



הביסוס התיאורטי של הגישור בפרספקטיבה של תורת המשפט

מוראל שחר*

מה בין גישור לתורת המשפט? למרות הפערים התהומיים בגישתם אל החוק, זרמים שונים בתורת המשפט תומכים באופן עיקבי ברעיונות המבססים את הגישור. במאמר זה נתמקד בשלושה הוגים מרכזיים: אריסטו, הובס וקלזן.

לא רק ללשון החוק, אלא גם לכל המאפיינים של המקרה הספציפי: הם מבחינים בין מעשים המתבצעים כתוצאה מרוע מוסרי, לבין מעשים נסלחים, הנובעים מטעות בשיקול-דעת: Equity bids us to be merciful to the weakness of the human nature [...]; not to consider the actions of the accused so much as his intentions, nor this or that detail so much as the whole story; to ask not what a man is now but what he has always been. It bids us remember benefits rather than injuries, and benefits received rather than benefits conferred; to be patient when we are wronged; to settle a dispute by negotiation and not by force⁷.

במילים אלה יסד אריסטו את התפישה הגישורית המודרנית. במקביל, אריסטו טען אמירה אחרת: יש רק אמת אחת, אבל היא לא בהכרח תצא לאור בבית-המשפט, כי ההצלחה תלויה גם בכישוריהם הרטוריים של עורכי-הדין. הטיעון של אמת אחת לא מתיישב עם השיח הגישורי המקובל, אבל הטיעון על בית-המשפט מאד מודרני, ומהווה את אחד הכלים השימושיים של המגשר.

2. תומס הובס⁷

הובס (1588-1679), פילוסוף אנגלי הנחשב לפוזיטיביסט הראשון. לפי הובס, המשפט יוצר את הצדק, בעוד שבמשפט הטבעי, המשפט רק משקף את הצדק. אולם, בהתחשב באילוצים המוסריים והפוליטיים של תקופתו, הובס ניסח את תורתו במונחים של משפט טבעי. הובס בספרו "לוויתן", מבחין בין המצב הטבעי של האדם לבין החברה המשפטית. הובס מתבסס על הנחה מקדימה: כל בני האדם שווים "בסגולות גופם ורוחם (...). כי אשר לחוזק הגוף הנה לחלש בבני אדם כוח מספיק כדי להרוג את החזק בבני אדם (...). אשר לסגולות הרוח (...). דעה מיושבת אינה אלא ניסיון, שהזמן השווה מקנה במידה שווה לכל בני אדם, באותם הדברים שהם שוקדים עליהם במידה שווה (...). השוויון מביא לאי ביטחון". במצב הטבעי, ממשיך הובס וטוען, "כששני אנשים רוצים בדבר אחד, ואין אפשרות שיהיה ממנו שניהם גם יחד, הם נעשים אויבים זה לזה (...). אי ביטחון מביא לידי מלחמה - במצב הזה של אי ביטחון הדדי אין לו לאדם דרך נבונה יתר להבטיח את עצמו מאשר אם יקדם את הרעה, זאת אומרת בתחבולות ערמה ישתלט על כל מי שיוכל, עד שלא יראה עוד כוח אחד שיהא בו כדי לסכן את קיומו".

במצב הטבעי, לכל אדם זכות טבעית לשרוד, שהיא לפי הגדרתו של הובס: "החירות אשר לכל אדם להשתמש כרצונו בכוחו שלו לשם שמירה על (...). חיי, ועל כן לעשות כל דבר שעל פי שכלו יראו כאמצעי מועיל ביותר לכך". אין פשע ואין אי צדק כי אין חוק⁸. לפי התיאור המפורסם של הובס, "האדם חי חיי בדידות, חיים דלים, מאוסים, בהמיים וקצרים".

אם כן, מה הפתרון למצב בעייתי זה? כל אדם צריך להסכים להגביל את הזכות הטבעית שלו על-מנת לאפשר חיים בחברה מאורגנת ומסודרת על-פי חוקים. הובס מנסח 19 חוקים טבעיים שהם לדעתו הבסיס הדרוש כדי לאפשר לבני אדם לחיות ביחד. נתמקד כאן רק בחוקים הרלבנטיים ביותר לנושא הגישור:

- החוק הראשון: "בקש שלום ורדפהו".
- החוק השני: "אדם (...). יהי מסתפק באותה מידה של חירות כלפי בני אדם אחרים, שהיה מניח בידם ביחס לעצמו".
- החוק השלישי: "הכורת אמנה חייב לקיימה".

מהו חוק? השאלה נשמעת אולי טריוויאלית, אבל היא מטרידה את ההוגים הגדולים משחר החשיבה המשפטית ועד עצם היום הזה. אחת המטרות העיקריות של תורת המשפט היא לספק תשובה לשאלה זו. בחלוקה גסה, תורת המשפט התחלקה בעבר לשני זרמים עיקריים: המשפט הטבעי (הגורס שחוק הוא חוק רק אם תוכנו מוסרי) והמשפט האנליטי (או הפוזיטיביסטי) הטוען שחוק הוא חוק בלי קשר לתוכנו, אם הוא התקבל בהתאם לפרוצדורה המוסכמת בחברה (למשל חוק הוא נורמה שחוקקה ע"י הכנסת).

את הניסוח הראשון של תיאוריה של משפט טבעי אנו מוצאים בדיאלוג האפלטוני "מינוס או על החוק"¹.

את התיאוריה של המשפט האנליטי-פוזיטיביסטי מבססים המשפטנים האנגליים גרמי בנתהם במאה ה-18 וג'ון אוסטין במאה ה-19: חוק הוא פקודה כללית של הריבון אל נתיניו. התורה הפוזיטיביסטית תעודן ע"י פרופ' הארט במאה ה-20, בעזרת הטענה שאת החוק אנו מוצאים בפסיקה של בתי המשפט, ותשמש כבסיס לתיאוריה מאוחרת יותר של פרופ' דוורקין, הטוען שמעבר לפסיקה יש לקחת בחשבון בהגדרת החוק גם את ההיסטוריה המשפטית של אותה חברה והעקרונות המקובלים בה, וזאת על-מנת שהפסיקה תשקף בצורה הטובה ביותר את אופי החברה לאורך זמן.

מהו גישור? גישור הוא הליך רצוני שבו צדדים למו"מ לקראת כריתת חוזה, או ליישוב סכסוך, נפגשים עם צד שלישי, המגשר, וזה מסייע בידם ליישב את המחלוקות בדרך של הסכמה, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בה². המגשר שומע כל צד בנוכחות הצד השני, ויכול גם לקיים פגישות נפרדות עם צד אחד לבירור סוגיות, הורדת ציפיות ובדיקת פתרונות. גישור מאפשר פירוק אמוציות, ומחדש את התקשורת הישירה בין הצדדים שלפעמים לא דיברו ביניהם תקופה ארוכה. גישור במהותו הוא גם צודק וגם יעיל³. הוא צודק, כי אדם לא יסכים מרצונו החופשי להיות שותף לעוול שיעשו לו⁴. הוא יעיל, כפי שחווה, הנכרת בד"כ כאשר הוא מגדיל את תועלת הצדדים, יעיל (בהקשר זה יש לזכור, שלפעמים מינימום הפסד הוא מקסימום רווח). גישור יעיל גם מהיבט אחר: הוא מסיט את הויכוח מעמדות הפתיחה הנוקשות לאינטרסים האמיתיים של הצדדים, במובן הרחב (יחסים עתידיים, עסקאות אחרות וכו'). כך הוא יכול להביא לפתרון המבוסס על נתונים שהם חיצוניים לסכסוך.

אז מה לגישור ולתורת המשפט? מטרתי במאמר זה להראות שלמרות הפערים התהומיים בגישתם אל החוק, זרמים שונים בתורת המשפט תומכים באופן עיקבי ברעיונות המבססים את הגישור. לצורך כך אתמקד בשלושה הוגים מרכזיים: אריסטו, תומס הובס והנס קלזן. יש להדגיש שכולם מצדדים בפתרונות אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים (ADR) באופן כללי, ובברורות בפרט, אולם, אנו נתמקד כאמור - בגישור.

1. אריסטו⁵

אריסטו (384-322 לפנה"ס) היה תלמידו של אפלטון. הוא השתייך לזרם המשפט הטבעי, וגישתו לחוק מוכרת בשם "דיני היושר". לפי אריסטו, החוקים כלליים מדי מכדי להתייחס בצורה הולמת לכל המקרים הפרטיים שיכולים להתעורר⁶. למשל, החוקים סובלים בד"כ מ-over inclusiveness (כלומר הם חלים על מקרים לא מתאימים), או מ-under inclusiveness (הם לא חלים במקרים שהיו צריכים לחול). לכן, אריסטו מבחין בין החלטה שיפוטית צודקת (כאשר השופט פוסק לפי לשון החוק), לבין החלטה שיפוטית הוגנת (כאשר השופט פוסק בהתאם ל"רוח" החוק). דיני היושר דורשים כי השופט יתייחס



אולם, ממשיך קלזן, האדם מחפש הצדקה רציונלית למעשיו האמוציונליים, גם במחיר של מרמה עצמית (התופעה מוכרת היטב למגשרים). ובכל זאת:

"Justice is an irrational ideal. However indispensable it may be for from volition and action of men, it is not subject to cognition. Regarded the point of view of rational cognition, there are only interests, and hence conflicts of interests. Their solution can be brought about by an order that either satisfies one's interest at the expense of the other, or And seeks to achieve a compromise between opposing interests.[...] although the ideal of justice in its original sense as developed here is something quite different from the ideal of peace, there exists a definite tendency to identify the two ideals, or at least to substitute the ideal of peace for that of justice."

כלומר, גם קלזן בא לבסס את התפישה הגישורית המחזירה את הסכסוך למגרש האינטרסים. אנחנו לא יודעים מהו צדק, והתחליף הראוי ביותר הוא שלום. כלומר סיום הקונפליקט¹¹. במובן הזה קלזן מבטא היבט מאד חשוב בגישור: אין רק אמת אחת, וכל אדם רואה את האמת, או הצדק, כמו מצב העניינים המצדיק בצורה הטובה ביותר את ההתנהגות האמוציונלית שלו.

יתר על כן, יש בתורתו של קלזן בשרה למגשרים המוטרדים מסוגיית הצדק בגישור: אנחנו יודעים שבכל גישור יש טווח של פתרונות אפשריים ומקובלים המתמקמים בדרגות שונות על סולם הצדק ושל המגשר. לא תמיד מידת הצדק של הפתרון המוסכם על הצדדים נמצא בפסגת הסולם, ובכל זאת, יש לראותו כתחליף הטוב ביותר של הצדק (במובנו האבסולוטי והתיאורטי).

סיכום

מזהים לראות איך תיאוריות משפטיות מכל קצוות הקשת באות ומספקות בסיס תיאורטי להיבטים שונים של תורת הגישור. המשפט הטבעי מספק את הצד האנושי של הגישור, המבקש להתחשב בנסיבות המיוחדות ובנקודת מבטו של כל אדם, ולראות את הקונפליקט לאור מכלול היחסים בין הצדדים.

תומס הובס מבסס את השיקולים הרציונליים המוכיחים כי שלום אינו רק שאיפה מוסרית אלא האינטרס האמיתי של האדם. אולם, עליו להסכים למספר עקרונות כדי ליהנות מפרותיו, ואלה הדרישות החלות על מי שמבקש ליהנות מיתרונות הגישור.

הנס קלזן מצידו בא ומלמד אותנו שבעולם שבו אין מוסר וצדק אבסולוטי, שלום, או סוף הקונפליקט הוא התחליף הטוב ביותר לצדק. אם כך, נדמה כי בגישור מתמזגות בצורה הרמונית וקוהרנטית חלק מהתובנות החשובות של תורת משפט שונות ואף מנוגדות, ומסקנה זו מתיישבת יפה עם עצם מהות הגישור.

- 1 אפלטון, "מינוס או על החוק", כתבי אפלטון, כרך 5, 287-283 או במנוחים אחרים: Lex injusta non est lex. חוק לא צודק אינו חוק.
- 2 ע"ד רוני סטי, דרך גישור להסכם (2001), 29. ראה גם ההגדרה בס' 79 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.
- 3 פרט למקרים בהם פערי כוחות בין הצדדים יכולים לפגוע בהליך. ראה בהמשך חלק 2 על הובס, פסקה לפני האחרונה.
- 4 הכוונה אינה לצדק אבסולוטי אלא לספקטרום של פתרונות סבירים.
- 5 Aristotle, *Rhetorics*, Book 1, Chapter 13
- 6 בכך הוא מבטא גישה הרבה יותר מתונה מאפלטון שחשב שהחוקים מיותרים בדיוק מהסיבה הזאת, ושיש להתייחס לכל מקרה לגופו.
- 7 הובס תומס, לויתן, פרקים יג-טו, מהדורת מאגנס, 113-151
- 8 עיקרון ידוע במשפט הרומי: nullum crimen sine lege - אין עבירה ללא חוק
- 9 Kelsen Hans, *General Theory of Law and State* (1961), 3-21
- 10 אין זה אומר שהפוזיטיביסט לא ישקול את התוכן המוסרי של החוק בבוא להחליט אם לציית לו. אך למוסר אין מקום בהגדרה של מושג החוק, מה שלדעתו של הרט נותן לפוזיטיביסט יותר מרחק בהערכתו הערכית של החוק. להתייחסות פוזיטיביסטית לחוקים של המשטר הנאצי ולדיון על היחס בין חוק ומוסר ראה דיון הרט-פולר: Hart-Fuller Debate (1958), in *Harvard Law Review*, 71, pp. 593-672.
- 11 יש כמובן ביקורת נוקבת על קלזן בנקודה הזאת: גם דיכוי החלש בידי החזק הוא צורה של שלום.

- החוק הרביעי: "הכרת תודה (...) המקבל טובה מאחר מתוך חסד גרידא יהי משתדל שהגומל אותה לא תהא לו סיבה סבירה להתחרט על רצונו הטוב".

- החוק החמישי: "הסתגלות הדדית או נוחיות לבריות (...) יהי כל אדם מתאמץ להסתגל לשאר הבריות".

- החוק השישי: "נכונות למחול (...) כשעברייך מביע חרטה ומבקש מחילה, חייב אדם למחול את חטאיו בעבר, ובלבד שתהא נתונה ערובה לעתיד".

- החוק השביעי: "כשאדם לוקח נקם אל יהי נותן דעתו על גודל הרעה בעבר, אלא על גודל הטובה שתבוא בעקבותיו".

- החוק השמיני: "נגד עזות פנים (...) אל יהי אדם מכריז במעשה, בדיבור, בהבעת פנים או במחווה על שנאתו או על בוז ליבו לזולת".

- החוק התשיעי: "נגד גאוה (...) יהי כל אדם מכיר בחברו כשווה לו על פי הטבע".

- החוק העשירי: "נגד שחצנות: (...) כשבני אדם עושים שלום ביניהם, אל יהי שום אדם דורש שתהא שמורה לו זכות כל שהיא, שלא היה מסכים שתהא שמורה לכל אחד ואחד מן השאר".

- החוק האחד עשר: "כל הבא לתווך לשם שלום יש לאפשר לו מעבר בטוח".

ככלל מסכם, או כדי לתת את "כל התורה על רגל אחת", כמאמר הלל הזקן, אומר הובס "דעלך סני, לחברך לא תעביד".

החוקים של הובס מוכרים היטב לכל מגשר מהפרקטיקה שלו, כי הם מהווים תנאים לפתרון מוסכם של סכסוך. אבל נדמה, כי התרומה החשובה ביותר של הובס בהקשר זה היא התובנה שאדם צריך לשאוף לשלום לא מטעמים מוסריים אלא כי כך מכתוב האינטרס האישי שלו. בגישור אנחנו מנסים להסיט את הדיון מהעמדות בהן מתבצרים הצדדים לחשיפת האינטרסים האמיתיים שלהם, וכולנו יודעים כמה קשה עבור המגושר להתגבר על ההיבטים האמוציונליים של הסכסוך ולפעול בצורה רציונלית, על פי האינטרס האמיתי שלו. במובן הזה, את החוק השביעי יש לחרוט על קירותיו של כל חדר גישור.

ההנחה המקדימה - כל בני אדם שווים, פחות או יותר - לא תמיד מתקיימת בגישור. פער הכוחות בין הצדדים יכול להיות עצום. ואכן, במצב כזה קשה מאד לגשר, כי לצד החזק אין אינטרס להגביל את הזכות הטבעית שלו. כאן החוקים של הובס לא חלים, ולעיתים קרובות יחליט המגשר להפסיק את הגישור אם אין ביכולתו לאזן את הבדלי הכוחות בלי לפגוע בניטרליות שלו.

גישתו של הובס, מהווה פרשת דרכים בין הגישות הפוזיטיביסטיות והטבעיות במשפט. גישתו משתייכת למשפט טבעי במובן שהיא דורשת תוכן הכרחי למשפט, ולמשפט פוזיטיביסטי במובן שתוכן המשפט לא מוכתב ע"י המוסר, אלא מהווה פרי אירוע חברתי.

3. הנס קלזן?

הנס קלזן (1881-1973), משפטן אוסטרי המשתייך לזרם הפוזיטיביסטי של המשפט, וניסח תורת משפט המבוססת על תובנותיו של עמנואל קנט בתחום האפיסטמולוגיה (תורת הידע). הוא ביקש להגדיר משפט במנותק מההקשר הפוליטי והסוציולוגי שלו. לפי קלזן, נורמות משפטיות מאופיינות ע"י מערכת אכיפת סנקציות מאורגנת, בשונה מנורמות מוסריות שהפרתן גוררת רק ביקורת חברתית בעיניו. המוסר האידיאלי לא קיים, או לפחות טרם התגלה לבני אדם. לכן, אין טעם לערב משפט ומוסר: חוק יכול להיות חוק גם אם הוא לא מוסרי, ואין במוסריות של היגד כדי להפכו להיגד משפטי¹⁰. אם כך על מה יש לבסס את הצדק?

"What does it really mean to say that a social order is a just one? It means that this order regulates the behavior of men in a way satisfactory to all men, that is to say, so that all men find their happiness in it. The longing for happiness. It is happiness longing for justice is men's eternal that men cannot find as an isolated individual and hence seeks in society. Justice is social happiness."