

תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה ?

מאת

פרופ' סטיבן גולדשטיין *

- א. מבוא. ב. תביעות-ייצוג-קבוצתיות לפי המשפט האמריקני. ג. המשפט הישראלי הנוכחי. ד. הכדאיות לפתח בארץ סדר דין של ייצוג קבוצתי (בייחוד לגבי תביעות קטנות). 1. הוצאות המשפט. 2. בית משפט לתביעות קטנות. 3. שימוש במשפט פלילי. ה. תיקון החוק המומלץ.

א. מבוא

מאמר זה מוקדש לבחינת האפשרות והכדאיות לפתח בארץ הליך בסדר הדין האזרחי שנקרא "תביעת-ייצוג-קבוצתית" ("class action"). באופן כללי ניתן לומר, שתביעת-ייצוג-קבוצתית היא תביעה המאפשרת לתובעים רבים, המתיהסים למעשה אחד או לעסקה אחת או לסדרה אחת של מעשים או עסקאות, לצרף את תביעותיהם הנפרדות בתובענה אחת, וכן לתבוע על-ידי נציג.

המכשיר הזה מהווה אפוא עידוד להגשת תביעותיהם הקטנות של ניזוקים, כשכל אחד מן התובעים אמנם סבל נזק קטן בלבד, אבל בסך הכל נגרם נזק גדול לציבור. בדרך זו מפוצים אנשים שלהם נזק אישי קל מבחינה כספית, ושאי-למלא האפשרות לרכוש את תביעותיהם בתביעת-ייצוג-קבוצתית לא היה כדאי להם לתבוע את נזקם ולא היו מפוצים. גוסף על כך, החשש פן ייתבעו על-פי תביעות-ייצוג-קבוצתיות עשוי לעודד אנשים כגון יצרנים, ספקים, ונותני-שירותים להיזהר שלא לסכן את הציבור או להזיק לו. מבחינה זאת מהווה השימוש בתביעות-ייצוג-קבוצתיות על-ידי אנשים פרטיים תוספת לאכיפת החוק על-ידי מוסדות ממלכתיים.

* פרופסור מן המגין בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 מאמר זה מבוסס על הדו"ח "פיתוח שיטת תביעות-ייצוג-קבוצתיות כמגן לצרכן" (להלן: "הדו"ח"), שהיברתי בשיתוף עם גב' אורה שמלץ ובמימון המועצה הישראלית לצרכנות. (הוגש למועצה באפריל 1978). תודתי נתונה לגב' שמלץ על עזרתה המעולה.

המאמר שלהלן מתחלק לארבעה פרקים כדלקמן:

- א. סקירת היקף הניסיון של המשפט האמריקני, שבו התקבלה השיטה של תביעות-ייצוג-קבוצתיות עוד לפני שנים רבות, בייחוד בסדר הדין הפדראלי.
- ב. סקירת המשפט הישראלי הנוכחי בנושא הגדון, תוך שימת דגש על ניתוח הפסיקה ופירוש תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.
- ג. מסקנות לגבי הכדאיות לפתח את השיטה של תביעות-ייצוג-קבוצתיות בישראל.
- ד. המלצה לתקן את המשפט הישראלי במגמה לפתח הליך דיוני מתאים לניהול משפטים על דרך ייצוג-קבוצתי.

ב. תביעות-ייצוג-קבוצתיות לפי המשפט האמריקני

לתביעת-הייצוג-הקבוצתית, כפי שהתפתחה בארצות הברית בארבעים השנים האחרונות, יש שורשים בהליך אנגלי מן המאה הי"ז שנקרא "תביעת שלום" ("bill of peace"). הליך זה היה מכשיר בדיני היושר שאיפשר לבתי משפט של יושר להתיר תביעה מצד או כנגד נציגי קבוצת מעוניינים, אם נתמלאו התנאים הבאים:

- א. מספר המעוניינים היה גדול מדי מכדי לאפשר את צירוף כולם בתובענה אחת;
- ב. לכל אחד מן המעוניינים היה "עניין משותף" ("joint interest") בנושא התובענה;

ג. הנציגים ייצגו כראוי את המעוניינים שלא היו בעלי דין.²

תקנות סדר הדין הפדראלי, שהוחלו על בתי משפט מחוזיים פדראליים בארצות הברית ב-1937, ניסו להרחיב את השיטה הזאת ולמטרה זו הותקנה תקנה 23. תקנה זו תוקנה באופן ניכר ב-1966 במגמה להבהיר ולפשט אותה.

תחולת תקנה 23 הנ"ל מוגבלת לבתי משפט פדראליים בלבד, אבל היא משמשת גם דגם למדינות השונות של ארצות הברית ובמספר ניכר מהן הותקנו תקנות דומות לתקנה 23 של סדר הדין הפדראלי.³ אלפי תביעות-ייצוג-קבוצתיות כבר הוגשו בעזרת התקנות האלה ומן הנמנע לסקר במאמר זה את כל פסקי הדין שניתנו בעקבותיהן. בדומה לתביעות מסוגים אחרים, מרבית תביעות-הייצוג-הקבוצתיות שהוגשו נסברו על שאלות עובדתיות בעיקר ונפסק לגביהן בערכאה ראשונה מבלי שהיה צורך להתייחס לשאלות משפטיות. פסקי הדין החשובים שבהם פסקו הלכה בקשר לתביעות-ייצוג-קבוצתיות הם בדרך כלל פסקי דין פדראליים המפרשים את התקנה 23 ובתי המשפט של המדינות נוטים ללכת בעקבות הפסיקה הפדראלית בהכרעות המתייחסות לתקנותיהן המבוססות על תקנה 23 של סדר הדין הפדראלי. לפיכך נתרכזו במאמר זה בתקנה 23 ובפסיקה הפדראלית המפרשת אותה. יחד עם זאת, נתייחס גם לכמה פסקי דין חשובים שניתנו

2 ראה: J. J. Cound, J. H. Friedenthal & A. R. Miller, *Civil Procedure* (2nd ed., 1974) 566—567.

3 ראה: Uniform Class Actions (Act) (Rule), Drafted, Approved and Recommended for Enactment in All States, by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1976.

בבית המשפט העליון של מדינת קליפורניה, שהצטיין בקביעת הלכה חדשנית בקשר עם שימוש בתביעות ייצוגיות-קבוצתיות.

ברם, אפילו לגבי הפסיקה הפדראלית של ארצות הברית והפסיקה של קליפורניה, לא נתייחס כאן לכל פסקי הדין שהצטברו במשך השנים. מאמר זה אינו מיועד להיות מאמר מקיף על תביעות ייצוגיות-קבוצתיות לפי המשפט האמריקני. מטרתנו כאן אחרת. אנו מתייחסים למשפט האמריקני לא לשמו, אלא על מנת ללמוד ממנו כיצד לקדם ולפתח את המשפט הישראלי בנושא שלפנינו. נתרכז אפוא בעניינים עיקריים המשקפים את עקרונות ההליך של תביעות ייצוגיות-קבוצתיות במשפט האמריקני וגם את בעיותיו⁴. להלן תרגום לעברית של החלק הראשון של תקנה 23 לתקנות הדין האזרחי הפדראלי:

(א) תנאים מוקדמים לתביעות ייצוגיות-קבוצתיות

מותר להבר יחיד או ליותר מחבר אחד מתוך קבוצה אחת לתבוע, וכן ניתן לתבוע אותם, כצדדים מייצגים מטעם כולם כאשר:

- (1) מספר חברי הקבוצה גדול כל כך שצירוף כל החברים אינו מעשי;
- (2) קיימות שאלות משפטיות או עובדתיות המשותפות לקבוצה (כולה);
- (3) טענות התביעה או ההגנה של הצדדים המייצגים אופייניות לטענות התביעה או ההגנה של הקבוצה (כולה);
- (4) הצדדים המייצגים יגנו בצורה הוגנת ומספיקה על ענייני הקבוצה (כולה).

(ב) תביעות ייצוגיות-קבוצתיות אפשריות

ניתן לנהל תביעה כתביעת ייצוגיות-קבוצתיות בהתמלא התנאים המוקדמים של סעיף קטן (א), ובנוסף על כך אם:

1. ניהול תביעות נפרדות מצד או כנגד חברים יחידים של הקבוצה היה מהווה סיכון לקיום:

- א. פסיקה שונה או בלתי מתיישבת זו עם זו ביחס לחברים יחידים של הקבוצה (או פסיקה) שהיתה יוצרת לצד שכנגד קני-מידה סותרים של התנהגות; או
- ב. פסקי דין ביחס לחברים יחידים של הקבוצה, אשר היו מכריעים למעשה בענייניהם של החברים האחרים, שלא היו צדדים לאותם פסקי הדין, או שהיו מזיקים או מפריעים בצורה מהותית ליכולתם להגן על ענייניהם; או

2. הצד שכנגד הקבוצה פעל, או סירב לפעול, מסיבות שבאופן כללי ניתן ליחסן לקבוצה (כולה), ועל-ידי כך גרם, שתרופה בצורת צו מניעה סופי או בצורת צו הצהרתי לגבי הקבוצה בכלל, תהיה הולמת; או
3. בית המשפט פוסק שהשאלות המשפטיות או העובדתיות המשותפות לקבוצה (כולה) עולות במשקלן על שאלות כלשהן הנוגעות לחברים יחידים בלבד, וכי

4 חומר נוסף בנושא זה ימצא הקורא בנספח ב' המצורף ל"דו"ח".

תביעת-ייצוג-קבוצתית עדיפה על שיטות אפשריות אחרות לצורך הכרעת דין הוגנת ויעילה במחלוקת. העניינים שיש להתחשב בהם לצורך ההחלטה הזאת כוללים:

- א. העניין⁵ שיש לחברים בקבוצה לנהל אישית את התביעה או את ההגנה של תביעות נפרדות;
- ב. ההיקף והאופי של כל התדיינות הנוגעת למחלוקת, אשר כבר הוחל בה על-ידי או כנגד חברים של הקבוצה;
- ג. מידת החיוב או השלילה שבכיוון הדיון בתביעות באותו בית המשפט;
- ד. הקשים העלולים להתעורר בניהול תביעת-ייצוג-קבוצתית.⁶

כדי להגיש תביעת-ייצוג-קבוצתית חייב התובע לקיים את כל התנאים המוקדמים המופיעים בתקנה 23 תקנת משנה (א), וכן לשלב את תביעתו באחד משלושת הסוגים המפורטים בתקנת המשנה (ב). הסוג הראשון של תקנת המשנה 23(ב) מתחלק לשניים. החלק הראשון מתייחס למקרה שבו הצד שכנגד הקבוצה, בין אם הוא תובע ובין אם הוא נתבע, זקוק לכך שחברי הקבוצה שכנגדו יהיו מיוצגים במשפט על דרך הייצוג-הקבוצתי ולא יתנהלו נגדו משפטים נפרדים על-ידי יחידים מן הקבוצה, וזאת — כדי להגן עליו מפני האפשרות שפסקי דין שונים יעמידוהו בפני חיובים הסותרים זה את זה. החלק השני בא להגן על אותם מחברי הקבוצה שהיו עלולים להיזק מפסקי הדין ביחס לחברים יחידים אחרים מתוכה, ושהיו מכריעים למעשה גם בענייניהם, אף-על-פי שהם עצמם לא היו צדדים למשפטים הנוגעים לעניין.

שני החלקים האלה הובאו למעשה מדיני היושר האנגליים, שלפיהם מותר היה להגיש "תביעת שלום" במקרה שבו, בין היתר, היה לכל חברי הקבוצה "עניין משותף". בתקנת המשנה 23(ב)(1) אין אפוא שום חידוש. בנוסף לכך, השימוש בה מוגבל מאוד. לפיכך לא נתעכב על סוג זה של תביעות-ייצוג-קבוצתיות.

תקנת המשנה 23(ב)(2) מרחיבה את השיטה האנגלית המקובלת, מכיוון שלפיה אין צורך שיהיה לכל חברי הקבוצה עניין משותף, אבל היא מוגבלת לעניינים שבהם הסעד המבוקש הוא צו מניעה או פסק דין הצהרתי. רוב השימוש בתקנת המשנה 23(ב)(2) בארצות הברית הוא בתחום זכויות האזרח, כגון תביעות שהגישו תושבים כושים נגד רשויות ממלכתיות בקשר עם מיזוג בתי-ספר⁶. אבל תקנת המשנה 23(ב)(2) אינה מוגבלת רק לענייני זכויות האזרח והיא מאפשרת, לדוגמה, גם הגשת תביעת-ייצוג-

5 במקור מופיעה כאן המלה "interest", שניתן לתרגמה הן כ"עניין" והן כ"התעניינות". אבל ברור לנו, שפה מדובר ב"עניין" במובן של "אינטרס", שהוא מבחן אובייקטיבי, ולא ב"התעניינות" שהוא מבחן סובייקטיבי. ראה: Advisory Committee, Notes on the 1966 Amendments, 39 Federal Rules Decisions 104 (1966): "The court is to consider the interests of individual members of the class in controlling their own litigations and carrying them on as they see fit" (ההדגשה שלנו. ס"ג).
6 ראה פסקי דין כגון: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Keyes v. School Dist.*, 413 U.S. 189 (1973) "Developments — Class Actions" 89 ראה גם: *Harv. L. Rev.* (1976) 1318 (להלן: Developments).

קבוצתית נגד ספק על-ידי קבוצה של בעלי חנויות במטרה למנוע מן הספק למכור את מוצריו במחירים העולים על אלה החוקיים.

החידוש החשוב והגדול שבתקנה 23 נמצא בתקנת משנה (ב)(3). לעיון בה נקדיש את שארית הפרק הזה. כאן כדאי להזכיר שוב, שכדי להגיש תביעה בהתאם לתקנה 23(ב)(3), צריכים להתקיים גם כל התנאים המפורטים בתקנה 23(א). לפיכך נתייחס לפרטי תקנה 23(א) ולתקנה 23(ב)(3) ביוחד.

לפי תקנה 23(א), צריכה קודם כל להיות "קבוצה" ("class"). ברם, ברור שאין צורך שהקבוצה תהיה קיימת באופן מאורגן ככת, או כאירגון, או כאיגוד שחבריו הצטרפו ונרשמו כחברים. המובן הוא אחר ופשוט יותר. "קבוצה" היא סוג אנשים שיש לכל אחד מהם משהו דומה הנוגע לעניין הנדון, כגון העובדה — או לפחות בשלב הזה הטענה — שקרה לכל אחד מהם מעשה או מחדל דומה. אמנם, יש צורך לזהות את חברי הקבוצה בצורה כלשהי, מכיוון שחייבים לדעת מי כלול במסגרת הקבוצה ומי לא, על מנת לקיים את יתר ההנחיות של תקנה 23. אבל הצורך הזה אינו מחייב שהקבוצה תהיה מורכבת מחברים שאותם אפשר לזהות לפי שמותיהם וכתובותיהם. מספיק לזהותם לפי הדבר המשותף להם, כגון המעשה או המחדל הדומה שקרה לכל אחד מהם.

תביעות-ייצוג-קבוצתיות אושרו בארצות הברית לפי תקנה 23 הנ"ל, או לפי תקנות דומות החלות בסדר הדין האזרחי של מספר מדינות בארצות הברית, לגבי קבוצות של אנשים, במקרים שבהם כל אחד מהם נזוק על-ידי אותו המזיק "בשל מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות או כתוצאה של אחד מאלה". המלים המצוטטות לעיל הובאו מתקנה 19 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963 (דהיינו תקנה ישראלית), הנוגעת לצירוף תובעים, אבל היא מגדירה יפה גם את המקרים שבהם — בהתקיים התנאים האחרים — מותר לפי תקנה 23 האמריקנית לתבוע בתביעות-ייצוג-קבוצתיות על-ידי נציגי הניזוקים. בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה התיר, לדוגמה, הגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית מטעם כל נוסעיה של חברת מוניות מסוימת בעיר סן פראנציסקו במשך תקופה מוגדרת בת ארבע שנים. בתביעה זו גטען, שהחברה קיבלה מן הנוסעים במשך התקופה הזאת דמי נסיעה מופרזים בניגוד להוראות החוק. החברה הגתבעת טענה בבקשתה למחוק את התביעה, שהמקרה אינו מתאים לתביעת-ייצוג-קבוצתית, מכיוון שאי אפשר היה "לזהות" את חברי הקבוצה, היינו את הנוסעים. בקשת החברה התקבלה והתביעה נמחקה בערכאה הראשונה, אבל בית המשפט העליון של קליפורניה קיבל את הערעור וקבע בפסק דינו:

"כנראה שהנתבע אינו מבחין בין הצורך להוכיח את קיומה של קבוצה הניתנת לזיהוי ובין הצורך לזהות את יחיד הקבוצה כתנאי להגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית. אם הוכח קיומה של קבוצה הניתנת לזיהוי, אין צורך לזהות את חברי הקבוצה...".

תקנת המשנה 23(א)(1) דורשת, שמספר חברי הקבוצה יהיה גדול כל כך עד כדי למנוע באופן מעשי את צירוף כל חברי הקבוצה בתובענה אחת. הסיבה לתנאי הזה ברורה. אם אפשר לצרף את כל חברי הקבוצה בתובענה אחת, אין שום צורך בנציגות

7 *Daar v. Yellow Cab Co.*, 433 P. 2d 732, 740 (Calif. 1967)

ועדיין חל הכלל שלפיו עדיף שכל בעל דין ישתתף אישית בניהול משפטו. התהליך של תביעת-ייצוג-קבוצתית, על כל סוגיה, בא להקל על המעוניינים רק במקרים שבהם לא כל המעוניינים יכולים להשתתף במשפט אישית. אין תשובה סופית בפסיקה האמריקנית לגבי שאלת הגדרת מספר "גדול כל כך" למטרת תקנת המשנה 23(א)(1) וכל מקרה נבדק לגופו.⁸

התנאי השני של תקנת המשנה 23(א) דורש את קיומן של שאלות, עובדתיות או משפטיות, המשותפות לחברי הקבוצה, ותו לא. התנאי הזה חל על כל הסוגים של תביעות-ייצוג-קבוצתיות, כתנאי מוקדם מינימאלי. ברם לגבי תביעות-ייצוג-קבוצתיות בהתאם לתקנת המשנה 23(ב)(3), שהוא הסוג המעניין אותנו במיוחד, גדרש יותר. לפי תקנה 23(ב)(3) חייב בית המשפט להחליט שהשאלות המשותפות, בין עובדתיות ובין משפטיות, עולות במשקלן ("predominate") על השאלות שאינן משותפות. בשום מקרה הנופל בגדר תקנת המשנה 23(ב)(3), לעומת תקנות המשנה האחרונות של תקנה 23, אין הכרח לאפשר הגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות כדי להגן על בעלי הדין או על מעוניינים אחרים. ואף-על-פי כן, התקנה מאפשרת תביעות כאלה כדי לחסוך זמן, טירחה והוצאות ועל מנת להשיג תוצאות זהות לגבי אנשים הנמצאים באותו מצב.

המטרות הללו לא תוגשמה, אם השאלות שאינן משותפות הנוגעות ליחיד הקבוצה לחוד, עולות במשקלן על השאלות המשותפות לקבוצה כולה. במלים אחרות, הדבר היחיד הקושר את חברי הקבוצה זה אל זה במקרים כאלה הוא עניין השאלות המשותפות; השאלות המשותפות הן היוצרות את הקבוצה. אין אפוא טעם לאשר תביעת-ייצוג-קבוצתית מסוג זה, אם השאלות המשותפות אינן עולות במשקלן על השאלות שאינן משותפות.

ברם, אין זאת אומרת שכל השאלות חייבות להיות משותפות, ואפילו לא שכל השאלות הנושבות צריכות להיות משותפות. כך, לדוגמה, במקרה של מרמה, שבו רובו הרבה לקוחות על-ידי אותו ספק באותה צורה במשך תקופה מוגבלת, ניתן להגיש תביעת-ייצוג-קבוצתית אף-על-פי שאחרי שהוכחה אחריותו של הספק יתעורר הצורך להכריע בנפרד ולחוד בדבר הנזק שנגרם לכל אחד מן המרומים.⁹ הכלל החשוב הוא, שהגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית אינה פסולה רק בשל הצורך להכריע בשאלות לא משותפות לגבי הנזק שנגרם. מאידך גיסא, ייתכן שמקרה מרמה לא יתאים לתביעת-ייצוג-קבוצתית, אף-על-פי שיש בו דבר משותף כלשהו, אם התיאורים שמסר הספק ללקוחותיו שונים זה מזה באופן משמעותי, או אם הלקוחות השונים סמכו על דברי הספק בצורות שהן שונות באופן משמעותי זו מזו.¹⁰

במקרה אחד, טיפוסי מאוד, ואסקו נ' בית המשפט,¹¹ הוגשה תביעת-ייצוג-קבוצתית

8 ראה, לדוגמה: *Citizens Banking Co. v. Monticello State Bank*, 143 F. 2d 261 (8th Cir. 1944); *Atwood v. National Bank of Lima*, 115 F. 2d 861 (6th Cir. 1940).

9 ראה: Advisory Committee Notes on the 1966 Amendments, 39 Federal Rules: Decisions 103.

10 שם.

11 *Vasquez v. Superior Court of San Joaquin Co.*, 484 p. 2d 964 (Calif. 1971) (להלן: פסק דין ואסקו).

מטעם קבוצת צרכנים, בת 200 איש, נגד ספק אחד. בכתב התביעה טענו נציגי הקבוצה, שכל אחד מחברי הקבוצה רומה על-ידי הנתבע בקשר עם קניית מקררי הקפאה, קנייה שהיתה מותנית בקניית מזון קפוא. כתב התביעה דרש ביטול החוזים שחתמו הקונים עם הספק וכן פיצוי על הנזק שנגרם לכל אחד מהם. בית המשפט במדינת קליפורניה מחק את כתב התביעה בערכאה ראשונה בהטעימו, שהמקרה לא התאים להיות מנוהל כתביעת-ייצוג-קבוצתית, מכיוון שכל חבר מחברי הקבוצה צריך היה להוכיח הן שהוא רומה אישית והן את שיעור הנזק שנגרם לו. ברם, בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה קיבל את הערעור וקבע, שהמקרה אמנם מתאים להיות מנוהל כתביעת-ייצוג-קבוצתית. בפסק דינו ציין בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה שבכתב התביעה נטען, שכל חברי הקבוצה גרו באיזור מסוים, שהם רומו בתקופת זמן מוגדרת ושאפשר היה לזהותם בעזרת רשימות הנתבע. בית המשפט המשיך והרגיש, שבכתב התביעה נטען שכל חברי הקבוצה חתמו על אותם חוזים אחידים שהכין הספק ושסוכני הספק מסרו בעל-פה תיאורים דומים לכל הקונים. לבסוף אמר בית המשפט: "על אף שכל חבר מן הקבוצה יצטרך בצורה כלשהי להוכיח את הנזק שנגרם לו לחוד, הסיבה הזאת אינה פוסלת את ניהול המשפט כתביעת-ייצוג-קבוצתית". בפסק הדין הנה התייחס בית המשפט העליון הנ"ל באופן כללי יותר גם לתועלת הצומחת ממתן רשות להגיש תביעת-ייצוג-קבוצתית בעניין כזה ואמר:

"Frequently numerous consumers are exposed to the same dubious practice by the same seller so that proof of the prevalence of the practice as to one consumer would provide proof for all. Individual actions by each of the defrauded consumers is often impracticable because the amount of individual recovery would be insufficient to justify bringing a separate action; thus an unscrupulous seller retains the benefits of its wrongful conduct. A class action by consumers produces several salutary by-products, including a therapeutic effect upon those sellers who indulge in fraudulent practices, aid to legitimate business enterprises by curtailing illegitimate competition, and avoidance to the judicial process of the burden of multiple litigation involving identical claims. The benefit to the parties and the courts would, in many circumstances, be substantial."¹²

פסק דין ואסקו משקף את אחד המקרים שבהם שימוש בתביעת-ייצוג-קבוצתית על-ידי צרכנים הוא טבעי, היינו, עניינים הנוגעים לחוזים אחידים. במקרה טיפוסי אחר, הפעם בנוגע לשכר עבודה, פנטלנד נ' דראבו בע"מ¹³, התיר בית משפט פדראלי לער-עורים הגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית בעבור כ-500 פועלים ופועלים-לשעבר של הנתבע. בכתב התביעה טענו, שבניגוד לחוק הפדראלי האמריקני בעניין שכר מינימאלי, לא שילם הנתבע (המעביד) לפועליו את השכר המגיע להם בעד עבודתם בשעות נוספות, ולכן תבעו פיצויים לכל אחד מחברי הקבוצה. גם פסק הדין הזה משקף מקרה טיפוסי

12 שם, 968, 969.

13 *Pentland v. Dravo Corp.*, 152 F. 2d 851 (3d Cir. 1945).

של שימוש בתביעות ייצוג קבוצתיות, היינו, קבלת פיצויים מחמת הפרת חיוב כספי הנובע מחקיקה במקרה שבו הפר הנתבע את החוק במעשה אחד, או בסדרה של מעשים, בצורה דומה כלפי כל אחד מקבוצת אנשים.

השאלה, אם איזה מקרה מתאים להגשת תביעת ייצוג קבוצתית מבחינת היחס בין השאלות המשותפות ובין השאלות שאינן משותפות, אינה ניתנת להגדרה בכללים מפורטים הרבה יותר מאלה שהוכרו לעיל, ובסופו של דבר כל מקרה דורש בדיקה לגופו והכרעה לפי שיקול דעתו של השופט. החלק השני של המשפט הראשון בתקנת המשנה 23(ב)(3) דורש גם בדיקה לגופו של כל עניין ושיקול דעתו של שופט כדי להגיע למסקנה הנדרשת, אם במקרה הנדון הגשת התביעה כתביעת ייצוג קבוצתית היא הדרך הטובה ביותר, מבין הדרכים האפשריות, ליישוב המחלוקת באופן הוגן ויעיל.

מנסחי התקנה הציעו, שבנוסף לאפשרות הגשת תביעות רגילות נפרדות יתחשבו השופטים בדרכים הלופיות אחרות ליישוב המחלוקת, כגון האפשרות לצרף תביעות נפרדות לדיון אחד והאפשרות שהנוגעים בדבר יסכימו שמשפט אחד ישמש כמשפט מבחן, שיכריע בזכויות של כולם.¹⁴ ברם, בדרך כלל חייב השופט להחליט אם להתיר ניהול תביעה כתביעת ייצוג קבוצתית אם לא, בהתבססו על ההנחה שאם אינו מתיר זאת בשארית רק הדרך להגשת תביעות נפרדות רגילות. לצורך ההחלטה לגבי יעילות והגינות ניתן בידי השופט שיקול דעת רחב, שהפרטים המנויים ברשימת השיקולים א—ד של תקנת המשנה 23(ב)(3) אינם מגבילים אותו בהרבה. הסיבה לכך כפולה: ראשית, רשימת השיקולים אינה סגורה ומותר לשופט להביא בחשבון דברים נוספים. שנית, הפריטים עצמם אינם מפורטים, והמשקל שניתן לכל אחד מהם והיחס שביניהם אינם מוגדרים כלל.

ייתכן, שענייניהם של כל אחד מחברי הקבוצה בניהול מהלך המשפט באופן עצמאי הם חזקים עד כדי להצדיק דרישה שלא לאשר הגשת תביעת ייצוג קבוצתית. זה ייתכן, לדוגמה, במקרים שבהם נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה נזק קשה ובעל משמעות כספית גדולה. מכאן שבדרך כלל באסון המוני, כגון תאונה שבה נהרגו או נפצעו נוסעי מטוס, אין מקום לתביעת ייצוג קבוצתית. מאידך גיסא, מקרים, שבהם לכל אחד מחברי הקבוצה נגרם נזק קל מבחינה כספית, מתאימים מאוד להגשת תביעות ייצוג קבוצתיות, ואמנם זהו השימוש העיקרי שנעשה בתקנת המשנה 23(ב)(3). במקרים כאלה האפשרות שכל אחד מחברי הקבוצה יגיש את תביעתו בנפרד אינה מעשית ותקנת המשנה 23(ב)(3) מאפשרת תביעה מרוכזת במקרים שאילמלא כן לא היו מוגשות לגביהם תביעות כלל.

בנוסף לעניינים הנוגעים לטובתם של חברי הקבוצה מותר לשופט להביא בחשבון, לפי התקנה שבנדון, שיקולים לגבי עומס העבודה שהיתה מוטלת על בעל הדין שכנגד ועל מערכת בתי המשפט, אילו היו מוגשות תביעות נפרדות במקום תביעת ייצוג קבוצתית.

תקנת המשנה 23(ב)(3) דורשת להביא בחשבון גם את שיקול הכדאיות שבריכוז כל התביעות, על ידי תביעת ייצוג קבוצתית באותו בית המשפט שבו הוגשה, לעומת בתי

14 ראה: Advisory Committee Notes on the 1966 Amendments, 39. Federal Rules Decisions 103. ראה גם: Katz v. Carte Blanche Corp., 496 F. 2d 747, cert. denied, 414 U.S. 885 (1974).

משפט אחרים שבהם ניתן להגיש תביעות נפרדות מתוך אלה הכלולות בתביעת הייצוג לבסוף דורשת התקנה שיקול דעתו של השופט לגבי בעיות הניהול של תביעת-ייצוג קבוצתית במקרה הנדון. קשיי ניהול עלולים להתעורר, לדוגמה, ממספר מופרז של חברי הקבוצה או ממספר גדול של נציגים, או ממספר גדול של השאלות השנויות במחלוקת או סיבוכן וכדומה.

בנוסף לשיקולים המפורטים בתקנת משנה 23(ב)(3) סותרים פסקי דין אמריקניים זה את זה לגבי השאלה, אם חייב השופט, או לפחות אם מותר לו, להביא בחשבון בהכרעתו לפי פיסקה זו את הערכתו בקשר עם סיכויי הקבוצה לזכות בתביעתה¹⁵. תקנת משנה 23(א) מתייחסת גם לאיכות הייצוג ודורשת כתנאי מוקדם לאישור הגשת תביעה כתביעת-ייצוג קבוצתית, שהנציגים "יגנו בצורה הוגנת ומספיקה על ענייני הקבוצה (כולה)". היא דורשת עוד, שלנציגים תהיינה טענות שהן טיפוסיות לטענות הקבוצה כולה.

תקנה 23 ממשיכה ומורה את סדר הדין הדרוש להכרעה בכל השאלות הנ"ל. היא מצווה בפיסקה קטנה (ג)1(1) ש"בהקדם האפשרי אחרי התחלת משפט המתנהל בהליכי ייצוג קבוצתיים, יורה בית המשפט בצו אם ניתן לנהל את התביעה כתביעת-ייצוג קבוצתית. הוראה לפי תקנת המשנה הזאת יכול שתהיה מותנית בתנאי ועד לקביעת פסק הדין ניתן לשנותה או לתקן אותה". במלים אחרות, בראשית מהלך המשפט חייב השופט להתליט, אם מכל הבחינות הנ"ל, מתאימה התביעה שהוגשה או אם אינה מתאימה להתנהל כתביעת-ייצוג קבוצתית. בדרך כלל מגישים בעלי הדין סיכומי טיעונים בקשר עם השאלות הללו ולעתים אפילו מתנהל דיון בעל-פה עליהן. תקנת המשנה הזו מוסיפה ואומרת, שמותר לשופט להורות הוראה מותנית, כגון לאפשר קיום התביעה כתביעת-ייצוג קבוצתית, בתנאי, שאיכות הייצוג תשתפר על-ידי הוספת נציגים דרושים אחרים, או בתנאי שישינו את הגדרת הקבוצה, על מנת להוציא ממנה אנשים בעלי עניינים המנוגדים לעניינם של רוב חברי הקבוצה, או לצמצם ככל האפשר את ההכרח להכריע בפלוגתות שאינן משותפות לכל חברי הקבוצה¹⁶. מכיוון שההחלטה לאשר טיפול בתביעה כתביעת-ייצוג קבוצתית ניתנת בראשית מהלך המשפט וייתכן שבשלב זה עוד קשה מאוד לצפות את כל הקשיים העלולים להתעורר, כגון בעיות ניהול, אומרת התקנה בפירושו, שכל הוראה הניתנת בהתאם לפיסקה הזאת ניתנת לשינוי או לתיקון בכל עת עד למועד קביעת פסק הדין.

תקנת המשנה 23(ג) ממשיכה ומורה:

"בכל תביעת-ייצוג קבוצתית בהתאם לתקנת המשנה (ב)3(3) ימסור בית המשפט להברי הקבוצה את ההודעה (המעשית) הטובה ביותר לאור הנסיבות, ובכלל זה הודעה אישית לכל חברי הקבוצה שניתן לזהותם במאמץ מתקבל על הדעת. ההודעה תאמר לכל חבר (קבוצה) כי:

(א) בית המשפט יוציאו מן הקבוצה אם הוא יבקש זאת עד למועד שנקבע בהודעה; (ב) פסק הדין, בין אם לזכות ובין אם לחובה (מבחינת הקבוצה) יכול

15 ראה: Developments, 1418—1419.

16 התנאים הנזכרים לעיל אינם מפורטים בתקנה, אבל הם דוגמאות לתנאים ששופטים משתמשים בהם בהפעילם את תקנת המשנה הזאת. ראה גם להלן, בעמ' 444—445.

את כל חברי הקבוצה שאינם מבקשים להוציאם ממנה; (ג) כל חבר (הקבוצה), שאינו מבקש הוצאתו רשאי, אם רצונו בכך, להופיע במשפט באמצעות עורך דינו".

המגמה כאן ברורה. על תוצאות המשפט, בין אם הקבוצה זוכה ובין אם לא, יחול עיקרון מעשה-בית-דין. היינו, כל חבר בקבוצה שאינו מבקש להוציא ממנה, יזכה אם הקבוצה תזכה, ועילתו תושתק אם תביעת הייצוג תידחה. מאידך גיסא, אם חבר קבוצה מבקש להוציא ממנה, הוא יוצא לגמרי מהקבוצה ולא ישתתף לא בפרי נצחונה ולא בתוצאות כשלונה של הקבוצה. הברירה בידי כל אחד מחברי הקבוצה, אבל ראוי להדגיש שכדי להסתלק על חבר הקבוצה לבקש זאת. אם הוא מקבל את ההודעה ואינו מבקש להוציא, הוא לא יוצא. יותר מזה, אפילו אם חבר הקבוצה אינו מקבל את ההודעה, ולפיכך אינו מבקש את הוצאתו מהקבוצה, אולם ההודעה נשלחה כהלכה בהתאם להוראות הנ"ל, שעליהן נתעכב להלן, יחשבוהו כחבר הקבוצה ויחול עליו עקרון מעשה-בית-דין, גם אם תביעת הקבוצה תידחה. עלינו לציין גם, שאם הקבוצה לא תזכה, הוצאה השלילית היחידה שתחול על חברי הקבוצה שאינם מוצאים אבל גם אינם משתתפים במשפט אישית, היא תחולת מעשה-בית-דין, ולא דווקא חובות לגבי הוצאות המשפט של הצד שכנגד.¹⁷ לפי השיטה המקובלת בארצות הברית, כמו בשיטה הישראלית, הייב המפסיד במשפט בדרך כלל להחזיר לזוכה את "הוצאות" המשפט; ברם, לעומת השיטה הישראלית, אין ה"הוצאות" האלה כוללות בארצות הברית את שכר טירחת עורך דינו של הזוכה, ולכן הן בדרך כלל אינן משמעותיות מבחינה כספית, ולגבי תביעות ייצוגיות קבוצתיות, שבהן הקבוצה אינה זוכה, על נציגי הקבוצה לשלם לצד שכנגד את הוצאותיו, שכאמור אינן כוללות שכר טירחת עורך דינו.¹⁸

לפני תיקון תקנה 23 ב-1966 לא היה על בית המשפט להחליט בראשית המשפט במפורש על קיומם של התנאים המצדיקים הגשת תביעת ייצוגיות קבוצתית, או לשלוח הודעות לחברי הקבוצה על הברירה להסתלק מן הקבוצה. לפי השיטה שהיתה מקובלת אז, אם הקבוצה היתה זוכה, זכו כל חברי הקבוצה ויכלו להשתתף בפרי הנצחון. ברם, אם הקבוצה לא הצליחה בתביעתה, שום תוצאה לא היתה חלה על חברי הקבוצה שלא השתתפו אישית במשפט. על הגישה "החד-סיטרית" הזאת נמתחה ביקורת חריפה, ושינוי הגישה הזאת היה אחת המטרות העיקריות של תיקון התקנה ב-1966. עכשיו אחרים מותחים ביקורת על הגישה הנוכחית, שלפיה חל עקרון מעשה-בית-דין גם על חברי הקבוצה שלא השתתפו אישית במשפט, ושכמקרים נדירים אפילו לא ידעו עליו.¹⁹ ברם, זה אינו המקרה היחיד בדין האמריקני שבו אנשים המיוצגים במשפט מפסידים את עילותיהם אם הנציג נכשל.²⁰ אגב, יש מקרים כאלה גם בדין הישראלי,

17 הוצאות הקבוצה המפסידה הן על תשבון הנציגים.

18 להלן בפרק ד אנו מתייחסים לבעיית ההוצאות במשפט הישראלי ושם גם נפרש ונפרט יותר את השיטה האמריקנית. ראה להלן, עמ' 440—441.

19 Developments, 1304—1402.

20 ראה: R. G. Casad, *Res Judicata* (West Nutshell Series, 1976) 182—202; A. D. Vestal, *Res Judicata* (Matthew Bender, 1969) V-102—V-129.

כפי שיובהר להלן, העיקר הוא, שהייצוג יתנהל כראוי ושקימות סיבות מגיחות את הדעה על מנת לחייב את המיוצג בתוצאות המשפט המתנהל על-ידי נציגו.

יתר על כן, לגבי תביעות-ייצוג-קבוצתיות בסוג הנדון תחולת מעשה-בית-דין, כאשר הקבוצה מפסידה, היא בדרך כלל חסרת משמעות מעשית, מפני שמדובר בהשתקת עילות בעלות ערך כספי קטן מאוד שבלאו הכי לא היה כדאי להגיש אותן בנפרד. משותקות אפוא עילות, שממילא לא היו מוגשות תביעות בהתבסס עליהן.

אף-על-פי כן קובעת תקנת המשנה 23(ג)(2), כי על בית המשפט לשלוח הודעה לחברי הקבוצה ולאפשר להם להסתלק מן הקבוצה, היינו מתוצאות המשפט, בין אם הן חיוביות ובין אם הן שליליות. התקנה אינה מחייבת המצאת הודעה אישית לכל אחד מחברי הקבוצה בכל מחיר. היא דורשת רק משלוח ההודעה המעשית הטובה ביותר לאור נסיבות העניין. בית המשפט העליון של ארצות הברית פירש את הכלל לגבי משלוח ההודעה המעשית הטובה ביותר לאור הנסיבות עוד בטרם הותקנה תקנת המשנה הזאת ככלל שמחייב מאמצי זיהוי ואיתור השווים לאלה שהיה משתמש בהם איש עסקים הרוצה למסור הודעה לחברי הקבוצה בעניין עסקי חשוב, אך המוכרח להתחשב גם במחיר המשלוח, הן מבחינה כספית והן מבחינת הטירחה הכרוכה בכך.²¹ לפי הכלל הזה ניתן להשתמש בהודעה אישית או במודעה פומבית, או בשתייהן גם יחד. הכל תלוי בנסיבות העניין, כגון מספר חברי הקבוצה, הקושי לזהות או למצוא אותם, הערך הכספי של העילות השייכות לחברי הקבוצה, היכולת לזהות ולמצוא מספר ניכר של חברי הקבוצה על מנת להבטיח פיקוח על הנציגות וכ'ו.²²

ברם, תקנת המשנה 23(ג)(2) אינה מסתפקת בכלל הזה. היא ממשיכה ואומרת שההודעה המעשית הטובה ביותר לאור הנסיבות כוללת "המצאה אישית לכל חברי הקבוצה שניתן לזהותם במאמץ מתקבל על הדעת". ברור, שאם זיהוי חברי הקבוצה, או מקצתם, אינן ניתן לגילוי במאמץ סביר, אין שום חובה להודיע אישית לאלה שזהותם לא נתגלתה. התוצאה הזאת מתיישבת יפה עם הכלל שעל-פיו הצורך הוא רק להתאמץ באופן סביר להודיע לחברי הקבוצה. ברם, כאשר ניתן לזהות את חברי הקבוצה וגם לגלות את מקומות המגורים שלהם, מתעוררת השאלה האם יש, במקרה כזה, חובה להמציא הודעה אישית לכל אחד ואחד מהם בלי להתחשב במחיר המשלוח עצמו. בפסק הדין אייזון ג' קרלייל וגאקלין קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית ב-1974, כי בנסיבות כאלה מוכרחים להודיע אישית לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה.²³ באיזון הוגשה תביעת-ייצוג-קבוצתית על-ידי נציג האנשים שקנו או מכרו מניות מסוג מסוים בבורסה של ניו-יורק בין 1 במאי 1962 ל-20 ביוני 1966. התביעה הוגשה נגד שניים מסוכני המניות הגדולים ביותר. הנציג טען, שהסוכנים קיבלו מן העוסקים במניות שבנדון דמי תיווך מופרזים בניגוד לחוק. במהלך הדיונים בשאלה, אם לאפשר הגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית בעניין זה, שנמשך שמונה שנים, התברר שחברי הקבוצה מונים כ-6,000,000 איש ושניתן לגלות ולזהות בקלות את מקום המגורים של כ-2,250,000 מהם. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע שבנסיבות אלה מחייבת

21 ראה: *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306 (1950)

22 שם.

23 *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974) (להלן: אייזון).

תקנת המשנה 23(ג) (2) משלוח הודעה אישית לכל אחד מ-2,250,000 אנשים אלה וואת למרות שהיה ברור מראש שנוציגי הקבוצה לא יוכלו לעמוד בחיוב לשלם את מחיר המשלוח ושיאלצו אפוא להפסיק לתבוע. בפירוש קפדני זה לתקנה קבע בית המשפט, ששיקול הדעת לגבי מאמצים מתקבלים על הדעת מתייחס רק לזיהוי חברי הקבוצה ולא למשלוח עצמו. בית המשפט דחה בפירוש את הצעת נציגי הקבוצה לשלוח הודעה אישית לכ-2,000 אנשים שהשתתפו בעשר עסקאות או יותר במשך התקופה, ולעוד 5,000 מחברי הקבוצה שנבחרו באקראי בעזרת מחשב. בית המשפט אף סירב להטיל על הנתבעים חלק כלשהו מהוצאות המשלוח.

גישתו הקפדנית הוואת של בית המשפט העליון בארצות הברית מגבילה למדי את האפשרות להגיש תביעות ייצוגיות קבוצתיות המוניות כאלה בבתי משפט פדראליים בהתאם לתקנת 23, וייתכן מאוד שהגישה משקפת גם אי-שביעות רצון השוררת בכמה בתי משפט ובחוגים אחרים לגבי תביעות ייצוגיות קבוצתיות מסוג זה.²⁴ באיזון, לדוגמה, התברר שייחכן שמתוך 6,000,000 חברי הקבוצה רק מיעוט קטן מאוד היה מבקש, בסופו של דבר, לקבל את מה שמגיע לו אפילו אם הקבוצה היתה זוכה. אף חבר מחברי הקבוצה לא התעניין במשפט במשך הזמן שהוא היה בטיפול. עובדה זו אינה מפתיעה, שכן, אף אם הקבוצה היתה זוכה, היה מגיע לחבר הקבוצה סך של \$3.90 בממוצע. הנציג עצמו תבע מטעמו \$70. מאידך גיסא, ייתכן שמחיר ניהול התביעה היה עולה מיליוני דולרים. אין אפוא להתפלא על כך, שבית המשפט העליון של ארצות הברית לא חשב לנכון לעודד הגשת תביעה כזאת.

ייתכן שמשפט איזון מוגזם מבחינת מספר חברי הקבוצה והנזק הכספי, הקטן יחסית, שנגרם לכל אחד מהם. אבל הוא משקף בעיה כללית לגבי תביעות ייצוגיות קבוצתיות, המטרידה חוגים שונים ובכלל זה שופטים, עורכי דין ואקדמאים. בתביעות ייצוגיות קבוצתיות מגדירים כמה אנשים את עצמם כנציגי הקבוצה ומגישים תביעות ייצוגיות קבוצתיות בשם הקבוצה. ייתכן שהנציגים הם עצמם עורכי דין, אבל אפילו אם התובעים אינם עורכי דין, המרכז האמיתי המפעיל את הגשת התביעה הוא בדרך כלל עורך הדין המייצג את הנציגים. אם תזכה הקבוצה, יקבל עורך הדין את שכר טירחתו מן הפיצויים שישלם הנתבע.

הגשת תביעות ייצוגיות קבוצתיות מאפשרת לאיש אחד או לכמה אנשים לתבוע סכום ענקי מן הנתבע, בלי להודקק ליותר מעילה אישית בעלת ערך קטן מאוד. בעינינו

24 ייתכן שגישה זאת באה לידי ביטוי על-ידי בית משפט העליון של ארצות הברית גם בקביעתו, שבהערכת סכום התביעה או שווי העניין לצורך הסמכות העניינית של בתי המשפט הפדראליים, שלעניין זה נדרש בדרך כלל סכום או שווי העולה על \$10,000, הסכום הקובע לגבי תביעות ייצוגיות קבוצתיות בהתאם לתקנת המשנה 23(ב) (3) אינו הסכום הכולל של כל העילות של חברי הקבוצה, אלא סכום או שווי העניין של כל עילה בנפרד. ראה: *Zahn v. International Paper Co.*, 414 U.S. 291 (1973). במלים אחרות: בית המשפט פסק, שבדרך כלל אין להגיש תביעות ייצוגיות קבוצתיות בבית משפט פדראלי בהתאם לתקנת המשנה 23(ב) (3), אלא אם השווי של כל אחת מן העילות הנפרדות השייכות לחברי הקבוצה עולה על \$10,000. גם פסק הדין הזה נראה לנו מתמיר מאוד וכמובן שמנע את השימוש בתקנת המשנה 23(ב) (3) דווקא במקרים שלהם מיועדת תקנת המשנה הוואת, היינו ריכוז תביעות קטנות. ראה גם להלן, הערה 26.

ובעני מומחים רבים²⁵, יש בכך היבטים חיוביים שנדבר עליהם להלן, אבל האפשרות הזאת מעוררת גם חשש מפני שימוש לרעה בהליך זה כאמצעי "סחיטה". נתבע העומד בפני תביעה גדולה ייתכן שיהא נוטה להשתדל "ליישב" את העניין עם הנציגים אפילו אם הוא חושב שאינו חייב, מכיוון שאם בסוף המשפט יהיה בדין, הוא יאלץ לשלם את הסכום הגדול במלואו. זאת ועוד: אם לא יישב את העניין, יצטרך להוציא מכספו כדי להתגונן במשפט, ולפי השיטה האמריקנית רוב הכסף הזה לא יוחזר לו, אפילו יזכה בדין. לבסוף, יש מקרים לא מבוטלים שבהם שמו הטוב של הנתבע, שהוא בדרך כלל חברת עסקים, יינזק מעצם פרסום העובדה שהוא נתבע לסכום כל כך גדול. ייתכן שהנזק הזה יוחמר על-ידי ההודעות הנשלחות לחברי הקבוצה אם, למשל, חברי הקבוצה הם לקוחות קבועים של הנתבע. אפילו אין זה המצב, עלולות הודעות לאנשים רבים להגדיל את הסכנה שהציבור הרחב יידע על הגשת התביעה ועובדה זו בהחלט לא תהא לטובת הנתבע.

ייתכן גם, שהתובע-הנציג יתעניין ביישוב המחלוקת בדרך של קבלת "שוחד" תמורת הסכמתו להפסיק את המשפט, מפני שעניינו הכספי האישי של התובע בסכום הכולל שנתבע הוא, בדרך כלל, קטן מאוד יחסית. ייתכן אפוא, שהתובע-הנציג יסתפק בקבלת שווי עניינו כפול פעמים רבות, וכן תשלום לעורך דינו. בכך נוצרו הטעמים המעודדים סחיטה ושוחד²⁶.

יחד עם זאת, אותן הנסיבות המאפשרות לכאורה שימוש לרעה בפרוצדורה של ייצוג-קבוצתי, המעוררות השקפות שליליות לגביה והצעות לביטולה, או לפחות לצמצומה, הן גם המצדיקות את השימוש בה ומבליטות את יתרונותיה. כבר הזכרנו, שהיכולת לרכוש בתובענה אחת עליות קטנות מאפשרת הגשת תביעות, שאילו כן לא היו מוגשות. הגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית מאפשרת קבלת פיצויים על-ידי נפגעים רבים במקרים שבהם נגרם לכל אחד מן הנפגעים נזק קל מבחינה כספית, ושאיילמלא האפשרות לרכוש את התביעות כלל לא היה כדאי להם לתבוע. המצב בולט בארצות הברית, שבה בתי דין לתביעות קטנות אינם מופעלים כראוי²⁷, וכן, כפי שהזכרנו לעיל, תובע הנוכח בתביעתו אינו מקבל מן הנתבע החזר שכר טירחת עורך דינו. יוצא אפוא, שבהרבה מקרים ריכוז התביעות על-ידי הגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית הוא הדרך היחידה לנפגעים לקבל את הפיצויים המגיעים להם לפי החוק. שנית, באותה מידה שתביעת סכום כסף גדול עלולה לעודד סחיטה ושוחד, עשויה ידיעתם של יצרנים וספקים שהם עומדים לפני אפשרות להיתבע בידי צרכנים, אם מוצריהם אינם פועלים כראוי, או אם הם מרמים את לקוחותיהם, להרתיע אותם ממרמה ומרשלנות. בנוסף לעניין הפיצויים עצמם, מהווה אפוא הגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות, והאפשרות שתיתכן

25 ראו, למשל, המאמרים הנזכרים בהערה 28 להלן.

26 ראה: Handler, "The Shift From Substantive to Procedural Innovations in Anti-trust Suits" 71 *Columb. L. Rev.* (1971) 1; Kirkpatrick, "Consumer Class Litigation" 50 *Ore. L. Rev.* (1971) 21

27 ראה: Steadman & Rosenstein, 121 *U. Pa. L. Rev.* (1973) 1309; "Note — The Persecution and Intimidation of the Law Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California" 21 *Stan. L. Rev.* (1969) 1657

הגשתו, מכשיר לאכיפת החוק על-ידי אנשים פרטיים, במקביל ובנוסף להליכים ממלכתיים המופעלים על-ידי מוסדות ממשלתיים.

המצדדים בהגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות מצביעים על הטעמים הנ"ל וטוענים גם שאפשר לצמצם, אם לא למנוע לגמרי, את השימוש לרעה בשיטה זו, ושמצעים להגשים את המטרה הזאת נמצאים בתקנה 23 עצמה²⁸. כבר הזכרנו לעיל, שתקנת המשנה 23(א) מורה, כתנאי מוקדם לתביעת-ייצוג-קבוצתית, שהנציגים "יגנו בצורה הוגנת ומספיקה על ענייני הקבוצה"; וכן מחייבת תקנת המשנה 23(ג) את השופט לבדוק ולהכריע בראשית מהלך המשפט שכך המצב. כבר הזכרנו גם את החיוב להודיע לחברי הקבוצה על הגשת התביעה וכן את הזכות הניתנת לפי תקנת המשנה 23(ג) לכל אחד מהם להופיע במשפט על-ידי עורך דינו.

תקנת המשנה 23(ד) מעניקה לבית המשפט סמכויות נוספות לשלוט על מהלך המשפט. תקנת המשנה הזאת קובעת שבמהלך המשפט רשאי בית המשפט

"(2) ... לחייב, על מנת להגן על חברי הקבוצה, או מטעמים אחרים שמגמתם להבטיח מהלך הוגן של התביעה, כי תינתן הודעה לחברי הקבוצה כולם או מקצתם, בדרך שיקבע בית המשפט על כל שלב משלבי המשפט, או על ההיקף המוצע של פסק הדין, או על מתן אפשרות לחברי הקבוצה לציין, אם לדעתם הייצוג הוא הוגן ומספיק, או להתערב ולהגיש תביעות או הגנות, או להשתתף במשפט בדרכים אחרות; ו-(3) להטיל תנאים על הצדדים המייצגים או על המתערבים ..."

ההוראות האלה נותנות בידי השופט כלים המאפשרים לו להגן על ענייני חברי הקבוצה והציבור הרחב נגד קנוניה בין נציגי הקבוצה התובעת מצד אחד ובין הנתבע מצד שני.

תקנת המשנה 23(ה) מגבירה את יכולת ההגנה בעזרת ההוראה ש"שום תביעת-ייצוג-קבוצתית לא תופסק ולא תתקבל פשרה לגביה בלי אישור בית המשפט, וכי הודעה על ההפסקה או הפשרה המוצעות, תימסר לכל חברי הקבוצה בדרך שיקבע בית המשפט". לתקנת משנה זו המגמה הספציפית למנוע קנוניה בין הנציגים ובין הנתבע להפסיק את המשפט לרעת חברי הקבוצה.

בגלל היתרונות של הגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית והאפשרות לגבור על חסרונותיה או לצמצם אותם בעזרת פיקוחו והשגחתו של השופט, יש השואפים לחזק, להגביר ולהרחיב את המכשיר על מנת להגשים את מטרותיו, וזאת בניגוד לאלה הרוצים לבטל או לצמצם את השימוש בכלי דיוני זה²⁹. כפי שהזכרנו לעיל, בתביעת ייצוג טיפוסית שאלת אחריותו של הנתבע היא שאלה משותפת, ולעומת זאת קביעת הנזק הנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה מחייבת בדרך כלל הכרעות נפרדות לגבי כל אחד מהם

28 ראה: Dole, "Consumer Class Actions Under Recent Consumer Credit Legislation" 44 *N.Y.U.L. Rev.* (1969) 80; Eckhardt, "Consumer Class Actions" 45 *Notre Dame L. Rev.* (1970) 663; Weinstein, "Some Reflections on the 'Abusiveness' of Class Actions" 58 *F. R.D.* (1973) 299.

29 שם.

בנפרד. במקרים כאלה ברור, שחבר קבוצה לא יפוצה, אם אינו מוכיח אישית את הנזק שנגרם לו, וסך הכל של הנזק המוכח על-ידי כל אחד מהברי הקבוצה לחדר יהווה את סך הכל שהנתבע יחויב לשלם לקבוצה.

ברם, יש מקרים נדירים שבהם ידוע מראש שרוב חברי הקבוצה לא יוכיחו את הנזק שנגרם לכל אחד מהם אישית, מפני שחברי הקבוצה אינם גיתנים לזיהוי ולאיתור אישית ו/או מפני שהנזק שנגרם לכל אחד מהם כה קטן מבחינה כספית עד שלא כדאי להם להוכיח את הנזק אפילו במסגרת תביעת-ייצוג-קבוצתית. דוגמאות של מקרים כאלה נמצאות בשני פסקי הדין שנזכרו לעיל, *Daar v. Yellow Cap Co.*³⁰, *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*³¹. הראשון נוגע לדמי נסיעה מופרזים שקיבלה חברת מוניות בסן-פראנציסקו מנוסעת בתקופה מוגדרת והשני נוגע לדמי תיווך מופרזים שקיבלו סוכני מניות מלקוחותיהם בניו-יורק בתקופה מסוימת. בשני משפטים אלה רוב הנפגעים לא היו גיתנים לזיהוי ולאיתור ולכל אחד מהם נזק קטן מאוד. לעומת זאת, מכלול הנזק שנגרם לקבוצה כולה היה גדול מאוד. כמו כן, לעומת המצב הטיפוסי, שבו בלתי אפשרי לקבוע את הסכום הכולל של הנזק שנגרם לקבוצה בכללותה, אם אין יודעים את שיעור הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה לחדר, הרי בשני פסקי הדין האלה אפשר היה לחשב את הנזק שנגרם לכל הקבוצה על-ידי עיבוד הנתונים הנמצאים ברשימות של הנתבע עצמו. בפסק הדין דאר קל היה לקבוע את הסכום הכולל של דמי הנסיעות המופרזים שקיבלה חברת המוניות על-פי רשימות הנסיעות של החברה הנתבעת. והוא הדין גם לגבי סוכן המניות באייזן. בשני המקרים ההכנסה המופרזת שקיבלו הנתבעים היתה תלויה בהיקף העסק שלהם גרידא.

בפסק הדין דאר אישר בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה את התהליך לפיו היה השופט מחליט אם הנתבע אחראי, ואם כן — מה סך כל הנזק שנגרם לקבוצה כולה, ואחר-כך היו מזמינים את חברי הקבוצה, בתודעות פומביות באמצעות הרדיו, הטלוויזיה והעיתונות להגיש את תביעותיהם. ברם, ברור היה מראש שהתביעות האישיות שתוגשנה תהיינה חלק קטן מאוד מן הסך הכולל של הנזק. התעוררה אפוא השאלה, מה לעשות עם יתר קרן הפיצויים. לגבי שאלה זאת יצר בית המשפט בקליפורניה גיה פתרון חדש בצוותו, שאחרי ניכוי שכר טירחת עורכי הדין של הקבוצה התובעת, תשמש יתרת הקרן להפחתת שיעור דמי הנסיעה הנוכחיים שמקבלת החברה המונית. התוצאה מכך היתה אפוא, שהחברה החייבת הוכרחה ל"החזיר" את כל דמי הנסיעה המופרזים שקיבלה בניגוד לחוק. זאת היא תוצאה המגשימה את המטרה הציבורית של שימוש בתביעות-ייצוג-קבוצתיות. אבל לעומת המקרה הטיפוסי, רק סכום קטן מן התשלום שנתבע היווה פיצויים ישירים לנפגעים, היינו, הנוסעים שהגישו בקשות לפיצויים ושהוכיחו את נסיעותיהם. החלק המכריע של התשלום ישולם לטובת נוסעי חברת המוניות העתידים. כמובן, ייתכן שיהיו אנשים השייכים לשתי הקבוצות, היינו הם היו נוסעי החברה מהתקופה שעברה, שלגביה קיבלה החברה את דמי הנסיעה המופרזים, והם יהיו נוסעי החברה גם בעתיד. אבל ברור שאין הפיפה בין שתי הקבוצות, בייחוד לגבי מוניות בסן-פראנציסקו, שהשימוש המכריע בהן שם נעשה בידי מבקרים מחוץ

30 ראה לעיל, הערה 7.

31 ראה לעיל, הערה 23.

לעיר. ולכן, חלק ניכר מן "הפיצויים" יהיה בבחינת "מתנה" לנוסעים בעתיד שלא נפגעו מן התעריף הבלתי-חוקי הקודם; היוב החברה לשלם את החלק הזה כמוהו כקנס. השימוש החדשני הזה בתביעות ייצוגיות-קבוצתיות שעשה בית המשפט העליון של קליפורניה נעשה גם בכמה פסקי דין פדראליים שקיבלו את גישתו של בית המשפט בקליפורניה.³² ברם, במשפט אייון שלל בית משפט פדראלי לערעורים שדן בערעור הראשון את הגישה הזאת לחלוטין וקבע שהיא איננה מקובלת לפי תקנה 23.³³ בית המשפט העליון של ארצות הברית דחה את הערעור על החלטה זו מן הטעם, שמוכרחים להודיע אישית לכל חברי הקבוצה הגיתנית לזיהוי ולאיתור מבלי להתייחס לשאלה, אם מקובל לפי תקנה 23 לטפל בתביעות ייצוגיות-קבוצתיות כפי שקבע בית המשפט העליון של קליפורניה. ולכן, בבתי המשפט הפדראליים השאלה נשארה פתוחה ונתונה לוויכוח באופן כללי גם שימוש בתביעות ייצוגיות-קבוצתיות במקרים כמו דאר ואייון נתון לוויכוח חריף. מחד גיסא מעורר השימוש הזה את כל הבעיות הנ"ל של סחיטה ושחד מבלי לתת פיצויים לנפגעים, שזוהו תפקידן העיקרי של תביעות פרטיות. מאידך גיסא, השימוש הזה בתביעות ייצוגיות-קבוצתיות מגביר את הצד ההרתעתי והציבורי שעליו התעכבו לעיל.³⁴

ג. המשפט הישראלי הנוכחי

הסדר הדומה לתקנה 23 לתקנות סדר הדין האמריקני הפדראלי נמצא בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.³⁵ וזה נוסח התקנה, כפי שתוקנה בתשל"ד:³⁶

"29. (א) היה מספר המעוניינים בחובענה אחת גדול, יכולים מקצתם — לבקשת תובע אם הם תובעים, או לבקשת נתבע אם הם נתבעים, וברשות בית המשפט או הרשם — לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים; לא ידעו המעוניינים האחרים על דבר התובענה, יודיע להם בית המשפט או הרשם על הגשתה בהמצאה אישית או במודעה פומבית אם ההמצאה האישית אינה מעשית מכל סיבה שתיראה לבית המשפט או לרשם, ככל אשר יורה בית המשפט או הרשם בכל מקרה ומקרה. (ב) כל מי שמיוצג כתובענה כאמור בתקנת-משנה (א) רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לעשותו בעל דין בה."

32 ראה: *West Va. v. Chas. Pfizer & Co.*, 314 F. Supp. 710, 734 (S.D.N. Y. 1970) *aff'd* 440 F. 2d 1039 (2d Cir), cert. denied, 404 U.S. 871 (1971) *Colson* (פשרה)

v. Hilton Hotels Corp., 59 F.R.D. 324 (N.D. 111 (1972) (פשרה)

33 *In Re Eisen v. Carlisle & Jacqelin*, 479 F. 2d 1005 (2d Cir, 1974) ראה גם: *Hotel Telephone Charges*, 500 F. 2d 86 (9th Cir. 1974)

34 ראה: "Note — The Cy Pres Solution to the Damage Distribution Problems of Mass Class Actions" 9 *Ga. L. Rev.* (1975) 893; "Note — Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy" 39 *U. Chi L. Rev.* (1972) 448; *Developments*, 1516—1536

35 ק"ת 1477 (תשכ"ג), 6 באוגוסט 1963, עמ' 1872.

36 ק"ת 3163 (תשל"ד), 28 באפריל 1974, עמ' 1618.

לכאורה, תקנה זו רחבה מאוד וניתן לפרשה באופן שיכלול את כל הסוגים של תביעות ייצוג-קבוצתיות, לרבות תביעות בדומה לאלה המוגשות בארצות הברית לפי תקנת המשנה 23(ב)(3) של סדר הדין הפדראלי. אמנם תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, אינן מספקות לנו תשובה לשאלה מי נחשב בכלל אותם "מעוניינים" שתקנה 29 מתייחסת אליהם, אך דומה שהתקנה גורעת לכלול בגדר "המעוניינים" גם אנשים שדבר הגשת תביעת ייצוג-קבוצתית לא היה ידוע להם מראש, ואפילו מקרים שבהם אין זה מעשי להודיע על כך למעוניינים בהמצאה אישית. ההגבלה היחידה המופיעה בתקנה, זולת הצורך לקבל רשות מבית המשפט או הרשם, היא התנאי ש"היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול...". (ההדגשה שלנו. ס"ג).

כאן מתעוררת השאלה: מהי "תובענה אחת"? בתקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, מוגדרת "תובענה" כ"תביעות, בקשות ושאר עניינים המובאים על-ידי בעל דין לפני בית משפט באחת הדרכים שנקבעו לכך". כלומר, "תובענה" היא תביעה שהוגשה לבית משפט. ברם, נשאלת השאלה באיזו מידה ובאיזו צורה יכולים אנשים להיות מעוניינים בתובענה "אחת"; דהיינו: מה משמעותה של המלה "אחת" כאן? האם המלה "אחת" דורשת "עניין משותף" או "עניין זהה" לכל המעוניינים, כפי שגדרש בדיני היושר האנגליים³⁷, או האם התקנה הישראלית מסתפקת בפחות מזה, דהיינו, בקיומו של דבר-מה משותף הנובע ממעשים שיש ביניהם קשר מסוים.

אם נמשיך בניתוח התקנות עצמן, מבלי שנתייחס כרגע לפסיקה, נדמה לנו שהגישה האומרת שתקנה 29 מסתפקת בפחות מעניין משותף נתמכת היטב בתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963. ראוי להזכיר ולציין שתביעת ייצוג-קבוצתית היא מסוג התביעות שבהן מצורפים בעלי דין. דומה שניתן להתייחס אל כל אחד מיחיד הקבוצה המיוצג בתביעת ייצוג-קבוצתית כאל בעל דין שצורך לתביעה, שכן רק המספר הגדול של חברי הקבוצה מונע צירוף אישי של כל אחד מהם לתביעה. מכאן הצורך לפרש את תקנה 29 ביחד עם תקנה 19 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, הנוגעת לצירוף בעלי דין, שזה נוסחה:

19. מותר לצרף בחוקת תובעים בתובענה אחת את כל הטוענים לזכות סעד — בין ביחד, בין להוד ובין לחלופין — בשל מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות, או כתוצאה של אחד מאלה. ושאליו הגישו תובענות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משותפת משפטית או עובדתית³⁸. (ההדגשה שלנו. ס"ג).

שיבוץ הביטוי "תובענה אחת" גם בתקנה 19 לגבי צירוף בעלי הדין וגם בתקנה 29 הנוגעת לייצוג מעוניינים מצריך לפרש את המלים "תובענה אחת" שבתקנה 29 לפי מובנן בתקנה 19. צריך אפוא לקרוא את תקנה 29 כאילו נאמר בה: "היה מספר המעוניינים לטעון לזכות סעד — בין ביחד, בין להוד ובין לחלופין — בשל מעשה אחת או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות, או כתוצאה של אחד מאלה,

37 ראה לעיל, הערה 2.

38 תקנה 20, המתייחסת לצירוף נתבעים, מקבילה לתקנה 19 הן בתוכנה והן בלשונה.

ושאלו הגישו תובענות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משותפת, משפטית או עובדתית, גדול...".

הפירוש הזה נראה לנו נכון גם בגלל זהות המלים "בתובענה אחת" שבשתי התקנות וגם בגלל הקשר ההגיוני שביניהן; אם מספר התובעים אינו גדול, הרי שתקנה 19 מאפשרת לצרף את כולם כבעלי דין בתובענה אחת. ברם, אם מספרם גדול והצירוף של כולם אישית אינו מתקבל על הדעת, הרי שתקנה 29 סוללת את הדרך להשגת אותה מטרה על-ידי "צירוף" המעוניינים בדרך של ייצוג.

כפי שכבר הזכרנו, הניתוח הזה מסתמך רק על נוסח התקנות עצמן ועל כך שההגיון דורש התאמה בין צירוף רגיל של בעלי דין מצד אחד ובין צירופם על דרך הייצוג באותם המקרים שבהם צירופם אינו מעשי מחמת מספרם הגדול, מצד שני. אולם, בפסיקה מצאנו דרך פירוש אחרת לתקנה 29.

פסק הדין העיקרי הנוגע לפירוש תקנה 29 הוא ע"א 86/69 79/69 פדנקרשה פלצאין דרסטר מרקלה רשות ו-2 אח' נ' אורל רבינוביץ, ו-3 אחרים וערעור שכנגד³⁹. בפרשה שנדונה בערעור זה נטען, שבסדרת עסקאות, שנעשו כולן במתכונת אחת, קיבלו המשיבים מאת המערערים וכל יתר הנושים סחורות במרמה ולא שילמו תמורתן. התובעים ביקשו מבית המשפט המחוזי להרשות להם לייצג בתובענה את ארבעים-ושלושה המעוניינים. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשתם בתנאי "שתוגש תביעה מתוקנת תוך 30 יום ותשולם האגרה כהלכה". ערעורם של התובעים על הצמדת התנאי האמור למתן הרשות נדחה על-ידי בית המשפט העליון.

בית המשפט אמנם הצדיק את טענת המערערים (התובעים) בדבר פסלותו של התנאי הנ"ל, מכיוון שתנאי זה היה שולל מן הייצוג את כל משמעותו, אך בכל זאת דחה את הערעור, וזאת משום שהגיע למסקנה שאין זה מקרה מתאים להפעלת תקנה 29. יצוין, שבית המשפט (מפי כב' השופט ח' כהן) אמנם הזכיר את תקנה 19 הדנה בצירוף תובעים, שעל הקשר בינה ובין תקנה 29 זרחבנו את הדיבור לעיל, אולם בשובו לדון בתקנה 29 לא התייחס לתקנה 19 ואמר בין השאר:

"הטענה היא שבסדרת עסקאות שנעשו כולן במתכונת אחת, קיבלו המשיבים מאת המערערים וכל יתר הנושים סחורות במרמה ולא שילמו תמורתם. כל אחד מן המערערים והנושים ההם זכאי, לטענתו, לפסק-דין נגד המשיבים על סכום מחירה או ערכה של אותה הסחורה אשר נתקבלה ממנו; ופשיטא שהסכומים האלה שונים הם לגבי כל נושה ונושה — הכל לפי טיבה וכמותה של הסחורה שהוצאה מידיו. פסק-דין שיינתן לתשלום סכום פלוני לטובת ראובן, לא יועיל לשמעון במאומה: הלה זקוק לפסק-דין אחר, לתשלום סכום פלמוני המגיע לו.

יתכן והמצב היה שונה אילו לא תבעו המערערים את סכומי הכסף המגיעים להם; אילו תבעו, למשל, פסק הצהרתי שסדרת העסקאות כולה נעשתה תוך כדי תרמית, כי אז ייתכן והיה מקום להרשות להם לתבוע בתביעה ייצוגית — שלגבי סעד הצהרתי שכזה ענינם של כל המעוניינים שווה הוא וזהה. מה שאין כן כשהסעד המגיע לכל אחד מן המעוניינים אינו זהה אלא שונה, וכשהעילה לתביעת סעד

זה אינה תרמית אחת שהפילה קרבנות רבים, אלא עסקה מיוחדת ומסוימת שנעשתה עם תובע פלוני בלבד.

הלכה פסוקה היא שאין מרשים תביעה ייצוגית לגבי תביעות פיצויים המגיעים לתובעים שונים, אפילו תובעים כולם בשל הפרת אותו החוזה: *Market & Co. v. Knight Steamship Co.*, (1910) ולא לגבי תביעות פיצויים המגיעים לתובעים שונים, אפילו בשל נזק שנגרם על-ידי אותה העוולה: *Wing v. Burn* (1928); *Chur-chill v. Whethall* (1918); אילולא תבעו פיצויים (על נזקים אשר הם, מטבע הדברים, שונים במידתם, מתובע לתובע), אלא תבעו, למשל, צו-מניעה, אשר הוא, מטבע ברייתו, פועל לטובת כל הגוזקים כולם במידה שווה, כי אז תהא התביעה הייצוגית כשרה (*Medcalf v. Strawbridge* (1937)).

טענת המערערים, כאילו שונה תקנה 29 דנן מן התקנה האנגלית (צו 15, תקנה 12) ומן התקנה הארצישראלית (תקנה 65 לתקנות הפרוצידורה האזרחית, 1938), בכך שלפי שתי אלה דרוש "ענין זהה" גם של התובעים וגם של 'המעוניינים', בו בזמן שבתקנה 29 אין עוד זכר לענין זהה שכזה — אין בה ממש. 'המעוניינים' בתובענה אחת, האמורים בתקנה 29, הם המה בעלי הענין הזהה באותה התובענה; ואין להרחיב את יריעת התקנה לאמור, שענינם של המעוניינים השונים יכול ויהא שונה אצל כל אחד מהם. המונח 'המעוניינים' שבתקנה 29 אינו, למעשה, אלא תרגום עברי (או גסיון של תרגום עברי) של המונח 'בני-אדם בעלי ענין זהה' שבתקנות בלשון האנגלית⁴⁰.

במלים אחרות, לפי פסק הדין הזה מוגבל השימוש בתקנה 29 בדרך כלל למקרים שבהם לכל המעוניינים יש "ענין זהה" (או עניין משותף) ו"ייתכן" שאפשר להגיש תביעת-ייצוג-קבוצתית לפי תקנה 29 גם על מנת להשיג פסק דין הצהרתי או צו מניעה, היינו, תביעות שלגביהן הסעד המבוקש זהה לכל אחד מן המעוניינים. אבל בשום פנים ואופן אין להגיש תביעת-ייצוג-קבוצתית לפי תקנה 29 במקרה הגובע מסדרת מעשים שלגביהם הסעד המבוקש הוא פיצוי נזק שונה שנגרם לכל אחד מן המעוניינים בנפרד.

פסק דין זה של כב' השופט ח' כהן הסתמך ברובו על המשפט האנגלי, בלי שהתעכב על זהות המלים "בתובענה אחת" המופיעות הן בתקנה 29 והן בתקנה 19 של תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, וזוהי שעליה עמדנו לעיל. גם מ"מ הנשיא, כב' השופט זילברג, הסכים עם הפירוש המגביל שנתן כב' השופט כהן לתקנה 29 וגימק את דעתו במסקנה, שאפילו שונה לשונה של תקנה 29 מן התקנות האנגליות, בכל זאת אין הצדקה לפרש אותה כפי שהציע בא כוח המערערים. ברם, כב' השופט זילברג הביע את דעתו, שחבל שהחוק מוגבל כך ואמר:

"אודה ולא איבוש, כי אהדתי נתונה היתה מלכתחילה למערערים (ב"ע"א 79/69), מוכרי הפרוות. לבי עליהם כי נגרם להם, אם כנים דברייהם, עוול משווע; ירדו יורדים מישראל לגרמניה, רשמו פירמות מסחריות, הזמינו בהקפה

40 פ"ד כג (1) 648—649.

פרוות בשווי של מיליוני מרקים, ולאחר-מכן מכרו בחשאי את הפרוות, הוציאו כספם מן הבנקים, ויברחו חזרה לישראל. המערערים הם רק חלק קטן ממכרי הפרוות, ישנם עוד כ-40 נושים שרומזו כמותם, ואם יצטרכו להצטרף כתובעים נוספים על-פי תקנה 19, ייצאו וידם על ראשם, כי אגרת התביעות בלבד תעלה בהרבה על השלל שאפשר עוד להציל באמצעות התביעה.

מן הראוי היה אפוא שלא לגעול דלת בפני המערערים ולאפשר להם להגיש תביעה ייצוגית. אך דא עקא, שהסעד האמור בתקנה 29 אינו תילם את מעשי הרמאות המרובים שנעשו, לפי הנטען, במקרה שלפנינו, כי לא לכך נוצר הסעד המדובר, כפי שיתבאר להלן⁴¹.

מפסק הדין הזה יוצא, שבהשוואה לסדר הדין האמריקני תקנה 29 מאפשרת הגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות מסוג תקנת המשנה 23(ב)(1) (הדומה לחוק האנגלי) וייתכן שגם מסוג 23(ב)(2) הנוגע לפסקי דין הצהרתיים וצווי מניעה, אבל לא מסוג 23(ב)(3) שהוא הסוג החשוב ביותר בשימוש בתביעות-ייצוג-קבוצתיות. המסקנות האלה נתמכות גם על-ידי הערות, בדרך כלל באמרות אגב, הנמצאות בפסקי דין ישראלים אחרים⁴². בכמה פסקי דין הביעו השופטים את דעתם, שיותר להשתמש בתקנה 29 בתביעות בעד או נגד קבוצת אנשים, כגון איגוד מקצועי, מגזר או תנועת נוער, שהם חסרי ישות משפטית⁴³.

המסקנה שהפסיקה הישראלית אינה מאפשרת הגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות הדומות לתביעות הטיפוסיות שניתן להגיש לפי תקנת המשנה 23(ב)(3) של סדר הדין הפדראלי של ארצות הברית מתחזקת גם על-ידי פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין שלמה אלקלעי ו-9 אחי נ' מדינת ישראל ואח⁴⁴, שהקדים את פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין הפרוות.

כאן נדונה ונדחתה על-ידי כב' השופטת מ' בן-פורת בקשה לפי תקנה 29 לאפשר לשני תובעים לייצג עוד 55 מעוניינים. כל אחד משני התובעים החזיק, בתור חוכר, בדירה הנמצאת בשיכון "יפה נוף" בירושלים. הטענה המרכזית שעליה נשענה תביעתם היתה, כי הנתבעות הפרו את חווי ההכירה בכך שמסרו לכל אחד מ-55 המעוניינים דירות עם ליקויים שאינן ראויות למגורים. בפסקה 3 של פסק הדין נאמר:

41 פ"ד כג (1) 650.

42 ראה בג"ץ 117/67 יצחק וצפריה גור-אל ו-8 אחי נ' המ. מ. קרית אונג, פ"ד כא (ג) 477; בג"ץ 284/74 אברהם אורן ואחי נ' שר המסחר והתעשייה ואחי, פ"ד כט (2) 191; ע"א 242/66 סולומון פליפי יעקובסון נ' אוסקור גז ומזיאון תל-אביב, פ"ד כא (1) 85; ע"א 187/76 אליאם הזימה מטר נ' הכומר אמיל שיפאני ו-9 אחי, פ"ד לא (3) 177; ע"א 43/62 טובה זוקובין ואחי נ' שמואל קירשנבאום, פ"ד לג (תשכ"ג—1963) 297. ראה גם ע"א 180/75 ינאל לביב נ' בנק לפתוח תעשייה לישראל בע"מ ואחי, פ"ד ל (3) 225 (תביעה נגזרת).

43 ראה ע"א 535/67 יחזקאל אברמוב ו-27 אחי נ' מיכאל זלוטניק ו-13 אחי פ"ד כב (1) 379; ע"א 207/74 המישון הבנסייטי הרוסי בירושלים נ' מדינת ישראל והאפוטרופוס הכללי, פ"ד כט (1) 836; ע"א 90/52 חלקה 32 כגוש 10865 בע"מ נ' אירגון בני-עקיבא בארץ-ישראל, פ"מ ח 405; המ' 3049/76 (ת.א. 766/76) יינות לשרון מ.ב. בע"מ נ' מגזר לשרון ואחי, פ"מ תשל"ז (חלק ראשון) 64.

44 המ' 1021/68, ת.א. 483/68 (תשכ"ט—1969) 89.

"אינני גורסת שהתקנה הנ"ל מעניקה לבית משפט זה סמכות, במסגרת דיון בין א' ו-ב', להחליט על בטלותו של ההסכם בין ב' ל-ג' שכלל אינו נמנה עם בעלי הדין. כמו-כן אינני גורסת שבית המשפט הוסמך במסגרת דיון כנ"ל לברר אם ג' סבל נזק כתוצאה מהפרת ההסכם בינו לבין ב' ואם כן — באיזה סכום. פירוש כזה הוא לפי השקפתי מסוכן ומנוגד לכללי סדר הדין המקובלים והידועים לי. חיווק להשקפתי מוצאת אני קודם כל בנוסח התקנה הנ"ל. זו קובעת:

29'. (א) היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול יכולים מקצתם... ברשות בית המשפט — לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים... מכאן שבית המשפט שומע, מברר ופוסק אך ורק בתובענה שבפניו, אולם יש שהכרעת דין זה מהווה מכוח עצמה גם הכרעה בזכותם של בני אדם אחרים. מצב זה ייתכן לפי השקפתי, כאשר עילת התביעה היא משותפת לאותם בני אדם ואף הסעדים משותפים הם (אכן זו היתה טענת התובעים בתצהיריהם המתלווים לבקשה). ברם במקרה הנוכחי לא זה המצב. בפני שורה של עילות תביעה נפרדות ונבדלות זו מזו (עפ"י חזוי החכירה). אכן, במידה שעילות אלה מעוררות שאלות זהות של חוק או עובדה, ניתן לאחד לפי תקנה 19 או 48 לתקנות הדיון (ר', למשל, ע"א 18/55 פד"י ט' עמ' 946 וכן המרצה 236/65, פד"י י"ט(3) 143—4), ואולי ניתן לעשות שימוש גם בתקנה 28, אך למיטב הבנתי אין בכל אלה כדי להכשיר את הביורור על דרך של תביעה ייצוגית"⁴⁵.

לאחר מכן מעלה השופטת תנאי שנתגבש בפסיקה האנגלית לגבי התביעה הייצוגית והוא, שהסעד המבוקש יהא מעצם טיבו לטובתם או לתועלתם של כל המיוצגים. בקשר לכך הוסיפה:

"הטעם לכלל זה נראה לי הגיוני וצודק. אין להרשות הכרעה בדינו של אדם, אשר אינו נמנה עם בעלי הדין, כאשר התוצאה היא (או עלולה להיות) לרעתו. התקנה חלה על מקרים בהם מספר המעוניינים הוא גדול, כך שקשה — ולעיתים אף בלתי אפשרי, להגיע לכל אחד מהם אישית כדי לברר את עמדתו ורצונו. אין כנראה כל הכרח שכל המעוניינים יהיו בכלל ידועים לתובעים. (ר' דברי כב' השופט קיסטר בע"א 242/66 פד"י כ"א (1) עמ' 85 בעמ' 103). אם התוצאה עלולה להיות מזיקה למעוניין, כי אז נראה לי שהאפשרות הניתנת לו בתקנה 29(ב) לתקנות הדיון לבקש מבית-המשפט לעשותו בעל דין בתביעה אינה מספקת כדי למנוע את העוול מיסודו. למשל, משתכן ביפה-נוף שאינו מעוניין בכיטול ההסכם יצטרך להצטרף כנתבע וללחום את מלחמת הנתבעות כדי למנוע את רוע הגזירה, תוצאה שאינה מתקבלת על דעתי (השווה...).

אינני סבורה שעדות התובעים היא הבסיס המתאים לקבוע לאשורו את רצונם של המעוניינים לפי הנספחים א' ו-ב' (אשר, דרך אגב, אינם מהווים את כל המשתכנים ביפה-נוף). כאמור, צריך הסעד להיות לטובתם של כל המיוצגים

גד פרנקל
עורך-דין

45 שם, עמ' 91.

ללא כל צורך בחקירה ודרישה אלא מעצם טיבו. תנאי זה לא נתקיים, לדעתי, במקרה שבפני⁴⁶.

עלינו לשים לב לדעתה של כב' השופטת בן-פורת, שהתנאי שנקבע בפסיקה הישראלית להגשת תביעות ייצוג קבוצתיות בהסתמך על תקנה 29 של תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, תנאי שלפיו הסעד המבוקש צריך להיות זהה לכל אחד מן המעוניינים, הוא לא רק תנאי לפי המשפט הקיים אצלנו, אלא הוא גם תנאי הגיוני וצודק. אולם נראה לנו לנכון להדגיש, שהפירוש המשתקף מהפסיקה הישראלית בדבר היקף התחולה המוגבל של תקנה 29 שלנו, המונע הגשת תביעות מהסוג הדומה לזה של תקנת המשנה 23(ב)(3) של סדר הדין הפדראלי האמריקני, ניתן על-ידי בית המשפט העליון לתקנה שלנו על שום הקשר שבין התקנה הזאת ובין המשפט האנגלי, שהתקנה הישראלית באה בעקבותיו. במלים אחרות: בית המשפט סבר שיש להגביל את תחולתה של תקנה 29 באותה המידה ובאותה הצורה המקובלת בתקנה האנגלית המקבילה. אולם לנו נראה, עם כל הכבוד, שבעשותו כך לא התחשב בית המשפט במידה מספקת בתוכן המילולי בעברית של התקנה הישראלית וביחס שבין צירוף בעלי דין לפי תקנה 19 ובין ייצוג מעוניינים לפי תקנה 29 ובעצם העובדה שתקנה 29 איננה עוד נטע זר במשפטנו, דהיינו שריד מהמשפט האנגלי, אלא היא הותקנה בשנת 1963 יחד עם מכלול שלם של תקנות סדר דין אזרחי שבאו להחליף את תקנות הפרוצידורה האנגלית שהותקנו בתקופת המנדט הבריטי על ארץ-ישראל. ראוי לציין עוד, שבפסק הדין פרנקישה פלצאנדוסטרי מרקלה השות' נ' אורל רבינוביץ ואח', שבו נקבעה ההגבלה בנדון, הביע כב' השופט זילברג את דעתו ש"מן הראוי היה... שלא לבעול דלת בפני המערערים ולאפשר להם להגיש תביעה ייצוגית"⁴⁷, גם במקרה שבו הסעד המבוקש אינו זהה לכל המעוניינים.

ועוד דבר: לטיעונים כגון אלה שבאו לביטוי בפסק הדין של כב' השופטת בן-פורת בעניין התלת תוצאות משפט מסוים על מי שלא היה בעל-דין באותו משפט כבר התייחסנו בחלק א' של רשימה זו⁴⁸. הצבענו שם על כך, שלהשתקת העילה של חבר קבוצה (שלא השתתף במשפט) עקב הפסדה של הקבוצה, אין בדרך כלל משמעות מעשית, כאשר מדובר בתביעת ייצוג קבוצתית שבה מרוכזות עילות קטנות מאוד שממילא לא היו משמשות בסיס להגשת תביעות נפרדות. נוסף על כך, הן המשפט האמריקני⁴⁹ והן המשפט הישראלי⁵⁰ מכירים במקרים חריגים שבהם משפיעות תוצאות-תיו של משפט מסוים גם על אנשים שלא השתתפו בו אישית.

46 שם, עמ' 93—94.

47 פ"ד כג (1) 645, 650.

48 בעמ' 425 ואילך.

49 ראה לעיל, הערה 20.

50 ראה פסקי הדין הישראליים הנזכרים לעיל, בהערות 42 ו-43 וכן ע"א 440/70 הובא עלי מוחמד ע' אנה נ' ריא פיאד מוחמד ע' אנה, פ"ד כב (2) 829, 833. ראה כמו כן הספרות הנזכרת לעיל, בהערה 20 ביחס לחוק האמריקני, ספרות שאינה מיוחדת לארצות הברית, אלא מתבססת על עקרונותיו של החוק המקובל החלים גם בחוק הישראלי. בנוסף לכך, מן הראוי להצביע כאן בתמצית על כמה הוראות סטטוטוריות נוספות, המכירות בייצוג קבוצתי,

לקראת סיום הפרק הזה עלינו לציין, שלמרות המשמעות הרחבה לכאורה של תקנה 29, הרי שהפסיקה הישראלית צמצמה את משמעותה כל כך עד כי נותרה כמעט בלא משמעות מעשית. כפי שהתברר מהפסיקה הנ"ל, הרי שהשימוש העיקרי שנועד לתקנה 29 הוא לגבי איגודים שאין להם אישיות משפטית עצמאית, וייתכן שניתן להיעזר בה בהליכי משפט שמטרתם להשיג צווי מניעה או פסקי דין הצהרתיים. אשר למשפטים המוגשים כדי לקבל צווי מניעה או פסקי דין הצהרתיים, ברור שלגביהם הגדרת תביעה כתביעת-ייצוג-קבוצתית היא בדרך כלל חסרת משמעות מעשית. כפי שראינו, ניתן להיעזר בישראל בייצוג-קבוצתי גם במקרים אחרים שבהם למעוניינים זכות או חיוב משותף⁵¹, אולם אלה הם מקרים נדירים ביותר.

סיכומו של דבר: מניעת שימוש בתקנה 29 הישראלית לשם ניהול תביעות-ייצוג-קבוצתיות מסוג התביעה הטיפוסית המוגשת לפי תקנת המשנה 23(ב)(3) של התקנות האמריקניות, לגבי קבוצות טובעות, שוללת מתקנה 29 כל אפשרות להיות כלי-עזר של ממש בסדר הדין הישראלי.

אם לא די בהסברים שניתנו לעיל ובקטעים שהובאו מן הפסיקה הישראלית ביחס לתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, כדי להראות שבפירושה הנוכחי אין היא שימושית, הרינו מוצאים חיזוק לדעה זאת בעובדה שבספרו המקיף סדרי הדין האזרחי נמגע ד"ר יואל זוסמן מלהתעכב עליה בפרטים והסתפק בציטטה מדברי שופט אנגלי ביחס לתקנה האנגלית המקבילה לתקנה 29 הישראלית לאמור: "אינני מרגיש באופן ברור, שתבנת לימה התכוונו אלה שהתקינו את התקנה"⁵². במהדורה קודמת של הספר ציין ד"ר זוסמן בהערה נוספת לגבי תקנה 29 כי המתעניין בה "ימצא חומר למכביר בספרי הפירושים האנגליים"⁵³, אולם הוא לא ליווה הערה זו בהפנייה קונקרטית כלשהי.

שתוצאותיו חלות על חברי הקבוצה המיוצגת, למרות שלא השתתפו אישית במהלך המשפט שיוצגו בו ייצוג סטטוטורי שכזה. דוגמה בולטת מצויה בסעיף 69 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969 (ס"ח תשכ"ט 259, 267), הקובע:

"הנציגות תשמש מורשה של כל בעלי הדירות בכל הנוגע להתחוקתו התקינה ולניהולו של הבית המשותף, והיא זכאית בעניינים אלה להתקשר בחוזים ולהיות צד בבל הליך משפטי ובכל משא ומתן אחר בשם כל בעלי הדירות".

גם בפקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש), תשכ"ט—1969 (נוסח חדש 73, 293) מצויות הוראות בדבר ייצוג קבוצתי ודוגמה מאלפת מצאנו גם בתקנה 24 של תקנות הסדר זכויות במקרקעין (הליכי הסדר וסדרי דין), תשל"ג—1972 ("ק"ת תשל"ג, 220), הקובעת:

"התייצבות בעלים 24. התייצבותו של אחד הבעלים המשותפים בחלקה אחת — כמוה משותפים כהתייצבות כולם, אם לא הורה בית המשפט הוראה אחרת; והוא ויורשים הדין בהתייצבותו של אחד מיורשי תובע או בעלים, או של אחד שעניינם אחד מקבוצת יורשים שיש לה עניין גפרד מכל קבוצת יורשים אחרת".

51 ראה לעיל, הערה 42.

52 י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה רביעית, תל-אביב, תשל"ב—1963) 91.

53 שם (מהדורה שנייה) 65.

ד. הכדאיות לפתח בארץ סדר דין של ייצוג קבוצתי (בייחוד לגבי תביעות כספיות קטנות)

על סמך הדברים שנאמרו לעיל ניתן להגיע עכשיו למסקנות לגבי השאלות העקרוניות: האם רצוי לתקן את הדין הישראלי על מנת לפתח בו את המכשיר הדיוני המכונה תביעת-ייצוג-קבוצתית, ואם כן — כיצד?

כאן המקום להקדים ולהצביע על כך, שהנושא של תביעת-ייצוג-קבוצתית, הגם שניצניו — אפילו במשפט ארצנו — הם מן העבר הרחוק למדי, חשיבותו כיום היא תולדה של התקופה המודרנית, שבה ניכרת מגמה הולכת וגוברת של שימת דגש על הסדרים קיבוציים או קבוצתיים, כשיחיד הקבוצה מיוצגים על-ידי נציג או נציגות וכאשר הסדרים כאלה לעתים מזכים או מחייבים את היחידים המיוצגים ממש כאילו היו צד להסדר פרטי הנוגע רק להם ולצד שכנגד.⁵⁴

ברור, שאם רצוי לאפשר הגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות בדומה לסוג התביעות הטיפוסיות שניתן להגישן לפי תקנת המשנה 23(ב)(3) של סדר הדין הפדראלי של ארצות הברית, צריך לשנות את ההלכה הפסוקה או לתקן את החקיקה הישראלית בעיקר משום שהשימוש בתקנה 29 שלנו הוגבל בפסיקה כך שאינו מאפשר הגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות מסוג זה, כאשר הסעד המבוקש אינו זהה לכל חברי הקבוצה.⁵⁵

כבר הזכרנו בפרק ב' של המאמר את הטיעונים העיקריים בעד ונגד השימוש בתביעות-ייצוג-קבוצתיות כדי לרכז תביעות כספיות קטנות. אם נצא כעת מתוך ההנחה, שאין שוני בין המצב המשפטי והחברתי השורר בארצות הברית ובין זה השורר אצלנו, דעתנו היא, שהניסיון האמריקני מצדיק את המסקנה, שלמרות הסיכון של שימוש לרעה באפשרות להגיש ולנהל תביעות כאלה, כגון על-ידי מתן וקבלת שוחד וכן חסיטה, דומה שהיתרונות של השימוש בה עולים במשקלם על החסרונות ומצדיקים את פיתוח אפשרויות השימוש בכלי זה, כמובן בתנאים ובהגבלות שימנעו, או יצמצמו ככל האפשר, את השימוש בו לרעה.

כאן המקום להצביע על כך, שלמעשה קיים שוני לא רק בין תקנה 23 של סדר הדין הפדראלי ובין תקנה 29 של תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963 שלנו, אלא שקיים שוני גם בעניינים אחרים שלהם השלכה לנושא שלפנינו. מכאן נעבור אפוא לבדוק אם ההבדלים שבין המצב בארצות הברית ובין המצב בישראל, או סיבות נוספות, מחייבים אצלנו גישה שונה לעניין תביעות-ייצוג-קבוצתיות מזו שניקטה בארצות הברית. ההבדלים והסיבות הנוספות שלהם יש, או עלולה להיות, השפעה על התכרעה בדבר הרחבת אפשרויות השימוש בכלי פרוצדורלי זה של תביעת-ייצוג-קבוצתית בישראל הם בעיקרם אלה:

54 דוגמאות לכך ניתן למצוא בחוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז—1957, ס"ח תשי"ז, 58; בחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז—1957, ס"ח תשי"ז, 63; בסעיף 69 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, ס"ח תשכ"ט, 259.

55 ע"א 79/69, 86/69 פרנקרישה פלצאנידוטטרי מרקלה ושתי' ר"א אח' ג' אורל רבינוכין, ר"א אח' וערעור שכנגד, פ"ד כג (1) 645, 649.

1. הוצאות המשפט

אצלנו הכלל הוא, שבעל הדין הזוכה בדינו מקבל החזר הוצאות המשפט ובכלל זה שכר טירחת עורך דינו.⁵⁶

לעומת זאת, לפי השיטה האמריקנית⁵⁷ הוא מקבל את החזר הוצאותיו לגבי האגרה, הוצאות לעדים, הוצאות הדפסה וכדומה, ולא שכר טירחת עורך דינו, ודווקא זו האחרונה היא לעתים ההוצאה המשמעותית ביותר.

השיטה הישראלית, לעומת זו של ארצות הברית, מכוונת לאפשר למי שזכה בדינו לצאת "שלם" מבית המשפט, מבלי שיצטרך להפחית מפרי נצחונו את שכר טירחת עורך דינו. אפשר לטעון, כי עובדה זו מעודדת הגשת תביעות קטנות יותר מן השיטה האמריקנית. במלים אחרות, תובע החושב על הגשת תביעה קטנה בארצות הברית צריך להביא בחשבון שיקוליו את העובדה, שאפילו אם יזכה במשפט, לא ייצא בסכום נקי לשיפוי מלוא הנזק שנגרם לו, אלא בסכום נזק כפי שיקבע בית המשפט, פחות שכר טירחת עורך דינו. לעומת זאת, העומד לתבוע בארץ יודע, שאם יזכה במשפט יזכה ככלל גם בשכר טירחת עורך דינו.⁵⁸ במקרים מסוימים ייתכן מאוד ששכר טירחת עורך הדין יעלה על הנזק שנגרם לגיזוק, ובמקרים כאלה בוודאי לא כדאי לו לתבוע, אם לא יקבל בחזרה את שכר טירחת עורך דינו.⁵⁹

מאידך גיסא, הסידי השיטה האמריקנית טוענים, שהמצב איננו כך. לדעתם,⁶⁰ השיטה הישראלית אינה מעודדת הגשת תביעות, אלא להיפך — מרתיעה מפני הגשתן,

56 ראה, למשל, המרצה 522/67 אלעזר עטייה נ' יצחק כהן ואח', פ"ד כב (1) 86.
57 28 U.S.C. §1292; ראה גם: 386 *Fleishman Distill. Corp. v. Maier Brewing Co.*, 417 U.S. 116, 126—131 (1974); *F. D. Rich Co., v. Industrial Lumber Co.*, 417 U.S. 116, 126—131 (1974).

58 לפי תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, אמנם נתונה קביעת הסכום לבית המשפט (או לרשם), אך הכלל הוא, כפי שנאמר, למשל, בע"א 208/66 בנק הפועלים בע"מ, עכו נ' עזכון מהמר בהאי, פ"ד כ (4) 70: "שבעל דין שזכה במשפט זכאי, לכאורה, להשבת מלוא הוצאותיו, שלא יצא מהמשפט בחסרון כיס". מן הראוי להוסיף, שדברים אלה נאמרו בהקשר לערעור על פסיקת הוצאות בסכום נמוך מדי ודווקא בנוגע לשכר טירחת עורך דין. גם לאחרונה עמד בית המשפט העליון על כך ש"במשפט אזרחי הכלל הוא שהצד המפסיד חייב לשאת בהוצאות המשפט כדי לשפות בעל דין יריב על הטרחה ועל הוצאות שהוציא לשם ניהול המשפט".

59 ראה גם התיקון החדש לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, תקנה 476 (ק"ת 3855, 1.6.78), הקובע, שבדרך כלל בפסיקת סכום החזר ההוצאות המגיע לבעל דין עבור שכר טירחת עורך דינו "לא יפחת הסכום האמור מן התעריף המינימלי שנקבע לעניין זה בכללי לשכת עורכי הדין". לצורך העניין שלפנינו איננו רואים לנחוץ לדון במקרים היוצאים מן הכלל האמור בדבר שיפוי הזוכה בדין על-ידי פסיקת הוצאות לזכותו.

60 ראה: 236—237 (1964) 379 U.S. *Farmer v. Arabian American Oil Co.*, 324 F. 2d 359, 365—370 (Justices Smith and Clark); *Fleishman Distillè Corp., v. Maier Brewing Co.*, 386 U.S. 714, 717—718 (1967); *F. D. Rich Co. v. Industrial Lumber Co.*, 417 U.S. 116, 126—131 (1974); Goodhart, "Costs" 38 *Yale L. J.* (1929) 849, 872—878; Goodhart, "Current Judicial Reform in England" 27 *N.Y.U.L. Rev.* 395, (1952) 405—406.

וזאת משום שהניזוק חושש לתבוע מחמת הסיכון שאם לא יזכה הרי שיפסיד לא רק את הסעד המבוקש על-ידיו ואת ההוצאות שישקיע בתביעה, אלא שבנוסף על כך עוד יחויב לשלם לנתבע החזר הוצאות ובכלל זה שכר טירחת עורך דינו.

מכאן, שלא ברור הדבר אם שיטהנו מעודדת הגשת תביעות קטנות יותר משעושה זאת השיטה האמריקנית. נוסף על כך מן הראוי לציין, שאפילו אם נכונה ההנחה שהשיטה הישראלית אכן מעודדת הגשת תביעות קטנות יותר מן השיטה האמריקנית, עדיין נשארים גם בשיטה הישראלית גורמים מרתיעים, הן כספיים והן נפשיים, המונעים הגשת תביעות קטנות. אפילו בשיטה הישראלית אין התובע הוזכה מקבל החזר של כל ההפסד הכספי שנגרם לו, כגון פיצוי על בטלתו במהלך המשפט ולעתים עליו לשאת בעצמו גם בחלק משכר טירחת עורך דינו ובהוצאות נלוות. זאת ועוד: הגשת תביעה משפטית כרוכה גם בטירחה לא מבוטלת. יש צורך לחפש ולמצוא עורך דין שיטפל בדבר, לעקוב אחרי מהלך המשפט וכו'. במיוחד המורים הדברים לגבי אדם שאין לו יחסים קבועים עם עורך דין מסוים והחסר ניסיון בעניינים משפטיים. על מנת לעודד אדם כזה להגיש תביעה כאשר הוא מרגיש כי ניזוק, דרוש מניע או תמריץ חזק. גרימת נזק קטן, לצרכן למשל, אין בה די, בדרך כלל. גם יצרנים וספקים יודעים זאת.

2. בית משפט לתביעות קטנות

בית-משפט לתביעות קטנות שהוקם על-פי חוק שיפוט בתביעות קטנות, תשל"ו—1976⁶¹, אמנם מכוון להקל על הגשת תביעות כספיות בסכומים קטנים יחסית, אולם לדעתנו אין בהקמתו כדי ליתר אפשרות של ניהול תביעות ייצוגיות-קבוצתיות. מן הראוי לציין, שעד כה הוקם רק בית משפט אחד לפי החוק הנ"ל⁶², וסמכות שיפוטו היא מקומית (להבדיל מכלל ארצית). נוסף על כך ניתן להתייחס לבית המשפט היחיד הזה, לפחות בשלב זה, כאל ניסיון בלבד. אך גם אם ייעשה קבע וגם אם יורחב השימוש בו ויתפשט אל ועל יתר חלקי המדינה, גם אז נראה לנו שאין בכך כדי ליתר את הצורך לשכלל את הפרוצדורה של ייצוגיות-קבוצתיות. הניסיון האמריקני מוכיח, שלא תמיד מופעלים בתי המשפט לתביעות קטנות כראוי⁶³ ואפילו אם השיטה שלפיה יופעלו בתי משפט כאלה אצלנו טובה יותר מזו שבארצות הברית (שהרי כבר היתה לנו הודמנות ללמוד מן הניסיון האמריקני). עדיין איננו בטוחים בהצלחתם ואיננו סבורים שבגללם כדאי לנעול את הדלת בפני דרטי תביעה חלופיות. זאת ועוד: אם בתי המשפט לתביעות קטנות יופעלו בהצלחה ובכל המקומות בארץ, ייתכנו מקרים שבהם הנזק שנגרם לכל אחד מיחיד קבוצה גדולה קטן עד כדי כך, שלא יהיה כדאי לכל אחד מסובלי הנזק — מבחינה כספית ומבחינת הטירחה הכרוכה בכך — לתבוע את שיפוי נזקו בתביעה נפרדת, אפילו לא בבית משפט לתביעות קטנות. עם זאת

61 ס"ח תשל"ו, עמ' 247.

62 ק"ת 3627 (תשל"ו), 2 בדצמבר 1976, 445; ק"ת 3645, 31 בדצמבר 1976, 666; ק"ת 3655,

25 בינואר 1977, 780.

63 ראה לעיל, הערה 27.

ייתכן, שסך כל הנזק שנגרם לקבוצה כולה, דהיינו לציבור רחב, הוא גדול ושהמכשיר היחיד שיעניק לגפגעים סיכוי לקבל פיצוי ושגם יעניק הגנה מסוימת לציבור, יהיה המכשיר הדיוני המכונה תביעת-ייצוג-קבוצתית.

נוסף על כך גועד ריכוז של תביעות על-ידי הליכים של ייצוג-קבוצתי להקל את העומס על בתי המשפט, הן הרגילים והן המיוחדים לתביעות קטנות. אמנם, כפי שכבר צוין, ביחס להגנה כנגד תביעת-ייצוג-קבוצתית, ברור למדי שניהול תביעה כזאת יהיה בדרך כלל מסובך וארוך יותר מתביעה בודדת אחת הכלולה בה, אך לדעתנו ברור גם, שהניהול המקובץ של התביעות יגזול מבית המשפט פחות זמן משצריך היה להקדיש לענין אילו היה כל אחד מהמיוצגים, או מרביתם, מגיש ומנהל תביעות נפרדות.

3. שימוש במשפט פלילי

המצב המשפטי הנוגע לענין שיידון להלן אף הוא שונה בארץ לעומת המצב בארצות הברית. החוק הישראלי מאפשר ליחידים להגיש תביעות פליליות מסוימות⁶⁴. זאת ועוד: בית המשפט רשאי לחייב אדם שהורשע במשפט פלילי, אף אם לא הוגש בידו "קובל" פרטי, "לשלם לאדם שניזוק על-ידי העבירה סכום שלא יעלה על 1,500 ל"י בתורת פיצוי על הנזק או הסבל שנגרם לו, וזאת בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן"⁶⁵.

ייתכן, אם כן, טיעון שהאפשרויות האלה, שקיימות לפי החוק הישראלי ואינן קיימות לפי המשפט האמריקני, מצדיקות שלא לפתח את האפשרויות להגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות. אולם גראה לנו כי יש לדחות טיעון כזה מכמה סיבות כגון: ראשית, באופן עקרוני איננו חושבים לנכון להשתמש בסדר דין פלילי כתחליף לתביעות אזרחיות. אכן, דיני העונשין לא גועדו לכך; שנית, משום הגבלת הסכום ל-1,500 ל"י "בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן" האדם שנתחייב כאמור. זאת ועוד: גם נטל ההוכחה המוטל על תובע בסדר דין פלילי בדרך כלל כבד יותר מאשר בסדר הדין האזרחי. ובנוסף, יש פעולות מסוכנות ומזיקות לזולת, כגון פעולות מסוימות הנעשות ברשלנות, שאינן נתפסות על-ידי דיני העונשין והתרופה היחידה המיועדת למניעתן ולשיפוי הנזק שגרמו אם לא נמנעו — מצויה בתחומי המשפט האזרחי, וטוב שכך הדבר. הרשעת אדם בפלילים היא דבר חמור מאוד ולפיכך יש להצדיקה רק במקרים נדירים ובתנאים מיוחדים. לעומת זאת, המכשיר המתאים שנועד לפצות נפגעים וגם להרתיע מפני גרימת נזק בעת ובעונה אחת הוא התביעה האזרחית.

אנחנו מציעים אפוא לפתח את סדר הדין האזרחי בישראל על-ידי הרחבת אפשרויות השימוש בהליכי-ייצוג-קבוצתיים, בייחוד במקרים שהייצוג דרוש לקבוצה של תובעים.

64 כוונתנו לקובלגה לפי חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, ס"ח תשכ"ה, 161.
65 ראה: ס' 40 לחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) (נוסח משולב), תשל"ל—1970, ס"ח תשל"ל, 109. מן הסעיף הנ"ל לא ברור מה הדין במקרה שאנשים אחדים נפגעו מאותה עבירה; האם הגבלת הסכום ל-1,500 ל"י משמעה שזה הסכום המיזימי שניתן לחייב בו, לפי הסעיף הנ"ל, את מי שהורשע בדין, בלא להתחשב במספר הנפגעים, או שזהו סכום-גג לגבי כל נפגע לחד?

ה. תיקון החוק המומלץ

אפשר היה להגשים את המגמה הנ"ל על-ידי שינוי ההלכה הפסוקה המגבילה את השימוש בתקנה 29 הנוכחית. ואמנם, אנו סבורים שבפרשו את תקנה 29 לא התחשב בית המשפט העליון במידה מספקת בנימוקים שהבאנו לעיל ואם היה מתחשב בהם כראוי ייתכן שהיה קובע אחרת. אולם, מאחר שההלכה הפסוקה היא חד-משמעית, מן הראוי להמליץ על תיקון בדרך של חקיקה ולא להסתמך על שינוי בהלכה הפסוקה. מן הראוי להעיר עוד, שאפילו היה פירוש תקנה 29 אחר, והפסיקה היתה מאפשרת הגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית גם כאשר הסעד המבוקש אינו זהה לכל המעוניינים, עדיין היה מתעורר הצורך להעמיק ולפרט את תקנה 29, משום שהיא איננה מבטיחה, למשל, את הפיקוח השיפוטי המיוחד, שהוא חיוני כדי למנוע, או לפחות לצמצם, שימוש לרעה במכשיר חיוני זה.

ולכן בדו"ח שהגשנו למועצה הישראלית לצרכנות באפריל 1978⁶⁶ המלצנו לתקן את תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, ולהתקין במקום תקנה 29 הנוכחית תקנה מפורטת חדשה⁶⁷. בדו"ח הצגנו נוסח תקנה מפורטת בן 21 תקנות משנה וצירפנו לו גם דברי הסבר מפורטים. לא נחזור כאן על התקנה שהצענו שם בפרוטרוט, אולם ראינו לנכון להעלות כאן בקיצור את העקרונות שהינחו אותנו בניסוח התקנה המוצעת ולעמוד על הבעיות שנתקלנו בהן.

התקנה שאנו מציעים מבוססת בעיקרה על תקנה 23 של תקנות סדר הדין האזרחי הפדראלי האמריקני בתוספת שינויים שנועדו לשפר את ההליך של ייצוג-קבוצתי וכמו-כן להתאימו לדין הישראלי. למשל, אנו ממליצים להתקין תקנות משנה המקבילות לאלה של תקנה 23 א' ו-ב', לגבי התנאים המוקדמים לתביעת-ייצוג-קבוצתית ולשלוש סוגיה. אולם חשבנו, שלעומת נוסח התקנה האמריקנית נכון יהיה להוסיף במפורש

66 ראה לעיל, הערה 1.

67 כמובן, שאפשר להגשים את מטרתנו גם על-ידי חקיקה ראשית של הכנסת. אבל לדעתנו, אין צורך בחקיקת חוק לעניין זה וניתן להסתפק בהתקנת תקנות סדר דין. לפי סעיף 46 לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, מוסמך שר המשפטים "להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנהג לפני בתי משפט...". וברור לנו, שגם פיתוח ההליך הדיני להגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות, שמקורו בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, אף הוא בגדר סדר הדין. ראה לעניין זה ע"א 303/57 מ. רייך נ' מ. המר פ"ב יא 1362. בית המשפט העליון קבע, שהשאלה שיש להשיב עליה לצורך הגדרת סמכותו של שר המשפטים לפי סעיף 46 היא, אם התקנה "באה לשנות משהו בדין המהותי או אם היא שייכת לסדרי הדין והנהג, ואת השאלה הו יש לבחון לפי המבחן אם התרופה הניתנת לתובע באה רק לסייע לו במימוש הסעד שהדין המהותי גותן בידו, או אם היא עצמה קובעת סעד חדש" (שם, עמ' 1363).

זאת ועוד: גם ההסדר הקיים ביחס לתביעות-ייצוג-קבוצתיות מצוי בתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, ולא בחוק, וההסדר שאנו מציעים עיקרו בהרחבת תקנה 29 של התקנות האלה על-ידי פירוט כללים דיוניים במגמה לאפשר את השימוש בתביעות-ייצוג-קבוצתיות הלכה למעשה. אולי לא למותר להפנות כאן תשומת לב לעובדה, שתקנה 29 הנוכחית כבר קנתה לה מעמד של תקנת סדר דין בבתי משפט שלנו. ראה הפסיקה הנוכרת לעיל, בהערות 42, 43.

את סיכויי הקבוצה להצליח בתביעתה לרשימת העניינים שעל השופט להתחשב בהם, בשעה שהוא קובע, לגבי תביעת-ייצוג-קבוצתית בסוג 23(ב)(3), ש"תביעת-ייצוג-קבוצתית עדיפה על שיטות אפשריות אחרות לצורך הכרעת דין הוגנת ויעילה במחלוקת". כפי שכבר הוזכרו, השיקול הזה אינו נזכר במפורש בתקנה 23 האמריקנית ושם הפסיקה סותרת בקשר עם השאלה אם חייב השופט, או לפחות אם מותר לו, להביא בחשבון את השיקול הזה.⁶⁸ פרט להוראות הבסיסיות, שכתב תביעה צריך להראות עילה ושצריך לפרט בו את העובדות המהוות את עילת התביעה⁶⁹, בדרך כלל אין בוחנים אצלנו בתחילת הליך בבית משפט את סיכויי התובע לזכות בתביעתו על מנת לקבוע אם קיימת אפשרות לנהל את ההליך אם לאו. ברם, אם התובע מבקש סעד או קיום הליך מיוחד, ניתן לדרוש ממנו יותר⁷⁰. אנו חושבים, שכזה צריך להיות הדין גם לגבי תביעות-ייצוג-קבוצתיות בסוג 23(ב)(3). מן הראוי לציין כאן, שאפשר היה להציע שהערכתו של השופט, כי לקבוצה התובעת יש סיכוי סביר (או סיכוי טוב) להצליח, תהא תנאי מוחלט למתן הרשות לנהל תביעת-ייצוג-קבוצתית כאמור, אבל החלטנו לא להרחיק לכת עד כדי כך והתקנה המוצעת מסתפקת בהבאת השיקול לגבי סיכויי הקבוצה לזכות כאחד השיקולים האפשריים המתיהסים לעניין.

אנו מציעים לחרוג מן הנוסח האמריקני גם בסדרי הדין לגבי הכרעת השופט שמותר לנהל משפט כהליך-ייצוג-קבוצתי. תקנת המשנה 23(ג)(1) האמריקנית דורשת, שההכרעה על גיהול הליך-ייצוג-קבוצתי תתקבל "בהקדם האפשרי" אחרי התחלת משפט המתנהל בהליכי-ייצוג-קבוצתיים ואינה מפרטת יותר. לעומת זאת חשבנו אגבנו לנכון לפרט יותר וכן להתאים את סדרי הדין לגבי בקשת הרשות לסדר הדין הישראלי על-ידי הקביעה שצריך לבקש רשות לגיהול משפט בהליך-ייצוג-קבוצתי עוד בטרם הוגשה התובענה. כמו-כן מציעים אנו, שהבקשה לגיהול תובענה בהליך-ייצוג-קבוצתי תוגש בדרך המרצה⁷¹.

אנחנו ממליצים על תקנות משנה המקבילות לתקנה 23(ג)(1) האמריקנית בקביעה שמותר לשופט להתנות את מתן הרשות או לבטל אותה — הכל עד מתן פסק הדין. אולם חשבנו לנכון לחרוג שוב מן הנוסח האמריקני ולהוסיף במפורש דוגמאות של תנאים שבית המשפט רשאי להתנות בהם את מתן הרשות לגיהול משפט בהליכי-ייצוג-קבוצתיים. ולכן אנו ממליצים על תקנת משנה שתאמר:

"בית המשפט רשאי ליתן רשות לגיהול משפט בהליך-ייצוג-קבוצתי לפי סימן זה בלא תנאים נוספים על אלה המנויים בסימן זה והוא רשאי להתנותה בתנאים נוספים ובכלל זה:

68 ראה לעיל, הערה 15.

69 ראה תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנות 7(5) ו-105(א)(1).

70 ראה תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנה 238 (עיקול זמני) ותקנה 468(א) (המצאת כתב-בית-דין לנתבע מחוץ לתחום המדינה). וראה גם תקנה 22 לתקנות בית-המשפט (אגרות), תשל"ו-1976, ק"ת 3568 (ג' באב תשל"ו, 30.7.76), 2258, 2266 (דחיית תשלומה של האגרה בגלל חוסר יכולתו של בעל דין לשלמה).

71 סדרי הדין לגבי בקשות בדרך המרצה, הכוללים, בין היתר, את ההוראה שבקשות אלה תימכנה בתצהיר, מצויים בתקנות 303-309 ועד בכלל של תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963.

- (1) שינוי בהגדרת המעוניינים על מנת להוציא מכלל המעוניינים:
 (א) יחידים בעלי עניינים המנוגדים לעניין של מרביתם; או
 (ב) על מנת לצמצם את הצורך להכריע בשאלות שאינן משותפות לכל המעוניינים.
- (2) זוספת נציגים דרושים אחרים מבין המעוניינים על מנת לשפר את איכות הייצוג.
- (3) קיום קדם-משפט.
- (4) כל תנאי אחר שנראה לו ראוי, כדי להבטיח קיום הליך-ייצוג-קבוצתי הוגן ויעיל".

יודגש כאן, שהדוגמאות בתקנת המשנה הנ"ל הן דוגמאות בלבד ואין הן באות להגביל את הסמכות הכללית הרחבה הנתונה לשופט להתנות את מתן הרשות בתנאים אחרים. חשבנו לנכון להכניס את הדוגמאות האלה הנוגעות לשינוי בהגדרת קבוצת המעוניינים ולשיפור איכות הייצוג על-ידי הוספת נציגים וקיום קדם-משפט, מפני שאלה הם אמצעים שהשתמשו בהם בהצלחה בארצות הברית ומוצע להשתמש בהם גם אצלנו. החשיבות שבהעלאת איכות הייצוג ברורה, ומן הראוי להדגיש, שהשופט אינו מוגבל בעניין זה לאותם האנשים שהציעו את עצמם כנציגי הקבוצה. אם לא נזהר דעתו של השופט מכך, שהאנשים שהציעו את עצמם לשמש כנציגי הקבוצה יגנו על ענייני הקבוצה כראוי, עליו לדרוש מן המבקשים להוסיף נציגים.

מן הראוי להדגיש עוד, שעל-ידי שינוי בהגדרת הקבוצה ניתן במקרים מסוימים להתגבר הן על בעיות מהותיות והן על בעיות מינהליות. לדוגמה, ייתכן מקרה שבו, לפי ההגדרה המקורית של הקבוצה, אמנם קיימות שאלות משותפות חשובות, אבל יחד עם זאת קיימות גם שאלות חשובות שאינן משותפות ועל-ידי שינוי בהגדרת הקבוצה בדרך של צמצומה אפשר היה לנפות את השאלות שאינן משותפות ולהדגיש את השאלות המשותפות. ייתכן גם שבתוך הקבוצה, כפי שהיא מוגדרת על-ידי המבקשים רשות לניהול הליך-ייצוג-קבוצתי, נמצאים אנשים שענייניהם מנוגדים לעניינם של רוב חברי הקבוצה. בנוסף לאפשרות הנתונה לחברי קבוצות תובעות להסתלק מן הקבוצה, ייתכן שבמקרה כזה מן הראוי יהיה להגדיר את הקבוצה מחדש על מנת להוציא מתוכה יחידים שלהם עניינים המנוגדים לעניין של הרוב.

בתקנת המשנה הנ"ל נזכרה גם האפשרות להשתמש בקדם-משפט על מנת להקל על ניהול הליכי-ייצוג-קבוצתיים וליעל אותם. לפי תקנות 140 עד 150, ועד בכלל, של תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, המתייחסות לקדם-משפט, תלוי השימוש בהליך זה בשיקול דעתם של נשיאי בתי המשפט המחוזיים⁷². הזכרת קדם-משפט כאן באה להבליט ולהדגיש את האפשרות להשתמש בקדם-משפט בהליכי-ייצוג-קבוצתיים. הצענו גם לאמץ את הגישה האמריקנית בעניין מתן רשות לחבר הקבוצה התובעת

72 גם נשיא תורן רשאי להורות על קיום קדם-משפט. כן יש לשים לב לכך, שלפי התקנות הקיימות ניתן לקיים קדם-משפט לפני שופט של בית משפט מחוזי בלבד. יש מקום לשקול, אם לגבי תביעות-ייצוג-קבוצתיות רצוי למסור סמכויות בעניין קדם-משפט גם לבתי משפט שלום.

להסתלק מן הקבוצה, וכמו־כן לאמץ את תחולת העיקרון של מעשה־בית־דין על אלה שאינם מוצאים מן הקבוצה.⁷³

כבר הזכרנו לעיל⁷⁴ את הנימוקים בעד ונגד תחולת מעשה־בית־דין המשתיק חברי קבוצה שלא השתתפו אישית במשפט. אפשר לטעון בעניין זה לכאן ולכאן. ברם, הגענו למסקנה — אך לא בלי היסוס — שלעניין תביעות־ייצוג־קבוצתיות עדיפה הגישה המחילה מעשה־בית־דין על כל חבר מחברי הקבוצה שלא הוצא ממנה, על הגישה החד־סטריית, שלפיה חברי קבוצה שיוצגו בתובענת־ייצוג־קבוצתית, אף שלא השתתפו במשפט אישית, יוכלו לזכות מפרי נצחונה של הקבוצה, אך לא יושתקו כתוצאה מהפסדה. בנדון זה יש להתחשב ברעיון העומד מאחורי העיקרון של מעשה־בית־דין ובזכותו של הצד שכנגד הקבוצה, שבמקרה שהקבוצה תפסיד, לא יוטרד עוד באותו עניין על־ידי יחיד הקבוצה במשפטים נפרדים. נוסף על כך, הרי בדרך כלל מדובר בהשתקת עילות קטנות־ערך, שממילא לא היו מוגשות בנפרד. וכן חינתן לאלה מחברי הקבוצה, שרצונם בכך, אפשרות להשתתף אישית בהליך הקבוצתי ולהגן על האינטרסים שלהם בעצמם, או להיפך — להיות מוצאים מכלל הקבוצה ול"הינצל" בדרך זאת מהחלת פסק דין, שיינתן בתביעת־ייצוג־הקבוצתית, עליהם.

עניין שכר טירחת עורך דין מעורר בעיה מיוחדת בקשר עם תביעת־ייצוג־קבוצתית. כפי שהזכרנו לעיל⁷⁵, לפי השיטה האמריקנית חל מעשה־בית־דין על חבר הקבוצה

73 מן הראוי לציין, שלפי תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, העובדה שמעוניין הוצא מקבוצה איננה מבטיחה לו שהוא ינהל את משפטו בנפרד לגמרי מתביעת הקבוצה. לפי תקנה 5 מוסמך נשיא בית המשפט העליון להורות על העברת משפט לבית משפט אחר כדי לרכוז בבית משפט אחד תובענות בנושא אחד שהוגשו לבתי משפט אחדים בעלי אותן סמכויות. ראה ב"ש 190/69, 200/69 עבד אל רחמן ערבייה ר"ד אה' ג' מרשין שורץ ואח', פ"ד כג (2) 646; המ' 376/71, ב"ש 86/71 יוליוס פרויזנר ואח' נ' דליה גולן ואח', פ"ד כה (1) 813. גם תקנה 484 מסמיכה כל בית משפט וברוכות בהן אותן שאלות, או שאלות דומות, של משפט התלויים ועומדים באותו בית משפט וברוכות בהן אותן שאלות, או שאלות דומות, של משפט או של עובדה". ההסמכה הזאת תלויה במפורש ב"שיקול דעתו" של השופט והוא רשאי להורות על האיחוד, בין לפי בקשת אחד מבעלי הדין ובין ביזמת עצמו, "בתנאים שייראו לו". מכאן, שעל־ידי הפעלת תקנות אלה ובהעדר הוראה אחרת, עדיין עלול מעוניין שהוצא מן הקבוצה לפי בקשתו ושלא המתין בהגשת תובענתו הנפרדת עד לאחר סיום תביעת־הייצוג־הקבוצתית, להיות מצורף לתביעת הקבוצה בתור בעל דין עצמאי. ראה: זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה רביעית) 62—63. על מנת להבטיח חופש מוחלט להסתלק מתביעתה של הקבוצה, ניתן היה להציע הוראה שתקנות אלה לא תחולנה על תובענה של בעל דין שהוצא מן הקבוצה לפי סימן זה, אבל איננו סבורים שיש לעשות כן. ראשית, ראוי לציין שמטרתן של תקנות אלה, לרכוז משפטים על מנת למנוע כפילות דיון בנושא אחד, מתיישבת עם אחת המטרות החשובות של הליכי־ייצוג־קבוצתיים ולא נראה לנו טעם מספיק להעניק למעוניין שהוצא מן הקבוצה זכות־יתר שתסכל את הגשמת המגמה הזאת לעומת תובעים אחרים, שמגישים תובענות נפרדות הנובעות מאותו הנושא. שנית, תקנה 484 תלויה במפורש בשיקול דעתו של השופט וניתן לצפות ששופטים לא יפעילו אותה במקרה שאינו ראוי לכך.

74 ראה עמ' 424—425 ו'437.

75 ראה עמ' 425.

שלא הסתלק מן הקבוצה אף אם לא השתתף אישית במהלך המשפט. אבל אם הקבוצה מפסידה, אין הוא חייב לתרום להחזר הוצאותיו של הצד שכנגד. מאחר שבארצות הברית כאמור, אין הוצאות אלה כוללות שכר טירחת עורך הדין של הזוכה בדין, אין המשפט האמריקני (וכן המשפטים שם) מתעכב על העובדה שרק נציגי הקבוצה, ואותם יחידים מתוכה שהשתתפו במשפט על-ידי עורכי הדין שלהם, מחויבים בתשלום לצד שכנגד, כאשר הקבוצה מפסידה.

אצלנו, לעומת זאת, המצב בנדון זה שונה וראוי להתעכב על הבעיה של הוצאות הגנת בע תביעת-ייצוג-קבוצתית במקרה שהקבוצה מפסידה. ברור, שאם הקבוצה זוכה, לפי המקובל אצלנו ישלם הנתבע לקבוצה את החזר הוצאותיה; אך כיצד ינהגו במקרה שהקבוצה תפסיד? מי ישא בהוצאות הנתבע? אמנם נכון, שעקרונות גיתן לפתור את הבעיה העולה ממצב עניינים זה על-ידי קביעה שבמקרה שהקבוצה מפסידה לא ישולם לנתבע החזר הוצאותיו. מצב חד-סטרי כזה נמצא בכמה מקרים בחוק האמריקני⁷⁶ ומצדיקים אותו בצורך להעניק עידוד מיוחד להגשת תביעות מסוימות. אבל, אפילו בחוק האמריקני לא חשבו לבכון ליצור מצב כזה לגבי תביעות-ייצוג-קבוצתיות. גם לנו גראת, שהצורך לעודד הגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות אינו מהווה נימוק מספיק כדי להרחיק לכת עד כדי יצירת מצב חד-סטרי כזה. אולם, חיוב חברי הקבוצה, שלא השתתפו אישית במשפט, לתרום לתשלום החזר הוצאותיו של הנתבע אף הוא אינו נראה לנו נכון. ראשית, מבחינת הצדק אין הדבר נראה לנו שיוטל חיוב כספי כזה על מי שלא השתתף אישית במשפט; שנית, אפילו היו מטילים חיוב כזה, היו מתעוררים קשיים גדולים מאוד בקשר עם גביית החוב.

משני הטעמים האלה הגענו למסקנה, שרצוי להכניס לשיטת המשפט הישראלית את הגישה האמריקנית לפיה, במקרה של הפסד הקבוצה, רק הנציגים ואותם יחידים מתוך חברי הקבוצה המשתתפים אישית במשפט מחויבים לשאת בהוצאות המשפט ולשלם לנתבע את החזר הוצאותיו, אף-על-פי שאצלנו יכול החיוב הזה את שכר טירחת עורך דינו של הנתבע.

כאן מתעוררת בעיה גוספת הדורשת פתרון: בדרך כלל, תקנות סדר הדין האזרחי שלנו אינן דורשות שהתובע ייתן ערובה לתשלום הוצאותיו של הנתבע, אך הן מקנות לבית המשפט או לרשם רשות "אם נראה לו הדבר לצוות על התובע ליתן ערובה לתשלום כל הוצאותיו של הנתבע"⁷⁷. ההנחה היא, שבדרך כלל יש לתובע אמצעים לתשלום הוצאותיו של הנתבע אם הוא, התובע, יפסיד וכי בנדון זה יש שוויון בין

76 בולטות דוגמאות במשפט הפדראלי בקשר עם פועלי חברות רכבת שתובעים את מעבידיהם לגבי תאונות עבודה. ראה: (Railway Labor Act of 1926) 45 U.S.C. 153 (P). ובקשר עם תובעים לגבי אפליה בהשגת דיור, ראה: (Fair Housing Act) 42 U.S.C.A 3612 (c). ראה גם: (Packers & Stockyards Act of 1921); 7 U.S.C.A. 270 (f); 7 U.S.C.A. 499 g (b) (Perishable Agricultural Commodities Act of 1930); 49 U.S.C.A. 16 (2) (Interstate Commerce Act of 1887); "Note — Awarding Attorney's Fees (to the Private Attorney General); Judicial Greenlight to Private Litigation in the Public Interest" 24 *Hastings L. Rev.* (1973) 733; "Allowance of Attorney Fees in Civil Rights Actions", 7 *Colum. J.L. & Soc. Problems* (1971) 381. תקנה 483(א) של תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.

מצבם של שני הצדדים. אמנם, לאף אחד מהם אין ערובה המבטיחה את תשלום הוצאותיו אם יזכה במשפט, אולם לכל אחד מהם סיכוי סביר לגבות מן הצד שכנגד את ההחזר המגיע מתוך כל רכושו⁷⁸. לעומת זאת, בתביעת ייצוג-קבוצתית, לפי השיטה המוצעת על-ידינו, המצב שונה. אם תזכה הקבוצה התובעת, היא תוכל לחייב את רכושו של הנתבע⁷⁹ לצורך החזר הוצאותיה. ברם, אם היא תפסיד לא יניחו לנתבע לגבות גם את הוצאותיו מתוך נכסיהם של כל חברי הקבוצה והוא יאלץ לגבותן רק מרכושם של נציגיה ושל אותם יחידים מתוכה שהצטרפו למשפט אישית כבעלי-דין. אי-השוויון הזה איננו תיאורטי בלבד, כי אם גם מעשי. הרי ייתכן, שהסכום שיתבע בתביעת-ייצוג-קבוצתית יסתכם בסכום כסף גדול ולכן יידרשו מהנתבע ומעורך דינו מאמצי הגנה מתאימים שיעלו ממון רב, ואילו הנציגים והמשתתפים האחרים ייתכן שיהיו בעלי נכסים מוגבלים מאוד⁸⁰. נוסף על כך, יש להניח שההגנה נגד תביעת-ייצוג-קבוצתית קשה ומורכבת יותר מזו שנגד תביעה רגילה, ושגם בשל כך עלולות תוצאות הנתבע לתפוח.

בהתבסס על האמור לעיל אנו סבורים, שלצורך תביעות-ייצוג-קבוצתיות רצוי לשנות את הגישה הכללית, ושזולת במקרים גדירים יש לחייב את נציגי הקבוצה ליתן ערובה לתשלום הוצאותיו של הנתבע במקרה שהקבוצה תפסיד. לדעתנו תהיינה לחיוב כזה גם השלכות רצויות, שכן ירתיע הדבר מפני הגשת תביעות-ייצוג-קבוצתיות בקלות מופרזת ויצמצם את השימוש לרעה במכשיר דיוני זה, באותם המקרים שאין לעילת התביעה סיכוי טוב להתקבל.

דוגמה לחיוב במתן בטוחה ולאפשרות שבית המשפט או הרשם יפטרו תובע מחיוב כזה במקרים המצדיקים זאת כבר מצויה בתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963. כוזנתנו לתקנה 257א, המחייבת בדרך כלל הפקדת ערבון על-ידי המבקש צו עיכוב יציאה של נתבע מן הארץ, כאשר הבקשה היא "על פי צד אחד", דהיינו בהעדר הנתבע. ברם, תקנה 257א(ג) קובעת כלהלן: "מצא בית המשפט או הרשם, כי התניית צו עיכוב יציאה בהפקדת ערבון יש בה, בגסיבות המקרה, משום אי צדק, יכול הוא מטעמים שיפרש לפטור מהפקדה". (ההדגשה שלנו. ס"ג).

הצעתנו בעניין ערובה לתשלום הוצאותיו של נתבע בתביעת-ייצוג-קבוצתית דומה לגישה זו. אנו מציעים עוד, שהעובדה שנציגי קבוצה מסוימת אינם יכולים לגייס את הערובה שתידרש, לא תצדיק מתן פטור ממנה מחיקתה או הפסקתה של תביעת-ייצוג-קבוצתית מחמת אי-הפקדת ערובה אינה יוצרת כשלעצמה "אי-צדק". כדי לקבוע שבגסיבות המקרה שלפניו אכן ייגרם אי-צדק בשל מחיקת התביעה מחמת אי-מתן ערובה כאמור, יצטרך בית המשפט להביא בחשבון את סיכויי הקבוצה לזכות בתביעתה וגם את כל הטעמים האחרים הדרושים להכרעה, דהיינו, האם מטעמים מיוחדים של טובת הקבוצה ו/או של טובת הציבור, צודק יותר לתת אישור לקיומו של המשפט

78 להוציא פריטים אחדים שהמחוקק דאג כי לא יוצאו מדי החיוב.

79 בהגבלה הנזכרת בהערה 78 לעיל.

80 אמנם, גם בתביעה כספית רגילה ייתכן מצב עניינים שבו יתבע תובע חסר-אמצעים סכום כסף גדול, אך במקרה כזה הרי יוכל הנתבע לבקש צו למתן ערובה לפי תקנה 483(א) של תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963.

בלא מתן ערובה להחזר הוצאותיו של הנתבע במקרה שהתביעה תיכשל, מאשר למחוק את התביעה מחמת זאת, מה שכמובן לא ימנע מיחיד הקבוצה להגיש תביעות נפרדות בסדר דין רגיל.

למרות שאימצנו את הגישה האמריקנית לגבי הסתלקות מן הקבוצה ותחולת מעשה-בית-דין, אנו ממליצים לסטות ממנה לגבי הדרך שבה גותנים לחברי הקבוצה הודעה על מתן רשות לנהל משפט בהליך-ייצוג-קבוצתי, הודעה שבין היתר מאפשרת להם, אם ירצו, להסתלק. והסטייה המוצעת היא בשניים: ראשית, לדרוש מתן הודעה לגבי כל הסוגים של הליכי-ייצוג-קבוצתיים, בעוד שהתקנה האמריקנית – הלא היא תקנה 23(ג)(2) – דורשת זאת רק לגבי תביעות-ייצוג-קבוצתיות המתנהלות לפי תקנה 23(ב)(3). שנית, לא לדרוש המצאה אישית לכל חברי הקבוצה הניתנים לזיהוי ולאיתור, כפי שפסק בית המשפט העליון בפסק דין אייזן⁸¹. בשני העניינים האלה הגענו למסקנה שהגישה הישראלית, שכבר באה לביטוי בתקנה 29 הנוכחית, עדיפה על-פני הגישה האמריקנית הפדראלית. עם זאת יש להדגיש, שגם לפי תקנה 29 יש להמצאה אישית עדיפות ורק כשהמצאה הזאת איננה מעשית (בנסיבות המקרה) מוסמך בית משפט להורות על המצאה פומבית.

אנחנו מציעים גם להעניק לשופט במשפט המתנהל בהליכי-ייצוג-קבוצתיים סמכות רחבה מאוד בניהול המשפט, על מנת להבטיח הליך הוגן וכדי לצמצם ככל האפשר שימוש לרעה במכשיר זה. לכן אנו ממליצים להתקין תקנת משנה דומה לתקנת המשנה 23(ד) האמריקנית הנזכרת לעיל⁸².

כמו-כן, מן הראוי להעניק לשופט סמכות רחבה לנקוט אמצעים על מנת למנוע סיכונים ולפשט הליכי-ייצוג-קבוצתיים ככל האפשר. לכן אנו מציעים להתקין תקנת משנה שתאמר במפורש:

"(א) בסמוך לאחר קביעת אחריותו של הנתבע כלפי המעוניינים שתבעו בהליך-ייצוג-קבוצתי, ואם מתעורר הצורך לקבוע את שיעור הנזק שנגרם לכל אחד מיחיד המעוניינים בנפרד, יודיע בית המשפט על כך למעוניינים – בדרך שתיראה לו לפי נסיבות העניין – ויזמין אותם להגיש הוכחות לקביעת שיעור הנזק.

(ב) לצורך קביעת שיעור הנזק לפי תקנת משנה (א) רשאי בית המשפט לקבוע סדר דין מיוחד שייראה לו הוגן ונאות לפי נסיבות העניין, ובכלל זה להתיר שימוש בתצהירים במקום בעדויות בעל-פה".

מן הראוי להזכיר כאן, שיצירת הליך יעיל וחסכון בכסף ובטירחה הם ממטרותיו העיקריות של סדר הדין המאפשר ייצוג-קבוצתי. אמנם, אין זה פשוט לנהל הליכי-ייצוג-קבוצתיים, אבל ההנחה היא שהפרוצדורה הזאת מוצדקת מפני שהיא מאפשרת הגשת תביעות מוצדקות שאם לא ניתן היה להגישן במקובץ, לא היו מוגשות כלל, וכן ריכוז תביעות רבות בתביעה אחת, דבר שיביא לחיסכון בכסף ובטירחה, בהשוואה להגשת התביעות בנפרד.

81 ראה לעיל, הערה 23.

82 ראה עמ' 429.

כיוון שכאמור וכמוסבר, אין זה פשוט לנהל הליכי-ייצוג-קבוצתיים, ברור שהיעילות של סדר-דין מיוחד זה תהיה תלויה במידה רבה בשימוש שיעשה השופט בסמכויות שמוצע להעניק לו על מנת להקל על ניהול הליכים כאלה ולמנוע שימוש לרעה בהם. אולם, למרות הרצון להחיש ולזרו את גיהולם של הליכי-ייצוג-קבוצתיים, מן הראוי לומר במפורש, כי אין לעשות כך על חשבוננו של הצד שכנגד, באופן שישלול ממנו טענות שיש לו כנגד חברים בודדים בקבוצה המיוצגת. הכוונה כאן בעיקר להגנות מיוחדות של נתבע נגד יחיד המעוניינים. עם זאת ברור, שקיומן של הרבה שאלות מיוחדות, כלומר שאלות שאינן משותפות לקבוצה כולה, מצדיק שלא להתיר ניהול תביעת-ייצוג-קבוצתית. זאת ועוד: במקרים מסוימים אפשר היה לפתור את הבעיה של שאלות לא משותפות על-ידי שינוי בהגדרת הקבוצה, או על-ידי שימוש בזכות מעוניינים מסוימים להיות מוצאים מן הקבוצה; אבל עדיין ייתכנו מקרים, שבהם יהיו לנתבע הגנות מיוחדות נגד יחידים מבין המעוניינים. בניהול המשפט צריך אפוא השופט להיזהר שלא לשלול מן הנתבע את הזכות להעלות טענות-הגנה כאלה ולהוכיחן. לבסוף, אנו מציעים, בעקבות התקנה האמריקנית⁸³, לקבוע שכל פשרה או הפסקה של הליכי-ייצוג-קבוצתי מצריכה קבלת אישור מבית המשפט ושעל בית המשפט להודיע למעוניינים על הפשרה או על ההפסקה המוצעת ולאפשר להם להביע את דעותיהם לגביה. כמו-כן חשבנו לנכון, על מנת להגן על חברי הקבוצה מקונויה בין נציגיהם ובין הצד שכנגד, להוסיף לקביעה האמריקנית אישור על נציג קבוצה להסתלק מן הייצוג אלא ברשות בית המשפט. אישור כזה נמצא אצלנו בתקנה 434 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, המתיחסת לעורכי דין והוא אוסר על עורך דין להסתלק מתובענה אלא ברשות בית המשפט. אנו סבורים, שאותם השיקולים, המצדיקים את תחולת ההגבלה הזאת על עורכי דין המייצגים בעלי דין, יפים גם לנציגים המייצגים מעוניינים בהליכי-ייצוג-קבוצתי. הוראה זאת נועדה גם להבטיח, שקבוצה לא תינזק מחוסר נציגות, וכן למנוע ניסיונות לעקוף את הוראותיה לגבי פשרות והפסקות על-ידי התפטרותם של כל הנציגים שמטרתה לגרום למעשה להפסקת המשפט. כמו כן אנו מציעים, שכל נציג יחויב להודיע לבית המשפט בסמוך לאחר הקבלה על כל הבטחה, סכום כסף או טובת הנאה אחרת שקיבל במהלך המשפט מן הצד שכנגד או לשם סילוק תביעתו הוא. הוראה כזו נועדה להשלים את המטרות הנ"ל, ועל-ידי גילוי תשלומים — למנוע קונויה בין נציג קבוצה ובין הצד שכנגד הקבוצה, העלולה להזיק למעוניינים בטרם תתגשם בהפסקת תביעת-ייצוג-קבוצתית או פשרה רשמית, או העלולה לגרום למעוניינים נזק אחר.

מן האמור לעיל נובע, שהצלחת השימוש בהליכי-ייצוג-קבוצתיים בהתאם להמלצתנו תלויה הרבה ביכולתם של השופטים, שישבו בדין במשפטים מסוג זה, לנהלם בצורה אפקטיבית ולהשגיח על כך שהפרוצדורה המיוחדת להליכים כאלה אכן תכונן⁸⁴. אין אפוא להתעלם מכך, שניהול משפטים בהליכי-ייצוג-קבוצתיים ידרוש ברוב המקרים

83 ראה עמ' 429.

84 כפי שזכר לעיל, התקנה שאנו מציעים כבר מפורטת ומפורשת בדו"ח. כמו-כן מתייחסים אנו בדו"ח, בפרק ד', לבעיות אחרות המתעוררות בשילוב המלצתנו העיקרית במשפט הישראלי. בעיות אלה כוללות: קביעת סמכות מקומית וכן סמכות עניינית; קביעת אגרות

מאמץ נוסף ומיוחד מצד השופטים שבפניהם ייערכו, אך יש לקוות שהשופטים יהיו מוכנים לעמוד בנטל הזה, כדי להבטיח את הצלחת השימוש במכשיר דיוני זה לטובת הציבור בישראל.

לדעתנו השכר שווה את המאמץ. אנו מקווים, שעל ידי יישום המלצתנו, אם היא תאומץ, תתגשם מטרתנו העיקרית, שהיא לאפשר לאנשים שנגרם להם נזק אישי קל מבחינה כספית, להיות מפיצים, ואשר אילמלא האפשרות לרכז את תביעותיהם בתביעות ייצוגי קבוצתיות לא היה כדאי להם לתבוע את נזקם. נוסף על כך אנו מקווים, שהחשש מלהיתבע במקרים כאלה בתביעות ייצוגי קבוצתיות יעודד אנשים כגון יצרנים, ספקים ונותני שירותים אחרים להיזהר שלא לסכן את הציבור או שלא להזיק לו.

בית המשפט; איחוד עילות והגשת תביעות שכנגד, כשמדובר בעילות אישיות מטעם או נגד נציגי קבוצה; שימוש באמצעים של גילוי מוקדם, דהיינו, שאלונים, גילוי מסמכים ובדיקת נכסים והפצים; ועניינים המתייחסים להגשת ערעורים מטעם הקבוצה וכן בניהולם. וראה שם.