

יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות:

היבטים בסדרי דין*

מאת

סטיבן גולדשטיין*, טליה פישר**

אקדמות מילין. א. ההסדרה בחוק של התובענה הייצוגית. ב. מכנה התביעה ההמונית. 1. קווי המתאר המשותפים לתביעות המוניות ולתובענה הייצוגית; 2. הקווים המבחינים בין תביעה המונית לתובענה ייצוגית; 3. השלכות ההבדלים שבין תביעה המונית לתובענה ייצוגית. ד. ריכח תביעות המוניות ללא היזקקות למוסד התובענה הייצוגית. ה. בעיות בניהול ההליך. 1. מינוי עורכי-הדין; 2. פיקוח על הסדרי פשרה; 3. סף דבר.

אקדמות מילין

בעידן המודרני, תביעות שבהן מאות, אלפים ואפילו רבבות תובעים מגישים תביעתם במשותף הן חזון נפרץ. חלקן הארי צומח על רקע אירועים נזיקיים רבי-נפגעים כדוגמת זיהומים סביבתיים, צריכתם של מוצרים פגומים, תאונות רבות-משתתפים וכיוצא באלו¹ – אך התביעות ההמוניות אינן מוגבלות לנסיבות כאלה והן עשויות להגיע גם לתחומים אחרים כמו המישור הקנייני או הפרת זכויות האדם.² יהא מקור התביעות ההמוניות אשר יהא, על פי רוב מדובר בתביעות מורכבות, שהיקפן עצום ורב. מבחינה חברתית ומשפטית, מוסד התביעה ההמונית הוא מוסד חשוב ורב-תועלת.³ הוא מאפשר לבתי המשפט להתמודד ביעילות עם מספר גדול יותר של תביעות,⁴ מסייע

* הדברים נאמרו על-ידי פרופ' גולדשטיין בכנס בנושא עולות המוניות שארגן המכון למחקרי חקיקה ומחקר השוואתי ע"ש הארי ומיכאל סאקר ונערך ביום 18.6.2000, ועובדו לכתב על-ידי המחברים.

* סטיבן גולדשטיין הוא פרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

** טליה פישר היא דוקטורנטית בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

1 Charls Silver & Lynn A. Baker, "Mass Lawsuits and the Aggregate Settlement Rule," 32 *Wake Forest L. Rev.* 733, 734 (1997)

2 Judith Resnik, "Aggregation, Settlement, and Dismay," 80 *Cornell L. Rev.* 918, 922 (1995).

3 Jack B. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation: The Effect of Class Actions, Consolidations, and Other Multiparty Devices* 41 (1995)

לנפגעים לתבוע ביתר קלות סעד לנזקיהם, מגן על ציבור הצרכנים,⁵ ומקדם שוויון בין הנפגעים השונים באמצעות סטנדרטיזציה של תוצאות תביעותיהם.⁶ בצד התועלת הגלומה כתביעה ההמונית, הטיפול בה מעורר קושיות רבות הן בתחום המהותי והן בתחום הצורני. שורש הבעייתיות נעוץ בפגיעה האינהרנטית בשליטת התובע היחיד כתביעתו,⁷ מהותית ופרוצדורלית, וכן במתח שבין השגת צדק אינדיבידואלי לבין השגתו של צדק קבוצתי.⁸ מטרת חיבורנו היא לנתח וללבן מקצת מההיבטים הפרוצדורליים הכרוכים בהופעתה של התביעה ההמונית בשמי המשפט בישראל. ודוק: אין בכוונתנו לפרוש את יריעת הדיון מלוא היקפה או לבחון את כלל השאלות הפילוסופיות והמשפטיות המתעוררות בהקשר לתביעה ההמונית.⁹ תחת זאת אנו מבקשים להתייחס באופן נקודתי להיבטים שבסדר ין הכרוכים בריכוזן ובניהולן של תביעות המוניות. מישור הייחוס לדיונו ישמש הליך התובענה הייצוגית. השימוש במכשיר הדיוני של תובענות ייצוגיות, לשם בירורן של תביעות המוניות, מהווה חלק מהמגמה הכללית של מועור שליטת היחיד כתביעתו.¹⁰ במסגרת חיבור זה נבקש לבחון אם המאפיינים של תביעות המוניות מעוררים קשיים מיוחדים ביחס למגמה האמורה, וכן לעמוד על מידת התאמתו של כלי התובענה הייצוגית לבירורן ולהסדרתן של תביעות המוניות. במלים אחרות: נבקש לברר אם ההסדרים שבחוק, המתייחסים לתובענה הייצוגית, מספקים מענה משביע רצון גם להסדרתן ולבירורן של תביעות המוניות.

- Roger H. Trangsrud, "Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent," 1988 *U. Ill. L. Rev.* 69 (1989) 4
- Jack B. Weinstein, "The Second Circuit Review: 1996-1997 Term: Mass Tort and Class Action: Notes For a Discussion of Mass Tort Cases and .Class Actions," 63 *Brook. L. Rev.* 581, 582 (1997) 5
- Patrick E. Higginbotham, "Commentary: Thoughts About Professor Resnik's Paper," 148 *U. Pa. L. Rev.* 2197, 2201 (2000) 6
- Roger H. Trangsrud, "Joinder Alternatives in Mass Tort Litigation," 70 *Cornell L. Rev.* 779 (1985) 7
- Roger C. Cramton, "Individualized Justice, Mass Torts, and 'Settlement Class Actions': An Introduction," 80 *Cornell L. Rev.* 811 (1995); Robert L. Rabin, "Continuing Tensions in the Resolution of Mass Toxic Harm .Cases: A Comment," 80 *Cornell L. Rev.* 1037, 1040 (1995) 8
- לסקירה של מגוון הסוגיות ראו Weinstein, הערה 3 לעיל. 9
- John C. Coffee, Jr., "Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action," 95 *Colum. L. Rev.* 1343, 1345 (1995) 10
- Resnik; הערה 2 לעיל, בעמ' 939.

א. ההסדרה בחוק של התובענה הייצוגית

הליך התובענה הייצוגית מוסדר, בחלקו הארי, במסגרת חוקים מיוחדים, המתייחסים לתחומים ספציפיים במשפט. בין חוקים אלה נמנים, למשל, חוק החברות, התשנ"ט-1999; החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992; חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשנ"ז-1997; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 ועוד כהנה וכהנה הוראות חוק.

החוקים הבולטים והחשובים ביותר בתחום התובענה הייצוגית הם חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1984; ותקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.¹¹

במסגרת חיבור זה נידרש לבחון את מידת התאמתם של הסדרים אלה להסדרתן של תביעות המוניות. בבואנו לבור דרכנו בנבכי סוגייה זו, נפתח בכתיבת המאפיינים המבניים של התביעה ההמונית ובשרטוט קווי הדמיון והשוני בינה לבין התובענה הייצוגית הטיפוסית.

ב. מבנה התביעה ההמונית

1. קווי המתאר המשותפים לתביעות המוניות ולתובענה הייצוגית

קווי המתאר של התביעה ההמונית עונים על מספר מאפיינים שבבסיס הגדרת התובענה הייצוגית. כמלים אחרות: המוטיבים שעל אדניהם נסמכת התובענה הייצוגית עוברים כחוט השני בתביעות המוניות. מכך נגזר הדמיון המבני והמושגי ביניהן. בין היסודות המרכזיים שמייחדים את התביעה ההמונית ואת התובענה הייצוגית מתביעות "רגילות"¹² נמנים הסממנים הבאים: (א) ריבוי תובעים; (ב) זהות מושגית באשר לסוגיות המשפטיות והעובדתיות; (ג) יחסי גומלין ותלות הרדית בין התוצאות והערכים של התביעות (הטענות) הנפרדות.

11 לדין מעמיק בתובענה הייצוגית ובהסדרתו הנורמטיבית של כלי דינוי זה ראו סטיבן גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?", משפטים ט 416 (תשל"ט); סטיבן גולדשטיין, "עוד בעניין תביעת ייצוג קבוצתית – התפתחות במשפט האנגלי", משפטים יא 412 (תשמ"א); סטיבן גולדשטיין ועל עפרון, "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל", עלי משפט א 27 (תש"ס); סטיבן גולדשטיין ועל עפרון, "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש", משפטים לב 461 (תשס"ב); Stephen Goldstein, "Class Actions in Israel," *Israel*, reports to the XIII International Congress of Comparative Law 45 (1990).

12 Deborah R. Hensler & Mark A. Peterson, "Evaluating Proposals for Change: Understanding Mass Personal Injury Litigation: A Socio-Legal Analysis," 59 *Brook. L. Rev.* 961 (1993).

הסממן הדומיננטי ביותר הוא ריבוי התובעים, המהווה ציר מרכזי שסביבו חגות התובענה הייצוגית והתביעה ההמונית. ברם, הדמיון המושגי שבין התובענה הייצוגית לתביעה ההמונית אינו מצטמצם לריבוי התובעים גרידא, אלא נעוץ באפקט המצטבר של שלושת המאפיינים גם יחד.¹³ התביעה ההמונית והתובענה הייצוגית ניחנו בערך נוסף מעבר לריבוי התביעות, שבעטיו גדולה השפעתם של ריבוא תובעים מהשפעתן המצטברת של עשרת-אלפים תביעות נפרדות, בכחינת "השלם עולה על סכום רכיביו". ייחודן נעוץ בחפיפה שבין המסדים העובדתיים והמשפטיים הנטענים כלפי הנתבע, המובילה לקיומם של יחסי גומלין ותלות הדדית בין התביעות השונות.¹⁴ מקווי מתאר יסודיים אלה נגזר הדמיון הייעודי שבין התביעה ההמונית לתובענה הייצוגית, כמו גם היתרונות המהותיים הגלומים בהם עבור ציבור התובעים. יתרונות אלו נובעים, בעיקרם, מהיבטים שונים של יתרון לגודל המאפיינים את התביעה.¹⁵ נפרט:

(א) הוזלת עלויות התביעה ומניעת כפל הוצאות: זאת, באמצעות צריכה משותפת של מקורות כגון חוות-דעת מקצועיות, עדים משותפים והמידע המופק מחקירתן של סוגיות משפטיות ועובדתיות חופפות. במקורות אלה של התביעה המשפטית לא מתקיימת תכונת היריבות:¹⁶ שימוש של תובע אחד בחוות דעת מקצועית אינו גורע מיכולתם של יתר התובעים להשתמש בה אף הם, והיא תופיע במקביל בפונקציות התועלת של כלל התובעים. בעטייה של הצריכה הקולקטיבית של המקורות הללו עלויות התביעה מוזלות.¹⁷ במצבים אלו, הגשת תביעות בנפרד הייתה גורמת להוצאות כפולות, לשיהוי מיותר, וכפועל יוצא של אלה – אף לפגיעה אפקטיבית בזכויות התובעים בנפרד.¹⁸ המשאבים הכספיים שהתפנו עקב הגשת התביעה ההמונית והצריכה המשותפת של מקורות התביעה יכולים להיות מנותבים לרכישת שירותים נוספים או שירותים באיכות גבוהה יותר. בכך יגדלו סיכויי התביעה.

13 שם, בעמ' 965.

14 טלו, לדוגמא, את תחום תאונות הדרכים. מספר התביעות המוגשות בגין תאונות דרכים גבוה לאין ערוך מהסכום המצטבר של תביעות היחיד המוגשות במסגרתן של תובענות ייצוגיות. אלא, שבשל העדר תלות הדדית בין תביעות אלה, המושחתות באופן טיפוסי על תובעים שונים הניצבים מול נתבעים שונים, שמשליכים את יהבם על עילות שונות – השפעתן השולית נמוכה יחסית. להרחבה בנקודה זו ראו Peterson & Hensler, הערה 12 לעיל, בעמ' 965-966.

15 ראו Silver & Baker, הערה 1 לעיל, בעמ' 744.

16 ממילא גלומה בצריכתם על ידי תובעים בנפרד סכנה של "טרמפיסטיות". בכוחה של קיבוציות התביעה להוות פתרון לבעיה זו. ראו בהקשר זה Cramton, הערה 8 לעיל, בעמ' 821.

17 כן ראו בהקשר זה John C. Coffee, Jr., "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions," 86 Colum. L. Rev. 669 (1986).

18 Jack B. Weinstein, "Adjudicative Justice in a Diverse Mass Society," 8 J. L. & Pol'y 385, 403 (2000).

(ב) פתיחת שערי בית המשפט בפני תובעים בני קבוצות מיעוט או אוכלוסיות חלשות: קיבוציות התביעה פותחת את שערי בית המשפט בפני קהלי יעד פוטנציאליים, העלולים להמנע מפנייה עצמאית לבית המשפט בעטיים של מחסומים סוציו-אקונומיים והתנהגותיים. ידם של תובעים מעוטי-יכולת אינה משגת במקרים רבים הגשת תביעה בנפרד ונשיאה עצמאית בעלויות התביעה. בדומה לכך, תובעים הנמנים על קבוצות מיעוט באוכלוסיה עלולים להרתע מפנייה לערכאות בשל אפליה מבנית כלפיהם.¹⁹ ההצטרפות לקבוצה מנטרלת מכשלות אלו. במובן זה, ניתן לראות תובענה ייצוגית ותביעה המונית כמכשירים חברתיים למזעור פערים בהשגת צדק בין עשיר לעני²⁰ ובין אליטות לקבוצות מיעוט חברתיות.

(ג) שימור ערכם של נכסי הנתבעים: כאשר קיים חשש לתדלות פרעון של הנתבע קיימת משמעות מיוחדת לקיבוציות התביעה, שעניינה שימור נכסי הנתבע וערכם. זאת, ראשית, באמצעות מניעת כפל הוצאות מטעם הנתבע על הליכים מקבילים המתקיימים בערכאות שונות. הוצאות אלה גורעות מהמאגר של נכסי הנתבע שממנו צפויים התובעים להיפרע בכוא יום. הסכומים שנחסכים בעטיו של ריכוז ההליכים להליך אחד יכולים להתפנות לטובת פיצוי התובעים.^{21,22}

יתר על כן: במצב של תביעות נפרדות המוגשות בזו אחר זו, שבגינן מתפרק הנתבע מנכסיו בהדרגה, עלול להיפגע ערך הנכסים שנותרו ברשותו ושמהם יוכלו תובעים עתידיים להפרע. מימוש נכסי הנתבע לשיעורין עלול להסתבר כרווחי פחות ממימושם כמכלול, המשקף את ערך הקונצרן כולו. כך או כך, בסופו של יום עלול ציבור התובעים בנפרד להרוויח פחות משיכול היה להרוויח בתביעה מרוכזת, כשהפירעון מנכסי הנתבע היה נערך בבת-אחת.²³

(ד) הגדלת כושר המיקוח של התביעה בניהול משא ומתן: יתרון נוסף של התביעות ההמוניות והתובענות הייצוגיות, מנקודת ראותם של התובעים, נוגע להשפעתן על הדינמיקה בניהולו של משא ומתן להשגת פשרה. הדברים באים לידי ביטוי מובהק ביותר כשעסקינן בתובענות ייצוגיות. בתובענות אלו, התביעות הנפרדות אינן גבוהות דיין כדי להצדיק נשיאה עצמאית בעלויות הכרוכות בניהולו של הליך שיפוטי. אשר על

19 Francis E. McGovern, "Looking to the Future of Mass Torts: A Comment on Schuck and Siliciano," 80 *Cornell L. Rev.* 1022, 1023 (1995)

20 ראו Weinstein, הערה 18 לעיל.

21 ראו Silver & Baker, הערה 1 לעיל, בעמ' 749.

22 מנגד, לא ניתן להניח בביטחון גמור שמזעור עלויות התביעה של הנתבע אכן יוביל להגדלת סעדי התובעים. ייתכן גם ייתכן שמשאבים אלה יופנו להשתכללות הגנתו של הנתבע. ראו Coffee, הערה 10 לעיל, בהערה 15.

23 ראו, בהקשר זה, Francis E. McGovern, "Resolving Mature Mass Tort Litigation," 69 *B. U. L. Rev.* 659, 677 (1989)

כן מצוי התובע היחיד בעמדת מיקוח בעייתית בניהול משא ומתן – לא עומדת לו אלטרנטיבה אפקטיבית לתבוע סעד בבית המשפט. באמצעות ריכוז התביעות הופכת חרב התביעה לממשית.

גם בתביעה ההמונית מחזק ריכוז התביעות את עמדת התובעים במשא ומתן. בראש ובראשונה, משום שקיבוציות התביעה מאפשרת לתובעים לרכז את משאביהם הכלכליים ולהגדיל את סיכוייה בתביעה האפשרית.²⁴ יתר על כן: כאשר תובעים שיש להם עילות זהות כנגד הנתבע בוחרים לתבוע בנפרד, נהנה הנתבע, באופן טיפוסי, מיתרון יחסי בעמדת המיקוח. זאת, מאחר שבצפנתו תביעות עתידיות דומות, יתומרץ הנתבע להשקיע משאבים כהליך השיפוטי אף מעבר לעלות הסעד המכושף כנגדו – ובלכוד שישגי תקדים משפטי לטובתו. בכך טמון אי-השוויון בינו לבין התובע היחיד.²⁵ ריכוז התביעות בצוותא חדא ממזער פערים תמריציים אלו.

2. הקווים המבחינים בין תביעה המונית לתובענה ייצוגית

בצד קווי הדמיון ששרטטנו לעיל בין התביעה ההמונית לתובענה הייצוגית, קיים ביניהן הבדל מהותי ויסודי, ששורשו נעוץ בשיעור תביעתו של התובע היחיד. הווה ידוע, שהליך ה"תובענה הייצוגית" נוסד בארצות-הברית ובמדינת ישראל כדי לתת מענה לתביעות שאין כדאיות כלכלית לתבען בתביעות יחיד, משום שהנזק שנגרם לכל תובע בנפרד הוא מזערי.^{26,27} לשון אחר: מכשיר התובענה הייצוגית נועד, בראש ובראשונה, לאפשר לתביעות היחיד הנדרונות לקרום עור וגידים.²⁸ בתביעה ההמונית, לעומת זאת, פני הדברים שונים בתכלית: לא זו בלבד שערך התביעה המצטבר גדול, אלא שבאופן טיפוסי גם שיעור נזקו של התובע היחיד הוא משמעותי. במובן זה, לתביעות אלו יש "יכולת קיום" עצמאית.^{29,30} נמצא, כי יש להבחין הבחן היטב בין תובענות ייצוגיות, שבהן ערך התביעה המצטבר הוא גבוה אך

- 24 ראו דיוננו בהזלחת עליות התביעה לעיל, וכן Hensler & Peterson, הערה 12 לעיל.
- 25 ודוק: מקור התמריץ נעוץ בכך שקיימים יחסי גומלין בין התביעות עקב הזהות המושגית והמשפטית ביניהן. קשר זה אינו מתנתק, מבחינה אפקטיבית, גם כשהתביעות מוגשות בנפרד.
- 26 ראו גולדשטיין ועפרון, "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל", הערה 11 לעיל, בעמ' 30.
- 27 למותר לציין, כי בשל ריבוי התובעים סך התביעה המצטבר של קבוצת התובעים הוא גבוה.
- 28 ראו Resnik, הערה 2 לעיל, בעמ' 924.
- 29 ודוק: אין בקביעה זו כדי לבטל הצורך ואת היתרונות הגלומים בריכוז התביעות, עליהם עמדנו לעיל. ראו בהקשר זה David Rosenberg, "The Casual Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System," 97 Harv. L. Rev. 849, 907 (1984).
- 30 כפועל יוצא של הדברים ניתן לטעון להתפלגות במטרות המרכזיות שלשמן נועדה כל אחת מהתביעות הנדרונות. כך, בעוד שהמטרה הדומיננטית והמרכזית בתביעה ההמונית היא פיצוי הגיווקים, התובענה הייצוגית מהווה בראש ובראשונה מכשיר להתוויית מדיניות חברתית, פיצוי התובעים מהווה, לכל היותר, ערך מוסף. ראו Coffee, הערה 10 לעיל, בעמ' 1355.

שיעור הנזק של כל תובע הוא סמלי, לבין תביעות המוניות, שבמסגרתן הסכום הכללי הוא גבוה וגם שיעור התביעה של כל תובע בנפרד הוא משמעותי.³¹ לעת הזאת נבקש להתעכב על נפקותו של הבדל יסודי זה שבין התובענה הייצוגית לתביעה ההמונית. בהקשר זה גירדש לשאלה: האם הליך התובענה הייצוגית, כפי שהוא קיים במשפט הישראלי, מספק מענה הולם לריכוזן ולבירורן של תביעות המוניות?

ג. השלכות ההבדלים שבין תביעה המונית לתובענה ייצוגית

הן בתביעה המונית והן בתובענה ייצוגית קיים מתח אינהרנטי בין התארגנות התובעים כקבוצה מחד גיסא לבין האוטונומיה של כל תובע מאידך גיסא.³² על פי המודל של אוטונומיית התובע היחיד, על כל תובע לשלוט בכלל ההיבטים של תביעתו,³³ כלומר: מועד הגשת התביעה ומקום הגשתה, אופן ניהולה, וכמובן – השגת הסדר פשרה במסגרתה. פשיטא, שעצם הקיבוציות פוגעת באוטונומיה של כל תובע ותובע³⁴ ובמידת השליטה שיש לו בכל אחד מהפרמטרים הללו – לטובת הקבוצה ככללה.³⁵ מבחינה היסטורית הוקנה למודל זה של אוטונומיה התובע מעמד של בכורה, וגם כיום יש הרואים בשליטת התובע בתביעתו "זכות טבעית".³⁶

מנגד יש לזכור, כי הקניית עדיפות גורפת לאוטונומיה של התובע היחיד בחביעות המוניות ובתובענות ייצוגיות תפגום, מבחינה מערכתית, ביכולת להתמודד עמן באופן יעיל. גם מנקודת המבט של קבוצת תובעים עלול הדבר להחליש את כושר המיקוח של הקבוצה ואת מעמד התביעה בבית המשפט,³⁷ ולעקר מתוכן את היתרונות

- 31 להרחבה אודות הבחנה זו ראו שם, בעמ' 1351; Cramton, הערה 8 לעיל, בעמ' 824.
- 32 Georgene M. Vairo, "Will the New Procedural Regime Help Resolve Mass Torts?," 59 *Brook. L. Rev.* 1065, 1088 (1993).
- 33 שם.
- 34 בשולי הדברים נעיר כי איננו מבקשים לטעון להתנגשות הזיתית מלאה בין הקיבוציות לבין האינטרסים האוטונומיים של הפרט. לאור היתרונות שברכינו התביעה המונית, שעליהם עמדנו לעיל, יש מקום לטענה כי עצם הקיבוציות עשויה לשרת – ובמידה לא מבוטלת – את האינטרסים הפרטיים של כל תובע. ראו בהקשר זה: David Rosenberg, "Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means," 62 *Ind. L. J.* 56 (1986).
- 35 ודוק: יש לשים לב כי עצם קיומן של תביעות מקבילות נגד נחבע משותף פוגם, כשלעצמו, באוטונומיה של כל תובע ותובע, אף אם התביעות מוגשות בנפרד. זאת, בשל יחסי הגומלין המהותיים בין התביעות. ראו, בהקשר זה, Courtland H. Peterson & Joachim Zekoll, "Mass Torts," 42 *Am. J. Comp. L.* 79, 97 (1994).
- 36 לעניין אוטונומיית התובע בתביעה נזיקית כזכות טבעית ראו Trangsrud, הערה 4 לעיל, בעמ' 74.
- 37 Coffee, הערה 10 לעיל, בעמ' 1464; Mark W. Friedman, "Note Constrained Individualism in Group Litigation: Requiring Class Members to Make a Good Cause Showing Before Opting Out of a Federal Class Action," 100 *Yale L. J.* 745 (1990).

שמצמיח ריכוזה של התביעה, עליהם התעכבנו לעיל.³⁸ בעידן המודרני, אנו עדים, על כן, למגמה של כרסום הולך וגובר במודל של אוטונומיית התובע, ובהכרה בלגיטימיות של פגיעה – ולו חלקית – במידת השליטה שלו בתביעתו האזרחית.³⁹ בין כך ובין כך, קביעתה של נקודת איוון בין האוטונומיה של התובע היחיד לבין טובת הקבוצה, ראוי שתיעשה כזהירות מרבית.

לטעמנו, שיקול מכריע בקביעת נקודת האיוון הנאותה בין שני הערכים המתנגשים הללו הוא שיעור תביעתו של התובע היחיד ואופייה. אינטרס התובע בשליטה בתביעתו, כפונקציה של שיעור ואופייה, הוא שצריך להכתיב את נקודת האיוון על הציר הפרוש בינות לשני הקטבים – טובת קבוצת התובעים מצד אחד, והאוטונומיה שלו מהצד האחר. ככל שגדלה תביעת היחיד, תתחזק בהתאמה הנטייה להעתקת נקודת האיוון לכיוון אוטונומיית היחיד ולחזיון מידת השליטה של כל תובע בתביעתו על חשבון ההתנהלות הקבוצתית.⁴⁰

מהבדל זה שבין שיעור תביעת היחיד במסגרת התובענה הייצוגית לבין שיעור בתביעה ההמונית נגזרת נקודת איוון שונה בין שני הערכים המתנגשים בכל אחת מהן. רוצה לומר: יש להקנות ליסוד האוטונומיה של התובע היחיד משקל סגולי גבוה כאשר עסקינן בתביעות המוניות,^{41,42} ומשקל סגולי נמוך יותר בתובענות ייצוגיות.⁴³

38 ראו דיונונו בחלק ב.1 לעיל.

39 ראו Resnik, הערה 2 לעיל, בעמ' 939.

40 לעיון מעמיק בהבחנה זו ובמגוון נגזרותיה ראו Trangsrud, הערה 7 לעיל, בעמ' 820 ואילך.

41 לדיון מורחב בהשיבות השמירה על אוטונומיית התובע היחיד במסגרתן של תביעות המוניות, ולסקירת הביקורת המופנית נגד פגיעה ביסוד זה כתוצאה מריכוזה של התביעה, ראו Susan P. Koniak, "Feasting While the Widow Weeps: *Georgine v. Amchem*, Trangsrud ; Products," 80 *Cornell L. Rev.* 1045 (1995) הערה 4 לעיל.

42 ודוק: איננו טוענים להעדפה א-פרוורית של האוטונומיה על פני האינטרסים הקיבוציים בתביעה ההמונית. בהקשר זה יש להתחשב גם בטובתם של כלל חברי הקבוצה וכן באינטרס החברתי הכללי. אלה נוגסים במידת השליטה שעל כל תובע בנפרד להפגין כשמדובר בתביעה המונית. ראו בהקשר זה Coffee, הערה 10 לעיל, בעמ' 1358; Rosenberg, הערה 34 לעיל; Weinstein, הערה 18 לעיל. איננו מבקשים לטעון בדברינו כי יש להחייס לתביעה ההמונית כמו לתביעה רגילה, ולאפשר מידת שליטה מקסימלית לכל תובע ותובע. תחת זאת דברינו מכוונים אך לצורך לקבוע את נקודת האיוון בתביעה המונית קרוב יותר לקוטב האוטונומיה מאשר במקרה של תובענה ייצוגית.

43 ברוח הבחנה זו נעיר, כי בעת תיקונו (בשנת 1966) של Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure, המסדיר את נושא התובענות ייצוגיות, חיו חברי הוועדה המייעצת את דעתם כי אין להחילו על תביעות נזיקיות המוניות. ראו Coffee, הערה 10 לעיל, בעמ' 1357. אחד הטעמים הכולטים שהועלו לכך נגע לצורך בשימור השליטה של כל תובע בתביעתו הנזיקית. להרחבה בעניין זה ראו Judith Resnik, "From 'Cases' to 'Litigation'," 54 *Law & Contemp. Probs.* 5 (1991); Benjamin Kaplan, "Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure (1)," 81 *Harv. L. Rev.* 356

ומהכלל לפרט: לדידנו, אין מקום להחיל על התביעה ההמונית את ההסדרים לכינוס הקבוצה הקיימים בתובענה הייצוגית במתכונתה הישראלית – קרי: מסוג "הסתלקות" ("opt out"). כך, קיימת בתובענות הייצוגיות הצדקה מושגית להשתיק חבר קבוצה בתוצאות המשפט (לרבות פשרה שאושרה על ידי בית המשפט) אם בחר שלא להסתלק מהקבוצה.

הצדקה זו נעוצה בשלושה מאפיינים של התובענה הייצוגית, שמתקיימים בה בעת ובעונה אחת: (א) מזעריות תביעת היחיד; (ב) האפשרות להסתלק מהקבוצה; (ג) פיקוח של בית המשפט לכל אורכו של ההליך, לרבות על הסדרי פשרה.

פני הדברים שונים בתכלית ביחס לתביעה המונית. כפי שצינו לעיל, מקומו של המאפיין הראשון – תביעות יחיד מזעריות – נפקד בתביעות המוניות. לטעמנו, יש בהבדל זה שבין התביעה ההמונית לתובענה הייצוגית כדי להשמיט את הבסיס להסתפקות במנגנון של תובענה ייצוגית מסוג "הסתלקות". תחת זאת, יש לדרוש הצטרפות אקטיבית לתביעה ההמונית.

הצטרפות אקטיבית מגלמת, לדידנו, את נקודת האיוון הראויה שבין אוטונומיית הפרט לבין האינטרסים של הקבוצה ככללה. זאת, כאשר יש בכוחה של השליטה הגבוהה המופגנת במועד ההצטרפות כדי להכשיר את הפגיעה היחסית באוטונומיה של כל אחד מהתובעים לטובת כלל הקבוצה, בהמשך גלגולה של התביעה ההמונית.⁴⁴

ברוח זו יש גם מקום לטענה כי מצב של תביעה המונית אינו עונה על תנאי הסף שנקבע לאישור תובענה ייצוגית בסעיף 35ב(3) לחוק הגנת הצרכן: "התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

תנא דמסייע לדברינו ניתן למצוא בכך שבהסדר הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים, שבמסגרתו צפויות תביעות אישיות גבוהות יחסית, ניסח המחוקק תנאי סף בעל הדגש שונה. סעיף 46ב(3) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כהאי לישנא:

הגשת התובענה הייצוגית היא דרך עריפה על הגשת תביעות אישיות, מוצדקת והוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

הנה כי כן: ניתן למצוא בתנאי הסף שנקבע במסגרת חוק ההגבלים העסקיים ביטוי להכרה בחשיבות ניהולן של תביעות אישיות, וזאת – אל נוכח שיעורן היחסי.

(1967). נבקש להדגיש, כי בשנים האחרונות ניכרת בארצות-הברית מגמה של אשרור תביעות המוניות כתובענות ייצוגיות, בניגוד להמלצת הוועדה המייעצת. ראו לעניין זה Weinstein, הערה 3 לעיל, בעמ' 135.

44 לעניין ההסכמה כמכשירה השתחררות מסוימת מכבלי האינטרסים האוטונומיים של הפרט ראו Stephen Ellman, "Client-Centeredness Multiplied: Individual Autonomy and Collective Mobilization in Public Lawyers' Representation of Groups," 78 Va. L. Rev. 1103 (1992).

בשולי הדברים נבקש להעיר כי הנסיון שהצטבר בארצות-הברית מצביע על כך שלא אחת דווקא הנתבעים הם שמעוניינים בהגשת תביעה המונית כתובענה ייצוגית.⁴⁵ הטעם שניתן לתת לדבר נעוץ ברצונם של הנתבעים בקביעה חלוטה וסופית של סך הפיצויים כלפי כלל חברי הקבוצה.⁴⁶

במקרים מסוימים הוגשו תובענות ייצוגיות לאחר השגת פשרה בין נציגי הקבוצה לנתבע, כדי שהסדר הפשרה יחסה תחת כנפי ההליך וכדי ליתן לו תוקף של מעשה בית דין.⁴⁷ במקרים אחרים, כאשר נכסי הנתבע הסתכמו בערך נמוך מחשיפתו הכספית לכלל התביעות המצטברות, ניסו הנתבעים למנוע מחברי הקבוצה להסתלק ממנה, ובכך – להשתמש בהליך התובענה הייצוגית כמעין הליך של פשיטת רגל.⁴⁸

כך או כך, אין בכוונתנו להיכנס לעובי קורת הפסיקה והספרות ביחס לניסיונות השונים שנערכו בהקשר זה בארצות-הברית. קביעת מסמרות בסוגיות אלה היא מחוץ למסגרת דיוננו.⁴⁹ תחת זאת נבקש לכוון את חצי ביקורתנו כלפי התובענה הייצוגית במתכונתה הישראלית (היינו: מסוג "ההסתלקות" opt out), ולחדר את קביעתנו בדבר אי-התאמתה להסדרתן של תביעות המוניות.

ד. ריכוז תביעות המוניות ללא היזקקות למוסד התובענה הייצוגית

יודגש: אין בקביעתנו השלילית ביחס לשימוש במנגנון התובענות הייצוגיות להסדרת התביעה ההמונית כדי לסתום הגולל על האפשרות לרכז תביעות המוניות. ההיפך הוא הנכון: אנו חותרים לקדם ולחזק את מוסד התביעה ההמונית בעטיים של היתרונות הכרוכים בו, שעליהם עמדנו בהרחבה בראשית דברינו.⁵⁰ ברם, לדידנו, דרך המלך להשיג ריכוז של התביעה היא באמצעות צירוף תובעים לפי הודאת תקנה 21. ההליכה בתלם זה מותנית, כמובן, בהסכמתם המפורשת של כל התובעים המצטרפים. לאחר

45 John C. Coffee, Jr., "Summary – The Corruption of the Class Action: The New Technology of Collusion," 80 *Cornell L. Rev.* 851 (1995)

46 John Leubsdorf, "Co-opting the Class Action," 80 *Cornell L. Rev.* 1222, 1225 (1995)

47 Darren M. Franklin, "The Mass Tort Defendants Strike Back: Are Settlement Class Actions a Collusive Threat or Just a Phantom Menace?," 53 *Stan. L. Rev.* 163, 164-165 (2000); Stephen C. Yeazell, "The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation," 39 *Ariz. L. Rev.* 687, 701 (1997)

48 John A. Siliciano, "Mass Torts and the Rhetoric of Crisis," 80 *Cornell L. Rev.* 990, 1002-1006 (1995)

49 להרחבה בסוגיית הסדרתן של תביעות המוניות בארצות-הברית ובמידת התאמתן של תובענות ייצוגיות מסוגים שונים לשם כך, ראו Trangsrud, הערה 7 לעיל.

50 דאו דיונוו בפרק ב.1 לעיל.

צירוף זה ניתן להסתייע בתקנה 28 לשם גיבוש ייצוג, הכפוף אף הוא להסכמה מפורשת מצד כלל התובעים המיוצגים.

הנפקות המהותית של המבנה המוצע, המייחדת אותו משימוש במוסד ה"תובענה הייצוגית" מסוג הסתלקות (opt out), עניינה בכך שעל פי שיטה זו כל תובע הביע את הסכמתו המפורשת להליך הריכוז. יתר על כן: השימוש במבנה המושתת על תקנות 21 ו-28 ליצירת תובענה מרוכזת, יאפשר להוסיף לתביעה תובעים נוספים שיחפצו בכך. התוצאה המסתברת תהא יצירת תובענה ייצוגית מסוג opt in.

המבנה המוצע מצא את ביטויו בפסיקה הישראלית – אם לא להלכה הרי שלמעשה כוונתנו להחלטתו של השופט קלינג⁵¹ בתביעתם של 80 "נפגעי עישון סיגריות", שהגישו תביעה כנגד יצרנית הסיגריות דוֹבֶק ואח' (להלן: "פרשת דוֹבֶק"). השופט קלינג החליט לדון במאוחד בתביעותיהם של 80 נפגעי העישון, אך לא בדרך של תובענה ייצוגית. זאת, תוך ציון העובדה שתלק מהפלוגתאות משותף לכלל התובעים, וחלקן דורש הוכחה אישית של כל תובע בנפרד. בקשת הערעור על החלטה זו נדחתה על ידי השופטת שטרסברג-כהן.⁵²

אמנם, זכרה של תקנה 28 כלל לא בא בגדרי דיון זה,⁵³ וכן נפלה טעות בדבר בסיס הצירוף עצמו – תוך אזכורה של תקנה 46(א) במקום תקנה 21; אולם, בפועל, המסד ששימש לצירוף התובעים תואם, מבחינה מהותית, את קווי המתאר של הקונסטרוקציה המוצעת.

בשולי הדברים נבקש להדגיש, כי ברי לנו שהמבנה המוצע לבירורן של תביעות המוניות אינו חף מקשיים. כך, למשל, מחייב השימוש במבנה זה היוקקות לסוגיות כדוגמת פרסום ההליך או הזמנת ההצטרפות אליו; כמו כן אין להתעלם מכך שעל פי התקנות הצטרפות מעין זו טעונה אישור בית המשפט.⁵⁴ ברם, לטעמנו, מהמורות אלה אינן מגיעות לכדי מחסום של ממש.

לא זו אף זו: גם במסגרת המבנה המוצע נותרות על כנן הבעיות המתגלעות בעטיו של ניהול הליך מרוכז (להבדיל מהסוגיות הכרוכות בעצם השגת הריכוז). לבעיות אלה נייחד את הדיון בהמשך דברינו;⁵⁵ אולם, לגבי דידנו, אף באותם מקרים שקשיים אלו גורמים נזק בלתי נמנע לתובע זה או אחר, עצם ההסכמה המקדמית המפורשת להשתתפות בהליך מקהה מעוקצה של הפגיעה.

קיימת אפשרות ביניים – בין הסכמה מפורשת של כל תובע מצד אחד, לבין קיום הליך מעין זה ללא הסכמת כל התובעים, מצד שני. זו נוגעת להשגת ריכוז בדרך של

51 כש"א (ת"א) 102471/98 ויסברג נ' דובק (לא פורסם, 1.2.1999).

52 רע"א 2291/99 דובק נ' ויסברג (לא פורסם, 13.5.1999).

53 במקום לעשות שימוש מדויק ומושכל בתקנות להשגת המטרה, העדיפו שופטי בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון להסתמך, בהקשר דנן, על שיקול דעתו הרחב של בית המשפט.

54 כך בין על פי תקנה 24 ובין על פי תקנה 91 שחלות בגדרן.

55 ראו הדיון בפרק ה להלן.

איחוד תביעות נפרדות על ידי בית המשפט. השופט קלינג נדרש אף הוא לאפשרות זו של איחוד תביעות במסגרת החלטתו בפרשת דוֹבֶק:

אוסף ואומר שאפילו היו מוגשות תביעות נפרדות לבית המשפט זה על-ידי כל אחד מהתובעים, והיתה מוגשת לבית המשפט לאחד את שמיעת הראיות בתובענות, ראוי היה להעטר לאותה בקשה.

בסיס אפשרי לאיחוד מעין זה מהווה תקנה 520 לתקנות סדר הדין האזרחי. אין ספק, שבכוחה של תקנה גורפת זו להסמיך את בית המשפט לאחד תובענות כדי להשיג ריכוז בתביעות המוניות. יתר על כן: באופן עקרוני ניתן להשיג חוצאה זו אף אם התביעות תלויות ועומדות בבחי משפט שונים. זאת, תוך התבססות מקדמית על סעיף 78 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 לשם ריכוזן של התביעות בבית משפט אחד. כך או כך, יש לבית המשפט סמכות עקרונית להשתמש במכשיר זה כדי לכפות ריכוז בתביעה המונית. לטעמנו, השימוש בטכניקה של איחוד תביעות לריכוז תביעות המוניות מעורר כמה קשיים. אלה אינם מתגלעים, כאמור לעיל, במישור הסמכות המושגית, אלא בשאלת ההיגיון של השימוש במכשיר זה כאמצעי לכפיית ריכוז על צד שאינו מעוניין בכך. הממד הכפייתי שבאיחוד התביעות נובע מעצם כריכתם יחד של תובעים שבחרו לנהל את תביעותיהם בנפרד. ביטוי העיקרי נעוץ בשלילת האפשרות לניהול עצמי של התביעה, לרכות בהקשר של משא ומתן להשגת פשרה.⁵⁶ ההנחה המקדמית המסתברת היא שעצם השימוש במכשיר איחוד התביעות צפוי לפגוע לפחות בחלק מציבור התובעים. אם לא כן, לא היינו נצרכים לאיחוד ביוזמתו של בית המשפט. הדברים אמנם אינם חד-משמעיים – שכן הגשת תביעה בנפרד עלולה לגבוע, בנסיבות מסוימות, מעלויות טרנסאקציה גבוהות או ממערך תמריצים לקוי; ואולם, עדיין לא יהא זה מופרך להניח כי בחלקם הארי של המקרים צפוי האיחוד לפגוע לפחות בחלק מהתובעים.⁵⁷ פוטנציאל הפגיעה מכפיית איחוד התביעות מתעצם בתביעות המוניות נוכח שיעורן היחסי של התביעות האישיות, ובשל מספרן – שעשוי להאמיר לכדי מאות רבות. מאידך גיסא יש לזכור, כי דרגת הכפייה במקרה של איחוד תביעות קלה יותר מזו המאפיינת את התובענה הייצוגית מסוג opt out. כך, ברי כי במצב של איחוד תביעות, כלל התובעים גמרו אומר לתבוע במועד הנקוב.⁵⁸ אם התביעה תלויה ועומדת באותו בית משפט שבו יתנהל ההליך המרוכז – אף בחירת הפורום לא נשללה מהם. ככלל, אנו נוטים לדעה שהשימוש בטכניקה של איחוד תביעות לצורך בירורן של תביעות המוניות אינו דבר רצוי. עם זאת, אין בכוונתנו להרוש בתלמה של סוגייה זו ולקבוע בה מסמרות – היא ניצבת מחוץ למסגרת דיוננו.

56 כן ראו Charles Silver, "Comparing Class Actions and Consolidations," 10 Rev. Litig. 495 (1991).

57 ראו Silver & Baker, הערה 1 לעיל, בעמ' 740.

58 שם.

ה. בעיות בניהול ההליך

הניסיון האמריקני מצביע על כך שקשיים רבים אורבים לפתחו של השופט בניהולו של הליך מרוכז בתביעות המוניות, ומטילים על בית המשפט נטל כבד.⁵⁹ קשיים אלה ניצבים בבסיס המבנה של כל תביעה המונית, ללא קשר לאופן שבו היא רוכזה או גובשה. מטבע ברייתם ניחנו קשיים אלה בדימיון רב לקשיים הטיפוסיים המאפיינים ניהול תובענות ייצוגיות, כדוגמת בעיית הנציג.⁶⁰

העולה מהאמור הוא, שאף אם המודל המוצע לריכוז התביעה ההמונית יאומץ (תוך דחיית מבנה התובענה הייצוגית, ברוח החקיקה הישראלית הקיימת) עדיין יצטרך בית משפט המברר תביעה המונית להתמודד עם בעיות טיפוסיות לתובענות ייצוגיות, עקב קווי המתאר הדומים בניהולם של שני ההליכים. בירור תקין של תביעה המונית יחייב, בכל מקרה, היוזקות למנגנוני הפיקוח של התובענה הייצוגית.

בהקשר זה, נבקש להתעכב, בקצירת האומר, על שתי סוגיות עיקריות: מינוי עורך-הדין – או עורכי-הדין – שינהלו את ההליך המרוכז, ואישור הסדרי פשרה.

1. מינוי עורכי-הדין

עצם המבנה של תביעה המונית סוטה מהמודל הקלאסי של יחסי עורך-דין-לקוח.⁶¹ מבנה זה מחייב יתר מעורבות של בית המשפט ופיקוח הדוק על עורכי הדין ועל תפקודם.⁶² לאור זאת, יש להידרש לשאלה כיצד יתמודד בית המשפט עם מצב של ריכוז

Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, "A Market Approach to Tort Reform Via Coffee; Rule 23," 80 *Cornell L. Rev.* 909 (1995) הערה 10 לעיל, בעמ' 1358.

60 לדין בהיבטים השונים של בעיית הנציג ראו, למשל, Coffee, הערה 17 לעיל; John C. Coffee, Jr., "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action," 54 *U. Chi. L. Rev.* 877 (1987); Kenneth R. Leubsdorf; Feinberg, "Lawyering in Mass Torts," 97 *Colum. L. Rev.* 2177 (1997) הערה 46 לעיל; Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Actions and Derivative Suits: Economic Analysis and Recommendations for Reform," 58 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1991); Charles W. Wolfram, "The Second Set of Players: Lawyers, Fee-Shifting, and the Limits of Professional Discipline," 47 *Law & Contemp. Probs.* 293 (1984).

61 ראו בהקשר זה Cramton, הערה 8 לעיל, בעמ' 822. לדין בסוגיות הכרוכות בניהול תביעות המוניות, מנקודת מבטם של עורכי הדין, ראו, G. Luke Ashley & Richard L. Wynne, Jr., "Dealing with Conflicts in Joint Representation of Defendants in Mass Tort Litigation," 17 *Rev. Litig.* 469 (1998).

62 Judith Resnik, "Money Matters: Judicial Market Interventions Creating Subsidies and Awarding fees and Costs in Individual and Aggregate Litigation," 148 *U. Pa. L. Rev.* 2119, 2127 (2000).

עורכי דין. יוער, כי בפרשת דונק ייצג עורך דין אחד את כלל התובעים: נתון זה זכה להתייחסות מפורשת בהחלטתה של כבוד השופטת שטרסברג כהן, שראתה בכך גושפנקא נוספת לקיום ההליך המרוכז.

פני הדברים שונים בתכלית כאשר מיוצגים מאות צדדים על ידי עשרות עורכי-דין. ריבוי עורכי הדין עלול לעמוד לרועץ לצדדים ולבית המשפט, ואף לסכל את המטרות שלשמן נועד הריכוז.

הפרקטיקה הרווחת בארה"ב להתמודדות עם מצב מעין זה היא בחירה של עורך-דין אחד (או עורכי-דין אחדים) כעורך-דין "מוביל"⁶³. בחירת עורך-הדין המוביל נעשית בדרך כלל בכפוף להסכמת עורכי-הדין,⁶⁴ אך לא אחת צעות מחלוקות סביב בחירתו של עורך דין מוביל.⁶⁵ אם עורכי-הדין אינם מגיעים לכלל הסכמה לגבי זהותו של עורך-הדין המוביל, בית המשפט קובע זאת עבורם.^{67,66}

קשה להתנבא מראש באשר למירת התאמתה של שיטה זו למציאות הישראלית; עוד חוזן למועד. עם זאת, אין לפסול על הסף את אימוצה והחלתה של פרקטיקה מעין זו גם בישראל.⁶⁸

2. פיקוח על הסדרי פשרה

יש להניח, שרוב התביעות ההמוניות יסתיימו בפשרה ולא בהכרעה שיפוטית. הערכה זו נגזרת לא רק מהניסיון המצטבר ביחס לתובענות ייצוגיות,⁶⁹ אלא גם מהמצב הכללי המאפיין את בתי המשפט האזרחיים ביחס לכל סוגי התובענות, הן בארץ והן ברחבי העולם.⁷⁰

- 63 יוער, כי בעבר רווחה בבתי משפט בארצות-הברית הפרקטיקה להימנע מאישור הסדרי פשרה עד לבחירתו של עורך-דין מוביל. ראו בהקשר זה Coffee, הערה 45 לעיל, בעמ' 853.
 64 Weinstein, הערה 3 לעיל, בעמ' 27.
 65 ראו בהקשר זה Coffee, הערה 45 לעיל, בעמ' 853.
 66 Resnik, הערה 2 לעיל, בעמ' 921.
 67 קיימות הצעות ל"מכירה פומבית" של מעמד עורך-דין מוביל. להרחבה בנקודה זו ראו Macey & Miller, הערה 59 לעיל, בעמ' 914.
 68 עם זאת נעיר כי פרקטיקה זו אינה חפה מביקורת, שלא כאן המקום להתעכב עליה. להרחבה בעניין זה ראו Coffee, הערה 10 לעיל, בעמ' 1443.
 69 ראו Thomas E. Willging et al., *Empirical Study of Class Actions in Four Federal Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules* 60 (1996) בהערת שוליים 41 אצל Silver & Baker, הערה 1 לעיל, בעמ' 745.
 70 בתי המשפט מעודדים השגת הסדרי פשרה בין המתדיינים. ראו Marc Galanter & Mia Cahill, "Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements," 46 *Stan. L. Rev.* 1339 (1994); J. Resnik, "Managerial Judges," 96 *Harv. L. Rev.* 374 (1982)

בהתחשב בגודלן של התובענה הייצוגית והתביעה ההמונית, וכמורכבותן הטיפוסית, גיבוש פשרה בהן הוא מסוכך ובעייתי יותר מאשר בתביעות רגילות.^{72,71} מכאן החשיבות המיוחדת שבפיקוח השיפוטי על הליך קבלת הפשרה^{74,73} ובהתמודדות עם בעיית הנציג המתעוררת בהקשר זה ביתר שאת.⁷⁵

ככלל, הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות בארץ טעונים את אישור בית המשפט בדבר הגינותם, וניסיון לא מבוטל כבר הצטבר בתחום. דרישה זו, לפקח על הסדרי פשרה ולאשרם, אינה עניין של מה בכך. היא מציבה קשיים רבים לפתחו של בית המשפט, שלא אחת מתקשה להשגיח על השגתן ויישומן של פשרות בתובענות ייצוגיות.⁷⁶

פיקוח על תובענות ייצוגיות מחייב את בית המשפט להידרש לבחינת הגינות ההסדר כלפי הקבוצה בכללותה. בהקשר זה על בית המשפט לוודא שהפשרה אינה פרי שוחד, כי היא לא הושפעה מגורמים זרים וכיוצא באלה. עקב מזעריות העילות האישיות של תובענות ייצוגיות רגילות, בית המשפט פטור, הלכה למעשה, מבדיקת הגינות החלוקה הפנימית של הסדר הפשרה, ומבחינת השפעתו על חברי הקבוצה בינם לבין עצמם.⁷⁷

- 71 Charles W. Wolfram, "Mass Torts – Messy ; בעמ' 735, הערה 1 לעיל, Silver & Baker Ethics," 80 *Cornell L. Rev.* 1228 (1995).
- 72 עקב מורכבות זו, יש המבקרים הפעלת לחץ ומעורבות שיפוטית להשגת פשרה במקרים של תביעות המוניות. ראו Linda S. Mullenix, "Mass Tort as Public Law Litigation: Paradigm Misplaced," 88 *Nw. U. L. Rev.* 579, 589 (1994); Peter H. Schuck, "The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example," 53 *U. Chi. L. Rev.* 337, 359 (1986).
- 73 Jack B. Weinstein, "Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation," 88 *Nw. U. L. Rev.* 469 (1994); Weinstein ; הערה 18 לעיל, בעמ' 404.
- 74 על התמריצים הבעייתיים מצדו של בית המשפט בתובענות ייצוגיות ובתביעות המוניות, העוללים להציב מכשול בפני פיקוח יעיל על השגת פשרות, ראו Coffee, הערה 10 לעיל, בעמ' 1350 ; Wolfram, הערה 71 לעיל, בעמ' 1233.
- 75 E.D. Green, "Advancing Individual Rights Through Group Justice," 30 *U. C. Davis L. Rev.* 791, 797 (1997); Nancy Morawetz, "Bargaining, Class Representation, and Fairness," 54 *Ohio St. L. J.* 1 (1993) ; וכן הערה 60 לעיל.
- 76 Jack B. Weinstein & Karin S. Schwartz, "Notes from the Cave: – כן בארצות-הברית – Some Problems of Judges in Dealing With Class Action Settlements," 163 *F.R.D.* 369 (1995); James A. Henderson Jr., "Comment: Settlement Class Actions and the Limits of Adjudication," 80 *Cornell L. Rev.* 1014 (1995) ; Wolfram ; הערה 71 לעיל, בעמ' 1233.
- 77 דווקא גם בהקשר של התובענה הייצוגית עלולה להתעורר בעיית קונפליקטים פנימיים בין חברי הקבוצה ובין תת-הקבוצות השונות. ראו, למשל, Deborah L. Rhode, "Class Conflicts in Class Actions," 34 *Stan. L. Rev.* 1183 (1982) ; עם זאת, עוצמתו של הקושי האמור בתובענות ייצוגיות נמוכה מעוצמתו בתביעות המוניות, כפי שיובהר להלן.

פני הדברים שונים בתכלית בתביעות המוניות, ועל רקען מתחדד עשרות מונים הצורך בפיקוח שיפוטי.⁷⁸ לקושי הגלום בבחינת הגינותה החיצונית של הפשרה, קרי: בהתייחס לקבוצה כמכלול – מתווסף הצורך לבחון את הגינותה הפנימית, כפי שזו מתבטאת ביחסים שבין התובעים השונים לבין עצמם.⁷⁹ זאת, בשל ניגודי עניינים שעלולים להיווצר בין חברי הקבוצה, המתעצמים על רקע גודלן המשמעותי של תביעות היחיד.⁸⁰

הצורך לבחון את ההגינות הפנימית⁸¹ של הסדר הפשרה, תוך התחשבות בהשפעת הפשרה על כל תובע בנפרד, מציב לפתחו של בית המשפט קשיים משמעותיים ביותר.⁸² בתי המשפט בארצות-הברית התקשו מאוד להתמודד עם נטל זה, וגם בספרות המשפטית טרם הוצע פתרון מקיף ושיטתי לעקירת הבעיה מן השורש.

בשולי הדברים נעיר, כי ביטוי נוסף של הבעיה הנדונה משתקף בסוגיית שכר הטרחה של עורכי-הדין.⁸³ בין אם תביעה המונית מסתיימת בפשרה ובין אם סופה בהכרעה שיפוטית, יש להניח כי במקרה של זכיית התובעים יהא על בית המשפט לקבוע את שכר הטרחה לעורכי דינם. זאת, בדומה למצב השזור במשפט הישראלי ביחס לתובענות ייצוגיות. גם בעניין זה הכרעת השופט המבדר תביעה המונית עלולה להיות סכוכה יותר מאשר אצל עמיתו המנהל דיון בתובענה ייצוגית. הטעמים לכך פשוטים: ריבוי עורכי-הדין, ההבדלים המתגלעים ביניהם בניהול המשפט, מעמדם השונה (מובילים לעומת מסייעים) – כל אלה מחייבים התייחסות פרטנית ומדוקדקת מצד השופט ומטילים מעמסה נוספת לפתחו של בית המשפט.⁸⁴

- 78 ראו Coffee, הערה 10 לעיל, בעמ' 1442.
- 79 ראו, בהקשר זה, David Hricik, "Legal Ethical Issues at the Cutting Edge of זה, Cramton; Substantive and Procedural Law," 17 Rev. Litig. 419, 420 (1998) הערה 8 לעיל.
- 80 ראו Coffee, הערה 10 לעיל, בעמ' 1443-1446; Higginbotham, הערה 6 לעיל, בעמ' 2203.
- 81 יוער, כי ניתן לראות סוגייה זו כביטוי כובהק למחלוקת הבסיסית והיסודית יותר בין תפיסה של יעילות לעומת תפיסה של צדק חלוקתי במשפט.
- 82 ראו, לשם הדגמה, Koniak, הערה 41 לעיל; Carrie Menkel-Meadow, "Ethics and the Settlement of Mass Torts: When the Rules Meet the Road," 80 Cornell L. Rev. 1159 (1995); Peter H. Schuck, "Mass Torts: An Institutional Evolutionist Perspective," 80 Cornell L. Rev. 941, 961 (1995).
- 83 להרחבה בסוגייה זו ראו Weinstein, הערה 3 לעיל, בעמ' 81.
- 84 להרחבה בבעייתיות הכרוכה בקביעת שכר הטרחה בתביעות המוניות ובמנגנונים המוצעים להתמודדות עמה, ראו Judith Resnik et al., "Individuals Within the Aggregate: Relationships, Representation, and Fees," 71 N.Y.U. L. Rev. 296 (1996); Nancy J. Moore, "Ethics Matters Too: The Significance of Professional Regulation of Attorney Fees and Costs in Mass Tort Litigation – A Response to Judith Resnik," Resnik; 148 U. Pa. L. Rev. 2209 (2000) הערה 6 לעיל; Higginbotham, הערה 6 לעיל.

ו. סוף דבר

מוסד התביעה ההמונית מהווה מכשיר חברתי ומשפטי חשוב ורב-תועלת. בכוחו של כלי זה לחזק את כושרם של תובעים פוטנציאליים לתבוע סעד לנזקיהם, לקדם שוויון וסטנדרטיזציה במשפט ולהקל על עומס המערכת השיפוטית. עם זאת, כדי להפיק מהתביעות ההמוניות את מרב התועלת, ולמנוע את הפיכתן לקרדום לחפור בו עבור המבקשים לרפות את ידיהם של תובעים בכוח – יש לעשות בהן שימוש מושכל, ולעגנן על בסיס נורמטיבי ראוי ואיתן.

לטעמנו, מסגרת של תובענה ייצוגית אינה מספקת מענה הולם לריכוזה ולהסדרתה של התביעה ההמונית: בניגוד לתובענות הייצוגיות, המורכבות באופן טיפוסי מתביעות יחיד זעירות, שיעור תביעות היחיד בתביעה ההמונית אינו מבוטל. מהבדל זה נגזר אינטרס השליטה הגבוה יותר של התובע היחיד בתביעתו במסגרת התביעה ההמונית. נפקותה של הבחנה זו בין התביעה ההמונית לתובענה הייצוגית משתקפת גם בבסיס הנורמטיבי הראוי לריכוזן.

אנו סבורים שהליך התובענה הייצוגית, במתכונתו הישראלית, אינו מתאים לתביעה ההמונית, בהיותו מושתת על מנגנון כינוס והצטרפות מסוג opt out. אנו ממליצים לעגן תביעות המוניות על בסיס קונסטרוקציה נורמטיבית שונה, המושתתת על ריכוז התביעה ההמונית באמצעות צירוף תובעים לפי הוראת תקנה 21 והסתייעות בתקנה 28 לשם גיבושו של ייצוג. שני השלבים הללו כפופים להסכמה מפורשת מצד כל תובע ותובע, כעולה מנוסח התקנות. השימוש במבנה זה פותח פתח להוספת תובעים נוספים שיביעו את רצונם להצטרף לתביעה.

משמעותו האפקטיבית של המבנה המוצע היא יצירת מנגנון הצטרפות מסוג opt in לריכוזן של תביעות המוניות במשפט הישראלי. לדידנו, מבנה זה לכינוסה והסדרתה של התביעה ההמונית מספק הגנה נאותה לאינטרס השליטה של התובע היחיד בתביעתו, וממוער את הפגיעה באוטונומיה שלו.

