

”וכי זכין לאדם שלא בפניו?” – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי

מאת

אביעד הכהן*

על אף ההתפתחות החקיקתית העצומה והפסיקה הענפה שנוצרו בשנים האחרונות בישראל בסוגיית התובענה הייצוגית, טרם נתגבשה סופית “הלכה פסוקה” ישראלית במכלול הסוגיות שהיא מעלה. סקירה שיטתית של התובענות הייצוגיות שמוגשות לבתי המשפט השונים מגלה שרובן אינן “מבשילות” והן נגדעות בעודן באֶפֶן. חלקן הגדול של הבקשות לאישור התביעה כתובענה ייצוגית נדחה על הסף, ואלה מהן שעוברות משוכה זו מסתיימות לרוב בפשרה.

תמונת מצב זו שונה מזו הקיימת במשפט האמריקני, ולא אחת נמתחה עליה ביקורת. מגמה זו, מעקרת מתוכן את ההליך הדיוני שעשוי להתרועע מעולים בפרוטנציה, ולהביא מזור, סעד ופיצוי, לאלפי אנשים שאינם יכולים, למעשה גם אם לא להלכה, לקבל סעד בדרכי התביעה הרגילות.

עיון שיטתי בפסקי הדין המרובים שניתנו בשנים האחרונות בסוגיה זו מגלה שבהיעדר מורשת משפטית מגובשת, נוצרות הלכות רבות בדרך של פסיקת בתי המשפט, ממקרה למקרה. לצד חסרונותיה של תופעה זו, יש בה פתח נרחב להטמעת עקרונות וכללים – לאו דווקא פרטים – שנקבעו במשפט העברי מקדמת דנא בסוגיות אלה. הליכה בדרך זו תשקף נכונה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ותיתן ביטוי הולם לקשר הבל יינתק שבין ענפיו של המשפט הישראלי ושורשיו.

המאמר מנתח את סוגיית התובענה הייצוגית מנקודת מבטו של המשפט העברי. עיון במקורותיו מלמד שמוסד משפטי זה אינו קיים במשפט העברי, ואף קיימת הסתייגות ממרכיבים שונים שמאפיינים אותו, דוגמת ייצוג אדם ללא ידיעתו או הרשאתו המפורשת. עם זאת, קיימים במקורות המשפט העברי לא מעט מקורות שבאמצעותם ניתן לעגנו במסורת ערכיה היהודיים של מדינת ישראל. לפי עקרונות המשפט העברי – לאו דווקא

* ד”ר אביעד הכהן, סגן הדיקן ומרצה בכיר למשפט חוקתי ומשפט עברי במכללת “שערי משפט” ובפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים.

פרטיו – דומה, שיש להבחין בין סוגים שונים של תובענות ייצוגיות. יש לעודד תובענות שתכליתן "להציל עשוק מיד עושקו", לעשות למען "תיקון העולם" או למנוע מצב שבו "ייצא חוטא נשכר". כאלה הן תובענות ייצוגיות שבאות להגן, בראש ובראשונה, על תובע "קטן", שאלמלא הליך זה ספק אם יזכה אי פעם לממש את זכויותיו. לא כן עניינו של תובע "מסחרי" או "מקצועי", שלנוכח הפוטנציאל העסקי שטמון בתביעתו, ינהל אותה בכל מקרה, בין בדרך תביעה רגילה ובין בדרך של תובענה ייצוגית, ופעמים הרבה פונה הוא לדרך התובענה הייצוגית כדי ל"עשות עושר במשפט", ולא אחת הריהו "מתעבר על ריב לא לו".

- א. אקדמות מילין
- ב. תובענה ייצוגית מהי?
- ג. מהותה המשפטית של התובענה הייצוגית
- ד. הרשאת אדם לטעון בשם בעל דין
- ה. יכולת בעל דין אחד לתבוע בהיעדר "שותפיו" לתובענה
- ו. עקרון היסוד: זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו
- ז. האמנם תובענה ייצוגית – "זכות" היא לכלל חברי הקבוצה?
- ח. תובענה ייצוגית מכוח מנהג
- ט. תובענה ייצוגית מכוח שיקולים "כלליים"
1. "הצלת עשוק מיד עושקו"
2. תיקון העולם
3. "שלא ייצא חוטא נשכר"
- י. עשיית עושר בַּמשפט ולא בַּמשפט: מתעבר על ריב לא לו
- יא. אחרית דבר

א. אקדמות מילין

חלק מהעיסוק ההלכתי ומהעיון במשפט העברי בן ימינו נוטה להשוות, כמעט באופן אוטומטי, בין מוסדות משפטיים מודרניים לעקרונותיהם עתיקי היומין של ההלכה והמשפט העברי. אישיותם המשפטית של תאגידים ובני תאגידים, תשלומי העברה, צורות משטר וממשל, דרכי מיסוי, הגבלים עסקיים, חישובי ריבית והצמדה – כל אלה, ועוד כהנה וכהנה סוגיות סבוכות, עולות תדיר על סדר יומה של כל מערכת משפטית בת ימינו. משמגיעים אליהן מקצת חכמי הלכה וחוקרי המשפט העברי, משווים הם אותן למוסדות משפטיים מוכרים להם, יוצרים את ההיקש המתבקש ומסיקים מסקנות ביחס לטיבם ולטבעם של מוסדות אלה, כביכול ב"אספקלריית המשפט העברי" או "לאור עקרונותיו".

גישה זו לוקה לא אחת בכמה כשלים. ראשית, באי הכרה מספקת של אחת משתי שיטות המשפט המשוות: המוסד המשפטי בן ימינו, על תכניו וצורתו, או שיטת המשפט המשתקפת מן המקורות העתיקים. כל השוואה בין שתי שיטות משפט¹ חייבת להיעשות מתוך הכרה מעמיקה של שתייהן, שאם לא כן עשוי המעיין לבנות הררים גדולים בלא שייתן דעתו שתלויים המה בחוט השערה.

כשל שני נובע לעתים קרובות מהכללות שאינן נותנות דעתן לריבוי הגוונים והפרטים שבכל מוסד משפטי.² כך, למשל, בעניין שיידון להלן, לא ניתן לעסוק בסוגיית התובענה הייצוגית באופן כוללני מבלי לעמוד תחילה על סוגיה השונים. למרות שהעקרונות וסדרי הדין משותפים לסוגיה השונים של התובענה הייצוגית, לא הרי תובענה ייצוגית שעיקרה נטוע בתחום דיני הגנת הצרכן (ומשקפת דרך כלל סכסוך בין רבבות צרכנים "קטנים" העומדים למול קונצרן מסחרי ענק),³ בתחום דיני הנזיקין (במיוחד כאשר מדובר בעוולה המונית),⁴ בלקוח בודד העומד מול מערכת בנקאית עתירת נכסים ומשאבים,⁵ בדיני ההגנה על עובד ששכרו קופח,⁶ בתחום איכות

1 ראו, למשל, לעניין ההשוואה בין משפט המקרא למשפט המסופוטמי: ש' א' ליונשטם "דין הניאוף ודין הרצח במשפט המקרא ובמשפט המסופוטמי" **בית מקרא** ז (התשכ"ב) 55-59.

2 על שיקופה של בעיה זו בסוגיית התובענות הייצוגיות גם במשפט הישראלי, ראו לאחרונה: מ' קרייני "התובענה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים", **דין ודברים** א (התשס"ה) 449-505; א' קלמנט "גבולות התובענה הייצוגית בעוולות המוניות" **משפטים** לד (התשס"ד) 304 ואילך.

3 סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, וראו: מ' בר נב "האכיפה של חוק הגנת הצרכן על המגזר העסקי" **עיוני משפט** יז (התשנ"ג) 299-321; מ' בר נב "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" **עיוני משפט** יט (התשמ"ה) 251-263; ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" **מחקרי משפט** כ (התשס"ד) 299-377; ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השווא של המטעה" **מאזני משפט** ב (התשס"ב) 97-153; S. Deutch "Consumer Class Actions: Are They a Solution for Enforcing Consumer Rights? the Israeli Model" **Journal of Consumer Policy** 27 (2004) 179-212; A. Zysblat **Consumer Class Actions in Israel: Some First Impressions, Developments in European, Italian and Israeli Law** (2001) 365-382; ראו גם לאחרונה: ה' סומר "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו – האמנם? עשור לתובענה הייצוגית-צרכנית" **דין ודברים** א (התשס"ה) 347-400.

4 לעניין זה ראו: א' קלמנט "גבולות התובענה הייצוגית בעוולות המוניות" **משפטים** לד (התשס"ד) 301-383 (להלן – קלמנט, **תביעות המוניות**); ראו גם: ס' גולדשטיין וט' פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות – היבטים בסדרי דין" **משפטים** לד (התשס"ד) 21-37.

5 סעיף 16א לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981.

6 סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996.

הסכיבה,⁷ כהרי תובענה ייצוגית בתחום דיני החברות,⁸ דיני הגבלים עסקיים,⁹ דיני מקרקעין¹⁰ או דיני ניירות ערך,¹¹ שבה ניצבים, פעמים רבות, משני צדי המתרס בעלי הון, משקיעים רבי עצמה וידע כלכלי אל מול בנקים או חברות השקעה. למותר לציין, שלא הרי תובענה ייצוגית שמוגשת בתום לב ובכנות על ידי נפגע "אמיתי", כהרי תובענה ייצוגית שמוגשת על ידי "תובע מקצועי" או "תובע מתוחכם"¹² שעניינו, בראש ובראשונה, הוא לעשות את התובענה הייצוגית קרדום לחפור בו טובת הנאה לו ולביתו.¹³ ולא הרי תובענה ייצוגית שמוגשת במצב בו עומדת לתובע חלופה אמיתית אחרת לתבוע באופן פרטני את הנתבע, כהרי מקרה שבו התובע מנוע – למעשה, גם לא להלכה – מהגשת תביעה חלופית בשל הפער שבין עלויותיה (בזמן, בכסף או במשאבים), היקפה (כגון במקרים שבהם סכום התביעה של כל אחד מהתובעים קטן ביותר, אך סכומה הכולל עצום) או סיכויי הצלחתה לבין הטורח או סיכונים שכרוכים בהגשת תביעה כאמור בדרך הרגילה, שלא על דרך של תובענה ייצוגית. כְּשֶׁל נוסף, הרובץ לפתחה של השוואה בין המשפט העברי לשיטות משפט אחרות, ונפוץ הוא לרוב, הוא האנכרוניזם. וכבר ידענו, שאי אתה יכול לקחת את המשפט העברי בן המאה השנייה או השביעית¹⁴ כמות שהוא, ולהריקו מכליו אל הכלים המשפטיים בני ימינו.

- 7 ראו: סעיף 10 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992; וכן: Maron-Albeck, A. Tal "Upgrading Citizen Suits As a Tool for Environmental Enforcement in Israel" *Israel Law Review* 34 (2000) 373-424. וראו פסק דינו של השופט נ' הנדל, בר"ע (באר שבע) 928/99 החברה לשירותי איכות הסביבה (רמת חובב) בע"מ ואח' נ' עמותת מדעי הדרום ואח' (לא פורסם).
- 8 ראו: ד' גושן "תובענה נגזרת ותובענה ייצוגית על פי חוק החברות החדש" רבעון לבנקאות לו (144) (2000) 83-97; ס' גולדשטיין וי' עפרון "מנגנוני התובענה הייצוגית והתובענה הנגזרת בחוק החברות החדש" משפטים לב (התשס"ב) 461-491.
- 9 סעיף 446 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.
- 10 ראו, למשל: ג' ויתקון "תביעה ייצוגית כנגד מינהל מקרקעי ישראל" מקרקעין א. 3. (מאי 2002). עמ' 569-582.
- 11 ראו, למשל: י' לויט "תובענה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" הפרקליט מב (התשנ"ו) 465-483.
- 12 ראו ת"א (י-ם) 545/91, המ' 1488/91 עטייה ואח' נ' עיריית ירושלים, פ"מ תשנ"ג(1) 452, ודברי השופט שטרסברג-כהן, ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ ואח', פ"ד נא(2) 322.
- 13 דומה שבעניין זה יחיל המשפט העברי את העקרונות הרגילים של דרישת תום הלב, הדורשות מהעולה בהר המשפט "נקיון כפיים וברות לבב".
- 14 זאת, כמובן, בהנחה שאף היא טעונה עיון, שיכול אתה בכלל לעמוד על טיבו האמיתי של המשפט העברי בתקופות כה קדומות, שבסוגיות מסוימות הריהו בבחינת מקרא מועט, וכל הררים שמבקשים לתלות בו – תלויים בשערה.

לא אחת נתקלת מגמה זו בקושי ממשי לגשר על הפער שבין מוסדות משפטיים שיצירתם והורתם בחברה כלכלית פרימיטיבית, חקלאית ופרובינציאלית בעיקרה, לבין כלכלה חובקת זרועות עולם, גלובליזציה רבת עצמה וכוח, תעשייה עתירת ידע, משק כספים פיננסי מגוון ומורכב, מאפיינים שכיחים בכלכלה המודרנית.

התוצאה היא אפוא, שלמראית עין מוצגת זיקה אמיצה בין שתי זרועות המשוואה, בין תופעה משפטית מודרנית לחברתה עתיקת היום. אכן, בדיקה מדוקדקת וקפדנית של גופי דברים מעלה שכל קשר ביניהם מקרי בהחלט, במקרה הטוב, או מופרך לחלוטין, במקרה פחות טוב.¹⁵

לצד הקושי המהותי לגשר על גופי תורה שנוצרו בתקופות שונות, בזמנים שונים, בחברות שונות, ניצב לפתחו של כל המבקש להיכנס בשערי המשפט הקושי הבסיסי של השימוש במונחי המשפט.¹⁶ לא אחת, מונח שמופיע במקורות במשמעות אחת, משמש בלשון המשפטית המודרנית במשמעות שונה לחלוטין.¹⁷ אין צריך לומר, שלעיתים קרובות, לא בא כלל זכרם של המונחים בני ימינו במקורות העשירים והמגוונים של המשפט העברי, והמעין בסוגיה מן הסוגיות אנוס הוא לתור במרחבי ים התלמוד והפוסקים, החידושים וספרות השאלות והתשובות, אחר הסוגיות והמוסדות המשפטיים שאחריהם הוא מבקש, ולחלצם מהמסווה – הלשוני והמהותי – שבו הם עטויים.¹⁸ עשייה זו – עיקרה חכמה ולא רק מלאכה. קשה היא, מייגעת ומפרכת, ולא כל אחד זוכה לעמוד בה.

15 על העקרונות השונים שניצבים בבסיסן של שיטת המשפט העברי ושיטות משפט בנות ימינו עמדתו בהרחבה בהרצאתי "ברוך המבדיל בין קודש לחול, בין ישראל לעמים" – בין פילוסופיה של המשפט לפילוסופיה של המשפט העברי", שניתנה בכנס השני לפילוסופיה של ההלכה, שהתקיים בירושלים, טבת התשס"ה, ינואר 2005, ועתידה להתפרסם בדברי הכנס.

16 לעניין זה ראו: מ' אלון **המשפט העברי** (ירושלים, התשמ"ח) 71; ומחקרי, א' הכהן **פרשנות תקנות הקהל במשפט העברי** (ירושלים, התשס"ג) 5-9.

17 ראו למשל אלון, **לעיל** הערה 16, בע' 71-72, לעניין המונחים "חזקה" ו"אונס"; ומאמרי: א' הכהן "עו"ד יישמע? על פרקליטים ועורכי דין" **משפטים** כה (התשנ"ה) 459-479, לעניין השימוש במונח "עורך דין", "חטא", "עוון" ו"פשע". ואין צריך לומר שבמשפט העברי גופו, כמו במשפט בן ימינו, לעתים קרובות עולה מונח אחד לכמה משמעויות. ראו אלון, **שם**; (וראו בדברי הריטב"א (מהדורת גולדשטיין התשמ"ג, ירושלים) ע' תשמט) לסוגיה שתידון להלן (כתובות, צד, א): "לשון 'בעל דברים דידי' אינו מתפרש כאן כמו בשאר מקומות שבתלמוד, אבל יש לשונות הרבה שפירושן מתחלף".

18 תרומה רבת ערך ורבת משמעות בעניין זה תרמו מפתחות השאלות והתשובות של הראשונים, שיצאו בהוצאת המכון לחקר המשפט העברי בירושלים. במלאכת נמלים שקדנית, צירפו העושים במלאכה תשובה לתשובה, זיקקו אותה למרכיבי המשפטיים השונים, וסיווגו אותם על פי המינוח המשפטי המקובל, לאחר שבדקו – בעין בוחנת – את מידת התאמתו של כל מרכיב ומרכיב לעולם המשפט המודרני. יתרון מעין זה אינו קיים בתקליטורים המכילים מאגרי מקורות של המשפט

אם בחוקרי משפט עברי כך, בסתם משפטים שאינם אמונים על מבוכי חדריו ועליות הגג המרובות שבו, על אחת כמה וכמה. גם אם נמנו עם מתי מעט¹⁹ שעשו מאמץ להיכנס אל הטרקלין, נתקלים הם לא אחת בחומה בצורה עוד בעמדם בשערי, נבוכים הם בארץ המשפט העברי, תועים הם במסדרונות המובילים אליו ותוהים במבוכיו. היטיב לבטא תחושה זו מ' חשין, שכתב:

עד שנפרוש כנף ונדאה אל על, עד שנעזוב לצמיתות קן ופנינו מועדות אל עולם חדש-קדמוני, ראויים אנו שנדע מהו אותו עולם אליו נבוא ומה מדרך כף-רגל נמצא לנו... על היקפו האדיר של משפט עברי ידענו כולנו, מקרא ומפרשיו, משנה וגמרא, ראשונים ואחרונים, רמב"ם וטור, שולחן ערוך ונושאי כלים, ספרות אדירה של שאלות ותשובות, וכל אלה שולחים פארתיהם ומתפרשים על פני מאות בשנים ומלוא ארץ כבודם, מקמה עולם ועד קצהו... אחר שומענו דברים אלה, חיל ורעדה יאחזו בנו, נעתקו מלים מלב, היינו לאבן. אכן, כחוק הנסתר הוא המשפט העברי, לא ידענו מבואיו ומוצאיו, קשה הוא בהשגה תרתי משמע, ובחלקים ניכרים בו אף שפתו – שפת שנער – לא ידענו.²⁰

ואם לא די בכל אלה, מוסף עליהם המחסום ששמים "בעלי ההלכה" למבקשים לבוא בהיכל המשפט העברי, שכביכול לא קנו כרטיס כניסה בבית המדרש כדי שיוכלו לבוא בשערי. תחושה זו תיאר, בלשונו הציורית והחריפה, השופט ח' ה' כהן:²¹

אינך יכול לחדש פניו של המשפט העברי, להתקינו לצורכי הזמן והמקום, לקרבו ללב העם – מבלי לדעתו על פרטיו ודקדוקיו; ואינך יכול "לדעתו" כי בשמים הוא, לאמור מי יעלה לנו השמימה ויקחנו לנו.

העברי, שלמרות הניסיונות לשפרם ולשכללם, עדיין בנויים בעיקרם על מנגנון חיפוש "טכני" ולא "מהותי".

19 תופעת ההתמעטות בשימוש במשפט עברי בפסיקה ובמחקר המשפטי בני ימינו אינה צריכה לפנים. התחזיות על תחייתו מחדש של העיסוק הנרחב במשפט העברי – לא זה המצומצם בקרב דל"ת האמות של החוקרים שגדלו בבית המדרש – נראות אופטימיות מדי. לעניין זה ראו: א' אדרעי "מדוע לנו משפט עברי" **עיוני משפט** כה (התשס"ב) 467-487; ומחקרי על פרשנות תקנות הקהל, **לעיל** הערה 16, בע' 31, הערה 194. ראו גם: א' הכהן "עשיית עושר ולא במשפט העברי" **עו"ד מבט** 10 (יוני 2001) 5.

20 מ' חשין **זכויות האזרח בישראל** (ירושלים, התשמ"ב) 67-68.

21 השוו לדבריו הנוקבים של הנשיא זמורה בבג"צ 65/51 **ז'בוטינסקי וקוק ג' ויצמן**, פ"ד ה' 801, 807: "לא נכריע בבעיה קונסטיטוציונית של מדינת ישראל בשנת 1951 בדבר החסינות של נשיא המדינה על סמך המשנה במסכת סנהדרין 'המלך לא דין ולא דנין אותו', ולא על סמך מעשה בעבדו של ינאי המלך המובא בגמרא לאותה משנה". לא למותר לציין, כי למרות אמירה חריפה זו לא כבש הנשיא זמורה את יצרו והעיר הערה חשובה באשר לאפשרות לעשות היקש בין סוגיית החסינות המודרנית לעמדת המשפט העברי בנושא "חסינותו" של המלך.

אם סבור היית שהספר פתוח והשולחן ערוך והאותיות מחכימות – אינך אלא טועה. זאת היא חכמה נסתרת שאינה ניתנת אלא לכשרים (תרתי משמע) וזר הקרב אליה – יומת בחצי הלעג והבוז של בעלי הסודות. מה שלמדת, ואף אם לימודך לא נשכח מלבך, הוא כאין וכאפס, כל עוד לא זכית לגושפנקא, לחותם הכשרות, להיות אחד מן היודעים, הסמוכים על שולחן האורקל. יש כתות כתות של בעלי הסודות, אנשי האורקל: הרבנים שאינם נמנים על הרבנות הרשמית, מבטלים כעפרא דארעא "יודעי" דת ודין שאינם מורי הוראה בישראל; הרבנות הראשית תובעת לעצמה מעין זכות מחברים, מונופולין ממש לידיעת דין התורה ולפירושו; אנשי "מועצת גדולי התורה" מסתכלים ברבנים הרשמיים כבחשודים במינות ואינם מוכנים לסמוך עליהם עד כי הוא זה, ונטורי קרתא רואים אף ב"גדולי התורה" ולא כל שכן ברבנים הרשמיים כופרים בעיקר, רחמנא ליצלן. הצד השווה שבכולם, שהתורה ניתנה לעצמם, למלאכי השרת כביכול, ואין בה ובידיעתה וחקירתה דריסת רגל כלשהי לאפיקורסים.²²

הדברים שלעיל, יפים הם לנושא שאנו עומדים בו. באופן יחסי, התובענה הייצוגית היא מוסד משפטי עול ימים, שאינו סוחר אחריו שובל ארוך של היסטוריה, לא של חקיקה ולא של פסיקה. ואם בעולם המשפט בכלל כך, בעולם המשפט הישראלי – על אחת כמה וכמה. במשך שנים הרבה הייתה מונחת התקנה הבסיסית שמסדירה סוגיה זו – תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי – כאבן שאין לה הופכין. רק מתי מעט עשו בה שימוש, וגם ניסיונות אלה לא צלחו במיוחד,²³ עד שבא בית המשפט העליון בפרשת א.ש.ת.²⁴ ובאיבחת חרב כמעט והפכה תקנה זו, הלכה למעשה, ל"אות מתה".

אכן, אחרי בלותה הייתה לתובענה הייצוגית עדנה. בשנים האחרונות, במידה רבה בעקבות המשפט האמריקני, חל גידול ממשי בדברי החקיקה הספציפיים שמאפשרים הגשת תובענה ייצוגית בתחומי משפט שונים ובעקבותיהם בא גל של תביעות, פסקי דין וספרות משפטית ענפה, שערממה הולכת וגבוהה מיום ליום.²⁵ ועם זאת, בשל הגורמים שנמנו לעיל, כמו גם גורמים אחרים, לא בא זכרו של המשפט העברי בדיון בסוגיות

22 ח' ה' כהן "דאגה של יום אתמול" **מבחר כתבים** (ת"א, התש"ס) 30.

23 ראו: ס' גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" **משפטים** ט (התשל"ט) 416-451;

ס' גולדשטיין "עוד בעניין תביעת ייצוג קבוצתית" **משפטים** יא (התשמ"א) 412.

24 רע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ**, פ"ד נז(3) 220. על פסק דין זה והשלכותיו, ראו לאחרונה בהרחבה: א' קלמנט "התובענה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים" **מחקרי משפט** כא (התשס"ד) 387, ומאמרו של ח' בן גון בחוברת זו. על הבלבול שחל בבתי המשפט השונים בשאלת פרשנות תקנה זו, ראו גם סומר, **לעיל** הערה 3, **ושם**, בע' 350 הערה 9.

25 ראו פירוט חלקם בהערות 11-1 לעיל.

אלה. לא גופי תורה שבו, אך אפילו לא עקרונותיו שיש בהם ומהם רוב ברכה לעיסוק בסוגיה זו.

בדברים שלהלן ביקשנו אפוא לבחון כמה **סוגיות מרכזיות**²⁶ בתורת התובענה הייצוגית לאור **עקרונות** המשפט העברי ומקורותיו.²⁷

ודוק: אין אנו מדברים בתובענה הייצוגית במשפט העברי *per se*, כמות שהיא, שהרי מוסד משפטי זה, כמות שהוא, לא בא זכרו – לא לעניין המינוח אף לא לעניין המהות – במשפט העברי. מדברים אנו בעקרונות ולא בפרטים, בדינרים ולא בזוזים. כפי שננסה להראות להלן, ניתן למצוא במשפט העברי הסדרים דיוניים מקבילים – אם כי בוודאי לא זהים – לתובענה הייצוגית, ולשאוב מעקרונותיו – לאו דווקא מפרטיו – תובנות חשובות שגם עליהן אנו יכולים – אולי אפילו חייבים²⁸ – לבסס את הלכות התובענה הייצוגית במדינת ישראל, שערכיה "ערכים יהודיים-דמוקרטיים" המה.

טענתנו המרכזית תהיה שבניגוד למצב הקיים כיום בהסדר המשפטי במדינת ישראל, יש מקום לקיים הבחנה בין סוגים שונים של תובענות ייצוגיות, ולא להחיל עליהם אותה מערכת כללים אחידה ומגבילה. כשמדובר בתובענות שמוקדן הוא הפגיעה ב"אזרח הקטן" (דוגמת תביעות המתבססות על דיני הגנת הצרכן, דיני עבודה, שירות בנקאי ללקוח, הגנת הסביבה), יש מקום להקל על ניהול הליך של תובענה ייצוגית ואפילו לעודד אותו. לעומת זאת, בתובענות שמוקדן הוא "מסחרי" או "מקצועי" (דוגמת תובענות המתבססות על דיני ניירות ערך), יש מקום להסתייג מניהול ההליך בדרך של תובענה ייצוגית.

בכל מקרה, צפונה בעיון זה ברכה מרובה להצגת עמדתו העקרונית של המשפט העברי בכמה מן הסוגיות הטורדות את מנוחתם של משפטנים בתחום התובענה הייצוגית, והוא אף עשוי להיות מקור השראה לפתרון כמה מהן.

26 למותר לציין שבמסגרת זו לא נתמצו הדברים, ועוד חזון למועד.

27 בנושא זה כמעט שלא נכתב דבר. חוות דעת ראשונית בנושא זה נכתבה בידי ידידי, ד"ר מ' ויגודה, ופורסמה באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים; וראו מאמרו: "התובענה הייצוגית במשפט העברי", משרד המשפטים, דף פרשת השבוע 213, תשס"ה.

28 כך, למשל, מכוח סוגיות שונות בדיני התובענה הייצוגית שיש בהן לאקונה-חסר, שצריך להתמלא, מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, על פי "עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל", וכך אם נראה את בסיס חלק מהתובענות הייצוגיות כמושתתות על פגיעה בזכויות חוקתיות שצריכות להתפרש על פי "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית". לעניין זה ראו למשל סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996 (לעניין עקרון השוויון). לעניין תובענה ייצוגית שעילתה דיני הגנת הצרכן, ראו: ס' דייטש "Are Consumer Rights Human Rights?" Osgoode Hall Law Journal 32 (1994) 537-577.

ב. תובענה ייצוגית מהי?

התובענה הייצוגית היא מכשיר דינמי,²⁹ אך יש לו גם השלכות מהותיות – כלכליות וחברתיות – כבדות משקל.³⁰ זהו הליך משפטי חריג, של תביעה,³¹ שבה מבקש תובע "נציג" – יחיד או קבוצת יחידים – להגיש תובענה לבית המשפט בשמה של קבוצה גדולה הרבה יותר. "נציג" זה יכול להיות כל אדם שהבסיס העובדתי והמשפטי, ועילת תביעתו או הנזק שנגרם לו, דומים במידה מספקת לאלו של שאר חברי הקבוצה. ה"קבוצה" צריכה להיות גדולה מספיק כדי שיהיה צידוק לנקוט הליך של תובענה ייצוגית ולא הליך רגיל של תובענה. זאת ועוד: בחלק מהמקרים, בעיקר בתובענות ייצוגיות בתחום דיני הצרכנות, מדובר בנזק שערכו הכספי מועט ביותר לגבי כל אחד מחברי הקבוצה.³² אכן, צירוף כל הנזקים מביא לנזק ששיעורו עצום, נוכח ריבוי מספרם של כלל הנפגעים. במצב דברים זה, אין זה משתלם מבחינה כלכלית לכל ניזוק לתבוע בנפרד.

במקרים רבים, זהותם של כל חברי ה"קבוצה" התובעת נותרת עלומה עד סיום המשפט, ואף מספרם, ולו המשווער, של אותם נפגעים אנונימיים שהם-הם בעלי זכות התובענה אינו תמיד ידוע בראשית ההליך. ההנחה היא שלכל חברי הקבוצה יש אינטרס משותף, לכולם יש עניין בבירורה של שאלה מסוימת – משפטית או עובדתית – וכולם מבקשים להיות נשכרים מתוצאות התובענה. אם מאשר בית המשפט את ניהול ההליך כתובענה ייצוגית,³³ מתנהל ההליך על ידי התובע הייצוגי.

כמה וכמה יתרונות ניתנו בתובענה הייצוגית:³⁴ יש בה כדי להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח – מסיבה זו או אחרת – להגיש תביעה; ניתן להגשים באמצעותה

29 ראו דנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק, פ"ד נז(6) 417, מפי השופט חשין, וביקורתו של סומר, לעיל הערה 3, בע' 362.

30 ראו פסק דין מגן וקשת, לעיל הערה 12, בע' 322.

31 אמנם תקנה 29 לתקנות סדר הדין מאפשרת לכאורה גם ניהול "הגנה ייצוגית", אך תופעה זו נדירה ביותר בעולם המעשה. לסוגיה זו במשפט העברי, ראו, לפי שעה: שו"ת הרמב"ם, (מהדורת בלאו) ס' תיא. וראו מה שכתב מ' ויגודה, לעיל הערה 27, בהערה 11 לחוות דעתו.

32 כך, למשל, בתביעות על פי חוק הגנת הצרכן שבהן מסתכם הנזק שנגרם לכל צרכן בשקלים בודדים, אך הנזק הכולל עולה כדי מיליוני שקלים.

33 למותר לומר, שזכות היסוד שניתנת לאדם למצות את זכויותיו בדרך של פנייה לערכאות משפט, אינה מקנה לתובע ה"נציג" זכות לעשות כן דווקא בדרך של תובענה ייצוגית, והגשתה מותנית באישור בית המשפט. יש להדגיש כי דחיית הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית אינה חוסמת בפני המבקש, כמו גם בפני חברי הקבוצה האחרים, את הדרך להגיש תובענה אישית. לעניין זה עשויה להיות השפעה מרובה על עמדתו האפשרית של המשפט העברי בסוגיה זו, וראו להלן.

34 ראו, למשל: ס' גולדשטיין, י' עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א (התש"ס) 48-27; כהנא-קסטנר תובענות ייצוגיות צרכניות בדין האזרחי (ת"א, התשס"ב) 15-11; קלמנט, גבולות, לעיל הערה 2, בע' 317 ואילך.

אינטרס ציבורי של אכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית; יש לה ערך מרתיע מפני הפרת החוק וגרימת נזק בידי מעוול פוטנציאלי; יש בה כדי לבלום שימוש לרעה בכוח הנתון בידי בעלי שליטה; יש בה חיסכון במשאבים ומניעת ריבוי תביעות. אכן, גם חסרונות התובענה הייצוגית לא נעלמו מעין. בתחומים מסוימים יוצרת היא סכנה להתערבות יתר של הפרט בניהולם של גופים מסחריים, תוך כדי פגיעה באינטרסים של הכלל;³⁵ טמון בה פוטנציאל של פגיעה ביחיד הקבוצה, בנתבעים ובמשק כולו עקב ניצול לרעה של מכשיר זה על ידי קנוניה, הגשת תובענה מנימוקי סחיטה והשתלטות ולחץ לפשרה גם כשאינה ראויה, כאשר הנתבע מוכן לה כדי להימנע מהתדיינות מתישה ויקרה, גם אם חסרת סיכוי היא. פעמים הרבה טמון בתובענה גם חשש לפגיעה קשה ולא מוצדקת בנתבע, בדרך כלל – גורם עסקי גדול, ששמו הטוב ייפגע מעצם פרסום העובדה שהוא נתבע בתובענה ייצוגית דווקא. ייתכן שזק זה אף יוחמר שבעתיים על ידי ההודעות הנשלחות לחברי הקבוצה, אם הם לקוחות קבועים של הנתבע.³⁶

אכן, לא לחינם הביע בית המשפט העליון את חששו שמא נקיטת הליך זה תביא "לקיפוח זכויותיהם של תובעים, של נתבעים או של שניהם",³⁷ ובמקרה אחד אף המשיך את סכנותיה ל"רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו".³⁸ על אף שמדובר במוסד משפטי חדש יחסית בעולם המשפט בישראל, נוצרה סביבו ספרות ענפה³⁹ שמושפעת, במידה רבה, מן השיח בסוגיה זו בשיטות משפט שונות בעולם, בעיקר בשיטת המשפט האנגלו-אמריקני.⁴⁰

35 כך, למשל, הגשת תובענה ייצוגית בדיני ניירות ערך עלולה להביא להתערבות יתר מצד בעלי המניות בניהול החברה והכבדה על ניהולה התקין והיעיל. זאת, לבד מהחשש מפני ירידה ניכרת במניות החברה הנתבעת (שאינה כה משמעותית כאשר מדובר בתובענה שמגיש אדם יחיד נגד החברה), שתביא לפגיעה בבעלי המניות של החברה, לעתים רבות ללא כל הצדקה.

36 ראו, למשל: ס' גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" לעיל הערה 23, ושם, בע' 428.

37 ראו: רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774; רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2) 577, מפי השופט ברק; ע"א 2967/94 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 322-323, מפי השופט שטרסברג-כהן.

38 דנ"א 5712/01 ברוני נ' בזק, פ"ד נז(6) 406.

39 ראו, למשל: ג' לוטן, א' רו תובענות ייצוגיות (התשנ"ו), והמאמרים הרבים שנזכרים בהערות השוליים במאמר זה.

40 על ההיסטוריה של התובענה הייצוגית בארצות הברית, ראו: S. C. Yeazell From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action (1987). על התפתחותה במשפט האנגלי, ראו: ס' גולדשטיין "עוד בעניין תביעת ייצוג קבוצתית" לעיל הערה 23, בע' 412.

ג. מהותה המשפטית של התובענה הייצוגית

כאמור בראש הדברים, במערכות משפט מודרניות, ומשפט מדינת ישראל בכלל זה, קבועה התובענה הייצוגית עלי ספר החוקים, נטועה היטב בסעיפי סדר הדין האזרחי, וממילא שואבת מהם ומכוחם את תוקפה באופן ישיר. אין היא צריכה לא לדיני השליחות ולא למערכות משפט אחרות, בהיותה נטועה, ראשה ורגליה, על קרקעו המוצקה של סעיף חוק מפורש המקנה ל"נציג"-התובע הייצוגי, לפנות לבית המשפט בשם "שולחיו" הסמויים מן העין בשלב זה.

לא כן במשפט העברי. למיטב ידיעתנו, לא קיים במשפט העברי הסדר משפטי ממוסד של ניהול תביעה בדרך זו. תופעות שונות שמצויות במקורותיו המגוונים של המשפט העברי, שנראות לכאורה דומות או זהות לתובענה ייצוגית, הן תופעות "מקומיות", אד-הוק, של פעולות משפטיות שננקטו על ידי תובע פלוני או אלמוני, במקרה מסוים, אך בוודאי אינן מעוגנות בדרך המלך של סדר הדין במשפט העברי.⁴¹ יתר על כן: כמה ממרכיביה של התובענה הייצוגית (כגון היעדר הרשאה מפורשת ל"נציג" מצד כלל חברי הקבוצה התובעת, או הסיכון שגלום בהגשת התובענה לתובע הפוטנציאלי הבודד שנמנה עם חברי הקבוצה) נוגדים, לכאורה, מושכלות ראשונים של כללי סדר הדין במשפט העברי.⁴²

אשר על כן, אם באנו לעיין בסוגיית התובענה הייצוגית, ולו "לפי עקרונות המשפט העברי", אנוסים אנו לזכור כל העת כי מדובר במערכת משפטית שסדרי הדין שבה שונים, אולי אפילו נוגדים. ועם זאת, שומה עלינו לחַזֵּק אחר מוסדות משפט קרובים במשפט העברי – קרובים אך לא זהים – שמהם ניתן להעלות, והכל על דרך הזהירות, כללים גדולים בעניינה של תביעה מעין זו בדיני ישראל ובדיני מדינת ישראל.

המבנה המשפטי שנראה קרוב ביותר לעניין זה הוא המוסד המשפטי של הזכייה, ההרשאה והשליחות,⁴³ וביתר דיוק: שליחות והרשאה "שלא מדעת". בהליך של תובענה ייצוגית, הנציג-התובע עשוי להיתפס כשלוחם של כלל התובעים הפוטנציאליים. אכן, בהיעדר הרשאה מפורשת מצד חברי הקבוצה לנציגם, יש מקום לדון במעמדו, בסמכויותיו וביכולתו לפעול בשמם.

להלן נדון בשתי בעיות עיקריות שניצבות לפתחה של תובענה ייצוגית בשיטת המשפט העברי. הבעיה האחת, אינה מיוחדת רק להליך זה, אך נמנית עם מאפייניו

41 ודוק, לא בכדי לא בא "השם המפורש" של התובענה הייצוגית במפתח חיבורו המקיף של א' שוחטמן סדר הדין (ירושלים, התשמ"ח). עם זאת, ברור שלרבים מפרקי הספר השלכות משמעותיות על התובענה הייצוגית, ועוד נפנה אליהן להלן. ראו בעיקר שם, בע' 62 ואילך.

42 ראו ויגודה, לעיל הערה 27, ולהלן.

43 על שליחות והרשאה במשפט העברי ראו בהרחבה: נ' רקובר השליחות וההרשאה במשפט העברי (ירושלים, התשל"ב); ש' אטינגר פרקי שליחות במשפט העברי (ירושלים, התשנ"ט).

העיקריים, והיא ניהול התובענה על ידי "מורשה" ולא בידי בעל הדין עצמו. כאמור, בעיה זו קיימת בכל מקרה של ניהול הליך בידי עורך הדין, אך בולטת היא במיוחד בתובענה הייצוגית, בשל היקפה, מורכבותה והשלכותיה רחבות הממדים. הבעיה השנייה – והיא ייחודית להליך זה של תובענה ייצוגית – נעוצה בכך שברוב המקרים חברי ה"קבוצה" לא נתנו הסמכה מפורשת בידי "נציגם" – התובע לנהל את ההליך בשמם, ופעמים הרבה אף אינם מודעים כלל לכך שמתנהל הליך בשמם, אלא רק – אם בכלל – בשלב מתקדם של ההליך. נוצר כאן אפוא מצב משונה בו פלוני פועל בשם תובע פוטנציאלי, אך התובע לא הסמיכו מעולם לייצגו ולרוב אף אינו מודע לכך שפלוני "מייצגו". בפרק הבא נדון בשאלה: האמנם ניתן להתגבר על קשיים גדולים אלה לפי סדרי הדין הנוהגים במשפט העברי?

ד. הרשאת אדם לטעון בשם בעל דין

בניגוד לנהוג ולמקובל במשפט בן ימינו, ייצוג בעל דין באמצעות "מורשים" – עורכי דין, לא רווח בשלבי התגבשותו הראשונים של המשפט העברי. שיטת משפט מיוחדת זו העדיפה שכל בעל דין יתייצב באופן אישי בפני בית הדין, יטען טענותיו לעצמו ולא יסתייע באחרים. מקורו של דין זה הוא בציווי התורה "שִׁמְעוּ בֵּין אֲחֵיכֶם וּשְׁפֹטֶתֶם צֶדֶק",⁴⁴ שמכוחו אמרו בתלמוד:

אמר רבי חנינא: אזהרה לבית הדין שלא ישמע בעל דין קודם שיבוא בעל דין חבירו ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבוא בעל דין חבירו.⁴⁵

44 דברים, א, טז.

45 סנהדרין, ז, ב. המקור הראשוני נמצא כבר בתורתן של תנאים, במדרש ההלכה לספר שמות (מכילתא דרבי ישמעאל (מהדורת איש שלום), פרשת כ' ע' צח): "לא תשא שמע שוא" – הרי זה אזהרה למקבל לשון הרע; דבר אחר, הרי זה אזהרה לדיין שלא ישמע מבעל דין, עד שיהא בעל דינו עמו, שנאמר 'עד האלהים יבא דבר שניהם'; דבר אחר, הרי זה אזהרה לבעל דין, שלא ישמיע דבריו לדיין עד שיהא בעל דינו עמו, שנאמר (דברים, יט, יז) 'ועמדו שני האנשים'. על איסור זה, מעמדו – מדאורייתא או מדרבנן – מהותו והיקפו, ראו בהרחבה שוחטמן, לעיל הערה 41, בע' 226 ואילך; הרב ע' בצרי דיני ממונות (ירושלים, התשנ"ג, חלק א) רנה-רסו.

יושם אל לב שבמשפט העברי לובשת דרישה זו לא רק לבוש אזרחי-חילוני, אלא גם לבוש דתי.⁴⁶ מכאן, האזהרה הכפולה שמופנית הן לבעל הדין, הן לבית הדין, וכינוי העובר על כלל יסוד זה "רשע ערום".⁴⁷ בניגוד למקובל בשיטות המשפט המודרניות, חובת התייצבות זו גם אינה נפתרת באמצעות הופעת שלוחו-מורשהו של בעל הדין. היא מחייבת את התייצבותו האישית של בעל הדין גם כאשר יש מי שמייצגו בבית הדין. את הגיונה של דרישה זו, על שני ראשיה, היטיב לנסח א' שוחטמן:

טעמה של הלכה זו הוא, שבהיעדר הצד שכנגד, יש בידי בעל דין המשמיע טענותיו לנסח דברי שקר כאילו היו אמת, בלא שיש מי שעומד נגדו המכיר בשקרו ויכול להכחישו. עימות ישיר בין שני בעלי הדין מקטין את הסכנה שיעזי בעל דין אחד לשקר במצח נחושה...⁴⁸ עוד יש לומר בטעמה של הלכה זו שנאמנותו של בעל דין מבוססת לפעמים על חזקה, ויש שערכה של החזקה קיים רק בתנאי שהצד שכנגד נוכח בדיון, כגון חזקה שאין אדם מעזי לטעון שקר בפני מי שמכיר בשקרו. לחזקה זו יש ערך רק בתנאי שהטעון נעשה בנוכחות הצד שכנגד, ואין דרך למלא את מקומו באמצעות מורשה.⁴⁹

לצד נימוקים שעיקרם הפגיעה האפשרית בבירור האמת כתוצאה מהיעדרות בעל הדין והופעה של אחר מטעמו, יש בדברי חכמי ההלכה גם נימוקים שעניינם נוחות ההליך. נתבע עשוי לטעון שבעל הדין – בניגוד לשלוחו או לנציגו – הנו אדם "נוח לבריות", ומעדיף הוא להתדיין עמו ולא עם נציגו. כך, למשל, כתב בעל העיטור, רבי יצחק בר' אבא מארי, בעניין המחאה: "הראשון [=בעל הדין עצמו] נוח לי, והשני [=שלוחו או נציגו] קשה הימנו".⁵⁰ דומה שגישה זו, המתחשבת ב"נוחותו" של הנתבע⁵¹ מיוחדת למשפט העברי.

לא אחת נטען כי בדרך זו, שבה מופיע בעל הדין עצמו בפני השופט ולא נציגו או שלוחו, יש כדי לסייע להוצאת האמת לאור. לא כן כאשר ה"מורשה"-עורך הדין מלמד את שולחו מה לטעון (ובעיקר, מה לא לטעון), עד כדי כך שבעקבות הנחיות אלה יכול

46 על השפעת המערכת הדתית על המערכת הנורמטיבית של המשפט העברי עמדתי בהרצאתי הנ"ל, ראו לעיל הערה 15.

47 ראו סוטה, כא, ב: "היכי דמי רשע ערום? אמר רבי יוחנן: זה המטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חברו". בניגוד לדין החילוני, המדבר במונחים של "חייב" ו"פטור", נעשה כאן שימוש במונח מובהק ("רשע ערום") שעיקרו נטוע בעולם הנורמות הדתי-מוסרי.

48 שוחטמן, לעיל הערה 41, בע' 227. ראו גם רקובר, לעיל הערה 43, בע' 19-27.

49 שוחטמן, שם.

50 ראו רקובר, לעיל הערה 43, בע' 111.

51 ועדיין, כמובן, צריך לפרש מהי "נוחות" זו ומה תוכנה.

וייצא המשפט מעוות ומעוקל. לא ייפלא אפוא, שתואר "עורך הדין" נתפס, עוד בימים קדמונים, כביטוי גנאי למי שמלמד בעל דין לטעון טענותיו, ומכאן אף הציווי "אל תעש עצמך כעורכי הדינים".⁵²

עד כדי כך הסתייגו חכמים מטיעון באמצעות "מתווכים", שאמרו:

"מדבר שקר תרחק" – שלא יעמוד אצל סניגורין(!), שנאמר: "עד האלהים [=בית הדין] יבא דבר שניהם".⁵³

ועוד הוסיפו ואמרו:

"ואשר לא טוב עשה" – זה הבא בהרשאה.⁵⁴

אכן, במהלך הדורות נשתרשה התופעה של ייצוג בעל דין בידי מורשה,⁵⁵ ואף התקינו תקנה מיוחדת לשם כך.⁵⁶ ועם זאת, עדיין ניכרת רתיעה מהליכה בדרך זו, והיא מהווה חריג ולא כלל.⁵⁷ מסיבה זו אף נקבע בתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים לאמור:

במשך כל מהלך המשפט, על בעלי הדין להיות נוכחים, גם אם יש להם מורשים, אלא אם כן החליט בית הדין שאין צורך בנוכחותם או בנוכחות אחד מהם בכל מהלך המשפט או בחלק ממנו.⁵⁸

למותר לומר, שכלל זה אינו מתקיים בהליך של תובענה ייצוגית, שבו בעל הדין המשתתף לקבוצה לא רק נעדר מאולם בית המשפט, אלא לרוב אפילו אינו מודע כלל לכך שהוא שותף לתובענה בהיותו חלק מן הקבוצה התובעת. זאת ועוד: גם במקרה של מורשה-עורך דין המייצג את שולחו, ניתנה לו זכות הייצוג במשפט העברי מכוח הקנאת נשוא התביעה מן השולח למורשה. ממילא, כאשר מופיע המורשה בבית הדין, אין הנתבע יכול לומר לו "לאו בעל דברים דידי את" [=אין

52 על משמעותו המקורית וגלגוליו השונים, ראו בהרחבה מאמרי: א' הכהן "עו"ד יישמע? על פרקליטים ועורכי דין" **משפטים** כה (התשנ"ה) 459-479. ולאחרונה: ב' ליפשיץ "ערכי הדיינין / ארכי הדיינין, עורכי הדיינין, עורכי הדיינין – פרקים בסדר-הדין של המשפט העברי" **אלון בנבורות** (א' ברק, מ' בן ששון וא' הכהן עורכים, ירושלים, התשס"ה) [בדפוס].

53 וכפי שהסביר שוחטמן, **לעיל** הערה 41, בע' 66: שצריך בעל הדין לטעון בעצמו ולא על ידי סניגור. על ה"אלהים"-בית הדין, לשמוע את הטענות מפי בעלי הדין דווקא, שכן הסניגור עלול לטעון טענות שקר, בעוד שבעלי הדין עצמם אינם מעיזים לעשות כן.

54 שבועות, לא, א. וראו שוחטמן, **שם**, לגבי סייגיה של אמרה חריפה זו.

55 ראו בהרחבה: רקובר, **לעיל** הערה 43; שוחטמן, **לעיל** הערה 41, בע' 62 ואילך. הרשאה זו נתבססה על דיני השליחות. ראו שו"ת הרשב"א, ח"ב, פח; ח"ד, כז.

56 תקנה זו מכונה בתלמוד "אורכתא" – הרשאה, ולפיה מקנה התובע למורשה את זכות התובענה שלו. ראו רקובר, **שם**.

57 ראו בהרחבה שוחטמן, **לעיל** הערה 41, בע' 65 ואילך.

58 תקנה נז לתקנות סדר הדין בבתי הדין הרבניים, התשנ"ג.

אתה בעל דברים שלי] שהרי הוא טוען למען עצמו.⁵⁹ למותר לומר, שהקנאה מעין זו אינה מתקיימת במקרה של תובענה ייצוגית, שבה הנציג-התובע אינו מכיר את כלל חברי הקבוצה שאותם הוא, כביכול, מייצג, וממילא לא הקנו לו זכותם מעולם.

ה. יכולת בעל דין אחד לתבוע בהיעדר "שותפיו" לתובענה

יתר על כן: מלבד הבעיה של הגשת תביעה שלא בידי בעל הדין אלא באמצעות מורשהו, קיימת בתובענה הייצוגית בעיה נוספת. לפי המשפט העברי, בהליך שבו יש כמה תובעים פוטנציאליים צריכים כולם להתייצב בבית הדין. הגיונו של כלל זה ברור: הוא נועד למנוע מהנתבע את הצורך להתדיין בכל פעם מחדש ובהליך נפרד עם אחד מן התובעים, כאשר נושא התביעה – הן מבחינה עובדתית, הן מבחינה משפטית – אחד הוא.

אכן, לא אחת קורה, שמשני צדי המתנס המשפטי ניצב יותר מבעל דין אחד.⁶⁰ בניגוד למקרה שנזכר לעיל, ובו המורשה אינו בעל דין אלא פועל בשמו של אחר, בתובענה ייצוגית הנציג – ומכוחו, מורשהו – שטוען בשם בעלי הדין הפוטנציאליים הוא עצמו אחד התובעים, אלא שמבקש הוא לייצג גם את עמיתיו שיש בידם, לכאורה, אותה זכות תביעה שמצויה בידיו-שלו, על אף שאינם נוכחים כלל בהליך ולרוב אף אין בידו כתב הרשאה מפורש מצדם לעשות כן.

בעניין זה יש להבחין בין שני מקרים: מקרה אחד, שבו תובע אחד מנהל תביעה בהיעדר תובעים פוטנציאליים אחרים, ומקרה שני, שבו לא רק שהוא מנהל את התביעה בהיעדרם אלא שהוא מתיימר גם לייצג את האינטרס של בעלי הדין שאינם נוכחים.

כפי שכתב א' שוחטמן,⁶¹ ייצוגם של כמה בעלי דין בידי אחד מהם אינו מצריך "כתב הרשאה" פורמלי ומפורש. הטעם לכך הוא שהמייצג את חברו בדין נחשב כשלוחו, וניתן לראותו כבעל דין במשוא התביעה כולה, למרות שהוא רק אחד מכמה תובעים. יתר על כן: המשפט העברי מעדיף לעתים שרק תובע אחד יעמוד מול הנתבע, ולא הרבה תובעים, כדי ש"לא יסתתמו" טענות של הנתבע שצריך להתמודד לבדו מול הרבה תובעים, דבר שיוצר לכאורה אי שוויון בין בעלי הדין.⁶²

59 רקובר, לעיל הערה 43, בע' 104 ואילך; שוחטמן, לעיל הערה 41, בע' 66-67.

60 על ריבוי תובעים ונתבעים בדין האזרחי הישראלי, ראו: תקנות 28-31 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; סעיף 122(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

61 סדר הדין, לעיל הערה 41, בע' 63.

62 טעם זה אינו ישים כפי שהוא בימינו. לעתים קרובות, לאו דווקא מספר בעלי הדין אלא משאביהם ועוצמתם הכלכלית קובעים את מערכת היחסים בין התובע לבין הנתבע. כך הוא בוודאי בתובענות ייצוגיות, שבהן בדרך כלל דווקא הנתבע, אפילו הוא אחד ויחיד, הוא בעל אמצעים מרובים.

לכאורה, מקור ליכולתו של בעל דין – אחד מני רבים – לתבוע נמצא כבר בתלמוד: ⁶³

אמר רב הונא: הני תרי אחי ⁶⁴ ותרי שותפי ⁶⁵ דאית להו דינא בהדי חד, ⁶⁶ ואזל חד מיניהו בהדיא לדינא, לא מצי אידך למימר ליה: 'את לאו בעל דברים ידידי את', אלא שליחותיה עבד. אמר רב הונא: אותם שני אחים או שני שותפים שיש להם דין עם אחד, והלך אחד מהם עמו [=עם הנתבע] לדין, לא יכול חברו לומר לו: "אינך בעל דברים [=בעל דין] שלי", אלא שליחותו הוא עושה.

מדברי התלמוד עולה לכאורה שבתביעה שמעורבים בה כמה בעלי דין, ⁶⁷ "אחים" או "שותפים", אין הכרח בשיתוף כל בעלי הדין בתביעה, אלא רשאי אחד מהם לתבוע. ⁶⁸ מהו הגיונה של הלכה זו החורגת מהדין הרגיל שלפיו בעל דין צריך לטעון טענותיו בעצמו, ואינו יכול לסמוך על מורשה? גישה אחת מוצגת בדברי הרמב"ם ב"משנה תורה": ⁶⁹

אחד מן האחים שלא חלקו או מן השותפין שבא לתבוע, תובע על הכל. הואיל ויש לו חלק בזה הממון, אינו צריך הרשאה משאר שותפין.

הווי אומר: מבחינה פורמלית, לדעת הרמב"ם, ה"חלק" שיש לבעל הדין-התובע בנושא התביעה, פוטר אותו מן הצורך בהרשאה, ומכיוון שיכול הוא לתבוע על חלקו-שלו, "תובע על הכל". ⁷⁰

63 כתובות, צד, א.

64 התלמוד אינו מפרש באלו נסיבות ביקשו האחים לתבוע ומהו בסיס תביעתם. מדברי הרמב"ם (רמב"ם, שלוחין ושותפין, ג, ג) עולה שמדובר בנכס שיש בו בעלות משותפת (מכוח ירושה?).

65 יושם אל לב, שבמקרה של תובענה ייצוגית אין מדובר בשותפות בין תובעים, אך מקרה זה דומה יותר למקרה של "שני אחים".

66 מהקשר הדברים עולה בכירור כי תביעתו של ה"אח" או ה"שותף" האחד אינה מתייחסת לחלקו-שלו בלבד, אלא גם לחלק שותפיו, שאם לא נאמר כן, האמנם יעלה על הדעת, שבבוא שותף לתבוע רק על חלקו-שלו, יוכל שכנגדו לומר לו "לאו בעל דברים ידידי את"? החידוש הוא שלמרות שרק אחד השותפים ניהל את התובענה, נוצר בסיומה "מעשה בית דין" כלפי כולם, ומשכשל בתביעתו – לא יוכלו שותפיו לשוב ולתבוע חלקם. לכן, מדגיש רש"י בפירושו על אתר, שהכוונה היא לתובענה "בדבר השותפות", היינו: השותפות כולה. וכך מדויק גם בדברי הרמב"ם והרשב"א שיובאו להלן בסמוך.

67 הגמרא, כדרכה פעמים הרבה, מדברת דווקא ב"שני שותפים", אך ברור שהוא הדין ליותר.

68 שו"ט, שם. והשוו למש"כ ויגודה, לעיל הערה 27.

69 רמב"ם, שלוחין ושותפין, ג, ג.

70 שהרי "הא בהא תליא", ראו "כסף משנה", שם.

שערי משפט ד(1) התשס"ה "וכי זכין לאדם שלא בפניו?" – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי

ולא עוד, אלא שמשנתקבלה הכרעה בתביעה, "אין השותף האחר [=שלא הופיע בעצמו בבית הדין] יכול לומר לשותפו שדן, אילו הייתי אני התובע – הייתי טוען טענות אחרות ומחייב בעל דיני, שהרי אומרין לו: למה לא באת לתבוע גם אתה?"⁷¹ מבחינה מהותית ניתן לומר, שהאינטרס שיש לבעל הדין שמופיע בבית הדין ומנהל את התביעה בהצלחה, יביא לכך שייצוג האינטרסים של כלל ה"אחים" או ה"שותפים" יהיה הולם, ולא תיפגענה זכויותיהם. גישה שונה במקצת מוצגת בתשובת הרשב"א-רבי שלמה בן אדרת (ספרד, המאה הי"ג), וזו לשונה:

שאלת: שנים שהלוו לאחד, ובא אחד מהם ותבע החוב כולו, מהו?

תשובה: מסתברא לי [=נראה לי] שיכול לתבוע כל החוב. דכל שהלוו בשטר אחד כשותפין⁷² ניהו. דאי לא [=שאם לא כן], למה הלוו לו בשטר אחד?

ותדע לך דהא [=שהרי] שנים שלוו כאחד, דנין אותם כערבין זה לזה. ומן הטענה הזו, דאי לא, למה לו בשטר אחד? ... וכן אלו שהלוו לזה בשטר אחד הרי הם כשותפין, וכאילו הרשו זה לזה לתבוע כל החוב.

ולווה זה נמי [=גם כן] כמחייב עצמו לפרוע הכל למי משניהם שיתבענו.⁷³

הווי אומר: לדעת הרשב"א, בעסקת ההלוואה המדוברת יש מעין שותפות בין התובעים הפוטנציאליים, ועדיין אין הם פטורים מהצורך הבסיסי בהרשאה אלא שרואים אותם כאילו הרשאה זו ניתנה בידם.

אכן, יש להיזהר בעשיית היקש מסוגיה זו לסוגיית התובענה הייצוגית שאנו עומדים בה, ומכמה טעמים. ראשית, קיים שוני מהותי בין עסקאות היסוד. במקרה שמתואר בתלמוד, וכך בוודאי במקרה שמוכא בדברי הרשב"א, מתוארת "עסקת יסוד" אחת שנתקיימה בין שותפים לבין נתבע (הלוואה, מכר וכיו"ב).⁷⁴ לעומת זאת, בתובענה ייצוגית ייתכן שמדובר במאות ואולי באלפי עסקאות שונות, שנעשו בין חברי הקבוצה – שאין מתקיימים בינם לבין עצמם יחסי שותפות כלשהם – לבין נתבע אחד. בתובענה ייצוגית, מהות התובענה, אפילו היקפה ואופיה (דוגמת נזק בשיעור מסוים) אמנם דומים או זהים אצל כלל התובעים הפוטנציאליים המשתייכים ל"קבוצה", אך לרוב אין מדובר במעשה אחד ספציפי של הנתבע כלפי כלל התובעים,

71 רמב"ם, שם.

72 יושם אל לב שהרשב"א משתמש בעקביות בכ"ף הדמיון, "כשותפים", "כאילו הרשו".

73 שו"ת הרשב"א, ח"א, פב.

74 וכפי שפירש רש"י על אתר, ד"ה ואזל: "ואזל חד מיניהו בהדיא לדינא – בדבר השותפות".

אלא בפעולות רבות שעשה – בזמנים שונים ובמקומות שונים – עם כל אחד ואחד מחברי הקבוצה. די אפוא בהבדל משמעותי זה כדי למנוע החלה "אוטומטית" של דין התלמוד גם על תובענה ייצוגית.

יתר על כן: בעקבות המשך הסוגיה בכתובות, שמבחינה בין מקרה שבו היו שאר השותפים בעיר (אלא שנעדרו, מסיבותיהם-שלהם, מבית הדין בשעה שנדונה בפניו התובענה), לבין מקרה שנעדרו ממנה, צמצמו חלק מחכמי המשפט העברי את תחולתו של היתר זה, הגשת תביעה רק מצד אחד התובעים הפוטנציאליים, עד למינימום. כך, למשל, כתב הרמב"ם בהמשך דבריו שהובאו לעיל:

לפיכך אם היה [=האח או השותף] במדינה אחרת, יש לו [=יכול הוא] לחזור על בעל הדין ולדון עמו ולומר לו: אני איני מודה בכל מה שטען שותף שלי.

לפיכך אם בא [=ה"אח" או ה"שותף" ממדינה אחרת] – יש לו לחזור על בעל הדין [=הנתבע], ולדון עמו, ולומר לו 'אני איני מודה בכל מה שטען שותף שלי'.

לפיכך יש לנתבע לעכב⁷⁵ [=כשבא לפניו רק שותף אחד מתוך קבוצת התובעים הפוטנציאליים] לומר לזה, או דון עמי בחלקך [=בלבד], או הבא הרשאה שהרי ממון שניכם בידי ושניכם בעלי דיני, ולמחר יבוא אחיך או שותפך ויתבע גם הוא.

את הגיונו של סייג זה הסביר ר' יואל סירקיש (פולין, המאה ה-17), בעל ה"ב"ח-ה"בית חדש" על הטור:

דמצי הנתבע למימר לה הוא שותף דקא תבע ליה [=שיכול הנתבע לומר לשותף שתבע אותו]: 'חברך לא יעז כל כך בטענות שקרים ועל כן לא אשיב לך עד שיבוא חברך'.⁷⁶

מוקדה של גישה זו הוא הנתבע, ולא התובע. הלכה זו מבקשת למנוע מהנתבע ניהול התדיינויות חוזר ונשנה עם כל אחד מהתובעים הפוטנציאליים ולפיכך מחייבת את כולם להיות שותפים להליך (יהיו תוצאותיו אשר יהיו) ולשאת בכל סיכוייו וסיכוניו.

אכן, גם באותם מקרים שבהם אפשרו חכמי ההלכה לבעל דין אחד לטעון עבור חבריו, נעשה הליך זה רק לאחר שהייתה הסכמה מפורשת – אולי אף בקשה ודרישה מפורשת – מצדם שיעשה כן.⁷⁷ לא כן, כאשר נעשה הדבר בהיעדר הסכמה. הגיונו של

75 הרא"ש, רבי אשר ברבי יחיאל, חולק על הרמב"ם בנקודה זו. לטענתו, עדיין ניתן לקיים את הדיון על כלל נכסי השותפות: אם התובענה תקבל – ייחסך ההליך השיפוטי משאר התובעים, ואפילו תידחה – לא יפסיד הנתבע, שכן בכל מקרה יצר מעשה בית דין כלפי אותו שותף שירד עמו לדין.

76 ב"ח, חו"מ, קכב, ס"ק יז. מובא על ידי שוחטמן, שם, בע' 63, הערה 129.

77 ראו שו"ע חו"מ, יז, ד ("השותפין יבררו להם"); שוחטמן, שם.

הסדר זה מובן: בהיעדר הסכמה, יכול בעל דין לטעון שחברו שכביכול ייצג אותו, לא עשה מלאכתו נאמנה, ונמצאו זכויותיו מקופחות. אם בתביעה רגילה כך, בתובענה ייצוגית – על אחת כמה וכמה. בהליך זה, לא נתנו חברי הקבוצה בידי הנציג-התובע הסכמה מפורשת לתבוע ולטעון עבורם. נהפוך הוא: לעתים קרובות אין חברי הקבוצה מודעים כלל לכך שהוא מגיש תביעה, כביכול "בשמם", וממילא לכאורה אין מקום להכשיר תביעה מעין זו. פשוטם של דברים הוא, שלפי כללי סדר הדין הרגיל של המשפט העברי, קשה להצדיק הגשת תובענה ייצוגית ב"דרך המלך". עם זאת, ולמרות כל האמור לעיל, ייתכן שבנסיבות מסוימות ניתן להצדיק הגשתה של תובענה ייצוגית גם לפי המשפט העברי. הפגם הפורמלי, של היעדר ההרשאה, עשוי להתמלא מכוח גישה שתראה בנציג-התובע מעין שלוח-מכללא של הנמנים עם הקבוצה שבשמה הוא פונה לבית המשפט, וזאת לאורם של דיני הזכייה והשליחות, כפי שיבואר ויפורט להלן.

ו. עקרון היסוד: זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו

עקרון יסודי הוא במשפט העברי ולפיו "זכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לו אלא בפניו".⁷⁸ רוצה לומר: דבר שהוא לזכותו ולטובתו של אדם, עושים אותו עבורו שלא מדעתו.

מעבר למקורו הפורמלי של כלל זה,⁷⁹ יש לתהות על קנקנו של הכלל מבחינה מהותית. האם מדובר רק ברשות, בכוח וביכולת, שמאפשרים לאדם לזכות עבור חברו, או בחובה שמוטלת עליו לזכות את חברו מקום שביכולתו לעשות כן? בניגוד לשיטות משפט בנות ימינו, מכיר המשפט העברי לא רק בזכותו אלא גם, ושמה בעיקר, בחובתו של אדם להציל את ממון חברו, ולמנוע ממנו הפסד.⁸⁰ על יסוד זה בנויים דינים שונים, דוגמת מצוות "השבת אבידה", מצוות "לא תעמוד על דם רעך", חובת הערבות ההדדית, ומצוות "ואהבת לרעך כמוך", שנתפרשה בכלל הידוע "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך". מכוח תפישה זו, הרואה נחשול מים המאיים לכלות את שדה חברו או להרוס את ביתו חייב לעשות כל שביכולתו כדי לעצרו.⁸¹ כיוצא בדבר, חייב אדם לטרוח "בכל כוחו" להציל ממון חברו.⁸²

78 ראו משנה, עירובין, ז, יא; גיטין יא, ב; ובהרחבה: אנציקלופדיה תלמודית יב (התשנ"ה) קלה-קצח.

79 ראו אנציקלופדיה תלמודית, שם.

80 ראו, למשל, רשב"ם, בבא בתרא, נג, א, ד"ה "האי מברח".

81 בבא מציעא, לא, א, וראו רמב"ם, גולה ואבידה, יא, ב; שו"ע חו"מ, רנט, ט.

82 ראו שולחן ערוך הרב (לרבי שניאור זלמן מלאדי, בעל "התניא"), הלכות מציאה ופקדון, סעיף לג.

ניתוח חלק גדול מהתובענות הייצוגיות מלמד, שברבות מהן – דוגמת תובענות שנשענות על דיני הגנת הצרכן, איכות הסביבה או דיני עבודה – חלק ניכר מחברי הקבוצה יימנעו מלתבוע את זכויותיהם ויפסידו אותן, אם בשל הנזק הפעוט שנגרם לכל אחד מהם (כך, לדוגמא, כשרכשו מוצר פגום במחיר נמוך יחסית), ואם בשל חששם לעמוד בדין מול נתבע רב עצמה. ממילא, הסיכון שיפסידו בתביעתם אינו **מציאותי** כלל, שהרי אלמלא התובענה הייצוגית לא היו תובעים כלל, ומנגד הסיכוי שירוויחו או, למצער, לא יפסידו דבר מניהול ההליך בידי "נציגם" גדול הרבה יותר.

כדי להתגבר על המכשול **הפורמלי** שהוצג לעיל, ניתן לדאוג בתובע-הנציג אדם שמבקש לזכות את חבריו – תובעים פוטנציאליים שנמנים עם בני ה"קבוצה" שאותה הוא מייצג – להשיב להם את "אבדתם" – נזקם, ולזכותם בפירות תביעתו.

נציג זה עשוי לפעול מכוחם של דיני השליחות הרגילים, אף שלא היה כאן מעשה מפורש של מינוי לשליח.⁸³ וטעמו של דבר: מכיוון ששליחות זו – זכות היא לו, "אנן סהדי" – אנו עדים, שנוח היה לבעל הדין שחברו ישמש שליח עבורו, ונחשב כשלוחו-מכללא, כאילו עשאו שליח.

אכן, לאור ה"חוב" שקיים בשליחות מעין זו, נראה יותר להימנע מלבסס את זכות ה"ייצוג" על דיני השליחות הרגילים⁸⁴ אלא מכוחה של **דוקטרינה משפטית עצמאית** של "זכיה".⁸⁵ גישה זו רואה בנציג-ה"מזכה" את "ידו הארוכה" של בעל הדין שלזכותו נעשית הפעולה,⁸⁶ או נורמה מיוחדת וייחודית שאין חלים לגביה כללי השליחות הרגילים.⁸⁷

83 ראו רש"י גיטין, ט, ב, ד"ה "יחזיר"; רש"י, בבא מציעא, יב, א, ד"ה "גבי", ועוד; ש' י' זווין **אנציקלופדיה תלמודית יב** (התשנ"ה) קלו. או שמא "גזרת הכתוב" היא שבמקרה זה הזוכה היא מעין שלוחו של חברו, אף שפעל ללא הרשאתו ואולי אפילו ללא ידיעתו. ראו קצות החושן, חו"מ, קה, ס"ק א. גם העובדה שזהות ה"זוכה" אינה ידועה למזכה אינה פוסלת בהכרח את יכולת השימוש בדין "זכין", בדומה להחלתו במקרה של עירוב תבשילין, שבו "גדול העיר" מערב על כל בני עירו גם אם אינו מכירו. ראו ביצה, טז, ב; עירובין, פ, א ותוד"ה אמר, שם.

84 על הקושי לבסס שליחות במקום שהיא עשויה לחייב את ה"שולח" שלא מדעתו, ראו רקובר, **לעיל** הערה 43, בע' 19-27.

85 ראו רמב"ן, קידושין, כג, ב; ועוד ראשונים רבים. ראו אנציקלופדיה תלמודית, **שם**.

86 ראו קצות החושן, **שם**; חידושי הרי"ם גיטין, יא, ב.

87 לשאלה זו עשויה להיות השלכה מעשית משמעותית: החלה מלאה של דיני השליחות עשויה לחייב את הנציג להיות "בר שליחות", בגיר וכשיר לעשיית פעולות משפטיות. לעומת זאת, תפישת ה"זכיה" כנורמה מיוחדת עשויה להכשיר גם נציגים שאינם כשירים להיות שלוחים, מטעם זה או אחר.

ז. האמנם תובענה ייצוגית – "זכות" היא לכלל חברי הקבוצה?

בין כך ובין כך, מתן יכולת ל"נציג" לפעול בשם כל בני הקבוצה האנונימיים אינו פשוט כלל ועיקר. ראשית, יש ליתן את הדעת שה"זכות" כאן אינה ודאית. תובענה ייצוגית עשויה להסתיים בלא כלום, ובמקרים מסוימים תוצאותיה עלולות אף להזיק לבני ה"קבוצה" שבשמהם הוגשה התובענה. גם אם לא נוצר מעשה בית דין פורמלי (כגון במקרה שבו נתבע מסוים הוציא עצמו (opt-out) מכלל חברי הקבוצה בטרם הוכרעה התובענה; כשבית המשפט לא אישר את ניהול התביעה במסגרת של תובענה ייצוגית, או כאשר התובע "זנח" את תביעתו קודם שניתן פסק דין בתובענה), וכל אחד מן התובעים עדיין עשוי לתבוע את הנתבע באופן פרטי, שלא במסגרת הקבוצה, עדיין עלולים להיגרם לתובע הפוטנציאלי נזקים שונים. ניהול כושל של התובענה עשוי גם לחשוף בפני הנתבע את נקודות התורפה שלה ולהעמיד בספק את יכולתו של התובע הבודד לזכות בתביעתו-שלו לכשתוגש ביום מן הימים. הוא הדין בחשיפת ראיות בטרם עת, שעשויה לסייע לנתבע להתגונן ולהדוף את התובענה. יתר על כן: למטבע ה"זכייה" יש צד שני. אם נאמר שבניהול תובענה ייצוגית על ידי הנציג יש סיכון מסוים שייגרם נזק לבני הקבוצה האנונימיים, אפשר שתובענה כזו לא תצליח לאור "עקרון המֶרָאָה" של הכלל הקודם, ולפיו "אין חבין לאדם אלא בפניו".⁸⁸

מהו אפוא דינו של מקרה "נייטרלי", הרווח ברוב התובענות הייצוגיות המוגשות לבית המשפט, מקרה שבו בראשית ההליך עדיין לא ברור אם יש בהגשתו "זכייה" לתובע הפוטנציאלי בן הקבוצה, או חובה. כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון תחילה, בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו המיוחדות, מהם סיכויי התובענה מול סיכוייה. ככל שהסיכוי להרוויח גדול יותר, ולא נוצר כמעט כל סיכון שהוא בעצם הגשת התובענה, יש ל"הכשיר" אותה, ולהיפך. כך, לדוגמא, כשמדובר בתובענה של קבוצה צרכנית, שחבריה רכשו מוצרים שסכומם פעוט למדי. סביר להניח, שברוב המקרים ניהול התובענה על ידי אחד מהם בשם כולם לא יגרום להם כל נזק, מכיוון שעלויות ניהול ההליך חלות עליו בלבד, ובכל מקרה היו נמנעים מלתבוע את הנתבע בשל שוויה הפעוט של תביעת כל אחד מהם. לא כן בתובענה שעילתה סכומי כסף גדולים שעשוי לתבוע כל אחד מחברי הקבוצה. במקרה זה (שנפוץ לרוב בתביעות שעילתן דיני ניירות ערך), כשלון התובענה יצור "מעשה בית

⁸⁸ על עיקרון זה, ראו בתמצית: אנציקלופדיה תלמודית, שם, כרך א, בע' תרכא-תרכה. כפל הכלל, שבא בתלמוד בהדבק דברים אחד, תוך כדי דיבור ("זכין... ואין חבין") מעלה שאלה מעניינת: מה יקרה במצב "נייטרלי" שבו הפעולה אינה "זכות" ואינה "חובה" בעת עשייתה. שאלה מסוג אחר היא מה דינה של "זכות" שעשויה – ברמה כזו או אחרת של הסתברות – להפוך לימים ל"חובה" ולהיפך. ראו להלן.

דין" כלפי כלל חברי הקבוצה, וימנע מהם מלממש את זכויותיהם, שאפשר שהיו באות לכלל מיצוי אילו היו תובעים את הנתבע באופן עצמאי ומנהלים נגדו את התביעה. לשאלה זו אין תשובה ברורה ובית המשפט – שמשמש "שומר הסף" של ההליך – אמור לתת את דעתו עליה ולאור מסקנתו לקבוע אם דרך התובענה הייצוגית אכן יפה להליך שמתקיים בפניו או לדרך התובענה הרגילה. עיון בדוגמאות התלמודיות שבהן בא לביטוי הכלל "זכין לאדם שלא בפניו" מלמד, כי רובן ככולן פועלות בתחום הקניין או המעמד האישי (הסטטוס). כך, למשל, עשוי ראובן ל"זכות" את חברו שמעון בקניין בנכס מסוים, אם על דרך של מתנה ואם בדרכים אחרות. כך גם בתחום הסטטוס: ראובן עשוי להוציא לחירות את עבדו טבי, ולשחררו מעול העבדות אף בלא ידיעתו. לעומת דוגמאות אלה, דומה שאין במקורות הקדומים דוגמא מובהקת ל"זכייה" שתוצאתה היא המחאת זכויות. אין בתלמוד מקרה שבו ראובן מזכה את שמעון בזכותו לגבות מלווה מסוים או להיפרע דמי נזק ממעוול. א-פריורי, היקש זה מדיני הקניין והמעמד האישי לדיני החיובים אינו מופרך, אך כאמור אין אסמכתאות תלמודיות ישירות התומכות בו. למרות זאת, אפשר שניתן ללמוד על הדרך הראויה בעניין החלת הכלל ממקורו.

וכך למדנו בתלמוד: ⁸⁹

דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל אמר רב: מנין שזכין לאדם שלא בפניו?

שנאמר: ⁹⁰ "ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו לנחל את הארץ". ותסברא זכות היא? הא חובה נמי איכא, דאיכא דניחא ליה בהר ולא ניחא ליה בבקעה, ואיכא דניחא ליה בבקעה ולא ניחא ליה בהר! ⁹¹ ואלא כדרבא בר רב הונא, דאמר רבא בר רב הונא אמר רב גידל אמר רב:

מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן, שבית דין מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות? לחוב אמאי [=מדוע, והלא אין חבין לאדם שלא בפניו]? אלא לחוב על מנת לזכות? ת"ל: "ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו".

הקשר של הסוגיה במסכת קידושין הוא דיני השליחות. אגב כך נזכר בה גם מוסד משפטי אחר, האפוטרופוסות. שניהם – הן דיני ה"זכייה" והשליחות, הן דיני האפוטרופוסות – עשויים לסייע לענייננו.

⁸⁹ קידושין, מב, א.

⁹⁰ במדבר, לד, יח.

⁹¹ תרגום: וכי סבור אתה שזכות היא? והלא אפשר שחובה היא, שיש אדם שנוח לו לקבל נחלה בהר ולא נוח לו לרשת נחלה בבקעה, ולהיפך.

חלקה הראשון מניח, כך לפחות לפי פשוטם של דברים, שמוסד ה"זכייה" (שמקורו בדיני השליחות) חייב להיות "נקי" לחלוטין מחוב כלשהו. לפיכך, כאשר ה"זכות" אינה מוחלטת ואינה ודאית,⁹² אפשר שלא ניתן להיעזר בדין "זכין לאדם". ובאופן קונקרטי: הקנאת מקרקעין לאדם נחשבת דרך כלל ל"זכותו", וממילא ניתן לעשותה אף שלא מדעתו. אכן, מכיוון שיש מקרים שבהם אדם רואה בקרקע מסוימת מעין "מטרד", בשל מיקומה (בהר ולא בבקעה),⁹³ העברתה לבעלותו – חובה היא ואינה זכות.⁹⁴ לעומת זאת, התירוץ השני מניח שגם כאשר יש חוב פוטנציאלי, בנקודת זמן מסוימת, אין הדבר פוסל לחלוטין את האפשרות להפעיל את דין "זכייה", כאשר במאזן כולל אכן הפעולה היא לזכות המקבל ולא לחובתו.

ח. תובענה ייצוגית מכוח מנהג

אפיק נוסף, שונה לחלוטין, שראוי להרהר בו כדי לעגן הגשת תובענה ייצוגית על אדני המשפט העברי, הוא המנהג,⁹⁵ בין אם מדובר ב"מנהג מדינה" או ב"מנהג סוחרים".⁹⁶ לפנינו יש עדות לכך שכבר בתקופות קדומות נהגו תובעים, הלכה למעשה, ל"ייצג" את חבריהם בתובענה, גם בלא שקיבלו מהם הרשאה מפורשת לכך. הד לכך נמצא בשאלה שנשאל רבי ישראל איסרליין, מגדולי חכמי אשכנז⁹⁷ (גרמניה) במאה הט"ו, בעל שו"ת "תרומת הדשן":⁹⁸

ואשר דרשתי על מה שנתפשט המנהג⁹⁹ שאחד תובע את חבריו בשביל אחר ואין הרשאה בידו, רק שאומר שרוצה להתערב וכופין את הנתבע

92 יש ליתן את הדעת ללשון התלמוד: "הא חובה נמי איכא", היינו: אין כאן התעלמות מהזכות, אלא התחשבות במקרים ה"מיוחדים" שבהם יש גם חובה לצד הזכות.

93 ברי, שהמקרה שמתואר בתלמוד משקף מציאות חקלאית שבה חקלאי שפרנסתו מבוססת על גידולי שדה אינו יכול להפיק תועלת מרובה מנחלה שניתנה לו ב"הר" ולהיפך.

94 קל וחומר כאשר ה"חובה" אינה תלויה בדעתו אלא בגורם חיצוני, כגון מיסוי המוטל על הנכס.

95 על מקומו המרכזי ביצירת הלכות במשפט העברי, ראו: מ' אלון המשפט העברי (ירושלים, התשמ"ח) 713-767.

96 על "מנהג סוחרים" כמקור ליצירת הלכות במשפט העברי, ראו בהרחבה: ר' ש' קלינמן מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קנין סיטומתא) (דיסרטציה, ר"ג, התש"ס).

97 ושוא אין זה מקרה שדווקא באשכנז מסתמכים על המנהג בעניין זה, שכן בקהילה זו היה המנהג אבן פינה. לעניין זה (כבר בתקופות קדומות בהרבה), ראו: י' מ' תא שמע מנהג אשכנז הקדמון (ירושלים, התשנ"ט), בע' 27 ואילך.

98 תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן ריז. על האיש וחיבורו, ראו מ' אלון המשפט העברי, שם, בע' 1679.

99 אמרה זו נועדה להדגיש שמדובר ב"מנהג שנתפשט" ולא רק בנוהג מקומי. על חשיבות "התפשטותו" של מנהג כתנאי לתקפותו, ראו מ' אלון המשפט העברי, שם, בע' 752 ואילך; 763.

לדון על ידי כך, ותמה אתה בדבר כיון דכתב הרמב"ם דאפילו הבא
בהרשאה גמורה אין כופין את הנתבע, אלא שתיקנו חכמים כדי לאיים
על הנתבע, אם כן כל שכן מי שאין לו הרשאה שאין כופין. עד כאן לשון
שאלתך.¹⁰⁰

על אף דברי הרמב"ם, נוטה רבי ישראל איסרליין לקיים את המנהג ומעניק לו תוקף,
מכוח העיקרון של "זכין לאדם שלא בפניו":

... יש ליישב המנהג שפיר,¹⁰¹ דכיון דקיימא לן [=שסוברים אנו] דזכייה
מטעם שליחות אתרבאי [=נתרבתה, נלמדה],¹⁰² אם כן [=כמו] דזכין
לאדם שלא בפניו, הכי נמי [=כך גם] נעשה שלוחו שלא בפניו לטובתו,
וזמנין טובא דאתרמי [=ופעמים הרבה קורה] דהתובע אינו בעיר
והנתבע רוצה לילך למרחקים ושוב לא יוכל להכריחו לדין, או כגון אם
אחד מחזיק בשל חברו שלא בפניו שאין מוחין בידו, אם יש לו אוהב או
קרוב שרוצה להתערב הרשאה שלא יפסיד הנתבע כמו שהוא דן עמו.
נראה דמנהג יפה הוא לבית דין לתת יד לתובע להכריח הנתבע, ודין
תורה הוא להציל העשוק מיד עושקו.¹⁰³

וכעין זה כתב נמי אשירי [=הרא"ש, מחכמי ספרד במאה ה"ד] פרק
מרוכה בשם בעל העיטור ותשובת רב אלפס, דעבוד רבנן תקנתא
בהרשאה כי היכי דלא ליפסדו אינשי ממונייהו [=שעשו חכמים תקנה
בהרשאה כדי שלא יפסידו אנשים ממונם].

לאחר שהרחיב את מסגרת התובענה ואפשר גם למי שאינו בעל דין לייצג את התובע,
נוטה המהר"י איסרליין לצמצם את ההיתר:

אמנם הני מילי [=דברים אלה אמורים] דרואין בית דין שהוא טובה
וזכות לבעל דין שהוא אינו כאן, אבל אם הוא בעניין זה שזה הרוצה
להתערב [=ללא] הרשאה כוונתו מחמת מריבה ומחמת קנאת הנתבע, או
כדי להבהילו לתת לו ממון, פשיטא בדרך זה לית מששא [=אין ממש]

100 כפי שעולה מסוף התשובה, היא נשלחה לר"י איסרליין מ"מה"ר אליה".

101 ברטוריקה של המהר"י איסרליין ניכרת מגמה ברורה ל"יישב" את ה"מעשה", המציאות, עם
ה"הלכה", הוראות הדין, כדי לא ליצור סתירה ביניהם. מגמה זו מאפיינת הרבה מן הפוסקים. על
יישומה בתחום פרשנות תקנות הקהל, ראו: א' הכהן דרכי פרשנות של תקנות הקהל (דיסרטציה,
ירושלים, התשס"ג) בע' 289-310.

102 על היחס בין "שליחות" ו"זכיה", ראו לעיל טקסט ליד הערות 84-85.

103 על שיקולים "מטא-משפטיים" מעין אלה, ומקומם החשוב במשפט העברי, ראו בהרחבה: א' הכהן
"שיקולים מטא-הלכתיים בפסיקת ההלכה – מתווה ראשוני" דברי הקונגרס הראשון לפילוסופיה
של ההלכה (א' רביצקי וא' רוזנק עורכים, ירושלים, התשס"ה) [בדפוס].

בתביעתו. ואכל כהאי גוונא [=ועל כל כעין זה] נאמר 'אין לדיין אלא מה שענינו ראות'. נאום הקטן והצעיר שבישראל.

הנה כי כן, בהתקיים תנאים מסוימים, נוטה המהר"י איסרליין להתיר ייצוגו של תובע בידי "נציג" אחר, גם ללא הרשאתו המפורשת. אכן, יש לתת את הדעת למכנה המשותף ולצדו, להבדלים המשמעותיים בין מסכת העובדות והמסקנות שעליהן מושתתת תשובת מהר"י איסרליין, לבין מקרה קלאסי של תובענה ייצוגית. נפתח תחילה בהבהרת העקרונות המשותפים לתובענה ייצוגית ולהליך התובענה שתואר בתשובה:

א. שייכות ה"נציג" לתובענה: במקרה שתואר בתשובה אין ה"מורשה" בעל דין היכול לתבוע בעצמו, אלא רק גורם חיצוני, "ידיד בעל הדין". מכאן, שמעמדו נחות מזה של "נציג" בתובענה ייצוגית, שכאמור בראש הדברים הוא עצמו אחד מבעלי הדין ש"מעונינים" בה. ואם לגורם "חיצוני" מעין זה מתיר המהר"י איסרליין, בהתקיים תנאים מסוימים, ל"התעבר על ריב לא לו", קל וחומר שתינתן אפשרות זאת בידי נציג שהוא עצמו בעל דין המעוניין בתובענה.

ב. אחד ההדגשים שעליהם נשען המהר"י איסרליין בבססו את המנהג, הוא "טובת בעל הדין" וזכותו.¹⁰⁴ עיון ברציונל של התובענה הייצוגית מלמד שכולה לא נועדה אלא ל"טובת בעל הדין וזכותו". פעמים הרבה אין הנתבע הבודד יכול – או כדאי – לפתוח בהליך שיביאנו למצות את זכויותיו. בין משום שמולו עומד קונצרן ענק, עתיר משאבים ובעל ייעוץ משפטי שמאפשר לו להדוף בקלות יתר תובעים מסוגו, בין משום שחסר הוא את הידע הדרוש לכך שזכויותיו נפגעו, ובין שסכום התביעה שלו הוא כה קטן עד שניהול התובענה אינו משתלם לו – כפרט שמנהל את התובענה – מבחינה כלכלית.¹⁰⁵ ממילא, במקרים רבים – גם אם לא תמיד – תובענה ייצוגית היא הדרך היחידה, הלכה למעשה, שבה יש סיכוי לתובע הפוטנציאלי ל"זכות" במשהו.

ג. הנמקתו האחרונה של מהר"י איסרליין להתיר ייצוג בעל דין ללא הרשאתו (או ידיעתו), בניגוד לדין התלמוד, מבוססת על עקרון-העל של "הצלת עשוק מיד עושקו". נימוק זה עשוי לשמש בסיס חשוב ביותר לעיגון הליך של תובענה ייצוגית גם על אדני המשפט העברי,¹⁰⁶ ומפאת חשיבותו נייחד לו פרק נפרד בהמשך.

104 יושם אל לב שהמהר"י איסרליין נוקט שני מונחים שאינם זהים בהכרח, "טובה וזכות לבעל דין".
105 כזהו המצב שבו הנזק של כל אחד מהתובעים פועט ביותר, אך נזקם המצטבר של כלל התובעים הפוטנציאליים עולה כדי שיעור רב ועצום.

106 ראו את השימוש שעשה בו בית הדין הרבני הגדול, בערעור התשי"ז/114, פד"ר ב 367, בעניין שמיעת קרובי אישה שנשטתה, על אף שלא היו צד פורמלי לדיון.

ד. פְּנוּתָהּ של התובענה: המהר"י איסרליין דורש מה"נציג" שפעולתו תהא כנה, לטובת התובעים ולא לצורכי מריבה, מכוח שיקול ענייני ולא לסיפוק רגשי נקמה וקנאתו בנתבע. כפי שנאמר לעיל, בתובענה ייצוגית – בניגוד להליך שתואר בתשובת "תרומת הדשן" – התובע-הנציג חייב להיות אחד מבעלי הדין, וממילא אין להטיל מראש ספק ב"כנות" תביעתו. רצונו להרוויח ממון בעקבות התובענה אינו פוגם ב"כנותה", שהרי זו מטרתה של כל תביעה. על אחת כמה וכמה, כשעילת התביעה היא נזק שנגרם לתובע. במקרה זה אין לראות את תביעתו לפיצוי ול"השבת המצב לקדמתו" מניע פסול או זר כנגד הנתבע.¹⁰⁷ עם זאת, כאשר עולה מנסיבות התביעה שמדובר בתובע "מקצועי", שכל תכליתו היא השגת רווח אישי, אין מקום לאפשר לו לפעול בדרך של תובענה ייצוגית.¹⁰⁸

לצד המכנה המשותף, ואפילו עדיפותו של הליך תובענה ייצוגית על פני ההליך שתואר בתשובת מהר"י איסרליין, קיימים גם הבדלים שפועלים, לכאורה, לרעת התובענה הייצוגית. כך, למשל, מדגיש המהר"י איסרליין, בעקבות הסוגיה התלמודית שהוצעה לעיל, שהיתרו חל במצב שבו "התובע אינו בעיר" וקיים חשש שהנתבע ינצל זאת לשם התחמקות מקיום חובו או מעמידה לדין. למותר לומר, שחשש מעין זה כמעט שאינו קיים במקרה של תובענה ייצוגית רגילה בימינו. ברוב המקרים מוגשת התובענה נגד גורם מסחרי גדול, שאין קושי ממשי לאתרו. גם החשש מפני התחמקות הנתבע ואי יכולת לממש את פסק הדין כשיינתן, אינו רווח ברוב מקרי התובענה הייצוגית שבהם הנתבעים הם גופים עתירי ממון ונכסים שניתן להיפרע מהם בקלות יחסית. ועם זאת, דומה, שעדיין עומד בעינו ההיגיון שמצדיק הגשת תובענה ייצוגית, שכן בהיעדרה לא יוכל התובע למעשה – גם אם באופן תיאורטי היה רשאי להגיש תביעה נגד הנתבע – למצות את זכויותיו.

יש אפוא לפרש את הדרישה המגבילה של "תובע שאינו בעיר" לא לפי מבחן טכני צר, אלא לפי מבחן מהותי-תכליתי: כאשר התובע לא ינקוט הליך של תביעה מכיוון שאין ביכולתו משאבי זמן, ידע וכסף לנהל תובענה כזו, יש לראותו כ"תובע שאינו בעיר" ואפשר לחברו לייצגו.

סמך לדבר ניתן להביא מדברים שכתבו ה"מחבר", רבי יוסף קארו והרמ"א לעניין עצם השימוש ב"מורשה"-עורך דין המייצג את בעל הדין. ב"שולחן ערוך",¹⁰⁹ מביא

107 השוו לדבריו של ויגודה, לעיל הערה 27, בע' 6, פסקה 2, לאחר ההפניה להערה 19 בחוות דעתו.

108 ואמנם, בארצות הברית, ובעקבותיה בישראל, הטילו בתי המשפט סייגים רבים על יכולתו של "תובע מקצועי" כזה לפעול בדרך של תובענה ייצוגית. ראו Private Securities Litigation Reform Act, 1995, וסומר, לעיל הערה 3.

109 שו"ע חו"מ, קכג, טו.

שערי משפט ד(1) התשס"ה "וכי זכין לאדם שלא בפניו?" – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי

רבי יוסף קארו את דרשת חכמים שהובאה לעיל, ולפיה הפסוק "ואשר לא טוב עשה בעמיו" נדרש על מי ש"בא בהרשאה". אכן, מיד הוא מסייג זאת:

במה דברים אמורים? כשהנתבע והתובע שנייהם בעיר אחת, אבל אם הנתבע בעיר אחרת – הרי זה עושה מצוה.

על דברים אלה, מעיר הרמ"א בהגהותיו על אתר:

ויש אומרים דאין חילוק בין אם היה עמו בעיר או לא, אלא שכל זמן שהמורשה הוא אֵלם ובעל טענות, "מתעבר על ריב לא לו".¹¹⁰ אבל אם הוא עושה "להציל עשוק מיד עושקו" – מצוה קעביד [=הוא עושה].

הרמ"א אינו מתמקד אפוא במבחן ה"טכני", של הימצאות התובע ב"עיר" או חוצה לה, אלא בתכלית שעומדת בבסיס הדין: אם התובע, מסיבה כלשהי, מנוע מלכבד לבית הדין, אין כל פגם בכך שימנה לעצמו מורשה שיוכל לעמוד בדין ו"להצילו מיד עושקו".¹¹¹

עיון בדברי המהר"י איסרליין מלמד, שגם הוא לא התכוון לנקוב ב"רשימה סגורה" של תנאים, אלא להציע את הקרקע שעל גבה ניתן להצדיק את סטייתו של הדין מן הדין הרגיל כדי לעשות צדק עם תובע פוטנציאלי ו"להצילו" מיד עושקו. רציונל זה מתקיים, דרך כלל, בהליכים שבית המשפט אישר לנהלם כתובענה ייצוגית, שכאמור לעיל כל תכליתה היא לעשות צדק עם תובע פוטנציאלי שבשל קשיים אלה ואחרים (כלכליים, ארגוניים, משפטיים) אינו מסוגל להתמודד לבד במאבקו מול הנתבע.

ניהול התובענה בכמה שלבים, כפי שנהוג כיום, ירפא את הפגם שבקיום הפסד פוטנציאלי לחברי ה"קבוצה". בשלב הראשון יבחן בית המשפט את סיכויי ההצלחה של התביעה, ורק לאחר שישתכנע כי סיכוייה טובים, הוא יאשרה כתובענה ייצוגית. אמנם מדובר בשלב מקדמי, אך יישום דקדקני של המבחנים להכרה בתביעה כ"תובענה ייצוגית" עשוי להטות את כף המאזניים לכף ה"זכות" ולא לכף ה"חובה", וממילא להכשיר את הגשתה גם בידי נציגו של התובע, ולא בידיו-שלו.

ט. תובענה ייצוגית מכוח שיקולים "כלליים"

(1) "הצלת עשוק מיד עושקו"

כפי שהראינו לדעת, הנמקה חשובה ביותר, שקיבלה ביטוי בדברי המהר"י איסרליין להצדקת השימוש בהליך שהוא מעין הליך תובענה ייצוגית גם במשפט העברי, היא

¹¹⁰ על ביטוי זה ומקורו, ראו להלן.

¹¹¹ על שיקול זה, ראו להלן.

עקרון-העל של "הצלת עשוק מיד עושקו", שנאמר בסוף דבריו.¹¹² כאמור לעיל, ברוב המקרים שבהם מאשר בית המשפט – לאחר שיקול דעת והערכת סיכויי ההצלחה של התובענה – הוא עושה כן משום שזו הדרך היחידה שבה יש לבעלי הדין הפוטנציאליים סיכוי ממשי, לא רק תיאורטי, להיפרע מן הנתבע.

במקרים אלה, אם לא יינקט הליך התובענה הייצוגית, לא יזכו התובעים לפיצוי כלשהו על נזק שנגרם להם (על אף שבאופן תיאורטי כל אחד מהם רשאי לנהל הליך תביעה עצמאי), ונמצא מזיק נשכר. קיום מצוות "השבת אבידה", כמו גם הצלת "עשוק מיד עושקו" מחייבת אפוא את הדיין לבחון את האפשרות – בכפוף להערכה נכונה של סיכויי התובענה ונזקיה הפוטנציאליים לכלל חברי הקבוצה – להתיר את ניהול ההליך על דרך של תובענה ייצוגית.

על אף דבריו המובלטים של מהר"י איסרליין ("ודין תורה הוא"), עקרון-על זה, של "הצלת עשוק מיד עושקו", אינו מופיע במפורש בתורה, אך יכול להילמד ממקורות שונים. הן ממקורות שאופיים "אגדי" למחצה, לשליש ולרביע,¹¹³ והן ממקורות בעלי אופי נורמטיבי יותר.

כך, למשל, עיון ב"משנה תורה" לרמב"ם, חיבור נורמטיבי מובהק, מעלה שדרישות מקדמיות למינוי דיין אינן כוללות רק ידע מופלג בחכמת התורה, בחכמות חיצוניות ודעה מרובה,¹¹⁴ חכמה, ענווה,¹¹⁵ יראה, שנאת ממון, אהבת האמת, אהבת הבריות ושם טוב. לצדן צריך הדיין להצטיין ב"עין טובה, ונפש שפלה", ונוסף עליהן תנאי "כללי" הרבה יותר:

וככלל, אנשי חיל שיהיה להם לב אמיץ להציל עשוק מיד עושקו, כעניין שנאמר "ויקם משה ויושיעו".¹¹⁶

112 כפי שניתן להוכיח במקומות רבים (אם כי לא תמיד), מיקום השיקולים השונים בתשובה אינו רק עניין טכני או אקראי, אלא מלאכת מחשבת שלא נועדה לצרכים רטוריים בלבד, אלא גם להבליט עניינים שבמהות. על תופעה זו, ראו ניתוחה של תשובת התשב"ץ, שהבאתי במאמרי: א' הכהן "דמעת העשוקים – לתקנת עגונות בימינו" עלון שבות בוגרים כ (התשס"ה) עמ' 87-96.

113 דוגמת הצלת המוכה בהריגת המצרי המכה ביד משה (שמות, ב, יב), מעשה הצלתן של בנות יתרו מיד הרוצים על ידי משה רבנו (שם, יז).

114 רמב"ם, סנהדרין, ב, א.

115 יושם אל לב, שבניגוד לשיטות משפט בנות ימינו, דוגמת המשפט הישראלי, שמתמקדות בעיקרן בהצבת דרישות אובייקטיביות ומדידות (דוגמת השכלה משפטית פורמלית במוסד מוכר, ניסיון בעבודה מעשית בת מספר שנים במקצוע המשפט, וכיו"ב) כתנאי למינוי שופט, הרמב"ם – בעקבות מקורות קדומים יותר – מציע תנאים מקדמיים שהרבה מהן מבוססים על מדדים סובייקטיביים ובלתי מדידים, דוגמת "אנשי חיל", "ענווה", "יראה" ו"שנאת ממון".

116 רמב"ם, סנהדרין, ב, ז. ראו גם ספר החינוך, מצווה תיד; בית יוסף, חו"מ, ז, ס"ק יא. הבאת הראיה ממשנה רבנו מעניינת כשלעצמה, שהרי במעשהו עם בנות יתרו עדיין לא היה "משה רבנו", מנהיג ומורה דרך, אלא איש מן השורה, ובוודאי נסיבות המקרה לא נגעו לדיין בבית הדין. על אחת כמה

שערי משפט ד(1) התשס"ה "וכי זכין לאדם שלא בפניו?" – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי

הבאת תכונות אלה במניין תכונותיו של הדיין מרמזת, ויותר מכך, שעל הדיין לשקול בין שיקוליו לא רק שיקולים של "משפט", הכרעה נכונה מבחינה משפטית "טכנית", אלא גם שיקולים של צדק ומוסר, כך שבתוצאה הסופית יהא כדי "להציל עשוק מיד עושקו".¹¹⁷

בדומה לנורמות אחרות,¹¹⁸ השימוש בכלל זה של "להציל עשוק מיד עושקו" אינו מיוחד לנסיבות ספציפיות.¹¹⁹ הדיין ופוסק ההלכה עשויים לעשות בו שימוש במקום שבו כללי ההכרעה הרגילים נותנים אולי מענה הולם ומגיעים לתוצאה משפטית נכונה, אך זו אינה עולה בהכרח בקנה אחד עם התוצאה ה"צודקת" הרצויה ומכאן הצורך להשתמש בשיקולים "מטה-משפטיים", שאינם חלק ממאגר הנימוקים המשפטיים השגרתיים.

למותר לומר שעמיתותו של הכלל "להציל עשוק מיד עושקו", היסוד הסובייקטיבי שבו¹²⁰ והיעדר מסורת עתיקת יומין שמציבה כללים להחלתו רק בתחומי משפט או נסיבות מסוימים, פותחים פתח לחכם ההלכה לעשות בו שימוש בכל מקום שבו כללי ההלכה השגרתיים אינם נותנים מענה הולם לבעיה שבפניה הוא ניצב.

דוגמא יפה לשימוש ב"נשק בלתי קונבנציונלי" זה בהקשר משפטי טהור, שעניינה דומה לצורך להשתמש בהליך התובענה הייצוגית, היא פסק שיצא מתחת ידי הרא"ש.¹²¹ נושא הפסק הוא יכולתו של בית הדין לתת סעד ביניים של עיכוב נכסי חייב פוטנציאלי, **עוד בטרם משפט**, כשיש חשש שהוא עשוי ל"הבריח" אותם ובכך תישלל האפשרות מהנושה לגבות את חובו:

מי שבא לפני בית דין ואומר 'יש לי תביעה על פלוני', ומצאתי לנכסיו במקום ידוע, ואני ירא שאם יבואו לידו יבריהם ולא אמצא מקום לגבות ממנו חובי. ומבקש שיעכבו בית דין הנכסים עד שיתברר תביעתו.

וכמה, שה"עשוקות" לא היו בנות ברית אלא בנותיו של כהן עבודה זרה! יש כאן אסמכתא לחובת הלב הטבעית של כל אדם, והדיין בכלל, להציל עשוק מיד עושקו. יתר על כן: הרמב"ם היה יכול להביא ראיה ישירה יותר, מהתכונות שמנה יתרו כתנאי למינוי דיינים. ראו שמות, יח, כא: "זאתה תחזה מכל העם, אנשי חיל, יראי אלוקים, אנשי אמת ושנאי בצע". הבאת הראיה ממש רבנו דווקא, ולא ממקורות חלופיים, מאפיינת את דרכו של רבי משה-הרמב"ם גם במקומות אחרים.

117 מקור ההלכה והביטוי הוא בספרות התנאים. ראו: מדרש תנאים לדברים, א, טו.

118 דוגמת "מפני איבה", "מפני חילול השם", ועוד.

119 בלשון המשפטית בת ימינו נוטים לכנות כללים מעין אלה "כללי סל", או "נורמות סל", שתחת כנפיהן ניתן לכנוס מקרה שאינו בא תחת כנפי הכללים הרגילים.

120 והרי השאלה מיהו "עשוק" ומיהו "עושק" אינה מוגדרת כל צורכה, וכל חכם הלכה יכול להחילה על פי שיקול דעתו הסובייקטיבי על נסיבות העניין שעומד לפניו להכרעה. ראו לעניין זה מאמרי "דמעת העשוקים", **לעיל** הערה 112.

121 רא"ש, בבא קמא, א, ה; שו"ת הרא"ש, כלל צז, אות ד.

וכן ראובן שיש לו שטר על שמעון ולא הגיע זמנו [=זמן הפירעון]
עדיין, ובא בתוך הזמן וטען כזאת.
הכל לפי העניין. ואם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע או שלא
יוכל ראובן לגבות חובו משמעון כשיגיע הזמן מצווה הדיין לעכב ממון
הנתבע עד שיכרר התובע תביעתו או עד שיגיע זמן השטר.
וכן מצאתי בשם הגאון ז"ל כתוב דתקנתא דרבנן הוא באיניש
דמפסיד נכסיה [=שתקנת חכמים היא באדם שמפסיד נכסיו] משום
השבת אבידה.
ולי נראה דלא צריכנא לתקנתא דרבנן אלא דין גמור הוא¹²² שחייב
אדם להציל עשוק מיד עושקו בכל טעדי¹²³ דמצי למיעבד.

הרא"ש¹²⁴ מעדיף להימנע מהשימוש ב"תקנת חכמים" או באמצעי ההלכתי
הקונבנציונלי של "השבת אבידה",¹²⁵ ומבכר על פניו שימוש במה שהוא מכנה "דין
גמור", דין שאינו בא במניין המצוות הפורמלי, אבל נובע מחובה מוסרית כללית,
להציל עשוק מיד עושקו.¹²⁶
עדות מאלפת להטמעתו של ביטוי זה, והפיכתו לחלק אינטגרלי מן השיקולים
ההלכתיים, כבר בסמוך לתקופת הרא"ש, מצוי גם באחת מתשובותיו¹²⁷ של התשב"ץ,

122 כלל זה נקוט בדינו, שבכל מקום שבו נדרש המשיב להדגיש ש"דין גמור" הוא (וכיוצא בו ביטויים
כגון "ופשוט הוא", "וקל להבין"), יש לתת את הדעת לחשש שמא אין הדין "גמור" ופשוט כל
צורכו, שאם היה כן, לא היה צורך בהדגשתו. והשוו להדגשתו של המהר"י איסרליין בענייננו, "דין
תורה הוא".

123 טעדי, היינו: תחבולה או תואנה. ראו בבא בתרא, נו, א.

124 בעקבותיו הלכו גם אחרים. ראו בית יוסף, חו"מ, קכג, יא.

125 ואין צריך לומר שאין מדובר כאן ב"השבת אבידה" רגילה, שהרי אין מדובר בנכס מוחשי שאבד
אלא בזכות, ולא עוד אלא שמועד פירעונה **טרם הגיע** והריהי כדבר שלא בא לעולם! הרחבת
השימוש בעקרון "השבת אבידה" הרבה מעבר לתחומי המקוריים ראוייה לעיון נפרד שאין כאן
מקומו. כך, למשל, דין המציל ממון חברו שלא יבוא לידי הפסד, ש"דומה" – אך לא זהה – להשבת
אבידה. ראו בבא מציעא, לח, א; רשב"ם, בבא בתרא, נג, א. ד"ה האי מברח; שו"ת הרא"ש, כלל
צט, אות ו; שו"ת הרשב"ש, סימן תקכט, ועוד.

126 על שיקול כללי זה, של "הצלת עשוק מיד עושקו", מסתמך גם הראב"ה-ר' אליעזר בן יואל הלוי,
מחכמי אשכנז במאה ה-12, בבואו להציע תשתית לקיומה של חובה נורמטיבית – ולא רק רשות –
המוטלת על אדם היכול לשמש כדיין או כעד. ראו תשובתו, בתוך: ראב"ה, תשובות (מהד' ד'
דבליצקי, בני ברק, התש"ס), סימן אלף יג, ע' רמד.

127 שו"ת התשב"ץ, ח"ג, קסח.

ר' שמעון בן צמח דוראן, מחכמי אלג'יר במאה ה"ד, שנשלחה לטראבלוס, היא טריפולי שבלוב. מעשה שהיה כך היה:

ראובן הוא סגי נהור [=רב אור, סומא, עיוור] וארח לחברה עם שמעון. והיה לראובן הסגי נהור קצת מרגליות תפורים בבגדו. ושמעון היה מתחבר עמו בדרך וישן אצלו. וכשביקש ראובן המרגליות ולא מצאם הוא **חושד** כי שמעון גנבם לו עם היות שמעון רע מעללים. וכשתבעו ראובן, כפר [=שמעון]. מהו הדין בזה?

החלת הדין הרגיל במקרה זה הייתה מחייבת את שילוחו של החשוד שמעון לחופשי, שהרי לראובן לא היו ראיות פוזיטיביות (בוודאי לא כאלה שעומדות במבחנים החמורים של דיני הראיות במשפט העברי) שיד שמעון הייתה במעל, אלא חשד בעלמא, שאין בו, כידוע, כדי לבסס הכרעה משפטית בדבר אשמת שמעון. למרות זאת, הרשב"ץ אינו שם עיניו בדין בלבד, אלא "מכיר פנים" במשפט ונותן דעתו ל**מיהותם** של שני בעלי הדין הפוטנציאליים, ראובן ושמעון שהיו מעורבים במעשה, ולאי השוויון שביניהם. האחד, שמעון, הוא איש "רע מעללים", ואילו משנהו, ראובן, הוא "סגי נהור", עיוור חסר ישע. הכרת פנים זו במשפט, מביאה את הרשב"ץ לסטות מדיני הראיות ומסדרי הדין הרגילים. לפי הדין הרגיל, רק עדותם של שני עדים יש בה כדי להרשיע אדם, ואילו במקרה דנן **לא היה אפילו עד אחד**. לפיכך, סוטה, כביכול, הרשב"ץ מהדין הנוהג ומחייב את החשוד, באמצעות איומים והפעלת לחץ, שיוודה כי שלח ידו במרגליות שהיו טמונות בבגדו. את הביסוס המשפטי לכך מעגן הרשב"ץ בשני נימוקים: האחד, "למגדר מילתא", מופיע כבר בהלכה התלמודית. אכן, הנימוק השני, "להציל עשוק מיד עושקו", הוא נימוק כללי שכפי שראינו לעיל, נכנס להלכה הנורמטיבית בשלב מאוחר, ומקורו בדברי אגדה. וכך משיב הרשב"ץ:

ידוע הוא כי הגונב אינו גונב בעדים, ואם באנו לדון על פי עדים בכיוצא בזה **תלקה מדת הדין**.¹²⁸

128 נימוק זה, "לקתה מידת הדין", מופיע אמנם כבר בהלכה התלמודית, אך לא כשיקול פסיקה בהכרעת ההלכה אלא יותר כציון עובדה, ורק ברבות הימים היה לנימוק הלכתי שגור. ראו לדוגמא את השימוש שעושה בכלל זה הרשב"א בתשובותיו (שו"ת הרשב"א, ח"א, תקיג), כדי להבהיר את עקרון השוויון בהחלת דין "גור או אגוד" בין שותפים, וראו גם שו"ת הראנ"ח, סימן טז. גם בנימוק זה מתקיימים סימנים שנתנו לעיל בנימוקים ה"מטא משפטיים": תוכנו עמום ובלתי מוגדר (מהי בדיוק "מידת הדין" ומאיזה שלב ואילך אומרים אנו כי "לקתה"?), ונתון לפרשנות סובייקטיבית של מי שמשתמש בו. בהיעדר הגדרה מדויקת לגבולותיה של "מידת הדין", ניתן לומר כמעט על כל תוצאה שאינה נושאת חן בעיני חכם ההלכה, שאם נקבלנה הרי "לקתה מידת הדין", ולכן יש לסטות הימנה ולהגיע לתוצאה שונה.

והרשות נתונה ביד כל דיין בכל דור ודור לגדור גדרים בזה כמו שנהגו הגאונים ז"ל¹²⁹ בדיני קנסות.¹³⁰
 ואף מדין התלמוד מותר לעשות כן ומכין ועונשין שלא כדין¹³¹ משום מגדר מלתא.
וכל שכן להציל עשוק מיד עושקו ונעלב מיד עולבו.
 ומצינו בתלמוד שעל ידי אמתלא כפו לאדם אחד עד שהודה בגנבה:¹³²
 מר זוטרא חסידא אגנוב ליה כסא דכספא מאושפיזיה חזייה לההוא בר בי רב דמשא ידיה ונגב בגלימא דחבריה. אמר: האי הוא דלא איכפת ליה אממונא דחבריה. כפתיה ואודי. ובפרק גט פשוט¹³³ יש בשני מקומות כפתיה ואודי.

129 לתקנת הגאונים, ראו שו"ת שערי צדק, ח"ד, שער נא, ב; ושם סימנים ג-ד, יג, ועוד; ש' אסף העונשין אחר חתימת התלמוד (ירושלים, תרפ"ב) 46; ולאחרונה: י' ברודי חשבויות רב נטרונאי גאון (ירושלים, התשנ"ד) סימן שכט והערות שם. ההנמקה שמביאים הגאונים בתקנה זו, שחורגת מדין התלמוד, היא כדי "שלא ירבו חובלין זה בזה בישראל". הנמקה זו אינה מופיעה בתלמוד, אך לימים, בעקבות הגאונים, הפכה להיות בשר מבשרו של המשפט העברי ונעשה בה שימוש בהודמוניות שונות.

130 "דיני קנסות" הם חלק מדיני הממונות של המשפט העברי. כאשר גודל החיוב – שמקורו בחוזה או בנזק – אינו שווה לערך ולגודל ההפסד שנגרם – הוא נקרא קנס (ראו לדוגמא: בבא בתרא, טו, א). כך, למשל, חיוב הגנב בתשלומי כפל או בתשלומי "ארבעה וחמישה", וכך גם "קנס" שמוטל על האונס והמפתה. לפי הדין המקורי, רק בית דין של שלושה מומחים "סמוכים" שבארץ ישראל רשאי לדון דיני קנסות (משנה, סנהדרין ב, א; רמב"ם, סנהדרין, ה, ח), ולכן בתי הדין שבחו"ל, או בתי הדין שבארץ ישראל בזמן הזה, שאינם "סמוכים", לא הורשו לדון דיני קנסות. לימים תיקנו הגאונים אמצעי כפייה שונים שיאפשרו להטיל קנסות על עבריינים גם בזמן הזה. ראו אנציקלופדיה תלמודית, שם, כרך ז, ע' שעו-שפב; מ' אלון המשפט העברי, שם, בע' 97, הערה 73 והפניות שם; ובהרחבה: ע' רדזינר יסודות דיני קנסות במשפט התלמודי (דיסרטציה, ר"ג, התשס"א).

131 על כלל זה, שלפיו "מכין ועונשין שלא מן התורה", ראו: מ' אלון המשפט העברי, שם, בע' 421-424.

132 בבא מציעא, כד, א.

133 בבא בתרא, קסז, א.

ובכאן נראית אמתלא שזה העלוב הוא מאור עינים ובהתחברו עם אחזיהו פרץ השם מעשיו¹³⁴ והניחו במקום דובים ואריות¹³⁵ ונכנס לעיר. הדין נותן לאיים עליו ולגזום לעשות כך וכך אם לא יודה. וכן כתוב בספר "החשן" בשם תשובת הרא"ש ז"ל.¹³⁶ וכבר אסרתי אני בבית הסוהר יהודי מכאן [ש]טען עליו אורח נפוסי שגנב ממש, ועל ידי ניכרין דברי אמת אסרתיו, ולא היה שר ומושל שפטרוהו. ואחר כך נמצאת הגנבה בידו. וקילסוני [=שיבחו אותי] כל הקהל יש"צו [=ישמרם צורם וגואלם] על זריזותי בזה.

הרשב"ץ מתעלם אפוא מהאפשרויות הקלאסיות שהיו לפניו, ומעדיף על פניהן את השימוש בכלל "מטא הלכתי", כללי ועמום, של "להציל עשוק מיד עושקו". יתר על כן: התשוב"ץ מניח כללים ידועים, שיש להם שורשים בתלמוד, כמו "מכין ועונשין שלא מן התורה"¹³⁷ וכן "מיגדר מילתא",¹³⁸ כללים שחכמים שקדמו לו¹³⁹ עושים בהם שימוש נרחב, ומעדיף על פניהם ("וכל שכן"!) כלל "מטא הלכתי", חדש יחסית בעולמה של הלכה בימי הרשב"ץ, הכלל של "להציל עשוק מיד עושקו". בעשותו כן הוא לא רק חורג מדין התלמוד שמחייב שני עדים כבסיס לכל הרשעה, אלא גם סוטה מהנמקתם של הגאונים שמתבססת על הדין הקלאסי שקבוע בתורה, דין השבת אבידה. כל זאת, כדי להציל את העיוור ה"עשוק" מיד "עושקו" רע המעללים, וכדי לחייב את החשוד לתת דין וחשבון על מעשיו שאפשר שיביאו להרשעתו בגניבה.¹⁴⁰

134 על משקל האמור בדברי הימים, ב, כ, לו. יושם אל לב שהתשוב"ץ מהפך את הקשר המקורי של הפסוק, ועושה בו שימוש כדי לסנגר על העיוור ה"עלוב" וכדי להצדיק את סטייתו מן הדין. לעומת זאת, במקורו מובא פסוק זה בהקשר שלילי, ונועד למחות ב"צדיק", במקרה זה המלך יהושפט, על שלא נהג לפי הכלל "אל תתחבר לרשע" (ובדומה לו "התרחק משכן רע", "אוי לרשע ואוי לשכנו", "לא לחינם הלך הזורזיר אצל העורב" (בבא קמא, צב, ב)), ובניגוד לו לא התרחק מן הרשע אלא התחבר אליו. במשמעות שלילית זו מתפרש הפסוק לרוב במדרשי חז"ל ובדברי פרשנים מאוחרים. ראו לדוגמא: אבות דרבי נתן, נו"א, פרק ט; במדבר רבה, יט, טז ועוד. והשוו למא שכתב רבנו יונה בשערי תשובה, שער ג, ס' נא, קצג.

135 בדרך אגב חושף כאן הרשב"ץ את כעסו על החשוד שהניח את העיוור בדרך "במקום דובים ואריות" ולא ליווה אותו עד לעיר.

136 ר' יעקב בן הרא"ש, סימן סד.

137 יבמות, צ, ב; סנהדרין, מו, א.

138 יבמות, צ, ב.

139 ראו למשל בשו"ת הרשב"א, ח"ה, רלח; ח"ו, רנד; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ץ, סימן רמד, ועוד.

140 עמדה זו נזכרה גם על ידי חכמי הלכה שבאו אחריו. ראו לדוגמא שו"ת יכין ובוועז, ח"א, כט.

כפי שהעירו כבר אחרונים,¹⁴¹ העדפת הכלל המטא-הלכתי על פני תקנת הגאונים אינה מצטמצמת רק למישור התיאורטי והאקדמי של הכרעת ההלכה בעניין ספציפי. עשויה להיות לה השלכה מעשית במקרים אחרים. כך, למשל, כאשר יידרש בית הדין לתת סעד זמני לתובע גם במקרה שבו מדובר בחייבים שהם יתומים, וכך במקרה שבו יפול ספק אם ראוי להחיל את התקנה אם לאו. לפי הכללים הרגילים, כאשר מדובר ב"ספק תקנה", מתעלמים ממנה ומכריעים את הספק על פי הדין המקורי שקודם התקנה.¹⁴² לעומת זאת, הנימוק של הרא"ש, "להציל עשוק מיד עושקו", פטור מכל אלה. לכן גם אם ייפול ספק בפרשנות תקנת הגאונים עדיין ניתן יהיה להגיע כמעט לכל תוצאה רצויה, ובלבד שיהא בה כדי "להציל עשוק מיד עושקו".

(2) תיקון העולם

כפי שמלמדת מפת הדרכים של החקיקה בדיני התובענות הייצוגיות,¹⁴³ האפשרות לנקוט דרך דיונית מיוחדת זו נועדה, בין השאר, להיות "עזר כנגדו" של הפרט בריבו עם מעוולים אמיצי כוח ורבי עצמה, לשמש תרופה למצבים של תת אכיפה מצד הרשויות ולהעלות את רמת התפקוד של המעוולים הפוטנציאליים. יש בה גם חשיבות רבה ביותר לשם הרתעת מעוולים פוטנציאליים ול"תיקונו של עולם", בלי קשר לתובע הספציפי. עיקרון זה, של "תיקון העולם", הוא אחד הכללים ה"לבר משפטיים" החשובים במשפט העברי. לעתים, יש בו כדי לאפשר סטייה מסדרי הדין הרגילים. אכן, בתחילה נדרש מונח זה בתלמוד לעניינים ספציפיים.¹⁴⁴ עם זאת, במרוצת הדורות הלכו תחומיו והתרחבו, עד ששימשו כלי עזר חשוב ביותר בידיהם של חכמים, ראשונים ואחרונים, לתיקון עיוותים שונים. כך, למשל, נמנע בעזרתו הצורך במילוי דקדקני של החובה לערוך "דרישה וחקירה" בחלק מההליכים שעניינם דיני ממונות, כדי להכשיר גם עדויות שנמצאו בהן אי התאמות קלות.¹⁴⁵ דומה שהנימוק שניתן לסטייה זו מסדרי הדין ודיני הראיות הרגילים – "לנעול דלת בפני גזלנין"¹⁴⁶ – יפה גם לענייננו. הימנעות מלהידרש לתובענה ייצוגית עשויה לחסום

141 ראו שו"ת משיב דבר, ח"ב, צ; שו"ת דברי מלכאל, ח"ה, רפב; פסקי דין רבניים, ח"א, ע' ד; פסקי דין – ירושלים, דיני ממונות, ח"א, ע' כב.

142 ראו לדוגמא שו"ת הרשב"א, ח"א, ג, שצז.

143 ראו סומר, לעיל הערה 3, בע' 352, הערה 14.

144 ראו למשל תוספתא, גיטין ג, יג: "שליח בית דין שהיכה ברשות בית דין והזיק, שוגג פטור, מזיד חייב מפני תיקון העולם". וכך לעניין פרוזבול, שתכליתו מניעת החלת דין שמיטת כספים שתביא ל"נעילת דלת בפני לוויים". ראו משנה, גיטין ד, ב-ז; ה, ב-ג, ועוד. ראו גם: אלון, המשפט העברי, שם, בע' 486.

145 ראו בהרחבה: א' שוחטמן, סדר הדין, לעיל הערה 41, 330.

146 תוספות, סנהדרין, ג, א, ד"ה "שלא תנעול".

את דרכם של אלפי אנשים לבית המשפט (כך, למשל, צרכנים שניזוקו עקב פגם במוצר שסופק להם, או עובד ששכרו נפגע בשיעור קטן, אך בהצטרפו יחדיו לעמיתיו לעבודה שיעור ההפסד עולה כדי נזק רב ביותר), ולמנוע אפשרות שה"גזלן" – המזיק, ה"מעוול" – ימשיך לנהוג בדרכו הנלווה כדאשתקד. "תיקון העולם" מחייב אפוא הכרה בלגיטימיות של השימוש בתובענה הייצוגית, תוך "ניטרול" הקשיים – הפורמליים והמהותיים – שניצבים בדרכה, ופורטו לעיל, באמצעות פיקוח הדוק של בית המשפט על דרכי ניהולה.

בנימוק זה, של "תיקון העולם", נעשה שימוש גם לצורכי הרתעה, שעל חשיבותם בהקשר לתובענה הייצוגית עמדנו כבר לעיל. לפי ההלכה התלמודית, מזיק חייב לשלם את נזקו של הניזוק "מן העידית", ממיטב נכסיו-שלו ומן המשובחין שבהם. בבואו לנמק עמדה זו קובע התלמוד הירושלמי¹⁴⁷ ש"ליתה מן התורה, איתא מן התקנה", לאמור: אין מקור לדין זה בתורה אלא מן ה"תקנה" בלבד. אך מהי "תקנה" זו ומה תכליתה? בבואו להשיב על כך, מביא הירושלמי את דברי התוספתא, שמהם עולה כי עיקר ה"תקנה" בא להרתיע מעוולים-מזיקים פוטנציאליים:

מפני מה אמרו הניזקין שמין להם בעידית? מפני הגזלנין, שיהא אדם [=המזיק-המעוול הפוטנציאלי] אומר: מה, בידי גזל? מה, בידי מזיק?
למחר [=כשאתחייב לשלם את הגזל או דמי הנזק], רואין בית דין שדה יפה שלי ונוטלין אותה מלפני!

כאמור לעיל, אמצעי הרתעה זה חשוב ביותר לעניין סוגי תובענות מסוימים, דוגמת תובענות שעילתן בדיני הגנת הצרכן, דיני הגנת שכר העבודה או דיני איכות הסביבה. הכרה בניהול הליך בדרך של תובענה ייצוגית – שלמרבח הצער לא הרבו בתי המשפט בישראל להזיק לה – עשויה להביא עמה הרתעה של ממש למעוולים-המזיקים ולפעול לטובת האינטרס הציבורי.

(3) "שלא יצא חוטא נשכר"

שיקול "כללי" חשוב נוסף שראוי להזכירו בהקשר זה הוא הנימוק "שלא יצא חוטא נשכר". בשל עצמתם הכלכלית והסיכוי הקטן שתובע בודד ינהל נגדם תביעה, נוטים לעתים קונצרנים כלכליים גדולים להתרשל בפעולתם או בטיב השירות או המוצר שהם מעניקים לקוחותיהם. לבד מהנזק האישי והספציפי שיש לניזוק, מעודד מצב דברים זה חברות גדולות ל"חסוך" בהוצאותיהן על חשבון לקוחותיהן, וכך נמצאים גופים אלה "נשכרים".

חשש זה, "שלא יצא חוטא נשכר", משמש לעתים את חכמי ההלכה לסטות מסדר הדין הרגיל. כך, למשל, עושה הרא"ש, רבנו אשר, שימוש בו בהקשר להימנעות

¹⁴⁷ ירושלמי, גיטין, פרק ה, הלכה א (כו, ע"ב).

מהצורך ב"דרישה וחקירה" של העדים גם בדיני ממונות, שנזכר לעיל. הרא"ש קובע, שבנסיבות מסוימות אין לאפשר לבעל דין לשמור על "זכות השתיקה". וכך כותב הרא"ש:

וצריך הנתבע להשיב על כל מה שישאל הדיין. ואם אינו רוצה להשיב לדיין ומכסה ומעלים דבריו ומשיב תשובות גנובות, **כדי שלא יוכל הדיין לעמוד על אמתת הדין**, מה יעשה הדיין? לזכותו אי אפשר, מאחר שנראה לו דין מרומה... ואם יסתלק מן הדין היינו זכות, כי בזה יפטר, אם שום דין לא יזקק לדונו מפני שהוא טוען ברמאות ואינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות, ונמצא חוטא נשכר.

לפיכך, במקרה מעין זה, העובדה, שהנתבע אינו משתף פעולה בחקירה, פועלת לרעתו והדיין רשאי לפעול "כאילו" השיב הנתבע והתברר ששיקר:

וכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו, **ויעשה הדיין כאילו השיב ונתברר שקרו**, ויחייבנו מאומד הדעת, אף על פי שאינו יכול לברר שקרו.

כנזכר לעיל, הימנעות משימוש נרחב יותר בהליכי התובענה הייצוגית מביאה לכך ש"חוטאים" – בעיקר גופים כלכליים רבי עצמה – יוצאים נשכרים לא אחת, בהיעדר יכולת ביד הצרכן הבודד להתמודד עמם בזירה המשפטית כשהוא ניצב לבדו. אשר על כן, יש מקום להרחיב את השימוש בתובענות ייצוגיות במקרים אלה, כמובן תוך פיקוח מתמיד שההליך לא ינוצל לרעה בידי התובעים.

י. עשיית עושר במשפט ולא במשפט: מתעבר על ריב לא לו

כדי לאזן מעט את התמונה, עלינו לציין שלצד יתרון הגדול, ב"הצלת עשוק מיד עושקו" ו"תיקון העולם", יש ביטוי במקורות המשפט העברי גם לתופעות השליליות שעשויות להיות לתובענה שמנוהלת על ידי אדם שלא תמיד טובת כלל חברי הקבוצה עומדת לנגד עיניו. כאלה הם המקרים שבהם מבקשים "תובעים מקצועיים" או עורכי דין "להתעבר על ריב לא להם" ולהגיש תובענה ייצוגית לא בשל רצון פן לדאוג לאינטרסים של הנפגעים מהנתבע, אלא בשל רצונם לעשות עושר במשפט, בקלות ובמהירות. הסכומים הגבוהים שכרוכים דרך כלל בתובענות ייצוגיות,¹⁴⁸ כמו גם סכומי הכסף הגבוהים שנפסקים לא אחת לפרקליט התובעים, למרות המגבלות שמטיל עליהם

148 גם כאן יש מקום להבחין בין תובענות ייצוגיות, והן הרוב, שהסעד הנדרש בהן הוא סעד כספי, לבין תובענה ייצוגית שהסעד הנדרש בה אינו כספי.

שערי משפט ד(1) התשס"ה "וכי זכין לאדם שלא בפניו?" – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי

החוק, מפתים אותם להגיש תובענה בשם קבוצה גדולה של תובעים, מתוך הנחה ותקווה שאם יזכו בה, יצברו הון רב.

מעבר לשאלות הפורמליות והמהותיות, שחלקן הועלה לעיל, רואה המשפט העברי בפעולה מעין זו מעשה שלילי ביותר. לא אחת, יוצאים חכמי ההלכה חוצץ כנגד בעלי דין שאינם תמי לב, הנוקטים הליכי משפט לא לשם גילוי האמת או עשיית משפט וצדק, אלא משיקולים אחרים, זרים ופסולים, מעין בעל הגנאי שמתואר בספר משלי:¹⁴⁹ "מתעבר על ריב לא לו".¹⁵⁰ ויפים לעניין זה דברים שאמר רבי יונתן, ומובאים בקובץ המדרשים המכונה "משנת רבי אליעזר":¹⁵¹

ר' יונתן אומר, הרי הוא אומר 'כבוד לאיש שבת מריב'. ומה מריבה שהיא לאדם לעצמו, כבוד לו אם פָּקְשָׁה [=נמנע הימנה], קל וחומר למריבה שאינה שלו והוא מכניס עצמו לתוכה. וכן הוא אומר, "מחזיק באזני כלב עובר מתעבר על ריב לא לו".

גישה זו, המגנה כניסתו של אדם ל"ריב לא לו", אומצה, בין השאר, על ידי חסידי אשכנז, בני המאה הי"ג, והדיה נשמעים היטב בספר היסוד שלהם, "ספר חסידים".¹⁵²

יא. אחרית דבר

על אף ההתפתחות החקיקתית העצומה והפסיקה הענפה שנוצרו בשנים האחרונות בישראל בסוגיית התובענה הייצוגית, טרם נתגבשה סופית "הלכה פסוקה" ישראלית במכלול הסוגיות המרתקות שהיא מעלה. סקירה שיטתית של התובענות הייצוגיות שמוגשות לבתי המשפט השונים מגלה שרובן אינו "מבשיל" ונגדעות בעודן באֶפֶן. חלקן הגדול של הבקשות לאישור התביעה כתובענה ייצוגית נדחה על הסף, ואלה מהן שעוברות משוכה זו מסתיימות לרוב בפשרה.

149 משלי, כו, יז.

150 כאב טיפוס ל"מתעבר" מעין זה, שימש עמלק שנכנס למלחמה עם ישראל ללא כל צורך. ראו פירוש הרמב"ן על התורה, לשמות, יז, טז: "וטעם העונש שנענש עמלק יותר מכל העמים, בעבור כי כל העמים 'שמעו וירגזו' (שמות, טו, יד), ופלשת אדום ומואב ויושבי כנען נמוגו (שם) מפני פחד ה' ומהדר גאונו, ועמלק בא ממרחק כמתגבר על השם, ולכך אמר בו 'ולא ירא אלהים' (דברים, כה, יח), ועוד כי הוא נין עשו וקרוב לנו, עובר מתעבר על ריב לא לו".

151 משנת רבי אליעזר, פרשה ד, ע' 82. ספר זה, שכולל מדרשים שונים, זכה גם לכינוי "מדרש שלושים ושתים מידות". הוא הוצא לאור על ידי ה' ענעלאו (ניו יורק תרצ"ד), ולדעת מהדירו, מדובר בקובץ קדום ביותר. אכן, ח' אלבק חלק על כך, וסבר שבעצם מדובר ב"מדרש אגור", על פרק ל' בספר משלי, שנתחבר, לדעת אלבק, בערך בתחילת המאה השמינית לספירה. ראו: י' ט' ל' צונץ **הדרשות בישראל** (ירושלים, התש"ז) 143.

152 ראו למשל, ספר חסידים (מהדורת מרגליות), סימן עג.

תמונת מצב זו שונה מזו הקיימת במשפט האמריקני, ולא אחת נמתחה עליה ביקורת. מגמה זו מעקרת מתוכן את ההליך הדיוני שעשוי להרתיע מעוולים בפוטנציה, ולהביא מזור, סעד ופיצוי לאלפי אנשים שאינם יכולים, למעשה גם אם לא להלכה, לקבל סעד בדרכי התביעה הרגילות.

עיון שיטתי בפסקי הדין המרובים, שניתנו בשנים האחרונות בסוגיה זו, מגלה שבהיעדר מורשת משפטית מגובשת נוצרות הלכות רבות בדרך של פסיקת בתי המשפט, ממקרה למקרה. לצד חסרונותיה של שיטה זו, יש בה פתח נרחב להטמעת עקרונות וכללים – לאו דווקא פרטים – שנקבעו במשפט העברי מקדמת דנא בסוגיות אלה. הליכה בדרך זו תשקף נכונה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ותיתן ביטוי הולם לקשר הבל יינתק שבין ענפיו של המשפט הישראלי ושורשיו.

במאמר זה ביקשנו להראות, שלמרות שבעולמו של המשפט העברי התובענה הייצוגית היא "ברייה" משונה, שלכאורה מקומה לא יכירנה בו, יש במשפט העברי לא מעט מקורות שבאמצעותם ניתן לעגן מוסד משפטי זה במורשת "ערכיה של מדינה יהודית". עקרונות המשפט העברי – לאו דווקא פרטים – מלמדים שיש מקום לעשות הבחנה בין סוגים שונים של תובענות ייצוגיות: יש לעודד תובענות שתכליתן "להציל עשוק מיד עושקו", "תיקון העולם" ומניעת מצב שבו "ייצא חוטא נשכר". כאלה הן תובענות ייצוגיות שבאות להגן, בראש ובראשונה, על תובע "קטן", שאלמלא הליך זה ספק אם יזכה אי פעם לממש את זכויותיו. לא כן עניינו של תובע "מסחרי" או "מקצועי", שלנוכח הפוטנציאל העסקי שטמון בתביעתו, ינהל אותה בכל מקרה, בין בדרך תביעה רגילה ובין בדרך של תובענה ייצוגית. פעמים הרבה פונה הוא לדרך התובענה הייצוגית כדי ל"עשות עושר במשפט", ולא אחת הריהו "מתעבר על ריב לא לו".

"משפטו של עם", זאת ידענו משכבר הימים, "זקוק לשורשים ולעבר, שמהם הוא יונק ובצלם הוא חוסה. המשפט המתגבש במדינה העברית זקוק לשורשים ולעבר משלו, ואלו ימצאו לו רק אם ידע להשתרש ולהשתלב אל נכון במערכת המשפט העברי ההיסטורי".¹⁵³

בדרך הילוכנו גם בסוגיה זו, אך מן הראוי הוא שנזכור את דבריו הגדולים והמאתגרים של הנשיא משה לנדוי¹⁵⁴:

המשפט הישראלי החילוני הוא משפט ללא שורשים היסטוריים משלו – בחינת אדם ללא צל. הוא מורכב מרבדים שונים, ולכל אחד מאלה מקורות היסטוריים משלו. אבל ההיסטוריה אינה שלנו ויש משהו מלאכותי מאד ואף פתיטי בניסיונות המשפטנים שלנו להעלות פרטי

153 מ' אלון "המשפט העברי במשפט המדינה, על המצוי ועל הרצוי" הפרקליט כה (התשכ"ט) 53.

154 מ' לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (התשכ"ט) 305, 292.

שערי משפט ד(1) התשס"ה "וכי זכין לאדם שלא בפניו?" – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי

פרטים מן ההיסטוריה המשפטית האנגלית מלפני דורות, על מנת שאלה יספקו לנו פתרונות לצורכי מדינת ישראל של היום.
זו הבעיה הגדולה של המשפט הישראלי המודרני. רבים מאתנו – אף מן החילוניים שבינו – כואבים את הכאב על כך שעד כה לא נמצאה דרך הסינתיזה בין המשפט העברי כנכס תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו.

כאב זה – בר ריפוי הוא. אולי לא עלינו המלאכה לגמור, אך אין לנו בני חורין ליבטל הימנה.

שערי משפט ד(1) התשס"ה

אביעד הכהן