

על משא ומתן וחוק החוזים : סעיף 12 לחוק החוזים כראי גישות תאורטיות בתחום המשא ומתן

על בוקשפן וחנן גולדשמידט*

הקדמה

1. המתקר האקדמי בתחום המשא ומתן

1.1 היסוד אחריות תאורטית בתחום המשא ומתן

1.2 ההתייחסות הפסיכולוגית, הכלכלית והמשפטית להליך המשא ומתן

1.3 הבחנה בין שני סוגי משא ומתן – פתרון סכסוכים לעומת קבלת החלטות

עסקיות

1.4 ההבחנה בין משא ומתן חלוקתי למשא ומתן אינטגרטיבי ("משלים")

1.5 תקישי ביצירת הסכמים

1. קיבעון של השיפוט הראשוני

2. קשיים בהבנת האינטגרטיביות, המיזוס של העוגה הקבועה

3. מחויבות לדרך פעולה שונקטה בעבר

4. בעיות הנובעות מהפיסה של מטרות המשא ומתן, ובעיקר של מטרות

הצר השני במשא ומתן

5. בעיית החלפת מידע

6. ביטחון יתר של הצדדים והערכה שגויה של האלטרנטיבה למשא ומתן

7. בעיות של קבלת החלטות, בעיקר מסגור, וקשיים בשיפוטים מרוקיים

וקבלת החלטות רציונליות

1.6 שלולשה מרכיבים אינהרנטיים לבחינת משא ומתן

1. אפקטיביות המשא ומתן

2. יעילות הפתרון שהושג במשא ומתן

3. הוגנות

1.7 המרכיבות של אמון במשא ומתן

2. יישומו של סעיף 12 לחוק החוזים בפסיקותו של בית המשפט העליון

2.1 על סעיף 12 לחוק החוזים כמבטא עיקרון נורמטיבי-תרבותי יסודי, על

תפקידו הנורמטיבי של בית המשפט ועל משא ומתן כ"משהק חכרתי חוזר"

* מרצים במרכז הבינתחומי – הרצליה, תודתו למיכל מרגלית ודודי קינן על העזרה שהושיטו במהלך הכנת המאמר. על בוקשפן, מהמחה לשעבר של נשיא בית המשפט העליון (כרימון) מאיר שמגר.

- 2.2. התועלת הגלומה בשיחות פועלה בעת המשא ומתן והתפיסה האינטגרטיבית /משלימה למשא ומתן
- 2.3. השייכות האמתן, מימוש ציפיהם הסכירה של הצדדים וההתנגות בשלב המשא ומתן
- 2.4. חובת הגילוי בחובה החלה בשעת המשא ומתן וטעמיה
3. המחקר בתחום המשא ומתן וסעיף 12 לחוק החוזים – סיכום

הקדמה

החל משנות ה-70 תופס תחום המשא ומתן מקום של כבוד במחקר האקדמי כמו גם במדענות העסקית והחברתית¹. מחקרים רבים בתחום, בין היתר, את סוגי המשא ומתן, יעדים שונים של המשא ומתן ואסטרטגיות שונות לניהולו².

במקביל, ומן הסתם לא בלי קשר, מתעניין גם המשפט בתחום המשא ומתן. התעניינות זו באה לידי ביטוי בהכפפתו של המשא ומתן למגוון הסדרים בתחומי המשפט השונים, דוגמת דיני הנוזקין ודיני עשייה ערשר ולא במשפט, אך גם – ובעיקר – דיני החוזים עצמם בדוקטרינת החוזות הנספת, דיני הפגמים כרצון³, וסעיף ולחוק החוזים⁴. המקור הנורמטיבי האחרון – שהוסף לחוק החוזים הישראלי אך

1 אפשר לומר שמשא ומתן הפך לזווה הדרך המועדפת לפתרון מסוככים בעולם לקראת סוף המאה ה-20 וכן שהושבתו בעולם העסקי התפתחה מאוד בשנים אלו. ראו למשל, א. גליץ דינמיקה של משא ומתן מהאוריה ליישום (תשנ"ז) 31: *Research on Negotiation* (eds.) R. J. Bies, R. J. Lewicki & B. H. Sheppard (1995).
2 *Negotiation in Organization* (Greenwich, 1995) and: *Empirical Evidence and Theoretical Issues* 108 *Psych. Bull.* (1990) 515-532 L. Thompson
3 השונים בהמשך המאמר.
4 פסק ב' לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973 (לדלן): חוק החוזים. דינים אלו מקרינים אף הם על שלב המשא ומתן שכן עיתוי ההתחשבות משתנה על השלב הטרום חוזי בלבד, ראו, למשל, ע"א 5493/95 יריד לעולה (ני.א.ק.), נ' קרן, פ"ד (נ1) 4) 509.
5 ע"א 207/79 ריב"ג נ' בית יולב, פ"ד ל"ג) 533 (לדלן): עניין בית יולב: "השלב הטרום חוזי אינו שלב טרום משפטי – אף הוא שלב, שבו שולט משפט חטבע, לא במתכונתו של אדם לאדם – זאב, ולא במתכונתו של אדם לאדם – מלאך. השלב הטרום חוזי הוא שלב 'משפטי'... כך, למשל, הלוח בשלב הטרום חוזי הנומטים של דיני הנוזקין, המטילות אחריות בנוזקין על מי שהתשלל בהצגת מצגים או על מי שמוסר מצגים מתוך כוונת דוה... ברומה, מחלים הדינים בדבר מנעת התעשרות שלא כרין על השלב הטרום חוזי. על כן עשוי משתתף במשא ומתן טרום חוזי לזכות, לעיתים, בשכר ואף עכור שירות, שבטיע בשלב המשא ומתן, חרף העובדה שלא נכרת עמו חוזה... זאת ועוד: דיני החוזים עצמם עשויים לחול בשלב הטרום חוזי, שכן הלך שהוא טרום חוזי לעניין חוזה פלוג עשוי להיות חוזי לעניין חוזה אלמוני... בנוסף לנורמות המשפטיות הכלליות (דיני הנוזקין, החוזים, ההתעשרות שלא כרין, המניעות וכיוצא בהם), החלות בשלב הטרום חוזי, קיימת בישראל נורמה משפטית ספציפית, שעניינה החוזים הטרום חוזי, הלא היא הוראתו של סעיף 12 לחוק החוזים" שם, בע"פ 542. אף להוציא מכלל החולה גם מערכות דינים נוספות בשלב הטרום חוזי, כגון דיני העורשין במקרים המתאימים.

בשנת 1973 – קובע כי גם השלב הטרום חוזי, שלב המשא ומתן, כפוף לחובות משפטיים, המתמצות בעקרון תום הלב, אשר הסנקציה בנין הפרתו הנה, כרגיל, פיצויים לצד השני בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריחת החוזה.⁵

סעיף 12 לחוק החוזים יהווה את הלב המשפטי של מאמר זה וזאת מאחר שרק הוא, מבין המקורות המשפטיים שצוינו לעיל, עוסק כולו, ובמישרין, בשלב המשא ומתן ומאחר שהמשטר שנוצר באמצעותו מקרין על החוזה המדי (אם וככל שנקשר לאחד המשא ומתן) כמו גם על התרכות והתפיסה הכללית בנוגע לעריכת משאים ומתנים. יתרה מכך, העובדה כי סעיף 12 לחוק החוזים חל באופן קוגנטי⁶ על הליך המשא ומתן כשלעצמו (אף אם חוזה לא נכרת בעקבותיו), על כל צד למשא ומתן (אף אם אינו צד לחוזה הסופי ככל שנכרת),⁷ ועל כל משיא ומתן (אף כזה שאינו חוזי במובן השגורתי של המושג),⁸ מהדדה את ראייתו של סעיף 12 לחוק החוזים כנקודת המפגש הנורמטיבית והבסיסית ביותר להפנמה נורמות החולשות על התרכות החברתית והעסקית בשלב המשא ומתן. במילים אחרות, בשל אופיו האמור מהווה סעיף 12 לחוק החוזים יסוד מוסד לכלל האינטראקציות האנושיות.⁹

⁵ במסגרת החייחטה המדוברת של הפסיקה לסעיף 12 לחוק החוזים, החגיבה הפסיקה גם את סמנת האפשרויות במסגרתו של הסעיף (ראו, למשל, פסקי הדין בע"א 829/80 שיכון עובדים ב' זפנקי, תש"ד (1) 579 (להלן: עניין שיכון עובדים); ע"א 986/93 קלמור ב' גיא, פ"ד (נ1) 185 (להלן: עניין קלמור); ולאחרונה, ע"א 6370/00 קל בנגן בע"מ ב' ג.ר.מ. רעננה לפניה והשבה בע"מ, פ"ד 289 (נ3) 441.

⁶ ראו למשל, ד"ג 22/82 בית יולס ב' ריב, פ"ד (נג1) 462, 441 (להלן: ד"ג בית יולס).

⁷ ראו למשל, ד"ג 7/81 פנידד תבורי להשקעות ב' קסטור, פ"ד (4) 673, 682-683 (להלן: ד"ג פנידד).

⁸ אמרה זו נכונה לדרי החוזים בכלל, ועקרון תום הלב בפרט, לאורו של סעיף 161(ב) לחוק החוזים הקובע כי הוראותיו של החוק יהולו "ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בהחלט חוזה ועל חובים שאינם נובעים מחוזה". על סעיף זה נאמר על ידי השופט חשין ברע"א 6339/97 קרקר ב' סלמון, פ"ד (נת1) 199 (להלן: עניין קרקר): "הוראת סעיף 161(ב) לחוק החוזים מדמה עצמה לחתת אוטובוסים המשלחת אוטובוסים אל כל רחבי הארץ... המשלחת של סעיף 161(ב) לחוק החוזים מדמה את הוראת סעיף 12, ובעצם את כל הוראות חוק החוזים, אל כל הפוזות משפט ישראל... צירופה של הוראת סעיף 161(ב) להוראת סעיף 39 לחוק חופכת את הוראת סעיף 39 לרקטוריה החותמת

צירופה של הוראת סעיף 161(ב) להוראת סעיף 39 לחוק חופכת את הוראת סעיף 39 לרקטוריה החותמת

את משפט ישראל כולו לאורכו ולרחבו, מלוא כל הארץ כבוד".
⁹ ראו דבריו של השופט חשין ברע"א 1407/94 Credit v. Mediterranean Shipping Co. S.A. 122 (5) מח(5) 122: "על דוקטרינת תום הלב תיבנה שיטת משפט האומר כי בה גווחה כל החוזה כולו – וכי ארץ פירודה הוא – לא ירחק מן האמת" שם, בע" 132: כן יראו דבריו של הנשיא שמגר בע"א 2896/90 יוסף ב' ריין, פ"ד (נ5) 459, אשר נאמד אמנם בהקשר של מיקרוסקופים קהילתי צ'ר של מוגרם בבית משותף אך חושפים במדומה את התיסות הבסיסית מדבר נחיצותו של עקרון תום הלב לצורך קיום חברתי: "אם, ורק אם, יפעלו בעלי הירווח והזיזים, איש כלפי רעהו, בתום לב ובהתיינות, יוכל הבית המשותף להתנהל בצורה תקינה, לרווחתם המשותפת של יושביו".

י"אמר כבר עתה כי הוספת סעיף 12 בינות סעיפי חוק החוזים, חרף התרכזותו בהליך המשא ומתן בלבד ואף אם תוצאתו אינה חוזה מוגמר, מוצדקת לאור ההזדהות האיכותית הקיימת בין הליך המשא ומתן להליך החוזי גופו: כמו הקשר החוזי עצמו גם המשא ומתן מערב באופן אימונטי אינטראקציה חברתית ועסקית לרוב, רצונית כשלעצמה (והסכמית במשמעות), לבהינתן יצירתו של הסדר מוסכם. בשל הכוונותיו של הליך המשא ומתן במישורין ובאופן קונקרטי על דמותה ושיבה של אינטראקציה זו בהמשך הדרך באם ישליל המשא ומתן לכדי חוזה, ובעקיפין ובאופן מצרפי על אינטראקציה דומה בהליכי משא ומתן עתידיים. במילים אחרות, גם לשלב המשא ומתן, כשלב בו מוזמנים הצדדים לחת אמתן בזולתם, יש משמעות ישירה, עקיפה ובלתי נמנעת בהליך המיועד לטייע בגירוש ובעיצוב רצונם, תודעתם וציפיותם של הצדדים למשא ומתן¹⁰.

במאמר זה ברצוננו להציג גישות תאורטיות בתחום המשא ומתן ולבחון – באמצעות ניתוח יישומי של סעיף 12 לחוק החוזים על ידי בית המשפט העליון בישראל והרטוריקה המתלווה ליישום זה – כיצד תופסים בתי המשפט את יעדי הליך המשא ומתן ומצדיקים את משמעותו הפרטית והמצרפית. נסוחו של סעיף 12 לחוק החוזים כסטנדרט עמום מותיר לבתי המשפט כו נרחב לשיקול דעת, שיקולי מדיניות ויישום קוויאסטי ומדגיג בכך את מעמדו הנורמטיבי של בית המשפט. לא בכדי עסקו שתי הלכות מרכזיות ומצוטטות של בית המשפט העליון, בהן אף נערך דיון נוסף בתוכן מורחב של שופטים, בניחותא עמוק של סעיף 12 לחוק החוזים, תחולתו ומשמעותו¹¹. הניסוח האמור של סעיף 12 לחוק החוזים מחייב, אם כך, זיהוי אינדרקטובי – הנעזר בתוכנות תאורטיות בתחום המשא ומתן – של תפיסת העולם המפורשת והמשתמעת של בית המשפט בכל הנוגע למשמעותו הפרטית והחברתית של הליך המשא ומתן.

מאחר שהתאוריות המקובלות בתחום המשא ומתן אינן הומוגניות, והאח בעיקר בשל מקורן הדיספלינרי השונה, יהמקד המאמר בתכנות שמקורן בהתייחסויות פסיכולוגיות וכלכליות למשא ומתן כבואו לנתח את התפקיד החברתי והמעשי אשר ביית המשפט משמש בו, אף אם מבלי דעת, בניסיונו לגשר בין המצוי לרצוי בתחום

¹⁰ יוחנר כי אינטרס הציפיה הנו האינטרס המרכזי המנון במסגרתם של דיני החוזים (סעיף 344 לחוק Restatement of The Law – Second) Contracts 2d-1 ז"ר 20/82 אדרס תומר בניר 2, ורלי את גיזם, פ"ד (1) 221; ע"א 156/82 לפק"ן 2, דור הותב בע"מ, פ"ד (3) 85; לגישת הדואה ברעני האמתן כתאוריה-על לדיני החוזים ראו גם, עי' בקשתן "חסי'ומישלם" – על אמון כתאוריה על של רני החוזים ועל עקרין תום הלב כמשלים אמון, יציבות ודואה ברא פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט סו (תשי"ס) 11.

¹¹ עניין בית יולם, לעיל הערה 4; ד"ר בית יולם, לעיל הערה 6; ע"א 230/80 פניד 2, קסטור, פ"ד (2) 713 (להלן: עניין פניד); ד"ר פניד, לעיל הערה 7.

המשא ומתן. באופן גס ניתן לומר כי בעוד שתוכנונת פסיכולוגיות יעורר בעיקר בזדהי ובניכוי של כשלים אינהרנטיים בהפיסתם של הפרטים את המשא ומתן הקונקרטי בו הם מעורבים, תועיל הראייה הכלכלית לתחום המשא ומתן בידיהי יתרונות כלכליים וערכיים הטמונים באופן פונטיציאלי באינטראקציות המשא ומתן ותוצאותיו, יתרונות שניתן להגשימן – לפי הפיסת בית המשפט – באמצעות מערכת כללים שתכליתן לכסס טכניקות והפיסות שונות להליך המשא ומתן. בקליפת אגוז, תהווה המוצעת על ידנו היא כי בית המשפט העליון בישראל, ובעקבותיו יתר בתי המשפט בישראל, משקייפים על הנושא ונותן שלפניהם; כמו גם על הליך המשא ומתן ככללותו, במבט-על ובאופן מצרפי כ"משחק חברתי חוזר". בהתאם, מנסיים בתי המשפט – כמכונני התנהגות – להתהוות ולהפגים בהודעת הציבור תפיסה לפיה משאים ומתנים הם "אינטרנטיביים" בעיקרם¹² – כאלו הטומנים בחובם פתרונות ותועלות אשר בהם רווחו של האחד מתאפשר כתוצאה משייתוף פעולה ואינו על חשבון האחר, להבדיל מ"דיסטריבוטיבים"¹³ – כאלו המחייבים כי רווח של צד למשא ומתן מקורו חייב להיות בהפסד של האחר. לצורך כך מטמיעים בתי המשפט, באמצעות כללי משנה הנגזרים מהוכח תום הלב (כגון גילוי, הגינות ושייתוף פעולה), ובאמצעות הסרדים הצמודים לסעיף 12 לחוק החוזים, את השיבות האמון בין הצדדים, ורכיב אשר נתפס בספרות האקדמית כאלמנט הכווד החשוב ביותר על מנת ליצור שיתוף פעולה שמוביל לאינטרנטיביות¹⁴. במקביל, מאמיצים בתי המשפט כנקודת מבט למשא ומתן את הגישה היוצאת מתוך מטגרת של "קבלת החלטות" ופחות מזו את הגישה היוצאת מתוך המטגרת של "פתרון סכסוכים", וזאת על אף שעצם הידרשות בית המשפט לסוגיית מהלכו של המשא ומתן בדין שלפניו, נבעה ממהלקות שמקורה ברצון הצדדים לפתור סכסוך משפטי ביניהם.

תחושתנו היא כי בחינת הגישה המשפטית להליך המשא ומתן, וזאת באמצעות משקפי תאוריות העוסקות במשא ומתן, יזקקו ויבהירו בצורה מוגבשת יותר את ההצדקות המטא-משפטיות (כגון, הצדקות תועלתניות, פסיכולוגיות ותברותיות) העומדות מאחורי הרטוריקה המשפטית המדגישה לרוב שיקולי "הזגנות ויושר" בעת הדין כסעיף 12 לחוק החוזים.

¹² מאפשרים הגדלת העונה, נאפשרים לצדדים למצוא פתרונות אשר בהם רווח האחד אינו על חשבון הפסדו של האחר. הליכי משא ומתן כאלו מאופיינים בהיותם כוללים מספר נושאים למשא ומתן בהם מתקיימות תועלות שונות לצדדים, ראו להלן הגדרות רחבות יותר למושג. בחלק 1.4 של המאמר. בהמשך נציג את המינור העובר "משלים" למושג זה, ראו להלן טקסט להערת 44.

¹³ בעברית "חלקתיים", משתקים סכום אפס, ראו בהמשך הגדרה רחבה יותר למושג. בחלק 1.4 של המאמר.

¹⁴ R. Fisher & S. Brown *Getting Together: Building Relationships As We Negotiate* (Boston, 1988) 107.

מבנה המאמור יהיה כדלקמן: בחלק הראשון תובא סקירה המציינת של מושגים ותפיסות מתחום המחקר של המשא ומתן בצירוף הבהרות שיסייעו בגישור בין המחקר ההאורטי של תחום המשא ומתן לבין תפקידו המשפטי של בית המשפט ותפיסתו את התחום האמור. לצורך נוחות הקריאה ובהירות השיעון אין המדובר בסקירה ממצה של תחום המחקר בנושא המשא ומתן אלא אך באופן הנדרש לגיבוש התווה שמאמור זה מציע. בחלקו השני של המאמור יבאו פסקי דין מרכזיים בהם יישם בית המשפט העליון את סעיף 12 לחוק החוזים ודן במשמעותו. בחלק זה ישולבו ביאורים וחווים מקשרים בין הרטוריקה השיפוטית ביחס לסעיף 12 לחוק החוזים והתאוריות העוסקות בתחום המשא ומתן. חלקו השלישי ביחס למאמרי יחווה סיכום והבהרה התווה העולה מהלכו השני של המאמור ויציע נסוח קודרנטי של המשמעויות הרחבות יותר הנגזרות מתווה זה.

1. המחקר האקדמי בתחום המשא ומתן

1.1. היעדר אקידות תאורטית בתחום המשא ומתן חלק זה יש לפתוח במילים מקדימות אודות קיומם של מגוון התייחסויות ריסציפלינריות ותאורטיות לתחום המשא ומתן בצד היעדרה של תאוריה כללית אחת לתחום זה.¹⁵ על אף שהדילמה "מהו הסכם טוב?" (כהנחה שהסכם הנו מטרם המשא ומתן) הנה דילמה מרכזית בתחום המשא ומתן, קשה למצוא "מתכונים" המכתיבים הצלחה במשא ומתן¹⁶. ואכן, אין לכתור כי קיימת בעייתיות אנתרופית בהתמודדות אחרת עם הדילמה האמורה ולו בשל היות תחום המשא ומתן תחום

¹⁵ בנוסף נדררת גם הסכמה בין חוקרי התחום של משא ומתן לשאלה איזו אסטרטגיה מובילה להצלחה מרבית במשא ומתן. מכאן ניתן להבין ללכס של אנשי אקדמיה רבים שאינם מקבלים את התחום כתחום מחקר אקדמי. קשה לוחת ברוב המקרים את המשותף שהובילו להצלחה במשא ומתן, והיסינותו לניקיון מחקר במעבדה סובלים בעיקר מבעיות תוקף אקולוגי נמוך – קשיים בהכללה מעבר למצבים המעבדתיים. עם זאת, ישנם קווים מנחים במחקר האקדמי לגבי ההצלחה במשא ומתן, וכמובן בויתוח של חוצאותיו, כפי שזכרו בהמשך המאמר. פה המקום גם להדגיש, כי לא מעט חוקרים בפסיכולוגיה טוענים שאין הכול בהתנתות של נבדקים סטדנטים במעבדה למול נבדקים מומחים במשא ומתן, ומכאן השענה ברוב הלגיטימיות של המחקר המעבדתי הפסיכולוגי בתחום. לקורדו זו ראו S.B. Ball, M.H. Bazerman & J.S. Carroll "An Evaluation of Learning in the Bilateral Winner's Curse" 48 *Org Behav. & Human Decision Processes* (1991) 1-22; L. Thompson "An examination of naive and experienced negotiators" 59 *J. of Personality & Social Psych.* (1990) 82-90; M.A. Neale & G.B. Northcraft "Experts, Amateurs and Refingers: Comparing Expert and Amateur Negotiators in a Novel Task" 38 *Org. Behav. & Human Decision Processes* (1986) 305-317.

¹⁶ למרות קיומה של ספרות פופולרית ענפה המנסה לעשות ברייך דובי זה, ראו לדוגמא את ספרו של ד' כהן ספר המשא ומתן (תשנ"ד).

רחב ומגוון, אשר כולל מצבים שונים בהם מעורבים משתתפים תרבותיים, חברתיים ואישיותיים רבים המקשים בזהויה ובידודה של ההתנהגות האסטרטגית אשר הובילה ל"הצלחה" במשא ומתן. בהתאמה, קשה למצוא בספרות המתקדמת, העוסקת בשאלות התאורטיות של משא ומתן, הגדרה אחת מוסכמת לשאלה "מהו משא ומתן טוב" בכלל, ואף לא לכהה הנערך במסגרות מטרימות בפרט.¹⁷

עם זאת, וכמיוחד לאור ההרחבות העיסוק האקדמי בתחום המשא ומתן והתעבותה של ספרות מחקרית בתחום זה בשנים האחרונות, ניתן לשאול לצורכי מאמר זה מספר תוכנות תאורטיות מרכזיות בתחום האמור. תוכנות אלו יועילו בזהויה חוט השדרה אשר יוכל להסביר ולהצדיק את הדרך בה מיישם בית המשפט את סעיף 12 לחוק החוזים כמו גם את ראיית עולמו התבררת בנוגע להליך המשא ומתן. תוכנות אלו יוכלו לסייע גם בהבנת החיבור ושיפורו בין קודמה של פרקטיקה ענפה של משא ומתן לבין שאיפת החוק והפסיקה לפעול להכנה תאורטית, נורמטיבית ותבררתית-עסקית רצויה בתחום זה.

1.1.2. ההתחייחות הפסיכולוגית, הכלכלית והמשפטית להליך המשא ומתן
בעור שהחום המשא ומתן מופיע בספרות האקדמית בצורות ובהיבטים שונים¹⁸ ניזון מאמר זה בתוכנות פסיכולוגיות וכלכליות של החחום¹⁹. מאחר שמטרתנו להשוף את ההצדקה העומדת מאחורי ההתמודדות המשפטית עם תחום המשא ומתן, מהווה

¹⁷ על אף האמור ניתן בכל זאת להציע, כפי שניעשה בהמשך המאמר, סגורת בריקה הכרתה את הצלחה ומשא ומתן כאמצעות מספר מרכיבים, ראוי, לחלף, חלק 1.6 למאמר.

¹⁸ כך, לצורך הדוגמה בלבד, קיימת המתחה בתחום הכלכלאומי של הליכי משא ומתן בין מדינות, המתרכבת בעיקר בהיבטים של יחסים בינלאומיים ובמסוכי מלחמה ושלות, ראו למשל: F. Ikle *How Nations Negotiate* (New-York, 1964); Zartman & M. Berman *The Practical Negotiator* R. Walter & R. (1982). כך קיימת ההתחמה של הליכי משא ומתן בתחום יחסי עבודה, ראו למשל: Mckersie *A Behavioral Theory of Labor Negotiations: An Analysis of a Social Interaction System* (New-York, 1965).

¹⁹ החחום של משא ומתן מטופל בריעות שונות, אולם ניתן למצוא קורס מנהים זהים בנרתות הפסיכולוגית-חברתית של החחום. כרישמה לא מבזה ניתן לציין ב: R. Pruitt *Negotiation Behavior* (New-York, 1981); D. G. Pruitt "Social perspectives on the behavioral model" 13 *J. of org. Behav.* (1992) 297-301; R. Fisher & W. Ury *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (Boston, 1981); J. Rubin & B. Brown *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation* (New-York, 1975); D. Lax & J. Sebenius *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain* (New-York, 1986); C.K.W. De Dreu & T.L. Boles "Share and Share Alike or Winner Take All? The Influence of Social Value Orientation Upon Choice and Recall of Negotiation Heuristics" 76 *Org. Behav. and Human Decision Processes* (1998) 253-276; J. Rubin "Negotiation: An Introduction to Some Issues and Themes" 27 *Am. Behav. Sci.* 135

המאמר דיון בקטגוריה נוספת, אחת מני רבות, הנעזרת בשייכוּבים של משפט ופסיכולוגיה ומשפט וכלכלה.²⁰ בנוסף, מציג המאמר גם תפקיד "ישומי ומגשר לבית המשפט כ"חוליה החסדה" בין מסקנות הנובעות מן הניתוח הפסיכולוגי של תחום המשא ומתן ומסקנות הנובעות מן הניתוח הכלכלי של תחום זה.²¹ במילים אחרות, המתודה ה"חלת" דיסציפלינרית במאמר זה תועיל בהכנת תחום המשא ומתן באופן רסטרקטיבי, פרספקטיבי ונורמטיבי.²²

ההקשר הפסיכולוגי של תחום המשא ומתן ברור ומתבקש – שלב המשא ומתן נעשה, בהגדרה, בין שני בני אדם, או יותר, על מטעם הקוגניטיבי, המקיימים אינטראקציה רצונית כלשהי ביניהם.²³ כתחום המחייב מפגש רצונית, אף אם עדיין לא מחייב מכוּוּנה משפטית, וכתהליך המערך פיתוח וגיבוש ציפיות ומיעד להגעה למוצר משותף,²⁴ אך מתבקשת ההתייחסות למשא ומתן מתוך הראייה של הפסיכולוגיה החברתית.²⁵ תחום זה של הפסיכולוגיה עוסק באינטראקציה בין בני

²⁰ לטענות העוסקות במפגש של פסיכולוגיה ומשפט ניתן להביא נראי מקום רבים, אך אכור חשוב אחד הוא גיליון פברואר 1999 של *J. and Human Behav.* ירחון האגודה האמריקאית למשפט ופסיכולוגיה.

²¹ גיליון זה הוא גיליון "נושא" בנושא של "עשרים שנות הרצאה לאור של הירחון", ושם ניתן למצוא סיכומים של המחקר בתחום הפסיכולוגיה ומשפט. לטעמי הנוכח במפגש של כלכלה ומשפט ראוי למשל, ועל קצה חוזה: R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (Boston, 5th ed., 1998); A.M. Polinsky *An Introduction to Law and Economics* (Boston, 2nd ed., 1989); ראו מתפתח תחום נוסף המשלב בין שלוש הדיסציפלינות (חיינו כלכלה, פסיכולוגיה ומשפט) גם יחד, ראו C.R. Sunstein (ed.) *Behavioral Law & Economics* (Cambridge, 2000).

²² ללשון: M. John Olin *L. & Econ.*, Working Paper n. 85, The Law School, The U. of Chicago ראו גם: C. Jolls, C.R. Sunstein & R.H. Thaler "A Behavioral Approach to Law and Economics" *Economics* ²³ כלכלי מצדד בשם היטיח להחלוק על בעיות העוצות בקטגוריה של הפרט והחברה.

²⁴ השוו: C.R. Sunstein (ed.), *supra* note 20, at pp. 13-58
²⁵ אין הכוונה לכך שלא ניתן ליצור משא ומתן באמצעים פנוולונים ללא מפגש אנושי, אך גם במצבים אלו תעוררים, כמו למשל במתנה בעזרת המחשב, הם רק כלים אשר משיגים את המפגש בין הצדדים אך אינם פוגעים בו מהותית המהותית.

²⁶ מוצר משותף כזה כולל בתוכו גם את האפשרות של הסכמה בין הצדדים וגם את האפשרות של חוסר הסכמה.

²⁷ בהקשר זה ניתן לחדד גם את נקודת המבט הפסיכולוגית העומדת בבסיס ההצדקה הקלאסית של דניס הווארס, דני הווארס, וזו הרבואה שלהם, עיקרם בהגנה על אינטרס הציפייה, אף אם לא נגזר נזק כלכלי ישיר בין אי-התמשותה של ההכרזה החוזית. ניתן אם כן להציע, כי עצם ההכרזה הישירה בפניעות של ה"ציפייה", תורשת פסיכולוגית כמותית, מעידה על סטור דני החוזים להגן בראש ובראשונה על תחושות פסיכולוגיות כמו אמון, ציפייה ונתינת מועדק והשדנות הנגזרות מאמונה בין הפרט הציפייה. להחלשת פסיכולוגיה אל השפעה על נכונותם של הפרטים להיכנס לאינטראקציה ללא חשדות וללא עלויות פיקוח ומכאן חשיבותן הדוברתית-כללית. בהתאם, באמצעות הגנה אשר פורסים דני החוזים על אינטרס הציפייה, מוציאת יכולת ההסתמכות, הוודאות והיציבות כמו גם יכולתו של הפרט להביא למימוש עצמי של מאווי ומקורותיו.

אדם, ההשפעות השונות שיש לאינטראקציה זו על ההחלטות וההתנהגויות של הפרטים המעורבים במשא ומתן ועל מוגבלות אושיות שביחוד המקיימות בתפישותיהם והיגיונות לניבוי²⁶. בהמשך נציע כי בהתייחסותו של בית המשפט להליך המשא ומתן וכניסיונותיו להתמודד עם הקשיים שבו, הוא מנסה להפנים בקרב אלו הנושאים ונותנים לאודו של הדף תוכנות המשליכות על תפיסותיהם ה"קמאיות" את מהות התהליך. באמצעות כללי עשה ואל תעשה, אותם קורא בית המשפט לחנך סעיף 12 לחוק החוזים, מנסה בית המשפט, לגישהו, לנטרל את תחושת העימות, המחת והקונפליקט בקרב כל אלו המעורבים במשא ומתן, תוך הצבת תפיסה אלטרנטיבית אשר מבלטת את התועלות הטמונות בהכנסת מוטי של שיתוף פעולה למשא ומתן ויכולת הפרט והחברה להפיק יתרונות מיידיים (כעסקה נתונה) ומצרפיים (כ"חיות חברתיות" המצויות ב"משחק חברתי חוזרי") מהליך המשא ומתן²⁷.

בצר גישה זו מאמץ המאמר גם תוכנות ומודלים תאורטיים מהחזום הכלכלה ותורת המשחקים המונחים את החזום המשא ומתן באמצעות שיקולי עלות-תועלת. גישות אלו נסמכות על הנחה רציונליות ותחזיות המנסה להוביל למיסקום רווחים (תועלות)²⁸. לכאורה בניגוד מה להשקפה הפסיכולוגית, שמים אנשי הכלכלה המסורתיים במרכז המחקר שלהם את האדם המושלם, את האדם המקצוען, זה אשר פועל בצורה מתחכמת ורציונלית למיסקום רווחיו²⁹.

²⁶ גם מבחינת פסיכולוגיות וגם מהוד התפיסה של החזום המשא ומתן, אין משא ומתן מחייב להנעה לפחות מוסכם. נחזים רבים של הליכי משא ומתן, ושל אינטראקציות אושיות שונות, נעשים במנותח מהשאלה האם אינטראקציה תובילה את הצדדים לתוצאה טוביה. ההליך עצמו תופס מקום כפני עצמו בניתוחים אלו, גם המתוקן, בסתו את סעיף 12 לחוק החוזים, הכיע את התענינותו בהליך המשא ומתן כשלצמנו ללא כל תלות בהוצאתו הישירה, היינו, החובה לפי סעיף 12 לחוק החוזים קמה אף אם לא נכרת לבסוף חוזה ואת על כל צד המעורב במשא ומתן (ראו לענין זה ב"ד פמיד, לעיל הערה 7).

²⁷ ככלות הכול, משא ומתן נועד כבר מחולתו לכתון ולבנות שיתוף פעולה של שניים או יותר, קרי, ליצור משותף שלא היה מתאפשר לפרט כבוד.

²⁸ בהשקף זה ואף לציין כי הפסיקה מזהה לעיתים "כשלים" בתנחת הרציונליות ואת בעיקר במטרות החיים מטרימות דוגמת חוזים וחוזים עם האגדים משמעותיים כבקים וחברות ביטוח. כשלים אלו מודכנים את הפסיקה להחצור ולהכטיח אינפורמציה מספקת ומגיעת ניצול לרעה של עוצמת כלכליות ואינפורמטיביות באמצעות שימוש נרחב בסעיף 12 לחוק החוזים, ואו למשל, ע"א 846/76 עטיה נ' ארלט, פ"ד לא(2) 781 (להלן: ענין עטיה); ע"א 5893/91 שפוח נ' צבאת, פ"ד מח(2) 573 (להלן: ענין צבאת); ע"א 4819/92 אליז נ' ישר, פ"ד מט(2) 749.

²⁹ ר' ליברמן ומ' בר-הלל "עמוס טברסקי ז"ל (1937 – 1996) ופרעלו המדעי" פסיכולוגיה ת(2) (תשי"ז) H.A. 148-149; ראו גם את העבודות הקלאטיות המודגשות את הבעיות בהתייחסות לאדם הרציונלי: A. Tversky & D. Kahneman "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases" 185 Science (1974) 1124-1131.

לפיכך, ניתן להשקיף על הראייה הפסיכולוגית כראייה אשר מהכנתה בעיקרה, אף אם באמצעות הכללות, במצוי, באדם על מגבלותיו ה"אנושיות" וה"קמאיות", בעור שעל הגישה הכלכלית ניתן להשקיף כגישה "אוטופית" שמרכזה ברצוי. התכונות כיו מאפשרות להשקיף באופן הרמוני על שתי הגישות כגישות המת"שבות זו עם זו ומשלימות אחת את השנייה ולא בגישות המשקפות תכליות סותרות.³⁰ נהפוך הוא, שילוכן של שתי הגישות גם יחד נחזק לצורך יצירת הסינתזה והכנת תפקידו המגשר והרמונימטיבי של בית המשפט במערכת זו. באמצעות המבחן האובייקטיבי של הנושא המפסיקטי בעת המשא ומתן, הפסיקה מהעלמת מתפסותיהם הסובייקטיביות של הצדדים למשא ומתן ו"פולחן" לעברו של המודל הרצוי מבחינה כלכלית ולעברה של הגישה הפסיכולוגית, וזאת במוכן של השתתרותו מכושלים בקבלת החלטות אוניטריות.³² מבחן "הסבירות" האובייקטיבי כו עושה בית המשפט שימוש נרחב ביישומן את סעיף 12 לחוק החוזים הנו מרכזי ומוכר בכל תחומי המשפט ומתווה מושג פתוח בהכנה של התפתחות המשפט ותפקידו של בית המשפט בהקשר זה.³³

30 דוגמה יפה ומרכזית לענייננו, בדבר אחידות הפתרון המשפטי בתחום המשא ומתן, הנועדף על התפיסה הפסיכולוגית כמו גם על זו הכלכלית, היא ההתייחסות לחובות הגילוי (כל עוד אינו מקריב תמריצים מוצדקים של אחד הצדדים בחיפוש רושגן מידעי) פועל בממד הפסיכולוגי להחזרת אמתו תטרול ממד העיונות בהליך המשא ומתן וכו בזמן מטייע בממד הכלכלי בהשגת החלטות רציונליות ובהגנת מגוון האפשרויות והתועלות העומדות לכל צד במשא ומתן (על משמעותו של הגילוי במקום החלטות רציונליות וכמעט מינפליציות ראו גם, בקשר לחובת הגילוי בדעי ניריות הערד, צ"א R.H. Coase "The Problem of Social Cost" 3 *The J. of Law & Economics* (1960); מצרפתי: 1. *J. of Legal Studies* (1978) 7 *J. of Law & Economics*, Information, and the Law of Contracts"; A.T. Kronman "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts" 1 *J. of Legal Studies* (1978) 12 *J. of Law & Economics* 113.

31 עי"א 701/79 שרת ג' ליביאנקול, פ"ד (2) 113.
 32 ראו דבריו של השופט ברק (בהקשר לסעיף 39 לחוק החוזים) בבג"צ 59/80 שררות מחבורה צעירים באר-שבע בע"מ ג' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד (להנ) 828: "נראה לי, כי 'תום הלב' לעניין סעיף 39 לחוק החוזים הוא 'אובייקטיבי' במובן זה, שעניינו אינו רק במצב פסיכולוגי אלא אף בעורת והתנהגות, הנקבעת על פי סטנדרטים מטרימים הנראים להוכיח בראייתם. עם זאת, תום הלב לעניין סעיף 39 לחוק החוזים הוא 'סובייקטיבי' במובן זה, שסטנדרט ההתנהגות מענין לא רק בסוג העסקה, מקומה ותנאיה, אלא גם במספר תכונות, שהן אינדיווידואליות לביולי החוזה" שם, בע" 835; לגישה הרואה בעיקרון תום הלב כמושג סובייקטיבי אשר צריך להיות מוכרע "על פי הנעשה בלבו פנימה; בליכו של האדם, ולא ברעתו של בית המשפט לאחר שיפעל אמות מידה ראיות לחברת בישראל", ראו דברי

השופט השני בעניין דוקר, לעיל הערה 8.
 33 כך, ועל קצה המזל, מקובל מבחן ה"סבירות" למשל בדין הפלילי בהקשרה של עברת הדעת והדיקה רכיב הקנטור המסייג אותה גם בהסם לאדם הסביר, במשפט המנהלי בהדיקה פשולותיהן של רשויות השלטון ובחקיקה האזרחית; לרישימת חיקוקים בהם מופיע המונח ראו, מ' מאטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה, לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים ז' (תשמ"ד) 321 בתערת שורליים 49.

באמצעות קביעת כללי התנהגות הברזנים את "האדם הטביר" ומיוערים לו, אין הכוונה לאדם ערכי ומקצועי במיוחד, אלא פני המשפט לאדם הממוצע, דמות האדם, כחיה חברתית, האמור לפעול במערכת אנושית, חברתית ועסקית. מבחן זה, המקובל גם בתחום יישומו של סעיף 12 לחוק החוזים, מפליט על כן את תפקידו החינוכי-נורמטיבי של בית המשפט בכל תחומי המשפט, לאו דווקא בתחום המשא ומתן.³⁴

אף בתחום החקר של משא ומתן ההתייחסות הנה לאותו אדם, בניסיון להבין את מניעיו ואת התנהגותו לצורך בניית מודלים, או כללי התנהגות, אשר יובילו למערכת חברתית ועסקית טובה יותר. לצורך כך יש לשים במרכז את האדם הטביר, את האדם המקבל החלטות יומיומיות, אשר בצד נסיונו להשיג רווחים לעצמו, הנו נתון להטיית רכות, בעיקר אלו הנובעות ממגבלות אנושיות טבעיות וטבעות ומדרך קבלת החלטות לא רציונלית, ולבחון אם אין ניתן ורצוי לנטרל הטיית אלו.³⁵

1.3. הבחנה בין שני סוגי משא ומתן – פתרון סכסוכים לעומת קבלת החלטות עסקיות

בספרות האקדמית הדנה במשא ומתן מוזכרת ההבחנה בין שני סוגים עיקריים של משא ומתן: משא ומתן אשר נועד לפתרון סכסוך (Dispute Settlement) ומשא ומתן אשר נועד לצורך קבלת החלטות עסקיות (Rulemaking Negotiation).³⁶

משא ומתן מן הסוג הראשון, היינו, לפתרון סכסוך, כלשהו, מהווה ניסיון לפתרון מהלוקות בין צדדים כאשר במרכזו נמצאות תפסות שונות של הבעיה, של אפשרויות פתרון, ושל העמדה המשפטית, בחוק ובפסקיה, באשר לפתרון הסכסוך. תפיסת שונות אלו יוצרות את מערכת הכוחות לפתרון הסכסוך. יודגש בהקשרו של מאמר זה כי המצב המשפטי, האפשרויות לפתרון הסכסוך בעזרת בית המשפט

³⁴ מבואן זה ניתן לראות את ההשלכות ההרבות יותר של שנתנו בדבר הקשר בין הניתוח הפסיכולוגי למשפט, הניתוח הכללי למשפט ותפקידו של בית המשפט כ"פורט" השקפות רצויות למצויות באמצעות הכלים הדוקטורניים העומדים לרשותו.

³⁵ כפי שמצייין Raiffa בנוגע למחקרים מחזות תורת המשחקים הניתוח האדם הריציונלי: "חוקרי תורת המשחקים... בוחנים מה צריכים אנשים מושלמים, חכמים במיוחד וריציונליים לחלוטין לעשות במצבים תחרותיים"; H. Raiffa *The Art and Science of Negotiation* (1982) 21; ציטוט זה מופיע גם אצל גלן, לעיל הערה 1, בע' 167; כמו כן, ראו את ההבחנה המעניינת בנושא מושג "האדם הטביר" אצל ליברמן ובן-הלל, לעיל הערה 29.

³⁶ M.A. Eisenberg, "Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlement and C. Menkel-Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving", 31 *UCLA L. Rev.* (1984) 754, 758 רחבה יותר ומבנה את הסוג השני "משא ומתן של קביעת כללים" (Rulemaking Negotiation), כחן תשובה לנו ההבחנה ברמה ספציפית יותר, והבחנה אשר מבינה בין מצב של יציאה מסכסוך לבין משא ומתן שאינו קשור לסכסוך.

והיכולת לנבא את החוצאה אליה יגיע בית המשפט, משפיעים רבות על משא ומתן הנערך לאורה של הסביבה העסקית החוקית.³⁷ תוכנה זו מחדדת את מעמדו של בית המשפט כמקרקן על הליך המשא ומתן בהתאם לערכים כלליים ולא רק כמכריע בדבר זכויות וחובות כלליות במשפט.

משא ומתן מן הסוג השני הוא זה אשר נועד לצורך קבלת החלטות עסקיות. סוג זה של משא ומתן מתרכז בנייתוח התנהגות עתידית של הצדדים ולא בקיומו של סכסוך קיים שיש לפתורו. משא ומתן כזה אינו פרי משבר, ומכאן שבדרך כלל ישפע פחות מכללי המשפט הקובעים זכויות וחובות מהותיות.³⁸ משא ומתן מן הסוג הזה מושפע באופן חזק ביותר על ידי כללי החברה והנורמה התרבותית של החברה הספציפית, אך ברוב המקרים לא על ידי כח המשפט עצמו באופן ישיר.³⁹ לגישתנו, בהתייחסות בית המשפט להליך הטרום חוזי, אמנם נדרש בית המשפט לסוגיית המשא ומתן עקב סכסוך שהובא בפניו, אך קביעותיו התקדמיות באשר לכללי המשחק בעת המשא ומתן בהחלט יוצרות ומשדרות "כללי חברה" בהקשר האמור.

הבחנה זו בין שני סוגי המשא ומתן נורדת התייחסות שונה אליהם מצד הספרות האקדמית. במשא ומתן מן הסוג הראשון היעד העיקרי ומטרת המשא ומתן הוא פתרון הסכסוך. באמצעות ניסיון להביך את משמעות הסכסוך מנסים הנרשאים ונוגעים לברוק אם ניתן להגדיר את הסכסוך בצורה כזו אשר תוכיל לפתרון יעיל והוגן לשני הצדדים.⁴⁰ מאחר שהסכסוך לא "יעלם מעצמו" מטרה זו אינה ניתנת לחלופה וזלת "פיעור" המשא ומתן (במקרה של חוסר הסכמה) והעברת המחלוקת לטריבונל אחר, ברוב המקרים בית המשפט. מכל מקום, לא ניתן להתעלם מהסכסוך מכלי לפתור אותו בצורה זו או אחרת. מושג חשוב ב"פתרון סכסוכים" הוא מושג ההוגנות, על פיו שני הצדדים מעונינים למצוא פתרון הוגן לסכסוך, כזה ששניהם

³⁷ נרשא זה מתפל יפה מאוד על ידי Mnookin וחבריו, ואף זכה לשם "מיקוח בצל של החוק" יאו זאת ב: R. H. Mnookin & L. Kornhauser "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce" 88 *Yale L. J.* (1979) 950-997; C. Marks & L. Mnookin "Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior" 11 *J. of Legal Studies* (1982) 225, 227.

³⁸ עם זאת, ניתן ליתוס גם לכללי המשפט הדיספורטיביים, והקצאת הסיכונים המוצעת בהם, חשיבות בעת כתיבת משקל וסבירותו של עמדות המועלות בעת המשא ומתן.

³⁹ כאמור, גם משא ומתן לצורך קבלת החלטות עסקיות נועד לאורך של זכויות וחובות שתלקן מוגדרות וממוסרות בחוק ובפסיקה. עם זאת, מאחר שמשא ומתן מסוג זה נערך מתוך למודש המחייב של החוק והפסיקה, ניתן להשקיע על כללי משפט אלו ככללי החוגות המשקפים הסדרים מקובלים, המהדים החוגרות הברות ללא כל חוק נוסף. לפיכך אנו רואים כללים אלו, מכתרה פסימת, בדרמה לכללי מוסר הברתיים שמבנים אותנו להחנת ברוש, למרות שקיימים חוקים כגון "רמאים". ההוגנות מונחה על פי כללי החברה מודרות כללי חברה ולא דוקא בעצם היותם חלק מהמשפט.

⁴⁰ יאו בהמשך את החברתה בין משא ומתן חלוקי לבין משא ומתן אינטגרטיבי ואת ניתוח המושגים של יעילות החוגות בהקשר זה.

יכולים "להיות אתר", ואין זה משנה אם הגיעו לפתרון זה לכך במהלך המשא ומתן או אם הגיעו לפתרון זה בעזרת גוף שלישי חיצוני לסכסוך ביניהם. לעומת זאת, כמשא ומתן מן הסוג השני, מדיגשה הספרות האקדמית נחתה רציונלי של חלופות, וכמרכיזן הגדרות תועלתניות. כסוג זה של משא ומתן אין בעיה שיש לפתור, אלא יש מטרה עסקית שיש להשיג, וראייתם של הצדדים נוטה לכיוון של משחק חוזר. הצדדים יודעים שגם אם לא יגיעו להסכם עם הצד השני, הרי שההנהגותם במקרה זה מעצבת את ההיחסות וההיחסות הסביבה בה הם פועלים לדרך המשא ומתן שלהם. מושג המפתח כסוג זה של משאים ומתנים הוא מושג היעילות, ואם לא תושג יעילות מספקת באינטראקציה זו היא תמצא במקום אחר, אליו יפנו הצדדים, כל אחד על מנת להשיג את היעילות המקסימלית עבורו.⁴¹

החיקה אינה מבחינה במפורש בין הסוגים המתוארים של המשא ומתן בהחילה את הנורמה הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים על כל משא ומתן, אף אם חוזה לא נכרת בעקבותיו, על כל צד למשא ומתן ועל משאים ומתנים שאינם חוזיים במונח השנרתי של המושג.⁴² גם הפסיקה, המיישמת את הסטנדרט הקבוע בסעיף 12 לחוק החוזים וקובעת את הוכחותיהם והכוחותיהם של הצדדים בשלב המשא ומתן, אינה מזכירה במפורש את סוגי המשא ומתן או יעדין אלא מתרכזת יותר במעורבות היחסים בין הצדדים המעורבים כמשא ומתן ומידת הציפייה ההדדית של הצדדים.⁴³ בפעילותה זו, נראה כי הפסיקה מנסה לצבוע גם את סוג המשא ומתן הראשון בנווניו של המשא ומתן מן הסוג השני ויצרת מעין סינחה בין שני סוגי המשא ומתן. סיווג גורף של כל משא ומתן תחת הכותרת של "פתרון סכסוכים" נגועה בכשל פסיכולוגי של ראייה "סכסוכית" והיסטוריה של מחלוקות. מאידך, ראייה עתידית ולא היסטורית של כל "מפגש" בין צדדים תועיל בהגשת היתרון הפוטנציאלי והאינטרסים התועלתניים לשני הצדדים, תוך התייחסות לצימנת שבעבר כ"השקעה אבודה". לכית המשפט, כמוסד חברתי, הפקיד רחב יותר מאשר פתרון הסכסוך הפרטי בין הצדדים. במיוחד אמורים הדברים בשיטת ה"תקדים המחייב", בה שומה על בית המשפט להשקיף על כלל הסכסוכים והאינטראקציות החברתיות-עסקיות. אכן, אין לשכוח כי לבית המשפט תפקיד חשוב כמשא ומתן המושחת על סכסוך שהובא

⁴¹ במקרה זה הראייה כוללת יותר נמסה לבנות מודלים של "קביעת כללים", או "חוקי משחק". החובה חשובה זו של "משא ומתן של קביעת כללים" נעשתה כבר על ידי Eisenberg, לעיל הערה 36, ולאחר מכן על ידי כותבים נוספים, אך היא לא חוזר כאן.

⁴² לעיל הערות 7-8 והסקט בהם.

⁴³ במיוחד כאשר המדובר ביחסים חוזיים בלתי שוויוניים דוגמת יחסי בנק-לקוח תבות ביטוח-מבוטח. בחלקו השני של המאמר ניתן להבחין כי הפסיקה אכן כותבת את ציפיות המבייה של הצדדים למשא ומתן הקובעיש המובא לפנייה ומדיגשה כי בית המשפט בוחן את המשא ומתן "בהתאם לנחה הסוג של הפסקה, בהתאם למקום שבו מתנהל המשא ומתן, בהתאם לצורכי המסחר ושל האינטרסים המוגנים" עניין בית יולס, לעיל הערה 4, בע' 544.

לפניו, והוא לפתור מחלוקת קיימת בין הצדדים אשר לא תעלה מעצמה. עם זאת, בהתייחסותו לכללי ניהול הליך המשא ומתן באשר הוא (כפי שיתואר בחלקו השני של המאמר), מבסס בית המשפט את התפיסה הרואה יחידות תועלתניים הטבעיים בקיום כל משא ומתן ובכך מעורר את הפרטים בתורה לפתור סכסוכיהם בדרך של משא ומתן.

1.4. ההבחנה בין משא ומתן חלוקתי למשא ומתן אינטגרטיבי ("משלים") במקביל להבחנה בין משא ומתן המתנהל לצורך פתרון סכסוכים ומשא ומתן המתנהל לצורך קבלת החלטות עסקיות, קיימת הבחנה אחרת – אחת החשובות והמרכזיות בתחום המשא ומתן – וזו ההבחנה בין משא ומתן חלוקתי (המכונה בספרות גם "דיסטריביוטיבי") לבין משא ומתן אינטגרטיבי, או במקום: המצית ההבחנה בין שני סוגים אלו של המשא ומתן הנה יכולתם של הצדדים למשא ומתן מן הסוג השני "להרוויח מבלי להפסיד" וללקטם את התועלתיהם באמצעות שילוב רצונותיהם ושיתוף פעולה ביניהם. המלומדים וולטר ומקרטו בספרם על משאים ומתנים בנושאי עבודה⁴⁴ היו בין הראשונים שעמדו על הבחנה זו. השניים הדגישו את ההבחנה בין טקטיקות שונות של המשא ומתן החלוקתי לבין אלו של המשא ומתן האינטגרטיבי ואת העובדה כי רווח של צד במשא ומתן יכול שיהיה רווח שאינו בא על חשבון הצד השני כך שעצם ההתקשרות עשויה להילד תועלת חדשה לשני הצדדים. מכאן שמינוח עברי המוצע על ידינו למשא ומתן מן הסוג האינטגרטיבי יהיה משא ומתן "משלים", מעצם מהותו כמאפשר לצדדים להיעזר אחד בשני לצורך השלמת תועלת והשגת שלמות שלא היו קיימות בטרם שיתפו ביניהם פעולה.⁴⁵

להבחנה בין משא ומתן חלוקתי לבין משא ומתן משלים קשורה וחופפת במעט את ההבחנה שתוארה בהת-החלק הקודם בין משא ומתן העוסק בפתרון סכסוך וזה העוסק בקבלת החלטות עסקיות. אמנם, מטרתו הכללית של משא ומתן הנה לנסות ולהגיע להסכמה בין צדדים לגבי נושא אשר היו חלוקים בו תוך כדי אינטראקציה ושיתוף פעולה. היינו, בכל משא ומתן מדובר על כך שהצדדים מנסים להגיע למצב בו, בסופו של דבר, הם ימצאו במצב טוב יותר בהשוואה למצבם לפני הכניסה לתהליך המשא ומתן. עם זאת, במקרה של משא ומתן שנועד לפתרון סכסוך, ייתכנו מצבים בהם הסכסוך נטוב על נושא אחד אשר בו כל יחזרו של צד אחד הוא לכאורה רווחו של הצד השני. המצב המתואר הנו מצב המדגים משא ומתן "חלוקתי" בו מדובר על תועלת אחת מוגדרת הניתנת להערכה ברווח על ידי הצדדים, אשר אמורה להיות מחולקת בין הצדדים.

⁴⁴ Walter & McKersie, *supra* note 18.

⁴⁵ מינת עברי זה שאוב מן הכישרון של Inteiger, שבבסיסו של המונח "אינטגרטיבי", ואשר משמעו "שלים".

מצב כזה מוגדר כ"משחק סכום אפס"⁴⁶ בו כל רווחו של האחד הוא הפסדו של השני, ולהפך.⁴⁷ עם זאת, מצב כזה לא קורה בדרך כלל במשא ומתן עסקי בו שני צדדים מהפפשים שיתוף פעולה כלשהו למען מטרה עתידית. במקרה כזה חייבים להיות לפחות שני נושאים לדין. כך, גם בדוגמא הפשוטה של קניית מוצר, צד אחד "מוותר" על בעלות על המוצר והצד השני "מוותר" על סכום כסף מסוים. לכל אחד מהצדדים תועלת שונת לגבי השארת המצב כפי שהוא, שכן ברור כי לולא היה ה"מוכר" מייחס תועלת גבוהה יותר לכסף שיקבל מאשר התועלת אשר הנו מייחס למוצר עצמו, לא היה לו כל עניין במכירתו, וכך הוא, בהיפוך העדיפות, לעניין ה"קונה". על דוגמא פשוטה זו ניתן להוסיף החיזקות להועלות נוספות דוגמה תועלת להמשך היחסים בין הצדדים, להרגשה האישית של הצדדים לגבי העסקה, ועוד נושאים אפשריים אשר בהם מתקיימות תועלת שונות בין הצדדים. לפיכך, במשא ומתן "משלים" מדובר על מצב של חלוקת טובין הניתנים להגדלה.⁴⁸ לסיכום נקודה זו, וכשימוש במונחי תורת המשחקים, במשא ומתן העוסק בקבלת החלטות עסקיות ניתן לאתר ביתר קלות מספר נושאי מיקוח באופן המאפשר להשקיף על משא ומתן מן הסוג הזה כמשחק שאינו "סכום אפס" אלא משחק מסוג "ניצחון-ניצחון".⁴⁹

לצורך הגדלת העוגה העומדת לחלוקה במשא ומתן משלים, אין די בעובדה כי במשא ומתן מן הסוג הזה מדובר על כמה נושאים למשא ומתן לגביהן מתקיימות העדפות שונות לצדדים, בהשוואה למשא ומתן חלוקתי בו ישנו, בדרך כלל נושא אחד למשא ומתן. בנוסף, צריך להתקיים המצב בו תועלתיהם הסובייקטיבית של הצדדים בנושאים השונים תהיינה שונות בצורה כזו שהצדדים יוכלו "לסחור בהן". שני הנאים אלו ייצרו את האפשרות למשא ומתן משלים. לצורך הבהרת הדברים ופישוטם נוגים את האמור באמצעות הדוגמאות הבאות: במצב של משא ומתן

⁴⁶ כך בספרות של תורת המשחקים, כמו כן מקובלת שם ההגדרה: "משחק של ניצחון-הפסד", "חלוקת עוגה קבועה", "משא ומתן חתרות".

⁴⁷ "סכום אפס" מתאר אח המצב בו פלגי מקבל מאלמתי X, ולכן עבור מדובר על X+, ואילו עבור אלמתי אותו X הוא X- כיוון שאותו X "יצא" ממנו. סכום אותם X-ים הוא אפס, ומפה השם של "משחק סכום אפס".

⁴⁸ לחי דיקי, הטובין עצמם יכולים להיות קבועים אך התועלות השונות של הצדדים, ומגוון הנושאים הנומרים לחלוקה יוצרים מצב בו העוגה המספרית ניתנת להרחבה ולאפשרות של מקסום רווח אישי שאינו בא בהכרח על חשבון הצד השני. יחיד בנושא אחד לצד מסוים תועלת נמוכה הרווח של הצד השני באותו יחיד תועלת גבוהה. אם קיים נושא ובו המצב הפוך, יחיד חודי בו זמנית יגדיל את התועלת המצרפית של העסקה.

⁴⁹ מצב שבו שני הצדדים מרוויחים, רווח האחד אינו בא על חשבון השני וההסכמה בין הצדדים יוצרת מצב בו שניהם מרוויחים יותר מאשר במצב של חוסר הסכמה, "העורך" הזה מאפשר חלוקה שאינה על חשבון האחר.

חלוקתי אנהנו מדוכרים למשל על משא ומתן להשבתו של הוב כספי של פלוני לאלמוני. במשא ומתן מסוג זה אופייה של כל טענה (דוגמת טענה "פרעתני", טענה לפיה החוב ככל לא קיים, או כל טענה החולקת על גובה החוב או גובה התשלום בפועל) הנו חלוקתי במובן זה שכל סכום שיתחילף יריים במקרה זה יהיה הפסד לאחד ורווח לשני, וכמידה זהה. לעומת זאת, במצב של משא ומתן משלים, עסקינן, למשל, במצב בו הצדדים חלוקים על מספר רכיבים בחוזה עסקי הכולל בתוכו מחיר, מועד הספקה, עלות משלוח, אחריות עתידית, קשרים עתידיים בין ספקים וכיו"ב. הצדדים יכולים להימצא במצב בו ויתור מצד פלוני יהיה נמוך עברון אך יהווה רווח גדול יותר לאלמוני וזאת בגלל התועלת האישית השונה אשר שניהם מייחסים לנושא האמור. למשל, מועד ההספקה המהיר יהיה חשוב מאוד לפלוני בשל התחייבויות קודמות אשר מאפשרות לו רווח נוסף מצד ג', ואילו לאלמוני, מספק הסחורה, מלאי גדול ועל כן הספקה מהירה מצדו לא תהיה כרוכה בעלות נוספת, ומכאן שקיימת עלות נמוכה, אם בכלל, לויתור מצדו בנקודה זו. ויתור כזה יכול להיות מלווה בדרישה מצד אלמוני, ובהסכמה של פלוני, לויתור מצדו בנושא אחר, למשל, בעלות האחריות העתידית למוצרים, אשר מערבת רווח גדול יותר לאלמוני ביחס לויתור מצדו של פלוני. במצב כזה הצדדים הגדילו את העונה ושיפרו את מצב שניהם מבלי שהדוכר יבוא על חשבון אחד מהם. למעשה, ללא ויתורים הדדיים יכול הצדדים להימצא במצב גרוע יותר.

ההכנה בין משא ומתן חלוקתי לבין משא ומתן משלים נראית, על פניה, מלאכותית שכן גם על משא ומתן חלוקתי ניתן להשקיף באורח משלים וזאת כאשר "מעמיסים" על המשא ומתן הקונקרטי נושאים נוספים הכרוכים בו ותועלות שונות של הצדדים בנושאים אלו.⁵⁰ בנוסף, ראייה חיצונית אויבסקיביית של המשא ומתן, על ידי בית המשפט כ"נושא ונתן מצרפי", מכניסה מחד משלים לכל משא ומתן כחורג מעניינם של הנושאים והנתונים הישירים אלא כחלק ממשחק חוזר התורם ומועיל להמשך שוק עסקאות יעיל בשוק הרחב יותר גם אם הצדדים עצמם אינם רואים נושא זה כמועיל למי מהם במשא ומתן הקונקרטי אותו הם מקיימים.

מחקרים מראים כי במצב של משא ומתן חלוקתי (או במצב אשר נתפס ככזה) האסטרטגיה המאומצת למשא ומתן היא לרוב כותנית יותר בהשוואה למשא ומתן משלים. במשא ומתן חלוקתי מדובר, כאמור, על רווח הנתזה כזה שבא על חשבון השני ועל כן מצויים הצדדים במצב של "ריב קמאי על שטח מחייה", על מצב שבו "החזק מנצח" ו"אף אחד אינו פראירי". במצב משלים, מאידך, מדובר יותר על

⁵⁰ דוגמת רצון הצדדים התועלת השונות שהם מייחסים לכך - לזימגע פתוח הססור באמצעים

אלטרנטיביים הכרוכים בא-הזאת, הוצאת נוספות ואובדן זמן.

שירתוף פעולה.⁵¹ במשא ומתן מן הסוג האחרון, האסטרטגיה הנהדרת חייבת (וכדאי לה) להיות יותר שיתופית, יותר "מגלה", יותר חברותית.⁵² בהקשר זה ראוי לציין, כי ממחקר שנערך עולה, כי האינטואיציה המיידת נערך ניסוי בו נדרשו המשתתפים לגלות את אינה נכונה.⁵³ במטרת המחקר האמור נערך השני על אף שזה לא גילה את האינטרסים של⁵⁴. תוצאות המחקר הראו לאור גילוי האינטרסים של לפחות צד אחד למשא ומתן. אף משפרים את מצבם לאור גילוי האינטרסים של לפחות צד אחד למשא ומתן. במקרה של גילוי חד צדדי ייתכן אמנם מצב שבו מצבן של צד המקבל מיידע יהיה טוב יותר באופן יחסי מהצד השני, אך מצב שניהם יהיה טוב יותר מאשר במצב של חוסר גילוי כלשהו.

במצב כזה מבחינה פסיכולוגית יוצא הצד המגלה מופסל, כי הוא מרגיש מנוצל, הרווח הנדול יותר של הצד השני "מפריע" לו יותר מאשר הרווח האישי שלו מנצם הגילוי, וזאת למרות הרווח הנדול יותר שלו לעומת המצב בו לא היה מגלה כלל. מבחינה של הרגשה אישית אין ספק שאין אנו מעוניינים רק בשיפור מצבנו האובייקטיבי אלא גם, ואליל בעיקר, מעוניינים בשיפור מצבנו הסובייקטיבי, היחסי לאתר, היינו יחסי לצד השני למשא ומתן במקרה זה. דוגמא טובה להמחשת נקודה זו הנם המחקרים שנעשו על "משחק האולטימטום". משחק זה משוחק בין שני שחקנים, האחד נקרא "המחלק" והשני נקרא "המאשר" (או מטיל וטו). שני

41. את ההבחנה שבין משא ומתן חלוקתי ובין משא ומתן אינטגרטיבי ניתן למצוא במקומות רבים, לדוגמה: C. Menkel-: *Legal Negotiation: A Study of Strategies in Search of a Theory* 4 *Am. B. Meadow Res. J.* (1983) 905; C. Menkel-Meadow "Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving" 31 *UCIA L. Rev.* (1984) 754; D.A. Lax & J. Sebenius *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain* (New-York, 1986).

42. באותם מקומות ניתן גם למצוא את הטענה שבמטרת משא ומתן משלים הייבים הצדדים להיות יותר פתוחים, לשים דגש על אינטרסים, על מחשבה על העתיד ועוד, ראו בעיקר אלל Lax & Sebenius, *Ibid*.

43. שם ניתן למצוא המלצות נקודתיות כביתן זה. *L. Thompson "Information Exchange and Negotiation" 27 J. of Experimental Social Psych.* (1991) 161-179

44. מדרבו על משא ומתן משלים. במשא ומתן חלוקתי ישנו נושא אחד למושא ומתן, וכיזון שהתעללת בוורוחת אין מיידע חסר כמובן זה, ברוב שצד אחד גילה את הדבר היחיד שהוא יכול לגלות – באיזה מצב הוא מוכן להסכים, מוזי חקו הארום שלו כמשא ומתן, הרי עדיין תישאר השאלה איפה יסכמו הצדדים את המשא ומתן. גילוי חד-צדדי כזה כמשא ומתן חלוקתי אינו מועיל לצד המגלה.

עלי כוג
"רווח"
האדם
דמוני
שכירות
להיות
ומתן
הפסדי
נקודה
הם ד
סטטי
משלי
צדדי
באינ
מצב
אנתו
אינו ג

השתקנים במשתק מקבלים מידע מלא לגבי המשתק אך אין אפשרות להסכמים אישיים ולהתחשבות לאחר המשתק. הם מקבלים סכום כסף, נניח מאה דולרים, ועל ה"מחלק" לחלק את הסכום ולקבוע כמה מתוך המאה הוא יקבל וכמה תצד השוני. לאחר החלוקה תור ה"מאשר" לאשר את החלוקה או להטיל וטו. אם החלוקה מאושרת הרי שהיא תבצע כפועל על פי הקביעה של המחלק ואם הוא יטיל וטו הסכום לא יחולק בין הצדדים וישאר אצל מארגן המשתק. מדובר על משתק של סכום אחר. משתק זה נחת רבות בספרות הפסיכולוגיה-כלכלית, ויש לו הרחבות ושינויים שונים במחקרים שונים. הממצא העיקרי מהמחקרים הבסיסיים של משתק זה מורכב משני חלקים: ראשית, אנשים אינם מחלקים חלוקה מאד לא שוויונית וזאת למרות שכל חלוקה, אפילו 1%-99% לטובת המחלק, אמורה להיות מאושרת על ידי המאשר, אם הוא פועל באופן רציונלי והוא מנסה למקסם את החועלת האישית שלו⁵⁵. שנית, אנשי הווטו אינם מוכנים לאשר חלוקות מאד לא שוויוניות. זאת אומרת, הם מטילים וטו, ולכן מוותרים על הכסף, ברוב במקרים כאשר מדובר על חלוקות של 30%-70% ומעלה לטובת המחלק. ממצא זה חוזר על עצמו גם במקרים שסכום הכסף מספיק גדול שהוויתור עליו "מאד מכאוב". הנקודה העיקרית ממחקרים אלו היא ברזיק חוסר היכולת של בני האדם להתחחרר מההוויאה בין הצדדים בזמן ניתוח התנהגותם וקבלת ההחלטה הטובה יותר עבורם⁵⁶.

הניתוח הפסיכולוגי מאשש את קיומה של נטייה טבעית (גם אם לא בהכרח מוצדקת) להשקף על העולם כחלוקתי. בני האדם נוטים לתפוס את הצד השני למשא ומתן כמתנגד להם, כריב להם, ומכאן לתפוס את המצב כחלוקתי. התופעה המתוארת כמתנגד להם, כריב להם, שקיימה וידועה עד שקיבלה את הכינוי "המיתוס של העוגה הקבועה"⁵⁷, הגה כה שכיתה וידועה עד שקיבלה את הכינוי "המיתוס של העוגה הקבועה", ולהבדיר שאנתו תופסים את החיים בכלל, ואת המשא ומתן כפרט, כמתחלחלים ובהם

56
כד
אז
כד
59
לל
בד
רד
13
60
61

⁵⁵ וזאת מאחר שבהחלטה וטו הוא לא יקבל דבר, ואפילו סכום קטן מאד טוב לו יותר מאשר אפס.
⁵⁶ מחקרים רבים נכתבו בנושא משתק האולטימטום ולא כאן המקום להרחיב בנושא זה, אך מעניין לראות את בראי המקום הבאים אשר מחברים בדיק בין נושא זה לבין תחום המשפט: C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler "A Behavioral Approach to Law and Economics" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1471; R.A. Posner "Rational Choice, Behavioral Economics, and Law" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1511 (תגובה של פורט לנאור דלצ'יל); R.B. Thompson "Preparing The Corporate Lawyer: Teaching Business Associations: Norms, Economics and Cognitive Learning" 34 *Ga. L. Rev.* (2000) 997
⁵⁷ מיתוס העוגה הקבועה מופיע בכמה מקורות, ראו למשל: M.H. Bazerman & M.A. Neale *Negotiating Rationally* (New-York, 1992); M.H. Bazerman & M.A. Neale "Heuristics in Negotiation: Limitations to Effective Dispute Resolution" *Research on Negotiation in Organizations* (Greenwich, M. Bazerman & R. Lewicki ed., 1986).

"רווח של האחד הוא הפסד של השני"⁵⁸. הבסיס לכך הוא תפיסה פסיכולוגית של האדם האגוצנטרי, הרואה הכל דרך משקפיו הוא. במצב כזה אנשים נוטים לעשות דמוניזציה של הצד השני, לראות אותו כרע עכורם, כריב להם ולאינטרסים שלהם. שכיחה היא התפיסה של אדם החושב כי "כרנע שהצד השני הציע זאת הרי זה חייב להיות רע עבורי"⁵⁹. ניתן להניח בהקשר זה כי קיומה של הרבות אמן בעת המשא ומתן וניסיונם המצטבר של האנשים בהכרזה נחונה מקרינה על תפיסתיהם הפסיכולוגיות האמורות של אנשים המעורבים במשא ומתן באותה חברה.

נקודת מוצא פסיכולוגית זו מטעה את הפרטים מאחר שמרכיב הלכי המשא ומתן הם דווקא בעלי אופי משלים ולא חלוקתי⁶⁰. הגם שלא ניתן למצוא עדויות סטטיסטיות מודיקות אשר מצביעות על העדיפות היחסית של הלכי משא ומתן משליליים, ניתן גם ניתן להחלטענה זו שני הסברים היחסיים⁶¹: האחד, בהינתן שני צדדים למשא ומתן הרי שסביר להניח שהם שונים בהעדפותיהם האישיות, באינטרסים שלהם, בהפיסת הסיכון שלהם לגבי החיצאות של המשא ומתן ובהערכת מצבם בעתיד. במקרה שהם שונים, מובדלים לפחות באחד מהמרכיבים שצוינו, הרי אנתנו מקבלים מצע ממשי (או לפחות פוטנציאלי) לאינטגרטיביות. ההסבר השני אינו מאפשר הוכחה חד משמעית, אבל לבטח תומך בכיוון זה, והוא שרוב רובם של

⁵⁸ בחלק השני של המאמר נדגים את טענתנו, כי באמצעות חובת הגילוי וההזנחה מנסה הפסיקה לנטרל את מרכיב החשיבות בעת המשא ומתן ולבצר את החותם האמן וציפיהם המכירה של הצדדים. כן מרגישה הפסיקה את התועלת אשר עשויות לצדדים כולם כתוצאה מאסטרטגיה של שיתוף פעולה.

⁵⁹ הפסיכולוגית Thompson מצאה שגם במצב בו שני הצדדים מעוניינים בהשגת הסכם ביניהם וכולים להשיג את כל מטרותיהם, יש לא מעט מקרים בהם הצדדים משיגים תוצאה שונה וטובה פחות מבהנחתם בגלל הנחתם שהם חייבים להתפשר. הנחתם היא שאם הם רוצים משהו, הרי שברוך כלל הצד השני לא ירצה לתת להם זאת. הטיה זו כונה על ידי Thompson כשם "Incompatibility Bias", ראו: Bazerman & Neale, *supra* note 57; וכן בספרם של: 57

⁶⁰ ניתן לצבוע במעט כל משא ומתן חלוקתי בצרכים אינטגרטיביים אם אנתו מניחים שבנוסף לנישא הצד והיחיד עלי התוצאות הצדדים, מייחסים אל תועלות משניות גם להנשה האישית או לתוצאה משנית אותה שאינה קשורה ישירות לתוצאה של המשא ומתן הפיצי. במצבים כאלו אנתו הופכים את המשא ומתן החלוקתי למשא ומתן משלים המערב תועלות שונות לשני הצדדים. הגם שהחובה כזו אפשרית מבהינה עיונית, אין לכתר כי משא ומתן חלוקתי עדיין קיים לעיתים במציאות, וזאת במקרים שהצדדים לא מודחבים את ההסתכלות שלהם על נושא ההידרונותם.

⁶¹ למרות שטענה כזו מושמעת לא מעט בספרות המקורית בחתום. ראו למשל את ההתייחסויות הבראות לכך שרוב הלכי המשא ומתן הם משליליים: D. G. Pruitt & J. Z. Rubin *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement* (New-York, 1986); L. Thompson, & T. DeHarpport "Social Judgment, Feedback and Interpersonal Learning in Negotiation" 58 *Org. Behav. & Human Decision Processes* (1994) 327-345

המתקנים אשר ניתחו משאים ומתנים אמיתיים ("ניתוחי מקרה") סבו על משאים ומתנים משלמים.⁶²

במקביל, ניתן להבין מדוע מעוניינים אנשים להפסי, כברירת מחדל, משא ומתן כחלוקתי גם בהינתן העובדה שרוב הלכי המשא ומתן הם דווקא משלמים: ההפסד האישי הכרוך בטעות החפוכה, היינו, בהתייחסות אינטגרטיבית למשא ומתן חלוקתי, עשוי להיות גדול. במקרה כזה הצדדים אמורים לחלק עוגה קבועה כך שתפסיטה של צד אחד את המצב כמצב שבו ניתן להגדיל את העוגה תוביל בהכרח את הצד השני ליחרון במיקוץ על החלק שלו בעוגה הקבועה, בפרט אם תפסיטה זו תלווה בגילוי העדפות על ידי הנושא ונותן.

טקטיקות של משא ומתן משלים מדברות על מצב של שיתופיות, ובעיקר על מצב של פתיחות המלווה בהתנגדות לכל רמייה, הטעייה, שקר או אי-גילוי מידע בודדן. מדובר על מצב של עידוד אמירת אמת. מעבר להצדקות האחרות או כאלו שבטרתן בהכוננה חכמתה לעבר חברה אוושיה טובה יותר, עיקר הניתוח האינטגרטיבי מודגיש היבטים תועלתניים: במצבים של משא ומתן משלים טוב לצדדים, ולשני הצדדים במידה דומה, לבחור בטקטיקה כזו, שכן טקטיקה כזו תוביל אותם או את שולחם לרווח אישי גבוה יותר. באם בני אדם העוסקים במשא ומתן יבינו את מערכת הנתכנות המובילה את המשא ומתן לאווריה אינטגרטיבית/משלמה, ומכאן למצב שבו פתיחות עדיפה, הרי משאים ומתנים יטתימו בהוצאות טובות יותר לשני הצדדים באופן פרטי, ומכאן לחברה ולשוק העסקי באופן מצרפי. יורה מכך, כל משא ומתן שכזה יהווה "חוויה מתקנת וכונה" לפרטים בניהול עחיד של משא ומתן אף עם צדדים אחרים. קרי, בעוד שמערכת יחסים עתידית יכולה להיות שיקול לבחירת קו פעולה מסוים ושהפני גם במצב של משא ומתן חלוקתי⁶³, אסטרטגיה כזו עדיפה אף כאשר אינו עוסקים במערכת עסקית המערכת יחסים מתמשכים, אבל המשא ומתן מובנה כך שיש "עוגה הניתנת להגדלה"⁶⁴.

בשולח תת חלק זה מן הראוי לציין היבט נוסף המשליך על הסובייקטיביות בהערכת תוצאותיו ותועלתיו של משא ומתן והוא השפעת ערכים חברתיים על התנהגותם של הפרטים השונים. בטפודות, קיימת הסכמה שאנשים אינם זהים בדרך בה הם מעריכים

⁶² ניתן למצוא ניתוחי מקרה כאלו, וכן מראי מקום לניתוחי מקרה כאלו, למשל: 35 *Raiffa, supra note*.

⁶³ וכן: 19 *Lax & Sebenius, supra note*.

⁶⁴ במקרה כזה ניתן לטות את המשא ומתן כמשלים וכו נושא אחר למשא ומתן הוא הנושא החלוקתי הנוגש השני הוא הרווח המשיג של יחסים עתידיים, אבל לא זו הכוונה כאשר מדובר בדרך כלל על משא ומתן משלים במהותו.

⁶⁴ ראו התייחסות קודמת בוגע למשא ומתן משלים: כן ראו התייחסויות בספרם של *Lax & Sebenius, supra note 19*.

תוצאות של משא ומתן, בההאם לערכים כלליים של החברה הסובבת אותם.⁶⁵ ניתן לדבר על השפעה של ערכים רבים על הנושאים ונותנים אך כיוון שאין זה המקום להרחיב בנושא יתר על המידה, נסתפק בטיפולוגיה משולשת ידועה לעניין זה: שיתופיות, אינדיבידואליסטיות, ותחרותיות.⁶⁶ בקצרה, אנשים המחזקים בערכים שיתופיים ייטו לעבר מקסימיזציה של כלל המשתתפים במשא ומתן, ויטוין לגרום לתועלת רבה ככל האפשר לכל המשתתפים במשא ומתן, גם אם מדובר על שני הצדדים למשא ומתן. אנשים המחזקים בערכים אינדיבידואליסטים ייטו למקסם את תועלתם האישית, מבלי להתייחס כלל לתוצאות של הצד השני ואילו אנשים בעלי ערכים תחרותיים ייטו לעבר מקסום התועלת שלהם רק באופן יחסי לתועלת של הצד השני. אנשים כאלו לא בודקים את הצלחתם אלא רק את הצלחתם בהשוואה לצד השני.⁶⁷

1.5 הקנישי ביצירת הסכמים
 בצד העמדה הפוליטית-ליברלית הריאה את חופש החוזים כביטוי מובהק של כבוד האדם ומימוש האוטונומיה של הרצון הפרטי,⁶⁸ מזוהה הספרות המחקרית של פסיכולוגית, קשיים איהרנטיים, המתבטאים על ממצאים עקביים, ביכולתם של אנשים להגיע להסכמים וכפרט להסכמים משילומים.⁶⁹ המחקר הפסיכולוגי מטפח הסברים רבים לקשיים אלו אשר החוט המקשר ביניהם הוא יכולתם המוגבלת של בני האדם בתפיסה, זיכרון, שיפוט וקבלת החלטות. באמצעות סקירה לא נמצאה של ספרות מחקרית זו ניתן להצביע על מספר מוקדים של קשיים בתחום זה:

1. קיבעון של השיפוט הראשוני – הרדש הראשון שאנשים מקבלים כאשר לסיטואציית המשא ומתן בה הם נתונים, הנו בררך כלל יציב ואינו משתנה גם לאור

⁶⁵ אודי המתקרים הראשונים והמעטטים ביותר הוא זה של Messick & McClintock אשר ערכו את הוכחתו, ראו: D. M. Messick & C.G. McClintock "Motivational Basis of Choice in Experimental Games" 4 J. of Experimental Social Psych. (1968) 1-25
⁶⁶ לראשונה ניתן לומר סיפולוגיה זו בהקשר של קרא ונתן צל, M. Deutsch The Effects of Motivational Orientation Upon Trust and Suspicion" 13 Human Relations (1960) 123-139
⁶⁷ ראו גם לופל צל: J.K. Beggan, D.M. Messick & S.T. Allison "Social Values and Egocentric Bias: Two Tests of the Might Over Morality Hypothesis" 55 J. of Personality & Social Psych. (1988) 606-611; W.B.G. Liebrand & G. Van Run "The Effects of Social Motives Across Two Cultures on Behavior in Social Dilemmas" 21 J. of Experimental Social Psych. (1985) 86-102
⁶⁸ ראו ספרו 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ע"א 294/91 חברת קדישא בת"א "קדולת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מונ(2) 464, 533; א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג': פרשנות חקיקתית) 426-420
⁶⁹ ראו למשל: Pruitt & Rubin, *Supra* note 61; Thompson, *supra* note 2.

מידע סותר. אנשים נוטים לקרוע עמדה ראשונית כלשהי באופן מיידי ומחזיקים בה גם בהינתן מידע וטיעונים המנוגדים לאותה עמדה ראשונית⁷⁰. שתי רמות החיחסות של הפרט גורמות לתופעה זו: האחת, היא הנטייה של בני האדם להפש מידע שיוביל אותם לאישוש כיוון השיפוט הראשוני שלהם, להפש אינפורמציה שהיא עקבית לציפיות שלהם. הם מתעלמים, או נוטים לתת משקל חסר בשיקוליהם, למידע שאינו עקבי או מנוגד לעמדה הוראשונית שלהם. המדובר בנטייה קוגניטיבית של דרך קבלת החלטות על ידי אנשים הנמצאים במצבים של חוסר רדאות⁷¹. השנייה, היא רמת החיחסות מוקדמת מבהינה קוגניטיבית שעניינה בקידוד ושליפה של זיכרון. אנשים נוטים לקודד מידע לזיכרון, ולשלוף אותו לאחר זמן, בצורה הנראית להם כמתאימה לסכימות קיימות ולציפיות או השערות קודמות הקיימות אצלם בזיכרון. כבר ברמה של קידוד, אנשים יישו לא לקודד מידע מנוגד או סותר את הסכימות האמורות ואם כבר קודדו אותו, הם ישלפו אותו לאחר זמן כאשר הוא מוטא לעבר הסכימה הטבעית יותר בזיכרון שלהם⁷². יהרה מכן, אנשים נוטים לזכור באופן טוב יותר עניינים שמתאימים לסכימה שלהם, שכן יש להם יותר קישורים עצמיים בזיכרון במצב כזה, ולכן במצב של ניסיון לאחזור מידע מהזיכרון, אנשים ישלפו מהר יותר וטוב יותר נתונים שמתאימים לעמדה או השקפה קודמת שלהם⁷³.

2. קיימים בהכנת האניגמטיביזציה, המיתוס של העוגה הקבועה – כפי שהוסבר קודם לכן, הנטייה הטבעית של בני האדם היא לראות את העולם כחלוקתי, וכני האדם נוטים לתפוס את הצד השני ולשא ומתן כמתנגד להם, כיריב להם, ומכאן לתפוס את המצב כחלוקתי⁷⁴.

3. מחויבות לדרך פעולה שנוקטת בעבר – אנשים נוטים להרגיש מחויבות לדרך פעולה מסוימת שנבחרה על ידם בתחילה ונוטים אף להסלים את ההתנהגות על מנת להצדיק את מצבם. מדובר על רמה של התנהגות מודעת, לאחר בחירה מסוימת בקו פעולה, המתאים יותר להליכי משא ומתן חלוקתיים אף בשעה שמדובר על משא ומתן משלים⁷⁵. הסלמה זו, לאור הרגשת המחויבות לדרך הפעולה שנוקטה כבר,

⁷⁰ ראו, J.S. Carroll, M.H. Bazerman & R. Ball, Bazerman & Carol, *supra* note 15, וראו Maury "Negotiator Cognition: A Descriptive Approach to Negotiators Understanding of Their Opponents" 41 *Org. Behav. & Human Decision Processes* (1988) 352-370.

⁷¹ ראו ניתוח יפה ומרוא מקום אצל: (1991) S. Fiske & S. Taylor *Social Cognition* (New-York, 1991).

⁷² ראו ניתוח יפה ומרוא מקום אצל: L. Ross & R. Nisbett *The Person and The Situation*: קוגים אצל: (1991) (New-York).

⁷³ ראו ניתוח יפה ומרוא מקום אצל: T. Stull & R. Wyer "Person Memory and Judgment" 96 *Psych. Rev.* (1989) 58-83.

⁷⁴ ראו דיון בולשז זה בעמודים הקודמים ובמיוחד, ראו, לעיל הטקסט, בעי 57-59.

⁷⁵ הכוונה לתפיסת "המיתוס של העוגה הקבועה", ראו, לעיל הערה 57.

גורמות לעתים לכשלון בהשגת הסכם, וללא רק להסכם פחות טוב מבחינה אינטגרטיבית.⁷⁶

4. בעיות הנובעות מהפיסה של מטרות המשא ומתן, ובעיקר של מטרות היצי השני במשא ומתן – בעניין זה, אין המדובר אך ורק לגבי המיתוס של העוגה הקבוצית, אלא שאנו מדברים על מצב שבו צד למשא ומתן תופס את מטרות הצד שכנגד כשוונות ממה שהן באמת, אפילו אם הוא יודע שמדובר על מצב אינטגרטיבי.⁷⁷

5. בעיית החלפת מידע⁷⁸ – המדובר באחת הבעיות הקשות ביותר אצל בני אדם המתחייבים ביניהם. אחד הממצאים החשובים העולים ממחקרים פסיכולוגים במחום המשא ומתן הוא שאנשים נוטים להתעלם ממידע בעל ערך הנוגע להחלטתם של הצד השני למשא ומתן. באופן כללי הטענה היא שבמצבים תחרותיים הלמידה קשה מאוד לצדדים, וקשה להם לכוון את ההתנהגות לאור התנהגות הצד שכנגד בתור תהליך המשא ומתן. אחת ההטיות המרכזיות ביותר היא זו שאנשים במצב התחרות אינם מצליחים לקחת בחשבון את המידע המגולם בפעולה עצמה של הצד השני. במאמר חשוב בנושא זה נשאלה השאלה האם משוב לגבי האינטרסים של הצד השני ישפר ביצועים ואינטגרטיביות?⁷⁹ ההכחנה שם הייתה לגבי משוב כולל – מידע מלא בקשר לאינטרסים של הצד השני ולמעשה מתן טבלת התועלות של הצד השני לעיון – לעומת משוב הניתן רק לגבי החוצאות המקוות של המשא ומתן על ידי הצד השני. כפי ששוער, משוב מלא שיפר מאוד את המצב ונגרם לשיפור ההסכמים לטובת שני הצדדים, קרי, גרם לאינטגרטיביות מועילה. משוב חלקי, לגבי התוצאות המקוות תרם גם הוא, אך מעט מאוד יחסית ובאופן כולט פחות בהשוואה למשוב מלא. יש להדגיש כי גם במשוב המלא, כאשר עבר מידע מושלם המטייע בהכנת החמריים של הצד השני, לא התקבלה אינטגרטיביות מלאה.⁸⁰ במחקר אחר,⁸¹ הדגש היה על

⁷⁶ זאת ראו אצל: 6 "The Escalation of Commitment of A Course of Action" B.M. Staw

⁷⁷ *Academy of Management Rev.* (1981) 577-587

⁷⁸ L. Thompson & R. Hastie "Judgment Tasks and Biases in Negotiation" *Research on Negotiation in Organizations* (Greenwich, B.H. Sheppard et al. eds., V. 2, 1990) 31

⁷⁹ תחושת העברת מידע קיים. ברוב המקרים מטעיקר כמות אנופורמצייה קטנה מאוד שזעזבר בין הצדדים כדי להתגבר על כשל שוק. נאן לא המקום להרחיב בטוניה זו באופן כללי, אך ראו, למשל, מאמר אחד מתוך מגוון רב של מחקרים רלוונטיים: C. R. Plott "Industrial Organization Theory and 'Theory and Experimental Economics'" 20 *J. of Econ. Literature* (1982) 1485-1527

⁸⁰ L. Thompson & T. DeHarport "Social Judgment, Feedback and Interpersonal Learning in Negotiation" 58 *Org. Behav. & Human Decision Processes* (1994) 327-345

⁸¹ *Ibid*, ibid

Ball, Bazerman & Carroll, *supra* note 15

בריקת ההטיה שהוזכרה זה עתה ונבדקו נושאים ונותנים אשר לא לקחו בחשבון את המידע המוגלם בפעולות הצד השני. באופן מועט מפתיע נמצא שם שגם לאחר 20 סיבובים של משא ומתן לא מתקיימת למידה לרוב המשחתפים בניסוי, ואנשים מתעלמים כמעט לחלוטין מהמסרים של הצד השני אשר הגם בעיקרם מידע שגולם בהתנהגות ובקבלת ההחלטות של הצד השני. למעשה נמצא במחקר כי עשרות סיבובים של משא ומתן ניסויי אינם משפרים את הלמידה שכן נמצאו תוצאות דומות (כאשר כל המשותפים האחרים מהחזקים קבוע) למשא ומתן של סיבוב יחיד של הנושאים ונותנים.⁸²

6. בטוחות יותר של הצדדים והערכה שגוריה של האלטרנטיבה למשא ומתן – אנשים מניחים באופן טבעי שמצבם טוב יותר ממצבו של הצד השני, בעיקר לאור העובדה שמצבם ברור להם לחלוטין, יש להם מידע מלא לגבי ברוב המקרים, ואם הם החליטו להיכנס למשא ומתן הם הושבים שיוכלו להשיג את מטרמתם. בטוחות יותר זהו מוביל את הצדדים, ולא במעט, להערכת יתר של האלטרנטיבה שלהם למשא ומתן. אלטרנטיבה זו, החלופה הטובה ביותר שלהם להסכם שיושג במשא ומתן (מטעמי נוחות, יקרא הביטוי בעברית "חטובה", ראשי תיבות של "חלופה טובה ביותר להסכם")⁸³, היא החלופה לכל צד במקרה של הפסקת המשא ומתן כאופן חר צרדי. יש להדגיש שאין המדובר על חלופה אשר תלויה ברצון הצד השני, כמו לדוגמא, הצעה קודמת שניתנה על ידי צד המקרים מדובר על "חטובה" שהיא, הצדדים מביא להכשלת המשא ומתן. ברוב המקרים מדובר על "חטובה" לפחות באופן פשוט. פנייה לערכאות שיפוטיות או לדרכים אלטרנטיביות לפתרון סכסוכים⁸⁴. מה שקורה בדרך כלל הוא ש"חטובה" זו נתפסת על ידם כטובה יותר מאשר היא במציאות, ואנשים נוטים להפסיק את המשא ומתן ולהעדיף את "החטובה" למרות שמצבם כוופו של עניין לא טוב יותר, אפילו לא טוב יותר מאשר המצב אליו הגיעו לפני הפסקת המשא ומתן.⁸⁵ אסור גם לשכוח שלחטובה יש בדרך כלל עלויות, עלויות אשר נראות למתכוונן מן הצד זניחות, אף שאינן זניחות בפועל

⁸² *Ibid.*

⁸³ בספרות מדובר על BATNA רדאשי תיבות של Negotiated Agreement to a Best Alternative.

⁸⁴ מונח שמופיע אצל: 19 note *supra*, Fisher & Ury. פתוח סכסוכים. במצב של משא ומתן של קבלת החלטות זאת במקרה של משא ומתן הממוסגר "פתוח סכסוכים".

⁸⁵ עסקת "החטובה" היא פעוט עסקי אחרת, בדרך כלל עסקה עם גורם אחר.
ראו נוסח זה למשל אצל: "The Effect of Perspective Taking on the Negotiation Process", 33 *M.A. Neale & M.H. Bazerman* Ability Under Alternative Forms of Arbitration on The Negotiation Process", 33 *H. S. Farber* "Splitting the difference; *Industrial & Labor Relations Rev.* (1983) 378-388
"in interest arbitration" 35 *Industrial & Labor Relations Rev.* (1985) 70-77

במרכיב המקרים, לעומת המצב של עלויות המשא ומתן עצמו, שלא רק שאינן גודלות בדרך כלל, אלא שהן כבר קיימות ולא ניתן למנוע אותן.⁸⁶

7. בעיות של קבלת החלטות, בעיקר מטנור, וקשיים בשיפוטיות מדויקים וקבלת החלטות רציונליות – מודלים כלכליים רבים מנחזים שבדי כל הצדדים למשא ומתן קיים מידע מושלם, שהמדובר בצדדים רציונליים, שאינם עושים טעויות ומנסים למקסם תועלת בצורה היעילה ביותר. הבעיה היא שהעולם האמיתי אינו כה מבטיח. בפועל, תפיסתם של בני האדם אינה בהכרח יעילה באופן שצוין, אנשים אינם מעבירים מידע, ולכל זאת יש להוסיף את הבעייתיות של שיפוט וקבלת החלטות אנושיות. אנשים נוהגים לאמץ שימוש בכללי אצבע שאפשר להם להתמודד עם מורכבות המצבים הצפויים להם בעתיד.⁸⁷ כפי שאוזכר בתת-חלק 1.2, המשפט בכללי, ובהתייחסו לטעיף 12 לחוק החוזים כפרט, מתרכז באדם הטכני באופן גורמטיבי, בהתאם לאחת ממטרותיו של בית המשפט והוא להטמיע כללי אצבע משופרים למשא ומתן. עם זאת, המשפט מתכוון על האדם גם באופן פוזיטיבי, היינו, כאדם המקבל החלטות אך עושה זאת עם הטיות רבות, בעיקר אלו הנובעות ממגבלות אנושיות טבעיות, ומודד קבלת החלטות לא רציונליות. הטייה מהתנהגות רציונלית נחקרה זה מכבר בספרות האקדמית וצוברת כיום תאוצה הולכת וגוברת.⁸⁸ אנו לא נרחיב בנקודה זו, פרט לציון העובדה הכללית שהמתקד הפסיכולוגי בתחום זה הוא שיש טייה מהתנהגות רציונלית בצורה מובנית וטיטמית וכן אוכר בקצרה של אפקט ספיציפי – המכונה "מטנור" אשר הנו רלוונטי בהלד קבלת החלטות ומהווה מעין דוגמא לנושא באופן כללי. מטנור, הנה תופעה לפיה אנשים פועלים ולמקבילים החלטה, בצורה המשתנה בהתאם למטנור או להקשר בה מופיעה הבעיה. הבעיה העיקרית, הרלוונטית למשא ומתן, היא הבעיה בדרכ מטנור. פועלתו של משא ומתן כהפסדים במקום כרווחים. כאשר אנשים עומדים בפני בעיה שמנוסחת

⁸⁶ עלויות משא ומתן הן בעיקר עלויות הנהגה ועלויות זמן עבורה של הצדדים, אשר מעצם קיום המשא ומתן עד לאחוז נקודה, כבר הרצאי, או לפחות מרכיבן כבר הוצאי, בלי קשר לשאלה אם ייחתם הסכם בסופו של המשא ומתן או שלא תועדף "החטובה" המשא ומתן "פופי".

⁸⁷ לענין זה של כללי אצבע במשא ומתן, רשימש בהם והבעיה בקבלת החלטות לאור שימוש בהן, ראו: R. W. Rosenthal, "Bargaining Rules of Thumb" 22 *J. of Econ. Behav. & Org.* (1993) 15-24.

⁸⁸ נשא זה רחב מדי מדי להמצות להערת שוליים שכן מאת מחקרים חשובים ייחזים לציטוט רלוונטי. שני החוקרים הבולטים ביותר של החזום הם Kahneman ו-Tversky והראו לאור את אחד המאמרים החשובים הקשורים לענינו: D. Kahneman & A. Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of" *Economica* (1979) 263-291 וכן את הספרות אשר למעשה פיתחה את התייחן שהנו השניים, ספרות "הכלכלה הביהיוריטיטי". מראי המקומות החשובים ביותר לענין זה הם: A. Thaler "A" *supra* note 20; C. Jolls, C.R. Sunstein & R.H. Thaler "A" *supra* note 20; C.R. Sunstein (ed.), *supra* note 20; C. Jolls, C.R. Sunstein & R.H. Thaler "A" *supra* note 20; Behavioral Approach to Law and Economics" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1471.

כהפסד הם נוטים להמיר, לקוח סיכונים, וכאשר הם עומדים בפני בעיה המנוסחת כדוחה הם נוטים לעבר הדבר הכטוח, לעבר קבלת החלטה שאינה מערבת סיכויים או סיכונים. במשא ומתן יש חשיבות רבה לדרך בה הדברים מוצגים לצד שכנגד, וכן לאופן בו הם משתקפים, כסופו של עניין, כהסכם. צורת-ההצגה של הדברים קובעת לא מעט את שביעות הרצון של הצדדים, והצגה מוטוה לכיוון מסוים יכולה לגרום לאי-רצון לסכם את המשא ומתן בהסכמה⁸⁹.

1.6 שלושד מרכיבים אוניוורטליים לכחינת משא ומתן הכללה נוספת בתחום המחקר האקדמי של המשא ומתן, כזו היכולה גם היא להיות לעור לצורך בחינת הפטיקה הדנה בשלב המשא ומתן, הנה זו המציעה מסגרת בדריקה משולבת לכחינת טיב ההוצאה שנבעה מהמשא ומתן⁹⁰. כך, ניתן לרכר על שלושד מרכיבים לניתוח האמור: אפקטיביות המשא ומתן, יעילותו של הפתרון האפשרי שהושג במשא ומתן והגוננותו. בדריקה זו נעשית לאחר סיום המשא ומתן, כאשר הצדדים יכולים להסתכל על המשא ומתן מעט מהצד, כ"מחבנונים היצוניים"⁹¹.

1 אפקטיביות המשא ומתן – מרכיב זה בוחן האם הצליחו הצדדים להשיג את המטרות שהגדירו. לעצמם לפני כניסתם למשא ומתן. המדובר במעין דרישת סף של הצדדים הכותמים. האם השיגו סף מסוים של דרישות שבבלדיהם לא "כדאי" כלל להסכים על הוצאה משותפת הנובעת מחהלך המשא ומתן. בכל שלב במשא ומתן הצדדים שואלים את עצמם את השאלה הפשוטה: "האם על זה אני יכול להסכים ככר?" לצורך הערכת התוצאות אליהם הגיעו במהלך המשא ומתן ולאחר סיומו. בדריקה כוללת בחוכה את מרכיב העלות של המשא ומתן עצמו ובחונת אם התוצאה מספקת בחינתן העלויות של ההלך המשא ומתן עצמו⁹². בעוד שבמשא ומתן חלוקתי הבחינה האמורה פשוטה יחסית ובדקת האם הצדדים עברו קווים ארומים שהגדירו לעצמם במהלך המשא ומתן, הרי שבמשא ומתן משלים השאלה אינה כל כך פשוטה, כיוון שמשא ומתן מסוג זה מערב נושאים רבים עם תועלות שונות, כך ששאלת האפקטיביות למעשה בוחנת את פונקציית התועלת המצרפית ועד

⁸⁹ M.H. ; Raiffa, *supra* note 35 בעיקר בשני מקומות: 35 *supra* note 35; Raiffa, *supra* note 35; Bazerman, T. Maglicozzi & M.A. Neale "The Acquisition of An Integrative Response in a Competitive Market" 34 *Org. Behav. & Human Performance* (1985) 294-313.

⁹⁰ Fisher & Uhi, *supra* note 19; אודת המקורות החשובים למודים להערכת תועלת משא ומתן הוא ספרו התופולרי של Fisher & Uhi, *supra* note 19; אך כאן המקום להבהיר שמאמור זה מאמץ את ספרו רק כאחד הפסיטים ואינו מאמץ את

⁹¹ גישתם באופן מלא.

⁹² ברור שהם אינם בבחינת "צופה מן הצד" לעניין זה בעקבות המעורבות האישית שלהם, אבל ההתבוננות היא כבר חיצונית למערכת המשא ומתן עצמו. בעיקר מבחינה כמותלוגית.

עלות ממונית בצד עלות חשוכה של מצב נפשי ומאמץ אישי.

כמה הושגה תועלת מצרפית מינימלית שלמען השגתה נכנסו הצדדים לתהליך המשא ומתן.⁹³

2. יעילות הפתרון שהושג במשא ומתן – במרכיב בחינה זה נבדק האם הצלחת הצדדים ליצור מצב שבו הפתרון אליו הגיעו אינו מפספס הזדמנויות לשפר את מצבו של אחד מהם לפחות, זאת מבלי לפגוע בשוני.⁹⁴ מדובר על מצב של אינטגרטיביות במשא ומתן והאם יש אפשרות להגיע במסגרתו להסכם טוב יותר בין הצדדים.⁹⁵ בכל משא ומתן משלים ניתן לשרטט את מרחב האפשרויות של הסכם בין הצדדים כך שגבולותיו של מרחב אפשרויות זה הנם "חזית היעילות" – המצב היעיל ביותר האפשרי.⁹⁶ כאשר נמצאים על חזית היעילות לא ניתן לשפר את מצב הצדדים מבלי לפגוע לפחות בצד אחד למשא ומתן. בכל נקודה במרחב יש אפשרות לשפר את יעילות ההסכם על ידי התקדמות לעבר חזית היעילות של המצב הפתוחות. כמובן שבכך המקרים לא ניתן ליצור את מרחב הפתוחות כיוון שלא ידועים לנו התועלות של הצדדים באופן מדויק וכן קשה לנו לתפוס את כל האפשרויות להוצאה של המשא ומתן. עם זאת מבחינה תאורטית ההמשגה הזו מאפשרת לנו להבין טוב יותר את מושג היעילות לאור נכחן תהליך המשא ומתן.

לדוגמא, נחאר לעצמנו מצב בו מצויים שני צדדים במשא ומתן בדבר חודה העסקה של אחד מהם. שני הצדדים עומדים בפני סיכום דוגים בשני נושאים חשובים לשני הצדדים: הפרשה לפנסיה ומשכורת עבור שעות נוספות. מובן מאליו, כי לשני הצדדים תועלות שונות בשני נושאים אלו. המעסיק מעוניין ביותר שעות נוספות ולכן "קל" לו יותר לשלם יותר לכל שעה נוספת (לעובד חשובה למובן המשכורת אך נהיה כי עליה יש כבר סיכום נפרד). העובד מעוניין דווקא בהפרשה לפנסיה בהתוואה לנושא השעות הנוספות, והוא מסתמך על פרישה בגיל 65 וחיים טובים

⁹¹ קשה לראות את הנרשא ותתן מבהיר לעצמו את פונקציה התועלת המצורפת שלו למשא ומתן. ביקור במקרה של נושאים שונים ותועלות שונות. עם זאת כאופן תת-מדע אהנונו עושים דבר מה דומה כאשר אהנונו מעדיפים להגיע להסכמה ולא "לפוצץ" את המשא ומתן.

⁹⁴ במרכיב המקרים אהנונו עושים זאת רק בהתחשבות בעצמו: אנו שואלים את עצמנו האם לא פספסנו הזדמנויות להיטיב עם עצמנו מבלי לפגוע בצד השני, האם נצלנו את כל הזדמנויות להיטיב עם עצמנו במקרה שאין זה בא על חשבון הצד השני, זו אינטגרטיביות.

⁹⁵ במקרה זה "טוב יותר" הוא זה אשר משפר את מצב אחד מהם לפחות מבלי לפגוע בשני, ואלו אף בקשור באותה הדמנות. שאלה זו נשאלת גם במשא ומתן חלוקתי, אך היא מקבלת מובן מעט שונה – הוא מנסה לבדוק האם המשא ומתן החלוקתי אינו ניתן להרחבה. לפיכך אינטגרטיביות/משלמות.

⁹⁶ כאשר מוסר מדובר על שני צדדים למשא ומתן מרחב הפתוחות הוא דו-ממדי. כריכי החיוב של חיתוך חובות, ולכן מצמצמים את עצמנו לריבוי החיובי. במקרה של N צדדים למשא ומתן מדובר על מצב של תועלת חיובית, לכן מצמצמים את עצמנו לריבוי החיובי. במקרה של N צדדים למשא ומתן מדובר על כרוך מרחב הפתוחות ועל שמירה הכרוך החיובית. במקרה של תועלות כפויים יוצרים של הכרוך, כמרחב הפתוחות האפשריים, ועל השפה של הכרוך כשמיינית זו כחזית היעילות.

ר – מאמרים ג'
ה המנוסחת
ז סיכויים או
שנונג, וכן
ברבים קובעת
בבולה לגרום

היא להיות
וגרת בריקה
על שלושה
ן האפשרי
מתן, כאשר
ם"91

להשיג את
שה סף של
דאי" כלל
משא ומתן
ל להסכים
חר סימו.
זחנות אם
שבמשא
ברר קורים
השאלה
תועלות
רפית וער

M.H.; R.
Bazerman

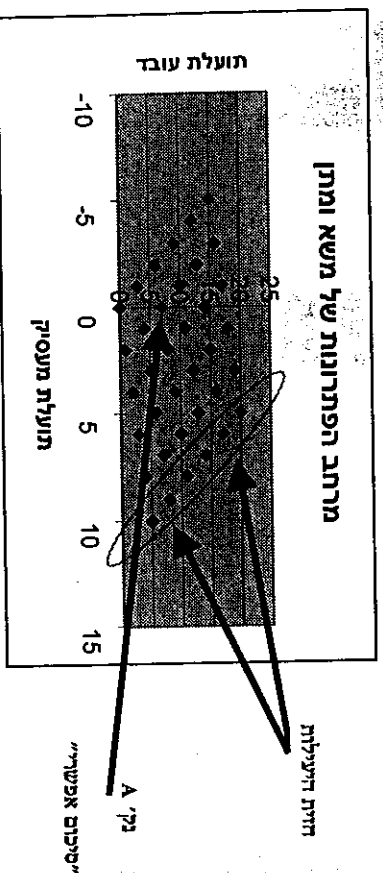
Fisher &
ר מאפיין את
להתם, אבל

בהמשך חייו על בסיס הפנסיה ההודשית. לגבי כל נושא, כל צד בנפרד קבע לעצמו תועלת אישית בנקודות. טווח האפשרויות לגבי מחיר שעה נוספת עומד על המרות שבין תוספת של 25 דולר על התשלום עבור השעה הרגילה, לבין 30 דולר, בקפיצות של דולר אחד. ההפרשה לפנסיה עומדת על סכום מסוים והמשא ומתן בעניין זה מתמקד על עלייה באחוזים מאותו סכום שנוקבצ כבר. הטווח האפשרי הוא בין 5% לבין 10% בקפיצות של אחוז אחד. נגיה כי המעסיק העריך את התועלת האישית שלו למחיר שעה נוספת בשתי נקודות לכל דולר ואילו התועלת האישית שלו לכל אחוז עלייה בפנסיה מוערכת עבורו במיננוט נקודה אחת. מאידך, התועלת האישית של העובד הן שלוש נקודות לכל אחוז עלייה בפנסיה ונקודה לכל דולר עלייה במחיר שעה נוספת. במשא ומתן הנתון, טווח הניקוד האפשרי של המעסיק הוא (5)-10 נקודות וטווח הניקוד של העובד הוא 0-20 (ראו טבלה 1).

סוג ההטבה	תועלת למעביד	תועלת לעובד
שעה נוספת 25 דולר תוספת	+0	+0
שעה נוספת 26 דולר תוספת	+2	+1
שעה נוספת 27 דולר תוספת	+4	+2
שעה נוספת 28 דולר תוספת	+6	+3
שעה נוספת 29 דולר תוספת	+8	+4
שעה נוספת 30 דולר תוספת	+10	+5
תוספת הפרשה לפנסיה 5%	-0	+0
תוספת הפרשה לפנסיה 6%	-1	+3
תוספת הפרשה לפנסיה 7%	-2	+6
תוספת הפרשה לפנסיה 8%	-3	+9
תוספת הפרשה לפנסיה 9%	-4	+12
תוספת הפרשה לפנסיה 10%	-5	+15

טבלה 1: דוגמת אינטגרציה בין עובד למעסיק במשא ומתן על חוזה עבודה.

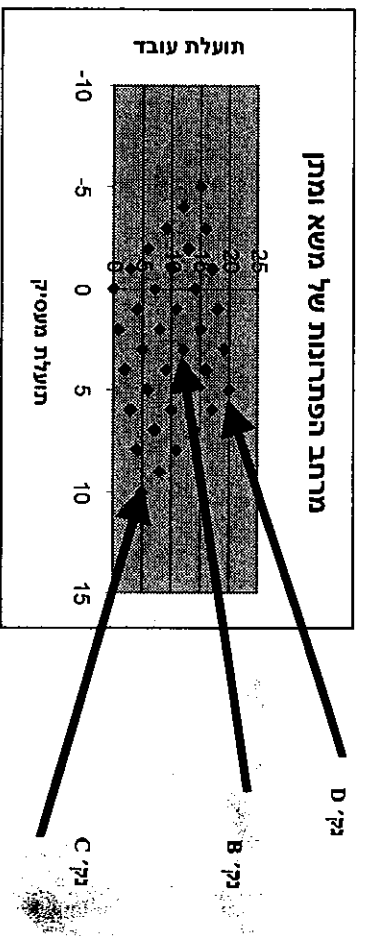
כל צירוף של עלייה במחיר השעה ועלייה בפנסיה הוא סיכום אפשרי של המשא ומתן בין הצדדים. למשל, סיכום של 26 דולר לשעה נוספת ועלייה של 7% בפנסיה תסכום עבור המעסיק כהתעלה של 0 נקודות וכמהעלה של 7 נקודות עבור העובד (נקודה A בציר המצורף). מרחב הפתרונות של מצב עניינים זה הוא אוסף כל הנקודות האפשריות של שני הצדדים, כל סיכום אפשרי של משא ומתן זה והנקוד לציירים שבצד סיכום זה. מדובר על שני צירים של תועלות ואוסף הנקודות האפשרי בתוך מערכת צירים זו (ראו ציור מצורף). כפי שניתן לראות גם בהמשחה/המוכחה בציור, הרי שניתן לשפר את ההסכם שהגיעו אליו הצדדים. הסכם זה לא נמצא על חזית היעילות, אותו קו גבול של פתרונות במרחב הפתרונות שכל חתמה ממונ המרום נזק לפחות לאחד הצדדים. גם בתוך מרחב הפתרונות ישנן עוד נקודות



רבות של הסכמים אפשריים שהצדדים יכולים למצוא את עצמם, ולשפר בכך את המצב אליו הגיעו עד כה. למשל, 28 דולרים לשעה ו-8% פנסיה הן זוג נקודות במרחב שנוחתות שלוש נקודות למעסיק ושתיים עבור נקודות לעובד (נקודה B בציר להלן). זה שיפור מצבם לעומת ההסכם הקודם, למרות שגם מצב זה אינו מצוי על חזית היעילות: גם חוזה זה ניתן לשיפור מכלי לפגוע באף אחד מהצדדים. יש לשים לב שהמצב של 10 נקודות למעסיק וחמש נקודות לעובד, הסכם של 30 דולר לשעה ו-5% לפנסיה (נקודה C בציר להלן), הוא מצב הנמצא על חזית היעילות כמו גם המצב של חמש נקודות למעסיק ועשרים נקודות לעובד, הסכם של 30 דולר לשעה ו-10% לפנסיה (נקודה D בציר להלן).

קבע לעצמו את עומד על בין 30 דולר, המשא ומתן האפשרי הוא המשא ומתן את התועלת לת האישית ה, התועלות ה לכל דולר של המעסיק

T	
T	
T	
T	
T	
T	
T	
T	
T	
T	



למרות היותם יעילים, ההסכמים שסומנו C ו-D לעיל הם הסכמים שונים במידת התועלת האישית לכל צד למשא ומתן. המעבר ביניהם כבר אינו מעבר אינטוטיבי, שכן המעבר יחייב פגיעה באחד הצדדים.⁹⁷ לכן, כאשר אנתו שואלים שאלה של יעילות, של אינטוטיביות חזקה, אנתו שואלים למעשה האם ניתן לשפר אותו לשני הצדדים, או לפחות לשפר אותו לצד אחד מבלי לפגוע בצד השני,⁹⁸ ולא מי יפגע יותר, כפי שניתן לנסח את השאלה במקרה החלוקתי.

3. הוגנות - בחינת מרכיב זה מורכבת למעשה משני חלקים: ההוגנות הסובייקטיבית וההוגנות האובייקטיבית. השאלה הראשונה היא האם הצדדים יוצאים מרוצים מההליך שהכביע, וכעיקר האם הוצגה אליה הגיגו נתפסת כעניינם לְתוצאה הוגנת. מדובר בתפיסה האישית של כל צד, ואין זה נריר למצוא מצבים בהם כל צד חושב שההסכם "הוגן לטובתו", עם כל הסתירה בהגדרה זו,⁹⁹ קשה לראות מצב בו צדדים למשא ומתן יסכימו על הוצאה מטוימת כאשר הם מעריכים אותה כבלתי הוגנת באופן סובייקטיבי. מדובר כאן על תפיסה אישית פרטית שהיא מעין דרישת סף להסכמה משותפת.

⁹⁷ ולכן המעבר הוא מעבר חלוקתי, המיקוח נעשה חלוקתי על גבי חזית היעילות.
⁹⁸ רעיון זה מובט בחזרת הכללה גם בהתייחסות לתקצאת משאבים יעילה כמותן של "יעילות פארטו" על שם הכלכלן האיטלקי (1848-1923) ואשר הגדרתה הנה: "An allocation is Pareto efficient if goods cannot be reallocated to make someone better off without making someone else worse off". R. S. Pindyck & D. L. Rubinfeld *Microeconomics* (New-York, 2nd ed., 1992) 581-582.
⁹⁹ המצב בו כל צד חושב שההסכם מוטח לטובתו, ולכן הוא עדיף לו סובייקטיבית, ומבייח שאף הצד השני קיבל אותו הרי הוא הוגן. האנקדוטה היא ששני הצדדים חושבים כך באותה צורה, ולכן התפיסה היא אישית ואינה ניתנת לכימות אובייקטיבי.

עליל ב
 לעונ
 מקונו
 במע
 ומתן
 כאן,
 הציג
 בני 1
 הוצר
 של
 הניס
 המו
 בתק
 הסו
 החו
 קבו
 בפע
 המז
 החו

100
 101



יגנים במידת
 ינימטרגטיבי,
 שאלה של
 אותו לשני
 א לא מי יפגע

ההונגות
 הצדדים
 הצד נתפסת
 לר למצוא
 דרה זר,⁹⁹
 אותך הם
 ה אישית

על ארטו" על
 "An allo-
 efficient
 making
 יצד השני
 יטסת היא

לעומת ההונגות הטרייבטיביות, ההונגות האובייקטיביות מניחה, כי קיימים כללים מקובלים של הונגות בהכרה אשר בלעדיהם לא ייתכן שהסכם יתפס כחוגן. מדובר במצין "חוקי טבע" של הונגות. כך למשל, אין זה חוגן לקבל הסכמה של צד למשא ומתן אשר מוכן לשעבד עצמו או לוותר על זכויותיו כאזרח. למעשה, ניתן לדבר כאן, מן הכחינה המשפטית, על מצב שבו ההסכמה אינה עומדת בדרישת "תקנות הציבור"¹⁰⁰. כללי אצבע של הונגות אובייקטיבית כזו הם למשל הנטייה הטבעית של בני האדם לנהוג בשוויון, למרות ההגדרה השונה של שוויון¹⁰¹. והגדרתם השונה של הצדדים למצבים עוכחיים ולתפיסת מקומם. בנוסף, יש להזכיר את נטייתם הטבעית של בני אדם להסכים לחלוקה של טובין ציבוריים המערבים צרכים בסיסיים, כגון הנטייה הטבעית לא לזנוח את החלשים בהכרה לסבלם, למשל, לא להזניח את המוגבלים כנפשם גם אם אין כאן כל מרכיב של תועלתנות¹⁰².

בהקשר למרכיב ההונגות, ניתן להרחיב את הכחינה גם ככוללת בהוכחה את ההרגשה הטרייבטיבית של הצדדים האם "נישאר חברים". היינו, מלבד בדיקה רציונלית של התוצאה והחלילך עצמו לגבי התאמתם לכללי הונגות כלליים או פורטים, אישיים או קבוצתיים, אין להסתמך לרגשות המתפתחים כמצט המיד בין אנשים המעורבים בפעילות משותפת. גם במקרה שמדובר על משא ומתן יחידני, כזה אשר אין בו המשכיות לעתיד, ההרגשה הטרייבטיבית האמצויוולית חשובה להערכה של ההונגות והחלילך והתוצאה. אדם יצליח לגשר בין פערים, יצליח למצוא את החלקים

ע"א 239/92 "אגו" ג' משיח, פ"ד מוח(2) 66: "תקנת הציבור מהווה הוראת שטחים המאפשרת גמישות בפעולתו של המשפט הפרטי, והנה רגישה במיוחד לשיקולים חקיקתיים. היא מאפשרת ביטוי לכוחות האדם ולאגנטוס הציבורי כמצבים מעת לעת, כלא כל צורך להביא לשינוי פרמלי באיזונים של המשפט הפרטי. באמצעות עקרון תקנת הציבור מאתן חופש העיסוק" שם, כ"ב 72-73; ע"א 294/91 חברת קרישא ג' זכריות אדם וערכים עקרון תקנת הציבור, כגון חופש הנונה של התנגשות בין ערכי יסוד הכריות אדם יש לערוך קטמבואם, פ"ד מוח(2) 464: "ככל מערכת נהונה של התנגשות של התנגשות שם, כ"ב 534; ד"ר בית איתן ושקילה, וחקנת הציבור" חשקף את תוצאתה של אותם שקילה ואיזון" שם, כ"ב 534; ד"ר בית יילס, לעיל הערה 6, כ"ב 486: "חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות יסוד חוקתית, הוא חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הוראים להגנה, הישור, טווח מידות, שוויון, כל אלה הם אינטרסים ראויים, העשויים, כהנאים מסוימים ונכסיהם מסוימות, לאזן את חופש החזים".

שוויון בתוצאה למול שוויון בהזדמנויות, לדוגמה. לטענה בדבר הזדמנויות של עקרון השוויון בשיפוט צדק, למרות ההגדרה השונה של עקרון השוויון, ראו, ח' גולדשמידט "שיפוט צדק חלוקתי בחלוקה רכוש לאחר גירושין"; עבודת גמר לתואר שליש, האוניברסיטה העברית, ירושלים (לא פורסם); לגישור לפיה השוויון חנו ערך אובייקטיבי המגולם בעקרון תם הלב. ראו עבודתם של הנשיא טמנר והנשיא ברק בד"ג בית יילס, לעיל הערה 6.

מדובר על הנטייה של מרבית המדינות בעולם, וכן מרבית החברות האנושיות הקיימות בעולם, להתארגן בצורה כזו אשר תטה בהן לעבר השכבה החלשה ביותר בחברה, אם דרך שירותי רווחה ממוסדים של המדינות, ואם דרך ארגונים וולנטריים שונים, מדינתיים או על מדינתיים.

100

101

102

האינטגרטיביים או המשילמים של המשא ומתן בצורה טובה יותר, כאשר הוא יריגיש "בין חברים", כאשר האוירה בין הצדדים תהיה כזו של הוגנות אישית.

1.7 המרכזיות של אמון כמשא ומתן

היסוד היחיד והחשוב ביותר הדרוש לצורך שיתוף פעולה, המוביל לאינטגרטיביות כמשא ומתן, הנו האמון בין הצדדים.¹⁰³ האמון בין הצדדים למשא ומתן אינו נהוץ אך לצורך השגת הסכמה ביניהם, אלא גם, וכציקר, הנו נהוץ לצורך יצירת הסכם משלים אשר מועיל לשיג הצדדים גם יחד. במקורקים רבים של Pruitt¹⁰⁴ מופיעה הטענה כי הנאי הכרחי להשגתם של הסכמים משלמים הוא חשיבות הנושא עליי נטוב המשא ומתן לשני הצדדים אך גם אמון הדדי בין הצדדים. הסכמים משלמים מתפתחים משיחות בין צדדים המנסים לפתור את הבעיה בצורה שיתופית. נפי שהורכר קודם לכן, אינטגרטיביות נעזרת וכות בגילוי הדדי מרכזי של מידע, בעיקר בנוגע לערכים והערפות אישיות של כל צד למשא ומתן. לעתים התפתחות האינטגרטיביות מתחלה משיחות פעולה של הצדדים נגד גורם שלישי, היצוני למשא ומתן, ולעתים התפתחותה נובעת מטיפול משותף של בעיה שאינה קשורה ישירות למשא ומתן המתנהל בין הצדדים.¹⁰⁵

למרות ששיתוף הצי השני במידע עלול להזיחה מסוכן ומונצל על דרך, במיוחד כאשר המדובר כמשא ומתן חלוקתי והצי השני אינו משתף פעולה בגילוי מידע, הרי שהגילוי הוא חלק מאתנו הליך מרכזי כל כך של בניית אמון בין צדדים. אמון מתפתח ביחסים בינאישיים, גם אם מדובר על יחסים קצרי טווח כפי שקורות לא מעט בין צדדים למשא ומתן, כאשר הצדדים מראים אחד לשני אכפזיות ונדיבות לכ כלשהי כלפי האינטרסים הכלליים של הצי השני, גם אם לא מדובר באינטרסים ספציפיים למטרת המשא ומתן עצמו.¹⁰⁶ בדוג שצד אחד למשא ומתן מבצע מהלך שנתפס אצל הצי השני כנדיבות לב כלפיו, הרגשתו האישית של אותו צד משתפרת ויש סיכוי שיתשוע פחות מניצולו כמשא ומתן, ומכאן יש פתיחות גדולה יותר של שיתוף בין הצדדים, כולל שיתוף במידע, אשר יוביל לאינטגרטיביות כסופו של עניין.

¹⁰³ ראו ציטוט ברות זו: Fisher & Brown, *supra* note 14; לטענה, כי ריזון משמש כרעיון על המצדק את דיעי החוקים כולם, לרבות עקרון חוב הלב בהליך המשא ומתן, ראו בוקשפן, לעיל הערה 10.

¹⁰⁴ D. G. Pruitt "Social Psychological Perspectives on the Behavioral Model" 13 *J. of Org. Behav.* (1992) 297-301. לעיל הערה 19, ומאמר עם Rubin, לעיל הערה 60.

¹⁰⁵ Pruitt, *ibid.*

¹⁰⁶ J.K. Jr. Butler "Behaviors, Trust and Goal Achievement in A Win-Win Negotiating Role Play" 20 (4) *Group & Org. Management* (1995) 486

במתקורו של Budler¹⁰⁷ נבחנה האפשרות של בניית אמון במשא ומתן דרך גילוי מידע ונדיבות כלפי הצד השני. בניית האמון נמדדה בעזרת שאלונים כאשר המשתנה התלוי היה ההצלחה של הצדדים להגיע להסכמים משלימים טובים לשניהם. במחקר נמצא שגילוי מידע ובניית אמון אכן גרמו להצלחה של שני הצדדים במשא ומתן. הנקודה המעניינת במחקר הייתה שאף החידה להשגת מטרת אישית במשא ומתן – קרי שיהיה פעולה שאינה מקריב את החתומה האישיה להצלחה ואינה כרוך ברוחנות קרי השני – לא פגעה באמון הנוצר. בדומה, ניסויים של הצדדים לבוא לעזרת הצד השני ולגלות כלפיו נדיבות לב, לא פגעה בהשגת אומן מטרת אישית. מחקר זה תומך במודל "האכפתיות הכפולה" של Pruitt¹⁰⁸, מודל אשר קבע שהדאגה והחתימה להשגת המטרות האישיות של צד אחד למשא ומתן משלים, והדאגה העזרה לצד השני להשגת מטרתו הוא, הנם משתנים אורטוגונליים זה לזה, קרי, אם נצייר אותם כצירים הם יתחכו זה את זה בזווית של 90° ואין ביניהם מתאם, חיובי או שלילי.

לסיכום, לא מפתיע שאמון הוא אחד היסודות החשובים בעת משא ומתן בין צדדים. חוקר מחקר למסקנה זו קיים בספרות, כפי שראינו זה עתה. חיוק נוסף ניתן למצוא בפסקה הישראלית ובחקיקה, ובמיוחד בדיני החוזים כפי שידגם בחלקו הבא של המאמר. הדבר העיקרי שיש לשוב ולהדגיש הוא שאין המדובר כדרישה לווייתור על החתימה להשגת המטרה האישיה במשא ומתן. ההפך הוא הנכון, המדובר בהתנגות אשר עשויה לעזור בהשגת אותה מטרה אישית.

2. יישומו של סעיף 12 לחוק החוזים בפסקתו של בית המשפט העליון

כחלק זה של המאמר נבקש להציג את התחייבותו של בית המשפט העליון לסעיף 12 לחוק החוזים ואת במטרה לחלץ באופן אינדוקטיבי – באמצעות הכלים התאורטיים שהוכחו כחם-החלק הקודם – את ההצדקה והתפיסה התאורטיות העומדות מאחורי החייכותו של בית המשפט לסעיף האמור ולחליך המשא ומתן. בקליפת אגוז, ניתן להכליל ולומר כי בית המשפט העליון משקף על חליך המשא ומתן כחליך משלים ולא חלוקתי, היינו – חליך הטומן יתרונות ותועלות לשיני הצדדים גם יחד. ברוח זו ניתן לפרש את החובות המוטלות על ידי בית המשפט בעת ניהול המשא ומתן – בנייתן חובות הגילוי ההדדית, חובת האמון וההגינות והדגשת הצורך בהתחשבות בצרכיהם הסביריות של הצדדים – כמגבלות הכאות לחוק ולמשא ביתו יעילות את האפשרויות הגלומות באינטראקציה בין הצדדים למשא ומתן ואת חופש החוזים.

¹⁰⁷ Ibid, ibid.
¹⁰⁸ מודובר על הפרטל של "Dual Concern", ראו: Pruit, *supra* note 19.

בית המשפט, כמכרזן התנהגותו, משקיף על הליכי המשא ומתן המגויסים לפניו במבט מצרפי כחלק מ"משחק חברתי חוזר" ולא רק כהליך שנועד לפתור סכסוך קונקרטי. בכך, מצדיק בית המשפט את הכללים הנוגזרים על ידו מתוך סעיף 12 לחוק החוזים, דוגמת חובת הגילוי, ככללים שנועדו להגדיל את מידת האמון בין הצדדים למשא ומתן, להביא למימוש ציפיותיהם ולהבנתם את היתרונות והחסרונות הטמונים במשא ומתן אותו הם מנהלים. בדרך זו, משמש בית המשפט כמערכת היגונית היצירת תנאים שיש בהם כדי להקל על המערכת הקונגטיבית של הפרט להפנים תפיסות אינטגרטיביות ולהגיע להסכמים.

חלקו זה של המאמר מושפע מההתייחסותו של בית המשפט העליון לסעיף 12 לחוק החוזים. בצד העובדה כי רובם של פסקי הדין בהם הוחל סעיף 12 לחוק החוזים על ידי בית המשפט הנם יישומיים בעיקרם ומלווים בהנמקה לקונית וכמעט מוכנת מאליה, קיימים שני פסקי דין, בעניין בית יולם¹⁰⁹ ועניין פנידל¹¹⁰, בהם דן בית המשפט העליון במשמעותו של סעיף 12 לחוק החוזים בצורה ישירה ונרחבת. פסקי דין אלו, המצוטטים רבות במשפט האזרחי הישראלי¹¹¹, עוסקים כבחנינת היקפו ותחולתו של סעיף 12 לחוק החוזים וקובעים מספר חידושים ביניהם, סוגיית החולתו של עקרוץ השוויון במשפט הפרטי והשלכות שונות על מושגי יסוד בדיני החברות. בשל כך, זכו פסקי דין אלה לדיון נוסף בהרכב שופטים מורחב.

בהתאם לאמור, וכדי למנוע סירובל על ידי הקורא, יזכו פסקי דין אלו לדגש מיוחד בניתוח השקפתו של בית המשפט את הליך המשא ומתן, ראשי הפרקים של חלק זה מחלוקים בהתאם לראיית בית המשפט את מעמדו שלו בהקשר להליך המשא ומתן ובהתאם להשקפתו על יעדיו של המשא ומתן והחובות הקונקרטיות אותן הוא מבקש על כך להחיל בעת המשא ומתן.

¹⁰⁹ עניין בית יולם, לעיל הערה 4; ד"ר בית יולם, לעיל הערה 6.

¹¹⁰ עניין פנידל, לעיל הערה 11; ד"ר פנידל, לעיל הערה 7.

¹¹¹ על פי מחקר שנוערך בימים אלו על ידי גולדשמידט, גרוס ושחר בנוגע ל"חוקרים בבית המשפט העליון בשאלה" נמצאים שני פסקי דין אלו בחלקה העליון של רשימת פסקי הדין המצוטטים ביותר. בנוגע לפסקי הדין בעניין בית

יולם המצוטט ביותר שכן פסקי דין אלו מצוטטים רבות אך לא דווקא יחיד. הערות האודות בעניין בית יולם המצוטטות הנה פגומות עשויה הנוסף באותו ענין מצוטט עשרים ושש פעמים כאשר התחיפה ביניהם הנה מתעדת (ד"ר ארבעה פסקי דין ארבעה פסקי דין מצוטטים את שניהם). לפיכך, אם נתייחס למוסר הציטוטים הכולל בהם אוהב אחד מפסקי הדין בעניין בית יולם הרי שפסק דין זה יעמוד בראש הרשימה של מאת פסקי הדין המצוטטים ביותר, אך אף אם נתייחס לציטוט של הדין הנוסף, ימוצא פסק הדין בחלקה העליון של רשימת פסקי הדין המצוטטים ביותר (אך הפעם לא ברשימת מאת פסקי הדין המצוטטים ביותר).

2.1 על סעיף 12 לחוק החוזים כמבטא עיקרון נורמטיבי-תרכובתי יסודי, על הפקידון הנורמטיבי של בית המשפט ועל משא ומתן כ"משחק חברתי חוזי"¹¹² כאמור, מהווים פסקי הדין בעניין פנידל¹¹³ ובעניין בית יולס¹¹⁴ אסמכתאות יסודיות ומקיימות בתחום דיונו. בפסקי דין אלו נשמעים מסרים חדים וברורים גם על חשיבותו הנורמטיבית ותחולתו הנרחבת והמעין אקסיומטית של סעיף 12 לחוק החוזים וגם על הפקידון של המשפט ובית המשפט בהקשר האמור.

בית המשפט מזדיגשי, כי שלב המשא ומתן הוא שלב הכפוף למשפט והנורמות שמחיל הדין הכללי מהיחסות גם אליו. בלשון בית המשפט בעניין בית יולס: "השלב הטרום חוזי אינו שלב טרום משפטי. אין הוא שלב, שבו שולט משפט הטבעי, לא במתכונת של אדם לאדם – זאב, ולא במתכונת של אדם לאדם – מלאך. השלב הטרום חוזי הוא שלב 'משפטי'. בשלב זה אין קיים עדיין חוזה לביצוע העבודה או השירות, שהם נושא המכרז, אך בשלב זה מוטלות על המשתתפים מנגבלות שונות, אשר הדין הכללי מטיל עליהם"¹¹⁵. בדין הנוסף בעניין פנידל קובע בית המשפט כי אמת המידה המוטלת על שלב המשא ומתן המוגדרת בעיקרה

¹¹² ראו ציטוטים נוספים המבססים בקודה זו: עניין בית יולס, לעיל הערה 4 בע' 555, 557; ד"צ בית יולס, לעיל הערה 6 בע' 484.

¹¹³ עניין פנידל, לעיל הערה 11. המערער, מהנדס רקבל בינין, הבטיח למשיב, להשיג לו דירת מגורים לקראת שובו ארצה. המערער ויאל את עסקי קבלנות הבניין שלו באמצעות המערער – חברה פרטית, שהוא ואשתו היו בעלי מניותיה. ב-1974 חתמו המשיב והמערער על זכרון דברים של המערערת, כשזו הופיעה בו כמזכרת המשיב – כקונה. המשיב שילם את כל החלומים, שהיה עליו לשלם על חשבון המזכיר לפי זיכרון הדברים, עד כישלון העסקה (משום שהדירה לא הייתה שיפה כלל לחברה). משתפתקה החברה סבה השאלה אם ת מנהלה פיצויים לקונה מבח סעיף 12 לחוק החוזים, אף על פי שלא היה צד לחוזה שנערך לבסוף.

¹¹⁴ עניין בית יולס, לעיל הערה 4. כשני פסקי דין אלו נשאלה השאלה אם קיימת חובה על בעל המכר (מזכיר המצעות) לנהוג בשוויון בין המציעים בשלב המכר. היינו בשלב המשא ומתן. באותו מקרה פרסמה המזכרת 1 מכרז לבניית בניין, שישמש בית אבות. ועדת המכרזים החליטה כי היא מעדיפה למסור את המכרזת לרסקי על אף פגם בערובה שנתנה, ובלבד שהצעתה לא תהיה יקרה מעל ל-5% מהצעת חברה רכבה משו ושוח; שהיא ביחד עם חברה א' ארוטק נמנו עם המשתתפים במכרז. לאחר מכן בעקבות משא ומתן עם רסקי, הסיימה האחרונה לחתול את הצעה. משא ומתן עם המערערת. יצוין כי הגם שעמדום של הנשיא שמנו והנשיא ברק נותרו בדין הנוסף עמדת מיעוט ביחס ליישומו הקונקרטי של עקרון חכם הלכ באותו המקרה (ככולל לדידם את עקרון השוויון בין משתתפי המכרז הפרטי), נראה כי יצקרו של הדין הכללי שערבו, בנוגע להליך המשא ומתן ויעדי המשפט ובית המשפט בתחום זה, לא היו שנויים במחלוקת.

¹¹⁵ עניין בית יולס, לעיל הערה 4, בע' 542, 543.

לפניו מבט
 אורך קונקרטי.
 חוק החוזים,
 דדים למשא
 ת הטמונים
 כח חיצונית
 פרט להפנים

רף 12 לחוק
 זוק החוזים
 מעט מוכנות
 הם דן בית
 חבת. פסקי
 וינת היקפו
 ית תחולתו
 החברות.

גש מיוחדת
 ל חלק זה
 משא ומתן
 אותן הוא

אפט העליון
 . כ"ו, פסקי
 בעניין בית
 דוח בעניין
 מים באשר
 חס למספר
 ש הרשימה
 פסק דין
 פסקי הדין

בסעיף 12 לחוק החוזים "היא תולדה של עיקרון יסודי משפטי, החולש על כל תחומי המשפט... והיא חורגת מן התחומים של היחסים החוזיים"¹¹⁶.

מרכזיותה של הוראת סעיף 12 לחוק החוזים בעיני בית המשפט ניכרת בשני אופנים: תחילה, בסיווגה כנורמה קוגנטיבית¹¹⁷ ושנית, בהדגשתו של בית המשפט, כי הנורמה הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים מתעניינה בהליך המשא ומתן בשלעצמו ובכל המשתתפים בו. כלל לא משנה האם משא ומתן זה או אחר יכול לחדוה, ובלשון בית המשפט: "לאור ההקשר הניסוחי ומהות הוראותיו של סעיף המשנה [סעיף 12 (א) לחוק החוזים] חלה חובה זו על כל אדם הנוטל חלק במשא ומתן האמור. אין באמור בו כדי להחוס תחומים צרים ולהגביל את החובה רק לאדם, הנוטל חלק במשא ומתן ואשר גם הופך לאחר מכן צד לחוזה שכוחה... ההתפתחות, הכאה בעקבות המשא ומתן, אינה בגדר תנאי בעל השלכה אחוזה, והחובה שנוצרה בסעיף עומדת על רגליה שלה בקבעה נורמה לגבי שלב המשא ומתן בחור שכזה, תהיה ההתפתחות המאוחרת אשר תהיה"¹¹⁸ (ההדגשה שלנו – ע.ב. ות.ג.).

בית המשפט מבהיר את מלאכת הקונטרקטציה הנורמטיבית והערינה שהוטלה עליו על ידי המחוקק בבואו להסדיר את הליך המשא ומתן. בלשון בית המשפט בעניין בית יולס: "משקבע המחוקק, כי המשא ומתן לכריחה חוזה יתנהל בדרך מקובלת, וכחוס לב, ממילא ציורה המחוקק על השופט לקבוע 'מה מותר ומה אסור לו לאדם או לגוף פרטי לעשות במסגרת משא ומתן עסקי'. המחוקק קבע מידה של התנהגות ראויה, ובה משפט צריך ליתן לה תוכן מוחשי, על פי נסיבותיו של המקרה... בקביעת חובתו של הסטודנט, ממלא בית המשפט בדרך הפרטנות השיפוטית הפקיד נורמטיבי יוצר. הוא פועל על פי שיקולים של מדיניות משפטית. הוא רוכב על 'סוס הפרא' ומכוון את דרכו במודע ובכחה. אין הוא קובע רמת התנהגות, המתחבת אך במשאור הנפש הועלות של האדם, אלא מתחשב הוא גם בחולשותיו. על כן, אל לה לרשות השופטת לקבוע כללי התנהגות, אשר יגנו על טוהר המכרזים באופן כה מלא, עד שאיש לא ירצה להיזקק למכשיר זה. עלינו לפתח את הלכות

¹¹⁶ ד"ר פנידד, לעיל הערה 7, בע' 687, 689, 699; יחודה מבר, בהמשך פסק הדין יוצר בית המשפט הרומחה עם המגמה המשפטית בין תחולתו של עקרון חוס הלב בריי החוזים וענפי משפט נוספים: "הטלת חובת חוס הלב על מגוולי חברה, המהילים משא ומתן חובה עם צד שלישי, היא ביטוי נוסף לחסינות התנהגות עתה בדבר חובת האמון והחזירות המוטלת על המנהלים גם כלפי צדדים מחוץ לחברה, כפי שמתחייב מן ההתפתחויות בהן החברה והמשק" שם, בע' 696; נריין פנידד, לעיל הערה 11, בע' 725; ד"ר פנידד, לעיל הערה 7: "בהתלחזו של עקרון יסוד משפטי המשלב חבתיים-אחרים לותר הכללים החלים על פעולת משפטיות ועל פעולת אחרות המתחלות אליהן – יש לראותה כבעלת יסודות קוגנטיים: נסיבות עוברות שונות ומשתנות משפיעות, כמובן, על הצורה המוחשית, אותה לובשת החובה לנהוג בדרך מקובלת וכתום לב, ועל אופן יישומן של אמות המידה המשפטיות לנסיבות האמורות, אך החובה עצמה לעולם עומדת, ואין להחתם עליה" שם, בע' 688.

¹¹⁷ שם, בע' 682, 683.

עלי כותב
המכירה
לא ניש
ההתנה
המשנה
משאף
לאדם
המדינה
מעשה
יוצרים
וכדומה
תרכוח
שנואנו
ומתן
הלב
הראוי
למען
השני
כיאה
המשנה
פסיכה
כוריק
הוא ו
מדוכה
בית
בניית
הנוסח
פרטי
בית
אמור
תחרו
שכרו
119
עמ
120
ד
121
עמ

המכובדים של המשפט הפרטי בודיויות, בתבונה ותוך איוון בין האינטרסים השונים. לא נשאף לכך, כי החיטים בין המשתתפים במכרז יהיו כיהטי מלאים זה לזה. רמת ההתנהגות של Homo Hominids אינה בת השגה. אך נשלול, כי ביהטים שבין המשתתפים במכרז תשרור הגישה של אדם לאדם – זאב Homo Lupus Homini. נשאף לכך כי ביהטים שפין בני האדם המשתתפים במכרז ישרור העיקרון, כי אדם לאדם – אדם... נשאף לאוון בין האינטרסים השונים, תוך התשכות בנטיחותו המיוחדת של כל מקרה ומקרה. בעשותנו זאת עלינו להכיר בכך, כי איוון זה אינו מעשה טבני אלא מעשה נורמטיבי. אין אנו כהינה חושפים את הקיים, אלא אנו יוצרים את הכלתי קיים"¹¹⁹ (ההדגשות שלנו – ע.ב. ות.ג.).

ובהמשך, בדין הנוסף בעניין בית יולס, הצהיר בית המשפט על תפקידו הנורמטיבי-תרבותי: "בית המשפט מבטיח אותה רמת ההתנהגות, העולה בקנה אחד עם מה שנוראה בעיני האדם הנאור בישראל כראוי ונהוג ביהטים בין יריבים המנהלים משא ומתן לכריחת חוזה. בית המשפט מבטא את כללי 'המשהק הנוגן' בין 'יריבים'. תום הלב משקף אפוא את ציפיותו הטבירה של הציבור בישראל באשר להתנהגות הלב הראוי. ביסוד חובת תום הלב עומדת ההנחה, כי צד למשא ומתן מבקש להיכנס למעורר חוזה מתוך רצון להגשים את האינטרס של עצמו ולא את האינטרס של הצד השני. חובת תום הלב באה להבטיח, כי הגשמה עצמית זו תיעשה בצורה הוגנת, כיאה לתכרה תרבותית"¹²⁰ (ההדגשות שלנו – ע.ב. ות.ג.). דבריו אלו של בית המשפט יש לקרוא ביחד עם מודעותו למרכיבים סובייקטיביים, הנושנים על ממדים פסיכולוגיים, המשיעיים על הצדדים בשלב המשא ומתן. למרות היות המכתן לפני בורקים האם קוימו הדרישות שהוגדרו בסעיף 12 לחוק החוזים מכתן אובייקטיבי, הוא חייב להביא בחשבון גם את מהותו ואופני של המשא ומתן הספציפי שעליו מלובל¹²¹.

בית המשפט ער לכך כי פסיקותו ביהט לחוכנו של סעיף 12 לחוק החוזים משליכה על בניית האמות של "צרכני" פסקי הדין ביהט להליך המשא ומתן בהווה ובעתיד. בדין הנוסף בעניין בית יולס – בו אמנם נותרה במיעוט העמדה כי עקרון השויוון במכרז פרטי הנו חלק מחובת תום הלב הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים – ניכרת ראייתו של בית המשפט את הליך המשא ומתן כ"משחק חברתי חוזי" והצורך, על כן, בביסוס אמות הציבור ותחושותיו ביהט למשא ומתן: "אם בעל המכרז מבקש להזקק להליך תחרותי של מכרז, עלינו להעניק להליך זה את האופי שהכרחנו דורשת מהליך תחרותי שבו. בתכרה נאורה, הדורשת מבניה סדרי מסחר והתנהגות הוגנים, יש לעמוד על

119 עניין בית יולס, לעיל הערה 4, בע' 558.
 120 ר"ג בית יולס, לעיל הערה 6, בע' 485, 484.
 121 עניין בית יולס, לעיל הערה 4, בע' 544.

בשת

חובת

מניחה

כפי

77:

למתד

חוזת

רזים

ותני.

הגות,

ורכב

וטיות

...ורח

עליך

בעניין

הכלמי

לאדם

הגות

מדינה

חובת

פניסות

כך, כי המזמין את זולתו ליטול חלק בתחרות על קבלת הצעות, הקובע 'כללי משחק' באשר לדרך בה תתנהל התחרות, ומעמיד דרישות שונות מהמשתתפים השונים, יקיים רמה מינימלית של 'משחק הוגן'. רמה כזו מחייבת שוויון בין המשתתפים. ריישה זו עולה גם מהצורך להכטיח את אמון הציבור בשיטת המכרזים ומהצורך להבטיח, כי קבלנים רבים, אשר פרנסתם תלויה בהגניעתם של המכרזים, והמשקיעים מכספם ומזמננם בעריכת המכרז, והנוטלים על עצמם התחייבות ומגבלות בתקופת המכרז, לא יהיו כי המכרזים 'תפורים', וכי לא הייתה להם הזדמנות שווה לזכות במכרז¹²² (ההזדמנות שלנו – ע.ב. ות.ג.).

2.2. התועלת הגלומה בשיתוף פעולה בעת המשא ומתן והתפיסה האינטגרטיבית /המשלמה למשא ומתן

בפסק הדין ע"א 3912/90 Eximion S.A. האגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ¹²³, מדגיש בית המשפט העליון את התועלת הצומחת משיתוף פעולה ומגילוי הדדי בין הצדדים. בין היתר בשלב המשא ומתן, וקיומה של סינכרזה בין תועלתיהם האישיות של הצדדים למשא ומתן, שיתוף פעולה ויציאת אורח אמון¹²⁴. פסק דין זה מתרכז אמנם בחובת תום הלב בשלב הקיום החוזי (סעיף 39 לחוק החוזים) – עם זאת, וכשל ההקבלה האיכותית בין השלב השטוח החוזי לבין שלב קיום החוזים – שניהם שלבים המערבים אינטראקציה רצונית ומעוררת ציפייה – ניתן לחלק מסקנות בדבר תפיסתו העיונית של בית המשפט את משמעותה של חובת תום הלב בעת המשא ומתן גם כאשר הוא דן במשמעות חובת זו בשלב הקיום החוזי¹²⁵.

¹²² ר"ע בית יולס, לעיל הערה 6, בע' 485.

¹²³

ע"א 3912/90 Eximion S.A. האגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל פרארי בע"מ, פ"ד מונ(4) 64 (להלן: עניין Eximion). המערערת, חברה בלגית, רכשה מהמשיבה, חברה ישראלית, מנפי גינע נפרד לקחה של המערערת בארצות-הברית, המנפיים היו מוגם מיוחד שהיה אותה עם מברקש בשק. משוגעיה הסתדרה לארצות-הברית, החבר כי יש בדגם משום הפרת סימן מסחר רשום בארצות-הברית ולכן עוכב המשלוח במכס. המערערת תבעה השבה מחיר הסחורה בטענה של כישלון העסקה באשמת המשיבה.

¹²⁴

ראו גם ע"א 2896/90 טרעקי נ' אלפונט, פ"ד מונ(5) 454, 460: "אם, ורק אם, יפעלו בעלי הדורות והדיירים, איש כלפי רעותו, בתום לב ובהתענות, יוכל הכיח המשותף להתנהל בצורה תקינה, לרווחתם המשותפת של יושביה".

¹²⁵

חידושו של פסק הדין נעוץ בקביעת אחריותם המשותפת של צדדים לחוזה להפרתו והכנסתה של דוקטרינת "אשם תרים" אל דעי החוזים. רעיון זה מוחל על ידי בית המשפט, וביתו קלות, גם בשלב הטרם חזר, כך למשל קובע הנשיא שמגר: "לפני סיום אציון, כי אילו דובר בהפרת חובת תום הלב בשלב המשא ומתן, קל היה יותר להכיר בדוקטרינה של חליקה אחרית, שכן מקורו של סעיף 12 לחוק החוזים אינו חוזי בלבד" עניין Eximion. לעיל הערה 123, בע' 86. יהו על כן, הנשיא שמגר קבע את הרעיון של אחריותם המשותפת של הצדדים לחוזה במקרה זה לאור העובדה כי "אי שיתוף הפעולה או תגילוי בעינינו מקורם בשלב הטרם חזר, [ועל כן] ניתן ביתו קלות ליישם לגביהם עקרונות מקובלים בשלב זה" שם, בע' 87-86.

הנשיא שמגר מונקן את השיכוחו של שיתוף הפעולה בין הצדדים למשא ומתן ולחזרה במונחים תועלתיים בהדגישו כי "ככל חזרה או התקשרות, בכסים עסקת המכר עומד רצון לשיתוף פעולה של הצדדים, מתוך הנחה, כמובן, ששיתוף פעולה יועיל לכל אחד מהם, ולשניהם במשולב"¹²⁶. ובהמשך מציין הנשיא שמגר, כי באמצעות ידיעתו של כל צד "כי על כל אחד מהם מוטלת גם חובה לסייע לאחר לפעול, במידה סבירה כמובן, יתחזק אמונם בקיום העסקה ותגדל יכולת ההסתמכות שלהם"¹²⁷.

עמדה דומה, המזכירה לציבור הקוראים את העובדה כי הליך המשא ומתן צופן בקריבו תועלת רבות, אף אם לצורך השגתן יש לעמוד במחויבויות כלשהן, נשמעה גם בעניין בית ילם. באותו עניין מובעת ההצדקה להגבלת חופש ההתקשרות, כזכות יסוד חוקתית, בכלים של תפיסה אינטגרטיבית (משלמה) בעת המשא ומתן. בציטוט להלן מקבלת האינטגרטיביות מוכן של חיוזק כוחותי ותוצאותיו של המשא ומתן: "אף אם באמצעות הגבלת החופש בשלב זה: "חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל וכוח יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה. הגינות, ישר, טוהר מידות, שוויון – כל אלה הם אינטרסים ראויים, העשויים, בתנאים מסוימים ובסיוכוח מסוימות, לאזן את חופש החוזים. איזונים אלה מובילים את החופש, אך הם גם מוזקים אותו. השלת חובה לתת משא ומתן בתום לב מגבילה את חופש המשא ומתן, אך היא מחזקת את כוחותי ותוצאותיו"¹²⁸ (ההדגשה שלנו – ע.ב. וח.ג.).

2.3 חשיבות האמון, מילוש ציפיתם הטפירה של הצדדים וההוגנות בשלב המשא ומתן¹²⁹

פסקי דין רבים מדגישים את מרכזיותו של נשא האמון בשלב המשא ומתן. בדומה לנאמר בחלק התאורטי¹³⁰ נראה, כי רעיון האמון הנו הרעיון הבסיסי ביותר המיוחד

¹²⁶ שם, בע' 82. לציטוטים ולחוסים נוספים מטפס דין זה ראו, שם, בע' 76, 78, 82, 84.

¹²⁷ שם, בע' 82.

¹²⁸ ד"ר בית ילם, לעיל הערה 6, בע' 486.

¹²⁹ להרחבה ראו גם ע"א 800/75 קוט נ' ארזן הוידים במרכז המסחרי, ומת יוסף, בת ים, פ"ד לא(3) 818, 813; ע"א 714/87 שר נ' ברוך, פ"ד נ(3) 159, 163; ע"א 416/89 גל אור נ' חברת כלל (ישראל) בע"מ, פ"ד מונ(2) 177, 185; ע"א 4839/92 גז נ' כץ, פ"ד מח(4) 749, 757; עניין שיכון עובדים, לעיל

הערה 5, בע' 583. ע"א 579/83 ווננשיין נ' אהרם גבסו בע"מ קבלני בניין, פ"ד מב(2) 278-289, 291-292; עניין קלמל, לעיל הערה 5, בע' 197.

¹³⁰ ראו, לעיל סעיף 1.7 למאמר.

י משחקי, השונים, התפסים. מהצורך המכריזם, דיכויית להם

טיכית

איטל

שיחוף

ינתנה

ווירית

ף 39

שלב

נתן

1 תום

12:

(4)

מזון

עבור

שוק

ברית

שמת

יריות

תום

של

שלב

שלב

לכל

חוק

את

או

ים

על ידי בית המשפט לסעיף 12 לחוק החוזים: "יסודו של סעיף 12 לחוק החוזים ביחסי אמון, החייבים לשוור בין צדדים המנהלים משא ומתן לקראת כתיבתו של חוזה" (ההדגשה שלנו – ע.ב. ותג.)¹³¹. בכך מורחב האמון החוזי, שמקורו בסעיף 39 לחוק החוזים, לעבר השלב הטרום חוזי. רעיון האמון, הגלום כאמור בסעיף 12 לחוק החוזים, מוחל על ידי בית המשפט על כל אלו המעורבים בהליך המשא ומתן: "הנורמה האמורה, הוחלה על כל מי שמנהל משא ומתן, מבחיבה קיומם של יחסי אמון, אשר ביטויים ומידתם, היינו תרומם למציאות מוגדרת, מושפעים גם במקביל ממערכת הנתונים הקונקרטיים, אשר במסגרתה מנהלים הצדדים את המשא ומתן... החובה המשפטית יוצרת ציפייה לגיטימית להתנהגות של אמון וישר אשר אינה כרוכה, בין היתר, במעמדו של הצד השני כצד מעוניין ישיר או כשולחם של אחרים אלא כמעמדו כצד המנהל משא ומתן"¹³². משמעות הכתבת קיומם של יחסי אמון היא ההחשבות בציפיות המוצדקות של הצדדים¹³³.

סוגיית האמון בין הצדדים זכתה להתייחסות מיוחדת בעניין *Examin*. כפסק דין זה מצטט הגשיא שמגן בהסכמה את פרופ' פרוש¹³⁴ ומשמיע באופן מפורש את הקשר ההדוק בין רעיון האמון לעקרון חום הלב הקבוע בסעיף 12 לחוק החוזים. בעיניו כי: "דומה שקיים קשר הדוק בין מושג האמון לבין מושג חום הלב המשפטי. הרעיון העומד ביסוד שני המושגים זהה: ביסודו של מושג האמון הסוציולוגי עומדת האפשרות של כל פרט להסתמך על כך שתחייבים ציפיותו הסבירה מן הזולת או ממוסד, כי ינהגו בהתאם למה שמתחייב ממצבם או מתפקידם. ביסודו של מושג חום הלב המשפטי עומדת האפשרות של כל פרט להסתמך על כך שתחייבים ציפיותו הסבירה מן היחס המשפטי שבו הוא נמתך עם הזולת"¹³⁵.

131 עניין פנידרי, לעיל הערה 11, בע' 724. לציטוטים נוספים בעניין זה ראו, שם, בע' 725; ד"ר פנידרי, לעיל הערה 7, בע' 690, 703.

132 ד"ר פנידרי, שם, בע' 688-689.

133 ד"ר בית יוליס, לעיל הערה 6: "חום הלב מבקש להבטיח, כי דאגה זו תיעשה באופן הוגן, תוך התחשבות בציפיות המוצדקות של הצד השני, תוך הבטחת המשומה המשתרפת של הצדדים" שם, בע' 484.

134 מ' מאיטנר יקידת המודליות ועליות הערכים במשפט הישראל (תשנ"ג) 57.

135 עניין *Examin*, לעיל הערה 123, בע' 83.

2.4 חובת הגילוי כחובה החלה בשעת המשא ומתן וטעמיה¹³⁶ בעוד שסודו של סעיף 12 לחוק החוזים מצוי ביחס האמון שצריך לשרור בין הצדדים למשא ומתן, הרי שהחובה המרכזית הנקראת על ידי בית המשפט לחוק סעיף 12 לחוק החוזים הנה חובת הגילוי. הקשר בין הדברים ברור ועולה גם מההצדקה המתלווה להטלתו של בית המשפט את חובת הגילוי באמצעות סעיף 12 לחוק החוזים. הצדקה זו מדגישה, בדרך כלל, את הקרנתה של חובת הגילוי על תחושת ההגינות, על אורירת האמון בין הצדדים, על מימוש ציפיהם הסבירה ועל הבנתם של הצדדים למשא ומתן את היחזונו והחטרונת הגלומים בעסקה ואת קשת האפשרויות העומדות להם. בית המשפט בעניין פנידד קובע זאת בצורה מפורשת: "החובה לנהל משא ומתן בדרך מקובלת ובהתם לכ היא חובה כללית, אשר ממנה נגזרות, מטבע הדברים, חובות קונקרטיים, על פי הנסיבות המיוחדות של המקרה... אחת החובות המוטלות, בדרך כלל, היא החובה השוכה בקבלת החלטה, אם עניינים, אשר קבלת מידע לגביהם עשויה להיות חשובה על אדם, המנהל משא ומתן למכירת נכס, לגלות לצד השני, כי הנכס אינו שייך עדיין למוכר, או כי לפלוגי יתכן זכות כלשהי; מידע זה חשוב הוא למתקשר השני, שכן יש לו השפעה ישירה על שיקוליו, אם להתקשר בהודו וכאלו הנאים להתקשר בו"¹³⁷ (ההדגשות שלנו - ע"ב ותג.); באופן דומה מופיע רעיון זה גם בדין הנוסף בעניין פנידד: "חובת הגילוי היא תולדה של האמון המתחייב בין הצדדים המנהלים משא ומתן, ומקורו של זה בחובה המשפטית העולה מסעיף 12"¹³⁸. נוכח הייתה של חובת הגילוי חובה מרכזית בשלב המשא ומתן, וכשל ההתקנה לה, ניתן להסיק, גם מראש פרק זה, בדומה לראש פרק 2.2 לעיל, על השקפתו של בית המשפט את הליך המשא ומתן כהליך אינטגרטיבי (משלים), שכן כפי שקובע בית המשפט מפורשות, יש בגילוי נכס כרלי להשפיע על אופיים וטיבם של ההסדרים שיערכו בעקבות המשא ומתן.

136. להחובה ראו גם, עניין צבאת, לעיל הערה 28, בעי 596-597; ע"א 144/87 מ"י נ' אגני, פבר, חכרה 751/89 פ"ד מוד (3) 769, 777-778; ע"א 82/85 כהן נ' בורי, פ"ד מא(2) 778, 780-781; ע"א 781-780 פ"ד מוד (3) 769, 777-778; ע"א 529, 529 (4) 778, 769; ע"א 794/86 החברה המרכזית לשכר ולגגון בע"מ נ' פניק, מוסתפור, נ' שוחט, פ"ד מוד (4) 529, 529; ע"א 835, 828 (3) 835, 828; ע"א 282/89 ריטנברג, נ' פלל פ"ד מוד (1) 226, 232; ע"א 251/84 הברת ס.ג.מ. להשקעות בע"מ נ' מ"י, לט(2) 463, 467; ע"א 578/88 פלל טפחות בנק משתנהאוח לישראל בע"מ נ' נצר, פ"ד מוג(3) 828, 828; ע"א 838/75 סקטור נ' צירפתי, פ"ד לכ(1) 231, 238-239; ע"א 241, 239. בנוסף לציטוטים המובאים לחלן קיימים פסקי דין נוספים המכלילים חשיבותה של חובת הגילוי; ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' צוגלר, פ"ד מט(1) 386, 369; ע"א 590/88 אברהם רובינשטיין ושוחי חברה קבלנית בע"מ נ' פישר, פ"ד מוד(1) 730; ע"א 481/81 טרבלסיק, נ' פולמן, פ"ד לח(4) 421.

137. עניין פנידד, לעיל הערה 11, בעי 726.

138. ר"ע פנידד, לעיל הערה 7, בעי 696-697.

- מאמרים נ'
 רק החוזים
 הרינתו של
 בסעיף 39
 חוק 12 לחוק
 שא ומתן:
 של יחסי
 במקביל
 ומתן...
 אשר אינה
 של אחרים
 יחסי אמון

זו
 מפורש את
 וק החוזים
 המשפטי.
 וזי עומדת
 הזולת או
 מושג תום
 מ ציפיותו

פנידד, לעיל
 חתוכות
 484.

כללי ה
המשפט
בעסקת
כך מא
להיצמ
מרכז ל
הרמוני
מודגמ
מקרי כ
האחד כ
– מונ
(M
מכפי ש
נטייה ל
כחלקוק
כמתג
כונתה
את הח
הפסד ל
האגרו
דמוציו
אך בר
הטמו
קביעת
ולמתח
אמון ל
למשא

חשיבות הגילוי בעת המשא ומתן נלמדה כבר בעניין ע"א 846/76 עטיה ג' "אורטי" חברה לביטוח בע"מ,¹³⁹ פסק דין לקוני ומן הראשונים שדנו במשמעותו של ספק 12 לחוק החודים. בפסק דין זה מודגש בית המשפט את חשיבות הציפייה הנוצרת בעת המשא ומתן, את חשיבות הגילוי בשלב זה ואת ראייתו הרחבה את הליך המשא ומתן כ"משחק חודתי חוזר" בעיניו כי: "ההגנות האלמנטרית דורשת – בפרט כשמדובר באן בחוזה *Uberrimae Fidei* – לגלות עיני המציע ולהסכים לו את ההבדל בין מה שביקש מהחברה ומה שזו קיבלה. אם יש צורך באסמכתא, הרי לך חודאת המפורשת של סעיף 12(א) לחוק החודים (חלק כללי) משל"ג – 1973. גם השופט סברה שאיש קטן, רשאי היה להבינו. המבוטחים ביקשו ביטוח והם קיבלו ביטוח כצרכן ואיש קטן, רשאי היה להבינו. המבוטחים ביקשו ביטוח והם קיבלו ביטוח שהיה להם יסוד להאמין שהוא תואם את המבוקש. כל נשכה שהמזכיר כאן בחוזה שדוגמתו נעשה לאלפים ורכבות בין מבטחים וציבור המבוטחים. משא ומתן כזה צריך להיות פשוט, גלוי לב ושווה לכל נפש. כאן רואה אני חברה לביטוח מול מבוטח אשר – כך קבעה השופטת – אין בו רוב".¹⁴⁰

3. המחקר בתחום המשא ומתן וסעיף 12 לחוק החודים – סיכום

הסינתזה של הספרות האקדמית העוסקת בתחום המשא ומתן עם החייחטותו של בית המשפט העליון לחוזים זה מגלה תמונה צלולה של התאמה. סינתזה זו גם מחדדת את הפקידו הנורמטיבי של בית המשפט כמגשר בין הניתוח הפסיכולוגי-דסקרפטיבי של תחום המשא ומתן לבין הניתוח הכלכלי-פרסקטיבי של תחום זה. בהנחה, כי של יחסים של צדדים למשא ומתן מונעת על ידי ציפייה היולית למקסם הועלתה, כי כאה מערכת המשפט ומשכללת את התנאים לכך. מערכת המשפט, כמערכת מכוננת התנהגות כופה והיצונית לצדדים, נרחמת באופן הצהרתי ומעשי לביטוח של תפיסה אינטרוטיבי/משלילמה של האינטראקציה הטרנס חודית, מקום בו כשלים פסיכולוגיים מקשים על הצדדים למשא ומתן בעניין זה.¹⁴¹ הלכה למעשה, פועלים

¹³⁹

עניין עטיה, לעיל הערה 28. במקרה זה נפגעה החברה מהאונת דרכים, והבנה את חבות הביטוח. לטענת החברה הרצאה הפוליסה בפניסות לחנאים בזכר "חוק ברהגוה" ויגיל הנהג" שלא נתקיימו בהת המנונית. פסק דין זה מועט בהסכמת, בין דות, בע"א 420/83 אשר ג' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ. פ"ד מר(2) 627 (להלן: עניין אשר).

¹⁴⁰

עניין אשר, שם, בע' 782.

¹⁴¹

לעיל חלק 1.5 לערה 6; לטענת המציעה כיצד פועל המשפט להפגמה "הצהרתית" וכופה של ר"ג בית ילס, לעיל הערה 6; לטענת המציעה כיצד פועל קצה המזל: R. Cooter "Expressive Law and Normative Functions of Law" *Economics* 27 *J. of Leg. Stud.* (1998) 585; C. Sunstein "On the Expressive Function of Law" 144 *U. Pa. L. Rev.* (1996) 2021

140 לעניין אשר, שם, בע' 782.
141 לעיל חלק 1.5 לערה 6.
142 מאת החברה.
143 ראו R. Cooter.
144 ראו *Economics* 27 *J. of Leg. Stud.* (1998) 585.
145 ראו *Law* 144 *U. Pa. L. Rev.* (1996) 2021.

כללי הגילוי, שיתוף הפעולה, וחובות ההוגנות והאמון המוחדרים על ידי בית המשפט להליך המשא ומתן, לשיפור הפוטנציאל האינטגרטיבי והתועלת הטמונת בעסקה הספציפית הנרקמת כמו גם למדענות כוזב בקרב ציבור הנושאים והנותנים.¹⁴² כך מאפשר המשפט לצדדים למשא ומתן – כמו גם לציבור קוראי פסקי הדין – להיצמד לדרך אותה ראו עת החליטו להיכנס למשא ומתן, להאמין במשא ומתן ככלי מרכזי לשיפור מצבם ולסיים את מסע המשא ומתן עם הרגשה של יעילות והוגנות.¹⁴³ הרמוניה זו בין יעדים מוסריים וכלכליים של יזשר והשלמה הדדית של תועלת מודגמת יפה בהתמודדותו של בית המשפט עם תחום המשא ומתן ונראה כי אין זה מקרי כי המונחים "אינטגרטיבי" – מונח הבא ליצין משא ומתן יעיל בו רווחו של האחד מושג על ידי שיתוף פעולה ואינו כרוך בהפסדו של הצד השני – ו"אינטגרטיבי" – מונח שמוכנו ישרה – התגלגלו להם שניהם מן הביטוי "אינטגרטי" (Integer) המבטא רעיון של שלמות.

כפי שראינו בהלקו הראשון של המאמר, קאשש הניחות הפסיכולוגי קיומה של נטייה טבעית (גם אם לא בהכרח מוצדקת) אצל בני האדם להשקף על העולם כחלוקתי. התופעה – לפיה בני האדם נוטים לחפוס את הצד השני למשא ומתן כמנוגד להם, כרייב להם, ומכאן לחפוס את המינצ כחלוקתי – היא כה שכיחה עד כי כותהו "המיתוס של העוגה הקבוצה", ואת כך להבהיר שמרכיב בני האדם תופסים את החיים ככלל, ואת המשא ומתן כפרט, כחלוקתיים ובהם "רווח של האחד הוא הפסד של השני".¹⁴⁴ בבסיסה של השקפה זו עומדת תפיסה פסיכולוגית של האדם האנוצנטרי, הרואה הכול דרך משקפיו הוא. במצב דברים כזה, אנשים נוטים לעשות אך ברור כי תפיסה כזו מהווה אכן נגף מרכזת בראיית הפוטנציאל האינטגרטיבי הטמון במשא ומתן ובהקפת מלוא התועלת הטמונת בו לצדדים כולם. בהקשר זה קביעת כללים גורמטריביים וכופים – כללים אשר האחריות בגין הפרתם הולכת ומתרחבת כיום בפסיקתו של בית המשפט בישראל¹⁴⁵ – המבססים קיומה של תוכוח אמון, שתוף פעולה, הוגנות וגילוי בעת המשא ומתן, מסייעת למדענות של צד למשא ומתן בדבר מחויבותו של הצד האחר למשא ומתן לשחק עמו פעולה. הפרת

¹⁴² לעיל, חלק 1.4. בן ראו, למשל, ענין פנדר, לעיל הערה 11.

¹⁴³ לחשיבות תחושת ההוגנות של הצדדים למשא ומתן ראו לעיל חלק 1.6. למאמר מרכזיותו של הליך המשא ומתן ככלי רצוני להקצאת משאבים ולקביעת זכויות וחובות הולמת גם את החזרה העומדת מאחורי סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר רואה באוטונומיה של הרצון הפרטי ותופש הבחירה של הפרט כחלק מהזכות החוקתית של כבוד האדם.

¹⁴⁴ ראו לעיל טקסט להערה 57 ואילך.

¹⁴⁵ ראו, למשל, האמור בעניין שיכון עורבים, לעיל הערה 5; עניין קלמר, לעיל הערה 5.

דת נ"י "ארטס" ונותנו של סניף יפיייה הנפרדת ת הליך המשא ומתן – כפרט לו את ההבדל רי לך הוראות . גם השופט עתי אין צורך זה כפי שהיא, קיבלו ביטוח כל כאן בחוזה שא ומתן כוח לביטוח מול

וסתו של בית ודו גם מהדדת ו-דסקרפטיבי בהתחיה, כי תועלתהים, ערכת מכוונת לביטוסה של ס כו כשלים פועלה, גביעה. חבת הביטוח. לא נקיימו בהת ה לביטוח בעי"מ

מחריבנות זו כרוכה בסנקציה ומאפשרת פנייה לקבלת טערי מידי גוף חיצוני, בית המשפט, ויש בה לפיכך לרכז את הכשל הפסיכולוגי וההשדנות המתוארים לעיל. באופן מצטבר יש בפעילות משפטית כזו כדי להקריץ על הפיטוריהם האינטגרטיביות של אנשים המעורבים במשא ומתן, על נכונותם להיכנס למשאים ומתנים ולתרום לתוכנית העסקית, החברתית והאנושית בחברה נתונה.¹⁴⁶

על אף שמקורו של הדין המשפטי, גם אם עילתו מושהתה על סעיף 12 לחוק החוזים, הנו סכסוך קונקרטי בין צדדים, ניכרת ההשקפה הכוללת והדבקה של בית המשפט בהתייחסותו להליך המשא ומתן כהליך כלכלי-חברתי מרכזי וכ"משחק חוזרי"¹⁴⁷. השקפה זו מקבלת חינוק מצד הרשות המחוקקת אשר החילה את חוק החוזים כולו, על סעיף 12 שבו, על כלל שיטת המשפט¹⁴⁸. במצב דברים כו הליך המשא ומתן הנו כה שכיח (ניתן להסתכן ולהציע שהמדובר באינטראקציה החברתית היסודית והנפוצה מכל) מחד גיסא, ובשיטת התקדים המחייב, בה יש לבית המשפט תפקיד של "מחוקק שיפוטי" מאידך גיסא, מוכנת יציאתו של בית המשפט ממסגרתו של המשא ומתן הכודד והתבוננותו האובייקטיבית והאינטגרטיבית על הליך המשא ומתן כ"נושא ונותן מצרפני". מצויד בראייה כזו, יוצר בית המשפט כללי התנהגות המאמימים לרוכס המוחלט של הליכי המשא ומתן¹⁴⁹, משפר את היכולת בהפקת תועלות הטמונות בהליך המשא ומתן ובמקביל משיכיה את אוזרת ההתנגות והמתן החברתית.

אכן, ההתייחסות המשפטית לחיזום המשא ומתן אינה חורגת ממישמתו הכללית של המשפט לקבוע זכויות וחובות עם זאת, ככל שהדברים אמורים בתוך החוזים בכלל, ובסעיף 12 שבו בפרט, נועדו כללי המשפט לשמש ככללי מסגרת כלכל אשר מטרתם לשכלל את שאיפתם של הצדדים להכריע בעצמם ובאופן יצוני כדבר

¹⁴⁶ נרשאים ותוחנים חייבים להיות בעלי תפיסה אסטרטגית של אינטגרטיביות במשא ומתן על מנת להגיע להסכמים מטוג זה וליצירת הגלחה אישית ותכרתית גדולה יותר. כפי שראינו, לאנשים קשיים קונטריביים המקשים עליהם להפעיל בעצמם תפיסות אינטגרטיביות למצבים שונים של משא ומתן והמטרה היא לבנות מערכת המכונה אותם לעבר אינטגרטיביות ואת לא דווקא במובן של הגלחה בהסכם פסוים ספציפי, אלא בהפגנה אוריינטציה אינטגרטיבית ככל מצב. דבר כזה יכול להיעשות רק על ידי הכנתו היתרית של מצרבת כופת, דוגמת מערכת בתי המשפט.

¹⁴⁷ ומתן האמור ניתן לדובר כי ההתנה שהוכחה לעיל חלק 1.3. למאמר בין משא ומתן לפתרון סכסוך ומשא ומתן לצורך קבלת החלטות עסקיות מתעמקת בשל ההתייחסות המתחית של בית המשפט להליכי משא ומתן כבאלו משתייכים לסוג השוני.

¹⁴⁸ סעיף 61(ב) לחוק החוזים.

¹⁴⁹ ראיית באקור כוז מקנה גם למשא ומתן חלוקתי צביין אינטגרטיבי/משלים, לסיווגם האינטגרטיבי לורכ של הליכי משא ומתן ולעובדה כי אין היילוי מקריב בהכרח את האינטרסים של הצדדים לעסקה, ואו לעיל, חלק 1.4. למאמר ובמיוחד הסקטס להערת שוליים 51 ואילו והסקטס להערת שוליים 60 ואילו.

זכויותיהם וחובותיהם¹⁵⁰. כפי שהודגם בחלקו השני של המאמר, מודגשים בחי המשפט במיוחד ובאופן מפורש את רעיון האמון¹⁵¹ אותו רעיון אשר נתפס כספרות העוסקת בחתום המשא ומתן כאלמנט הברוד החשוב ביותר הדרוש לצורך שיתוף פעולה המוכיל לאינטגרטיבות במשא ומתן¹⁵² – כרעיון מרכזי המצדיק את השימוש בסעיף 12 לחוק החזים ואת קריאת חובת הגילוי לחוכנו. בכך, עוקבים בחי המשפט גם אם באורח לא מודע אחר הספרות העוסקת בחתום המשא ומתן ומנסים ליצור באופן קונקרטי כמו גם באופן תקימי ונורמטיבי אווירה בה בחירתם של אינדיבידואלים בחברה תהיה נקייה מכשלים פסיכולוגיים, "רצונית" יותר, יעילה יותר ומספקת יותר¹⁵³. תקווותינו כי החתמה המפחיתה שנמצאה בין החקר האקדמי, המושגים התאורטיים המודלציה של חתום המשא ומתן כחתום מחקרי לבין ההתמודדות המשפטית עם חתום זה, תדרכן הישענות מודעת ושיטתית יותר של בחי המשפט על הכתיבה האקדמית בחתום המשא ומתן.

¹⁵⁰ ד"ר ביה יולט, לעיל הערה 6: "הטלת חובה להגל משא ומתן בחתום לב מבטיל את חופש המשא ומתן, אך היא מחזקת את כוחותיו ותוצאותיו" שם, בע' 486; "מגבלות אלו, אף שזן מצרות את ירי הצדדים, אינן פוגעות בחופש החזים אלא מבטיחות למעשה את קיומו האמיתי" שם, בע' 464.

¹⁵¹ ראו, למשל, עניין פנידי, לעיל הערה 11; ד"ר פנידי, לעיל הערה 7.

¹⁵² ראו לעיל חלק 1.7 למאמר; בוקשפן, לעיל הערה 10.

¹⁵³ לעניין הערכה וטריטסקיבית של הליך המשא ומתן ראו, לעיל חלק 1.6 למאמר.

י חיצוני, בית
חזרים לעיל.
אינטגרטיבות
מתנים ולחזום

לחוק 12 לענין
חבה של בית
בזי וכ"משתק
זילה את חוק
בדים בו הליך
ציה החברתה
לבה המשפט
פטי ממסגרותו
הליך המשא
ללי התנהגות
כולת בהפקת
וגמות והאמון

הכללית של
החזים בכלל,
בלבד אשר
יצוני בדבר

ל על מנה להגיע
שיים קוגטיביים
תן והמטרה היא
ה בהסכם מסוים
ק על ירי הכותה

ין פכסון ומשא
פטי להליכי משא

נטגרטיבי לרוב
ים לעסקה, ראו
מ 60 ואחילך.