת מחובתו המקצועית להבטיח כי הגישור יתנהל בהתאם לעקרונותיו ולמאפייניו החיוניים.

<sup>24</sup> P. Gulliver, *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective* 214 (Academic Press 1979).

<sup>25</sup> I. Lobel, "What Mediation Can & Cannot Do", 53 (2) *Disp. Resol. J.* 44 (1998).

<sup>26</sup> Palmer & Roberts, *Dispute Processes: ADR and the Primary Form of Decision Making*, at 117 (Butterworths 1998).

## "גישור בצל המשפט"

הליכי גישור אינם מתרחשים ב"ואקום", אלא בתוך מסגרת חברתית שבה החוק משחק לעתים קרובות תפקיד מרכזי. Kornhauser ו-Mnookin כינו את התפקיד שממלא החוק ביחס לגישור בשם "צל המשפט" (The Shadow of the Law)<sup>27</sup>. כינוי זה מדגיש את העובדה, שמרבית הצדדים המשתתפים בהליך גישור יודעים, שאם הגישור ייכשל, הם יוכלו לקחת את הסכסוך לבית המשפט, שם יוחלו עליו חוקים וכללים משפטיים.

כדי שיוכלו לקבל החלטות במסגרת הגישור באופן חופשי, התואם את האינטרסים שלהם, מוכרחים הצדדים להיות בעלי ידע משפטי באשר למצבם בבית המשפט. לכן סיוע של עורך דין יכול לקדם הליכי גישור. אפשר גם לטעון, שכיוון שלמשפט תפקיד חשוב בתוצאתו של הליך הגישור, נובע מכך שהוא עצמו מתפקד גם כאמצעי בטחון מפני שימוש לרעה בפערים בכוח היחסי במסגרת הליך הגישור.

## סיכום

גם כאשר אנו מזהים פער משמעותי בכוחם היחסי של הצדדים לסכסוך, אין לפסול בהכרח שימוש בהליך גישור. קשה לחזות כיצד הדינמיקה של יחסי הכוח תשפיע על הליך הגישור ועל תוצאתו. יתר על כן, המאפיינים הבסיסיים של הליך הגישור הופכים אותו מתאים בהחלט לניהול סכסוכים – לרבות כאלה שנראה, כי הם מתאפיינים בפערים גדולים ביחסי הכוחות בין הצדדים. מאפיינים אלה של הליך הגישור אינם מאפשרים לצד אחד לשלוט בצד האחר, כל עוד מגשר מיומן מנהל את ההליך. המגשר המבחין בשימוש לרעה בכוח בידי אחד הצדדים יכול תמיד לערוך הפסקה או לסיים את ההליך, כדי למנוע שימוש כזה.

לגישור יש את הכוח לשנות את הסכסוך ולהפוך יריבים לצדדים, המשתנים פעולה זה עם זה במאמץ למצוא פתרון שיהיה מקובל על שניהם. הצד ה"חלש" לא בהכרח ייצא נשכר דווקא מהליך שיפוטי, ועל אחת כמה וכמה לא ייצא נשכר ממו"מ שיתנהל ללא סיועו של מגשר. הפתרון של הליך שיפוטי – אף כי הוא מסתמך על יישום של סטנדרטים פרוצדורליים ומשפטיים-מהותיים על-ידי שופט – יהפוך את הסכסוך למאבק-כוחות, ולא בהכרח יניב תוצאה הוגנת. הפתרון של מו"מ חופשי בין שני הצדדים – ללא סיועו של מגשר – יותיר את הצד החלש-יחסית להתמודד לבדו עם החזק ממנו.

הדינמיקה של יחסי הכוחות בכל סכסוך תלויה במידה רבה בהקשר. הגישור מספק סביבה מתאימה במיוחד להתמודדות עם פערים ביחסי הכוחות בין הצדדים לסכסוך. שלא כמו שקורה בהליך השיפוטי, הגישור שואף להשתמש בכוח בצורה יצירתית, תוך שהוא הופך את הסכסוך להליך משותף של קבלת החלטות. כך, הוא מבקש להימנע מן התוצאות הבלתי רצויות של פערים ביחסי הכוחות, ומציע אמצעי בטחון למניעת שימוש לרעה בכוח. לבסוף – משום שאין ההליך מחויב לסימום ביישוב סופי של הסכסוך – יכול הגישור בכל עת להרשות לעצמו להיות "ענוותן" דיו, לסגת ולהודות שאין הוא מתאים ליישוב הסכסוך.

\* \* \*

---

<sup>27</sup> Mnookin & Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The case of Divorce".