

התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים

בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת.
ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ

מיכאיל קרייני*

מאמר זה עוסק במשמעויותיה ובהשלכותיה של עמדת שופטי הרוב בפרשת א.ש.ת. התוצאה הישירה של פסק הדין היא הגבלה משמעותית על אפשרות השימוש בהליך התביעה הייצוגית נגד המדינה בייחוד אם מבקשים לבסס את ההליך על תקנות סדר הדין האזרחי. מלאכת הניתוח במאמר מתחילה בניסיון להסביר את העמדה השמרנית שנקטו שופטי הרוב בפסק דין א.ש.ת. – עמדה העומדת בניגוד מוחלט לגישה התכליתית ששלטה בכיפה עד עכשיו. לאחר מכן המחבר בוחר להתמקד בשני היבטים פרטניים שבעמדת דעת הרוב בפרשת א.ש.ת. היבט אחד נוגע בהמשך המגמה כמשפט הישראלי שלא להבחין הבחנה חדה בין התביעות הייצוגיות השונות, מה שמוביל בסופו של דבר לרתימת התביעה הייצוגית לתנאי סף שלא ממין העניין. ההיבט השני נוגע בנימוק שאם הנתבע כובל את עצמו בתוצאות ההליך הראשון ביהס לתביעות העתידיות שתוגשנה על ידי תובעים נוספים כי אז מתייחר הצורך באישור ההליך הראשון כהליך של תביעה ייצוגית. כפי שהמאמר מבקש להאיר, בעמדות שגילו שופטי הרוב לגבי שני היבטים אלו יש השלכות רחבות יותר מההקשר הצר שבו עסק פסק הדין, המלמדות על הגבלת אפשרות השימוש בהליך התביעה הייצוגית בכלל, בין שהנתבע הוא גוף פרטי ובין שהבסיס להגשת התביעה הייצוגית הוא בחקיקה ראשית של הכנסת.

א. מבוא. ב. פרשת א.ש.ת. – הרקע: 1. הערות מקדימות בעניינה של התביעה הייצוגית; 2. פסק הדין בעניין א.ש.ת. ג. פשר הלכת א.ש.ת.: 1. על גישה שמרנית ומסויגת עם גוון אקטיביסטי; 2. התביעה הייצוגית באספקלריה של שני מודלים של ההתדיינות האזרחית. ד. התביעה הייצוגית כהליך רב-תכליתי: 1. על חוסר ההתאמה בין תכלית התביעה הייצוגית לבין תנאי אישורה במשפט

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

הישראלי: (א) על חוסר ההתאמה ברמת הפסיקה של בית המשפט העליון - פרשת פרנקישה ופרשת עטיה; (ב) על חוסר ההתאמה ברמת החקיקה - פרשת ברזני; (ג) על חוסר ההתאמה בעמדת המדינה; 2. התביעה הייצוגית על פי שלוש קטגוריות של תכלית: (א) נזק קטן ברמת היחיד ונזק גדול ברמת הקבוצה - התכלית הרגולטורית; (ב) נזק משמעותי ליחיד וקבוצה גדולה של יחידים עם נזק דומה - עוולות המוניות; (ג) נזק משמעותי ליחיד וקבוצה גדולה של יחידים עם נזק דומה - תכלית ההגנה על זכויות האדם; 3. התכלית ונגזרותיה בהקשר של פרשת א.ש.ת. ה. השתקת הנתבע ומוסד התביעה הייצוגית: 1. כללי; 2. השתק הפלוגתא על פי כלל ההזדמנות; 3. חסרונותיו של כלל ההזדמנות והליך התביעה הייצוגית; 4. סגירת המעגל - המדינה כנתבעת בתביעה ייצוגית. 1. סיכום ומסקנות.

א. מכרז

בפסק הדין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ¹ הוגבלה עד מאוד האפשרות להגיש תביעה ייצוגית מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984,² בייחוד כשהנתבעת היא המדינה. פסק הדין שניתן ברוב דעות (שלושה שופטים נגד שניים) נימק עמדה זו בשתי רמות: האחת עקרונית, שעניינה בתקנה 29, והאחרת פרטנית, שעניינה בנסיבותיו המיוחדות של המקרה. ברמה העקרונית הוסבר כי הליך התביעה הייצוגית הוא הליך מורכב שניהולו מצריך רמת פירוט חקיקתית הנעדרת מתקנה 29; ובכלל, נוכח ההשפעות רחבות ההיקף של התביעה הייצוגית ראוי כי האכסניה להליך תימצא בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה. ברמה הפרטנית הוסבר כי מטרתה "הקלסית" של התביעה הייצוגית היא לאפשר את קיבוצן של תביעות אישיות קטנות במסגרת תובענה אחת, שאם לא כן תיפגם מלאכת האכיפה של הנורמות המחייבות מאחר שתובע יחיד לא יזום הליכים משפטיים שעה שנוקיי קטנים במיוחד.³ ריכוזן של תביעות אישיות דומות במסגרת הליך דיוני אחד יהפוך את ההליך לכדאי מבחינת יוזם ההליך, הצפוי לקבל נתח מהסכום שיפסוק בית המשפט אם תתקבל התביעה. בפרשת א.ש.ת. הסכומים שנתבעו בשם חלק מחברי הקבוצה היו משמעותיים,

1. רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים, פ"ד בוז(3) 220 (להלן: רע"א א.ש.ת.).
 2. תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220 (להלן: תקנה 29). וזו לשונה של התקנה:
 א) היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול, יכולים מקצתם - לבקשת תובע אם הם תובעים, או לבקשת תובע או 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 שיוורה בית המשפט או הרשם בכל מקרה ומקרה.
 ב) כל מי שמיוצג בתובענה כאמור בתקנת משנה (א) רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לעשותו בעל דין בה.
 3. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 278.

מה שאמור היה לתת להם תמריץ להגיש תביעות אישיות. יתרה מכך, כמה תביעות אישיות אף הוגשו בפועל על ידי תובעים אחדים בגין עילות דומות לאלו שביססו את התביעה בעניין א.ש.ת.. על כן הובעה הסברה כי במקרה כזה אין זה נכון לאשר את ההליך הנוכחי כהליך של תביעה ייצוגית.⁴

נימוק פרטני נוסף שבו נעזרו שופטי הרוב (בעיקר השופטת בייניש) נגע בכך שהנתבע בהליך הנוכחי היא המדינה, שאינה ככל בעל דין אחר. ראשית, המדינה כפופה לעקרונות המשפט המינהלי, ואלה, כידוע, מספקים נתיבי תקיפה מיוחדים בעניין סמכויותיה השלטוניות, והעיקרי שבהם הוא העתירה בפני בג"ץ.⁵ שנית, במסגרת ההליך הנוכחי התחייבה המדינה במפורש להחיל את ההכרעה שתתקבל במסגרת ההליך האישי על כלל הציבור.⁶ נוכח דברים אלו, שוב התגלה הליך התביעה הייצוגית במקרה הזה כהליך מיותר.

מאמר זה נחלק לשלושה חלקים עיקריים המקבילים במידה רבה לנימוקיו העקרוניים והפרטניים של בית המשפט בפרשת א.ש.ת.. ברמה העקרונית – שלה ייחוד פרק ג של המאמר – ביקשתי להתבונן בפשרה של הלכת א.ש.ת. מבחינת תורת ההתדיינות הכללית. בהקשר זה פסק הדין מציג נקודת מפגש מעניינת בין רצון ריאליסטי המבקש להתאים דברי חקיקה ישנים למציאות המתחדשת לבין דבקות באות הכתובה של החקיקה וציפייה שהמחוקק הוא שייזום את השינויים המתבקשים, אם בכלל. אף שהמגמה השלטת היום בפסיקה הישראלית היא לשאוף לפרשנות תכליתית ששמה כעיקר את הצורך להוליד תוצאות משפטיות ראויות, בחרה דעת הרוב בפרשת א.ש.ת. לדבוק באות הכתובה של תקנה 29 – שנעדר ממנה, כאמור, הפירוט המצופה לצורך ניהולה של התביעה הייצוגית. פרק זה של המאמר מציג הסבר לעמדה זו באמצעות דיכטומיה ידועה בתורת המשפט הדיוני המבחינה בין הליך דיוני שמטרתו הן ציבוריות (לשאוף לאכיפה כוללת של הנורמות המחייבות) לבין הליך דיוני שמטרתו הן פרטיות (להביא לפתרון הסכסוך הפרטי). הטענה המרכזית שאבקש לקדם בהקשר זה היא ששופטי הרוב בפרשת א.ש.ת. לא היו מוכנים לראות בהליך ההתדיינות האזרחית הליך בעל חשיבות ציבורית, והדבר הוביל, להערכתני, לגישתם המתנגדת לאפשרות להפוך את תקנת המשנה בדמותה של תקנה 29 הקיימת לאכסניה כללית של הליך התביעה הייצוגית, שכידוע ממלא גם פונקציה ציבורית במובהק.

בפרק ד של המאמר ביקשתי לעמוד מקרוב על תכליתה של התביעה הייצוגית. בניגוד לעמדה שבאה לידי ביטוי בפסק דין א.ש.ת. אבקש לטעון כי יש לראות את הליך התביעה הייצוגית כהליך רב-תכליתי. מלבד המקרה שבו נגרם לקבוצה גדולה של אנשים נזק קטן ברמה של היחיד, יש – ומוצדק – לאפשר הליך של תביעה ייצוגית גם במקרים שבהם הנזק שנגרם ליחידים הוא משמעותי ואפילו משמעותי ביותר. הכרה בכך שלהליך התביעה הייצוגית יש יותר מתכלית אחת, משמעה, בין היתר, שגם תנאי הסף לאישורה של תביעה כייצוגית יותאמו לתכליותיה השונות של התביעה הייצוגית. דעת הרוב בפסק דין א.ש.ת. (בעיקר השופטת בייניש) נמנעה ממהלך זה. ברם, לעומת ההקשר העקרוני, דעת הרוב בהקשר זה

4. שם, בעמ' 278.

5. שם, בעמ' 272-274.

6. שם, בעמ' 277.

אינה אלא המשך נאמן לתופעה כללית במשפט הישראלי המסרבת לראות את התביעה הייצוגית כהליך רב-תכליתי. כפועל יוצא מכך, במקרים רבים מוצבים תנאי סף שלא זו בלבד שאינם הולמים את התכלית המיוחדת שמבקשים להגשים באמצעות הליך התביעה הייצוגית, אלא גם כאלה תנאים שמכרסמים בה מן היסוד. מגמה זו תוצג בראשית הדיון בפרק זה, לאחר מכן אציע שלוש קטגוריות עיקריות של תביעות ייצוגיות, ולבסוף ייעשה ניסיון לבחון את פרשת א.ש.ת. באספקלריה הרב-תכליתית של התביעה הייצוגית.

בפרק ה של המאמר ביקשתי לבחון מקרוב את הטיעון שלפיו אם ממילא יש בהכרעה המשפטית כדי להייב את הנתבע לגבי שאר התובעים הפוטנציאליים, כי אז מתייחר הצורך בהפיכת ההליך הראשון של התובע היחיד להליך של תביעה ייצוגית. בחינה זו מקבלת משנה חשיבות לאור העובדה שההתפתחויות שחלו בתחום המעשה בית דין (השתק הפלוגתא) מאפשרות – גם בהליך אזרחי רגיל, המוגש נגד גוף פרטי – להשתיק נתבע שהפסיד בהליך הראשון בהליכים מאוחרים שיוגשו על ידי תובעים נוספים. אם כך, ייתכן שבתמי המשפט יתקשו כעת לאשר כמעט כל תביעה ייצוגית שתוגש בישראל. זאת, משום שכל נתבע שהסכסוך הראשון יוכרע לחובתו ייחשב, מכוח עקרונות השתק הפלוגתא, כמושתק בהליכים המאוחרים, בהנחה שאלה יתבססו על אותה פלוגתא. בפרק זה של המאמר, לאחר הצגת ההתפתחות האמורה בעקרונות השתק הפלוגתא, אבקש להראות כי התפתחות זו יצרה בעיות דיוניות קשות שהדרך הנאותה להתמודד אתן היא דווקא על-ידי הפיכתו של ההליך הראשון להליך של תביעה ייצוגית. מכאן אבקש להקיש למקרה שנידון בפרשת א.ש.ת. – ולכל תביעה אישית שמבקשים להגיש נגד המדינה – ולטעון כי דווקא בשל האפשרות שההליך הראשון ישפיע על הליכים מאוחרים יותר יש לשאוף להפיכתו של ההליך הראשון להליך של תביעה ייצוגית. עוד אבקש להראות כי טיעון זה הוא חזק בייחוד כשהתביעות האישיות שהוגשו – ואלה שצפויות להיות מוגשות – מסתכמות בסכומי כסף משמעותיים. עם זאת, בטרם ניתן יהיה להיכנס לעובי הקורה בכל אחד משלושת הנושאים שלעיל ראיתי לנכון להקדיש את הפרק הבא, הוא פרק ב, לדיון כללי באופייה של התביעה הייצוגית, וכן בנתוגיה העובדתיים והמשפטיים של פרשת א.ש.ת.

ב. פרשת א.ש.ת. – הרקע

1. הערות מקדימות בעניינה של התביעה הייצוגית

מעטים הם ההליכים הדיוניים בתחום המשפט האזרחי שמעוררים התעניינות כה רבה כמו הליך התביעה הייצוגית. סיבה אחת לכך, נעוצה ברעיון הדיוני שביסוד ההליך, המאפשר לאדם להגיש תביעה נגד נתבע לא רק בשמו אלא בשם קבוצה שלמה של בני אדם שכמוהו נפגעו ממעשיו של הנתבע.⁷ מה גם, שכללי הדיון של התביעה הייצוגית מניחים כי חברי

7. ראו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשין, פ"ד מט(5) 774 (להלן: רע"א טצת), בעמ' 783 ו"ביסוד התובענה הייצוגית עומד מצב דברים שבו תובע אחד [או מספר תובעים] תובע בשם קבוצה של יחידים בגין פגיעה [בעלת אופי דומה] שכל אחד מבני הקבוצה נפגע מהפרת חובה בעלת אופי זהה כלפיו".

הקבוצה שבשמה התביעה הייצוגית מוגשת אינם נוטלים חלק פעיל בהליך עצמו. את ההליך מנהל התובע-הנציג, ומהלכיו – כמו גם פסק הדין – מחייבים באותה מידה אותו ואת חברי הקבוצה.⁸ רעיון זה עומד בניגוד לעקרונות היסוד של המשפט הדיוני שבאופן מסורתי נרתעו מהאפשרות לחייב אדם בתוצאות משפט שלא השתתף בו במישרין.⁹ הדברים אמורים בייחוד בהליך התביעה הייצוגית, שבה מספר בעלי העניין שאינם נוטלים חלק פעיל בדיונים יכול להיות רב יחסית.¹⁰

סיבה נוספת להתעניינות בהליך התביעה הייצוגית קשורה לממדיה הכספיים. שכן לעתים קרובות הסכומים הנתבעים בתביעות ייצוגיות הם גדולים במיוחד, כך שההכרעה בהן נושאת

8. דא סטיבן גולדשטיין, "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?", משפטים ט (תשל"ט) 416, בעמ' 425; דא ג'ם: An, Geoffrey C. Hazard, Jr., John L. Gedid and Stephen Soble, "Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits", 146 U. Pa. L. Rev. (1998) 1849.

9. דא בעניין זה דבריה של השופטת מרים בן-פורת בעניין המ' 1021/68, ת"א (ת"א) 483/68 אלקלעי נ' מדינת ישראל, פס"מ תשכ"ט 89 (להלן: ת"א אלקלעי), בעמ' 93-94 ("אין להרשות הכרעה בדינו של אדם, אשר אינו נמנה עם בעלי הדין, כאשר התוצאה היא [או עלולה להיות] לרעתו". עמדה עקרונית זו הביאה את השופטת בן-פורת שלא לאשר את התביעה שלפניה כתביעה ייצוגית על פי תקנה 29; לדיון בעמדה זו, דא סטיבן גולדשטיין, "עוד בעניין תביעת-ייצוג-קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי", משפטים יא (תשמ"א) 412, בעמ' 422, 424, 431-432.

עוד יצוין בהקשר זה כי זכות הגישה לערכאות זכתה למעמד מיוחד במשפט הישראלי. כהגדרתו של השופט גרוניס: "הזכות לפנות לערכאות השיפוטיות היא זכות קונסטיטוציונית מן המעלה הראשונה". רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עובד המנוח באסל נעים אברהים (טרם פורסם), בפסקה 3; כמו כן יש שניתן לראות בזכות הגישה לערכאות זכות יסוד לאור ההשקפה כי בזכות התביעה גלומה גם זכות קניין, זכות שהיא זכות מוגנת על פי סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150. דא בהקשר זה, ע"א 4980/01 עו"ד כהן נ' גלאם (טרם פורסם), בפסקה 4; שלמה לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תש"ס), 2-3, 26; יורם רבין, "זכות הגישה לערכאות מזכות רגילה לזכות חוקתית", המשפט י (תשנ"ח) 76; אולם, גם בלי הייתוס המיוחד שזכתה לו זכות הגישה לערכאות בהקשר החוקתי הישראלי, מאז ומתמיד התייחסו בתי המשפט בכובד ראש לאפשרות שאדם לא יתחייב בדין מבלי שניתנה לו הזדמנות להציג את טענותיו. דא דבריו של השופט Easterbrook בעניין: *Vas-Cath Inc. v. Mahurker* 745 F.Supp. 517, 531 (N.D.III. 1990) "the idea that someone may be bound by the results of a case even though he did not participate is in tension with the autonomy recognized by our legal system ..."

10. כעיקרון ניתן היה לומר כי פעולות משפטיות שמיועדות לייצג את האינטרסים של אנשים שאינם נוטלים חלק פעיל בהליכים עצמם אינה תופעה כה זרה לעולם המשפט. במובן מסוים, הייצוג המשפטי שעורך דין מעניק ללקוחו התובע – מעשה יום-יומי בבתי המשפט – מגלם בתוכו גם סיטואציה של תביעה ייצוגית. אולם עדיין התביעה הייצוגית שונה בתכלית השינוי ממקרה זה, לא רק בשל מספרם הרב יחסית של האנשים המיוצגים, אלא בעיקר משום שהתובע הנציג ממנה את עצמו להיות נציגם של קבוצת המעוניינים. דא: Owen M. Fiss, "The Political Theory of the Class Action", 53 Wash. & Lee L. Rev. (1996) 21, p. 25.

בחובה משמעויות כלכליות מרחיקות לכת – גם לנתבע, גם לקבוצת המעוניינים וגם לחברה בכללותה.¹¹ מציאות כזאת היא מקור לכמה בעיות משפטיות בתחום ההתדיינות האזרחית,¹² שהטיפול בהן משך לא מעט כתיבה מדעית.¹³ בעיה אחת היא האפשרות הנוחה למדרי שמעמידה התביעה הייצוגית "לסחוט" סכומים נכבדים מאת הנתבע.¹⁴ שכן ייתכן שנתבע העומד בפני תביעה גדולה ייטה "ליישב" את העניין עם הנציגים אפילו אם הוא חושב שאינו חייב, מכיוון שאם בסוף המשפט יחויב בדיון, הוא יאלץ לשלם את הסכום הגדול במלואו.¹⁵ נטייתו של נתבע להפסיק את דעתו של התובע הנציג, יש שהיא מוזנת לעתים גם מההוצאות הגבוהות שהליך התביעה הייצוגית מצריך לשם ניהולו, וכן מהנוק הציבורי שעלול להיגרם לנתבע מן הפרסום שהוא נתבע בגין סכום כה גדול, בייחוד אם מדובר בנתבע שהיא חברה מובילה במשק.¹⁶ נוסף על כך, עניין זה עלול להביא לידי אכיפת יתר, מעבר לרמה הרצויה מבחינה חברתית,¹⁷ דבר שעלול לפגוע בחברה בכללותה עקב החצנת העלויות של אכיפה זו.

11. ראו דברי השופט חשין בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (טרם פורסם) (להלן: דנ"א ברזני), בפסקה 27: "כוחה הסינרגטי של התובענה הייצוגית הופך אותה לנשק בלתי-קוננונציונלי, ואין פלא בדבר שמהלכת היא אימים על עוסקים למיניהם"; ראו גם דברי השופטת פרוקצ'יה (בדעת מיעוט) בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת הקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נו(4) 673 (להלן: ע"א תנובה), בעמ' 690.
12. רע"א טצח (לעיל, הערה 7), בעמ' 785.
13. Susan P. Koniak, "Feasting While the Widows Weep: *Geirgine v. Amchem Products, Inc.*", 89 *Cornell L. Rev.* (1995) 1045; Susan P. Koniak and George M. Cohen, "Under Cloak of Settlement", 82 *Va. L. Rev.* (1996) 1051; Samuel Issacharoff, "Class Action Conflicts", 30 *U.C. Davis L. Rev.* (1997) 805.
14. Bruce Hay and David Rosenberg, "'Sweetheart' and 'Blackmail' Settlements in Class Actions: Reality and Remedy", 75 *Notre Dame L. Rev.* (2000) 1377, pp. 1402-1407.
15. גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 428. זה טיעון הנשען על ההנחה הרציונלית שהנתבע, בייחוד כאשר הוא נתבע בגין סכומי כסף גדולים, ייטה להיות שוגא סיכונים, כך שייטה לשלם סכומי כסף נכבדים כדי לחסוך מעצמו את הסכנות הטמונות במשפט. Hay and Rosenberg (לעיל, הערה 14), בעמ' 1391-1392.
16. גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 428. זה הרקע לטיעון שלפיו התביעה הייצוגית מהווה בעצם מכשיר סחיטה חוקי (legalized blackmail). ראו: Milton Handler, "The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Law – The Twenty Third Annual Antitrust Review", *In re Rhone-* 71 *Colum. L. Rev.* (1971) 1, p. 9; מעניין לציין בהקשר זה את פסק הדין: *Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995), שבו סירב בית המשפט לאשר תביעה כתביעה ייצוגית דווקא מהחשש שהתובע הנציג יעשה שימוש בתביעה הייצוגית כדי לקבל מהנתבע סכומי כסף שאינם מגיעים לו.
17. משה בר ניב (בורונובסקי), "גבולות התובענה הצרכנית הייצוגית, (בשולי הפסיקה)", עיוני משפט יט (תשנ"ד) 251, בעמ' 255.

בעיה נוספת הקשורה באופן הדוק למוסד התביעה הייצוגית ולממדיה הכספיים היא למעשה הפוכה מזו שהוצגה לעיל; הנתבע הוא שפועל "לשחד" את התובע הנציג באמצעות הסדר הפשרה המבטיח לו ולעורך דינו סכום נכבד, אך תוך פגיעה בזכויותיהם של חברי הקבוצה האחרים שעל פי ההנחה זכאים לקבל יותר ממה שההסדר מבטיח להם.¹⁸ חיבוק היתר שהתובע הנציג זוכה לו במקרה זה זיכה את הסדר הפשרה בשם "sweetheart settlement".¹⁹ על פי הטיעון, המציאות של תביעה ייצוגית בדבר ריבוי תובעים וסכומי ענק הנתבעים בשמם יוצרת קרקע פורייה למעשה "קנוניה" בין התובע הנציג לבין הנתבע להגיע להסדר המסלק את התביעה, תוך מתן פיצוי נכבד ומידי לתובע ולנציגו.²⁰ מצב דברים זה עלול להנציח את מצב תת-האכיפה של הנורמה, ולפגוע שוב ברמה הראויה של אכיפת החוק. חרף הקשיים שהתביעה הייצוגית מעוררת היא זכתה להכרה במדינות מספר בעולם, בעיקר במדינות המשפט המקובל היכן שהפכה לחלק אינטגרלי מכללי הדיון הנהוגים.²¹ סיבה עקרונית אחת להכרה זו הייתה שמכשיר התביעה הייצוגית הוא מכשיר חיוני לאכיפת החוק.²² הדברים אמורים בעיקר לגבי מקרים שבהם אלמלא מכשיר התביעה הייצוגית, חברי

18. ראו: John C. Coffee, Jr., "Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action", 95 *Colum. L. Rev.* (1995) 1343.

19. Hay and Rosenberg (לעיל, הערה 14) בעמ' 1377, 1390-1391.

20. מקובל לצטט בהקשר זה את דבריו של השופט האמריקני Henry Friendly שנאמרו בהקשרו של הסדר פשרה המושג אגב הליך של תביעה נגורת, המוגשת בדרך כלל בשם החברה על ידי בעל מניות אחד נגד בעלי השליטה בחברה: "The plaintiff stockholders, or more realistically, their attorneys, have every incentive to accept a settlement that runs into six figures or more regardless of how strong the claim for much larger amounts may be ... a juicy bird in the hand is worth more than the vision of a much larger one in the bush" (*Alleghany Corp. v. Kirby*, 333 F.2d 327, 347 (2d Cir. 1964)).

21. ראו סקירות אצל: Edward F. Sherman, "Group Litigation under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Class Actions", 52 *DePaul L. Rev.* (2002) 401; Symposium, "Debates over Group Litigation in Comparative Perspective, What Can We Learn From Each Other?", 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (2001) 157 כמו כן, מסתמנת מגמה בעד מוסד התביעה הייצוגית גם בכמה מדינות הנמנות עם גוש המשפט הסבילי, ראו סיני דויטש, "תובענות ייצוג צרכניות – קשיים והצעות לפתרון", מחקרי משפט כ (תשס"ד) 299, בעמ' 306; ראו גם: Antonio Gidi, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", 51 *Am. J. Comp. L.* (2003) 311.

22. ראו באופן כללי, רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276 (להלן: רע"א רייכרט), בעמ' 288; ראו גם: Note, "Developments in the Law – Class Actions", 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1318, p. 1353; בהקשר של דיני הגנת הצרכן ראו, למשל, סיני דויטש, דיני הגנת הצרכן (לשכת עורכי הדין, תשס"א); אורנה דויטש, מעמד הצרכן במשפט (נבו, תשס"ג). מבחינת דיני החברות, ראו מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר, "תיאוריות האכיפה בהצעת חוק החברות החדש", משפטים כו (תשנ"ו) 543; זוהר גושן, "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית", משפטים לב (תשס"ב) 381.

הקבוצה שנפגעו לא היו מגישים תביעות עצמאיות, בין משום שנוקם ברמה האישית הוא פעוט,²³ ובין משום שאין להם היכולת הכספית או את המודעות לשם גקיטתם של הליכים משפטיים מלכתחילה.²⁴ סיבה נוספת שהצדיקה את קיומו של מכשיר התביעה הייצוגית התייחסה למקרים שהנוק האישי משמעותי דווקא, ולכן אם כל תובע פוטנציאלי יגיש תביעה עצמאית, מה שבהחלט צפוי לקרות, יגרום הדבר לעומס יתר על המערכת המשפטית ולסכנה של פסיקות סותרות.²⁵ כמו כן, מכשיר התביעה הייצוגית במקרה זה יאפשר לתובעים להתגבר על הנחיתות הדיונית אל מול הנתבע שמוחזק להיות גוף חזק ורב-אמצעים. במטרה לבצע רגולציה אפקטיבית, אחידה וכדאית אגב דיון צודק יותר, הלך אפוא מכשיר התביעה ייצוגית והשתכלל תוך כדי הפעלתו בתחומי משפט שונים. מגמה זו בלטה בארצות הברית בתחומים של סחר בניירות ערך, דיני הגנת הצרכן, עוולות המוניות (נוקי עישון, אזבסט, השתלות סיליקון ועוד) ושל זכויות אדם (טיפול בבעיית הסגרציה, שכר שווה, הפליה על רקע של גיל, עתירות ואסירים ועוד).²⁶ את האיוון בין האינטרסים האלה לבין הקשיים שהתביעה הייצוגית מעוררת מנסים לפתור באמצעות מנגנון בקרה אקטיבי מצד בית המשפט, שעניינו בבדיקת קיומם של תנאי סף המצדיקים את הליך התביעה הייצוגית, וכן פיקוח הדוק על פעולות הנציג ועורכי דינו המופעל בעיקר על ידי בית המשפט.²⁷ המגמה באה לידי ביטוי בישראל במספר משמעותי של חוקים, שאימצו אל תוכם פרק מיוחד העוסק בתביעה הייצוגית.²⁸ ברם, שלא כמו בארצות הברית,²⁹ החקיקה הישראלית סיפקה אך "מרשם

23. גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 416. אם כי לעתים בשל אופיו המעורפל והפעוט ערך של הנוק, בייחוד אם הוא נזק לא ממוני, יש הסוברים כי אין זה מוצדק לאשר בגינו הליך של תביעה ייצוגית. זו הגישה שבאה לידי ביטוי בדעת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה בפרשת תנובה. ע"א תנובה (לעיל, הערה 11), בעמ' 696-697.

24. בייחוד הדברים אמורים בהפליה, ראו: Alba Conte and Herbert Newberg, *Newberg on Class Actions* (4th ed., 2002), Vol. 8, sec. 24:1.

25. לדיון כללי בשאלת חשיבות ריכוז תביעותיהם של תובעים פוטנציאליים בהליך אחד, ראו: למשל, Jack B. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation: The Effect of Class Actions, Consolidations, and other Multiparty Devices* (1995), 20-32; Linda S. Mullenix, "Class Resolution of the Mass-Tort Case: A Proposed Federal Procedure Act", 64 *Texas L. Rev.* (1986) 1039.

26. לסקירה כללית בעניין זה ראו: Deborah R. Hensler, Nicholas M. Pace, Bonita Dombey-Moore, Beth Giddens, Jenifer Groos and Erik Moller, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (2000), 9-48.

27. ראו בר ניב (לעיל, הערה 17) בעמ' 255.

28. ראו חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248, סעיפים א-35-א-35; חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981, ס"ח 208, סעיפים א-62-א-62; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, ס"ח 258, סעיפים א-16-א-16; חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 258, סעיפים א-46-א-46; חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992, ס"ח 184, סעיפים א-14-א-14; חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994, ס"ח 308, סעיף 41; חוק שכר שווה

מוגבל" בעניינה של התביעה הייצוגית: התביעה יכולה להתבסס רק על עילות התביעה המפורטות בחוקים האלה ונגד מי שיכול להיות נתבע על פיהם. המכשיר היחיד שהיה יכול לשמש כמכשיר כללי להגשת תביעות ייצוגיות הוא תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי.³⁰ על פי התקנה, כאשר "מספר המעוניינים בתובענה אחת" הוא גדול – אז רשאי תובע אחד, שקיבל את רשות בית המשפט, לייצג "את כל המעוניינים".³¹ אולם דעת הרוב בפרשת א.ש.ת. לא הייתה מוכנה לראות בתקנה 29 בתור אכסניה מתאימה להליך התביעה הייצוגית. לפיכך מקובל לחשוב היום כי הדרך היחידה להגשת תביעה ייצוגית בישראל היא בפנייה לאחד החוקים המכילים פרק מיוחד בעניינה של התביעה הייצוגית על מנת לבסס את ההליך.³² הסעיף שלהלן מתאר את עיקר העובדות בפרשת א.ש.ת. ואת הנמקותיהם של שופטי הרוב ושופטי המיעוט.

2. פסק הדין בעניין א.ש.ת.

ברקע התביעה הייצוגית שהוגשה בפרשת א.ש.ת. עמדה תופעת העסקתם של עובדים זרים בישראל. מתוך מטרה להבטיח את חזרתם של העובדים הזרים לארץ מוצאם, נדרשו מעסיקיהם בארץ להפקיד בידי המדינה כתב התחייבות וערבות בנקאית אוטונומית בסכומים שונים, הכול בהתאם לשיקול דעתה של המדינה. על פי כתב ההתחייבות נדרשו המעסיקים לדווח למשרד הפנים על כל עובד שיעזוב את מקום עבודתו מסיבה כלשהי. כמו כן נדרשו המעסיקים להצהיר, בין היתר, כי משרד הפנים יהיה רשאי לחלט את כל סכום הערבות "אם תוך 10 ימים מיום פקיעת תוקף רשיון העבודה בארץ, לא יעזבו העובדים הזרים, כולם או מקצתם, את הארץ, או אם ימשיכו לעבוד ללא היתר..."³³ התובעים היו מעסיקים שנדרשו על ידי המדינה להפקיד ערבויות כתנאי למתן אשרת כניסה לעובדים זרים שביקשו להעסיק בארץ כשבד בבד עם הגשת תביעתם הם ביקשו לאשר להם להגיש תביעה ייצוגית נגד המדינה על פי תקנה 29. בפועל היו התובעים הנציגים חברות העוסקות בהבאת עובדים זרים לעבוד בישראל, חברות קבלניות לבנייה המעסיקות עובדים זרים (חלק מהן הפקידו ערבויות שחולטו) ונזקקים לסיעוד עקב מחלה שנדרשו להפקיד ערבות כתנאי לקבלת אישור להעסקת מטפל זר.³⁴ כמו כן התברר, כי גובה הערבות שמעסיקים אלה התבקשו להפקיד היו שונים הכול

לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, ס"ח 230, סעיף 11; חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 234, סעיפים 54-א-54-א, שהוחלף בחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189, סעיפים 207-218.

29. ההוראה הסטטוטורית העיקרית שקיימת בארצות הברית בעניינן של התביעות הייצוגיות היא: Rule 23, Federal Rules of Civil Procedure.

30. ראו בש"א (ת"א) 17027/01 טרונים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"מ תשס"ב (2) 654, בעמ' 671.

31. לסקירה עדכנית בעניין זה ראו סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון, "התפתחות התביעה הייצוגית בישראל", עלי משפט א (תש"ס) 27.

32. דויטש (לעיל, הערה 21), בעמ' 310.

33. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 231.

34. שם, שם.

בהתחשב במספר העובדים הורים שכל אחד מהם ביקש להעסיק, על כן היה מונח כי לעומת חברות כוח האדם והחברות הקבלניות הגדולות, סכומי הערבויות שמעסיקים פרטיים נתבקשו להפקיד לא היה גדול.³⁵ לפיכך, על פי נתוניה של התביעה הייצוגית שביקשו להגיש בפרשת א.ש.ת., חלק מחברי הקבוצה ביקשו לתבוע סכומים קטנים יחסית בעוד שחלק אחר ביקשו לתבוע סכומים גדולים.³⁶

הטענה העיקרית של התובעים הייתה שהדרישה להעמדת ערבויות נעשתה ללא הסמכה מפורשת בחוק, מה שפגע בסופו של דבר בזכות הקניין של כל המעסיקים שנדרשו להמציא את הערבות האמורה. כסעדים נתבקש בית המשפט לתת סעד הצהרתי שלפיו אין תוקף לחיוב להפקיד ערבויות ולחילוטן של הערבויות, להורות על השבת הערבויות שהופקדו והכספים ששולמו בגין העמדתן וכן את כספי הערבויות שחולטו. נוסף על כל אלה נתבקש בית המשפט לפסוק פיצויי כספי בגין הנזקים העקיפים שנגרמו לתובעים ולקבוצה.

בית המשפט המחוזי אישר את התביעה כתביעה ייצוגית נגד המדינה. נקודת המוצא של ערכאה זו הייתה כי את תנאי הסף לאישורה של התביעה כתביעה ייצוגית החסרים מתקנה 29 ניתן להשלים מהחוקים השונים. בית משפט זה, במה שנחזה להיות פסק דין מקיף, הדגיש כי במקרה הנוכחי ראוי לאשר את התביעה כתביעה ייצוגית מכמה סיבות: (א) הדבר יביא למניעת ריבוי התדיינויות; (ב) על מנת להתגבר על חששן של תובעים פוטנציאליים מסוימים התלויים בחסדיה של המדינה מלהגיש נגדה תובענה באופן אינדיווידואלי; (ג) קשיים של יחידים לממן הליך אישי; וחוסר המודעות של יחידים – בייחוד הקשישים והנכים הזקוקים לסיעוד לזכויותיהם.³⁷ עם זאת לא הסכים בית המשפט המחוזי לאשר את הגשת התביעה הייצוגית בגין כל הסעדים שנתבעו אלא רק בגין ההצהרה על ביטול ההתחייבות והשבת הערבויות מכל סוג שהוא והשבת כספי החילוט בתוספת הפרשי הצמדה וריבית.

המדינה ערערה על החלטה זו וטענה כי תקנה 29 אינה מתאימה כלל להליך של התביעה הייצוגית, ומכל מקום לא כנגד המדינה, שכן נטען על ידי המדינה כי היא מוכנה לכבד כל פסק דין סופי שאין עליו עוד ערעור כלפי כל מי שהחלטה עשויה לחול עליו, גם אם לא היה צד להליך. כמו כן נטען שביחס למדינה קיימים מסלולים חלופיים נוחים לתקיפת מעשים שלטוניים דוגמת בג"ץ.³⁸ נוסף על טענות אלו טענה המדינה כי המקרה הנידון כאן אינו מתאים להגשת תביעה ייצוגית, שכן התובעים הפוטנציאליים ידועים, ומכשיר התביעה הייצוגית לא נועד להיות אמצעי לריכוז תביעות אישיות של אנשים ידועים.³⁹

בבית המשפט העליון נחלקו הדעות על השאלה אם תקנה 29 מתאימה לשמש כאכסניה להליך התביעה הייצוגית. דעת הרוב שיוצגה בעיקר על ידי השופטת בייניש סברה כי אף שמוסד התביעה הייצוגית הוא נכון ורצוי,⁴⁰ אין זה ראוי להכיר באפשרות הגשתה של

35. שם, בעמ' 254.

36. שם, שם.

37. שם, בעמ' 232.

38. שם, בעמ' 233.

39. שם, בעמ' 233-234.

40. ובלשונה של השופטת בייניש: "בסופו של דיון ניתן לקבוע, ללא היסוס, כי כאשר על כפות

תובענה ייצוגית על פי תקנה 29. שכן חסרים בתקנה כללי הסינון שבדרך כלל נזקקים אליהם על מנת לוודא כי תופעל בקרה נכונה מצד בית המשפט על אישורה של תביעה מסוימת כתביעה ייצוגית, ולאחר מכן על ניהולה ועל אופן סיומה.⁴¹ אמנם כעיקרון ניתן לייבא אל תוך תקנה 29 את התנאים שברגיל נדרשים אליהם על פי החוקים שמכילים פרק מיוחד בעניין התובענה הייצוגית, אך לדירה של השופטת בייניש אין זה ראוי לעשות כן במקום שנבחנת האפשרות לחוקק חוק כללי בעניין התביעות הייצוגיות בישראל.⁴² בהקשר זה הוסיפה השופטת בייניש וקבעה כי "אם יתמהמה המחוקק ויימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עלול הצורך לעשות שימוש בתובענה הייצוגית להכריע את הכף ולהביא להסדרתה בדרך השיפוטית על אף מגרעותיה".⁴³ נימוק עקרוני נוסף שקידמה השופטת בייניש נוגע בכך שהנתבעת במקרה הזה היא המדינה שאינה כבעל דין רגיל. המדינה כפופה להליכים מינהליים שונים, בעיקר סמכותו של בג"ץ, מה שבמידה רבה מייתר את הצורך להכפיף את המדינה גם להליך התביעה הייצוגית.⁴⁴ כמו כן המדינה נוהגת "להחיל את פסיקתו של בית המשפט בשאלות עקרוניות שהן בגדר 'מקרה מבחן' (test case) בעניינו של יחיד, גם על הקבוצה שהוא משתייך אליה ועל עניינים אחרים מאותו סוג, אם אכן זהים הם".⁴⁵ השופטת בייניש ציינה שהמדינה אף התחייבה במפורש במקרה הזה לקבל על עצמה את ההכרעה של בית המשפט בעניינם של התובעים האינדיווידואלים והחלטה על הגורמים הנכללים בקבוצה ואשר עניינם זהה.⁴⁶ שכן, "מקום שהמדינה מתחייבת בו להחיל פסק דין של יחיד על הקבוצה כולה עשוי להתיתר, ולו לצורך זה בלבד, ניהול התובענה בדרך של תובענה ייצוגית".⁴⁷

נימוק אחרון שבו נעזרה השופטת בייניש נוגע הפעם באופי קבוצת האנשים המיוצגת בתובענה. יחיד הקבוצה רשומים כולם במאגרי המדינה, מה שיקל על המדינה לאתרם ולהחזיר להם את הערבויות שהופקדו על ידם אם כך יפסק במסגרת ההליכים האינדיווידואליים.⁴⁸ נוסף על כך השופטת בייניש מוסיפה את הנימוק הזה:

התובענה הוגשה בשמן של חברות כוח אדם, חברות קבלניות ומעסיקים פרטיים שנוקקו לעובדים סיעודיים וריים. חברות כוח האדם והחברות הקבלניות הן חברות חזקות, שסכום הכסף שכל אחת מהן תובעת הינו משמעותי. אמנם, סכום הכסף הנתבע במסגרת התובענה הייצוגית,

המאזניים מונחים יתרוגותיה וחסרונותיה של התובענה הייצוגית, יש משקל רב לחיוב על פני

השלילה". שם, בעמ' 267.

41. שם, בעמ' 268.

42. שם, בעמ' 270-271.

43. שם, בעמ' 275.

44. שם, בעמ' 272, 277.

45. שם, בעמ' 272.

46. שם, בעמ' 277.

47. שם, בעמ' 277.

48. שם, בעמ' 277-278.

ובכלל זה הנזק הפרטני או הנזק הכללי של הקבוצה, אינו תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה הייצוגית, אך יש בו כדי להיות אינדיקציה משמעותית לגבי נחיצותו של ההליך הייצוגי. ואכן, הוגשו בעניין שלפנינו תובענות אישיות רבות לבתי משפט שונים על ידי תובעים שסברו, ככל הנראה, שסכום התביעה מצדיק הגשת תביעה עצמאית.⁴⁹

הדברים הודגשו על ידי השופטת בייניש בייחוד לאור הנחת המוצא שלה שהתובענה הייצוגית "הקלסית" נועדה "להתגבר על מצבים שבהם כל פרט בקבוצה סבל נזק קטן ביותר",⁵⁰ מה שכאמור אינו מתקיים במקרה של א.ש.ת. היכן שהנזק שכביכול נגרם לחברי הקבוצה הוא משמעותי.⁵¹

שני שופטי הרוב האחרים, השופט אנגלרד והמשנה לנשיא לוין, היו נחרצים יותר בעמדותיהם מן השופטת בייניש שניכר מהנמקתה כי הגיעה למסקנתה האמורה בהיסוס מה.⁵² לדידם של השופטים אנגלרד ולוין, הדרך הנאותה להביא לשינוי המצב כך שתתאפשר הגשתה של תביעה ייצוגית בגין כל עילה אורחית ונגד כל נתבע אפשרי היא כאמצעות חקיקה ראשית.⁵³

בניגוד לחבריהם, השופטת שטרסברג-כהן והנשיא ברק כן היו מוכנים לראות בתקנה 29 אכסניה מתאימה, אם כי בלתי מושלמת, למוסד התביעה הייצוגית. בפסק דינה המקיף של השופטת שטרסברג-כהן הוצגה גישה גמישה שביקשה להתאים את תקנה 29 למציאות העת החדשה שבה צמחו גופים כלכליים רבי עצמה שחושפים את "האדם הקטן" שמפתח בהן תלות לפגיעות.⁵⁴ לשם כך מוכנה הייתה השופטת שטרסברג-כהן לסטות מהלכות קודמות של בית המשפט העליון בעניין פרשנותה של תקנה 29,⁵⁵ תוך מתן לגיטימציה פרשנית ליבוא הסדרים מתאימים אל תוך תקנה 29 על מנת להשלים את החסר.⁵⁶ כמו כן, השופטת שטרסברג-כהן אינה רואה פסול עקרוני בניהול תביעה ייצוגית נגד המדינה, גם במקום שהמדינה מתחייבת להחיל את ההכרעה בהליך של תובע יחיד על שאר חברי הקבוצה, שכן "גם בהינתן פסק-דין סופי שאין עליו ערעור בעניין פלוני, עדיין תישאל השאלה, אם הוא חל גם על פלמוני שלא היה צד להליך שבו ניתן פסק דין מפאת האפשרות לטעון לשוני בין

49. שם, בעמ' 278.

50. שם.

51. בהקשר זה השופטת בייניש מוסיפה ומעירה כי לגבי המעסיקים הפרטיים שנדרשו להפקיד ערבויות בסכומים שאינם גבוהים יחסית, הרי המדינה שינתה את עמדתה והודיעה כי אינה דורשת עוד ערבויות כספיות ממעסיקים אלה, וכי היא מוכנה להחזיר את הסכום שחולט. שם, בעמ' 278.

52. שם, בעמ' 274.

53. שם, בעמ' 279-280, 283.

54. שם, בעמ' 236-237.

55. שם, בעמ' 238-239, 244.

56. שם, בעמ' 241-243.

המקרים".⁵⁷ מבחינת תכליתה של התביעה הייצוגית, השופטת שטרסברג-כהן מבהירה, כי אין התביעה הייצוגית מיועדת רק לתביעות שהסכומים הנתבעים בהן אינו גדול,⁵⁸ וכי אין למנוע מראש הגשתן של תביעות ייצוגיות מקום "שבו סכומי התביעה של כל אחד מיתירי הקבוצה גדולים הם".⁵⁹

כצפוי, פסק הדין בעניין א.ש.ת. עורר עניין,⁶⁰ ואף הוחלט לקיים לגביו דיון נוסף בפני הרכב מורחב יותר של בית המשפט העליון - הליך שטרם הסתיים. כמו כן, קיימת הצעת חוק מטעם משרד המשפטים בעניין "תובענות ייצוגיות".⁶¹ עיון בחוק מלמד על קביעת הסדר כולל ואחיד של מוסד התביעה הייצוגית בישראל. אולם נראה כי אין בהצעת החוק במתכונתה הקיימת כדי לשנות באופן משמעותי מהמצב השורר היום, לפחות עד כמה שהדבר נוגע באפשרות להגיש תביעה ייצוגית נגד המדינה. שכן בסעיף 3(ב) להצעה נקבע במפורש: "לא תוגש תובענה ייצוגית כנגד רשויות המדינה, רשויות מקומיות, פקידיהן וגופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין..." סייג זה תקף מבחינת הסעיף רק אם ניתן לפעול נגד אותה פעולה שלטונית בפני בג"ץ או בית המשפט לעניינים מינהליים. כמו כן, בעוד שסעיף 1 להצעת החוק מפרט בפנינו את המטרות השונות של התביעה הייצוגית, וכי ניכרת הרחבה של זכות העמידה מבחינת הגופים שרשאים להגיש תביעה ייצוגית,⁶² עדיין ההצעה מבקשת להציב סדרה של תנאים אחידים לעניינין של התביעות השונות. הדבר עולה בבירור מהוראת סעיף 8 להצעה היכן שנאמר כי שיקולים כמו האפשרות שתוגשנה תביעות אישיות בעקבות גודל הגזק האישי, וכן האפשרות לזהות את חברי הקבוצה באופן אישי יכולות לפעול בכיוון אי-אישור התביעה כתביעה ייצוגית. הנה כי כן, מפרשת הדרכים שבפרשת א.ש.ת. אנו מובלים שוב לפרשת דרכים נוספת שבה שוב נתלבט בדבר מהותה ודרך ניהולה של התביעה הייצוגית. שמא יוקל עלינו אם נוכל לפחות לזהות את הסיבות העומדות מאחורי העמדות הננקטות כלפי מוסד התביעה הייצוגית. בפרק שלהלן, ביקשתי לגסות ולעמוד מקרוב על פשרה של פרשת הדרכים המעסיקה אותנו כאן, היא פרשת א.ש.ת..

57. שם, בעמ' 254-255.

58. שם, בעמ' 263.

59. שם, בעמ' 264.

60. ראו אמיר הלמר, "בית המשפט העליון החליט לא לחכות עוד למדינה", הארץ (26.10.2003). כמו כן, עיקריה של רשימה זו הוצגו בכנס מיוחד שכותרתו: "תובענות ייצוגיות - לאן? בעקבות פסקי-הדין בעניין א.ש.ת. וברזני", שנערך בשיתוף פעולה בין הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ובין ועד מחוז חיפה של לשכת עורכי הדין, ביום 4.12.2003. ניתן לצפות בתכנית הכנס וכן בהרצאות המשתתפים באתר:

[URL: http://law.haifa.ac.il/events/event_sites/class_actions]

(2004).

61. עותק ממנה מצוי ברשות המחבר.

62. סעיף 4 להצעת החוק.

ג. פשר הלכת א.ש.ת.

1. על גישה שמרנית ומסויגת עם גוון אקטיביסטי

הגישה שבאה לידי ביטוי בחוות הדעת של שופטי הרוב בפרשת א.ש.ת. מהווה למעשה המשך לגישה המסויגת שהובעה זה למעלה משלושים שנה על ידי בית המשפט העליון בעניינה של תקנה 29. הכוונה היא לפסק הדין בעניין פרנקישה פלצאיןדוסטי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ ואח'.⁶³ שלושה תובעים מגרמניה הגישו תביעה בשמם ובשם ארבעים בעלי עסק גרמניים נוספים נגד קבוצה של כחמישה ישראלים. על פי הטענה רימו הנתבעים את חברי הקבוצה הגרמנית על ידי קנייה בהקפה של פרוות, ללא כל כוונה לשלם בעדן. השאלה שעמדה להכרעה הייתה אם שלושת התובעים יכולים להגיש את תביעתם כתביעה ייצוגית בעבור כלל הקבוצה. בית המשפט העליון סירב לבקשה. הנימוק העיקרי לכך היה שכדי שתביעה ייצוגית תאושר כזאת מכוח תקנה 29, הסעד הנתבע בשם כל אחד מתברי הקבוצה צריך להיות זהה גם בכמות ולא רק במהות. זאת נוסף על כך שלחברי הקבוצה יש עניין משותף במישור העובדתי הנגזר מכך שכולם ניווקו ממצע אחד או מסדרה של מעשים דומים.⁶⁴ נקבע כי זו הפרשנות המתאימה לביטוי "המעוניינים בתובענה אחת" המופיע בתקנה.⁶⁵ לפיכך אם חברי הקבוצה תובעים לעצמם פיצוי כספי, עליהם להראות שהפיצוי המגיע לכל אחד הוא זהה. מאחר שהונח שמכל אחד מבעלי העסק הגרמניים, נרכשה כמות שונה של פרווה, הונח גם כי הפיצוי שיגיע לכל אחד יהיה שונה, ולפיכך לא אושרה התביעה כתביעה ייצוגית.⁶⁶

ברם, בית המשפט העליון בעניין פרנקישה לא היה מוכן להרחיק לכת ולקבוע כי תקנה 29 אינה מתאימה בכלל להליך התביעה הייצוגית; אדרבה: בפסק הדין היה רמז די עבה לכך שאם היה הסעד הנתבע בשם כלל חברי הקבוצה זהה – כמו צו הצהרתי כי חברי הקבוצה רימו באותו אופן – כי אז הסיכויים לאשר את התביעה כייצוגית היו טובים הרבה יותר.⁶⁷ הגישה המסויגת שלעיל, שגישת הרוב בפסק דין א.ש.ת. היא גולת הכותרת שלה, היא למעשה נטע זר בנוף היורוספרודנציה העכשווית. הדברים אמורים בייחוד לגבי הדרך הפרשנית שבחרו בה שופטי הרוב בפרשת א.ש.ת. לעניין היקף תחולתה של תקנה 29. אף על פי שהייתה הוראה חקיקתית שבה ראה בית המשפט העליון – כבר בשנות השישים – אכסניה מתאימה למוסד התובענה הייצוגית, בחרו כעת שופטי הרוב – יותר משלושים שנה לאחר

63. ע"א 69/69 פרנקישה נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (להלן: ע"א פרנקישה).

64. שם, בעמ' 648-649.

65. להכרעה דומה שניתנה זמן קצר עוד לפני כן ראו ת"א אלקלעי (לעיל, הערה 9).

66. לדיון במשמעותה של הלכת פרנקישה, ראו גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 433-435.

67. ע"א פרנקישה (לעיל, הערה 63), בעמ' 649 ("ייתכן 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 יתכן והיה מקום להרשות להם לתבוע בתביעה ייצוגית – שלגבי סעד הצהרתי שכזה עניינם של כל 'המעוניינים' שווה הוא וזהה").

מכן – לדבוק בפרשנות צרה של התקנה, שרוקנה אותה מתוכן להלכה ולמעשה. אבל למדנו ונוכחנו לדעת מעשרות פסקי דין, שהזרם השליט בהתפתחותו של המשפט הישראלי עשה כל שביכולתו כדי להגשים את התכלית הנורמטיבית הרצויה גם אם לא תאם הדבר את המסקנות שנגזרו מהפורמליזם המשפטי.⁶⁸ אם נצטמצם לתחום סדרי הדין, הזרם שנהוג לכנות "אקטיביזם שיפוטי"⁶⁹ הצליח לחדור אל תוך הכללים הקטנים של הפרוצדורה האורחית⁷⁰ באמצעות עקרונות על של תום לב,⁷¹ כיבוד זכויות יסוד⁷² ועוד,⁷³ הכול מתוך מטרה ברורה ליצור התאמה בין מה שהשתקף להיות התוצאה הראויה מהבחינה הנורמטיבית לבין התוצאה שנראתה לבית המשפט במקרה המסוים שעמד להכרעה. בהימצא מסגרת נורמטיבית מתאימה, הייתה המגמה להוביל לתכלית הראויה – גם אם אותה מסגרת אינה בבחינת המסגרת המושלמת לצורכי המגמה התכליתית.⁷⁴ על כן ניתן היה לצפות שמגמה זו תשתלט גם על נושא התביעות הייצוגיות, בהתחשב בהודאה העקרונית בדבר חשיבותה ונחיצותה של תובענה מסוג זה.⁷⁵ כאמור, לא כך קרה. במקום לראות את "חצי התקנה

68. מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, תשנ"ג).
69. ראו, באופן כללי, שלמה לוי, "אקטיביזם שיפוטי בידי ראיות ומדין אורחית", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 863.

70. ראו דיון אצל דודי שוורץ, "מגמות התפתחות בסדר הדין האורחית בישראל", ספר השנה של המשפט בישראל (אריאל רוזנצבי – עורך, תשנ"ו) 417; סטיבן גולדשטיין, "ארבעים שנה לסדר הדין האורחית", משפטים יט (תש"ן) 663.

71. דודי שוורץ, "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האורחית", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 295.
72. שי שגב, "על היחס שבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האורחית, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט", המשפט ב (תשנ"ה) 53.

73. ראו, למשל, ע"א 3857/96 שגיא נ' תעשיות רוגוויין בע"מ, פ"ד נב (2) 706, בעמ' 710-711, שם קבע השופט שלמה לוי כי בקדם משפט "אין בית המשפט מנהל את הדין בהתאם לשיטה האדברסרית והשופט יכול, ואף צריך, לנקוט יוזמה ולהכין את התיק העיקרי לדין כפי שהדבר נראה לו, במגמה ליעל את הדין, לפשטו, לקצרו ולהחישו... (תקנות סדר הדין האורחית, תשמ"ד-1984, ק"ת 1220, תקנה 140). בקדם משפט רשאי בית המשפט לתת החלטות ביניים אף ביוזמתו הוא, ולהיזקק לבקשות שבעלי הדין העלו לפניו אף ללא בקשות בכתב, ובלבד שניתנה לבעל הדין שכנגד אפשרות סבירה להגיב".

74. גישה זו אינה אלא נגזרת טבעית מהריאליזם המשפטי שהלך והשתלט על החשיבה המשפטית בתחומי משפט רבים. לדין בהשפעת הריאליזם המשפטי על כללי הדין, ראו: Michael Karayanni, *Forum Non Conveniens in the Modern Age, A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law* (2004), 107, 109-124.

75. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 237 (השופט שטרסברג-כהן), בעמ' 269, 274 (השופטת בייניש); ראו גם דנ"א ברזוני (לעיל, הערה 11), בפסקה 27 לפסק דינו של השופט חשין (כפי שהכל יודעים – ועמדנו על כך – כלי התביעה הייצוגית כלי רב ערך ורב-חשיבות הוא); וכן פסק דינה של השופטת בייניש (מסכימה אני עם הגישה שלפיה 'התביעה הייצוגית' היא אחד מכלי האכיפה החשובים לקידום ההגנה על הצרכן, ולריסון הגופים הכלכליים רבי העוצמה מפני ביצול כוחם לרעה").

המלאה", היא תקנה 29, ולהשלים את המלאכה באמצעות עשייה שיפוטית, בהרה דעת הרוב בפסק דין א.ש.ת. להדגיש את "חצי התקנה הריקה" ולפעול לנטרולה ככל שהיא נוגעת בתביעה הייצוגית. המעניין בגישה זו היא העמידה האיתנה שגילו שופטי הרוב בפרשת א.ש.ת. בפני הזרם האקטיביסטי האמור. אך מה שמעניין עוד יותר הוא שגם קשה לאפיין את גישת הרוב – לפחות עד כמה שהדברים נוגעים בחוות הדעת המרכזית של השופטת בייניש – כאנטי-אקטיביסטית. השופטת בייניש הבהירה, כאמור, כי אם לא יודרו המחוקק ויאמץ חוק כללי בעניין התביעות הייצוגיות, היא עצמה עלולה להפוך את הקערה על פיה ולהחיות את תקנה 29 מהמתים. כלום יכול להתקיים אקטיביזם שיפוטי נמרץ יותר מזה?!

נראה לי כי הגישה המסויגת בעניינה של תקנה 29 כפי שבאה לידי ביטוי היא למעשה חלק מגישה מסויגת רחבה יותר כלפי מוסד התביעה הייצוגית בישראל. שכן, מסתבר כי הגישה המסויגת שלעיל היא גם בחלתם של פרקי החוק שאימצו הסדר מפורש בעניינה של התביעה הייצוגית. במחקר רחב היקף שפרסם לאחרונה פרופ' סיני דויטש, שכלל גם מחקר אמפירי, התברר כי רק אחוזים בודדים של תובענות ייצוגיות שהוגשו על פי חוק הגנת הצרכן אושרו כתביעות ייצוגיות על ידי בתי המשפט המחוזיים.⁷⁶ עוד המחקר מלמד שחלק מהאישורים בוטלו בבית המשפט העליון, ובמקרים אחרים נמשך ההליך שנים מבלי להגיע לכלל סיום.⁷⁷ התמונה אינה שונה בהרבה גם אם נשווה בין נתונים אלו לנתונים הקיימים מבחינתן של התביעות הייצוגיות המוגשות על פי חוקים אחרים.⁷⁸ פרופ' סיני דויטש מייחס את הגישה המסויגת לחששות מפני תוצאותיה והשלכותיה של התובענה הייצוגית.⁷⁹ סיבה נוספת היא המספר הרב יחסית של תנאי הסף שבית המשפט צריך לשקול כדי לאשר תביעה כתביעה ייצוגית.⁸⁰ אך נדמה כי נוסף על אלה אפשר למנות עוד סיבה עקרונית אחת שתרמה את חלקה לביצורה של הגישה המסויגת האמורה. סיבה זו נעוצה בתפקיד שמייעדת המערכת המשפטית בישראל, לפחות בעיני דעת הרוב בפרשת א.ש.ת. להליך האורחין; האם זה מתפקידו של ההליך האזרחי להוביל להסדרים רגולטורים רחבי היקף שאמורים לשרת את הציבור בכללותו או שמא תפקידה של ההונדיינות האזרחית היא להכריע בסכסוך הפרטי המצומצם שבין בעלי הדין? נראה כי טרם הושלם בישראל המעבר מתפיסה הרואה בהתדיינות האזרחית הליך פרטי לזה הרואה בהתדיינות האזרחית מכשיר ציבורי. היות שהתביעה הייצוגית היא אחת הנגזרות המובהקות של התפיסה הרואה בהתדיינות האזרחית מכשיר ציבורי, היא נתקלה בישראל באותה הססנות מצד בתי המשפט.⁸¹ להלן אציג טיעון זה ביתר הרחבה.

76. דויטש (לעיל, הערה 21), בעמ' 314.

77. שם.

78. שם, בעמ' 316.

79. שם, בעמ' 355-359.

80. שם, בעמ' 356.

81. לגרסאות נוספות של טיעון זה ראו: Allen A. Zysblat, "Consumer Class Actions in Israel – Some First Impressions", in *Developments in European, Italian and Israeli Law* (Alfredo Mordechai Rabello and Andrea Zanotti – ed., 2001) 365, p. 366: "Israeli law has

2. התביעה הייצוגית באספקלריה של שני מודלים של ההתדיינות האזרחית

אחת השאלות המרכזיות שהליך התביעה הייצוגית מעורר נוגעת בתפקידה של ההתדיינות האזרחית בחברה בכללותה,⁸² וליתר דיוק האם זה מעניינה של ההתדיינות לתקן עוולות רחבות היקף.⁸³ כמו כן הליך התביעה הייצוגית דורש מעורבות יתר מצד בית המשפט שמנהל את ההליך, בין כדי לוודא את קיומם של תנאי הסף לאישור התביעה כתביעה ייצוגית ובין כדי לאשר את ההסדרים השונים שהצדדים מגיעים אליהם במהלך ההתדיינות, כולל דרך סיומה. גם כאן ניצבת שאלה דומה: האם ראוי כי בית המשפט יסטה ממוסכמות שיטת הדיון האדוורסרית שראתה בעקרון פסיבות השופט עקרון על תוך מתן השליטה הבלעדית לייזום ההליכים השונים לצדדים עצמם.⁸⁴

בארץ מכורתה של התביעה הייצוגית, ארצות הברית, צמיחתו של הליך זה מיוחסת לקבלתה של תפיסה עקרונית שראתה בפתרונות פרטיים, שכללו גם תביעות אישיות, מכשיר לשינויים חברתיים.⁸⁵ אך תפיסה זו היא המאוחרת יותר. קדמה לה תפיסה שראתה בהתדיינות האזרחית אפיוודה פרטית שנוגעת בבעלי הדין בינם לבין עצמם.⁸⁶ המלאכה השיפוטית הייתה מצומצמת להכרעה בריב הפרטי שבין בעלי הדין הנצים. אם יוחסה השיבות כללית להכרעה המשפטית, הרי ההקשר היה שוב באדם פרטי שזכאי לדעת כיצד עליו להתנהג בעתיד לאור קיומו של פסק הדין. שורשיו של מודל זה נטועים חזק בהשקפה הליברלית הקלאסית, שראתה באדם היחיד ישות אוטונומית, שמפעילותו ככזה אמורים להיקבע ההסדרים החברתיים והכלכליים של החברה בכללותה. לפי זה הוחזק השלטון כמי

traditionally viewed civil litigation as a matter between individuals who are seeking to vindicate their private interests, and therefore generally been wary of 'officious intermeddlers' who seek to vindicate not so much their own private interest, but rather those of others" Stephen Goldstein, "Class Actions in Israel", in *Israeli Reports to the XIII International Congress of Comparative Law* (Celia Wasserstein Fassberg – ed., 1990) 45, pp. 45-47

82. ראו יששכר (איסי) ריון-צבי, "תגובה", כנס בנושא תביעות ייצוגיות – לאן?;

[URL: http://law.haifa.ac.il/events/event_sites/class_actions/abstracts/rz-response.pdf]

(נצפה לאחרונה בהודש יולי 2004).

83. ראו: Edward H. Cooper, "Class Action Advice in the Form of Questions", 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (2001) 215, pp. 222-223

84. שם.

85. Deborah R. Hensler, "Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation", 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (2001) 179, p.

212; Fiss (לעיל, הערה 10), בעמ' 24; ראו גם: Harry Kalven and Maurice Rosenfield,

"The Contemporary Function of the Class Suit", 8 *U. Chi. L. Rev.* (1941) 684, p. 687

86. הריון כאן נשען בעיקר על הטיעון שפיתח פרופ' Chayes בשני מאמרים עיקריים:

Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89 *Harv. L. Rev.* (1976)

1281; Abram Chayes, "The Supreme Court, 1981 Term – Forward: Public Law Litigation

and the Burger Court", 96 *Harv. L. Rev.* (1982) 4

שמחזיק בסמכויות מוגבלות, ובכלל זה גם בית המשפט שאמור היה למלא פונקציה של הכרעה בסכסוכים שנפלו בין יחיד החברה. בהתאם לכך גם נגזרו רוב מאפייניה וכלליה של ההתדיינות האזרחית כמי שסובבים סביב בעלי הדין עצמם. מתכונת ההתדיינות היא דו-קוטבית ומניחה כי צדדי ההתדיינות הם בעלי הדין עצמם כאשר בסופו של ההליך בעל דין אחד יוצא מפסיד ובעל דין אחר יוצא זוכה. ההתדיינות הייתה רטרואקטיבית, כלומר דנה בתוצאותיו המשפטיות של אירוע שהתרחש בעבר; ההתדיינות מתנהלת במתכונת של מעגל סגור (self-contained episode) כך שההכרעה שתיפול בה אמורה לחייב רק את הצדדים הישירים להליך; השליטה בהליך, לרבות עצם הבחירה ליזום את ההליך או לסיימו, היא בידי בעל הדין.

מודל התדיינות אחר הוא המודל הציבורי (public law litigation). הקשר הסיבתי הישיר להיווצרותו של המודל נעוץ ברצון השלטון להתערב יותר ויותר בתחום המשפט האזרחי באמצעות מעשי חקיקה. ואכן, במציאות הוגברה חקיקה שבאמצעותה ביקש השלטון להוביל לשינויים חברתיים וכלכליים. בהתאם לכך, ובמטרה לתעל את האפקטיביות של השינויים שביקש המחוקק להגחיל, הלכו והתערערו יסודותיו של המודל המסורתי. בתי המשפט בהיותם קשובים לרצון הרגולטורי התחילו לבחון את ההשפעות האפשריות של פסיקתם על הציבור הרחב, לעשות שימוש מוגבר בשיקולים של יושר, והם גם הפכו למעורבים יותר במהלך ההתדיינות.⁸⁷ על פי המודל הציבורי של ההתדיינות, השופט הופך בעצם להיות שותף בתכנונה ובקביעתה של המדיניות הציבורית. ההצדקות למודל זה הן בעצם שתיים: לפצות על מחליתם של רשויות השלטון האחרות לרצות אינטרסים מהותיים שמגיעים לקבוצות מקופחות, וכן מתוך מטרה להוביל את ההתדיינות לתוצאות רצויות.⁸⁸

חברי ד"ר יששכר רוזן-צבי, הציג טיעון דומה הממקם את מוסד התביעה הייצוגית בצומת שבין המודל הקונפליקטואלי (conflict resolution model) של ההתדיינות האזרחית, כלומר זה המבקש להביא להכרעה בסכסוך המסוים שניצב בפני בית המשפט, לבין המודל של "הכוונת ההתנהגות" (behavior modification model) של ההתדיינות האזרחית. רוזן-צבי (לעיל, הערה 82). אף אני סבור כי טיעון זה הוא נכון במהותו, והוא גם יכול להסביר תופעות דיוניות נוספות מתחום המשפט הדיוני; ראו גם מיכאיל קרייני, השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי ומיכל סאקר, האוניברסיטה העברית, תשס"ב), 243-247. עם זאת בחרתי בדיכוטומיה של המודל הפרטי לעומת המודל הציבורי כדי להבליט ביתר שאת את הממד הציבורי המיוחד שבמוסד התביעה הייצוגית והשתלבותו של זה במטרות המשפט הדיוני בכלל.

87. ראו: Judith Resnik, "Managerial Judges", 96 *Harv. L. Rev.* (1982) 376.

88. בהקשר הזה, ראו גם להביא בחשבון שהרשויות האמונות בדרך כלל על מלאכת אכיפת החוק פועלות בתנאים של משאבים מוגבלים, ואינן יכולות לפעול ליישום האכיפה בכל מקרה שבו מתבצעת הפרה. כמו כן, תמיד קיים החשש שגופים ציבוריים לא ינקטו הליכים משפטיים עקב שיקולים פוליטיים; ראו בייחוד: Hensler (לעיל, הערה 26), בעמ' 4; ראו גם: Cooper (לעיל, הערה 83), בעמ' 217.

נראה לי כי אחד הכוחות העיקריים שהזויקו את דעת הרוב בפרשת א.ש.ת. מלהפוך את תקנה 29 לאכסניה כללית של מוסד התביעה הייצוגית היא הספקנות בדבר ייעודה של ההתדיינות האורחית. נראה כי בית המשפט לא היה מוכן לקבל מציאות שלפיה הוראה של חקיקת משנה שכוונותיה אינן ברורות, תהיה מסוגלת להביא לשינויים רגולטוריים כה מרחיקי לכת כפי שמסוגלת לעשות התביעה הייצוגית.⁸⁹ בייחוד הדברים אמורים ביחס לתביעה ייצוגית המופנית כלפי המדינה שניהולה, כמו גם אולי תוצאותיה, יכולים להטיל מעמסה כבדה על תקציב המדינה, שמסגרתו קבועה מראש. רמו לדברים אפשר למצוא בחוות דעתו של המשנה לנשיא שלמה לוין בא.ש.ת. שקבע לאמור:

החלתה של התובענה שלפנינו בתחום המשפט המינהלי מעוררת שאלות קשות של סמכות ושל מהות, והיא עשויה להביא לשינויים מהותיים ביותר במשפט המינהלי הישראלי. אינני סבור שיש מקום לקבוע על דרך של פסיקה הסדרים כאלה ללא חקיקה ראשית.⁹⁰

זאת ועוד, מה שאולי מעצים את ההרגשה כי ראוי להביא את ההכרעות בסוגיות רחבות היקף למחוקק הראשי, בייחוד בנושאים הקשורים למשפט הציבורי, היא המציאות הישראלית: מדינה קטנה יחסית עם שלטון מרכזי חזק. באקלים זה ממדיה של התביעה הייצוגית מורגשים הרבה יותר בקרב הציבור הרחב, מאשר למשל בארצות הברית: מדינה ענקית עם מסורת מושרשת של ביזור כוחות השלטון. על כן, הדבר נראה כה טבעי לשופטי הרוב בפרשת א.ש.ת. שהשינויים רחבי היקף מהסוג שהתביעה הייצוגית מסוגלת להביא צריכים לקבל בראש ובראשונה את ברכתו של המחוקק הראשי בישראל מאשר להישען על חקיקת משנה שספק אם נועדה לשאת על כתפיה הליך כה מורכב כהליך התביעה הייצוגית.⁹¹

ברם, גם אם יש בדברים האלה כדי להסביר את גישת דעת הרוב בעניין של א.ש.ת. אין בהם משום צידוק משכנע לתוצאה שהגיעו אליה שופטי הרוב באותו מקרה. כפי שהובהר לעיל, המגמה השלטת היום בפסיקה הישראלית היא מגמה תכליתית. הפורמליזם המשפטי הוא יותר נחלת העבר, והאקטיביזם המשפטי הוא המוטו העכשווי. עובדה ידועה היא כי הגופים המינהליים אינם מסוגלים לטפל במכלול הפגיעות והעוולות שהציבור הרחב סובל מהם.⁹² לפיכך, נכון וראוי לראות בהליך התביעה הייצוגית מכשיר המפריט את מלאכת אכיפת החוק, וראוי כי ייחשב כך גם בהקשרים ציבוריים.

89. השוו עם דבריה של השופט שטרסברג-כהן ברע"א רייכרט (לעיל, הערה 22), בעמ' 288.

90. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 283-284.

91. על רקע זה אולי גם ניתן להבין את דבריו של השופט אנגלרד, שלפיהם: "נקודת המוצא שלי היא כי ההסדר של תביעות קבוצתיות-יייצוגיות הוא עניינו של המחוקק הראשי. אין זה מתפקידו של בית משפט זה ליצור, במסגרת תקנה של דיון בעלת היקף מצומצם, הסדר מקיף ומפורט שיש לו השלכות מהותיות מרחיקות לכת למדי". רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 279.

92. אף יוער בהקשר זה כי אחת הסיבות לצמיחתה של התביעה הייצוגית המודרנית היא כישלונם וחוסר יכולתם של גופים מינהליים לטפל בפגיעות שונות שמהן הציבור הרחב סובל. ראוי: Kalven and Rosenfield (לעיל, הערה 85), בעמ' 687.

הדיון שלהלן מתעניין יותר בצידוקים הפרטניים שהובאו בדעת הרוב מדוע אין לאשר את התביעה כתביעה ייצוגית. כפי שכבר נרמז בדברי המבוא, הצידוקים האלה הם בעייתיים הן בשל התעלמותם מהממד הרב-תכליתי של מוסד התביעה הייצוגית והן בשל העדר הערכה מספקת מצדם לכוונה הדיוני המתקן והמעצים של התביעה הייצוגית במקום שתובע בודד מבקש להתדיין עם נתבע חזק ורב-אמצעי.

ד. התביעה הייצוגית כהליך רב-תכליתי

1. על חוסר ההתאמה בין תכלית התביעה הייצוגית לבין תנאי אישורה במשפט הישראלי

קיימים חששות רבים מפני הכללות יתר בעניינן של התביעות הייצוגיות.⁹³ עקרונות הנראים נכונים לסוג אחד של תביעות ייצוגיות יכולים להיראות זרים בסוג אחר של תביעות ייצוגיות,⁹⁴ הכול, כמובן, בהתחשב בתכלית שמבקשים להשיג במסגרת הפיכת הליך התביעה של היחיד להליך מטעם קבוצת המעוניינים כולה.⁹⁵

אמנם תכליתה של התביעה הייצוגית היא להבטיח אכיפה מוגברת ויעילה של הנורמות והסטנדרטים המחייבים, אבל במסגרת מרחב כללי זה יש שהתביעה הייצוגית מבקשת להשיג תכליות נוספות שיכולות להיות שונות במהותן. מציאות זו מחייבת אותנו להקדיש תשומת לב מיוחדת לתכליות נוספות אלו היות שההתחשבות בהן מצריכה הצבת תנאי סף שונים לאישורה של התביעה הייצוגית כמו גם קביעת כללי ניהול מיוחדים שעה שהתביעה תתברר לגופה. בפרשת א.ש.ת., אף שחלק מהשופטים הזכירו את ההקשרים השונים שבהם תביעה ייצוגית מוגשת, לא תמיד נאמר במפורש שהשוני בין התכליות מחייב התייחסות שונה לכל סוג של תביעה ייצוגית – גם מבחינה דיונית. מקריאת חוות הדעת המרכזית של שופטי הרוב, הלוא היא של השופטת בייניש, ניכר היה שהתכלית העיקרית של מוסד התביעה הייצוגית כפי שנקבעה על ידה היא אחת: לאפשר את הגשתן של תביעות אישיות באופן קיבוצי היות שהיחידים שנפגעו ממעשיו של הנתבע מוחזקים כמי שסבלו נזק קטן יחסית שאין בו כדי לתת להם תמריץ להגיש תביעות אישיות.⁹⁶ לפיכך, אם תתאפשר הגשתה של

93. ראו דבריו של השופט אנגלרד רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 279.

94. Arthur R. Miller, "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the 'Class Action Problem'", 92 *Harv. L. Rev.* (1979) 664, p. 677

"The procedural complexities that can emerge under rule 23 are extraordinary variegated in character. Class actions tend therefore to be processed in a highly individualistic fashion, making the extrapolation of general propositions from judicial opinions difficult and overall evaluation risky; procedural techniques employed in one case may be ill suited in another context. Every rule 23 decision, must be viewed through the prism of its particular facts, some of which may not even appear in the court's opinion"

95. ראו: Edward H. Cooper, "Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process", 71 *N.Y.U. L. Rev.* (1996) 13, p. 64

96. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 278 ("התובענות הייצוגיות הקלאסיות נועדו להתגבר על

תביעה ייצוגית בגין סך כל הנוקים שנגרמו לחברי הקבוצה, כי אז יהפוך ההליך לאטרקטיבי יותר משום שהנציג שייזום את ההליך יהיה צפוי לקבל נתח מסך כל הפיצויים שייפסקו ואשר בשל קיבוץ התביעות צפוי כי יהיה גבוה במיוחד. נגזרת נוספת מדברים אלו היא, שאם קיימת אפשרות כי חברי הקבוצה יפעלו באופן אינדיווידואלי להטבת נזקייהם, אין צורך להפוך הליך של תובענה ייצוגית המוגש גם בשמם לכוזה - כפי שאכן סברה השופטת בייניש.⁹⁷

ברם, כבר יוער כי גם לפי דברי השופטים בפסק דין א.ש.ת. משתמע שהתכלית שלעיל שעניינה בתביעות אישיות קטנות אינה יכולה להיות התכלית היחידה. שכן באותה נשימה צוין בפסק הדין, כי אחד היתרונות של הליך התובענה הייצוגית הוא לחסוך במשאבי המערכת על ידי כך שבמסגרתו של הליך אחד יוכרע אחת ולתמיד בסכסוך שבין הקבוצה לבין הנתבע.⁹⁸ שהרי אם ההנחה בעניינה של התכלית "הקלסית" שלעיל נכונה, כלומר שהליך התביעה הייצוגית דרוש כדי לאפשר הגשתן של תביעות אישיות שיחידים לא יהיו מוכנים להגיש ברמה האינדיווידואלית, כי אז קשה להבין את פשר האמירה הנוספת שהתביעה הייצוגית נועדה כדי לחסוך במשאבים ולמנוע פסיקות סותרות. שכן אם הנזק קטן ניתן להגישו כי לא יהיה מי שייזום הליך אישי מלכתחילה, דבר שימנע באופן "טבעי" העמסה על בתי המשפט והולדת פסיקות סותרות.⁹⁹ לפיכך, אם התביעה הייצוגית מוחזקת כמי שמיועדת

מצבים שבהם כל פרט בקבוצה סבל נזק קטן ביותר, שאלמלא התאגדות הקבוצה כולה בדרך של תובענה ייצוגית לא היו לו עניין ויכולת כספית לתבוע בגין כספו".

כך, למשל, הבהירה השופטת שטרסברג-כהן כי התובענה הייצוגית "נועדה לאפשר לאדם אחד או לקבוצה של אנשים שנוזקו של כל אחד מהם קטן יחסית, לתבוע בשם כל הנפגעים האנונימיים שסכום תביעתם הכולל גבוה ביותר נוכח ריבוי מספרם", רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 237. גם הנשיא ברק מצא לנכון להדגיש תכלית זו של התביעה הייצוגית בקבועו: "באמצעות התובענה הייצוגית נמצא פתרון למצבים שבהם יש הפרות חוק רבות, כאשר פגיעתה של כל אחת מהן היא יחסית מועטה, אך ההצטברות היא בעלת משקל נכבד. הפרט הנפגע לרוב אינו טורח להגן על החוק המופר" (שם, בעמ' 288).

97. שם, בעמ' 278. דעה דומה הובעה בזמנו על ידי פרופ' סטיבן גולדשטיין, אשר עוד בשנת 1978 סבר כי מקום שיש עניין חוק לכל אחד מחברי הקבוצה לנהל מהלך משפטי באופן עצמאי, כמו במקרה של אסון המוני, כי אז אין מקום לאישורה של תביעה בעניין כזה כתביעה ייצוגית. המקרים שמתאימים בייחוד להליך של תביעה ייצוגית הם המקרים שבהם נגרם לחברי הקבוצה נזק קל מבחינה כספית. גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 423; ראו גם גולדשטיין (לעיל, הערה 9), בעמ' 434.

98. לדידה של השופטת שטרסברג-כהן: התובענה הייצוגית "משרתת אינטרס ציבורי שהוא יעילות וחיסכון במשאבים הן של הצדדים הן של בית המשפט, ומונעת חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט בתביעות אישיות דומות". רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 237. בדומה לכך נקבע על ידי השופטת בייניש כי "התובענה הייצוגית נועדה לרכז תביעותיהם של רבים בהליך אחד ולמנוע ריבוי התדיינויות" (שם, בעמ' 277); לעניין יסוד החיסכון במשאבים שהתביעה הייצוגית יכולה לקדם במיוחד, ראו רע"א טצת (לעיל, הערה 7), בעמ' 784; רע"א רייכרט (לעיל, הערה 22), בעמ' 309.

99. ראו בר ניב (לעיל, הערה 17), בעמ' 252 (מצוין כי משום שהנזק הטיפוסי שנגרם לצרכן הוא

להביא לחיסכון במשאבי המערכת תוך כדי קביעת פסיקה אחידה, הרי מטרה זו מניחה מניה וביה כי חברי הקבוצה אכן צפויים להגיש תביעות אישיות, הלא כן?!

הטיעון המרכזי שאבקש לקדם כאן הוא שחוסר ההבחנה בין התביעות הייצוגיות השונות אינו עניין סמנטי כלל ועיקר. לדעתי, קבלת הנחת המוצא כי להליך התביעה הייצוגיות יכולות להיות תכליות מספר מלבד התכלית של הגברת האכיפה, צריכה להשפיע במישרין על טיב תנאי הסף שבית המשפט צריך להציב בפתחו של ההליך בעת בדיקת התאמתה של התביעה להיות נידונה כתביעה ייצוגית. לדוגמה, אם התכלית העיקרית של התביעה הייצוגית היא לחסוך במשאבים או להתגבר על מצב של חוסר מודעות מצד חברי הקבוצה שנפגעו לזכויותיהם, כי אז ייתכן מקרה שבו ישקול בית משפט לאשר הליך כתביעה ייצוגית גם אם מספר המעוניינים הוא כמה עשרות יחידים, שנוקם ברמה האישית הוא משמעותי ורציני. אולם אם התכלית היא לתת לנציג תמריץ להגיש תביעה במקום שהנוק קטן, כי אז נראה שנכון יהיה לדרוש שמספר המעוניינים יהיה גדול במיוחד על מנת להבטיח את כדאיות ניהולו של ההליך לאור סכומן הכולל של עילות התביעה. בדומה לכך, אם מטרת התביעה הייצוגית היא לדרבן נציג להגיש תביעה בשמה של קבוצה שיחידיה סבלו נזק קטן מתוך מטרה מוצהרת להביא להכפפת הנתבע לנורמות מסוימות והרתעת אחרים מלהתנהג כמוהו, כי אז הרבה פחות חשוב לדעת אם התובע הנציג הוא בעל עילת תביעה אישית אם לאו.¹⁰⁰ לעומת זה, התנאי בדבר קיומה של עילת תביעה אישית אצל התובע הנציג במקרה שהנוק ברמה האישית משמעותי, אכן מוצדק שיהווה תנאי לאישור התביעה כתביעה ייצוגית מתוך מטרה לערוב לייצוג נאות מצד התובע הנציג לאינטרסים של חברי הקבוצה.

יוצר גם שהתופעה של העדר התאמה בין תכליתה המיוחדת של התביעה הייצוגית לבין תנאי הסף וכללי הדיון הנקבעים לגביה היא תופעה רחבה יותר במשפט הישראלי. פרשת א.ש.ת. בהקשר זה היא אך מדגם של תופעה כללית, שבאה לידי ביטוי בפסיקה גוספת של בית המשפט העליון, בחקיקה וכן בעמדת משרד המשפטים המיוצגת על ידי פרקליטות המדינה. התקווה היא, שאם תוצג תופעה זו במלוא היקפה אולי יהיה בהסדרה הנורמטיבית העתידית של מוסד התביעה הייצוגית בישראל כדי להפריד, גם נורמטיבית, בין תנאי האישור ותנאי הניהול של התביעות הייצוגיות השונות. הדיון שלהלן מציג את תופעת העדר ההתאמה האמורה ברמות השונות, ולאחר מכן יציג שלוש קטגוריות ייחודיות של תביעות ייצוגיות. לבסוף, שוב נתחבר לפרשת א.ש.ת. כדי להראות באמצעותה כיצד ניתן היה לזהות את הקטגוריות האלה כולן בפרשה אחת וכיצד היה זה נכון וראוי מבחינתה של כל קבוצה להצדיק את קיומו של ההליך התביעה הייצוגית.

קטן יחסית אוי "קיימת הסתברות נמוכה לנקיטת הליכים משפטיים על ידי צרכן יחיד בגין פגיעה בזכויותיו כצרכן".

100. השוו, רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 248 (השופט שטרסברג-כהן) (במסגרת הליכי אישור התביעה כתביעה ייצוגית "על בית המשפט לבחון אם קמה לתובעים עילת תביעה אישית"; דנ"א ברזני (לעיל, הערה 11), בפסקה 52 (השופט חשין) ("אין אדם קונה זכות לתבוע בתובענה ייצוגית אלא אם נושא הוא כאמתחתו זכות תביעה אישית").

(א) על חוסר ההתאמה ברמת הפסיקה של בית המשפט העליון – פרשת פרנקישה
 ופרשת עטיה

פסק הדין בעניין פרנקישה משמש דוגמה קלסית למקרה של חוסר ההתאמה בין תכליתה של התביעה הייצוגית לבין קביעת תנאי הסף לאישורה. כאמור הנימוק העיקרי ששימש את בית המשפט לאי-אישור התביעה כתביעה ייצוגית על פי תקנה 29 היה שהסעד שנתבע בשם של יחיד הקבוצה היה סעד כספי – סעד שהיה מונח כי אינו זהה מבחינת כל אחד מיחיד הקבוצה. עמידה בתנאי כזה היא כמעט בלתי אפשרית בתביעות שהסעד העיקרי בהן הוא כספי – בין בהשבת סכומים שנגבו שלא כדין ובין בתשלום פיצויים בגין נזקים שנגרמו. בהתחשב בהבדלים בין הנתונים האישיים של חברי הקבוצה, קשה להוכיח שהסכום שייקבע לכל אחד יהיה זהה; ואם לא ניתן להגיש תביעות ייצוגיות כשהסעד הנתבע הוא כספי, כי אז ניתן להניח – כפי שאכן קרה בפועל – שתביעות ייצוגיות לא יוגשו כלל. ללא "הפרס הכספי" הצפוי מפסיקת הסעד הכספי, קשה להניח שאנשים פרטיים יהיו מוכנים לקחת על עצמם את עול התביעה הייצוגית. לפיכך, חוסר ההתאמה שנוצר מפסק הדין בעניין פרנקישה הוא ברמה של התכלית העיקרית של התביעה הייצוגית; בעקבות הצבת תנאי של זהות ברמת הסעד האישי הנתבע כמעט לא ניתן היה להגיש תביעות ייצוגיות.¹⁰¹

פסק דין נוסף של בית המשפט העליון, שניכרת בו חוסר ההתאמה בין התכלית של התביעה הייצוגית לבין תנאי הסף שהציב בית המשפט הוא בעניין עטיה נ' עיריית ירושלים.¹⁰² כאן נידונה טענתם של תושבים מהכפר עיסאווייה כי עיריית ירושלים גובה מהם סכומים מופרזים בגין צריכת מים, הכוללים גם חיובים בעד מים שתושבים אחרים צורכים. יוזמי ההליך נגד העירייה ביקשו מבית המשפט לאשר את תביעתם כיייצוגית על פי תקנה 29 לתקנות סד"א, וביקשו שורה של סעדים: צו מגיעה המורה לעירייה לחדול מהמשך גביית הסכומים כאמור; צו הצהרתי הקובע כי הגבייה שביצעה העירייה הייתה שלא כדין; חיוב העירייה בהשבת הסכומים שגבתה שלא כדין; וכן סעד של מתן חשבונות. התביעה הוגשה לבית המשפט המחוזי בירושלים, שסירב לאשר את התביעה כיייצוגית ואף הצביע על הקשיים שמתעוררים מהסעדים השונים שביקשו התובעים לקבל. בבקשה לערעור על החלטה זו ביקשו התובעים להגביל את הליך התביעה הייצוגית – ככל שהוא מתייחס לכל המעוניינים האחרים רק לסעד ההצהרתי ולצו המגיעה. אף על פי כן סבר השופט שלמה לוי, שדן בבקשת רשות הערעור, כי המקרה אינו מתאים להליך של תביעה ייצוגית: ראשית, משום שההבדלים בין הסעדים שביקשו התובעים לעצמם לבין אלה שביקשו בשם קבוצת המעוניינים

101. ראו גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 438. כמו כן, גם כשאנשים פרטיים היו מוכנים לפעול למען אחרים באמצעות הגשה של תביעה ייצוגית לקבלת סעד הצהרתי בדבר אי-חוקיות מעשיו של הנתבע, קבעו כמה בתי משפט שאי-אפשר לאשר את ההליך כתביעה ייצוגית. מקובל לחשוב שמבחינת כללי הדיון הנוהגים, אם בכוונת מי שמבקש לקבל סעד הצהרתי לתבוע בשלב שני סעד אופרטיבי מכוח ההצהרה, הנטייה היא שלא לאפשר את תביעת הסעד ההצהרתי תחילה. הלכה זו יושמה גם בהקשרן של התביעות הייצוגיות; ראו המ' 3294/95 סלמה נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פס"מ תשנ"ח(3) 487.

102. רע"א 696/92 (לא פורסם).

יצרו מעין "תביעת שענטז" העלולה לסבך את הדיון; שנית, התובעים צירפו רשימה ארוכה של תושבי הכפר, חברי קבוצת המעוניינים, לאחר שדאגו להודיע לתושבי הכפר "הן במסגרת הכפר והן דרך ביקורי בית". לפיכך, הסביר השופט לוין, "אם אמנם מסכימים כל תושבי עיסאווייה הכלולים ברשימה ליצוגם על ידי המבקשים יכולים הם להצטרף לתובענה כתובעים ולתת יפוי כח לעורך דין או למבקשים ... והמנגנון המיוחד הכלול בתקנה 29 אינו דרוש ...". עמדה זו של השופט לוין מניחה כמציאותית את האפשרות שכל אחד מתושבי הכפר יפעל למתן יפוי כוח כדי להפוך לתובע של ממש, אבל ייתכן שהסכומים שגבתה העירייה שלא כדין היו קטנים יחסית, במידה שאין בה כדי ליצור תמריץ בכל אחד מהם אפילו לחתום על יפוי הכוח האמור. מנגד, אם המבקשים צודקים, קיים אינטרס ציבורי להורות לעירייה להפסיק את שיטת הגבייה שלא כדין; ואם תמצי לומר שהסכומים, מושא התביעות השונות של יחיד הקבוצה, הם משמעותיים, גם אז עמדתו של השופט לוין מעוררת קשיים: שכן, אם זה המצב, ניתן להניח שכל אחד מהמעוניינים יבקש לבחור לו עורך דין הנראה לו מתאים וכן עיתוי המתאים לו להגשת תביעתו. כמו כן, גם אם כולם יסכימו בהתחלה להצטרף להליך אחד בתור תובעים יחידים, ייתכן שחלק מהתובעים יבקשו לנהל את תביעתם באופן שונה מכפי שרוצה חלק אחר. והיה אם רק אחד מהם פתח תחילה בהליכים לבד, כשכל השאר עומדים בצד כדי לראות מה יעלה בגורלה של תביעה זו, יש בדבר כדי ליצור אצלו תמריץ "חודר חנית" באופן שלילי בשל בעיית ה־free ride. "אדם רציונלי אינו שש לנהל על חשבונו מערכה משפטית שהתועלת בה לאחרים גבוהה לאין שיעור מתועלתו".¹⁰³ נראה אפוא כי במקרה זה ניהולו של ההליך כתביעה ייצוגית היה מביא יותר יתרונות מאשר חסרונות, לרבות מבחינת האינטרסים של המערכת המשפטית עצמה. אם אנו מבקשים להצדיק את קיומו של מוסד התביעה הייצוגית על ידי המטרה של לחסוך במשאבי המערכת, לקבוע רגולציה אחידה תוך כדי מניעת היווצרותן של פסיקות סותרות, מה לנו אם ניתן לזהות את כל חברי הקבוצה אם לאו. העובדה שמרבית התושבים הסכימו לנקיטת ההליך של התביעה הייצוגית נגד העירייה הייתה צריכה להיות דחיפה חזקה במיוחד לאשר את ההליך כתביעה ייצוגית במקרה זה מאשר לנצל עובדה זו כדי לפסול את ההליך.

(ב) על חוסר ההתאמה ברמת החקיקה – פרשת ברזני
לעתים, גם המחוקק הראשי אינו מבחין בין סוגי התביעה הייצוגית לשם קביעת תנאיה. מציאות זו ניתן להדגים באמצעות פסק הדין בעניין ברזני נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ.¹⁰⁴ התביעה במקרה זה הוגשה נגד חברת בזק היות שזו, בניגוד לפרסומיה שלה, לא גבתה מלקוחותיה רק בעבור הזמן המדויק שהלקוח היה מדבר בשיחות בין-לאומיות. הסתבר כי בפועל עיגלה בזק את זמן השיחה כלפי מעלה כדי שייחשב ליחידת מונה מלאה. כלומר, גם אם הלקוח לא היה משוחח אלא בהלקה של דקה בלבד, הוא נחשב מבחינת חישובי הגבייה של בזק כאילו ניצל דקה זו במלואה. התובע ביקש להפוך את התביעה

103. בר ניב (לעיל, הערה 17), בעמ' 253.

104. דנ"א ברזני (לעיל, הערה 11).

שהגיש לתביעה ייצוגית. על פי הטענה, פרסומיה של חברת בזק היו פרסומים שעלולים להטעות צרכנים באשר למחירה הנכון של שיחת הטלפון לחוץ לארץ, ומכאן שבזק הפרה חובת איסור הטעיה שבסעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981. מהבחינה העובדתית, הנוק שנגרם לתובע הנציג היה זעיר, אך הנוק הכולל שנגרם לכל צרכני בזק, שהיו כלל לקוחותיה של החברה שהתקשרו לחוץ לארץ במהלך התקופה מ-1989 ועד 1996, הצטבר לכדי עשרות מיליוני שקלים.¹⁰⁵ נתון חשוב נוסף, שהסתבר להיות הנתון שעל פיו נפלה התביעה הייצוגית בסופו של דבר, היה שהתובע עצמו לא נחשף לפרסום המטעה.¹⁰⁶ לפיכך הוא לא היה יכול לבוא ולטעון כי הפרסום הטעה אותו, הלוא הוא לא הסתמך עליו ולא הושפע ממנו. ומדוע ממצא זה חשוב כל כך? היות שהוראת סעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן התנתה את כוחו של הצרכן להגיש תביעה ייצוגית מכוח החוק "בעילה אשר על פיה [הצרכן] יכול על פי חוק זה לתבוע בשמו ...". בית המשפט פסק, כי נפגע יחיד יכול להגיש תביעה ייצוגית על פי החוק רק אם הוא עצמו קנה עילת תביעה אישית. לברזני כאמור, לא הייתה עילת תביעה אישית, שכן הוא ביקש לבסס את תביעתו על הוראת איסור ההטעיה בחוק הגנת הצרכן, והוא אישית לא הוטעה.¹⁰⁷ אולם כבר עתה מתבלטת הבעייתיות שבגישת בית המשפט בעניין ברזני, שמהבחינה הפרשנית היא תואמת את הוראותיו של חוק הגנת הצרכן. על שום מה לדרוש כי למגיש התביעה הייצוגית תהיה עילת תביעה אישית? שכן, אם הנוק שממנו סבל הצרכן הוא זעיר מבחינה אישית, נזק שיכול להסתכם בכמה שקלים בודדים, ההיגיון נותן שאין זה חשוב כל כך לדרוש, כי נזק כזה אכן נגרם לתובע הנציג כדי שיתאפשר לו להגיש תביעה ייצוגית. אם כוונתה העיקרית של התביעה הייצוגית בתחום הגנת הצרכן היא לטפל בתופעת התת-אכיפה הנובעת מחוסר המוטיבציה הקיים אצל צרכנים שסבלו נזק זעיר מלהגיש תביעות אישיות, הרי השאלה איזו עילת תביעה שהתובע מחזיק בה באופן אישי אינה צריכה לעניין אותנו כל כך.¹⁰⁸ הדבר שונה אם הנוק שנגרם מהבחינה האישית

105. שם, בפסקה 7.

106. שם, בפסקה 8.

107. השופטת שטריסברג-כהן שאלה הצטרפו השופטת דורנר והשופט מצא, סברה כי ניתן גם לאפשר לצרכן שבאופן אישי לא הוטעה להגיש תביעה ייצוגית בשם שאר הצרכנים שהוטעו. סברה זו נשענה יותר על לשונו של סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248, שניתן לחייב "עוסק" כלפי הצרכן אם העוסק עשה דבר "העלול להטעות". לפיכך, אם העוסק עשה דבר העלול להטעות והצרכן ניזוק מהתנהגותו של העוסק – תנאים שהתקיימו כאן – כי אז הצרכן יכול להגיש תביעה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן גם אם הוא אישית לא הוטעה. עם זאת, שופטי המיעוט כמו שופטי הרוב בפרשת ברזני דגלו עדיין בעיקרון הבסיסי כי כדי שתובע נציג יוכל להגיש תביעה ייצוגית הוא חייב להצטייד בעילת תביעה אישית. המחלוקת, כפי שהתגלתה בפסק הדין, סבבה סביב השאלה אם בנסיבות המקרה אכן התובע הנציג מחזיק בעילת תביעה אישית. ראו גם בעניין זה ע"א תנובה (לעיל, הערה 11), בעמ' 681.

108. ראו בר ניב (לעיל, הערה 17), בעמ' 257-258. פרופ' בר ניב מעלה את ההשערה כי הדרישה של עילת תביעה אישית בעניין חוק הגנת הצרכן אולי נובעת מרצונו של המחוקק להקטין את חוג האנשים שיכולים לייזום את ההליך היקר והמורכב עדיין של התביעה הייצוגית. אך

משמעותי ליחיד הקבוצה. במקרה זה אפשר לטעון כי חשוב שהתובע הנציג יחזיק גם הוא בעילת תביעה אישית כמו שאר אלה שנפגעו היות שיש בכך ערובה מסוימת שהוא ייצג את האינטרסים של חברי הקבוצה בנאמנות: הפסדם יגרום להפסד ניכר גם מבחינתו האישית. זאת ועוד, אם מטרתו של תנאי התביעה האישית היא להבטיח כי סכום הפיצויים שייפסק יפצה רק את מי שבאמת מגיעים לו הפיצויים, אזי שוב התנאי לגבי חבר קבוצה שנוזק זעיר אינו מובן: ראשית, אפשר בקלות לדאוג לכך שאותו נציג שהיה מוכן לטרוח ולהגיש תביעה ייצוגית, לא יקבל את השקלים הבודדים בעד הנזק שלא סבל. שנית, נכון היה לראות בתביעה הייצוגית מהסוג שנדון בפרשת ברזני כמי שאינה מיועדת כלל לפצות את חברי הקבוצה באופן אישי; תכליתה היא לאכוף את הנורמה על הנתבע. לפיכך עיקר הדאגה צריך להיות במציאות התובע הנציג המתאים ביותר למטרה זו, בין אם נציג זה סבל נזק של כמה שקלים ובין אם לאו. נראה כי שוב נוצר מצב שבו הכללים הנוגעים בהפעלתה של התביעה הייצוגית אינם תואמים את התכלית המיוחדת שמבקשים להשיג.

(ג) על חוסר ההתאמה בעמדת המדינה

נראה כי מגמת חוסר ההתאמה בין התנאים שצריך להציב בפתח הליך אישורה של תביעה כתביעה ייצוגית לבין תכליתה העיקרית דבקה גם בעמדתה של המדינה. אחת הטענות שהמדינה העלתה בעקבות במטרה להניא את בתי המשפט מלאשר תביעה קיימת כתביעה ייצוגית נסמכת על מה שניתן לכנות "תזת השליחות". על פי הטענה, אי-אפשר לקבל מצב שתקנה 29 - שהיא במעמד של חקיקת משנה - מאפשרת הגשה של תביעה ייצוגית, הואיל ואישור כזה כופה יחסי שליחות על כל קבוצת המעוניינים שאינם נציגים. ביחוד הדברים אמורים מאחר שיחסי השליחות מוסדרים בישראל בהקיקה ראשית, וכן משום שזכות הקניין של יחיד הנמנה בקבוצת המעוניינים כוללת גם את האינטרסים הממוניים של יחידים אלו, ומוגנת על ידי חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו.¹⁰⁹ נדמה שטעון זה מועלה על ידי המדינה כל אימת שמבקשים להישען על תקנה 29 לאישורה של התביעה כתביעה ייצוגית ללא כל קשר לשאלה אם הנזק שנגרם לחברי הקבוצה משמעותי או שמא הנזק הוא עניין של זוטות. כאמור בפרשת א.ש.ת. הייתה קבוצה של מעסיקים שנדרשו להפקיד ערבויות בסכומים לא גבוהים, מה שלא מנע את המדינה להעלות את תזת השליחות לצורכי מניעת אישורה של כל התביעה כתביעה ייצוגית.¹¹⁰ דוגמה מוחשית נוספת להיעדר ההבחנה של המדינה בין התביעות השונות בהקשרה של תזת השליחות ניתן למצוא בפסק הדין בעניין מילר נ' משרד התחבורה.¹¹¹ במקרה זה הורשעה התובעת בביצוע עבירת תעבורה. כעונש נגור עליה לשלם

נראה כי נימוק זה אינו משכנע כל כך כאשר יש מספר גדול של נפגעים. שכן אין זה בלתי

סביר למצוא "תובע קש" כדי להגיש בסופו של דבר את התביעה בשמו. שם, בעמ' 257.

109. עמדת המדינה אף הוצגה באתר האינטרנט של משרד המשפטים; עותק ממנה מצוי ברשות המחבר.

110. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 233-234.

111. ב"ש א (ב"ש) 9197/00, פס"מ תשס"א 337.

קנס, וכן נפסל רישיון הנהיגה שלה לתקופה של עשרים ואחד יום. בהתאם לכך הפקידה התובעת את רישיון הנהיגה שלה בבית המשפט. עם תום תקופת הפסילה ניגשה התובעת למזכירות בית המשפט וביקשה לקבל את רישיון הנהיגה שלה חזרה. במעמד זה נאמר לה כי עליה לשלם אגרה על סך שבעה עשר ש"ח כדי לקבל את הרישיון מחדש, מאחר שמשרד הרישוי צריך להנפיק רישיון חדש. לאחר ששילמה את הסכום תחת מחאה, הגישה התובעת את התביעה הנוכחית להחזרת סכום האגרה, ובד בבד ביקשה כי תביעתה תאושר כתביעה ייצוגית בשם כל אלה שכמוה נפסל רישיונם ונדרשו לשלם את הסכום שלעיל ללא אסמכתה חוקית. בקשה זו נסמכה על תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. המדינה התנגדה לאישור התביעה כתביעה ייצוגית. נציגת המדינה טענה גם הפעם כי תובענה ייצוגית יוצרת יחסי שליחות שלא מכוה הסכמת השולח, "וכי יצירת יחסי שליחות שלא בהסכמה כאמור, כאשר נפגעת לכאורה זכות הקניין של הפרטים, חברי הקבוצה, אינה מצויה בסמכותו של מתקין התקנות, בפרט לאחר חקיקתו של חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו, ובעיקר הסעיף הן בהגנה בפני פגיעה בקניינו של אדם".¹¹² בית המשפט לא התייחס במישרין לטענה זו. השאלה העיקרית שהעסיקה את בית המשפט הייתה אם אכן ניתן לומר, כטענת התובעת, שאת האגרה על סך שבעה עשר ש"ח גבתה המדינה שלא כדין. לאחר דיון ממצה בסוגיה זו אישר בית המשפט את התביעה כיייצוגית. פרשה זו מלמדת כי עמדת המדינה אינה מבחינה בין נזק אישי קטן לנזק אישי משמעותי לצורך העלאת "תזת השליחות". לעומת זאת, לפי גישתנו לתזת השליחות אין מקום במקרים שבהם הנזק ברמה של היחיד הוא עניין של זוטות.¹¹³ ובכלל, כפי שפרשת מילר מלמדת, מטרת התביעה הייצוגית באותו עניין לא היה כדי לפצות את יחיד הקבוצה באופן אישי. המטרה העיקרית של התביעה הייצוגית במקרה כמו זה שהיה בפרשת מילר היא למנוע את המדינה מלהמשיך לפעול בניגוד לחוק, ובמקרה זה – גביית אגרה שלא כדין. כלומר פני התביעה הייצוגית הם יותר כלפי התנהגות הנתבע מאשר הפיצוי האישי המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה. פשיטא, אם הנזק האישי בקטגוריה זו הוא עניין של זוטות, כך גם צריך להתייחס להשתק שייווצר ברמת היחיד וימנע אותו מהגשת תביעה אישית בגין הנזק.¹¹⁴

112. שם, בעמ' 341-342.

113. ראו גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 426 ("לגבי תביעות ייצוגיות 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").

114. שם, בעמ' 437: "להשתק 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"; Hensler (לעיל, הערה 26), בעמ' 51: "When class members claims involve such small losses that they could not realistically be pursued through individual litigation, few people worry that class actions abrogate class member's right to individual treatment of those claims"

ייתכן כי לתזת השליחות האמורה יש משקל רב יותר במקרים שהגזק שנגרם ליחידי הקבוצה הוא רציני ומשמעותי. אולם גם אז אין לומר כי התזת היא משכנעת בהכרח. במקרים כאלה עדיין נדרש כי תהיה הודעה בדבר הגשת התביעה הייצוגית, ואולי אף הודעה אישית, תוך מתן הזדמנות ליחידי הקבוצה לצאת ממנה.¹¹⁵ כמו כן, ניתן להניח שקבוצת המעוניינים בחוג זה של מקרים תוגדר יותר במדויק, כך שכל מעוניין פוטנציאלי יוכל לדעת אם הוא נמנה בקבוצה אם לאו.¹¹⁶ אם נוסף על כך גם את העובדה שמדינת ישראל היא מדינה קטנה יחסית, הרי שעצם הגשתה של תביעה ייצוגית בייחוד במקרים הנמנים בשתי הקטגוריות האלה תהווה אירוע תקשורתי בפני עצמו, ובכך תעלה אף יותר המודעות לעצם ההליך.¹¹⁷ הנה כי כן, עולה תמונה שלפיה מוצבים לעתים תנאי סף לאישורה של התביעה הייצוגית, שלא זו בלבד שאינם תואמים את מטרותיה אלא הם מביאים לסיכולן של מטרות אלו. מצב דברים זה מחייב אותנו לנסות ולהגדיר מהן בעצם התכליות המיוחדות שמוסד התביעה הייצוגית מבקש להגשים, מעבר לתכלית העיקרית של הגברת מלאכת האכיפה של הנורמות המחייבות ויעולה. על ידי הגדרתן וקביעתן של תכליות אלו יוקל עלינו שעה שניגש לבחינת נחיצותה של התביעה הייצוגית במקרה הקונקרטי, וכן יעלו הסיכויים כי תנאי הסף שייקבעו לגביה יהיו מתואמים יותר עם התכלית המיוחדת.

2. התביעה הייצוגית על פי שלוש קטגוריות של תכלית

אמנם המודלים העדכניים של הפרוצדורה האזרחית מושכים אותה למלא פונקציות שהן מעבר למתחם הצר של התדיינות פרטית בין בעלי הדין הנצים.¹¹⁸ ברם, אין במשיכה זו כדי לגתק לחלוטין את ההליך האזרחי ממורשתו האינדיווידואלית.¹¹⁹ ההליך האזרחי עדיין מובחן

115. ראו בעניין זה פסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות הברית: *Eisen v. Carlisle & Jacqueline*, 417 U.S. 156, 185 (1974).

116. ואכן נפסק כבר בארצות הברית כי במקום שלא ניתן להגדיר במדויק את חברי הקבוצה, יש שהדבר ימנע את אישורה של התביעה כתביעה ייצוגית. ראו: *Amchem Products v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997). במקרה זה כללה הקבוצה גם אנשים שנחשפו לאובסט אך טרם נתגלו אצלם נזקי גוף עקב השיפתם, נוסף על קבוצה של אנשים שנחשפו לאובסט וכבר התגבש נזקם. לפיכך, סבר בית המשפט העליון של ארצות הברית כי יש בעובדה זו כדי ליצור חוסר ודאות מבחינתם של אנשים אלו אם הם בכלל בבחינת תובעים פוטנציאליים, שהרי טרם השתכלל נזקם. חוסר ודאות זה ישפיע מן הסתם על יכולתם לממש את זכות היציאה מן הקבוצה, שכן אם אין אדם יודע בוודאות אם הוא עלול להפוך לתובע פוטנציאלי, כיצד ישכיל לממש את הזכות לצאת מן הקבוצה?!

117. אכן מלומדים כבר העירו כי בעידן המודרני של תקשורת פתוחה קיימת מודעות גבוהה בקרב הציבור לגבי הפגיעות הקיימות והתרופות המשפטיות העומדות לרשותן, ראו: Hensler (לעיל), הערה 85, בעמ' 212.

118. ראו לעיל דיון בפרק ג.2.

119. לדיון בממד האינדיווידואלי של כללי הדיון, ובייחוד באפשרות ליוזם הליכים, ראו: Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (1987), 11-16.

מההליך הפלילי על ידי יכולתו של התובע – יוזם ההליך – לזוטר מטעמיו על ההליך כולו.¹²⁰ כמו כן, אף אחד לא יכול לבוא בטרוניה עם התובע האזרחי אם יחליט לייצג אך ורק את האינטרסים האישיים שלו שעה שהוא מחליט לפתוח בהליך של תביעה רגילה.¹²¹ על רקע הדברים האלה ברור כי האדם צריך שיהיה חופשי לבחור בהליך האזרחי הנראה לו מתאים, תוך הנחה – מובנת מאליה – שתוצאותיו של הליך זה יחייבו אותו, ואותו בלבד. אולם, מנגד, וכאן בעצם טמונה נקודת המוצא שלנו, הליכה דווקנית אחר עקרונות אלו עלולה ליצור כשלים דיוניים, שהם מעבר לכשלים הנוגעים ברמת האכיפה האופטימלית של הנורמות המחייבות. ואכן, התפתחותו של מוסד התביעה הייצוגית מלמדת כי המשפט הדיוני בארצות המשפט המקובל היה מוכן לסטות מעקרונות היסוד, המחייבים כי יחיד יוכל לפעול רק בשמו, כדי להתגבר על כשלים מסוימים שנוצרו או שעלולים היו להיווצר אם נחייב כל אדם לפעול בשמו בלבד.¹²² בעבר הרחוק, במסגרת דיני היושר – שכידוע שימשו גם כאמצעי לסטות מכללים משפטיים נוקשים של המשפט המקובל – ראו לנכון לסטות מהעיקרון האינדיווידואלי בסכסוכי מקרקעין שנגעו בחוג רחב של אנשים.¹²³ כדי לנהל את ההליך ביצילות ובתוך פרק זמן סביר, היה זה הכרחי שבעל דין אחד ייצג את כל המעוניינים.¹²⁴ נראה לי, שכיום אפשר לזהות שלושה כשלים עיקריים המחייבים אותנו לסטות מעקרונות היסוד של הפרוצדורה האזרחית כדי לאפשר לבעל דין אחד לפתוח בהליכים לא רק בשמו אלא בשמה של קבוצת אנשים שנפגעו כמוהו או בדומה אליו. המקרה הראשון הוא מקרה של נזק קטן ברמת היחיד המתגבש לנזק גדול ברמת הקבוצה כולה. במקרה כזה התביעה הייצוגית דרושה כדי לאפשר את הגשת התביעה נגד הנתבע במטרה למנוע ממנו להתעשר שלא כדין. הכשל נובע מכך שאילו היה הדבר תלוי בכל אחד מחברי הקבוצה הם כלל לא היו נוקטים הליכים אישיים. המקרה השני עוסק בקבוצה גדולה של אנשים שנגרם להם נזק משמעותי, והכשל שרוצים למנוע הוא דווקא זה שעלול להיווצר עקב הגשה של תביעות אישיות רבות על ידי כל אחד בגפרד ולקחת סיכון של פסיקות סותרות ובזבוז משאבים. כשל דיוני נוסף האופייני לקטגוריה זו נוגע בחוסר האיוון המובנה בתמריצי ההשקעה שנוצר בין תובע בודד שייאלץ לנהל את התביעה לבד לבין נתבע היודע כי מלבד התובע יש עוד תובעים פוטנציאליים רבים. במקרה השלישי מדובר בנזק משמעותי של היחיד ובקבוצה גדולה של נפגעים, כאשר מחמת אופי הפגיעה ונסיבותיה נוצר אצל הנפגעים תמריץ שלילי מהגשת תביעה, בין מחוסר מודעות לזכויותיהם, בין מחששות אישיים מפני התוצאות האפשריות של נקיטת ההליך האישי ובין מחוסר משאבים ליוזם הליכים אישיים מלכתחילה.

120. ראו: John A. Jolowicz, *On Civil Procedure* (2000), 21-22.

121. שם.

122. ראו דיון אצל: Cooper (לעיל, הערה 83), בעמ' 216-220.

123. ראו בעניין זה: Yeazell (לעיל, הערה 119), בעמ' 38-71, Hazard; 212-160 (לעיל, הערה 8), בעמ' 1861-1937.

124. ראו: *Phillips Petroleum v. Shutts*, 472 U.S. 797, 808 (1975); *Eisen v. Carlisle & Jacqueline*, 417 U.S. 156, 185 (1974).

ההקשר הטיפוסי לסוג זה של מקרים הוא הפליה פסולה של יחיד הקבוצה על רקע גילם, השתייכותם הלאומית, הגזעית, המגדרית או הדתית. כמו כן, בקטגוריה זו נמנים גם מקרים שבהם מנימוקים לא ענייניים נמנע מחברי הקבוצה לקבל הטבות שהם זכאים לקבל או שהם חויבו בתשלומים בלתי חוקיים שכעת הם דורשים את החזרתם. קבוצה זו של מקרים דומה ברמת התמריצים לקבוצה הראשונה של המקרים, אך ברמת הנזקים היא דומה לקבוצה השנייה. כמו כן, לעומת שתי הקבוצות הראשונות, במסגרת תביעות ייצוגיות הנמנות עם קבוצה זו נתבעים גם סעדים של צווים קבועים וכן סעד הצהרתי.

כאמור, לזיהוי הכשל הדיוני שבגללו צריך לאפשר את הגשתה של התביעה הייצוגית צריכה להיות חשיבות מיוחדת לקביעת תנאי הסף שדרוש לשם אישור התביעה כייצוגית. להלן אציג את שלושת המקרים שלעיל תוך הדגשת תנאי הסף וכללי הדיון החשובים במיוחד מבהינתן כל קבוצה, ותנאי סף וכללי דיון החשובים פחות.

(א) נזק קטן של היחיד ונזק גדול של הקבוצה - התכלית הרגולטורית קטגוריה זו עוסקת במקרה שנחשב למקרה הקלטי של התביעה הייצוגית. מדובר בקבוצה של אנשים שנפגעו פגיעה זוטא כל אחד כשלעצמו אך נגרמה פגיעה ממשית ברמת הקבוצה. ההנחה היא, שאם לא נאפשר את הגשת התביעה הייצוגית לא יהיה מי שייזום את ההליך. חישוב פשוט שיערוך כל אחד מהתובעים הפוטנציאליים ילמדו כי יצא שכרו בהפסדו, שכן עלות ניהולו של ההליך עולה בהרבה על התועלת המצופה מההצלחה בו. לעומת זה, הנתבע התעשר שלא כדין, תוך הפרת החוק, ולנו כחברה חשוב למנוע ממנו - ומנתבעים פוטנציאליים כדוגמתו - התעשרות כזאת. לפיכך נאפשר לאדם אחד להגיש תביעה ייצוגית בשם כל אלה שנפגעו ממעשיו של הנתבע, תוך שאנחנו מבטיחים לו פרס נאה (אחוז מסך כל הפיצויים שייפסקו) אם יצליח בתביעתו. בכך נאפשר את הגשת התביעה, נמנע מהנתבע להתעשר שלא כדין, ונרתיע גופים גדולים מפני התנהגות לא ראויה בעתיד.

דוגמה למקרה זה היא הסיטואציה שנידונה בפסק הדין *Daar v. Yellow Cab Company*.¹²⁵ התובע הנציג הגיש תביעה, שביקש להפכה לייצוגית, נגד חברת מוניות מלוס אנג'לס, שבמשך ארבע השנים שקדמו להגשת התביעה גבתה מלקוחותיה תשלום הגבוה מהתעריף המחייב. סך כל החיוב העורף של חברת המוניות הסתכם בכ-100,000 דולר, והתובע טען כי סך כל דמי הנסיעות ששילם לחברת המוניות בתקופה שלעיל היה מאה דולר.¹²⁶ שתי השאלות המרכזיות שהעסיקו את בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה היו אם במקרה דנן ניתן לקבוע מהי קבוצת המעוניינים, ואם ניתן להגיד שקיימת קבוצה המאוחדת סביב אינטרסים זהים בשאלות שבעובדה ובמשפט הנוגעות בחברי הקבוצה.¹²⁷ תוך כדי מענה על שאלות אלו קבע בית המשפט כי במקרים רבים, עצם הדבר שקיימת קבוצה של מעוניינים המאוחדים סביב אינטרסים זהים כאמור, מעידה על קיומה כקבוצה מעוניינים הניתנת

125. 433 P.2d 732 (Ca. 1967).

126. שם, בעמ' 737.

127. שם, בעמ' 739.

להגדרה.¹²⁸ עוד קבע בית המשפט שכדי לקבוע אם קיים אינטרס משותף אין זה חיוני שהסעד הנתבע יהיה משותף באותה מידה בין חברי הקבוצה. נהפוך הוא, לדעת בית המשפט:

As a practical matter, a requirement of common relief has no competing importance and its absence presents no insuperable difficulties.¹²⁹

כאשר הגיע בית המשפט בסופו של דבר להכרעה אם לאשר את התביעה כייצוגית, הוא קובע לאמור:

[A]bsent a class suit, recovery by any of the individual taxicab users is unlikely. The complaint alleges that there is a relatively small loss to each individual class member. In such a case separate actions would be economically unfeasible... It is more likely that absent a class suit, defendant will retain the benefits from its alleged wrongs. A procedure that would permit the allegedly injured parties to recover the amount of their overpayments is to be preferred over the forgoing alternative.¹³⁰

הנה כי כן, המטרה העקרונית העומדת מאחורי מוסד התביעה הייצוגית בעניינים האלה היא רגולטורית – למנוע את הנתבע מהתעשרות שלא כדין.¹³¹ מטרה זו נכונה וצודקת לא רק בהקשר של המקרה הקונקרטי אלא גם בשם המדיניות הכללית, המבקשת לאכוף את הנורמות הקיימות ולמנוע מצב של תת-אכיפה מבחינתם של גופים אחרים, שכמו הנתבע הקונקרטי הם יכולים להתעשר באופן משמעותי בגין הפרות קטנות.

עולה אפוא כי הצידוק לקיומה של התביעה הייצוגית בקטגוריה זו נסמך יותר על השיקול הרגולטורי; לאכוף את הנורמה על הנתבע ולהרתיע נתבעים שנמצאים בעמדה

128. שם, בעמ' 740: "...whether there is an ascertainable class depends in turn upon the community of interest among the class members in the questions of law and fact involved"

129. שם, בעמ' 742.

130. שם, בעמ' 746.

131. על רקע זה אפשר להבין את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בדנ"א ברזני (לעיל, הערה 11), בפסקה 4:

במובן הרחב נועדה התובענה הייצוגית למנוע עשיית עושר ולא במשפט על ידי גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח המרכזים בידם ייצור תעשייה ושירותים לצריכה המונית, על חשבון "האדם הקטן" ... האפשרות הניתנת לצרכן היחיד לתבוע בתובענה ייצוגית בשם קבוצת הצרכנים האנונימית שנפגעה מהפרת החוק, מגשימה אכיפה ראויה ומונעת מצב של תת אכיפה הפוגעת בצרכן הבודד, בקבוצת הצרכנים ובציבור בכללותו.

דומה מלהתנהג כמוהו בעתיד. אלמלא המכשיר של התביעה הייצוגית, לא היו תובעים פוטנציאליים יוזמים הליכים משפטיים כלל עקב היחס בין שיעור הנזק שנגרם להם (נזק קטן) לבין הוצאות המשפט הצפויות.

אין התביעה הייצוגית בקטגוריה זו מיועדת בהכרח להביא לפיצוי אישי של יחיד הקבוצה. שכן שוב מונח כי הנזק כל כך קטן שאנשים שנפגעו כמעט לא הרגישו בנזק, וגם אם נפגעו הם לא יהיו מוכנים לשאת בהוצאות הכרוכות בהוכחתו. כך למשל, במקרה של *Daar* ניתן להניח שגם אם ניתן היה לזהות את כל אחד מציבור הלקוחות שמהם נגבה התעריף הלא חוקי, גם אז אחוז קטן מהם היה מוכן לגשת למי שצריך לגשת כדי לקבל החזר של כמה דולרים שנגבו ממנו שלא כדין. אולם אין בדברים כדי למנוע את אישורה של התביעה כתביעה ייצוגית. שכן שוב אנו מעוניינים למנוע מאת חברת המוניות את ההתעשרות שלא כדין ולהרתיע אותה וחברות כדוגמתה מלחזור על התנהגות דומה בעתיד.

כמו כן, אין מטרתה של התביעה הייצוגית בקטגוריה זו לחסוך במשאבי המערכת על ידי ריכוזן של התביעות האישיות במסגרתה של תביעה אחת. שכן, שוב ההנחה היא כי תביעות אישיות לא תוגשנה כלל עקב הנזק הקטן שסבל כל אחד מחברי הקבוצה, ובכלל, התביעה הייצוגית בקטגוריה זו משתקפת כמי שמוסיפה הכבדה דווקא על המערכת המשפטית, שכן אלמלא קיומו של מכשיר התביעה הייצוגית לא היו ההליכים הנוגעים באותה הפרה שביצע הנתבע נפתחים כלל. כעת בעקבות האפשרות לעשות אגרגציה של התביעות האישיות והגשתן במסגרת תביעה אחת, המערכת נאלצת לטפל בתביעה, שהיא כאמור הליך מורכב הדרוש לא מעט פיקוח מצד בית המשפט המטפל בה.

לפיכך נראה כי במקרים הנמנים עם קבוצה זו חשוב לוודא שממדי הנזק הכולל שנגרם לכל חברי הקבוצה הוא גדול דיו כדי להצדיק את קיומו של ההליך המורכב והיקר של התביעה הייצוגית. על ממדיו של הנזק בהקשר זה בהחלט אפשר ללמוד ממספר האנשים הרב שנטען כי נפגעו על ידי מעשיו של הנתבע. לעומת זאת, נראה כי זה חשוב פחות לעניינה של התביעה ייצוגית הנמנית על קבוצה זו אם לתובע הנציג קיימת עילת תביעה אישית אם לאו; גם תובע ציבורי שמבקש לפעול בשם הציבור הרחב צריך שתהיה לו זכות עמידה להגיש את התביעה, ובוודאי כל ארגון שמטרתו היא לייצג את האינטרסים של הציבור שנפגע, בין למטרת ניהולה של התביעה הייצוגית ובין בכלל. כמו כן, נראה כי לעניינה של תביעה ייצוגית בקטגוריה זו אין זה חשוב להודיע באופן אישי לכל אחד מחברי הקבוצה, שכן ייתכן כי טרם כל עלותה של הודעה כזאת תעלה על ערכה של התביעה הייצוגית.¹³²

(ב) נזק משמעותי ליחיד וקבוצה גדולה של יחידים עם נזק דומה – עוולות המוניות בקטגוריה זו של תביעות ייצוגיות נמנים מקרים שבהם נגרם נזק משמעותי למספר משמעותי של בני אדם. הציפייה היא שבעקבות כך הנתבע עתיד להיתבע על ידי כל אחד מאלה שניזוקו מהתנהגותו. לאור ציפייה זו מתקיים אינטרס ציבורי לברר את כל התביעות במאוחד:

132. השוו: *Eisen v. Carlisle & Jacqueline*, 417 U.S. 156 (1974). לדיון כללי בדבר צדקת מתן הודעה אישית לחברי הקבוצה, ראו: Fiss (לעיל, הערה 10), בעמ' 26-31.

הדבר יחסוך מזמנם של בתי המשפט, שאלמלא ההאחדה היו צריכים לברר כל תביעה בנפרד,¹³³ וכן יחסוך במשאביהם של התובעים הפוטנציאליים, שיחלקו ביניהם את הוצאות ניהולה של תביעה אחת במקום שכל אחד יישא בעצמו בהוצאות ניהולה של תביעה נגד הנתבע; הדבר יאפשר חלוקה צודקת של הפיצויים המגיעים מהנתבע בין כלל התובעים – מטרה שלא תוכל להתקיים בהליך רגיל אם אמצעיו של הנתבע מוגבלים ביחס לסך כל התביעות, שאו התובעים הראשונים יקבלו יותר פיצויים מאלה שיתבעו אחריהם;¹³⁴ נוסף על כל אלה, הכרה בתביעה כייצוגית תגדיל באופן משמעותי את שכר טרחתם של עורכי הדין המייצגים, ובמקביל את המוטיבציה שלהם, ובכך יאפשר הדבר לתובעים לזכות בייצוג משפטי אופטימלי. בהקשר של המקרים הנמנים עם קבוצה זו מתבלט כשל דיוני נוסף שהליך התביעה הייצוגית מסוגל להתגבר עליו. כשל זה עיקרו בפער תמריצי ההשקעה שנוצר בין תובע לנתבע במקרים של עוולות המוניות. אסביר.

נתבע שידוע כי אולי היה במעשיו כדי לגרום נזק לכמות מסוימת של אנשים והוא נתבע תחילה רק על ידי אחד מהם, מוחזק כמי שנמצא בעמדה דיונית טובה יותר מן התובע. הסברה היא כי לנתבע זה תמריץ גדול יותר להשקיע בניהול ההליך מאשר לתובע, לאור קיומו של עקרון בשם ה־"economies of scale".¹³⁵ לאור הנחת המוצא של הנתבע כי הוא צפוי להיות נתבע על ידי תובעים מספר הרי התשואה השולית הצפויה מהשקעתו בניהול התיק האחד תהיה משמעותית יותר מהתשואה השולית שיפיק התובע, אם בכלל היא בת השגה מבחינתו של התובע הבודד. שכן, הנתבע יודע כי החקירה והדרישה שיעשה בתיק הבודד, זוות דעת המומחים שהוא יזמין, התוצר של הליכי הגילוי המוקדם שהוא יקבל, וטיב הייצוג המשפטי שהוא ישאף לו לא יישמשו אותו רק בתיק הבודד אלא גם בתיקים העתידיים האחרים. לפיכך, ישתלם לו להשקיע בתיק הראשון הרבה מעבר למה שהיה מוכן להשקיע בו אם ידע מראש כי הוא צפוי להיות נתבע רק על ידי תובע אחד. כלומר, מבחינתו של הנתבע, התביעה שהתובע הבודד מגיש שעה שהוא צפוי להיות נתבע על ידי תובעים נוספים היא תביעה ייצוגית *de facto*. מצד אחר, התמריץ של התובע אינו יכול להיות שווה לתמריץ של הנתבע באותה המידה. שכן מבחינתו כל השקעה שהוא מוכן לעשות בתביעה שהגיש תישקל אל מול הסכום המרבי שהוא מניח כי יקבל אם יזכה בתביעתו, ולא מעבר לו. על מנת להדגים, נניח שערך נזקיו של התובע ממעשה העוולה הוא כמיליון ש"ח. כפועל יוצא מכך, ניתן להניח כי התובע לא יהיה מוכן להשקיע בהכנת תיקו האישי וניהולו מעל סכום זה או סכום השווה לו אם הוא יודע מראש כי קיים סיכוי כי יפסיד את תביעתו. לעומת זאת, הנתבע הצפוי להיות נתבע על ידי כמה מאות תובעים כן יהיה מוכן להשקיע בהכנת הגנתו

133. ראו: *In Re Northern District of California "Dalkon Shield" I.U.D. Products Liability Litigation*, 521 F.Supp. 1188, 1191 (N.D. Cal. 1981); *In Re Bendectin Products Liability Litigation*, 102 F.R.D. 239 (S.D. Oh. 1984).

134. בעבר נראתה מטרה זו וזה לחלוטין להליך התביעה הייצוגית, ראו גולדשטיין (לעיל), הערה 8, בעמ' 436-437.

135. ראו בייתוד: Hay and Rosenberg (לעיל, הערה 14), בעמ' 1383-1386; לפיתוח נוסף של טיעון זה ראו: David Rosenberg, "Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and

וגיהולה הלכה למעשה כמה מיליוני שקלים לפחות, שכן תישקל השקעה זו על ידו אל מול אפשרות חיובו בכמה מאות מיליוני שקלים, כי הוא צפוי להיות נתבע בעתיד על ידי עוד מאות תובעים. לאור מצב דברים זה, הפיכת ההליך של התובע הראשון להליך של תובענה ייצוגית יאפשר לנו ליצור איזון מבחינת יחסי הכוחות של התובע והנתבע. כעת, גם לתובע יהיה תמריץ להשקיע באותה המידה בניהול התיק; אם הוא יזכה בתיק זה, גם הוא עומד לזכות בדיוק בסכום שהתובע עמד להפסיד בשקלול הראשוני.¹³⁶

המקרים הבולטים ביותר הנמנים בקבוצה זו הם מקרים של עוולות המוניות (mass torts),¹³⁷ כמו, למשל, נזקים מחשיפה לחומרים מסוכנים כדוגמת אובסט; מהשתלות סיליקון; משימוש בתרופות מסוימות; מהתמכרות לעישון; מעירוי דם נגוע באידס ועוד.¹³⁸ בקבוצה זו של מקרים, העובדה שהליך התביעה הייצוגית עלול לחייב כל אחד מחברי הקבוצה ברמה האישית היא בעלת משמעות שונה לגמרי מהמשמעות של אפקט זה בהקשרה של קטגוריה הראשונה.¹³⁹ המשמעות של פסק דין השולל מחבר קבוצה את הזכות לקבל פיצויים אינה עניין של מה בכך, שהרי ההנחה היא שנוקו של חבר הקבוצה כאן הוא משמעותי וכבר. לפיכך נראה כי בייחוד במסגרתה של תביעה ייצוגית הנמנית על קבוצה זו חשוב כי תהיה הודעה אישית לכל אחד מחברי הקבוצה. מאותם השיקולים, בית משפט המטפל בתביעה הנמנית על קטגוריה זו צריך להיות רגיש בעיקר לאפשרות איזוהיום המדויק של חברי הקבוצה.¹⁴⁰ לעומת זה, ייתכן כי זה יהיה לגיטימי לשקול במסגרתן של תביעות ייצוגיות הנמנות על קבוצה זו שלא לאפשר יציאה מהקבוצה לכל דורש, שכן הדבר עלול לטרפד את מטרת ריכוזן של כלל התביעות האפשריות במסגרתן של הליך אחד.¹⁴¹ באותה המידה, חוסר האפשרות לזהות במדויק את חברי הקבוצה שנפגעו מוצדק כי תקשה על אישור ההליך

Plaintiffs Don't", 37 *Harv. J. on Legis.* (2000) 393; David Rosenberg, "Mandatory Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases", 115 *Harv. L. Rev.* (2002) 831.

136. ראו בר ניב (לעיל, הערה 17), בעמ' 255, שמעיר כי הסכום הכולל הגבוה של התובענה הייצוגית יאפשר גיוס אנשי מקצוע, שיפעלו להגשת התובענה הייצוגית וזכייה בה.

137. ראו: Deborah R. Hensler and Mark A. Peterson, "Understanding Mass Personal Injury Litigation: A Socio-Legal Analysis", 59 *Brook. L. Rev.* (1993) 961.

138. ראו: Coffee (לעיל, הערה 18), בעמ' 1355-1358; Jack B. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation* (1995), 132-137.

139. ראו: Cooper (לעיל, הערה 83), בעמ' 224-225. על הבעיות המיוחדות שהתביעה הייצוגית מעוררת בקטגוריה זו ראו גם: Judith Resnik, Dennis E. Curtis and Deborah R. Hensler, "Individuals within the Aggregate: Relationships, Representation and Fees", 71 *N.Y.U. L. Rev.* (1996) 296.

140. *Amchem Products v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).
141. ראו: Mark W. Friedman, "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.* (1990) 745.

כתביעה ייצוגית, שכן בהיעדר אפשרות כזאת יתקשה בית המשפט לדאוג לאינטרסים של החברים האלה, וגם החברים עצמם יתקשו לפעול לשם שמירה על האינטרסים שלהם, ולו על ידי רצונם להיות שותפים פעילים בניהולה של התביעה הייצוגית עצמה.¹⁴² רוצה לומר, כי בקטגוריה זו האפשרות לזהות כל אחד מחברי הקבוצה באופן אישי אמורה לדרבן את בית המשפט עוד יותר באישור ההליך כתביעה ייצוגית.

(ג) נזק משמעותי ליחיד וקבוצה גדולה של יחידים עם נזק דומה – תכלית ההגנה על זכויות האדם

קבוצות של בני אדם מופלות לעתים לרעה בשל שיוך אתני, דתי, לאומי או מגדרי. במדינות הדמוקרטיות עשו שיטות משפט כבדת דרך לתיקון עוולות ההפליה, אך מסתבר כי המלאכה עדיין לא הושלמה. אחד האמצעים החשובים שנועדו לטיפול בעוולות ההפליה היה מכשיר התביעה הייצוגית.¹⁴³ ההנחה הייתה שאדם המופלה לרעה מצד מעבידו או מצד רשויות המדינה חדור תמיד בחששות שמא יזום ההליך המשפטי יגרור התנכלות מצד מעבידו או מצד הרשויות. חשש נוסף בהקשר זה מעוגן במצב הכספי המיוחד של חברי הקבוצה – החלש על פי רוב – שבגללו יתקשו לזום ההליך אישי. במקרים כאלה לתובע הפוטנציאלי יש תמריץ שלילי מבהינת רצונו לזום את ההליך, ובכך הוא דומה לתובע בקטגוריה של נזק קטן ליחיד, אך נזקו הוא רב ומשמעותי – ובכך הוא דומה לתובע בקטגוריה של עוולות המוניות.¹⁴⁴

דרך אחת להתמודד עם מצב זה היא לאפשר לארגוני עובדים או לארגוני זכויות – או לנפגע שמוכן לפעול – לזום הליך של תביעה ייצוגית בעבור הקבוצה המופלית לרעה, ולהביא בכך לתיקון העוולה. הדבר יצוור לחברי הקבוצה לבסס את טענת ההפליה, עניין המהווה כשלעצמו משימה לא קלה, בייחוד כשעובד או אזרח יחיד נאלץ להתמודד עם מעביד פרטי או עם רשות מרשויות המדינה.

שוב ניתן לומר כי בהתחשב בתכלית המיוחדת של התביעה הייצוגית בקטגוריה זו, יש לקבוע תנאי סף מתאימים לצורך אישור התביעה כייצוגית. כך, למשל, וכפי שכבר גרמו, במסגרת קטגוריה זו אין להציב תנאי שלפיו תהיה לתובע יזום ההליך עילת תביעה אישית.¹⁴⁵

142. ראו בייחוד: *Amchem Products v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).

143. בארצות הברית קיימת סברה כי הרפורמה שנעשתה בכלל 23 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים בשנת 1966 באה בעקבות הרצון להגביר את אכיפת החוקים השונים בעניין הזכויות האזרחיות (civil rights), שנחקקו כמה שנים לפני כן. ראו: Hensler (לעיל, הערה 85), בעמ' George Rutherglen, "Title VII Class Actions", 47 *U. Chi. L. Rev.* (1980) 688; 180-179. 144. ראו: Alba Conte and Herbert B. Newberg, *Newberg on Class Actions* (4th ed., 2002), Vol. 8, p. 5.

"Employment class actions are an excellent means to eradicate widespread or institutional-scale discrimination. Employment discrimination is particularly amenable to class treatment. Fears of retaliation, lack of witnesses and the difficulty of obtaining counsel may keep individual employees from bringing viable actions"

145. השוו דב"א ברזני (לעיל, הערה 11), בפסקאות 22, 23 ו-52.

ייתכן שבהקשר זה אפשר להסתפק בכך שהתובע הנציג הוא ארגון זכויות, וחוקה עליו שהוא מייצג נאמנה את האינטרסים של הקבוצה הגידונה.¹⁴⁶ בדומה לזה, במסגרת תביעות ייצוגיות הנכנסות לקטגוריה זו אפשר גם להסתפק במספר קטן יחסית של מעוניינים. כך היה, למשל, בעניין *Tietz v. Bowen*.¹⁴⁷ התביעה עסקה בהפליה של קבוצת עובדים, שעל פי הטענה הופלו לרעה בשל גילם (אולצו לצאת לגמלאות). בית המשפט אישר את התביעה שהגיש אחד מהם נגד משרד ממשלתי אמריקני (!), הגם שקבוצת המעוניינים כולה כללה רק עשרים ושבעה חברים (!!). בית המשפט הסביר:

While the class as redefined will only include about twenty-seven members, the class members are geographically diverse and, as retirees, may not have the means to bring individual suits.¹⁴⁸

ראוי לציין כי בחלק גדול מהתביעות הנמנות על קבוצה זו מבקשים סעד הצהרתי או ציווי המחייב את הנתבע לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה. לפיכך, התמריץ שטמון באפשרות לזכות בסכום פיצויים גדול במיוחד בסוף ההליך אינו רלוונטי תמיד מבחינתן של תביעות ייצוגיות הנמנות על קטגוריה זו. על כן ראוי לשקול כי תהיה השתתפות נדיבה יותר מצד השלטונות בהוצאות ניהולה של התביעה הייצוגית שעניינה בצו הצהרתי או ציווי בהקשר של זכויות אדם.

3. התכלית ונגזרותיה בהקשר של פרשת א.ש.ת.

ראיתי לנכון להרחיב ולפרט על אודות הקטגוריות השונות של התביעות הייצוגיות הואיל והפסיקה, החקיקה ופרקליטות המדינה לא קשרו בצורה הולמת, לדעתי, בין תכליתה של התביעה הייצוגית לבין תנאי הסף הנחוצים לאישורה של תביעה כייצוגית.¹⁴⁹ תחילתה של

146. ראו: *Yeazel* (לעיל, הערה 119), בעמ' 263-262 *Cooper* (לעיל, הערה 83), בעמ' 220; ראו גם דו"ח ועדת המשנה בנושא חינוך ליועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (משרד המשפטים, תשס"ג), 217 (המחבר היה חבר הוועדה). בהקשר זה ניתן גם ללמוד מההתפתחויות שחלו בעניין זכות העמידה בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק; ראו באופן כללי זאב סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה מעודכנת, פפירוס, בית הוצאה אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ד).

147. 695 F. Supp. 441 (N.D. Cal. 1987).

148. שם, בעמ' 446; ראו גם: *Arkansas Education Association v. Board of Education of the Portland, Arkansas School District*, 446 F.2d 763 (8th Cir. 1971). במקרה זה הסתפק בית המשפט בציון העובדה כי מספר המעוניינים הוא למעלה משבעה עשר איש כדי להכשיר את התביעה כתביעה ייצוגית. בית המשפט נימק עמדה זו בכך שאצל חלק מהמעוניינים, שהיו מורים אפרו-אמריקנים שטענו להפלייתם לרעה על רקע השתייכותם האתנית, קיימים חששות שאם ייזמו הליכים משפטיים אינדיווידואליים, יפגע בהם הדבר.

149. אולי כחריג לעניין זה אפשר להזכיר את פסק הדין בעניין בש"א 198/88 מדינת ישראל ג' קרן הופר, פ"ד מב(3) 32, שם נקבע לעניין האגרה המגיעה בגין תובענה ייצוגית כי על

מגמה זו היא בפסק הדין בעניין פרנקישה, והמשכה הוא בדעת הרוב בפרשת א.ש.ת.. רק על ידי יצירת התאמה בין התכלית המיוחדת שמבקשים להשיג במסגרת התביעה הייצוגית לבין תנאי הסף ותנאי הפיקוח שמטילים על ניהולה של התביעה הייצוגית ניתן יהיה לנצל את הפוטנציאל החיובי הרב המונח ביסודו של הליך דיוני זה. חלוקת התביעה הייצוגית לקטגוריות שונות והניסיון לזהות בתוך כל קטגוריה את התכלית המיוחדת לה, יש בה כדי לעזור לנו לזהות במדויק יותר את תנאי הסף לאישורה של התביעה להידון כתביעה ייצוגית. כמו כן, יש בויהוי זה כדי לעזור גם בתנאי הפיקוח המתאימים שבית המשפט צריך להפעיל במסגרת ניהול התביעה, אם תאושר כמוזן כתביעה ייצוגית.

נדמה גם, כי בהקשר של נושא הכללי של פרק זה יש לפסק דין א.ש.ת. השיבות נוספת בהיותו מקרה אחד שבו ניתן לזהות את שלוש הקטגוריות המצדיקות, כל אחת מנימוקיה, הגשת תביעה ייצוגית. כאמור, בין חברי הקבוצה היו כאלה שתבעו את החזרתם של סכומים קטנים שעל פי הטענה נגבו שלא כדין על ידי המדינה. קבוצה זו נמנית עם הקטגוריה הראשונה, שלגביה הצידוק לקיום הליך התביעה הייצוגית הוא הרצון להתגבר על הכשל של העדר תמריץ להגיש תביעה אישית בשל סכומה הנמוך של התביעה האישית. קבוצה שנייה שניתן לזהות היא מעסיקים שנגבו מהם סכומים משמעותיים – זו קבוצה הנמנית על הקטגוריה השנייה. על פי הנטען, הצידוק לקיום הליך התביעה הייצוגית בקטגוריה זו עניינו ברצון לחסוך במשאבי המערכת ובהעצמת כוחם של חברי הקבוצה ביחס לנתבע. קבוצה שלישית של תובעים היו קשישים ואנשים עם מוגבלויות שלא היו מודעים לזכויותיהם וספק אם היו יכולים לממן הליך משפטי אישי. קבוצה זו נמנית עם הקטגוריה השלישית שבה הליך התביעה הייצוגית מיועד כדי לתקן פגיעות בזכויות אדם לאור חוסר היכולת של חברי הקבוצה ליזום הליכים משפטיים ברמה האישית.

הנה כי כן, ניתן היה לזהות בפרשת א.ש.ת. שלוש קבוצות של תובעים שמבחינתה של כל אחת מהן הייתה הצדקה מיוחדת לאשר בעניינה את התביעה שהוגשה כתביעה ייצוגית. אך כאמור הייתה דעת הרוב אחרת. מבחינת הקבוצה עם סכומי התביעה הקטנים סברה השופטת ביניש כי אין התביעה הייצוגית מוצדקת ביחס לקבוצה זו היות שהמדינה הודיעה כי אין היא דורשת עוד ערבויות כספיות ממעסיקים הנמנים על קבוצה זו, וכי היא מוכנה להחזיר את הסכום שתולט לכל מבקש.¹⁵⁰ אולם אם חברי הקבוצה בקבוצה זו נעדרים תמריץ ליזום הליך אישי מחמת סכומה הקטן של תביעתם, ייתכן כי חבריה גם לא יבקשו את החזר הסכומים. שכן הבקשה מצריכה פנייה, הפנייה מצריכה בירור, הבירור מצריך כוח אדם, וכן הלאה; מדוע אפוא שלא ליישב את כל המחלוקת במסגרתה של תובענה אחת שתנוהל מתחילתה עד סופה על ידי התובע הנציג.

התובע-הנציג לשלם את שיעור האגרה המגיע בגין הסכום שהוא תובע לעצמו, ולא את זה המגיע על פי הסכום הנתבע בשם כל קבוצת המעוניינים. זאת, משום שהאגרה בגין תביעות כספיות נקבעת לפי אחוז קבוע מסך כל התביעה – אופציה שאם הייתה מיושמת כלשונה מבחינת התביעה הייצוגית היה בה כדי להרתיע תובעים מהגשת תביעות ייצוגיות; ראו גם רע"א 7633/98 דיסקונט ישראל שוקי הון והשקעות נ' שמש (לא פורסם).
150. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 278.

באשר לקבוצה השנייה של תובעים שסכומי תביעתם משמעותיים, הרי ההנמקה שניתנה על ידי דעת הרוב שוב אינה משכנעת. חברות כוח האדם והמעסיקים הפרטיים אינם מקבלים תמריץ מספיק להשקיע בהליך האישי שהם נדרשים כעת לנהל כמו המדינה, גם אם ניתן להניח כי חברות אלו נהנות ממעמד חזק. המדינה שידועת כי היא עומדת להיות נתבעת על ידי תובעים רבים תהיה מוכנה להשקיע בתיק הבודד מעל ומעבר לסכום שנתבע ממנה. מבחינת ההליך של התובע הבודד שמאחוריו עומדים בתור תובעים פוטנציאליים רבים הוא למעשה הליך של תביעה ייצוגית. לעומתה, התובע הבודד הנאלץ להתמודד עם המדינה אינו יכול להיות מומרץ באותה מידה. השקעתו האפשרית בניהול התביעה תהיה לעולם מוגבלת בתשואה שהוא מצפה לקבל אם תביעתו תצליח, ולא מעבר לזה. לפיכך הנימוק של השופטת בייניש, שממילא המדינה מתכוונת להחיל את ההכרעה שתתקבל אגב ההליך הבודד לגבי כלל הקבוצה, הוא נימוק בלתי צודק מבחינת עקרונות המשפט הדיוני. הכרעה זו תתקבל במסגרתו של הליך שבה למדינה יש יתרון דיוני בולט ביחס למעמדו הדיוני של התובע הבודד.¹⁵¹ ובכלל, ההנמקה שלעיל של השופטת בייניש מניחה כי ההליך הראשון יסתיים בניצחון של התובע, שכן אז תבוא המדינה ותחיל את ההכרעה לגבי כלל חברי הקבוצה מכוח מעמדה הציבורי והתחייבותה המפורשת בפני בית המשפט. אולם מה אם יסתיים ההליך הראשון בניצחונה של המדינה דווקא? אם תמצי לומר כי יהיה בהכרעה זו כדי להשליך על ההכרעות הבאות הרי שוב אין הדבר צודק מאחר שההכרעה התקבלה במסגרת דינונית שבה למדינה היה יתרון דיוני בולט לעומת התובע. מצד אחר, אם תמצי לומר שההכרעה הזאת לא תשליך לגבי ההתדיינות המאוחרות, הרי התובעים הנוספים ינסו כעת, כל אחד בתורו, בכל זאת להצליח, מה שרק יביא לעוד העמסה על המערכת והגברת האפשרות שתינתנה פסיקות סותרות – תופעות שהתביעה הייצוגית ביקשה במפורש למנוע. מבחינתה של הקבוצה השלישית שחבריה הם קשישים ואנשים עם מוגבלויות, אין בפסק הדין של שופטי הרוב התייחסות מיוחדת באשר לדרך שבה יתמודדו חברי קבוצה זו עם העוול הנטען בדבר גביית סכומי ערביות על ידי המדינה שלא כדין. הלוא ניתן להניח שמחמת מצבם הכלכלי של חברי קבוצה זו ובכלל בשל חוסר המודעות שלהם לזכויותיהם, מצב דברים שאובחן במפורש על ידי הערכאה הראשונה בפרשת א.ש.ת.¹⁵² הגשת תביעה אישית על ידי כל אחד מהם אינו דבר אקטואלי מבחינתם. עם זאת כאמור הבליטה השופטת בייניש בפסק דינה את העובדה שכל אלה שנדרשו להפקיד ערביות רשומים במאגרי המידע המנוהלים על ידי המדינה, כך שאין לצפות לבעיה מיוחדת אם תחויב המדינה להחזיר את הערביות שקיבלה. אולם כדי שניתן יהיה להחזיר את הכספים, צריך שקבוצה זו תצליח בטענתה כי המדינה חייבה אותם לתת ערביות שלא כדין. כפי שהובהר לעיל, העמדה הדינונית שחברי קבוצה זו נמצאים בה נחותה מהעמדה הדינונית שבה המדינה נמצאת. מכשיר התביעה הייצוגית היה יכול להעצים את כוחם של חברי קבוצה זו, גם אם מהבחינה המעשית ניתן לאתר כל אחד מהם בנפרד כדי להחזיר לו את הסכומים שנגבו ממנו שלא כדין.

151. לדיון מורחב בהיבט זה של דעת הרוב ראו להלן דיון בפרק ה.

152. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 270-273.

ה. השתקת הנתבע ומוסד התביעה הייצוגית

1. כללי

עניין נוסף שעלה בפרשת א.ש.ת. נוגע בחשיבות שיחסה דעת הרוב להוות הנתבעת באותו מקרה, קרי: המדינה.¹⁵³ כאמור, נטען שקיימים הליכים קונוונציונליים יותר לתקיפת החוקיות של מעשי המדינה – הליכים הפתוחים גם בפני תובעים ציבוריים שלא נגרם להם נזק אישי ישיר, ובראשם עתירה לבג"ץ.¹⁵⁴ מנימוק זה נגזר נימוק אחר שנגע במוכנות העקרונית של המדינה להחיל את ההכרעה המשפטית שתתקבל במסגרת ההליך הראשון גם על יחידים שלא היו צד להליך שבו התקבלה ההכרעה, מוכנות שהצהירה עליה המדינה בפרשת א.ש.ת.¹⁵⁵ שופטי המיצוט הדפו נימוק זה באמצעות טיעונים מספר המדגישים את מעמדה השווה של המדינה לבעלי הדין האחרים וכן את העובדה שההליך המינהלי אינו מתאים תמיד לבידור מסכת עובדתית מורכבת כפי שהדבר דרוש לעתים קרובות במסגרת הליך התובענה הייצוגית.¹⁵⁶ בהקשר זה אף ניתן היה להמשיך ולטעון כי אם ממילא המדינה מתכוונת לחייב את עצמה כלפי כל קבוצת המעוניינים, מדוע לא תחויב כך במסגרת התביעה הייצוגית; מדוע ליצור גישת איפה ואיפה בעניין זה בין המדינה לבין בעלי דין אחרים; ובכלל במסגרת המשפט המינהלי הישראלי הסתמנה גישה די ברורה שביקשה למעט בשימוש בהליך המינהלי מקום שהשגת התרופה באותו מקרה אפשרית באמצעות הליך אורחי רגיל.¹⁵⁷ אולם הנקודה שאני מבקש להדגיש בעניין זה אינה נוגעת במשמעות העקרונית-הציבורית של טענת המדינה אלא במשמעותה הדיונית ובהשלכותיה על מוסד התביעה הייצוגית בכלל. בפרק זה אבקש לטעון כי משום שההכרעה בהליך של תובע יחיד עשויה לחייב פרטים שאינם צדדים ישירים להליך, ראוי לשקול בחיוב דווקא את האפשרות להפוך תביעה המוגשת בשמו של תובע יחיד להליך של תביעה ייצוגית. אציג טיעון זה בשני שלבים. בשלב הראשון אצביע על ההתפתחות שחלה בעקרון השתק הפלוגתא: על פי התפתחות זו, בעל דין שהפסיד במשפט הראשון עלול למצוא את עצמו מושתק במשפט השני גם אם הוא מתדיין בו עם בעל דין חדש. בהקשר זה התפתח כלל שניתן לכנות בשם "כלל ההזדמנות", שעניינו בהזדמנות שקיבל בעל דין להציג את טענותיו ואת ראיותיו לגבי פלוגתא פלונית במשפט הראשון. אם הייתה זו הזדמנות ראויה והפלוגתא הוכרעה לחובתו, כי אז יחזק בעל הדין כמי שכבול בהכרעה גם במשפטים מאוחרים, בין מול בעלי הדין המקוריים או חליפיהם ובין מול בעלי דין חדשים לגמרי. לפי זה, בבוא העת אפשר להחזיק את המדינה כחייבת בתוצאות ההכרעה שטיפול בעניין חוקיות הערבויות והסכומים שגבתה מכוח עקרונות השתק הפלוגתא ולא

153. שם, בעמ' 272-274.

154. שם, בעמ' 272. בהקשר זה השופטת בייניש מדגישה באופן מיוחד את הרחבת זכות העמידה בפני מי שמכונה "תובע ציבורי" מה שמאפשר לגופים שונים לעתור בפני בג"ץ בעניינים הקשורים להפליה ולפגיעה בזכויות אדם.

155. שם, בעמ' 277.

156. שם, בעמ' 254-255 (השופטת שטרסברג-כהן), בעמ' 288 (הנשיא ברק).

157. ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, נבו, תשנ"ו), 450-451.

רק מכוח מעמדה ורצונה הטוב.¹⁵⁸ חשוב מכך, אם רציונל זה נכון, הרי יכול שתתייחר התביעה הייצוגית בחלק גדול מהמקרים שבהם התביעה מוגשת מכוח פרקי החוק השונים נגד גופים פרטיים. זאת משום שגם גופים אלו יכולים לבוא ולטעון כי בשל כלל ההודמנות שלעיל קיימת סבירות גבוהה שאם יוכרע בפלוגתאות שבמשפט הראשון לחובתם יש בדבר כדי לחייבם כלפי שאר יחיד הקבוצה, מה שצריך לייתר את הצורך באישור התביעה שבהליך הראשון כתביעה ייצוגית.¹⁵⁹ מצב דברים זה יש בו כמובן כדי לסכן את מוסד התביעות הייצוגיות בישראל בכלל, שהרי השתק הפלוגתא פועל בכל תחומי המשפט הפרטי, ורוב המחלוקות שבגינן מוגשות תביעות ייצוגיות הן עובדתיות בעיקרן¹⁶⁰ – כור מחצבתו של עקרון השתק הפלוגתא.¹⁶¹ אולם התפתחות זו בעקרונות של השתק הפלוגתא מעוררת כמה בעיות, ולדעתי, ניתן לפתור חלק גדול מהן באמצעות מוסד התביעה הייצוגית. על כן אבקש לגזור מדיון זה כי עצם הדבר שאדם עלול להתחייב במשפט הראשון גם כלפי צדדים שלישיים אינו צריך למנוע את הפיכתו של ההליך האינדיווידואלי הראשון לתביעה ייצוגית; ההפך הוא הנכון. קיומו של כלל ההודמנות האמור מצביע דווקא בזכות קיומו של הליך התביעה הייצוגית. בשלב השני של דיון זה אבקש להראות כי באמצעות הפיכת ההליך הראשון להליך של תביעה ייצוגית ניתן לזתגבר לא רק על המכשולים שכלל ההודמנות יוצר אלא גם לקדם כמה אינטרסים חיוניים במקרים שאזרח יחיד מבקש להתדיין עם גוף חזק כמו המדינה או חברה גדולה. במקרים כאלה השארת ההליך של האזרח כהליך אינדיווידואלי מפחיתה מכוחו הדיוני של התובע היחיד בעוד הליך התביעה הייצוגית מעצים את כוחו ומאזן את מערך הכוחות בין הצדדים.

158. ראו בייחוד: John Kelly and David Rothenberg, "The Use of Collateral Estoppel by a Private Party in Suits Against Public Agency Defendants", 13 *Mich. J. L. Rev.* (1980) 303. במאמר זה המחברים מבקשים להסב את תשומת הלב של בתי המשפט בארצות הברית לכך שהשתק הפלוגתא כפי שהתפתח יכול להיות מכשיר דיוני יעיל להשתקת רשויות השלטות שעה שיבקשו לחמוק מקביעות קודמות על בסיס הטענה שמי שמבקש ליהנות מהקביעה הקודמת לא היה צד להתדיינות שבה נעשתה הקביעה. המחברים מראים כי ניסיון של רשויות להשתחרר מקביעות קודמות אינו דבר בלתי שגרתי, ואף טוענים כי מכשיר התביעה הייצוגית הוא יעיל פחות בהקשר זה מטענת השתק הפלוגתא. כפי שיתבהר מהמשך הדיון בפרק זה מטקנה אחרונה זו אינה מקובלת עליי.

159. מובן שטעון זה הוא רלוונטי רק לגבי קטגוריות (2) ו-(3) שהוצגו בפרק הקודם: אם הנזק ברמת היחיד הוא פעוט – וזה המקרה של קטגוריה (1) – כי או אין צפוי שתוגש תביעה אינדיווידואלית כלשהי, וממילא תיחסך ההתלבטות בדבר תוקפה המחייב של ההחלטה בעניינו של המשפט הראשון ביחס לתביעות שהתגבשו לאחר מכן.

160. גולדשטיין (לעיל, הערה 8), בעמ' 417.

161. יש שהשתק הפלוגתא חל גם על מסקנות משפטיות ולא רק על קביעות עובדתיות, ראו ע"א 53/74 בריסטול מאיירס קומפני נ' ביצ"ים גרופ למיטר, פ"ד כ"ס(1) 372.

2. השתק הפלוגתא על פי כלל ההזדמנות

כלל ההזדמנות לצורך הפעלתו של השתק הפלוגתא הוא כלל חדש יחסית. בתקופה שקדמה לקבלתו של כלל זה, לא יכול היה בעל דין להשתמש בממצא שנקבע במשפט מסוים אלא אם היה "צד" באותו משפט, בין מכוח העובדה הפשוטה שהוא אכן היה צד ובין מכוח עקרונות הקרבה המשפטית (privity).¹⁶² כדי לצייר את הדברים במוחש, נתאר מקרה שבו נטלו אנשים תרופה מסוימת ובדיעבד התברר שהיו לתרופה תופעות לוואי שהותירו במשתמשים נכות צמיתה. אחד המשתמשים הגיש תביעה אישית נגד יצרן התרופה והצלח להוכיח כי פגם שנפל בייצור התרופה גרם לתופעות הלוואי שהביאו לנכות הצמיתה. כעת, משתמש שני – שגם הוא ניזוק מהשימוש בתרופה – מגיש תביעה אישית: כלום היצרן מושתק בתביעה של המשתמש השני בעניין הפגם שנפל בתרופה? העקרונות המסורתיים של השתק הפלוגתא השיבו על שאלה זו בשלילה, כי אין זהות בין התובע בהליך הראשון לתובע בהליך השני, ואין הם נחשבים לבעלי קרבה משפטית.¹⁶³ כלל נוסף שהופעל על מנת להצדיק תוצאה זו היה כלל ההדדיות (mutuality). על פי כלל זה, לא ראוי שצד יהיה רשאי לעשות שימוש בממצאים שנקבעו במשפט הראשון אלא אם ניתן לעשות שימוש בממצאים האלה גם נגדו, כמובן, אם תוכן הקביעה במשפט מאפשרת זאת.¹⁶⁴ אם נחזור לדוגמה לעיל, התובע השני אינו יכול ליהנות מממצאי המשפט הראשון משום שאם היו הממצאים הפוכים, כלומר אם היה נקבע במשפט הראשון שהתרופה הייתה תקינה, לא היה בכך כדי למנוע אותו מלטעון כי התרופה הייתה בכל זאת פגומה. ברור אפוא שההדדיות יכולה להתקיים רק כשיש זהות מלאה (לרבות מתוקף עקרונות הקרבה המשפטית) בין הצדדים למשפט הראשון לבין אלה של המשפט השני. אם אחד מבעלי הדין בין שני המשפטים התחלף בבעל דין אחר, הממצאים של המשפט הראשון אינם יכולים לפעול עוד לטובתו של בעל דין זה הואיל ואין הוא יכול להיות מחויב בהם אם היו פועלים לחובתו.

162. ראו דורון מנשה, "הערך שבשימור תנאי ההדדיות בדוקטרינת השתק פלוגתא", עיוני משפט כג (תש"ס) 343, בעמ' 344.

163. קרבה משפטית בין בעלי דין שונים נוצרת כאשר מתקיימת בין בעלי הדין האלה מערכת יחסים מוגדרת שאינה קשורה להתדיינות המשפטית. דוגמה לכך הוא המקרה שבו צד א מעביר את הזכויות שלו בנכס לצד ב. במצב דברים זה מונח כי צד ב יהיה קשור בתוצאות ההתדיינות שניהל במונח א עם ג על הנכס. בדומה לכך, שלית המנהל התדיינות מטעם השולח, אזי גם אם השולח לא היה צד ישיר להתדיינות, הוא יהיה קשור בתוצאות המשפט שניהל השליח מטעמו. ראו מיכאל בן-יאיר, "הרחבת תחולתו של מעשה בית דין על מי שלא היה צד להליך קודם", ספר יצחק כהן (מ' אלון, מ' בן זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ ומ' לנדוי – עורכים, תשמ"ט).

164. לדיון ברעיון ההדדיות ראו נינה זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי (ורמות, אוניברסיטת ת"א, תשנ"א), 525 ואילך; *Blonder-Tongue Laboratories, Inc. v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 329 (1971). כלל ההדדיות קיבל ביטוי מפורש בריסטיטמנט הראשון על פסקי דין שמשנת 1942 בסעיף 93 היכן שנקבע: "[A] person who is not a party... is not bound by or entitled to claim the benefits of an adjudication"

ברם תמורות שחלו בפסיקה ביקשו לצמצם את כלל ההדדיות. כעיקרון נשאל מדוע המערכת צריכה לשאת בעול ההתדיינות החוזרת באותה פלוגתא אם כבר הוקדש לה משפט אחר, מה עוד שמשפט שני באותו עניין עלול להוליד פסיקות סותרות באותה פלוגתא ממש, מה שלא יוסיף כבוד למערכת המשפט.¹⁶⁶ לפיכך הלך והתגבש כלל ההודמנות שהורה כי אם הצד שעליו מבקשים להחיל השתק הפלוגתא קיבל במשפט קודם הודמנות מלאה להציג את טענותיו בעניין של הפלוגתא, וההכרעה נפלה לחובתו, אזי יש בהשתק כרי לפעול גם לטובת צד שלא היה צד להתדיינות הראשונה.¹⁶⁷ כלל זה ביקש אפוא לאזן בין הצורך לתת לבעל דין להציג את טענותיו בטרם יחויב בדיון¹⁶⁸ לבין האינטרס לחסוך במשאבים ולמנוע פסיקות סותרות.¹⁶⁹ העובדה שבמשפט השני מעורב בעל דין שלא היה צד במשפט הראשון, ומשום כך אינו יכול להיות מחויב בממצאי המשפט הראשון אם אלה פועלים לרעתו, אינה משנה כהוא זה לעצם העניין. השאלה היחידה היא אם לצד שאנו מבקשים לחייב בתוצאות המשפט הראשון ניתנה שם הודמנות להוכיח את טענותיו.¹⁷⁰

165. ראו: Restatement (Second) Judgments (1980) § 29, Comment b.

166. ראו: Allan D. Vestal, "Res Judicata/Preclusion by Judgments: The Law Applied in Federal Courts", 66 *Mich. L. Rev.* (1968) 1723, שם הובהר שאחת המטרות הכלליות של העיקרון בדבר מעשה בית דין הוא –

"To preserve the prestige of the courts by avoiding inconsistent judgments; having the same issue decided in different ways can only undermine the general public's esteem for the legal system"

167. ראו ולצמן (לעיל, הערה 164), בעמ' 527; Restatement (Second) Judgments (1980) § 29; לביקורת על מהלך זה ראו דיון אצל מנשה (לעיל, הערה 162).

168. ראו: Hazard (לעיל, הערה 8), בעמ' 1861; "it is a first principle of justice that a person have notice and an opportunity to be heard in the determination of her rights"

169. ראו: Michael D. Green, "The Inability of Offensive Collateral Estoppel to Fulfill its Promise: An Examination of Estoppel in Asbestos Litigation", 70 *Iowa L. Rev.* (1984) 141, p. 150; מעניין לציין כי בטרם אומץ כלל ההודמנות באופן סופי, הייתה קיימת מגמה לצמצום כלל הדדיות על ידי הרחבת מעגל בעלי הדין הנחשבים לבעלי "קרבה משפטית"

ראו: Restatement (Second) Judgments (1980) § 29, Reporters Note. 170. לפיכך אם ההודמנות שקיבל בעל הדין במסגרת ההתדיינות הראשונה לא הייתה הודמנות נאותה, הוא לא ישתק במסגרת ההתדיינות השנייה שעה שהוא מתדיין עם בעל הדין החדש. ראו רע"א 10288/02 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' פרחאח, פ"ד נו(3) 678. שם לא הוחל כלל ההודמנות משום שלצד שנגדו ביקשו להפעילו לא ניתנה הודמנות במשפט הראשון להציג את טענותיו כלל; ראו גם, ע"א (חי') 4826/97 גראיסי נ' ברבארה (לא פורסם) (חוות דעתו של הנשיא קליינברג).

כמו כן יש להדגיש שכלל ההודמנות יכול לפעול כדי להשתיק מי שהיה צד לדיון הקודם רק אם מתקיימים שאר התנאים של עקרון השתק הפלוגתא, כגון זהות בין הפלוגתאות, הכרעה פוזיטיבית בפלוגתא במשפט הראשון ועוד. ראו: *De Costa v. Viacom Intern, Inc.*, 981 F.2d 602, 605 (1st Cir. 1992).

כלל ההודמנות נתקבל תחילה במשפט האמריקני.¹⁷¹ אחד מפסקי הדין המרכזיים שנתנו ביטוי לכלל היה פסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין *Parklane Hosiery Co. v. Shore*,¹⁷² במשפט הראשון תבעה הרשות האמריקנית לניירות ערך (SEC) את חברת *Parklane* ועוד שלושה עשר אנשים נוספים שהיו ממנהליה ובעלי מניותיה בטענה שהחברה ציינה פרטים לא נכונים במסמכים שהייתה צריכה להגיש לרשות אגב הליך של מיזוג. במסגרת המשפט השני הגיש אחד מבעלי המניות תביעה ייצוגית לתשלום פיצויים על בסיס קיומו של המסמך המוטעה. בית המשפט העליון בארצות הברית קבע כי התובע

171. התווה הראשונה לכיוון עקרון ההודמנות במשפט האמריקני, עסקה במקרים המניחים את קיומה של אחריות שילווחית. נניח לצורך הדיון שהניזוק מגיש תביעת נזיקין נגד העובד. הניזוק-התובע מפסיד תוך קביעה שלא הייתה רשלנות כלפיו מצד העובד. לאחר מכן הניזוק מגיש תביעה נגד המעביד על בסיס אותה תזה של רשלנות. האם המעביד יכול לטעון להגנתו כי קיים השתק פלוגתא (שאין מעשה רשלנות) כנגד הניזוק? אם היינו צריכים להחיל את כלל ההדדיות, הייתה מתקבלת תשובה שלילית, שכן אם הניזוק היה מצליח בתביעתו הראשונה נגד העובד כי אז לא היה בדבר כדי לחייב את המעביד. לפיכך אם תוצאות המשפט הראשון היו לרעת הניזוק, המעביד אינו צריך ליהנות מתוצאות אלו. אף על פי כן נקבע שבמקרה זה המעביד יכול להסתמך על ממצאי המשפט הראשון שבין הניזוק לעובד כדי להתגונן בטענת השתק פלוגתא במסגרת המשפט השני. ראו: Robert C. Casad and Kevin M. Clermont, *Res Judicata* (2001), 170-171. ההיגיון שעמד תחילה מאחורי סטייה זו מכלל ההדדיות היה נעוץ במניעת אנומליה מדיני החיובים ולא בסיבות של פרוצדורה נכונה, אם לא יושק הניזוק גם נגד המעביד בתביעה השנייה, ויתאפשר לו להוכיח את תזת הרשלנות נגדו, אזי מבחינה משפטית, אם ימצא המעביד חייב כלפי הניזוק, הוא יכול לחזור בתביעת שיפוי נגד העובד. אולם בהתדיינות הראשונה נמצא כי העובד פטור מרשלנות. לפיכך אם ייקבע במשפט השיפוי שהעובד צריך לשפות את המעביד, יפגום הדבר בתוצאות של החלטת הפטור, ואם ימצא כי אינו חייב לשפותו, כי אז ימצא המעביד את עצמו בתביעת השיפוי כמי שנפגע מתוצאותיו של המשפט, אף על פי שלא היה לו יומו בבית המשפט; ראו שם. לפיכך הפתרון הראוי במקרים כאלה הוא לקבוע שהמעביד שנתבע על ידי הניזוק זכאי ליהנות מהקביעה של חוסר הרשלנות שהייתה במשפט הראשון עם העובד; שם, בעמ' 171. ראו: Casad & Clermont (לעיל, הערה 171), בעמ' 171 *v. Emery*, 9 N.E.2d 758 (N.Y. 1937); Restatement of Judgments (1942) § 96(1)(b) צעד נוסף בכיוון החריגה מכלל ההדדיות נעשה במקרה שבו הייתה אחריותו של נתבע אחד תלויה באחריותו של אדם אחר. נניח שבמשפט הראשון תבע א את ב בגין הפרת חוזה, אך בית המשפט דחה את התביעה בנימוק שב לא הפר את החוזה. אחר כך הגיש א תביעה נגד ג בעילה של גרם הפרת חוזה שאינו אלא החוזה מושא המשפט הראשון. הדעה הרווחת היא שאינה מושתק מלטעון בתביעתו נגד ג את דבר הפרת החוזה משום שניתנה לו הודמנות להוכיח את טענותיו בעניין הפרת החוזה, ואף על פי שאם במשפט הראשון היה נקבע כי אכן הופר החוזה על ידי ב לא היה הדבר מחייב את ג. ראו: Casad & Clermont (לעיל, הערה 171), בעמ' 171 מפנה לפסק הדין בעניין: *Israel v. Wood Dolson Co.*, 134 N.E.2d 97 (N.Y. 1956).

172. למעשה שהתווה לעבר כלל ההודמנות בפסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית הסתמנה כמה שנים קודם לכן בפסק הדין בעניין *Blonder-Tongue Laboratories v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313 (1971) (להלן: פרשת *Parklane*).

הייצוגי יכול להתבסס על הממצא של המשפט הראשון בדבר הפרטים המוטעים כהשתק פלוגתא, חרף חוסר ההדדיות. זאת משום שאם הייתה ה-SEC נכשלת במשפט הראשון לא היה הדבר מחייב את בעלי המניות לטעון כי הפרטים שמסרה החברה באותם מסמכים היו אכן מוטעים.¹⁷³ דעת הרוב בפסק הדין אפשרה לה שימוש בממצאי המשפט הראשון לצורך התביעה הייצוגית שהגישו בעלי המניות כאמור.¹⁷⁴

חשיבותו העקרונית של פסק דין *Parklane* מתבטאת בנכונותו ללכת עד הסוף עם כלל ההודמנות, תוך אישור שימוש התקפי בו,¹⁷⁵ צעד שבית המשפט היה מודע לו היטב.¹⁷⁶ עד פסק דין זה היה מקובל שהשימוש העיקרי בכלל ההודמנות הוא הגנתי,¹⁷⁷ כלומר: אדם שהיה זר להתדיינות הראשונה מבקש להתגונן באמצעות השתק הפלוגתא שעה שהוא נתבע על ידי מי שהיה צד בהתדיינות הראשונה, והממצא מושא השתק הפלוגתא נקבע לחובתו של תובע זה.¹⁷⁸ אולם בעניין *Parklane* הצד שביקשו להשתיק מכוח כלל ההודמנות היה הנתבע בהליך הראשון, והממצאים שנקבעו לחובתו במשפט הראשון שימשו את התובע במשפט השני במעשה תקיפה נוסף, קרי: התביעה שהגיש במשפט השני.¹⁷⁹ לפני פסק דין *Parklane* הסברה הרווחת הייתה שאין זה ראוי להרחיב את השימוש בכלל ההודמנות עד כדי שימוש התקפי.¹⁸⁰ הסיבה העיקרית לכך נעוצה בכך שלעומת התובע, הנתבע אינו שולט בבחירת הזירה ובעיתוי לפתיחה בהליכים, ולפיכך אין זה סביר לקבוע שתובע ונתבע

173. ראו: Casad & Clermont (לעיל, הערה 171), בעמ' 176.

174. פרשת *Parklane* (לעיל, הערה 172), בעמ' 331-333. דעת המיעוט בפסק הדין הלינה בעיקר על כך ששימוש כזה בעקרון של השתק פלוגתא מונע מהנתבעת ליהנות מזכותה החוקתית לקיום משפט בפני חבר מושבעים. זאת, משום שבמשפט השני יוצגו ממצאי המשפט הראשון מכוח עקרון השתק הפלוגתא, דבר שמיתר את קיום המשפט השני בפני חבר המושבעים. שם, בעמ' 337-356 (השופט Rehnquist).

175. Restatement (Second) Judgments (1980), Comment d. על ההבחנה בין שימוש התקפי (offensive collateral estoppel) לשימוש הגנתי (defensive collateral estoppel) בכלל ההודמנות ראו ולצמן (לעיל, הערה 164), בעמ' 546; Lawrence C. George, "Sweet Uses of Adversity: *Parklane Hosiery and Collateral Class Action*", 32 *Stan. L. Rev.* (1980) 655; Comment, "Offensive Collateral Estoppel in Asbestos Litigation: *Hardy v. Johns-Manville Sales Corp.*", 15 *Conn. L. Rev.* (1983) 247; Note, "The Impacts of Defensive and Offensive Assertion of Collateral Estoppel by a Nonparty", 35 *Geo. Wash. L. Rev.* (1967) 1010.

176. פרשת *Parklane* (לעיל, הערה 172), בעמ' 329.

177. ראו: 403 U.S. 313 *Blonder-Tongue Laboratories v. University of Illinois Foundation*, 122 P.2d (1971); *Bernhard v. Bank of America National Trust & Savings Association*, 892 (Cal. 1942).

178. ראו: 22-23 *Warren Freedman, Res Judicata and Collateral Estoppel* (1988).

179. ראו ולצמן (לעיל, הערה 164), בעמ' 539.

180. ראו: 360 P.2d 360 (Ariz. 1977) *Standage Ventures, Inc. v. State*. ראו גם: Green (לעיל, הערה 169), בעמ' 150-151.

צריכים להיות מחויבים להבא באותה מידה בתוצאות ההליך אם אלה היו לחובתם. בעקבות פסק דין *Parklane* הלכה ונתגבשה הסברה שלצורכי כלל ההודמנות אין הבדל מהותי בין שימוש הגנתי לשימוש התקפי.¹⁸¹ כדי לאזן בכל זאת בין האינטרסים השונים נקבע כי הפעלת כלל ההודמנות תלויה תמיד בשיקול דעתו של בית המשפט.¹⁸² אשר לישראל, ההתפתחות הראשונה של עקרון ההודמנות הייתה בפסק הדין מדינת ישראל נ' הירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ.¹⁸³ מדינת ישראל פרסמה מכרו להספקה, להובלה ולפריקה של תערובות אספלט לצורכי סלילת כביש מסוים בחצי האי סיני. אחד ממרכיבי התערובת היה חומר הקרוי "ביטומן". חירם וחברה אחרת זכו במכרו. בחווים שכרתה המדינה עם שתי הזוכות נקבעה שיטה לחישוב מחירה של תערובת האספלט לפי מדד הביטומן. חירם הגישה למדינה חשבונות שבהם הצמידה למדד רק את חומר הביטומן שבתערובת האספלט שסיפקה, וקיבלה את הכסף המגיע לה. החברה האחרת סברה שעל פי החוזה שנחתם עם המדינה כל תערובת האספלט צריכה להיות מוצמדת למדד הביטומן. הואיל והמדינה לא הייתה מוכנה להצמידה כללית כזאת פתחה החברה האחרת כהליכים נגד המדינה. ההתדיינות בין החברה האחרת לבין המדינה הגיעה עד לבית המשפט העליון, שקבע כי פרשנותה של החברה האחרת לסעיף המדד שבחוזה היא הפרשנות הנכונה. בשלב זה ביקשה חירם לפעול כדי לקבל את הפרש התמורה החוזית המגיע לה בין הסכומים שקיבלה בפועל לבין הסכומים שהייתה מקבלת אילו הייתה מצמידה את כל מחירי התערובת למדד הביטומן. תחילה הגישה חירם המרצת פתיחה, ובה ביקשה פסק דין הצהרתי שיקבע כי ההתייקרויות לפי מדד מחירי הביטומן יחולו על כל מרכיבי תערובת האספלט, וכי המדינה צריכה לערוך את החשבון שלה מחדש לפי נתון זה. בית המשפט נתן פסק דין כמבוקש.

181. Green (לעיל, הערה 169), בעמ' 152; ובפועל היו מקרים מספר שבהם אושר שימוש התקפי בכלל ההודמנות, ראו: *Rye v. U.S. Steel Mining Co., Inc.*, 856 F. Supp. 274 (E.D.Va. 1994); *Wetzel v. Arizona State Real Estate Dept.* 727 P.2d 825 (Ariz. App. 1986); *McLendon v. Continental Group Inc.*, 660 F. Supp. 1556 (D.N.J. 1987); *Raiford, II v. Abney*, 695 F.2d 521 (11th Cir. 1983); *Williams v. Bennet*, 689 F.2d 1370, 1382 (11th Cir. 1982); *Kaufman v. Eli Lilly & Co.*, 455 N.Y.S.2d 329 (Sup. Ct. 1982); *Ezagui v. Dow Chem. Corp.*, 598 F.2d 727, 732-33 (2d Cir. 1979). מעניין לציין בהקשר זה כי מלומדים שציידו תחילה רק בשימוש הגנתי נראו כמי שחזרו בהם מאחר שקשה – לפחות מבחינת כלל ההודמנות – להבחין בין שימוש הגנתי לשימוש התקפי; השוו בין: Brainard Currie, "Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of Bernhard Doctrine", 9 *Stan. L. Rev.* (1957) 281, p. 308, לבין: Brainard Currie, "Civil Procedure: The Tempest Brews", 53 *Calif. L. Rev.* (1965) 25, pp. 28-29.

182. במסגרת שיקול דעת זה בית המשפט בוחן אם אכן ניתנה הודמנות נאותה לצד שכנגדו טוענים להשתק פלוגתא, ולא מן הנמנע שכאשר השימוש שמבקשים לעשות בכלל ההודמנות הוא שימוש התקפי, תהיה בחינתה של ההודמנות שניתנה קפדנית יותר. שיקול רלוונטי נוסף בעניין זה הוא אם התובע יכול היה להצטרף להליך הראשון אך נמנע מלעשות כן. ראו:

Parklane (לעיל, הערה 172), בעמ' 329-331.

183. ע"א 450/82, פ"ד מ(1) 658 (להלן: ע"א חירם).

בעקבות קבלת הצהרה זו הוגשה תובענה בסדר דין מקוצר לתשלום ההפרש המגיע לה על פי החוזה. גם תביעה זו נתקבלה. המדינה הגישה ערעור על שתי ההחלטות לבית המשפט העליון, והדיון בהן אוחז. תורת הדעת של שופטי בית המשפט העליון הקשורה לענייננו היא זו של השופטת בן-פורת. לדעתה, הפלוגתא שנפסקה בין החברה האחרת לבין המדינה באשר לאופן פרשנות החוזה צריכה להיחשב כהשתק פלוגתא גם לגבי המחלוקת שבין המדינה לבין חירם.¹⁸⁴ לדידה, הכלל המסורתי – המחייב זהות בין הצדדים למשפט הראשון לבין הצדדים למשפט השני כדי להחיל את עקרון השתק הפלוגתא במסגרת ההתדיינות השנייה – איננו בבחינת כלל בל יעבור.¹⁸⁵ בעניין זה למעשה אימצה השופטת בן-פורת את ההתפתחות שחלה במשפט האמריקני.¹⁸⁶ לפיכך, היות ששאלת הפרשנות הראויה של סעיף ההצמדה הוכרעה כבר בהתדיינות עם החברה האחרת, הדבר צריך היה להיחשב כהשתק פלוגתא גם בהתדיינות עם חירם.¹⁸⁷ אף שההתייחסות של השופטת בן-פורת לפסיקה האמריקנית הייתה מפורשת, תוך גילוי עמדה אוהדת לכלל ההודמנות בהפעלת השתק הפלוגתא, דבריה היו בבחינת אמרות אגב. שני השופטים האחרים שישבו עמה לדין, השופט גולדברג והשופט אלון, מצאו דרך אחרת לביסוס חיוביה של המדינה לשלם את ההפרש שתבעה ממנה חירם,¹⁸⁸ וגם השופטת בן-פורת עצמה הבהירה כי שאלת ההיזקקות להלכות האמריקניות בעניין כלל ההודמנות אפשר "להשאירה הפעם פתוחה".¹⁸⁹

ההתפתחות הרצינית ביותר לעבר כלל ההודמנות בפסיקה הישראלית הייתה בפסק הדין בעניין פיכטנבאויס נ' רשם המקרקעין.¹⁹⁰ פיכטנבאויס ואשתו היו החוכרים לדורות בחלקת מקרקעין שבבעלות מינהל מקרקעי ישראל ("המינהל"). בשנת 1950 עזב פיכטנבאויס את ישראל ושב אליה רק ב-1974. מסתבר, שבין לבין העבירה אשתו של פיכטנבאויס את זכויות החכירה שלה ושל בעלה בדירה לבני הזוג דב. עם חזרתו ארצה טען פיכטנבאויס כי אשתו פעלה ללא הרשאה ממנו, ולפיכך, עד כמה שזה נוגע בו, הוא עדיין בעל זכויות החכירה בדירה בחלקים שהיו לו ערב העסקה שביצעה אשתו. בתביעה שהגיש פיכטנבאויס נגד בני הזוג דב ונגד רשם המקרקעין הוא ביקש הצהרה בדבר זכויותיו המקוריות, ביטול רישום ההעברה אצל הרשם, פינוי בני הזוג דב וחיובם בתשלום שכר דירה ראוי. תביעתו זו של פיכטנבאויס, שנתבררה בשנת 1976, נדחתה על בסיס הקביעה כי העברת זכויות החכירה של פיכטנבאויס, כפי שנעשתה על ידי אשתו, הייתה כדין. כעשר שנים לאחר מכן, בשנת 1986, שב פיכטנבאויס והגיש תביעה נוספת, הפעם נגד רשם המקרקעין ונגד המינהל.

184. שם, בעמ' 669.

185. שם.

186. שם, בעמ' 669-670.

187. שם, בעמ' 670.

188. הנימוק נשען בעיקרו על כך שבא כוחה של המדינה הסכים בדיונים שהתקיימו בערכאה הראשונה לפירוש שניתן בהתדיינות הקודמת עם החברה האחרת. שם, בעמ' 665.

189. שם, עמ' 671-672. לעמדה דומה לזו של השופטת בן-פורת ראו: *Montana v. United States*, 440 U.S. 147 (1979).

190. ע"א 258/88, פ"ד מד(2) 576.

בתביעה זו טען פייכטנבאויים כי נעשתה קנוניה בין הקונים (בני הזוג דב) לבין רשם המקרקעין והמינהל, שעיקרה היה העברת זכויותיו מבלי לקבל את כל המסמכים הדרושים. עוד טען פייכטנבאויים כי פקידי הנתבעים התרשלו בכך שלא דאגו לקבלת המסמכים הנחוצים לשם העברת זכויות ההכירה שלו. הפעם ביקש פייכטנבאויים לקבל פיצויים. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה על בסיס העיקרון של השתק הפלוגתא, שכן השאלה אם העברת זכויותיו של פייכטנבאויים נעשתה כדין אם לאו כבר הוכרעה בפסק הדין הראשון – ולפיכך פייכטנבאויים מושתק מהעלאת טיעון זה בשנית.

פסק הדין בערעור שהוגש לבית המשפט העליון ניתן על ידי השופט כך, שפתח את פסק דינו בציון התנאים המסודתיים להיווצרותו של השתק פלוגתא: "א) הפלוגתא העולה בדיון הוכרעה כבר בדיון קודם; (ב) הפלוגתא הוכרעה לגופו של עניין; (ג) בעלי הדין בשתי התביעות הינם זהים".¹⁹¹ שני התנאים הראשונים במקרה של פייכטנבאויים לא העמידו בעיה מיוחדת, שכן מוקד המשפט הראשון היה בשאלה אם העברת הזכויות של פייכטנבאויים הייתה כדין – דבר שהוכרע בקביעה המפורשת שאכן כך הייתה; לעניין זה הבהיר השופט כך כי אין זה משנה מהי עילת התביעה הפורמלית של פייכטנבאויים ברשלנות – תרמית או ביצוע רישום שלא כדין.¹⁹² הספק האמתי בפסק הדין נגע בתנאי השלישי – לפחות עד כמה שהתביעה נגעה במינהל, שכן בעל דין זה לא היה צד להתדיינות הראשונה. אפשרות אחת שעלתה לדיון ויכולה הייתה להכריע את הכף לטובת המינהל הייתה הטענה כי רשם המקרקעין (שהיה צד גם להליך הראשון) והמינהל חד המה, הרי שניהם זרוע של מדינת ישראל.¹⁹³ השופט כך בחר שלא להכריע על פי טענה זו הואיל ולדעתו, ניתן לבסס את טענת השתק הפלוגתא כנגד פייכטנבאויים על פי טיעון אחר. השופט כך הסביר:

הרשימה של זהות הצדדים לצורך יצירת "השתק פלוגתא" נועדה לתת הודמנות לכל בעל דין לומר את דברו לפני בית המשפט, ומצד שני לוודא, שמי ש'היה לו יומיו בבית המשפט לא ישמיע דברו בשנייה, למען יהיה סוף לריב ולדיונים.¹⁹⁴

לפיכך, העניין המרכזי בבירורה של השאלה אם צד מסוים צריך להיות כבול בממצא קודם מכוח העיקרון של השתק פלוגתא הוא אם ניתנה לצד זה הודמנות ראויה להציג את טענותיו בקשר לפלוגתא. אם כן, יחול עליו ההשתק ללא קשר ישיר לשאלה אם מי שמבקש להסתייע בטענת השתק הפלוגתא היה או לא היה צד למשפט הראשון. לפיכך משניתנה לפייכטנבאויים הודמנות לטעון את טענותיו בעניין השאלה אם העברת זכויותיו על ידי אשתו הייתה כדין אם לאו, ונקבע לחובתו כי אכן ההעברה הייתה כדין, אזי מכוח העיקרון של השתק פלוגתא הוא מושתק מהעלאת מחלוקת זו בשנית, גם אם אחד הצדדים שעמם הוא מתדיין – ולענייננו: המינהל – לא היה צד להתדיינות הקודמת. ודוק: הכרעה זו של השופט כך נעשתה מתוך

191. שם, בעמ' 579.

192. שם.

193. שם, בעמ' 580.

194. שם, בעמ' 580.

מודעות מלאה לכך שהיא חורגת מכלל ההדדיות, שכן אם במשפט הראשון היה נקבע לזכותו של פייכטנבאויים כי העברת זכויותיו אכן הייתה שלא כדין, לא היה בממצא זה כדי לכבול את ידי המינהל, שבמשפט השני יכול היה לטעון כי עד כמה שהדברים נוגעים בו ההעברה של הזכויות אכן הייתה בהרשאה מלאה.¹⁹⁵

כלל ההודמנות הלך והכה שורשים במשפט הישראלי.¹⁹⁶ יתרה מכך: בפסיקה לא תמיד מבחינים בין שימוש התקפי לשימוש הגנתי בהשתק הפלוגתא,¹⁹⁷ ובפועל אפשר להצביע לפחות על שני מקרים שונים שבהם ניכר שימוש התקפי בעקרון השתק הפלוגתא על פי כלל ההודמנות.¹⁹⁸ כמו כן מבחינה עקרונית, אין הצדקה להבחין בין שימוש הגנתי לשימוש התקפי בכלל ההודמנות, שכן מוקד ההתעניינות של הכלל הוא בהודמנות שקיבל בעל דין להציג את טענותיו, דבר שאינו מושפע בהכרח ממעמדו של בעל הדין בהליך כתובע או כנתבע.¹⁹⁹

195. שם, בעמ' 581.

196. ראו רע"א 6830/00 ברנוביץ נ' תאומים (טרם פורסם) (להלן: רע"א ברנוביץ), בפסקה 12; ע"א 2590/90 ניסים נ' דניאלי, פ"ד מח(3) 846; ע"א 339/88 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' ב.ב.ת. ושות' חברה לביצוע, פ"ד מד(4) 532 (להלן: ע"א חברת החשמל); בש"א (חי') 01/6841, ת"א (חי') 220/99 גולדהמר נ' גניזדוביץ (לא פורסם); ב"ל (ב"ש) 2380/98 בן סימון נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם) (להלן: ב"ל בן סימון); ת"א (י-ם) 1011/97 דחף – דלק בע"מ נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (לא פורסם); ת"א (י-ם) 1251/96 מבני גזית (2000) בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (לא פורסם); ע"א (ב"ש) 268/94 פלדברג נ' מפעל האקליפטוסים אגודה שיתופית בע"מ (לא פורסם); ה"פ (ת"א) 1843/92 נינדר נ' קרן הגימלאות של דן בע"מ (לא פורסם) (להלן: ה"פ נינדר); ת"א (י-ם) 312/91 טוויל נ' עיזבון הרב יהושע דויטש ד"ל (לא פורסם); ה"פ (י-ם) 1329/86 שיכון עובדים בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם). בעניין הזה הלכה הפסיקה בישראל בעקבות הפסיקה האמריקנית, ראו: Casad & Clermont (לעיל, הערה 171), בעמ' 169-188. רק בהתקיים נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן נמנעו בתי המשפט בישראל מלהפעיל את כלל ההודמנות, ראו רע"א 7831/99, ע"א 7830/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נו(1) 673; ע"א 1041/97 סררו נ' נעלי תומר בע"מ, פ"ד נד(1) 642.

197. השוו בין ע"א חירם (לעיל, הערה 183), בעמ' 669-672 (רעת יחיד של השופטת בן-פורת) וע"א חברת החשמל (לעיל, הערה 196) (היכן שלא עושים הבחנה), לבין ע"א 8265/96 רמט בע"מ נ' בריברום (לא פורסם) ורע"א ברנוביץ (לעיל, הערה 196) (שבו נעשתה הבחנה בין שימוש התקפי לשימוש הגנתי מבלי לקבוע הלכה בעניין).

198. ת"א (י-ם) 1251/96 מבני גזית (2000) בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (לא פורסם); ה"פ נינדר (לעיל, הערה 196).

199. ראו: Jack Ratliff, "Offensive Collateral Estoppel and the Option Effect", 67 *Texas L. Rev.* (1988) 63, p. 97; Casad & Clermont (לעיל, הערה 171), בעמ' 174, שם נוסח הכלל:

"a stranger may invoke collateral estoppel against a former party, unless the former party lacked a full and fair opportunity to litigate the issue in the initial action or unless other special circumstances justify relitigation"

בבסיס כלל ההודמנות עומד הרצון לחסוך במשאביה של המערכת המשפטית: אין צורך לחזור ולדוש באותה פלוגתא אם זו הוכרעה בבירור על ידי ערכאה מוסמכת, כשלבעל הדין שהפלוגתא הוכרעה לחובתו ניתנה הודמנות מלאה להוכיח את גרסתו.²⁰⁰ כלל ההודמנות, שהיה מחייב להגביל את השתק הפלוגתא רק למערך היחסים שבין בעלי הדין הישירים להליך בינם לבין עצמם, היה מחייב בירור מחדש של הפלוגתא גם כשהצד המפסיד בהליך הראשון היה נותר צד גם בהליך השני. זה מתכון לכפל דיונים וכן להלבנת פניה של המערכת המשפטית על ידי פתיחת פתח להחלטות משפטיות סותרות.

3. חסרונותיו של כלל ההודמנות והליך התביעה הייצוגית

על אף המטרות הנעלות של כלל ההודמנות היו שתקפו אותו.²⁰¹ אחת הטענות העיקריות שהועלו בהקשר זה הייתה שכלל ההודמנות יכול להשיג דווקא את המטרות ההפוכות מאלה של חיסכון במשאבים ורצון לשמור על אמינותה של המערכת בעיני הציבור.²⁰² כדוגמה לכך מרבים להיעזר בעוולה המוגנת, כלומר: אירוע או סדרה של אירועים זהים שגרמו נזק למספר גדול של אנשים.²⁰³ החצנת כלל ההודמנות יכולה להביא חלק גדול מהניזוקים להמתין עד שניזוק אחד יגיש את תביעתו נגד המזיק.²⁰⁴ אם ניזוק זה יצליח להוכיח כי המזיק התרשל וייקבע, למשל, שנפל פגם בייצור התרופה או שקיים קשר סיבתי בין חומר האזבסט לבין המחלות שהתפתחו אצל התובע, כי אז ייהנו כל יתר הניזוקים מהקביעה; למזיק ניתנה הודמנות מלאה להוכיח את טענותיו שבתרופה לא היה פגם או שאין קשר סיבתי בין חומר

200. ה"פ נינדר (לעיל, הערה 196), בפסקה 8.7.

201. עם זאת, הסטייה מכלל ההודמנות עוררה ביקורת בספרות המשפטית. ראו: Edwin H. Greenbaum, "In Defense of the Doctrine of Mutuality of Estoppel", 45 *Ind. L.J.* (1969) 1; Note, "A Probabilistic Analysis of the Doctrine of Mutuality of Collateral Estoppel", 76 *Mich. L. Rev.* (1978) 612, pp. 662-663; Janet S. Ellis, Note, "Non Mutuality: Taking the Fairness out of Collateral Estoppel", 13 *Ind. L. Rev.* (1980) 563; Note, "Exposing the Extortion Gap: An Economic Analysis of the Rules of Collateral Estoppel", 105 *Harv. L. Rev.* (1992) 1940; בהקשר זה ראוי לציין כי גם באנגליה וגם באוסטרליה סירבו לזנוח את כלל ההודמנות. ראו בעניין זה: Peter R. Barnett, *Res Judicata, Estoppel, And Foreign Judgments* (2001), 65-66.

202. ראו פרשת *Parklane* (לעיל, הערה 172), בעמ' 330; ראו גם: Green (לעיל, הערה 169), בעמ' 151.

203. המקרה שמרבים להביא בעניין זה הוא: *United States v. United Air Lines*, 216 F.3d Supp. 1111 (E.D. Wash. 1962).

204. כפי שמעידים בעניין זה *Casad & Clermont*: "Plaintiffs who might otherwise join together, or intervene, in a single lawsuit under modern permissive joinder rules would have incentive to sue separately and to hang back awaiting another plaintiff's favorable result." *Casad & Clermont*. (לעיל, הערה 171), בעמ' 176; Green (לעיל, הערה 169), בעמ' 151.

האזבסט לבין המחלה שפיתח העובד שתבע.²⁰⁵ עם זה, אם יפסיד הגיווק הראשון בתביעתו, אין בדבר כדי לחייב את יתר התובעים, הלוא טרם ניתנה להם הזדמנות להוכיח את תביעתם.²⁰⁶ לפיכך אלה יוסיפו להגיש את תביעותיהם טיפין-טיפין עד שאחד מהם יצליח ויחסוך לכל הבאים אחריו את הצורך להוכיח את הממצא העובדתי המקים את חבותו של הנתבע. הנה כי כן, הפעלת כלל ההזדמנות עלולה להביא למעין "רולטה רוסית" של התדייניות, שיש בה כדי להכביד על המערכת שעדיין תצטרך לדון בכל אחת מהתביעות עד ההכרעה המיחסת לנתבע אחריות נזיקית.²⁰⁷ ההזדמנה שלעיל מראה אפוא כי סטייה מכלל ההדדיות לטובת כלל ההזדמנות אינה משיגה בהכרח את הוויסכון במשאבי המערכת, כפי שקיוו.²⁰⁸ יתרה מכך: מאחר שכלל ההזדמנות יכול ליצור תמריץ אצל חלק גדול מהתובעים להמתין בצד עד שאחד התובעים הבודדים יצליח בתביעתו נגד הנתבע, הרי גם במקרה זה אמינות המערכת עלולה להתערער. כיצד ייראו בתי המשפט כשהם דוחים את התביעות הראשונות משום שלא הוכחה אחריותו של הנתבע, אך מקבלים, למשל, את התביעה הרביעית, ואז יהיו כל התובעים העתידיים פטורים למעשה מוויסכות אחריותו של הנתבע?²⁰⁹ נימוק דיוני נוסף המבליט את הקשיים הקשורים בהפעלת כלל ההזדמנות נוגע בחוסר ההגינות שהפעלת הכלל יכולה להביא מבחינתו של הנתבע. לא תמיד הנתבע יכול לצפות את מספרי התביעות שתוגשנה נגדו בגין פעולה זו או אחרת שביצע. נניח שהתביעה הראשונה שהוגשה נגדו הייתה בסכום קטן יחסית. בהתאם לסכום התביעה הנתבע מתגונן בצורה מוגבלת ונקבע לחובתו בעניינה של הפלוגתא המרכזית במשפט. אולם כעת מוגשת נגדו תביעה בסכום העולה בהרבה מסכום התביעה הראשונה, תביעה שאילו הייתה מוגשת תחילה

205. ראו בעניין זה: Kurt Erlenbach, "Offensive Collateral Estoppel and Products Liability: Reasoning with the Unreasonable", 14 *St. Mary's L.J.* (1982) 19; Note, "Applying Offensive Collateral Estoppel to Asbestos Cases: A Viable Alternative", 16 *Suffolk U.L. Rev.* (1982) 687.

206. ראו: James R. Pielemeier, "Due Process Limitations on the Application of Collateral Estoppel Against Nonparties to Prior Litigation", 63 *Boston U. L. Rev.* (1983) 383.

207. לפיכך העירו Casad ו-Clermont בעניין הסטייה מכלל ההדדיות: "The abandonment of mutuality in such cases – instead of reducing the amount of judicial effort required to resolve disputes turning on common issues, in accordance with nonmutuality's simplistic justification – might have the opposite effect" James W. Moore and Thomas S. Green (לעיל, הערה 171), בעמ' 176; ראו גם: James W. Moore and Thomas S. Green (לעיל, הערה 169), בעמ' 183-184.

208. Note, "A Probabilistic Analysis" (לעיל, הערה 201), בעמ' 662-663.

209. Green (לעיל, הערה 169), בעמ' 183-184. מחשש לזה נקבע כי במסגרת שיקול הרעת שביט המשפט מפעיל לצורכי הפעלתו של כלל ההזדמנות בענייניו של השתק הפלוגתא, הוא יכול להיות מושפע מכך שקיימים פסקי דין סותרים. ראו שם, בעמ' 205, וכן ראו: Restatement (Second) Judgments (1980) § 29(4).

הייתה מביאה את הנתבע להשקיע הרבה יותר בהגנתו במשפט.²¹⁰ במקרה זה נראה כי זה לא נכון לכבול את הנתבע בממצאי המשפט הראשון, תוצאה שאליה היה מוביל כלל ההודמנות. בשל מגרעותיו של כלל ההודמנות יש שטענו כי מוטב יהיה לחזור לכלל ההודמנות ולקבוע שבעל דין בהליך השני אינו יכול להסתייע בממצאי ההליך הראשון נגד יריבו, אלא אם יריבו יכול היה להסתייע בממצאי ההליך הראשון לחובתו, אם היו ממצאים אלו מאפשרים זאת.²¹¹ אך כאמור ביקשו בתי משפט רבים לסטות מכלל ההודמנות לטובת כלל ההודמנות על אף מגרעותיו של זה.²¹² נדמה כי ההכרעה בין שני הכללים מצריכה הכרעה מקדמית יותר בדבר מהותו של ההליך המשפטי: האם הוא בבחינת מערכה המתנהלת לפי כללי בסיס, השואפים להוליד תוצאה משפטית על סמך הקביעה מי משני הצדדים הצליח יותר או שמא מטרת ההליך היא להגיע לאמת המשפטית לגבי הסכסוך הנתון.²¹³ ככל שנראה את תכליתו של ההליך המשפטי כהקצאה שוויונית של מערך הסיכונים בין בעלי הדין (יותר משנראה בה שאיפה להגיע לקביעת האמת), כך נהיה נכונים יותר לאחוז בכלל ההודמנות תוך דחייתו של כלל ההודמנות.²¹⁴ למה הדבר דומה? למשחק ספורט בליגה: האם הפסדה של קבוצה פלונית במשחק אחד בליגה צריך לעלות לה בהפסד אוטומטי במשחקי הליגה כולה? מובן שלא, לפחות אם נהיה מוכנים לקבל את ההנחה כי תכליתו של משחק ספורט היא לאפשר את ניצחונה של הקבוצה, שבהתחשב בכללי המשחק הצליחה באותו היום ובאותם התנאים לרשום לעצמה יותר נקודות. במשחק הליגה הבא, עם קבוצה אחרת, הכול צריך להיפתח מחדש מבחינת סיכוייה של הקבוצה להצליח או להפסיד.²¹⁵ הוא הדין גם מבחינת ההתדיינות המשפטית בפני בית המשפט, שכמו במשחק הספורט עניינה בניסיונו של כל צד לרשום לעצמו יותר נקודות זכות בהתחשב בכללי הדיון הקבועים.²¹⁶

210. הרוגמה לקוחה מפרשת *Parklane* (לעיל, הערה 172), בעמ' 330-331.

211. ראו מנשה (לעיל, הערה 162). טיעונים דומים נשמעו גם בארצות הברית: Note, "A Probabilistic Analysis" (לעיל, הערה 201); לשיקולים בעד ונגד כלל ההודמנות, ראו ולצמן (לעיל, הערה 164), בעמ' 540-545.

212. Ratlif (לעיל, הערה 199), בעמ' 85.

213. ראו: Note, "Class Action Judgments and Mutuality of Estoppel", 43 *Geo. Wash. L. Rev.* (1975) 814, pp. 818, note 25, 822.

214. ראו מנשה (לעיל, הערה 162).

215. יפים לעניין זה דבריו של שופט אמריקני אחד שמצא לנכון לקשור בין התוקף המחייב של החלטה מבחינת הצדדים הנוגעים בעניין לבין מהותו של ההליך המשפטי כמכשיר של קביעת אמת:

"A lawsuit is not a laboratory experiment for the discovery of physical laws of universal application but a means of settling disputes between litigants. That which is settled as a fact between them through a given piece of litigation under the principles of *res judicata*; binds only the parties themselves and those who are in such relation to the parties as to be considered in privity with them (*Hornstein v. Kramer Bros. Freight Lines*, 133 F.2d 143, 145 [3d Cir. 1943])

216. בהקשר זה נטען שכלל ההודמנות משנה את מערך הסיכונים שבין בעלי הדין, הואיל ואפשרות

לעומת זאת, אם נראה את תכליתו של ההליך המשפטי כקביעת האמת (יותר משנראה בה ספירה טכנית של הנקודות שרשם כל צד לזכותו), כי אז ניטה יותר לדחות את מבחן הדדיות לטובת מבחן ההודמנות.²¹⁷ אם הקביעה מסמלת את האמת הנראית בעיני בית המשפט בתור המצב המשפטי לאשורו, אזי הקביעה של בית המשפט צריכה להנחות גם בהודמנויות מאותרות יותר, שכן האמת אינה משתנה רק משום שהשתנה הטוען. אם תמצי לומר שמבחנת כללי הצדק הדיוני אין זה ראוי שקביעות משפטיות, בעניינן של פלוגתאות לפחות, תחייבנה מי שלא היה לו יומו בבית המשפט,²¹⁸ אזי אפשר להגביל את הפעלתו של השתק הפלוגתא רק כלפי מי שכן הייתה לו הודמנות לטעון כפי שמבקש כלל ההודמנות. ההכרעה באשר לתכליתו של ההליך הדיוני אינה קלה, מה עוד שהשאלה איזה כלל ראוי יותר בהפעלת העיקרון של השתק הפלוגתא אינה השאלה העיקרית; ברם, מה שאפשר להציע בעניין זה הוא דרכים דיוניות שונות המסוגלות לחפות על הקשיים שהמעבר לכלל ההודמנות מביא עמו.²¹⁹ נדמה לי שאחת מדרכים אלו היא הנטייה הלגיטימית של המערכת המשפטית להפיכת ההליך הראשון שתובע א מגיש להליך של תובענה ייצוגית, כשברור כי בעקבות תביעה זו עומדות להיות מוגשות תביעות דומות על ידי תובעים אחרים.²²⁰ במקרה כזה ימנע הליך התביעה הייצוגית את האפשרות שתיווצר מציאות של פסיקות סותרות.

הפעלתו כנגד הנתבע שיפסיד במשפט הראשון במשפטים השני ועד n משפטים מגביל מאוד את הנתבע להתגונן במשפטים האלה לעומת האפשרויות הפתוחות בפני יריבו. ראו: Note, "A Probabilistic Analysis" (לעיל, הערה 201), בעמ' 661: "The central theme of mutuality... is the fair distribution of litigation risks... the abandonment of mutuality significantly alters the distribution of such risks and imposes inequitable burdens on the party who faces multiple opponents".

217. ביטוי מובהק לגישה זו בתחום כללי הדיון הייתה לגבי היקפה של חובת הגילוי המוקדם בהליך האזרחי, ובעיקר זכותו של בעל דין אחד לעיין במסמכים שברשותו של בעל הדין שכנגד. הגישה המסתמנת בבירור בפסיקה היא בכיוון הרחבה של זכות העיון במסמכים בהתחשב בתפיסה כי תכליתו של המשפט היא גילוי האמת. ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הרסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516; רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54.

218. שכן, קיימת הסכמה כללית בעניין זה כי טיקולים של צדק דיוני ליחידים, שלעתים מתגשים באופן חזיתי עם שיקולים של יעילות, מחייבים גם הם שקלול מתאים בתוך כללי הדיון. כדי להמחיש טיעון זה ביתר שאת מרבים להזכיר את הדחייה האינטואיטיבית של הכרעה במשפט בוריקת מטבע, שהרי היה בדבר כדי להשיג הכרעה מהירה וברורה בסכסוך. מכללי הפרוצדורה נדרשים סטנדרטים בסיסיים של דיון הוגן, שבין היתר מבקשים להבטיח כי לבעל דין תהיה הזדמנות להציג את טענותיו בטרם יחויב בדיון. ראו: Green (לעיל, הערה 169), בעמ' 150.

219. כפי שאכן נטען כבר: "The [i.e. critics of mutuality] should instead attempt accurately to balance the competing interests in judicial economy and the equitable distribution of litigation risks" Note, "A Probabilistic Analysis"; (לעיל, הערה 201), בעמ' 664.

220. Ratlif (לעיל, הערה 199).

ההליך גם יביא לחלוקה הוגנת יותר של הכספים שניתן להוציא מאת הנתבע בין כלל ציבור התובעים. כמו כן עצם ההכרה באפשרות להפוך את ההליך לתביעה ייצוגית תיצור תמריץ אצל פרקליטים בעלי מומחיות ויכולת כספית מתאימה להתחרות על ייצוג התובע, שיעצים את כוחו הדיוני אל מול כוחו של הנתבע. באשר לסכנות הטמונות לחברי הקבוצה האחרים מייצוג בלתי הולם של התובע הנציג, חוקה על בית המשפט שיפעיל בעניין הזה את המנגנונים השונים שנוצרו לשם כך במשך השנים. אם נחזור לליגת הספורט, הרי מה שמוצע הוא להפוך את משחק הליגה למשחק הגמר ולשאוף להבטיח – כמובן, במידת האפשר – כי לצורך משחק זה יעברו שתי הקבוצות סינון מקדמי, מתוך ידיעה שהכול עלול להיות מוכרע במשחק אחד.

מעבר לתיקונים הדיוניים שהליך התביעה הייצוגית מסוגל לעשות מהפעלת עקרון השתק הפלוגתא, מתכונת התביעה הייצוגית מאפשרת לנו לרפות עוד פגם דיוני נוסף. כאמור על פי הטיעון שהוצג מקודם ואשר נסמך על עקרון ה־"economies of scale", נתבע, מעצם הדבר שהוא עומד להיתבע על ידי כמה תובעים, יקבל תמריץ להשקיע בהליך הראשון יותר ממה שהתובע יהיה מוכן להשקיע.²²¹ אם ההיגיון המונח ביסוד טיעון זה נכון, הרי אפשר להניח כי במקום שהנתבע גם יודע כי גורל הפלוגתא המשותפת שעם כלל ציבור התובעים הפוטנציאליים עומד להיות מוכרע גם בדיון עם התובע הראשון, הרי תמריציו להשקיע בהליך הראשון ירבו עוד יותר. כעת אין הוא יודע רק שהתוצר הדיוני מהשקעתו בהליך הראשון יכול לשמש אותו גם בהליכים הנוספים, אלא שהפסדו בהליך הראשון עלול לכבלו בכל ההליכים המאוחרים.²²²

מציאות זו עצמה עלולה גם להחמיר את התוצאות השליליות של תופעת ה־"free riding" בהקשרו של תובע החושש שמא ישרת פרי עמלו את האינטרסים של צדדים שלישיים שאינם שותפים להשקעתו. שכן בעקבות האפשרות להפעיל את עקרון השתק הפלוגתא על פי כלל ההודמנות, כעת התובע הראשון גם יודע כי יש הסתברות גבוהה במיוחד כי אם יצליח בתביעתו האישית יזכה הדבר באופן אוטומטי את שאר התובעים הפוטנציאליים בניצחון. לפיכך אם נמצא שהליך התביעה הייצוגית הוא ההליך הנכון בטיפול בחוסר האיוון הנוצר בין התובע לנתבע מבחינת תמריצי ההשקעה של כל אחד בתיק הראשון וכן מבחינת התמריץ השלילי הדבק בתובע הראשון בעקבות מציאות ה־"free riding", הרי נראה כי התביעה הייצוגית דרושה בייחוד לאור קיומו של כלל ההודמנות שבהפעלת עקרון השתק הפלוגתא. וכעת לסגירת המעגל וההתחברות לפרשת א.ש.ת..

221. ראו לעיל דיון בפרק ד, סעיף 2(ב).

222. ראו: Green (לעיל, הערה 169), בעמ' 185 Moore & Currier (לעיל, הערה 207); ראו: Note, "Class Action Judgments and Mutuality of Estoppel" (לעיל, הערה 213), בעמ' 821.

4. סגירת המעגל – המדינה כנתבעת בתביעה ייצוגית

הנה כי כן, הטיעון שנתבע שיימצא חייב כלפי כולם משום שהוא יצא חייב בתביעה של התובע הבודד, אינו טיעון שצריך למנוע את כירורה של התביעה של התובע הבודד כתביעה ייצוגית. אדרבה, בשל האפשרות שהנתבע יתחייב כלפי כולם ראוי ונכון לאשר דווקא את התביעה הראשונה כתביעה ייצוגית. הבה נחזור לפרשת א.ש.ת. ונבדוק כיצד שיקולים אלו היו צריכים להשפיע על הכרעת בית המשפט.

ראשית, הנחת הדיון בטיעונה של השופטת בייניש כי התחייבות המדינה להחיל את ההכרעה בעניינם של התובעים הבודדים כיוחס לשאר חברי הקבוצה היא שהמדינה תפסיד בהליך הראשון תוך קביעת ממצאים לחובתה.²²³ אך מה אם תזכה המדינה בהליך הראשון, כאשר בתור של התובעים הפוטנציאלי יש עוד מאות תובעים נוספים? נדמה כי הפסדם של התובעים הבודדים הראשונים אינו צריך לחייב את התובעים הפוטנציאליים הנוספים, שכן לאלה טרם ניתנה הזדמנות להציג את טיעוניהם.²²⁴ לפיכך תובעים אלו, ולפחות חלק מהם, צפויים להגיש תביעות אישיות נפרדות, מה שיכול להעסיק את בתי המשפט בעוד עשרות תיקים נוספים סביב אותה המחלוקת. ובכלל, כיצד תתנהג המערכת אם לאחר המישה תיקים שבהם הפסידו התובעים הבודדים, השישי זוכה: מה דינו של התובע השביעי במקרה זה? על כן נראה כי מכשיר התביעה הייצוגית בהקשר זה יכול לתרום תרומה משמעותית

223. וגם אז יש שרשות שלטונית תנסה להבחין בין המקרים. ראו רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 254-255 (השופטת שטרסברג-כהן), וכן: *Albernaz v. Fall River*, 191 N.E.2d 771 (Mass. 1963).

224. התאמה נוספת הדרושה בין הליך התביעה הייצוגית לעיקרון של השתק הפלוגתא על פי כלל ההזדמנות, נוגעת בהודעה של אחד מחברי הקבוצה כי הוא יוצא ממנה (opt-out) בהקשר של התביעה הייצוגית התלויה ועומדת. הליכה דווקנית אחר העיקרון של השתק הפלוגתא על פי כלל ההזדמנות הייתה גוררת שימוש לרעה בזכות לצאת כאמור, שכן אם יזכה הנתבע בתביעה הייצוגית, אין הדבר יכול לחייב את המעוניין שהודיע על יציאה, ואם יפסיד הנתבע – יוכל המעוניין שיצא לטעון כי הנתבע חייב כלפיו – שהרי ניתנה לו הזדמנות בעניין הפלוגתא והוא הפסיד. התוצאה היא שמעוניין בתביעה ייצוגית מקבל תמריץ יתר לצאת מהקבוצה על פי כלל ההזדמנות: הוא יכול למקסם את האינטרסים בכך שיקטין את סיכויי להיפגע על ידי פסק דין לטובת הנתבע מצד אחד, ולשמור על זכותו להסתמך מכוח כלל ההזדמנות על פסק דין לחובת הנתבע מצד אחר. במצב דברים זה תושם לאל המטרה של התביעה הייצוגית לחסוך במשאבים על ידי מניעה של ריבוי התדייבויות. זרימה החוצה של מעוניינים מקרב קבוצת המעוניינים תביא בהכרח לריבוי התדייבויות. לפיכך הדעה הרווחת בעניין זה היא שמעוניין שבחר לצאת מהקבוצה אינו יכול להסתמך בתביעה שיגיש נגד הנתבע על ממצאי התביעה הייצוגית שלחובת הנתבע. על הקשר בין התביעה הייצוגית לבין השתק הפלוגתא ראו: "Offensive Assertion of Collateral Estoppel by Persons Opting out of a Class Action", *Premier Electric Construction Co. v. National Electric*, 31 *Hast. L.J.* (1980) 1189; *Contractors Association*, 814 F.2d 358, 364-67 (7th Cir. 1987); *Ross-Berger Companies v. Equitable Life Assur.*, 872 F.2d 1331, 1337 (7th Cir. 1989).

לשימור משאביה של המערכת השיפוטית, קביעת סטנדרטים אחידים לגבי כלל המעוניינים, וכן להביא לחלוקה צודקת בין כולם.²²⁵ זאת ועוד, כפי שהמציאות בעניין הפעלתו של כלל ההודמנות בעניינו של השתק הפלוגתא מלמדת יש בטיעון שלעיל של השופטת בייניש כדי לעודד תובעים פוטנציאליים שלא להצטרף לתביעה של התובע הבודד הראשון, שכן אם יפסיד הלה הם לא יפסידו ועדיין הם יוכלו להגיש הליך אישי משלהם, אך אם אכן יזכה התובע הבודד הם יוכלו ליהנות מהפלוגתאות שהוכרעו במסגרת המשפט הראשון לחובת הנתבעת - המדינה. כלומר החצנת השיקול המועלה על ידי השופטת בייניש עלולה להביא לבזבוז ניכר במשאבי המערכת. גם ברמת ההעצמה יש בטיעון האמור כדי לפגוע בתובע הבודד תוך שיפור מעמדה היחסי של המדינה כבעלת דין. אי-הפיכת התביעה של התובע הבודד להליך של תביעה ייצוגית מקבעת את חוסר האיוון שהתמודדות בין האזרח לבין המדינה מניחה, בייחוד כאשר הצד האחר הוא ארגון רב-עצמה ורב-אמצעים כמו המדינה. כמו כן המדינה המרגישה כי ההכרעה בתיק הבודד עלולה לסבך אותה בהתחייבויות רבות נוספות, תפעל כדרך הטבע לרכוז את מרב כוחותיה ומשאביה לדיון שיתקיים בעניינו של התיק הבודד, שבו היא מתמודדת עם תובע בודד. כמוכן לתובע הבודד אין המערך והתשתית שיש למדינה, לא מבחינת כוח האדם המשרת אותה ולא מבחינת המשאבים ההומריים העומדים לרשותה. לעומת זאת, אם יהפוך ההליך של התובע הבודד להיות הליך של תביעה ייצוגית, ניתן לצפות שייוצר איוון משמעותי בכוחותיהם הדיוניים של התובעים והמדינה.²²⁶ במצב דברים זה, ההשקעה בהליך התביעה הייצוגית תהפוך לכדאית יותר מבחינתה של קבוצת התובעים המעוניינים, מה שיאפשר להם להשיג ייצוג משפטי משופר בהרבה לעומת מקרה שכל אחד מהם יצטרך להגיש תביעה אישית.

בפסק דינה של השופטת בייניש מובאות כמה אסמכתאות ממדינת ניו יורק בארצות הברית, המלמדות כי על פי המצב השורר שם, אין נוהגים לאשר תביעות ייצוגיות כנגד גופים ממשלתיים.²²⁷ השופטת בייניש הסבירה כי "העובדה שהרשות תחיל את פסק הדין על

225. ראו בייחוד: Timothy Wilton, "The Class Action in Social Reform Litigation: in Whose Interest", 63 *Boston U. L. Rev.* (1983) 597. היכן שטוען המחבר כי הפיכת ההליך של היחיד בעניינה של תובענה נגד השלטון להליך של תביעה ייצוגית צריכה להיות בראש ובראשונה אינטרס של הרשות השלטונית הנתבעת. יתרה מכך, לאור התועלת הרבה שתהיה בהפיכת ההליך של היחיד נגד רשות שלטונית להליך של תביעה ייצוגית מבחינת החיסכון במשאבים וההחלה שוויונית של הנורמה, המחבר מציע להקנות לבית המשפט את הכוח השיפוטי לפעול מיזמתו (*sua sponte*) להפיכת ההליך של היחיד נגד הרשות השלטונית להליך של תביעה ייצוגית (שם, בעמ' 634). לכן הוא מסיק כי: "The best interests of the judicial system are served by requiring that all social reform litigants seeking declaratory or injunctive relief proceed in the class action form". שם, בעמ' 640.

226. ראו: George Rutherglen, "Notice, Scope, and Preclusion in Title VII Class Actions", 69 *Va. L. Rev.* (1983) 11, p. 21.

227. רע"א א.ש.ת. (לעיל, הערה 1), בעמ' 272-274.

כל הגורמים המושפעים מן ההחלטה, היא שיקול שיש בו, לפי השיטה הנהוגה בניו-יורק, כדי להצדיק הימנעות מאישור התובענה הייצוגית.²²⁸ כמו כן, העיקרון של התקדים המחייב עוזר ביתר שאת כדי לדרבן את המדינה להחיל את פסק הדין "על כל הגורמים המושפעים מן ההחלטה". כפי שניסיתי להראות, מהבחינה הדיונית, טיעון זה אינו משכנע ואף אינו צודק.²²⁹ ואם באסמכתאות עסקינן, הרי נראה כי העמדה הנהוגה במדינת ניו יורק היא רק עמדה אחת, שגם זכתה לביקורת נוקבת במקרה שבו נאלץ אורח בודד להתמודד עם רשויות השלטון.²³⁰ בתי משפט רבים בארצות הברית אינם רואים פסול בהגשת תביעות ייצוגיות נגד המדינה.²³¹ נהפוך הוא, הפרקטיקה שם מלמדת כי בתי המשפט פעלו לאישור תביעות ייצוגיות נגד מוסדות ממשלתיים במגוון נושאים, בין בעניין הטבות הנוגעות ברשויות שלטוניות,²³² ובין בעניין פעילות בעלת אופי שלטוני במובהק.²³³

ו. סיכום ומסקנות

התביעה הייצוגית בישראל נמצאת היום על פרשת דרכים. ייתכן, שהלכת א.ש.ת. תיהפך בקרוב בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף. ייתכן גם שחוק כללי בנושא התביעות הייצוגיות יועבר בכנסת, כך שיימצא הסדר אחיד לגבי כלל התביעות הייצוגיות. ובכלל ייתכן עוד כי אם לא ישנה הדיון הנוסף את הלכת א.ש.ת. ולא יחוקק חוק כללי כאמור שיפעל בית המשפט העליון עצמו, כפי שהובטח בפסק דינה של השופטת בייניש, ויחיה את תקנה 29 מהמתים, חרף דלות הוראותיה. עם זאת נראה לי כי כל דרך שתיבחר תעמיד בפני מקבלי ההחלטות את השאלות העקרוניות שפסק דין א.ש.ת. מעורר: מהן תכליותיה של התביעה הייצוגית וכיצד הן צריכות להשפיע על תנאי אישורה וניהולה של תביעה כתביעה ייצוגית; מהם יחסי הגומלין בין עקרונות השתק הפלוגתא על פי כלל ההודמנות לבין הצורך בקיומו של הליך התביעה הייצוגית; וכן האם נכון וראוי לאשר קיומה של תביעה ייצוגית נגד המדינה? במאמר זה ביקשתי להציג נקודת מבט שונה מזו שבאה לידי ביטוי בדעת הרב.

228. שם, בעמ' 273.

229. ראו: Rutherglen (לעיל, הערה 226), בעמ' 21.

230. Daan Braverman, "Class Certification in State Court Welfare Litigation: A Request for Procedural Justice", 28 *Buffalo L. Rev.* (1979) 57.

231. ראו: Wilton (לעיל, הערה 225), בעמ' 601.

232. ראו בעניין זה: Alba Conte and Herbert Newberg, *Newberg on Class Actions* (4th ed., 2002), Vol. 7, ch. 23.

233. ראו בייחוד: *Deck v. City of Toledo*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 17853 (N.D. Ohio, 1999). במקרה זה הוגשה תביעה אישית על ידי שבעה אנשים הסובלים ממוגבלות בניידותם נגד עיריית טולידו ונגד מי שעמד בראשה משום שעל פי הטענה, לא קיימה העירייה סטנדרטים סטטוטוריים לגבי דרכי הגישה לאנשים עם מוגבלויות. הסעדים שנתבקשו היו בצורת צו הצהרתי וצו עשה. התובעים ביקשו להפוך את תביעתם לתביעה ייצוגית, והנתבעים התנגדו. טענתם היחידה של הנתבעים הייתה כי אין זה ראוי לאשר הליך של תביעה ייצוגית מקום שהנתבע הוא רשות שלטונית. בית המשפט דחה טענה זו בהסבירו כי בתי המשפט מאשרים

ברמה העקרונית ביקשתי להסב את תשומת הלב לשאלה שכנראה עומדת ביסודה של גישת דעת הרוב בפרשת א.ש.ת. בעניינה של התביעה הייצוגית. מהן מטרותיה ומהן מגבלותיה של ההתדיינות האזרחית? האם זה ראוי להביא לשינויים מסוג השינויים שמוסד התביעה הייצוגית מסוגל להביא באמצעות הליך פרטי או שמא מן הראוי כי בעניינים האלה תפעל המדינה באמצעות מוסדותיה הביצועיים והחקיקתיים. מהנמקות שופטי הרוב בפרשת א.ש.ת. ניכר אפוא שטרם התקבלה בישראל ההשקפה הדיונית המאפשרת להפוך הליך אזרחי למכשיר ציבורי, בייחוד כנגד גוף כמו המדינה, שבאופן מסורתי בוקרו פעולותיה השלטוניות באמצעות המשפט המינהלי.

ברמה הפרטנית, ביקשתי קודם כול להראות כי בצד התכלית העיקרית של הגברת האכיפה הרגולטורית, נכון להבחין בין שלוש קטגוריות של תביעות ייצוגיות. צורך זה הוא חיוני היות שלגבי כל קטגוריה מתחייבים תנאי סף שונים לשם אישורה של תביעה כתביעה ייצוגית. הבחנה זו חיונית בייחוד בהקשר הישראלי היות שבתי המשפט, המתוקק וכן פרקליטות המדינה נוטים להתייחס באופן אחיד לכלל התביעות הייצוגיות ומציבים מבחינת כולן אותה סדרה של תנאי סף. בהקשר זה שוב מתבלטת פרשת א.ש.ת. שבה אפשר היה למצוא שלוש קבוצות שונות של תובעים, כשלכל אחת היו הצידוקים שלה להפיכת התביעה שהוגשה לתביעה ייצוגית.

לכסוף, ביקשתי לדון באחת ההנמקות העיקריות של דעת הרוב מדוע אין זה ראוי לאשר תביעה אזרחית המוגשת נגד המדינה כתביעה ייצוגית. העובדה כי המדינה בחרה לכבול את עצמה בתוצאות ההליך הראשון ביחסיה עם שאר התובעים הפוטנציאליים אינה צריכה להיות סיבה לאי-אישור ההליך הראשון כתביעה ייצוגית. אלא ההפך או הנכון. בשל אפשרות זו דווקא דרוש המהלך הדיוני המבקש להפוך את ההליך הראשון להליך של תביעה ייצוגית, היות שרק אז ניתן יהיה להחזיר איוון דיוני ליהסי הכוחות של התובע והנתבע; איוון המהווה כשלעצמו אחת מתכליותיה המרכזיות של התביעה הייצוגית. בהקשר הזה ביקשתי גם להסב את תשומת הלב כי על פי העקרונות המנחים היום של עקרון השתק הפלוגתא קיימת אפשרות להשתיק נתבע שהפסיד בהליך הראשון גם בתביעות עתידיות שתוגשנה על ידי תובעים אחרים עם תביעות דומות. היות שעקרון השתק הפלוגתא פועל בשדה הרחב של המשפט הפרטי, יש בהנמקה שלעיל של שופטי הרוב בפרשת א.ש.ת. כדי לסכן את מוסד התביעות הייצוגיות בכללותו בישראל. שכן כל נתבע, לרבות זה שייטבע מכוח החוקים המיוחדים המכילים פרק מיוחד שעניינו תביעות ייצוגיות, יכול לטעון מכוח העקרונות המחייבים של דוקטרינת המעשה בית דין, שאם יחויב בהליך האחד הוא ממילא יחויב כלפי כולם, לפחות עד כמה שהדבר נוגע בפלוגתאות שיוכרעו במסגרת ההליך הראשון. אולם כפי שנכחנו לדעת, התפתחות זו בתחום השתק הפלוגתא יוצרת בעיות דיוניות קשות שאחת הדרכים לפתרון היא היוקקות למוסד התביעה הייצוגית. היקש מהתפתחות זו מחייב אפוא כי גם המדינה האמונה על האינטרס הציבורי הכללי ועל עקרון שלטון החוק תפעל לשם חיזוקו של מוסד התביעה הייצוגית במקום החלשתו.

באופן שגרתי תביעות ייצוגיות נגד מוסדות ממשלתיים. הוא גם הבהיר כי בתביעות ייצוגיות שעניינן בזכויות אדם, זה אך טבעי כי רשויות ממשלתיות תהיינה נתבעות.

