

ייצוג בהליכי פישור בבתי-הדין לעבודה

מאת

אורן גזל-אייל* ורון פריי**

גל ליפשיץ*** ואפרת פלוטניק-צדקיהו****

תקציר

שנים האחרונות גוברת בישראל, כמו בעולם כולו, ההכרה בחשיבותן של דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים, במיוחד בתחומים שבהם הסכסוך הטיפוסי נוצר בין צדדים שיש ביניהם קשר עמוק וארוך-טווח שעשוי להמשיך להתקיים גם בתום הסכסוך, כגון תחום יחסי העבודה ותחום המשפחה. הליכי גישור ופישור הם חלק בלתי-נפרד מפעילותם של בתי-הדין לעבודה כבר שנים לא-מעטות, ויש להניח כי חלקם היחסי בפעילותם הכוללת של בתי-הדין רק ילך ויעלה. מאמר זה עוסק בהשפעת הייצוג על תוצאות הליכי הפישור בבתי-הדין לעבודה ובהשפעת השימוש במנגנון הפישור על התוצאה. בכך הוא מצטרף לספרות הקיימת ותורם לדיון הציבורי על דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים בכלל ועל השימוש בהן בבתי-הדין לעבודה בפרט.

פרק ב מציג את המסגרת לניהול הליכי פישור בבתי-הדין לעבודה ואת השערות המחקר מתוך עיון בספרות הרלוונטית. השערותינו העיקריות היו שייצוג של שני הצדדים מפחית את הסתברות הפשרה; שכאשר רק אחד הצדדים מיוצג, תיטה תוצאת ההליך לטובתו (כשהמדד לכך הוא היחס בין הסכום שהתובע מקבל לבין הסכום שנתבע); ושכאשר לעורך-הדין המייצג את אחד הצדדים בהליך פישור יש מומחיות בהליכים מסוג זה, תגדל הסתברות הפשרה, ותוצאת ההליך הפישור תיטה לטובת לקוחו.

פרק ג מתאר את שיטת המחקר. מאגר הנתונים מתבסס על כשלוש מאות תיקי דיון מהיר שבהם תבע עובד את מעבידתו. לגבי כל תיק נבדקו מאפייני הייצוג של הצדדים (ייצוג עצמי, ייצוג על-ידי עורך-דין שאינו מתמחה בדיני עבודה או ייצוג על-ידי עורך-דין המתמחה בתחום) לצד נתונים נוספים, כגון אופן סיום ההליך (פישור, פסק-דין בדרך של

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

*** עורכת-דין, בוגרת הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

**** בוגרת (בהצטיינות), הפקולטה למשפטים והחוג לפסיכולוגיה, אוניברסיטת חיפה.

אנו מודים למיכאל בירנהק, לאייל לוי, לפאינה מילמן-סיון, לקורא/ת האנונימי/ת ולחברות מערכת עיוני משפט (לירון דר, ליטל יאראק וגיא סדקה) על הערות מועילות לטיטות קודמות. כדי לשמור על איוון מגדרי בגוף המאמר, בחרנו להתייחס למעבידות-נתבעות בלשון נקבה ולעובדים-תובעים בלשון זכר. מטעם דומה התייחסנו לשופטות בלשון נקבה ולעורכי-דין בלשון זכר. "הקצאת המגדר" נעשתה באופן אקראי, ואינה אמורה לשקף מציאות כלשהי.

פשרה או הכרעה שיפוטית רגילה) והסכום שבו זכה התובע (בהשוואה לסכום התביעה). הנתונים שנאספו מאפשרים השוואה בין התוצאות בהתאם למאפייני הייצוג. פרק ד מציג את תוצאות המחקר. הממצאים הבולטים והמעניינים ביותר הם שייצוג מגדיל את הסתברות הצלחתם של הליכי הפישור; שייצוג הנתבעת מקטין את היחס בין הסכום שהתקבל לבין הסכום שנתבע ("שיעור הפשרה"), אך שגם ייצוג התובע מקטין את שיעור הפשרה; שהסתברות הצלחתו של הליך פישור היא כמעט 100% כאשר שני הצדדים מיוצגים על־ידי שחקנים חוזרים; ושכאשר התובע מיוצג, שיעור הפשרה גבוה יותר אם הנציג הוא שחקן חוזר. נוסף על כך מצאנו, מבלי שהייתה לנו השערה בנדרון, כי בהליך הפישור שיעור הסכום שהתובע מקבל מתוך הסכום הנתבע קטן יותר מאשר בפסק־דין על־דרך הפשרה המתקבלים בבית־הדין, וקטן בשיעור ניכר אף יותר בהשוואה להליכים רגילים לפני בית־הדין.

פרק ה מנתח את הממצאים ומנסה להסבירם. את השפעתו החיובית של הייצוג על הסתברות הפשרה, למשל, ניתן להסביר באופיו המיוחד של ההליך שנבחן. בשל סכומי התביעה הנמוכים, עורכי־דין עשויים להעדיף סיום מהיר של ההליך, שכן שכר־הטרה מניהול הליך שיפוטי אינו צפוי להיות גבוה במיוחד. נוסף על כך, עורכי־דין יכולים להעריך טוב יותר את הסיכויים והסיכונים שבניהול הליך, ולהעריך לאור זאת איזו פשרה תשפר את מצב הלקוח. כמו־כן, עורכי־הדין יכולים לצמצם את הטעויות וההטיות הקוגניטיביות של הלקוחות, ובכך לתרום להצלחתם של הליכי הפישור. הממצא שלפיו התגמול שהתובע זוכה בו גדל ככל שההליך פורמלי יותר ומבוסס פחות על פשרה מאשש את אחת הטענות המרכזיות של המתנגדים להליכים חלופיים ליישוב סכסוכים, שלפיה הליכים אלה מנוצלים לחיזוק כוחו של הצד החזק ולהחלשתו של החלש.

פרק ו מסכם את עיקרי הממצאים והמסקנות, ומציע נקודות למחשבה על ההשלכות הנורמטיביות וכיוונים למחקר עתידי.

- א. מבוא
- ב. המסגרת העיונית
 1. מושא המחקר
 2. השערות המחקר
- ג. מתודולוגיה
- ד. תוצאות
- ה. דיון
 1. הסתברות הפשרה
 2. שיעור הפשרה
 3. שחקנים חוזרים ושחקנים חד־פעמיים
 4. הליכי פישור והליכים לפני בית־הדין
- ו. סיכום

א. מבוא

כשנים האחרונות גוברת בישראל, כמו בעולם כולו, ההכרה בחשיבותן של דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים, במיוחד בתחומים שבהם הסכסוך הטיפוסי נוצר בין צדדים שיש ביניהם קשר עמוק וארוך־טווח שעשוי להמשיך להתקיים גם בתום הסכסוך, כגון תחום יחסי העבודה ותחום המשפחה.¹ הליכי גישור ופישור הם חלק בלתי־נפרד מפעילותם של בתי־הדין לעבודה כבר שנים לא־מעטות, ויש להניח כי חלקם היחסי בפעילותם הכוללת של בתי־הדין רק ילך ויעלה.² בישיבה שהתקיימה בלשכתו של נשיא בית־הדין הארצי לעבודה סטפן (סטיב) אדלר, ביום 18.11.1999, סוכם כי המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים במשרד המשפטים יבחן את אופן שילובו של הגישור במערכת בתי־הדין לעבודה. המרכז ערך בדיקה מקיפה, וביום 1.5.2000 הגיש דוח מסכם לנשיא אדלר, שבו תוארה פעילות הגישור והפישור במערכת בתי־הדין, והועלו המלצות שונות לשיפורה ולקידומה של פעילות זו. ב־4.6.2000 מינה הנשיא אדלר את "ועדת ההיגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה" (להלן: ועדת ההיגוי), שעיקר תפקידה היה לבחון דרכים ליישום המלצותיו של המרכז הארצי לגישור, וזו הגישה דוח ב־6.9.2001.³ מאמר זה עוסק בהשפעת הייצוג על תוצאות הליכי הפישור בבתי־הדין לעבודה ובהשפעת השימוש במנגנון הפישור על התוצאה. בכך הוא מצטרף לספרות הקיימת ותורם לדיון הציבורי על דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים ככלל ועל השימוש בהן בבתי־הדין לעבודה בפרט.

פרק ב מציג את המסגרת לניהול הליכי פישור בבתי־הדין לעבודה ואת השערות המחקר מתוך עיון בספרות הרלוונטית. פרק ג מתאר את שיטת המחקר. מאגר הנתונים מתבסס על כשלוש מאות תיקי דיון מהיר שבהם תבע עובד את מעבידתו. לגבי כל תיק נברקו מאפייני הייצוג של הצדדים (ייצוג עצמי, ייצוג על־ידי עורך־דין שאינו מתמחה בדיני עבודה או ייצוג על־ידי עורך־דין המתמחה בתחום) לצד נתונים נוספים, כגון אופן סיום ההליך (פישור, פסק־דין בדרך של פשרה או הכרעה שיפוטית רגילה) והסכום שבו זכה התובע (בהשוואה לסכום התביעה). הנתונים שנאספו מאפשרים השוואה בין התוצאות בהתאם למאפייני הייצוג. פרק ד מציג את תוצאות המחקר. הממצאים הבולטים והמעניינים ביותר הם שייצוג מגדיל את הסתברות הצלחתם של הליכי הפישור, אך מביא לידי הקטנת היחס בין הסכום שהתובע זוכה בו לבין הסכום שאותו תבע. פרק ה מנתח את הממצאים ומנסה להסבירם. פרק ו מסכם את עיקרי הממצאים והמסקנות, ומציע נקודות למחשבה על ההשלכות הנורמטיביות וכיוונים למחקר עתידי.

1 נעיר כי הסכסוך הטיפוסי המנותב להליך המיוחד שמאמר זה עוסק בו אומנם נוצר בין צדדים המצויים בקשר ארוך־טווח (מעבידה ועובד), אולם בדרך־כלל רק לאחר שהקשר בא אל קיצו.

2 גם בתחום דיני המשפחה נעשה שימוש נרחב בדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים. ראו, למשל, רינה בוגוש, רות הלפרין־קדרי ויעל רונן "מגדר וגישור בהליכי גירושין" המשפט ז 335, 336-335 (2002). מאמרנו מתמקד בסכסוכים מתחום העבודה ובמנגנון מובנה של פישור לא לפני שופטת, שהוא כיום הליך ייחודי למערכת בתי־הדין לעבודה.

3 ועדת ההיגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה דין וחשבון (6.9.2001) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/8558D40C-C76A-4DA1-B39D-463DEC018A86/0/MicrosoftWordhiguy.pdf (להלן: דוח ועדת ההיגוי).

ב. המסגרת העיונית

1. מושא המחקר

בשני העשורים האחרונים התגבש בבתי־הדין לעבודה נוהל של זימון הצדדים בתיקי דיון מהיר להליכי פישור פנימיים, דהיינו, להליכי פישור שמתנהלים בחסותם של בתי־הדין אך לא לפני שופטות. פישור, כמו גישור, הוא הליך שבו הצדדים לסכסוך מנסים ליישב את המחלוקת ביניהם בעזרתו של צד שלישי (המפשר) אשר נעדר סמכות הכרעה (בניגוד לבורר). במשך שנים ראו בתי־הדין את מקור הסמכות להפנות תיקים לפישור בסעיף 79ג לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), שכותרתו הייתה "פישור",⁴ ובתקנות בית הדין לעבודה (פישור).⁵ אולם חרף כותרותיהם וניסוחם של סעיף 79ג (בגרסתו המקורית)⁶ ושל תקנות בית־הדין לעבודה, הוראות אלה עוסקות למעשה בגישור (mediation),⁷ בעוד הליכי הפישור הפנימיים אינם הליכי "גישור" לפי פירושו המקובל של מונח זה.

מהו בעצם ההבדל בין גישור לפישור? כאמור, בשני סוגי ההליכים קיים צד ג חסר סמכות הכרעה (המגשר או המפשר) המנסה לסייע לצדדים ליישב את המחלוקת ביניהם בהסכמה.⁸ ההבדל העיקרי נעוץ בתכליתם של שני סוגי ההליכים, וכפועל יוצא מכך גם במידת מורכבותם ובמרחב התוצאות האפשריות. הליך גישור מיועד לחשוף את הצרכים האמיתיים של הצדדים, ואולי גם את הרגשות העומדים ביסוד הצרכים, לרדת לשורש הבעיה ולסייע בגיבוש פתרון יצירתי צופה פני עתיד.⁹ לכן הוא מבוסס על שיחות־עומק עם כל צד. מאותו טעם המגשר אף אינו מגביל את עצמו לבחינת הטענות שהועלו בכתבי הטענות ולעוצמתן היחסית, או לאופן שבו כתבי הטענות מגדירים את הבעיה שהתעוררה בין הצדדים, ועשוי להציע פתרונות לא־שגרתיים.¹⁰ בהליכי פישור, לעומת זאת, המפשרים

4 ס' 79ג לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי־המשפט או החוק).

5 תקנות בית הדין לעבודה (פישור), התשנ"ג-1993, ק"ת 1045 (להלן: תקנות בית־הדין לעבודה או התקנות).

6 בנוסחו המקורי עסק הסעיף בפישור ובתפקידי המפשר. בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 30), התשס"א-2001, ס"ח 498, הוחלפו כל הנגזרות של השורש פ.ש.ר. בנגזרות המקבילות של השורש ג.ש.ר.

7 ראו, למשל, דוח ועדת ההיגוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7.

8 מיכל אלברשטיין "התנגדות לגישור: בין זכויות, תודעה משפטית ורב תרבותיות" מחקרי משפט כד 373, 374 (2008); יצחק זמיר "גישור בעניינים ציבוריים" משפט וממשל ז 119, 120-121 (2004).

9 ועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט דין וחשבון 15 (2006), www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A51934AE-C5C0-4D3E-A677-DEF7BB57C865/5624/dinveheshbon.pdf (להלן: דוח הוועדה להגברת השימוש בגישור); אלברשטיין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 374, 379.

10 ראו, למשל, זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 123; 74; 123 Thomas O. Main, *ADR: The New Equity*, 74; 123; U. CIN. L. REV. 329, 362 (2005).

מתמקדים בטענות שהועלו בכתבי הטענות, ומנסים להביא את הצדדים לידי פשרה בין עמדות־המוצא הרשמיות שלהם לאור הערכת הסיכויים והסיכונים של כל צד בהתדיינות לפני שופטת. הם אינם עוסקים בחשיפת האינטרסים של הצדדים ובניהול משא־ומתן משותף בהתבסס עליהם, ואינם מעלים אפשרויות לפתרון הסכסוך החורגות ממסגרת כתבי הטענות, אם כי הם עשויים לעשות שימוש בכלים ובמימוניות מתחום הגישור.¹¹ ההנחה היא, לפיכך, שהליך גישור הוא מסורבל ויקר מדי בעבור תיקים בסכומים קטנים מאוד.¹² מכיוון שחוק בתי־המשפט והתקנות השתמשו בעבר במונח "פישור" לתיאור הליכי גישור, התערור חשש שצדדים המעורבים בהליכי פישור פנימיים בבית־הדין יניחו כי מדובר למעשה בגישור. לכן המליצה ועדת ההיגוי להתייחס לכל הליך פישור פנימי כאל "הליך ליישוב סכסוך" (כדי להבדילו באופן חד־משמעי מגישור), והסבירה כי ההפניה להליך כזה היא חלק מסמכותו הטבעה של בית־הדין.¹³ מקור אפשרי אחר לסמכות ההפניה הוא סעיף 33 לחוק בית־הדין לעבודה, המורה כי "בכל ענין של סדר־דין שאין עליו הוראה אחרת בחוק זה או בתקנות לפיו, ינהג בית הדין בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית משפט צדק",¹⁴ אם כי ניתן לטעון שמדובר בסך־הכל בנגזרת סטטוטורית של הסמכות הטבעה.¹⁵ התיקים שמגיעים להליכי פישור הם כאמור תיקים של דיון מהיר (כמוגדר בסעיף 31 לחוק בית־הדין לעבודה ובתקנות שיצאו מכוחו), שהם תיקים פשוטים יחסית שהסכום הנתבע בהם נמוך (עד כ־25,000 ש"ח).¹⁶ תיקים אלה מופנים לפישור באופן אוטומטי, ואינם עוברים כל סינון. תיקים מורכבים יותר ניתן להפנות לאחד משני מסלולי גישור: גישור אצל נציגי־ציבור שמועסקים על־ידי בית־הדין (הקרוי "גישור פנימי") וגישור במרכז גישור או אצל מגשר מקצועי מחוץ לכותלי בין הדין ("גישור חיצוני"). הגישור החיצוני אינו נפוץ, כך שהטיפול בסכסוכים משפטיים בדרכים חלופיות נעשה לרוב באחד משני אפיקים – פישור או גישור פנימי – לפי סכום התביעה.

11 רוח ועדת ההיגוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 8-9.

12 שם, בעמ' 10.

13 שם.

14 ס' 33 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ס"ח 70 (להלן: חוק בית־הדין לעבודה). השוו ברוך אזולאי "פישור באמצעות נציגי ציבור בבית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע" עלון

השופטים בישראל 58, 55 (2003) elyon1.court.gov.il/heb/rashut/alon/pishur.doc

15 בע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, פס' 15-16 (2001), הסביר בית־המשפט כי הסמכות הטבעה "נגזרת מן הצורך הטבוע בבית־המשפט להניע באורח תקין ויעיל את גלגלי השפיטה ולפעול בדרך ראויה ונכונה בנסיבותיו של כל עניין ועניין" ו"כוללת אפוא אותם כוחות שיש לבית־משפט מטבע ברייתו – כגוף שייעודו לעשות משפט צדק – ואשר לא נלקחו ממנו על־ידי חוק".

16 ראו גם רוח הוועדה להגברת השימוש בגישור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 22.

בעבר, כאשר הליכי הפישור התנהלו על־פי הכללים שנקבעו בחוק ובתקנות ביחס לגישור, כל פישור התנהל לפני שני נציגי־ציבור,¹⁷ וכל מפשר נדרש לעבור קורס גישור.¹⁸ בעקבות ההפרדה בין הליכי גישור לבין הליכי פישור, השתנה מצב דברים זה. כיום – לפחות באזור השיפוט שנבדק לצורך מחקר זה – הליך הפישור מופקד בידי מפשר יחיד, שהוא נציגי־ציבור או עוזר משפטי של שופטת בבית־הדין. נציגי־ציבור הם בעלי רקע מגוון. לחלקם יש ניסיון בגישור, חלקם מכירים את תחום דיני העבודה, וחלקם מנהלים של חברות גדולות. העוזרים המשפטיים בקיאים אומנם בדיני עבודה, אך אינם מומחים בהליכי גישור ואינם מחויבים לעבור הכשרה מיוחדת בתחום זה. אם הליך הפישור נכשל, התיק חוזר אל בית־הדין, אשר יכול להציע פסיקה על־דרך הפשרה או לקיים דיון מלא ולתת פסק־דין.

2. השערות המחקר

הסתברות ההצלחה של הליך הפישור (דהיינו, סיומו בפשרה מוסכמת) והיחס בין הסכום המתקבל לבין הסכום הנתבע במקרה של הצלחה (להלן: שיעור הפשרה) תלויים במגוון גורמים, לרבות הוראות הדין המהותי החל על הסכסוך בין הצדדים, גובה הסכום הנתבע וסבירותו, מיומנותו של המפשר, טיב היחסים בין הצדדים, מדיניותה של המעבידה, טיב היחסים בין העובד לבין המעבידה ועוד. מאמר זה מבקש לבדוד את גורם הייצוג: מטרתו לבחון אם ייצוגם של הצדדים משפיע על הסתברות הפשרה ועל שיעורה, ובאיזו מידה. בראש ובראשונה נבקש לבדוק אם יש הבדלים בין מקרים שבהם שני הצדדים מיוצגים, מקרים שבהם אף לא אחד מן הצדדים מיוצג ומקרים שבהם רק אחד הצדדים מיוצג. כמו־כן נבקש לבדוק אם יש הבדלים בין ייצוג על־ידי עורכי־דין שהם שחקנים חוזרים במערכת בתי־הדין לעבודה לבין ייצוג על־ידי עורכי־דין אחרים. למחקר כזה יש חשיבות רבה לא רק מבחינה אקדמית, אלא גם מבחינה מעשית. מסקנותיו עשויות לסייע, לצד נתונים רלוונטיים אחרים, בעיצוב המסגרת המשפטית לניהול הליכי פישור.

השערות הראשונה היא שייצוג של שני הצדדים מפחית את הסתברות הפשרה. השערה זו נתמכת על־ידי שיקולים של שכל ישר ועל־ידי מחקרים אמפיריים שנעשו בשיטות משפט זרות. רבים מעורכי־הדין בשיטות האדוורסריות רואים בסכסוך המשפטי "משחק סכום אפס", כלומר, זירת קרב שבה הם צריכים "לנצח" את יריביהם על־ידי השאת התמורה ללקוחם על־חשבון הצד שכנגד.¹⁹ פשרה הכרוכה בויתור על חלק מן הזכויות היא סוג של כישלון שעורך־הדין ירצה להימנע ממנו. יתר על כן, אם עורך־הדין מקבל את שכר־הטרה בהתאם למידת ההשקעה בתיק, ובמיוחד כאשר התשלום בגין הופעה בבית־הדין גבוה מהתשלום

17 דוח ועדת ההיגוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.

18 תקנות בתי המשפט (מינוי מגשר), התשנ"ו-1996, ק"ת 1325 (נקראו בעבר תקנות בתי המשפט (מינוי מפשר)).

19 Sato Glen, *The Mediator-Lawyer: Implications for the Practice of Law and One Argument for Professional Responsibility Guidance – A Proposal for Some Ethical Considerations*, 34 UCLA L. Rev. 507, 510–512 (1986); יורם אלרואי "יישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת" המשפט א 311, 316–315 (1993).

בעבור ניהול משא-ומתן, נטייתו להמליץ על פשרה תפחת.²⁰ כך גם אם עורך-הדין מקבל את שכרו בהתאם לתוצאות ההליך ומאמין שבכתי-הדין הוא יזכה בעבור לקוחו בסכום גדול יותר ללא מאמץ רב.²¹ אכן, בדיקות שנעשו בשיטות משפט אדוורסריות אחרות מצאו שהסתברות הפשרה גבוהה יותר כאשר שני הצדדים אינם מיוצגים על-ידי עורכי-דין. בדיקה שנערכה ביחס להליכי גישור בתחום המשפחה בארצות-הברית מצאה שכאשר שני הצדדים לפישור לא היו מיוצגים, 75% מהתיקים הסתיימו בפשרה, ואילו כאשר שני הצדדים או אחד מהם היו מיוצגים, רק 48% מהתיקים הסתיימו בפשרה.²² מחקר שנערך באנגליה מצא שכאשר שני הצדדים בהליכי גישור לא היו מיוצגים, 76% מהתיקים הסתיימו בפשרה, ואילו כאשר שני הצדדים היו מיוצגים, 55% מהתיקים הסתיימו בפשרה.²³ יש להעיר, עם זאת, כי מחקרים אלה בחנו הליכים אשר שונים במובנים מסוימים מהליך הפישור הנידון כאן. השערתנו השנייה היא שכאשר רק אחד הצדדים מיוצג, תיטה תוצאת ההליך לטובתו. לשון אחר: אם רק התובע מיוצג, שיעור הזכייה שלו מתוך הסכום הנתבע יהיה גדול יותר מאשר במצבים האחרים, ואם רק הנתבעת מיוצגת, שיעור הזכייה של התובע מתוך הסכום הנתבע יהיה נמוך יותר מאשר במצבים האחרים. ההיגיון העומד מאחורי השערה זו הוא שבהליכי פישור שבהם רק צד אחד מיוצג יש להניח שעורך-הדין המייצג יפעיל לחץ על הצד שכנגד להגיע לפשרה הנוטה לטובת לקוחו.²⁴ לעיתים קרובות צד לא-מיוצג הוא צד חלש יותר מבחינה כלכלית, אשר יעדיף פשרה לא-הוגנת על משפט, או צד מתוחכם פחות, אשר עלול לטעות ולהאמין שהפשרה המוצעת לו אכן הוגנת.²⁵

השערתנו השלישית נוגעת בהבדל בין ייצוג על-ידי שחקנים חוזרים (repeat players) במערכת בתי-הדין לעבודה לבין ייצוג על-ידי שחקנים חד-פעמיים (one-shotters) במערכת זו. אף שאין בעצם ההבחנה בין שני סוגי השחקנים משום חידוש, אנו רואים צורך להוסיף הבהרה מיוחדת. גלנטר התייחס לכל עורכי-הדין כאל שחקנים חוזרים (בשל האינטראקציות התכופות שלהם עם מערכת המשפט),²⁶ ואילו אנו מבקשים להשתמש בשני המושגים שנטבעו על-ידינו כדי להבחין בין שתי קבוצות של עורכי-דין. שחקן חוזר הוגדר על-ידי גלנטר כמי

Ronald J. Gilson & Robert H. Mnookin, *Disputing through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation*, 94 COLUM. L. REV. 509, 532 (1994) 20

Lisa B. Bingham et al., *Exploring the Role of Representation in Employment Mediation at the USPS*, 17 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 341, 353 (2002) 21

Kenneth K. Stuart & Cynthia A. Savage, *The Multi-Door Courthouse: How It's Working*, 26 COLO. LAW. 13, 15 (1997) 22

HAZEL GENN, THE CENTRAL LONDON COUNTY COURT PILOT MEDIATION SCHEME – EVALUATION REPORT 53 (1998) 23

Russell Engler, *And Justice for All – Including the Unrepresented Poor: Revisiting the Roles of Judges, Mediators, and Clerks*, 67 FORDHAM L. REV. 1987, 1988 (1999) 24

Russell Engler, *Out of Sight and Out of Line: The Need for Regulation of Lawyers' Negotiations with Unrepresented Poor Persons*, 85 CAL. L. REV. 79, 103–104 (1997) 25

Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95, 114 (1974) 26

שמעורב בהליכים רבים מאותו סוג לאורך זמן.²⁷ אם בוחנים את פעילותם של עורכי-דין ברזולוציה גבוהה מספיק, תוך הפרדה בין סוגי הליכים שיש ביניהם הבדלים מהותיים, ניתן בהחלט לבדוק אם הגדרת השחקן החוזר מתקיימת לגבי עורך-דין פלוני בהקשר של הליך מסוג מסוים.²⁸ כך, השחקן החוזר במאמרנו הוא שחקן חוזר במערכת בתי-הדין לעבודה, שהיא מערכת נפרדת, ייחודית ובמידה רבה אוטונומית. נאמר אפוא כי עורך-דין הוא "שחקן חוזר" אם תחום עיסוקו העיקרי הוא דיני עבודה, ואם הוא מייצג כעניין שבשגרה צדדים לסכסוכים המגיעים לבתי-הדין לעבודה.

ההשערות הן שכאשר לעורך-הדין המייצג את אחד הצדדים בהליך פישור יש מומחיות בהליכים מסוג זה, הסתברות הפשרה תגדל, ותוצאת הליך הפישור תיטה לטובת לקוחו. גם השערות אלה נמתכות על-ידי שיקולים של שכל ישר ועל-ידי מחקרים אמפיריים שנעשו בשיטות זרות. ראשית, לשחקן חוזר יש ידע וניסיון²⁹ – הוא מכיר היטב את המערכת ומעריך בצורה מדויקת יותר את הסיכויים והסיכונים. הוא יכול לחזות את תוצאת ההליך שיתנהל לפני בתי-הדין ביתר דיוק, ומסוגל להמליץ ללקוחו על קבלת פשרה הוגנת. שנית, אצל עורך-דין שהוא שחקן חוזר האינטרס של שמירה על המוניטין גובר על השאיפה למקסום רווח עצמי חד-פעמי, ומצמצם את בעיית הנציג.³⁰ אכן, במחקר שנערך על מערכת יישוב סכסוכים פנימית בשירות הדואר האמריקני (תוכנית REDRESS)³¹ נמצא כי שיעור ההליכים שהסתיימו בהסכמה במקרים שבהם יוצגו העובדים על-ידי שחקנים חוזרים – קרי, בעלי ניסיון רב בנייהול הליכים מאותו סוג – היה גבוה יותר מאשר במקרים שבהם הם יוצגו על-ידי שחקנים חד-פעמיים.³² אף שהליכים אלה דמו יותר לגישור מאשר לפישור, אשר בו עסקינן כאן, אנו משערים שלידע ולניסיון של הנציג תהיה השפעה דומה גם בהליכי פישור. מחקר אחר שנעשה בארצות-הברית בדק הליכי בורות בענייני עבודה, ומצא כי הסתברות הזכייה של העובד-התובע קטנה יותר כאשר מולו ניצבת מעבידה שהיא שחקנית חוזרת

27 שם, בעמ' 97.

28 השוו': Lisa B. Bingham, *Employment Arbitration: The Repeat Player Effect*, 1 EMP. RTS. & EMP. POL'Y J. 189, 197–198 (1997) ("Lawyers who generally represent employee plaintiffs against employers... could serve as repeat players"); Leandra Lederman & Warren B. Hrunig, *Do Attorneys Do Their Clients Justice? An Empirical Study of Lawyers' Effects on Tax Court Litigation Outcomes*, 41 WAKE FOREST L. REV. 1235, 1241 & n. 28 (2006) ("the presence of an attorney who is a repeat player in a particular court or bar is relevant to litigation outcomes. attorneys who are repeat players in a particular type of litigation and on a particular side, as private tax controversy attorneys are...").

29 Galanter, לעיל ה"ש 26, בעמ' 98–101.

30 Lederman & Hrunig, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1242.

31 ראשי-תיבות של Resolve Employment Disputes Reach Equitable Solutions Swiftly.

ראו www.usps.com/redress.

32 Bingham et al., לעיל ה"ש 21, בעמ' 372. העובדים יוצגו על-ידי נציגים של ארגוני עובדים, ולא על-ידי עורכי-דין.

בהליכים אלה.³³ זאת ועוד, במקרים שבהם נפסק לטובת העובד ניתן לראות הבדל משמעותי בשיעור הזכייה מתוך הסכום הנתבע בין מצב שבו המעבידה הנתבעת הייתה שחקנית חוזרת לבין מצב שבו היא הייתה שחקנית חד-פעמית. במצב הראשון זכה העובד-התובע ב-11% בממוצע מהסכום הנתבע, ואילו במצב השני הוא זכה ב-48% בממוצע מהסכום הנתבע.³⁴ גם כאן נעיר כי המחקרים הזרים בחנו הליכי יישוב סכסוכים שאינם זהים לזה שבו עסקינן. המאמר מתמקד בהליכים שבהם התובע הוא עובד והנתבעת היא מעבידה. המעבידה נמצאת לרוב במערכות יחסים דומות עם עובדים רבים, ולכן לסכסוך עלולות להיות השפעות-רוחב על פעילותה. העובד, לעומת זאת, מצוי לרוב במערכת יחסים עם מעבידה אחת בלבד. לכך עשויה להיות השפעה על התנהגות הצדדים בהליך, אשר הנתונים עשויים לזרות אור גם עליה. נוסף על כך, במערכת יחסי העבודה העובדים הם לעיתים קרובות הצד החלש, ומשום כך העניק להם המחוקק זכויות קוגנטיות רבות. אולם להגנה הסטטוטורית המיוחדת יש ערך רק אם קיימים מנגנוני אכיפה מספקים. רבים מהמבקרים את השימוש בהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים טוענים כי בניגוד להליך השיפוטי הפורמלי, ההליכים החלופיים משעתקים את מערך הכוחות הקיים ולכן פוגעים ביכולתו של הצד החלש להגן על זכויותיו.³⁵ המחקר המוצג כאן מסייע לבחון אם חששות אלה מתממשים בהליכי הפישור בבתי-הדין לעבודה.

ג. מתודולוגיה

איסוף הנתונים נערך בארכיב בית-הדין האזורי לעבודה בחיפה, על-פי היתר עיון שניתן על-ידי סגן מנהל בתי-המשפט ביום 19.5.2009.³⁶ ההיתר ניתן ביחס לתיקי דיון מהיר שהתנהלו בבית-הדין במהלך שנת 2008, ולצורך המחקר סקרנו את כל תיקי הדיון המהיר שהתנהלו בשליש הראשון של אותה שנה (כ-600 תיקים).³⁷ לאחר ניפוי תיקים שהסתיימו בפשרה מחוץ לכותלי בית-הדין, תיקים שבהם ניתן פסק-דין בהעדר הגנה ותיקים שנמחקו מחוסר מעש, נותרו 305 תיקים שלגבי כל אחד מהם נרשמו הנתונים הבאים.

33 Bingham, לעיל ה"ש 28, בעמ' 189, 209-210, 213.

34 שם, בעמ' 208-210, 213.

35 ראו פאינה מילמן-סיון וארנה רבינוביץ' "עיני גישור בין פרוצדורה למהות: על הפרטת הצדק ושוויון בעבודה" משפט וממשל יא 517, 539-540 (2008), וכן את הדיון להלן בה"ש 70-71 ובטקסט שלידין.

36 ההיתר ניתן מכוח ס' 5 לתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), התשס"ג-2003, ק"ת 518, וקבע כמה הגבלות, ביניהן איסור פרסום או שימוש בפרטים מזהים על בעלי-הדין והעדים (עותק של ההיתר שמור במערכת עיוני משפט).

37 הממצאים והמסקנות מוגבלים אפוא מבחינת התקופה (2008) ואזור השיפוט (מחוז חיפה). אין לנו יסוד סביר להאמין שהתופעות שגילינו ביחס לתיקי 2008 אינן קיימות עוד או שהן ייחודיות למחוז חיפה. מובן, עם זאת, שאיננו יכולים לפסול באופן ודאי אפשרויות כאלה.

טבלה 1: המשתנים שנבדקו³⁸

| משתנה | | ערכים |
|-------|-------------------------|---|
| 1 | מספר התיק | מספר סידורי ושנה |
| 2 | מעמד המפטר | משפטן/נציג־ציבור |
| 3 | סוג התובע ³⁸ | פרטי/תאגיד/רשות מקומית |
| 4 | ייצוג התובע | כן/לא |
| 5 | שם נציג התובע | שם עורך־הדין (אם רלוונטי) |
| 6 | נציג התובע שחקן חוזר | כן/לא/לא רלוונטי |
| 7 | סוג הנתבעת | פרטי/תאגיד/רשות מקומית |
| 8 | ייצוג הנתבעת | כן/לא |
| 9 | שם נציג הנתבעת | שם עורך־הדין (אם רלוונטי) |
| 10 | נציג הנתבעת שחקן חוזר | כן/לא/לא רלוונטי |
| 11 | האם הפישור הצליח? | כן/לא ("לא" ניתן לכל מקרה שהגיע לדיון רגיל בבית־הדין) |
| 12 | הסכום שנתבע | סכום התביעה בש"ח |
| 13 | הסכום שהתקבל | הסכום שהתקבל בתום הליך הפישור (אם רלוונטי) |
| 14 | פסיקת בית־הדין | הסכום שנפסק על־ידי בית־הדין אם לא הושגה פשרה |

לבדיקת הליכי הפישור בבית־הדין לעבודה יש כמה יתרונות מתודולוגיים. ראשית, כפי שהסברנו, כל תיקי הדיון המהיר מועברים להליך פישור, ולכן אין חשש שהמדגם של הליכי הפישור מוטה. אומנם חלק קטן מהליכי הפישור נכשלו בשל סירוב של אחד הצדדים להופיע להליך (ומתיקי בית־הדין לא היה אפשר לדעת באילו מקרים זו הייתה סיבת הכישלון), אולם אין מדובר בצדדים שלא הוצע להם כלל פישור. שנית, בכל התיקים במדגם התובע היה עובד והנתבעת הייתה מעבידה. אחידות זו מקטינה את החשש שהממצאים המבחינים בין התוצאות נובעים מכך שמדובר במאפיינים שונים של התובע והנתבעת או בחלוקת התפקידים ביניהם.

ייצוג הוגדר כנוכחות של עורך־דין בהליך הפישור מטעם הצד הנבדק. משתנים 4 ו־8 (ייצוג התובע וייצוג הנתבעת) מגדירים מטריצה של ארבעה מצבי ייצוג אפשריים: מצב שבו שני הצדדים מיוצגים (הערכים כן/כן), מצב שבו שני הצדדים אינם מיוצגים (לא/לא), מצב שבו התובע מיוצג והנתבעת אינה מיוצגת (כן/לא), ומצב שבו התובע אינו מיוצג והנתבעת מיוצגת (לא/כן). ביחס לכל אחד מן המצבים נבחנה הסתברות הפשרה על־ידי חלוקת מספר המקרים שבהם הפישור הצליח (מקרים שבהם משתנה 11 קיבל את הערך "כן") במספרם הכולל של המקרים המשתייכים לאותו מצב במטריצה. ביחס לכל אחד מן

38 את המשתנים 3 ו־7 בדקנו על בסיס ההנחה שיהיה אפשר לפלח את התוצאות והמסקנות גם על־פי אופי הצדדים. בסופו של דבר התברר שכל התביעות שהופנו להליך הפישור הוגשו על־ידי עובדים (פרטים), ושאינן הבדלים ראויים לדיווח בין סוגים שונים של נתבעים.

המצבים חושב גם שיעור הפשרה, קרי, היחס בין הסכום שהתקבל בתום הליך הפישור (אם הצליח) (משתנה 13) לבין הסכום שנתבע (משתנה 12).³⁹

הסתברות הפשרה ושיעורה חושבו פעם נוספת תוך הבחנה בין ייצוג על־ידי שחקן חוזר לבין ייצוג על־ידי שחקן חד־פעמי (משתנים 6 ו־10). פירוש הדבר הוא שלגבי המצב שבו שני הצדדים מיוצגים נבדקו ארבע מצבי־משנה: מצב שבו שני הצדדים מיוצגים על־ידי שחקן חוזר (המשתנים 6 ו־10 מקבלים את הערכים כן/כן), מצב שבו שני הצדדים מיוצגים על־ידי שחקן חד־פעמי (לא/לא), מצב שבו התובע מיוצג על־ידי שחקן חוזר ואילו הנתבעת מיוצגת על־ידי שחקן חד־פעמי (כן/לא), והמצב ההפוך (לא/כן). בעבור כל אחד מן המצבים שבהם רק אחד הצדדים מיוצג נבחנו שני־מצבי משנה (ייצוג על־ידי שחקן חוזר או ייצוג על־ידי שחקן חד־פעמי). "שחקן חוזר" הוגדר כעורך־דין שמתמחה בדיני עבודה. מומחיותו של עורך־הדין נבדקה על־ידי חיפוש פרטיו ברשת. לא נמצא מידע על כל עורכי־הדין שהופיעו בתיקי המדגם, ולכן בניתוחים הנוגעים בשחקנים חוזרים התייחסנו לכל עורך־דין שלא ידוע לנו כי הוא שחקן חוזר כאל שחקן חד־פעמי. במנגנון השלמה זה יש, כמובן, מרכיב מסוים של שרירות. ייתכן שחלק מעורכי־הדין שייצגו נתבעות ואשר לא מצאנו מידע לגביהם היו דווקא שחקנים חוזרים, כגון עובדים במחלקה המשפטית של הנתבעת או במשרד המספק לה שירותים משפטיים באופן שוטף. להשפעה האפשרית של סיווגם כשחקנים חד־פעמיים על הממצאים נתייחס בהקשרים הרלוונטיים.

בתיקים שבהם נכשל הליך הפישור נרשמו הנתונים על תוצאת ההליך המשפטי, בין שהליך זה הסתיים בפסק־דין של בית־הדין שניתן בדרך של פשרה⁴⁰ ובין שהוא הסתיים בפסק־דין רגיל, כך שיכולנו לבחון את השוני בין תוצאות הליכי הפישור שהצליחו לבין תוצאות ההליכים בבית־הדין. עם זאת, בתיקים שבהם נכשל הליך הפישור לא יכולנו להגיע למידע על ההצעות שהוצעו במהלך ההליך כדי להשוות את התוצאה בבית־הדין להצעות אלה.

ד. תוצאות

מניתוח הנתונים עולה כי אחוז התיקים שהסתיימו בפשרה מתוך כלל תיקי המדגם היה כ־77%. נתון זה עולה בקנה אחד עם הנתונים הסטטיסטיים של בית־הדין האזורי לעבודה בחיפה, שלפיהם אחוז התיקים שנסגרו בפשרה בשנת 2008 עמד על 74.3%, ומקנה תוקף לתוצאות המדגם שלנו. טבלה 2 מציגה את שכיחותם של מצבי הייצוג השונים במדגם.

39 זהו הסכום ברוטו, כמובן, לפני תשלום שכר־טרחתו של עורך־הדין במקרה שהתובע יוצג.
40 במסגרת זו כללנו גם תיקים שבהם ניהל בית־הדין פישור שיפוטי ובו הוציע לצדדים הסדר פשרה שהתקבל על־ידיהם בהסכמה, וגם תיקים שבהם הסכימו הצדדים שבית־המשפט יכריע בדרך של פשרה לפי ס' 79 לחוק בתי־המשפט.

טבלה 2: שכיחותם של מצבי הייצוג במדגם

| תובע לא־מיוצג | תובע מיוצג | |
|---------------|------------|-----------------|
| 63 | 122 | נתבעת מיוצגת |
| 77 | 43 | נתבעת לא־מיוצגת |

הסתברות הפשרה בכל אחד מארבעת מצבי הייצוג מפורטת בטבלה 3 להלן. בניגוד להשערה הראשונה נמצא שהסתברות הפשרה במצב שבו שני הצדדים אינם מיוצגים נמוכה באופן מהותי מהסתברות הפשרה במצב שבו שניהם מיוצגים. למעשה, במצב שבו שני הצדדים מיוצגים הסיכוי לסיים את התיק בפשרה הוא הגבוה ביותר מכל מצבי הייצוג. לא נמצא הבדל מובהק בהסתברות הפשרה בין מצב שבו רק התובע מיוצג לבין מצב שבו רק הנתבעת מיוצגת.

טבלה 3: הסתברות הפשרה במצבי הייצוג השונים⁴¹

| תובע לא־מיוצג | תובע מיוצג | |
|---------------|------------|-----------------|
| 76.2% | 88.5% | נתבעת מיוצגת |
| 62.3% | 72.1% | נתבעת לא־מיוצגת |

שיעור הפשרה במקרה של הצלחת ההליך בכל אחד מארבעת מצבי הייצוג מפורט בטבלה 4. בניגוד להשערה השנייה נמצא שכאשר רק צד אחד מיוצג, הפשרה אינה נוטה באופן מובהק לטובתו ביחס לממוצע. שיעור הפשרה במצב שבו רק התובע מיוצג שווה לשיעור הפשרה במצב שבו רק הנתבעת מיוצגת, ובשני המקרים הוא קרוב מאוד לשיעור הפשרה הממוצע בכל התיקים שבהם הליך הפישור הצליח (46%). לעומת זאת, ניתן לראות כי שיעור הפשרה במצב שבו שני הצדדים מיוצגים הוא הנמוך ביותר, ומכאן שמצב זה הוא הנוח ביותר לנתבעת. שיעור הפשרה במצב שבו שני הצדדים אינם מיוצגים הוא הגבוה ביותר, ומכאן שמצב זה הוא הנוח ביותר לתובע.

טבלה 4: שיעור הפשרה כפונקציה של תנאי הייצוג השונים⁴²

| תובע לא־מיוצג | | תובע מיוצג | | |
|---------------|-----------|-------------|-----------|-----------------|
| שיעור ממוצע | סטיית־תקן | שיעור ממוצע | סטיית־תקן | |
| 46.9% | 29.7% | 38.8% | 21.3% | נתבעת מיוצגת |
| 56.0% | 33.6% | 47.2% | 24.7% | נתבעת לא־מיוצגת |

מקרים שבהם הפישור הסתיים בהצלחה אך התובע ויתר למעשה על תביעתו נרשמו כפשרה בשיעור 0% לצורך חישוב הממוצעים. מבין הפישורים שהצליחו ושבהם התובע לא היה מיוצג, ב־12.5% היה שיעור הפשרה 0%. הסתברות הפשרה בשיעור 0% במקרים

.Chi-Square=19.1328, DF=3, p=0.0003 41

.Chi-Square=12.0192, DF=3, p=0.0073 42

של העדר ייצוג לתובע הייתה דומה בשני מצבי הייצוג של הנתבעת. לעומת זאת, כאשר התובע היה מיוצג, שיעור המקרים שבהם הוא הסכים לוותר על מלוא תביעתו בפישור היה זניח (פחות מ-1%).

הסתברות הפשרה במצבי ייצוג שונים בהתחשב באופיו של הנציג (שחקן חוזר/חד-פעמי) מוצגת בטבלה 5. בהתאמה להשערה השלישית נמצא כי מצבי-המשנה שבו שני הצדדים מיוצגים על-ידי שחקנים חוזרים הוא זה שבו הסתברות הפשרה מרבית (כמעט 100%). בהיבט נמצא כי הסתברות הפשרה במצבי-המשנה שבו שני הצדדים מיוצגים על-ידי שחקנים חד-פעמיים גבוהה מהסתברות הפשרה במצבי-המשנה שבהם אחד הצדדים מיוצג על-ידי שחקן חוזר ואילו רעהו מיוצג על-ידי שחקן חד-פעמי. הסתברות הפשרה בכל אחד ממצבי-המשנה שבהם שני הצדדים מיוצגים גבוהה מהסתברות הפשרה בכל מצבי-המשנה שבהם רק אחד הצדדים מיוצג ובמצב שבו שני הצדדים אינם מיוצגים.

טבלה 5: הסתברות הפשרה כפונקציה של הייצוג ואופי הנציג

| התובע | הנתבעת | מספר תיקים | הסתברות הפשרה |
|---------------------------|----------------------------|------------|---------------|
| מיוצג על-ידי שחקן חוזר | מיוצגת על-ידי שחקן חוזר | 27 | 96.3% |
| מיוצג על-ידי שחקן חד-פעמי | מיוצגת על-ידי שחקן חוזר | 22 | 86.4% |
| מיוצג על-ידי שחקן חוזר | מיוצגת על-ידי שחקן חד-פעמי | 36 | 83.3% |
| מיוצג על-ידי שחקן חד-פעמי | מיוצגת על-ידי שחקן חד-פעמי | 37 | 89.2% |
| אינו מיוצג | מיוצגת על-ידי שחקן חוזר | 25 | 80.0% |
| אינו מיוצג | מיוצגת על-ידי שחקן חד-פעמי | 38 | 73.7% |
| מיוצג על-ידי שחקן חוזר | אינה מיוצגת | 25 | 72.0% |
| מיוצג על-ידי שחקן חד-פעמי | אינה מיוצגת | 18 | 72.2% |
| אינו מיוצג | אינה מיוצגת | 77 | 55.0% |

שיעור הפשרה במקרה של הצלחת ההליך במצבי-המשנה השונים מוצג בטבלה 6. שיעור הפשרה המרבי, דהיינו הנוח ביותר לתובע, מושג במצב שבו שני הצדדים אינם מיוצגים. כאשר רק אחד הצדדים מיוצג, שיעור הפשרה המרבי מושג במצבי-המשנה שבו רק התובע מיוצג ונציגו שחקן חוזר. במצב שבו רק הנתבעת מיוצגת אין לאופי הנציג (שחקן חוזר/חד-פעמי) השפעה על שיעור הפשרה (כ-47% בשני מצבי-המשנה). מאידך גיסא, במצב שבו רק התובע מיוצג שיעור הפשרה גבוה יותר כאשר הנציג הוא שחקן חוזר (52% לעומת 42% כאשר הנציג הוא שחקן חד-פעמי). כאשר שני הצדדים מיוצגים, שיעור הפשרה המרבי (43%) מושג במצבי-המשנה שבו שני הנציגים הם שחקנים חוזרים.

ממצא נוסף שעלה מניתוח הנתונים הוא שבכל מקרה שבו התובע מיוצג שיעור הפשרה גבוה יותר כאשר הייצוג נעשה על-ידי שחקן חוזר. במצב שבו שני הצדדים מיוצגים, שיעור הפשרה הוא 42% כאשר התובע מיוצג על-ידי שחקן חוזר ו-35% כאשר הוא מיוצג על-ידי שחקן חד-פעמי (נתונים אלה אינם מוצגים באופן ישיר בטבלה 6); ובמצב שבו רק התובע מיוצג, שיעור הפשרה הוא 52% כאשר הוא מיוצג על-ידי שחקן חוזר ו-42% כאשר הוא מיוצג על-ידי שחקן חד-פעמי.

טבלה 6: שיעור הפשרה כפונקציה של הייצוג ואופי הנציג

| תובע לא-מיוצג | תובע מיוצג | | שחקן חוזר | שחקן חוזר | נתבעת מיוצגת |
|---------------|--------------|-----------|-----------------|-----------|--------------|
| | שחקן חד-פעמי | שחקן חוזר | | | |
| 47% | 35% | 43% | שחקן חוזר | | |
| 47% | 35% | 41% | שחקן חד-פעמי | | |
| 56% | 42% | 52% | נתבעת לא-מיוצגת | | |

ממצא מעניין נוסף שהתגלה לנו במהלך ניתוח הנתונים נוגע ביחס בין תוצאות הפישור במקרה של הצלחת ההליך לבין תוצאות הדיון בבית-הדין במקרה של כשלון הפישור. כאשר הפישור נכשל (בין מחמת חוסר יכולת להגיע לעמק השווה ובין בשל אי-התייצבות של אחד הצדדים), התיק חוזר לבית-הדין, שם הטיפול בו מסתיים באחת משתי דרכים: פסק-דין בדרך של פשרה⁴³ או דיון ומתן פסק-דין. שיעור הפשרה הממוצע בהליכי הפישור היה 45%. לעומת זאת, היחס בין הסכום שנפסק לבין סכום התביעה במקרים שבהם ניתנו פסקי-דין בדרך של פשרה היה 56%; ובתיקים שלגביהם התנהל דיון וניתן פסק-הדין, היחס בין גובה הסכום שנפסק לתובע לבין סכום התביעה עמד על 84% בממוצע. לכאורה, ככל שההליך פורמלי יותר, התובע זוכה בנתח גדול יותר מסכום התביעה.

ה. דיון

1. הסתברות הפשרה

בניגוד להשערתנו הראשונה, נמצא שדווקא כאשר שני הצדדים מיוצגים, הסתברות הפשרה היא הגבוהה ביותר. עם זאת, במצב זה שיעור הפשרה (כאשר הליך הפישור מצליח) הוא הנמוך ביותר. כאשר שני הצדדים אינם מיוצגים, הסתברות הפשרה היא הנמוכה ביותר, אך אם הליך הפישור מצליח, שיעור הפשרה מרבי. ניתן לחשוב על כמה הסברים לממצאים אלה.

הסבר אחד נוגע בניגוד העניינים שבין עורך-הדין ללקוחו. סביר להניח שבניהול התיק עורך-הדין פועל גם לקידום האינטרס שלו עצמו. שיעורנו כי עורך-דין המקבל שכר בהתאם למידת ההשקעה בתיק ייטה פחות לסיים את ההליך במהירות בהליך של פישור, ועורך-דין המקבל שכר בהתאם לתוצאה יעדיף לפעול להשגת תוצאה טובה יותר בבית-הדין. איננו חוזרים בנו מן ההנחה כי עורך-הדין שואף, בין היתר, למקסם את הכנסתו מהטיפול בתיק. עם זאת, ייתכן שלא ייחסנו חשיבות מספקת למאפיינים הייחודיים של הליך הפישור בתיקי דיון מהיר.⁴⁴ ישיבת פישור היא ישיבה קצרה יחסית. על-פי דוח ועדת ההיגוי, ישיבה כזו נמשכת בין רבע שעה לחצי שעה,⁴⁵ אם כי לעיתים הצדדים מוזמנים לישיבה נוספת.

43 ראו לעיל ה"ש 40.

44 ואולי ההבדלים בין גישור לפישור מסבירים את ההבדל בין ממצאינו לבין ממצאי הברדיקוט שנזכרו לעיל בה"ש 22-23 ובטקסט שלידן.

45 דוח ועדת ההיגוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7, 9-10.

כישלון בהליך הפישור מחזיר את הצדדים לדיון בבית־הדין, אשר נמשך בוודאי זמן רב יותר וכרוך במאמץ לא־מבוטל. בה־בעת יש לזכור כי תיקי פישור הם תיקים של דיון מהיר שהסכום הנתבע בהם נמוך יחסית (עד כ־25,000 ש"ח). בין שעורך־הדין של התובע מקבל שכר קצוב בעבור הטיפול בתיק "קטן" כזה ובין שהוא מקבל שכר תלוי־תוצאה, התגמול נמוך למדי, ועל־כן הוא יעדיף לסיים את ההליך כמה שיותר מהר, כדי להפיק את התועלת המרבית ביחס להשקעה. נניח, למשל, שבתביעה על סך 10,000 ש"ח עורך־הדין מעריך שתוחלת הפיצוי בבית־הדין היא 7,000 ש"ח. אנו יודעים כי במצב שבו שני הצדדים מיוצגים שיעור הפשרה הוא כ־40% (כלומר, תוחלת הפיצוי היא 4,000 ש"ח). אם עורך־הדין מקבל שכר־טרחה בשיעור 30% מהסכום שהלקוח מקבל, ההבדל בין שכר־הטרחה במקרה של כשלון הפישור (שתוחלתו 2,100 ש"ח) לבין שכר־הטרחה במקרה של הצלחת הליך הפישור (שתוחלתו 1,200 ש"ח) אינו מהווה תמריץ מספק להימנע מסיום העניין בישיבת פישור קצרה ולהשקיע מאמץ נוסף בניהול ההליך לפני בית־הדין. הבחירה פשוטה עוד יותר אם נקבע שעורך־הדין יקבל סכום קצוב (למשל 1,500 ש"ח) בגין הטיפול בתיק, שאז עדיף לו לסיים את הטיפול כמה שיותר מהר. אם שכרו של עורך־הדין נקבע לפי ההשקעה (שעות עבודה), אזי הלחץ להסכים לפשרה במהירות עשוי להגיע דווקא מצידו של הלקוח, משום שהתמשכות הדיונים מעבר להליך הפישור משמעותה עלויות נוספות מבחינתו.⁴⁶

הסבר אפשרי נוסף נוגע בניסיון ובידע של עורכי־הדין. צד לא־מיוצג עלול להאמין שהצעת פשרה הוגנת אינה כזו, ולהשליך את יהבו על בית־הדין, בשל מחסור בידע ובמידע. עורך־הדין, לעומת זאת, מכיר היטב את הדין המהותי ואת סדרי הדין, מבין מה ערכו של חומר הראיות העומד לרשותו ויודע מהן השאלות העובדתיות והמשפטיות השנויות במחלוקת, ועל בסיס אלה מסוגל להעריך באופן מושכל ואובייקטיבי יותר את הסיכויים והסיכונים שבניהול התיק בבית־הדין.⁴⁷ בהתאם לכך הוא יכול להעריך טוב יותר איזו הצעת פשרה תואמת את התוצאה הצפויה של ההליך לפני בית־הדין, ולהמליץ ללקוחו לקבלה. זאת ועוד, צד לא־מיוצג עלול לדחות הצעת פשרה הוגנת בשל הטיות קוגניטיביות. דוגמות של הטיות שעלולות לסכל הליך פישור במצב של העדר ייצוג הן הטיות מקבוצת אופטימיות־היתר (over-optimism), הטיות מקבוצת הביטחון המופרז (overconfidence) וההטיה לטובת העצמי (self-serving bias), שבגינן הצד הלא־מיוצג עלול להעריך את תוחלת זכייתו בבית־הדין כגבוהה מכפי שהיא באמת.⁴⁸ הטיות אלה מתבטאות בהערכת־יתר של יתרונות והישגים הצפויים למעריך ובהערכת־חסר של סיכונים שהוא חשוף להם.⁴⁹ בהקשר הנידון כאן, אנשים נוטים להעריך את תוחלת הזכייה שלהם בתיק כגבוהה מן התוחלת האמיתית.

46 Lederman & Hrunig, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1261.

47 שם, בעמ' 1247-1250.

48 ראו, למשל: Avishalom Tor, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, 4

HAIFA L. REV. 237, 254-257 (2008).

49 ראו, למשל, Cass R. Sunstein, *Behavioral Analysis of Law*, 64 U. CHI. L. REV. שם;

1175, 1182-1184 (1997).

משום כך עלול להיווצר פער ממשי בין הערכות הצדדים, וקיומו של פער כזה משפיע באופן טבעי על הסתברות הפשרה.⁵⁰ מחקרים מצאו כי מומחים לתחום מסוים, ועורכי-דין בפרט, חשופים פחות להשפעתן של הטיות אלה.⁵¹ אם כך, הייצוג אמור לצמצם את הפער שמקורו בהטיות קוגניטיביות ולעודד פשרה.

2. שיעור הפשרה

במערכת יחסי העבודה העובד מצוי בדרך-כלל בעמדת נחיתות ביחס למעבידתו. יחסי הכוחות נשמרים גם כאשר מתגלע סכסוך משפטי בין השניים. ראשית, העובד מצוי בנחיתות כלכלית. הוא מעוניין בדרך-כלל בסיום מהיר ככל האפשר של ההליך – הן משום שהוא זקוק לכסף מיידית לצורכי מחייתו והן משום שאין לו אמצעים לניהול הליך ממושך.⁵² גרירת ההליך היא קלף-מיקוח בידיה של המעבידה-הנתבעת.⁵³ שנית, המעבידה עצמה היא שחקנית חוזרת. היא מנהלת מערכת יחסי עבודה מורכבת עם עובדים רבים לאורך זמן רב, ועל-כן יש לה ידע וניסיון רבים יותר בהתמודדות עם סכסוכי עבודה, שהיא יכולה לנצלם לטובתה כמעט בכל שלבי הסכסוך הספציפי. יתר על כן, כשחקנית חוזרת המעבידה אינה רואה לנגד עיניה רק את התיק היחיד, אלא חושבת על השפעתו על תביעות נוספות בעתיד ועל מערכת היחסים בינה לבין עובדיה.⁵⁴ במקרים רבים היא תיטה בשל כך לנהל משא-ומתן קשוח במטרה לצמצם את הסיכונים המשפטיים העתידיים ולצאת כשידה על העליונה בטווח הארוך.⁵⁵ שלישיית, קיים הבדל ביחס הרגשי של כל אחד מהצדדים לתביעה. בעבור התובע מדובר כמעט תמיד בעניין עקרוני ומהותי, ואילו בעבור הנתבעת מדובר לרוב

-
- Linda Babcock & George Loewenstein, *Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases*, 11(1) J. ECON. PERSP. 109, 110 (1997) (“if negotiators estimate the value of the alternatives to negotiated settlements in self-serving ways, this could rule out any chance of settlement by eliminating the contract zone”). ממצאי המחקר שלנו מצביעים לכאורה על כך שתוחלת הזכייה של התובע בבית-הדין גבוהה מתוחלת הזכייה בהליך הפישור (ראו תת-פרק ה-4 להלן). על-כן יטען הטוען כי תובעים הסבורים שיוכלו לקבל בבית-הדין יותר מהמוצע להם בהליך הפישור צודקים בהערכתם ואינם לוקים באופטימיות יתר. אולם מכיוון שאין לנו הסבר ברור ומשכנע לפער בין תוחלת הזכייה בהליך פישור לבין תוחלת הזכייה בבית-הדין, נותר טענה זו בצריך עיון.
- Russell Korobkin & Chris Guthrie, *Psychology, Economics, and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer*, 76 TEX. L. REV. 77, 87–88, 137 (1997) 51
- .Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1076 (1984) 52
- אם כי עליה להשתמש בקלף-מיקוח זה בזהירות רבה, שכן ניהול הליכים ממושכים ומתישים נגד עובדים או עובדים-לשעבר עלול בסופו של דבר לפגוע במוניטין של המעבידה ככזו, על כל המשתמע מכך. 53
- Galanter, לעיל ה"ש 26, בעמ' 99–100. 54
- אנו מודים, עם זאת, כי משא-ומתן נוקשה מדי במקרים שבהם זכאות העובד ברורה עלול דווקא לפגוע במעבידה בטווח הארוך. נתייחס לכך בהמשך. 55

בעניין כספי גרידא.⁵⁶ לכן ייתכן שמחווה לא־כספית (למשל, התנצלות או גילוי אמפתיה) תוביל לצמצום של סכום הפשרה.⁵⁷

מכל הטעמים הללו נראה שדווקא במצב שבו שני הצדדים אינם מיוצגים (וקל וחומר במצב שבו רק הנתבעת מיוצגת) ידה של המעבידה צפויה להיות על העליונה. ייצוג של התובע אמור, לכאורה, לצמצם חלק מן הפערים ולשפר את מצבו של העובד־התובע. לכן העובדה ששיעור הפשרה במצב שבו שני הצדדים אינם מיוצגים (56%) גבוה באופן ניכר משיעור הפשרה במצב שבו שניהם מיוצגים (38.8%), וכן העובדה שבכל מצבי הייצוג של הנתבעת ישיג התובע פשרה נוחה יותר בעבורו בלי ייצוג, נראות מפתיעות. התוצאה מפתיעה עוד יותר אם מביאים בחשבון את הקשר בין העדר ייצוג של התובע לבין הסתברות הגשתה של תביעה שאינה מבוססת דייה מבחינה משפטית או ראייתית. אינדיקציה מסוימת לקשר כזה היא הממצא המעניין שלנו שלפיו באחד מכל שמונה הליכי פישור שבהם התובע לא היה מיוצג הוא שוכנע לוותר על תביעתו לחלוטין, ואילו כאשר התובע היה מיוצג, הסתברות הוויתור על כל התביעה בפישור עמדה על פחות מאחוז אחד. אם נתעלם מתיקים אלה, שבהם התובע התפשר על 0% מסכום התביעה, ההשפעה השלילית הנחזית של ייצוג התובע על שיעורי הפשרה גדולה אף יותר.

הסבר אפשרי אחד הוא שבהעדר ייצוג הערכת הוגנות הפשרה המוצעת אינה מבוססת על הערכה מציאותית של התוצאה הצפויה של ההליך המשפטי, אלא נעשית באופן אינטואיטיבי. ניתן לטעון כי אנשים תופסים את הפשרה כמושג ממצע: פשרה בין הכל ולא־כלום היא נקודת האמצע בין שני הקצוות, ובתביעה משפטית – 50% מהסכום הנתבע. זה העוגן (anchor) שסביבו נסגרות רוב הפשרות כאשר לפחות אחד הצדדים אינו מיוצג.⁵⁸ כאשר אחד הצדדים מיוצג, הוא יכול אולי להעריך בצורה מדויקת יותר את הסיכויים והסיכונים שבהליך המשפטי, אך יריבו שבוי עדיין בתפיסת הפשרה כרעיון ממצע. כאשר שני הצדדים מיוצגים, יש ניסיון מקצועי להתאים את הפשרה לסיכויים ולסיכונים שבניהול ההליך, ולכן יש נכונות רבה יותר להתרחק מנקודת האמצע.

הסבר אפשרי שני הוא שהתיקים שבהם שני הצדדים לא היו מיוצגים שונים בפרט מהותי מיתר התיקים: סכום התביעה הממוצע בתיקים שבהם הליך הפישור הצליח עמד על 4,908 ש"ח בתיקים שבהם שני הצדדים לא היו מיוצגים, על 13,663 ש"ח בתיקים שבהם שני

56 מובן שהמעבידה־הנתבעת, כשחקנית חוזרת, שוקלת שיקולים של טווח ארוך ולכן יכולה, למשל, לבחור בחלופה טובה פחות מבחינה כספית במקרה הספציפי לשם מניעת הכרעה משפטית תקדימית לרעתה.

57 השוו: Margareth Etienne & Jennifer Robbennolt, *Apologies and Plea Bargaining*, 91 MARQ. L. REV. 295, 303–305 (2007) (אם המזיק הרשלן מתנצל, נטיית הניזוק לתבוע פוחתת, וסכום הפשרה שנתפס בעיניו כהגון נמוך יותר); Rachel Zimmerman, *Medical Contrition*, WALL ST. J., May 18, 2004, at A1 (תובעים במקרה של רשלנות רפואית עשויים לוותר על תביעתם בעקבות התנצלות).

58 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE 1124, 1128 (1974).

הצדדים היו מיוצגים, על 14,250 ש"ח בתיקים שבהם רק התובע היה מיוצג, ועל 8,319 ש"ח בתיקים שבהם רק הנתבעת הייתה מיוצגת. הממוצע של סכום התביעה בכל התיקים הללו עמד על 10,804 ש"ח. ככל שסכום התביעה קטן יותר, הגדלת שיעור הפשרה כרוכה בויתור קטן יותר מצד הנתבעת במונחים מוחלטים. תוספת של 5% לשיעור הפשרה במקרה שבו הסכום הנתבע הוא 5,000 ש"ח היא תוספת של 250 ש"ח בלבד, ונכונותה של הנתבעת לשאת בה עולה בוודאי על נכונותה לשאת בעלות הכרוכה בהגדלת שיעור הפשרה בתיקים כבדים יותר. ניתן אם כן לטעון כי אלמלא ההבדל בסכומי התביעה היו הציפיות התיאורטיות לגבי השפעת הייצוג מתמשות.

הסבר אפשרי שלישי הוא שהייצוג מוביל להגדלת סכום התביעה. עורכי־דין של תובעים עשויים "לנפח" את סכום התביעה ככלי להשגת תמורה רבה יותר.⁵⁹ לכאורה, השערה זו נתמכת על־ידי הממצאים שהצגנו לעיל: סכום התביעה הממוצע בתיקים שבהם התובע היה מיוצג היה אכן גבוה מסכום התביעה הממוצע בתיקים שבהם התובע לא היה מיוצג. אולם אף שממצאים אלה מצביעים על קשר בין הייצוג לבין סכום התביעה, אי־אפשר להסיק מהם שקיים בהכרח קשר סיבתי בין שני המשתנים, וגם אם קיים קשר סיבתי – לא ברור מן הנתונים מה כיוונו. ייתכן, למשל, שנטיית העובד לשכור עורך־דין תלויה בגובה הפיצוי שהוא סבור שמגיע לו. לכן אפשרות הניפוח נותרת בגדר השערה בלבד. על כל פנים, אם תובעים מיוצגים אכן מבקשים יותר, סביר שהם יקבלו חלק קטן יותר מהסכום המבוקש, גם אם לניפוח סכום התביעה יש השפעה חלקית על הסכום שמתקבל בתום הליך הפישור. לפיכך ייתכן שבחינת שיעור הפשרה (היחס בין הסכום שבו זכה התובע לבין הסכום שתבע) מטעה, וכי למעשה הייצוג מסייע לתובע, ולא מזיק לו, כפי שעולה לכאורה מממצאנו. האפשרות לנפח את סכום התביעה אינה רלוונטית כמובן לנתבעת, וכך אפשר להסביר את העובדה שכאשר בוחנים את שיעורי הפשרה, הייצוג נראה כפוגע בתובע אך כמסייע לנתבעת.

הסבר אפשרי רביעי נוגע במעמדו של העובד־התובע הלא־מיוצג במערכת בתי־הדין לעבודה. כאשר התעוררה שאלת הלגיטימיות של קיומה הנפרד של מערכת זו, הבהירה ועדה בראשותו של השופט בדימוס יצחק זמיר כי אחד הצידיקים לקיומה של מערכת מיוחדת זו הוא השאיפה לדאוג לצדדים מוחלשים ומעוטי־יכולת (אשר מטבע הדברים אינם יכולים לממן לעצמם ייצוג).⁶⁰ לכן, למשל, בית־הדין אינו כבול לדיני הראיות ולסדרי

Gretchen B. Chapman & Brian H. Bornstein, *The More You Ask For, the More You* 59
Get: Anchoring in Personal Injury Verdicts, 10 APPL. COGNITIVE PSYCH. 519 (1996)

הוועדה לבריכת בתי הדין לעבודה דין וחשבון 52, 68, 87, 141-142 (2006) elyon1.court. gov.il/heb/avoda/Havaada.pdf 60

("העובדה שרבים מאוד מסכסוכים אלה עוסקים בסכומי כסף קטנים של תובעים בעלי יכולת כספית דלה מצדיקה דרישה לערכאה נגישה במיוחד, פשוטה וזולה"; "ענייני הביטחון הסוציאלי... דורשים מומחיות וגישה מיוחדת, כמו גם נגישות, הליכים פשוטים ועלות נמוכה, במיוחד לתובעים שאינם מיוצגים על ידי עורכי דין"; "בתחומים מסוימים של יחסי עבודה וביטחון סוציאלי... בהם רבים מן התובעים אינם מיוצגים על ידי עורכי דין, בעיקר משום שסכום התביעה נמוך באופן יחסי, עשויים נציגי הציבור להקל על התובע להציג את עניינו בפני בית הדין"; "בית הדין לעבודה נחשב נגיש וידידותי במיוחד, והצליח למצב עצמו, בעיני הצדדים ליחסי עבודה, כפורום ראוי ואמין לדין

הדין הנוהגים בבתי־המשפט האחרים.⁶¹ באופן מסורתי יש רגישות מיוחדת של השופטות ונציגי־הציבור לזכויות ולאינטרסים של עובדים שחולשתם היחסית התעצמה בשל העדר ייצוג.⁶² ניתן לשער כי רגישות זו פעפעה גם להליכי הפישור המתנהלים על־ידי נציגיה של אותה מערכת. ייתכן, אפוא, שכאשר העובד־התובע אינו מיוצג, המפשר מסייע בידו יותר מכפי שהיה נכון לסייע אילו היה העובד מיוצג. סיוע כזה עשוי להטות קמעה את שיעור הפשרה לטובת התובע.⁶³

3. שחקנים חוזרים ושחקנים חד־פעמיים

מצאנו שכאשר שני הצדדים מיוצגים על־ידי שחקנים חוזרים, הסתברות הפשרה היא הגבוהה ביותר (96.3%). ניתן לחשוב על כמה הסברים להסתברות ההצלחה הגבוהה במיוחד של הליכי פישור כאשר הצדדים מיוצגים על־ידי שחקנים חוזרים. כבר הסברנו קודם לכן מדוע השפעת הייצוג בהליכי פישור עשויה להיות חיובית, בניגוד להשערתנו הראשונה. השאלה כעת היא מהו הערך המוסף של ייצוג על־ידי שחקנים חוזרים. ראשית, שחקן חוזר

בסכסוכי עבודה. יש לכך חשיבות רבה בהקשרים שונים, ובמיוחד לצורך הגנה על זכויות שהחוק מעניק לעובדים... בעיקר נוכח היחלשות יחסית של ארגוני העובדים". ראו גם מיכל תג'ד "והיה האחד רעב ביותר": דיון במשפט, בעוני ובעריכת דין קהילתית "מעשי משפט ב 151 (2009) (לדבריה, בשנים האחרונות מתעוררת תחושה שמערכת בתי־הדין אינה מעוניינת או אינה מסוגלת להישאר נגישה וידידותית כבעבר לעובדים לא־מיוצגים).

61 שם, בעמ' 87-88 ("בית הדין לעבודה בישראל מרבה לדון בתובענות של עובדים בעלי אמצעים מוגבלים, שגם אם הם תובעים סכומים נמוכים באופן יחסי, הכסף הנתבע נדרש למחייתם. במקרים רבים, כיוון שהתובעות פשוטות והסכומים נמוכים, התובעים אינם מיוצגים על ידי עורך דין. זהו גם אחד הטעמים לכך שחוק בית הדין לעבודה קובע... כי בדרך כלל בית הדין לא יהיה קשור לדיני הראיות ולסדרי הדין הנוהגים בבתי המשפט"); ס' 32-33 לחוק בית־הדין לעבודה.

62 מן הסתם אין בנמצא הצהרה בכתב על נטייה כללית לסייע לעובדים לא־מיוצגים, אולם ניתן למצוא בהחלטות נקודתיות ביטויים לקיומה. ראו, למשל, תע"א (ת"א) 10025/09 פרידה נ' רשת גני ילדים של אגודת ישראל, דינים אזורי לעבודה 2010 (114) 112 (2010) (בית־הדין מחייב תובעות מיוצגות להגיש תצהירים, וקובע כי "תובעות שאינן מיוצגות, אינן חייבות להגיש תצהירים. תובעות אלה יזומנו להעיד ויעידו ללא תצהיר". בכך בית־הדין לא רק חוסך לתובעות הלא־מיוצגות טרחה וכסף, אלא גם מעניק להן יתרון דינוני; ב"ל (נצ') 3090/09 הרשקוביץ נ' המוסד לביטוח לאומי, דינים אזורי לעבודה 2010 (105) 52 (2010) ("מאחר שהתובע אינו מיוצג... סבר בית הדין כי יהיה זה נכון לקיים דיון, על מנת לברר את הדרוש עם התובע, ולהבהיר לו את מצבו המשפטי של ההליך, בטרם תינתן החלטה בבקשה למחיקה על הסף... הואיל והתובע אינו מיוצג, מן הראוי להסב תשומת ליבו כי מחיקת תביעה כלפי נתבע אינה נועלת בפניו של התובע את שערי בית הדין והוא יכול לחזור ולפעול בכל הליך משפטי, ככל שקיימת לו עילה מבוססת"); תע"א (ת"א) 6098/09 קוריאל נ' גן רימון יהודית בלאיש, דינים אזורי לעבודה 2010 (95) 1406 (2010) ("ודאי אין מקום למחיקה על הסף מחוסר עילה, ודאי וודאי משהתובעת אינה מיוצגת").

63 ההשוואה היא, כמוכח, בין מצב שבו התובע אינו מיוצג לבין מצב שבו הוא מיוצג (ולא בין הליך הפישור לבין הליך לפני בית־הדין).

בבית־הדין לעבודה מכיר היטב את הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים. לכן גישתו הבסיסית לסכסוך ולנסיונות ליישוב שונה מזו של עורכי־הדין שנבדקו במחקרי ייצוג קודמים, כלומר, אלה הרואים בסכסוך זירת קרב שבה הם צריכים לנצח את יריביהם ולמקסם את התועלת ללקוחם על־חשבון הצד שכנגד. עורך־דין שהוא שחקן חוזר במערכת בתי־הדין מורגל בדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים, ובפישור בפרט. הן הלך־הרוח של עורך־דין כזה והן הטקטיקות שהוא משתמש בהן מתאימים יותר להליכי הפישור.⁶⁴

שנית, שחקנים חוזרים מסוגלים להעריך טוב יותר את הסיכויים והסיכונים שבהליך משפטי, ולדעת אימתי הצעת הפשרה הוגנת ותואמת את האינטרס של הלקוח. כאשר שני הצדדים מיוצגים על־ידי שחקנים חוזרים, שניהם מסוגלים להעריך היטב את הסיכויים והסיכונים, ושניהם מבינים שגם יריבם מסוגל לעשות כן. לכן כאשר מוצעת פשרה הוגנת, שניהם ייטו להמליץ ללקוחם לקבלה.

שלישית, הסברנו כי במצבים הרגילים אופן החישוב של שכר־הטרח מזה ושל מידת ההשקעה הכרוכה בטיפול בתיק מזה עלולים ליצור ניגוד עניינים בין עורך־הדין לבין הלקוח. הראינו כי גובה הסכום הנתבע בתיקים המגיעים לפישור מביא לידי כך שהתמריץ של עורך־הדין להתדיין לפני בית־הדין קטן יחסית. ניתן לשער שכאשר עורך־הדין הוא שחקן חוזר, ניגוד העניינים בינו לבין לקוחו מצטמצם, שכן המוניטין שלו כמומחה בתחום הדואג לאינטרס של לקוחותיו עשוי להיות חשוב לו יותר מתוספת שולית קטנה להכנסה בתיק יחיד. עוד מצאנו כי אם הליך הפישור מצליח ולפחות אחד הצדדים מיוצג, שיעור הפשרה הוא הגבוה ביותר כאשר התובע מיוצג על־ידי שחקן חוזר והנתבעת אינה מיוצגת כלל (52%); רק מצב שבו שני הצדדים אינם מיוצגים נוח יותר לתובע. ראינו כי בכל מצבי הייצוג של הנתבעת (לא־מיוצגת, מיוצגת על־ידי שחקן חד־פעמי, מיוצגת על־ידי שחקן חוזר) ישיג התובע תוצאה טובה יותר בלי ייצוג כלל, וכי אם יבחר בכל־זאת להיות מיוצג, תהיה התוצאה טובה יותר בעבורו אם נציגו יהיה שחקן חוזר. לעומת זאת, בכל מצבי הייצוג של התובע תשיג הנתבעת תוצאה טובה יותר עם ייצוג, ומנקודת־מבטה לא יהיה הבדל ממשי בין ייצוג על־ידי שחקן חוזר לבין ייצוג על־ידי שחקן חד־פעמי.

אם כן, בלי קשר למצב הייצוג של הנתבעת, ייצוג על־ידי שחקן חוזר יעמיד את התובע במצב טוב יותר, דהיינו עם שיעור פשרה גבוה יותר, מאשר ייצוג על־ידי שחקן חד־פעמי (טבלה 6). ממצא זה אינו מפתיע. הסברנו לעיל שקיים פער בין המעבירה לבין העובד, ושהיה אפשר לצפות שהפער יצטמצם עם כניסתם של עורכי־דין לתמונה. עם זאת, בדרך־כלל קיים מתאם בין מאפייני הצדדים (כשחקנים חוזרים או חד־פעמיים) לבין המאפיינים של עורכי־דינם.⁶⁵ יש להניח כי מעבירה שהיא שחקנית חוזרת, כלומר מעורבת לאורך זמן בכמה סכסוכי עבודה, תעסיק עורך־דין פנימי שיטפל בסכסוכים הללו או תשכור את שירותיו של משרד המתמחה בתביעות מאותו סוג. במילים אחרות, השחקנית החוזרת (המעבירה)

Jean R. Sternlight, *Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Nonadversarial Setting*, 14 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 269 (1999)

Galanter, לעיל ה"ש 26, בעמ' 116-117.

תיוצג בדרך־כלל על־ידי שחקן חוזר (עורך־דין המתמחה בדיני עבודה).⁶⁶ לא זו אף זו, מכיוון שעורך־הדין נותן שירות רציף לאותה מעבידה, הוא יפתח מחויבות ארוכת־טווח כלפיה, באופן שיצמצם את ניגוד העניינים הטבעי שבין עורך־דין ללקוח. העובד, לעומת זאת, הוא לרוב שחקן חד־פעמי בבית־הדין לעבודה. יש להניח שהוא ישכור עורך־דין בהתאם ליכולתו הכלכלית. לכן הוא עלול להעדיף עורך־דין המטפל בתיקים מתחומים שונים, שלא צבר מומחיות קונקרטית בתחום העבודה. עורך־דין כזה יתמקד בתיק הספציפי וישקול בעיקר שיקולים של טווח קצר. הלקוח מבחינתו הוא לקוח חד־פעמי, ולכן קיים ניגוד עניינים ביניהם.⁶⁷ כאשר קיים מתאם בין מאפייניהם של עורכי־הדין לבין אלה של מרשיהם, פער הכוחות בין הצדדים נשמר, לפחות בחלקו.⁶⁸ יש להניח שהפער מצטמצם, ושמצבו של העובד־התובע בהליך הפישור משתפר, כאשר הוא מיוצג על־ידי שחקן חוזר, ואז הנתבעת מאבדת חלק מיתרונותיה היחסיים. למשל, כאשר עורך־הדין הוא שחקן חוזר בסכסוכי עבודה, הוא מעוניין לבסס את המוניטין שלו בתחום, להיחשב בר־סמכא, וכך למשוך לקוחות פוטנציאליים רבים יותר.⁶⁹ הדרך לעשות כן היא לוודא שלקוחותיו יהיו מרוצים מהטיפול בהם ומתוצאת ההליך. במצב זה נוצרת זהות אינטרסים בין עורך־הדין לבין הלקוח: שניהם מעוניינים למקסם את הסכום הכספי שיקבל הלקוח. על־כן עורך־דין שהוא שחקן חוזר יתאמץ יותר בעבור לקוחו מאשר שחקן חד־פעמי.

תופעה מעניינת, שכבר נזכרה לעיל, היא שבלי קשר למצב הייצוג של הנתבעת, התובע יימצא במצב הטוב ביותר ללא ייצוג, גם כאשר מביאים בחשבון פערים אפשריים בין ייצוג על־ידי שחקן חוזר לבין ייצוג על־ידי שחקן חד־פעמי (טבלה 6). כוחם של ההסברים שהצענו לעיל יפה גם כאן. חשוב בעיקר לשים לב לכך שהסכום הנתבע הממוצע בתיקים שבהם התובע היה מיוצג עמד על 13,733 ש"ח, בעוד שהסכום הנתבע הממוצע בתיקים שבהם התובע לא היה מיוצג עמד על 7,592 ש"ח בלבד. פער זה יכול לנבוע, בחלקו לפחות, מניפוח התביעה על־ידי עורכי־הדין של התובעים, כפי שהוסבר לעיל. נוסף על כך, ככל שסכום התביעה קטן יותר, הגדלת שיעור הפשרה כרוכה בויתור קטן יותר מצד הנתבעת במונחים מוחלטים. אם כן, ניתן לטעון ששיעור הפשרה בתיקים שבהם התובע אינו מיוצג גבוה יחסית בעיקר מכיוון שסכום התביעה נמוך, ולא בשל העדר הייצוג. כאשר הסכום הנתבע גבוה יותר, התובע מיוצג, וכאן נמצאה עדיפות ברורה מבחינתו לייצוג על־ידי שחקן חוזר.

66 לכאורה, ממצאינו אינם תואמים הערכה זו. לפי טבלה 5, הנתבע יוצג על־ידי שחקן חד־פעמי ב־111 מקרים (36.4%) ועל־ידי שחקן חוזר ב־74 מקרים בלבד (24.3%), ודווקא התובע יוצג על־ידי שחקן חד־פעמי רק ב־77 מקרים (25.2%) ועל־ידי שחקן חוזר ב־88 מקרים (28.9%). אולם כפי שהסברנו, עורכי־דין שלא נמצא מידע לגביהם סווגו כשחקנים חד־פעמיים על־מנת לאפשר עיבוד של הנתונים והסקת מסקנות. יש להניח כי בחירה מתודולוגית זו גרמה לסיווגים שגויים בעיקר בצד של המעבידים־הנתבעים, משום שחלק מעורכי־הדין שייצגו אותם ואשר לא היה אפשר למצוא מידע לגביהם היו כנראה שחקנים חוזרים, כגון עובדים במחלקה משפטית של הנתבע. לכן הנתון המספרי הנזכר לעיל אינו יכול להפריך את טענתו של Galanter, שם.

67 שם, בעמ' 116-117.

68 שם, בעמ' 119.

69 Lederman & Hrungr, לעיל ה"ש 28, בעמ' 1242.

עוד מצאנו כי לנתבעת, אשר מעדיפה כמובן ששיעור הפשרה יהיה נמוך ככל האפשר, עדיף להיות מיוצגת, בלי קשר למצב הייצוג של התובע. מצאנו עוד כי אין הבדל ממשי בין ייצוג הנתבעת על-ידי שחקן חוזר לבין ייצוגה על-ידי שחקן חד-פעמי. הסבר אפשרי לכך הוא שהנתבעת עצמה היא לרוב שחקנית חוזרת ולכן נהנית לפחות מחלק מהיתרונות שבמעמד זה, גם אם בא-כוחה הוא שחקן חד-פעמי. הסבר אפשרי אחר הוא קושי מתודולוגי. הסברנו כי עורכי-דין שלא נמצא מידע לגביהם סווגו כשחקנים חד-פעמיים. ייתכן שחלק מעורכי-הדין שייצגו נתבעות ואשר לא מצאנו מידע לגביהם היו דווקא שחקנים חוזרים, כגון עובדים במחלקה המשפטית של הנתבעת או במשרד המספק לה שירותים משפטיים באופן שוטף, ולא לה יש תמריץ חזק במיוחד לפעול בהגינות וביעילות למען הלקוחה. ייתכן שאילו היה בידינו מידע מלא, היינו מצליחים בכל-זאת לזהות הבדל בשיעור הפשרה בין מקרים שבהם הנתבעת מיוצגת על-ידי שחקן חוזר לבין מקרים שבהם היא מיוצגת על-ידי שחקן חד-פעמי.

4. הליכי פישור והליכים לפני בית-הדין

ממצא מעניין נוסף נוגע בהבדל בין תוצאות הליכי הפישור לבין תוצאות ההליכים שהתנהלו לפני בית-הדין בתיקים שבהם הפישור נכשל או לא התקיים מטעם זה או אחר. אם בהליכי הפישור התובעים זוכים בממוצע בכ-45% מהסכום הנתבע, בפסקי-דין בדרך של פשרה (כלומר, פסיקה לפשרה או פסיקה בעקבות פישור שיפוטי) שיעור זה גדל ל-56%. כאשר ההכרעה נעשית על-ידי בית-הדין בהליך משפטי רגיל, הזכייה הממוצעת של התובעים עומדת על 84% מסכום התביעה – כמעט כפליים משיעור הפשרה במקרים שבהם הפישור מצליח. בממוצעים אלה נכללו גם הליכי פישור שהסתיימו בוותור על התביעה וכן תביעות שנדחו – מקרים שבהם התגמול לתובע חושב כ-0% מסכום התביעה. יצוין כי הסכום הנתבע הממוצע בתביעות שהסתיימו בפישור (10,938 ש"ח) אינו שונה משמעותית מסכום התביעה הממוצע בתיקים שהגיעו להכרעת בית-הדין (11,011 ש"ח), כך שקשה לטעון שגודל התביעה משפיע על הצלחת ההליך. הממצא בולט עוד יותר על רקע העובדה שבהליכים לפני בית-הדין שיעור הייצוג של התובעים היה נמוך יותר מאשר בהליכי הפישור. במילים אחרות, אף שרוב התובעים שהגיעו לבית-הדין (62%) לא היו מיוצגים, ואילו בהליכי הפישור רק מיעוטם לא היו מיוצגים (41%), התוצאה הממוצעת בבית-הדין הייתה טובה בהרבה לתובעים מהתוצאה הממוצעת בפישור. המסקנה היא שככל שההליך פורמלי יותר ומבוסס יותר על הכרעה, ולא על פשרה, התובע (העובד) זוכה בנתח גדול יותר מתביעתו. הממצא והמסקנה הנגזרת ממנו מאששים את טענתם של רבים מן המבקרים את ההליכים החלופיים ליישוב סכסוכים, שלפיה הליכים אלה מיטיבים עם החזקים (במקרה זה המעבידות הנתבעות) ופוגעים בחלשים (כאן העובדים-התובעים). מבקרי ההליכים החלופיים ליישוב סכסוכים בכלל, והליכי הפישור בפרט, טוענים כי בהליכים חשאיים אלה הצד החלש עלול לוותר על זכויותיו בחדר הגישור באופן לא-מודע ומבלי שיינתן לכך ביטוי פומבי שחשוף לביקורת, ולו בדעבד.⁷⁰ נוסף על כך, הליך הפישור, שבמסגרתו המפשר שואף להצליח

70 ראו, למשל, Fiss, לעיל ה"ש 52; Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 Wis. L. Rev. 1359 (1985); מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני, לעיל ה"ש 35, בעמ' 539-540; אלעד

לסגור את התיק, מעורדו ללחוץ על הצד החלש, אשר קל יותר להביאו לידי הסכמה, ופחות על מי שמראה בקיאות בהבנת זכויותיו ואשר קשה לכן להביאו לידי ויתורים משמעותיים.⁷¹ ייתכן גם שהעובד, כצד החלש, רגיש יותר לסיכון מהמעבידה, ולכן בניגוד לה הוא מוכן במקרי פישור רבים להסתפק בפחות מתוחלת זכייתו במשפט.

ניתן לכאורה לטעון כי הפער הגדול בתוצאות ההתדיינות בין הליכי הפישור לבין ההליכים המתנהלים בבית־הדין נובע מהבדל באופיים של התיקים המסתיימים בכל אחד מהמסלולים. אולם לדעתנו אפשרות זו אינה סבירה. כדי שיושג פער תוצאות כה גדול בין התיקים המסתיימים בהליך הפישור לבין אלה שמגיעים לבית־הדין, צריך להניח שדווקא התיקים החזקים, שבהם טענותיו של העובד לגבי האחריות וגובה הנזק מבוססות מבחינה משפטית וראייתית, לא יסתיימו בהליך פישור. כדי שתופעה כזו תתרחש, צריך להתקיים לפחות אחד משני תנאים: האחד, שקיים פער חריג בין הערכותיהם של שני הצדדים לגבי תוחלת הזכייה דווקא בתיקים החזקים, והאחר, שהמעבידות מפיקות תועלת כלשהי מניהול התדיינות בתיקים חזקים. פער משמעותי בין הערכות הצדדים לגבי תוחלת הזכייה אכן עשוי להכשיל הצעות פשרה, אך כדי להסביר את הממצא שלנו, צריך להראות כי מסיבה כלשהי פער ההערכות בתיקים חזקים גדול יותר מאשר בתיקים חלשים. לא הצלחנו לחשוב על סיבה כזו. גם קיומו של תמריץ מיוחד לסרב לפשרה דווקא בתיקים החזקים נראה בלתי־סביר.⁷² להפך, כאשר המעבידה מזהה תיק חזק והתוצאה ידועה מראש, מוטב לה להסכים לפשרה ולחסוך את עלויות ההתדיינות.⁷³ יתר על כן, דווקא בתיקים חזקים, שבהם הסתברות ההפסד של המעבידה גבוהה, יש לשער שהיא תיטה יותר לפשרה על־מנת להימנע מהליך פומבי ומהכרעה שיפוטית שעלולים לגרום פרסום שלילי ולפגוע בכוח המיקוח שלה מול עובדים אחרים.⁷⁴ לנוכח כל זאת אין מקום להניח כי פער התוצאות בין הליכי הפישור לבין ההליכים

פינקלשטיין "הפרטה ורגולציה: ההסדרה המשפטית של הליך הגישור" עיוני משפט ל 623, 645-646 ה"ש 64 (2008).

71 מילמן ורבינוביץ' עיני, לעיל ה"ש 35, בעמ' 539-540, 545-546; פינקלשטיין, שם.
72 ייתכן שבמקרים מסוימים יוכל המעביד להפיק תועלת מעצם העיכוב בתשלום לעובד בתיק חזק. למשל, אם מדובר בסכום תביעה גדול, השקעת הסכום בזמן ההליך עשויה להניב תשואה למעביד. עם זאת, במאמר זה אנו עוסקים בתיקי דיון מהיר, שהסכום הנתבע בהם קטן מאוד, ולכן רווחי השקעה אינם רלוונטיים. תועלת אחרת שניתן להעלות על הדעת היא זו הטמונה בשיגור מסר של נוקשות לעובדים. אולם אף שיחס נוקשה לעובדים המגישים תביעות קנטרניות או מופרכות עשוי לתרום ל"שקט תעשייתי", התשת עובד בעל תביעה חזקה עלולה דווקא לגרום למרמור בקרב העובדים, בוודאי כאשר הסכום הנתבע כה קטן.
73 יש לסייג השערה זו בכך שמעביד המיוצג על־ידי עורך־דין "פנימי" (in-house) או עורך־דין המועסק בהסכם ריטיינר יושפע פחות מהתמשכות ההליך ועלותו בטווח המיידי. במקרה כזה התמריץ להסכים לפשרה הוא דווקא של עורך־הדין. עם זאת, סרבנות עקבית להצעות פשרה במקרים שונים עלולה לתרום להגדלת העלות למעביד בטווח הארוך, שכן ריבוי ההתדיינות יצריך הגדלה של מספר עורכי־הדין ה"פנימיים" או של מחירו של הסכם הריטיינר.
74 מחוץ להקשר המיוחד של מאמר זה ניתן לחשוב על שיקול נוסף: פסק־דין תקדימי בתיקים עקרוניים עלול להסב למעביד נזק משמעותי בטווח הארוך. ברם, תקדימים עקרוניים אינם אופייניים לתיקי דיון מהיר.

המתנהלים לפני בית־הדין מוסבר בכך שמעבידות מוכנות להתפשר פחות בתיקים שבהם הסיכוי של העובד לקבל חלק גדול יותר מהסכום הנתבע גבוה. אי־סבירותו של הסבר זה מחזקת את המסקנה שהוצגה בפסקה הקודמת, שלפיה חולשת מעמדו של העובד בהליך באה פחות לידי ביטוי ככל שההליך פורמלי יותר, ולכן הפיצוי הממוצע הניתן לעובדים בהליך הפישור נמוך מזה שהם זוכים בו לאחר ניהול התביעה בבית־הדין.

1. סיכום

מחקר זה הניב כמה ממצאים חשובים לגבי הליכי הפישור בבתי־הדין לעבודה. בראש ובראשונה מצאנו כי ייצוג מגדיל את הסתברות הצלחתו של הליך הפישור, בניגוד להשערתנו הראשונית. הסתברות הפשרה במצב שבו רק אחד הצדדים היה מיוצג הייתה גבוהה יותר מאשר במצב שבו שני הצדדים היו לא־מיוצגים, והסתברות ההצלחה של ההליך במצב שבו שני הצדדים היו מיוצגים הייתה הגבוהה ביותר. מכאן נובע, לכאורה, שנוכחות של עורכי־דין מקדמת פשרה. ייתכן שממצא זה נובע מאופיו המיוחד של ההליך שנבחר. בשל סכומי התביעה הנמוכים עורכי־הדין עשויים להעדיף סיום מהיר של ההליך, שכן שכר־הטרח מניהול הליך שיפוטי אינו צפוי להיות גבוה במיוחד. נוסף על כך, עורכי־דין יכולים להעריך טוב יותר את הסיכויים והסיכונים שבניהול הליך, ולהעריך לאור זאת איזו פשרה תשפר את מצב הלקוח. כמו־כך, עורכי־הדין יכולים לצמצם את הטעויות וההטיות הקוגניטיביות של הלקוחות, ובכך לתרום להצלחתם של הליכי הפישור.

שנית, בהתאם לציפיות, ייצוג הנתבעת מקטין את שיעור הפשרה, אך בניגוד להשערתנו, גם ייצוג התובע מקטין את שיעור הפשרה. אם כך, שיעור הפשרה מרבי כאשר שני הצדדים אינם מיוצגים. מכאן נובע, לכאורה, שמצבו של התובע משתפר בהעדר ייצוג. ייתכן שממצא זה מצביע על כך שהשפעתו של סכום התביעה כעוגן על החלטות הצדדים קטנה יותר כאשר הצדדים מיוצגים. עורכי־הדין (ובכלל זה עורך־דינו של התובע) מתבססים יותר על ניתוח הסיכויים והסיכונים שבניהול הליך, ומושפעים פחות מתופעת העיגון. הסבר אפשרי אחר הוא שייצוג עלול להשפיע באופן מלאכותי על המכנה, דהיינו, על סכום התביעה. עורך־דין עשוי לנקוט טקטיקה של "ניפוח" סכום התביעה לשם שיפור עמדות בהליך, ובכך להביא לידי הקטנת שיעור הפשרה (היחס בין הסכום המתקבל לבין הסכום הנתבע) מבלי לפגוע בתוחלת הזכייה של הלקוח. הסבר אפשרי שלישי הוא שבמקרים שבהם התובע לא היה מיוצג סכום התביעה הממוצע היה נמוך יחסית, וייתכן שקיים מתאם שלילי בין שיעור הפשרה לבין סכום התביעה.

שלישית, הסתברות הצלחתו של הליך פישור היא כמעט 100% כאשר שני הצדדים מיוצגים על־ידי שחקנים חוזרים. משמע, עורכי־דין המתמחים בדיני עבודה מסייעים בקידום פשרות. ייתכן שלנוכח נסיונם הם מגיעים להליכים בהלך־רוח לוחמני פחות ועם נכונות רבה יותר לפשרה. ייתכן גם שהניסיון מאפשר להם להעריך טוב יותר את התוצאות הצפויות של הליך לפני בית־הדין, וכך מקל עליהם להגיע לסיכום ללא צורך בהליך כזה. רביעית, כאשר התובע מיוצג, שיעור הפשרה גבוה יותר אם הנציג הוא שחקן חוזר. אמת, שיעור הפשרה גבוה עוד יותר כאשר התובע אינו מיוצג (ללא קשר למצב הייצוג של הנתבעת), אך כפי שהסברנו, ניתן אולי לייחס ממצא זה לסכום התביעה הממוצע במקרים של העדר

ייצוג. חמישית, ייצוג הנתבעת משפר את מצבה (על־ידי הפחתת שיעור הפשרה), ללא הבדל ממשי בין ייצוג על־ידי שחקן חוזר לבין ייצוג על־ידי שחקן חד־פעמי.

שישית, בהליך הפישור שיעור הסכום שהעובד־התובע מקבל מתוך הסכום הנתבע (כ־45%) קטן יותר מאשר בפסק־דין על־דרך הפשרה המתקבלים בבית־הדין (56%), וקטן בשיעור ניכר אף יותר בהשוואה להליכים רגילים לפני בית־הדין (84%). זאת, אף שאין הבדל משמעותי בסכומי התביעה בין התיקים המסתיימים בפישור לבין אלה המוכרעים על־ידי בית־הדין. במילים אחרות, ככל שההליך פורמלי יותר ומבוסס פחות על פשרה, התגמול שהתובע זוכה בו גדל. ממצא זה מאשש את אחת הטענות המרכזיות של המתנגדים להליכים חלופיים ליישוב סכסוכים, שלפיה הליכים אלה מנוצלים לחיזוק כוחו של הצד החזק ולהחלשתו של הצד החלש.

המחקר עוסק בתיקים של דיון מהיר בבית־הדין לעבודה. תיקים אלה מתאפיינים בסכום תביעה נמוך ובחלוקה קבועה של הצדדים (עובד־תובע, מעביד־נתבעת). לפיכך רוב הממצאים אינם מאפשרים ניבוי של תוצאות הליכים אחרים, ולכל־היותר יכולים לשמש כסיס למחקרים עתידיים על סוגים שונים של הליכים. עם זאת, אין להקל ראש בתרומתו להבנת הדינמיקה של הליכי הפישור, המהווים נתח הולך וגדל מפעילותם של בתי־הדין לעבודה. מן הממצאים עולה כי אם יש למערכת בתי־הדין עניין לעודד הליכי פישור, יש בכוחה לקדם תוצאה זו על־ידי הבטחת ייצוג לצדדים. כך, למשל, אם יוצעו לצדדים עורכי־דין שימונו במקום, כפי שמוצעים מפשרים בבית־הדין, סביר להניח שהליכים רבים יותר יסתיימו בפשרה. יש להניח שעורכי־דין ממונים אלה יפתחו מומחיות בדיני עבודה ובהליך הפישור, וכפועל יוצא מכך יקדמו פשרות אף יותר מעורכי־דין אחרים.

שאלה קשה יותר היא אם עידוד הליכים אלה רצוי. המחקר מגלה כי היחס בין הסכום שהעובד־התובע מקבל לבין הסכום הנתבע נמוך בהליכי פישור באופן משמעותי מהיחס המקביל בהליך משפטי רגיל. ממצא זה משתלב עם הטענה המועלית לא אחת נגד דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים, שלפיה הליכים אלה משמשים תדיר להתחמקות של הצד החזק בסכסוך ממילוי חובותיו כלפי הצד החלש יותר. העובדים, אשר נתפסים כצד החלש ועל־כן זוכים בהגנה משמעותית בחוק (במסגרת חקיקת־המגן) ובבית־הדין לעבודה (אשר מקל עליהם לתבוע בלא ייצוג ובהליך פשוט), מוותרים על הגנות אלה בהליכי הפישור, ועלולים לוותר על חלק משמעותי מזכויותיהם. ניתן לומר אם כן, בזהירות הנדרשת, כי הממצאים מחזקים את החשש שהליכי הפישור פוגעים בזכויותיהם של העובדים־התובעים.

עם זאת, אי־אפשר לקבוע על בסיס הנתונים שבידינו כי הליכים לפני בית־הדין אכן מיטיבים עם העובדים יותר מהליכי פישור. מאזן הרווח וההפסד של העובד־התובע אינו מתמצא בסכום שבו הוא זוכה בפסק־הדין (או בפשרה). להליך המשפטי יש עלויות רבות נוספות, כגון עלותו של עורך־הדין, במקרה שבו התובע בוחר להיות מיוצג, וכן עלויות הכרוכות בהכנה לדיונים, בהגעה אליהם ובמתח הנפשי הכרוך בקיומם. הליך הפישור מהיר וזול יותר. יתר על כן, במסגרת הליך פישור ניתן לעיתים להגיע לסוג של "השלמה" בין הצדדים או להסדר שאינו כספי (כגון קבלת התנצלות), ולאלה עשוי להיות ערך מוסף בעיני התובע. לפיכך, אף שיש בממצאנו כדי לעורר חשש שהליכי הפישור אכן מיטיבים עם הנתבעות על־חשבון התובעים, אין אפשרות להסיק מסקנה כזו בוודאות. ייתכן שיש מקום

להשלים מחקר זה באמצעות מחקרים שיבחנו את שביעות־רצונם של העובדים־התובעים מהליכי הפישור בהשוואה להליכים שהתנהלו לפני בית־הדין.

הממצאים והמסקנות יכולים גם לסייע לצדדים לתביעות המוגשות לבתי־הדין לעבודה בגיבוש החלטותיהם לגבי ייצוג. לכאורה, מצבו של העובד־התובע משתפר בהעדר ייצוג. תובעים שאינם מיוצגים נוטים להתפשר פחות, לנהל הליכים פורמליים יותר, ובהם לזכות בנתח גדול יותר מסכום התביעה. נוסף על כך ראינו שבהליך פישור מוצלח התובע מקבל נתח גדול יותר מסכום התביעה אם הוא אינו מיוצג, אף שניתן לטעון כי ממצא זה נובע מכך שבמקרה של העדר ייצוג סכום התביעה קטן יותר. על כל אלה יש להוסיף את עלות הייצוג, שבה נושא מטבע הדברים רק מי שבחר להיות מיוצג, אשר מקטינה עוד יותר את התשואה נטו של הייצוג מנקודת־מבטו של התובע. אולם גם אם התוצאה הכספית אכן טובה יותר לתובעים לא־מיוצגים, אי־אפשר לדעת בוודאות אם באיזון בין כל היתרונות והחסרונות עדיף לתובע לוותר על הייצוג כליל. לעומת זאת, הממצאים מראים בבירור כי לנתבעת (המעבידה) עדיף להגיע מיוצגת, שכן בדרך זו גם יגדל הסיכוי שהפישור יסתיים בהצלחה וגם יקטן הסכום הממוצע שהיא תידרש לשלם.

במהלך העבודה התעוררו שאלות נוספות שלא מצאנו להן מענה. ראשית, האם הסתברות הפשרה ושיעורה תלויים בסוג המפשר, כלומר, בשאלה אם הוא משפטן או נציג־ציבור (מטעם מעבידות או מטעם עובדים)? ניתן להניח כי יש חשיבות מסוימת להשכלה המשפטית של המפשר, במיוחד במקרים שבהם לפחות אחד הצדדים אינו מיוצג. אלא שברוב התיקים שסקרנו לא צוין שם המפשר, כך שניתוח מסוג זה לא היה אפשרי. שנית, האם קיים הבדל לעניין הסתברות הפשרה ושיעורה בין ייצוגו של התובע על־ידי עורך־דין לבין ייצוגו על־ידי ארגון עובדים? דא עקא, מיעוט התיקים בקבוצת המדגם שבהם יוצג העובד על־ידי נציג ארגון עובדים לא אפשר ניתוח כזה. מחקרים עתידיים יוכלו לסייע בבירור השאלות שמחקר זה הותיר פתוחות.