

משא ומתן, גישור, ומלאכת עריכת הדין



תפקיד עורך הדין בימינו שונה מזה שנהג רק לפני כמה עשורים. תפקיד זה כולל כיום תכנים מגוונים שמושפעים מההתפתחויות המשמעותיות שחלו בתחום המשפט ויישוב הסכסוכים בארצות רבות ובכללן ישראל.

עו"ד איתי קריידן וד"ר קרני פרלמן

כלכלית מצרפית לשני הצדדים; או מקרה אחר שבו ניהול מו"מ אדוורסרי בין שותפים בנכס מקרקעין, שהם בני משפחה, עשוי להיתפס כניצחון של אחד הצדדים בטווח הקצר אך להתברר בטווח הארוך כהפסד לכולם שבמרכזו נתק ביחסים, פגיעה במוניטין, וחוסר יכולת להשביח את הנכס.

אחת הסיבות לשימוש הנרחב במודל המשא ומתן האדוורסרי היתה נעוצה בחינוך המשפטי. ארגז הכלים של עורכי הדין, הידע והכישורים שלהם, להם ניתן דגש בלימוד המקצוע, כווננו למטרה של מאבק וניסיון לגבור על האחר. כאשר היה על עורכי הדין להתמודד עם סיטואציה בה נדרשה גישה הפוכה, כזו המצריכה שיתוף פעולה בין צדדים, התייחסות מכבדת לצד השני כדי ליצור תוצאה מוסכמת מוצלחת, בין אם לשיתוף פעולה עסקי ובין אם לגיבוש פתרון מחלוקת, הם נותרו ללא ידע ומיומנויות הולמים.

דברים אלה הועצמו כאשר הרקע לעסקאות הצריך התייחסות גם להבדלים בין תרבותיים. כך, למשל, במשאים ומתנים לעסקאות מסחריות שנערכו עם אנשי עסקים מדרום מזרח-אסיה, כמו דרום קוריאה; נוכחו עורכי הדין המייצגים חברות זרות לגלות כי הנציגים המקומיים מטעם החברות הקוריאנית מעניקים חשיבות רבה במשא ומתן לעקרונות מקדמיים של בניית אמון בין הצדדים. האמון הבינאישי נתפס כבסיס להבניית אמון מסחרי, והגורם שהיה יכול לאפשר או למנוע פיתוח מערכת יחסים עסקית ארוכת טווח. ניהול מו"מ בטקטיקות קשות גרם להכשלתן של עסקאות רבות, למרות שלצדדים היה עניין משותף ורצון להוציא את העסקה לפועל. עורכי דין זרים גילו, לעיתים בשלב מאוחר מידי, כי בבסיס הליך המשא ומתן עומדת תפיסה אחרת לפיה אומדן נכון של תוצאה נבחן בחשיבה לטווח ארוך ומתוך התייחסות לפיתוח קשרים בין-אישיים.

התפתחות תחום יישוב הסכסוכים בעשורים האחרונים הביאה למהפך בתפקיד עורך הדין. התפתחות זאת כללה יצירתם של הליכים חדשים לניהול סכסוכים (כגון הליך הגישור), גישות חדשות איך ראוי להתנהל (גישה שיתופית ולא אדוורסרית), ואף הטלת חובות חדשות מטעם המחוקק (למשל חובת התייצבות הלקוחות בפגישות מהו"ת) שהצריכו התאמה ברכישת ידע ומיומנויות של עורכי הדין.

נקודת ההנחה של הליכים חדשים לניהול ויישוב סכסוכים היתה שפתרון מוסכם עדיף פעמים רבות על פתרון נכפה, שדרך מכבדת הכוללת גם חקר צרכים ואינטרסים של הצדדים, תביא לפתרון איכותי ויעיל. הפניית משאבי הזמן והכוחות מניהול משא ומתן לעומת המשא ומתן שיתופי עשויה לחסוך בזמן, בהוצאות, ולהשיג תוצאה מוצלחת יותר.

מאז ומתמיד עורכי הדין ניהלו משאים ומתנים בעת מילוי תפקידם כמייצגי לקוחות. אולם, עד לעשורים האחרונים רובם התנהלו בגישה אדוורסרית. התפיסה הבסיסית היתה כי על מנת להשיג תוצאה טובה ללקוח על עורך הדין לנצח את הצד השני. כל סכסוך הובן כמאבק על משאב מוגבל שמשמעו שמה שיצליח לקבל האחד בהכרח בא על חשבון חלקו של האחר. לכן מקובל היה לחשוב שעל עורך הדין לנקוט בכל דרך אפשרית, שאינה בלתי חוקית, כדי להחליש ולפגוע בצד השני. לצורך כך עורכי הדין השתמשו בטקטיקות המכונות "טקטיקות קשות" כאלו שמבקשות לערער את כוחו של הצד השני, לבלבל אותו, ולהפריע לו להשיג את מבוקשו. על טקטיקות אילו, נמנית למשל, טקטיקה של עמידה על נקודה זניחה. בטקטיקה זו מנהל עורך הדין מאבק שמיועד להתיש את הצד השני, בנושא שאינו מרכזי ללקוח שלו, ואז לערוך, כביכול, ויתור בנקודה זו, כזה שיחייב ויתור של הצד השני בנקודה עיקרית, החשובה בעצם ללקוח. דוגמה אחרת לטקטיקה קשה היא נקיטה בעמדות פתיחה קיצוניות, כמו הצעת רכש או מצג אסטרטגי של חתירה ל"פשרה" בהליך משפטי, שבבסיסן הצעה כספית החורגת בפער של אחוזים ניכרים ובאופן בלתי פרופורציונאלי מהצעה ריאלית. לעיתים הצעה כזו מלווה גם בטקטיקה של "קח או הנח" (take-it-or-leave-it) המבקשת להציג עמדה מתבצרת שאינה ניתנת לדיון.

גישה זו הרואה במחלוקת זירה להתגוששות אפיינה את מלאכת עריכת הדין גם בעת ניהול משא ומתן ישיר בין עורכי הדין של צדדים למחלוקת, וגם בעת ייצוג הלקוחות בהליך משפטי לביורר הסכסוך כמו הליך הבוררות או הליך השפיטה.

גישה זו השפיעה באופן משמעותי על עיצוב פרקטיקות נוהגות ועל סטנדרטים מצופים בהליך המשא ומתן. צדדים מיוצגים בהליך משא ומתן סברו לעיתים קרובות שעורכי דין שנוקטים בטקטיקות קשות הם המתאימים ביותר לנהל עבורם את ההליך, ושברוך זו הם יזכו בתוצאה הטובה ביותר עבורם. סברה זו התבססה לעיתים קרובות על הערכת-יתר של הלקוחות ביחס לתוצאות ביניים של הליך המשא ומתן או תוצאות קצרות טווח בסיומו, לצד הענקת חשיבות-יתר להרגשה שהליך המשא ומתן הסתיים כשידים על העליונה. בחינת תוצאות ארוכות טווח של הליכי משא ומתן מגלה לעיתים תכופות שהניצחון המיידי אינו אלא מדומה, ותוצאות ההליך אינן משרתות את כלל המטרות והיעדים של הצד למחלוקת. כך, למשל, הליך משא ומתן שבו נאלץ צד עסקי אחד לקבל על עצמו ויתורים קיצוניים, מונע שיתוף פעולה עסקי עתידי, כזה שיכול היה להניב תועלת

¹ להרחבה ראו איתי קריידן, "שתי מדינות, דרך אחת: עסקים בקוריאה, תעשייה, טכנולוגיה והייטק בין קוריאה לישראל" מגזין TheMarker (ספט' 2017) (קישור: <https://www.themarker.com/labels/korea/1.4427784>).

משפחה החל מהפגישה השנייה אם מתקיימת יותר מפגישה אחת).

העצמת מקומם של ההליכים לניהול ויישוב סכסוכים הנוקטים בגישה שיתופית מחייב התנהלות מקצועית שונה. משא ומתן בהקשר כזה מצריך ידע בדבר יכולת ניתוח סכסוך תוך התייחסות לרכיבים מגוונים כגון מערכות יחסים בין הצדדים. משא ומתן מסוג זה, בניגוד למו"מ האדוורסרי, מצריך מיומנויות של קידום שיחה בגישה שיתופית, למשל על ידי ברור סוגיות באמצעות שאילת שאלות פתוחות.

עורך דין המייצג צד בהליך גישור, למשל, צריך להיות בעל ידע ומיומנויות לניהול משא ומתן המתאים להליך השיתופי.² מתוך חשיבה על השגת פתרון מיטבי ללקוח שלו, עליו להיות קשוב גם לאינטרסים של הצד השני. זאת, לצד אימוץ גישה שבסודה השאיפה לאיתור פתרונות המוכוונים להשאת הרווח ההדדי של הצדדים (win-win solutions), המקובל לת, כנזכר, בדרום קוריאה, ומשתלבת גם עם התפיסה שפתרונות מסוג זה הם בסיס לפיתוח קשרים ארוכי טווח. כאן צריכות לבוא לידי ביטוי דווקא "טקטיקות רכות" הכוללות יצירת מחוות, נקיטה בצעדים בוני אמון, ושימוש בכלים של הקשבה פעילה כמו מסגור מחדש של נושאים.

כך, למשל, משא ומתן יעיל בגישה שיתופית יכול מראש הגדרה של נושאים לשיחה אשר ינוסחו באופן אובייקטיבי ולא שיפוטי ("טיב המוצר" להבדיל מ"אספקת מוצר לקוי"). הוא יכול גילוי מידע מתוך תפיסה ששיתוף מידע עשוי להבהיר צרכים ואינטרסים, לקדם חשיבה על פתרון העונה להם, להבדיל מתפיסת המידע ככלי המיועד לנגח ולהפחית בו את הצד השני.

עורכי הדין מתמודדים כיום, איפוא, עם מציאות מורכבת, כזאת הדורשת מהם לעיתים ניהול משא ומתן אדוורסרי ולעיתים משא ומתן שיתופי.

עורך הדין בעל ארגז כלים הולם לשנת 2021 צריך להיות מסוגל של "עורך הדין פותר הבעיות".³ משמע עורך דין הרואה בעבודתו כמכוננת לסייע ללקוח בהשגת מענה לצורך או בעיה שעומה הוא מתמודד, העשוי להתקבל שלא על חשבון האחר. עורך דין היוודע לנהל משא ומתן בכלים מגוונים, להעביר שיח אדוורסרי לשיח שיתופי במקום שהדבר ראוי, ולקדם את המטרות של הלקוח שלו מתוך חשיבה המתבוננת על מעגל רחב של אינטרסים הצופה פני עתיד.⁴

עו"ד איתי קריידן הוא מנהל המרכז למשפט שיתופי וטיפול, בביה"ס למשפטים במכללה למינהל. משמש כסגן נשיא לשכת המסחר ישראל-קוריאה.

ד"ר קרני פרלמן מרצה וראשת המרכז למשפט שיתופי וטיפול בביה"ס למשפטים במכללה למינהל. מרצה באוניברסיטת תל-אביב בתואר השני לניהול סכסוכים וגישור, ובפקולטה למשפטים. מחברת הספר – יישוב סכסוכים: משפט שיתופי וטיפול (בורסי, 2015)

ניהול משא ומתן בגישה שיתופית רואה בעיסקה או בסכסוך הזדמנות שניתן להפיק ממנה רווח הדדי. ייצוג בגישה זו יוצא מנקודת הנחה שהלקוח יוכל להשיג את התוצאה הטובה ביותר עבורו לא בהכרח על חשבון הצד השני, אלא דווקא אם ימצא פתרון העונה למירב האינטרסים והצרכים של שני הצדדים. בדרך זו עשוי להיות מושג פתרון שיהיה יציב ויכובד על ידי הצדדים, יאפשר שיתוף פעולה עתידי ביניהם לפי הענין, וימצב את עורכי הדין כבעלי ערך התורם לחיי המסחר והכלכלה.

עורכי הדין משתתפים כיום בהליכים החדשים לניהול סכסוכים בכמה כובעים – כמנהלי הליכים אלה, וכמייצגי לקוחות שסכסוכם מתברר בדרך זו. חשוב להדגיש כי הליכים אלה כוללים הליכים חלופיים לשפיטה כמו גישור, אבל גם הליכי שפיטה עצמם המכוונים לפתרון מוסכם, בפשרה או הסדר.

בישראל ישנה מגמה גוברת המבקשת לעודד ניהול מחלוקות וסיומן בהסדרים. בהתאם לכך מוטלות כיום על עורכי הדין חובות המצריכות מהם ידע לניהול משא ומתן שאינו מיועד לגבור על הצד השני. תקנות סדר הדין האזרחי החדשות שנכנסו לאחרונה לתוקף, לדוגמה, יצרו שינוי משמעותי בהוספת הליך של "דיון מקדמי" בין עורכי הדין המחייב אותם לנהל ביניהם שיח לבחינת האפשרות של ניהול הסכסוך בהליך חלופי לשפיטה. עליהם לנהל, למעשה, משא ומתן שיכלול גילוי מידע, חשיבה על הליך הולם לבריור הסכסוך, החלטה אם לקיים הליך כזה ועוד (בהקשר זה ראו תקנות 34–39 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018).

לכך מצטרפת החובה המוטלת על הלקוחות להשתתף בהליכי מהו"ת בסכסוכים מסחריים והן בסכסוכי משפחה. עורכי הדין צריכים לדעת כיצד ללוות את הלקוחות בהליכים אלה (הם מוזמנים להשתתף בפגישות המהו"ת בסכסוכים מסחריים ויכולים להשתתף בפגישות מהו"ת בסכסוכי



² על הכנת תכנית ייצוג המותאמת להליך גישור ניתן לקרוא בספרה של קרני פרלמן **יישוב סכסוכים: משפט שיתופי וטיפול** (בורסי, 2015), עמ' 355–375.

³ להרחבה ראו: לימור זר גוטמן וקרני פרלמן "עורך הדין פותר הבעיות: שינוי פרדיגמת ההתנהלות המקצועית" **הפרקליט** נב 3–45 (תשע"ג).

⁴ בקורס ייחודי שפיתחנו במרכז למשפט שיתופי וטיפול, למשל, נלמדים כלים מעשיים איך לנהל משא ומתן איכותי ויעיל בגישה שיתופית לשם ייצוג לקוחות בהליכי גישור או הליכי שפיטה מכווני פשרות והסדרים.