

מעמדה של תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984

מאת

ד"ר חמי בן-נון*

במאמר זה נעשה ניסיון להציג "על קצה המזלג" את מצבה של תקנה 29 כמשקפת את תחום התובענות הייצוגיות בישראל. המאמר מציג את הליך התובענה הייצוגית ומטרותיו, את ההיסטוריה של יישום תקנה 29, את יחסם של בתי המשפט ליישום התקנה ואת עמדת המדינה, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת א.ש.ת. ובהצעת החוק האמורה להסדיר את התחום. מול אלה הובאו ביקורות מלומדים ושופטים ודעות אחרות המראות את הקשיים שבפניהם עומד התחום ואף עשוי לעמוד. אף שהמאמר תוקף את עמדת המדינה ואת התוצאות של פסק דין הרוב בפרשת א.ש.ת., אין הוא מציע פתרון משלו או מאשש עמדות אלה או אחרות: כל כולו בהצגה ההיסטורית של הליך התובענה הייצוגית בזיקה לתקנה 29, בגישה מנתחת והעמדת טענות צד אחד מול טענות הנגד של הצד האחר. לקראת סיום המאמר יש פרק המתייחס להצעת החוק להסדרת התחום, ובפרט מוצגת ביקורת נוקבת על מקצת מסעיפיו. אין זה ברור כיצד ייראה נוסחו הסופי של חוק זה וכיצד יפרשו בתי המשפט את הוראותיו. אולם, לדעת המחבר, לאור ההיסטוריה החקיקתית של מדינת ישראל ומעורבות בתי המשפט בפרשנות החוק, לא

* מרצה בכיר, מכללת "שערי משפט". תודה גדולה ומיוחדת לעו"ד אורי מקובסקי. בהכנת המאמר הסתייעתי בעו"ד מקובסקי וכן ספגתי רעיונות וקבלתי השראה מסיכומיו המחכימים והמאלפים שהוגשו בדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת.. כמוכן, האחריות לכתוב במאמר זה היא כולה שלי. בין מועד מסירת מאמרי לפרסום לבין מועד פרסומו, נתפרסם מאמרו של ד"ר מיכאל קרייני העוסק בחלקו בעניינים הנזכרים גם במאמרי זה. אולם, בעוד מאמרי עוסק בתקנה 29, בין היתר, בעקבות פרשת א.ש.ת., עוסק מאמרו של ד"ר קרייני במשמעויותיה ובהשלכותיה של עמדת שופטי הרוב בפרשת א.ש.ת., שתוצאתה הגבלת השימוש בהליך התובענה הייצוגית כנגד המדינה וזרועותיה, בפרט אם מבקשים לבססו על תקנות סדר הדין האזרחי. ראו מ' קרייני "התובענה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים", דין ודברים א (התשס"ה), ומכאן ההבדלים בין המאמרים, חרף הדמיון במקורות ליצירת כל אחד מהם.

ועוד, בסוף חודש מרץ 2005 התפרסם תזכיר הצעת חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ה-2005 השונה מהנוסח שבו עסקתי במאמרי זה (טיוטת הצעת החוק מספטמבר 2003). השינויים משקפים מגמה של איון אפשרות התביעה הייצוגית כנגד המדינה ופגיעה באכיפה האפקטיבית כנגד עוולות שמבצעת המדינה.

תיפתרנה רוב הבעיות שהוצגו וצפויות עוד שנים ארוכות של אי ודאות בתחום זה.

- א. מבוא: היסטוריה מקוצרת של התובענה הייצוגית ותקנה 29
- ב. עמדת המדינה כפי שהובאה במסגרת הליכי תובענה ייצוגית בבתי המשפט
- ג. פרשת א.ש.ת.
- ד. עמדת המדינה והצעת החוק החדשה
- ה. מה צופן בחובו העתיד?
- ו. סיכום דברים

א. מבוא: היסטוריה מקוצרת של התובענה הייצוגית ותקנה 29

תובענה ייצוגית היא הליך מיוחד: יחיד מייצג בו את עניינם של רבים במסגרת תביעה אחת, כך שתוצאותיה תהיינה מחייבות לגבי כלל האנשים שבקבוצה המיוצגת, אף ללא הסכמה מפורשת מצד חבר בקבוצה זו, ללא שמי מחברי הקבוצה יהא חייב בנטילת חלק כלשהו בניהול אותו הליך וכלי שהיה למי מהם יומו בבית המשפט. תביעה מסוג זה באה במקום מספר גדול של תביעות יחידים באופן המגביל את יכולתו של כל תובע לבחור את מייצגו או את המועד שבו יגיש תובענתו או את בית המשפט שאליו יגיש תובענה זו.¹ אין חולק כמעט על חשיבותה העקרונית, המעשית, החברתית, הכלכלית והמשפטית של היכולת להגיש תובענה ייצוגית במקרים הראויים.² התובענה הייצוגית מאפשרת נגישות לצדק באמצעות מימוש זכויות אשר שוויון הכלכלי לא היה מצדיק הגשת תביעה אישית, על ידי הגדלת נגישות הפרט למערכת המשפט,

1 ברגע שהוגשה תובענה ייצוגית – גם אם תובע פוטנציאלי בחר שלא להצטרף אליה – דרכו להגשת תביעה אחרת או מאוחרת עלולה להיחסם מכוח מעשה בית דין. ראו נ' זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי (פרסומי הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, 1991) 427 ואילך.

2 דרך משל, אמירתה של השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטיים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (להלן: "פרשת א.ש.ת."), בע' 266, כי "התובענה הייצוגית היא כלי חשוב ביותר מבחינה כלכלית, משפטית וערכית, בייחוד בחברה מודרנית מתקדמת"; באותה פרשה אמרה השופטת בייניש (שם, בע' 267), כי "... התובענה הייצוגית היא מוסד בעל חשיבות רבה... ניתן לקבוע, ללא היסוס, כי כאשר על כפות המאזניים מונחים יתרונותיה וחסרונותיה של התובענה הייצוגית, יש משקל רב יותר לחיוב על פני השלילה. הכול מסכימים שלתובענה הייצוגית תפקיד משמעותי – חברתי וכלכלי – וכי היא שינתה את פני ההליכים בבית המשפט ואת הגישה לבתי המשפט. בתחומים מסוימים היא נתנה מענה לעולות האופייניות במיוחד לחברה המודרנית". שופטים אחרים ואף חוקרי משפט התבטאו באופן דומה.

על ידי העצמת הפרט ועל ידי איזון יחסי אי-שוויון הכוחות בחברה. התובענה הייצוגית מהווה גם אמצעי אכיפה, מניעה והרתעה המופעל על ידי השוק הפרטי כלפי תאגידים פרטיים וגופים ציבוריים, ובכך מתרחב הפיקוח החברתי על תאגידים וגופים אלה. בנוסף, מאפשרת התובענה הייצוגית לייעל את מערכת המשפט ולחסוך בעלויות אדמיניסטרטיביות בכך שמוכרע במשותף עניינם של רבים, בכך שניתן פיצוי לרבים בעלי עילת תביעה דומה, בגין נזקם, בכך שזכותו של הפרט לקבל סעד במקרים המתאימים אינה נפגעת, בכך שנמנעות הכרעות מנוגדות ובכך שניתן פתרון כולל לבעיותיהם של רבים.³

מדינות רבות בעולם קבעו הסדר כללי לעניין התובענה הייצוגית. אולם בישראל, בשורת חוקים ספציפיים, הוסדר הליך התובענה הייצוגית באופן פרטיקולרי בלבד. במקרים אחרים בהם לא הוסדרה הגשת תובענה ייצוגית באמצעות חקיקה ראשית, ובפרט בתובענות ייצוגיות כנגד המדינה, נוצר קושי שמקורו בהעדר אכסניה או פלטפורמה מהותית ופרוצדורלית (למעט תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי) שעליה ניתן היה לבסס הגשת תובענות ייצוגיות.⁴ משכך, הוגשו תובענות ייצוגיות באמצעות תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. ברם, במקרים אלה עשתה המדינה, באמצעות שלוחיה המשפטיים, מאמץ קולקטיבי משמעותי על מנת לחסום את אפשרות התביעה כנגדה על בסיס תקנה 29 דנן. מצד שני זרם התובענות הייצוגיות הנשענות על תקנה 29

3 כל האמור לעיל נמצא בצורה מקוצרת בסעיף המטרות (סעיף 1) של הצעת החוק (שנמסרה לי על ידי משרד המשפטים בחודש מאי 2004 והמצויה בניסוח דומה גם באוגרן הנספחים לספרם של ד' אזוב ומ' בן-ארי סוגיות בתובענות ייצוגיות (2004) להלן: "אזוב ובן-ארי"). על טיוטת הצעת החוק דנן (להלן: "הצעת החוק") ראו הערה 8 במאמרו של פרופ' סיני דויטש המתפרסם אף הוא בחוברת זו. עוד על מטרות התובענה הייצוגית אצל ס' גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה" משפטים ט (התשל"ט) 416; ס' גולדשטיין וט' פישר "יחסי הגומלין בין תובענות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד (כרך ב, התשס"ד) 21, 21-22; ס' גולדשטיין וי' עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א (1999-2000) 27, 29-32; א' קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוללות המוניות" משפטים לד(2) (התשס"ד) 301. על יתרונותיה וחסרונותיה של התובענה הייצוגית ראו א' קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיה של נתבע יחיד על פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא (2004) 387, 390.

4 עו"ד רונן עדיני סבור כי "שני הכלים המרכזיים שבידי התובעים הייצוגיים בנושאי צרכנות הם חוק הגנת הצרכן ותקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. חוק הגנת הצרכן אמנם מסדיר את אפשרות הגשת התובענה הייצוגית, אך אינו עונה על המגוון הרחב של עוללות הנגרמות לצרכנים... כך, למשל, לא מאפשר חוק הגנת הצרכן תביעה כספית בגין גבייה שלא כדין של תשלום, אגרה, היטל או מס, אף שגבייה היא כאמור עניין צרכני מהמדרגה העליונה. במצב דברים לוקה זה לא נותר לציבור הצרכנים אלא להסתייע במשענת הרעועה האחרונה שנותרה בידם – תקנה 29...." ראו ר' עדיני "מגינים על התאגידים" הפרקליטים (ספטמבר 2001) 40.

לא פחת. מצב זה קרא להסדרתו הברורה והראויה של דין התובענות הייצוגיות, שאינן מוסדרות בחקיקה פרטיקולרית.⁵

הניסיונות הראשונים לבסס תובענות ייצוגיות על גב תקנה 29, לא צלחו. מבחינה היסטורית ניתן להבחין כבר בפרשת פרנקישה⁶ כיצד מביע בית המשפט העליון חוסר שביעות רצון מלשון התקנה שעליה ניסו לבסס תביעת ייצוג וצמצם את תחולתה. מלומדים ביקרו בחריפות צמצום זה,⁷ אולם בית המשפט העליון לא חזר בו. לאחר מכן חלפו שנים ולצד קבלתן של בקשות להגשת תובענה ייצוגית, שהתבססו על תקנה 29, החלו להופיע חוקים ותקנות ספציפיים לעניין הגשת תובענות ייצוגיות. בשנת 1988 אומץ הסדר של תובענה ייצוגית בתיקון מס' 9 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. בחקיקה זו התכוון המחוקק להסדיר הגשת תובענות ייצוגיות בתחום ניירות הערך וכן לבחון את הרחבת השימוש בדגם הסדר זה להסדרים נוספים של תובענות ייצוגיות.

5 מאמר העוסק באפשרות הגשת תובענה ייצוגית במקרים של עוולות המוניות מוצא כי חרף הבעייתיות והפגמים, יש לאפשר שימוש במכשיר התובענה הייצוגית במקרים של עוולות המוניות, במקרים בהם ניתן לפקח על הצדדים באופן אפקטיבי ולמנוע תובענות סחטניות מחד גיסא, וקנוניות בין נתבעים לבין נציגי התובעים, מאידך גיסא. א' קלמנט, לעיל הערה 3, בע' 303. 'ציון כי דעה מנוגדת – שמסגרת התובענה הייצוגית אינה מספקת מענה הולם לריכוזה ולהסדרתה של התובענה ההמונית – מצויה במאמרם של ס' גולדשטיין וט' פישר, לעיל הערה 3.

6 ע"א 79/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (להלן: "פרשת פרנקישה" או "הלכת פרנקישה"). עוד ראו בג"צ 117/67 גור אל נ' המועצה המקומית קרית אונו, פ"ד כא(2) 477. ראו גם עדיני, לעיל הערה 4, האומר בעניין זה כי "בית המשפט העליון, ובעקבותיו גם הערכאות הנמוכות, ראו תמיד בתקנה 29 בן מצורע... 'כלי אין בו חפץ', כינה אותה בית המשפט המחוזי בירושלים בפרשת התאחדות הסטודנטים (ת"א 109/94)... גישה זו... חוטאת לאינטרס הציבורי, עושה פלסתר את היעד של שמירת טובת הציבור וטובת הצרכן, והופכת לגדוד ההגנה של רשויות המדינה ושל חברות מסחריות גדולות, שידן גסה, לא אחת, בכספי האזרח והצרכן. נמצא שבית המשפט בישראל מתייצב, כמעט בהתניה טבעית, להגנת אוצר המדינה והתאגידים הגדולים".

7 ס' גולדשטיין, לעיל הערה 3. ראו עוד ס' גולדשטיין "עוד בעניין תביעת-ייצוג-קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא (התשמ"א) 412, שם טען פרופ' גולדשטיין, כי הלכת פרנקישה נשענה על הדין האנגלי ומכיוון שחלה בדין זה התפתחות מאז פסק הדין בפרשת פרנקישה, מן הראוי שתהיה התפתחות גם בישראל. תקווה זו נתבדתה – הדין בישראל לא השתנה בעקבות השינוי בדין האנגלי. ראו ס' גולדשטיין "ארבעים שנה לסדר-הדין האזרחי" משפטים יט (התשמ"ט-התש"ן) 663, 671 ואילך; ס' גולדשטיין וי' עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א (1999-2000) 27, 28; ס' גולדשטיין וט' פישר "יחסי הגומלין בין תובענות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד(1) (התשס"ד) 21; ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ (כרך ב, התשס"ד) 299; ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצג השוא של המטעה" מאזני משפט ב (התשס"א-ס"ב) 97; מ' בר-ניב "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט(1) (התשנ"ד) 251.

ואכן, תהליך הפקת הלקחים היה קצר והניב שורה של חוקים ובהם הסדרים ספציפיים.⁸ הדמיון בין ההסדרים הוא רב, אך יש גם הבדלים ביניהם, שכן אימוץ הליך התובענה הייצוגית בחוקים השונים לא נעשה באופן אחיד.⁹ ההסדרים שאומצו החל משנת 1988 ואילך עקפו לכאורה את השימוש בתקנה 29. אולם המציאות היתה שונה: לצד הגשת תובענות על פי החוק הספציפי, הוגשו לא אחת תובענות ייצוגיות משולבות, שבהן צירפו העותרים תביעה לפי החוק הספציפי ותביעה הנשענת על תקנה 29. יתר על כן, במקרים בהם רצה תובע להגיש תובענה ייצוגית ולא היה חוק ספציפי שעל פיו ניתן לתבוע, הפכה תקנה 29 לפלטפורמה היחידה שעליה "רכבה" התובענה הייצוגית. מול המגמה הכללית של בית המשפט העליון לצמצם את תחולתה של תקנה 29,¹⁰ עמד מצב בו בתי המשפט לא התייחסו באופן אחיד לשימוש בתקנה זו,¹¹ וצמצמו את

- 8 בשנת 1992 נחקק הסדר בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תובענות אזרחיות), התשמ"ב-1992, בשנת 1994 תוקן חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, והוכנס בו פרק 11 שבו שורת הוראות הנוגעות להגשת תובענה ייצוגית. תיקון דומה (פרק 1) הוכנס אל תוך חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, וכן אל חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 (פרק 1ג), חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981 (פרק 1), וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ו-1996. בפברואר 2000 נכנס לתוקף התיקון לחוק החברות החדש (חוק החברות, התשמ"ט-1999), שהחליף את חוק ניירות ערך בעניין תובענות ייצוגיות. יצוין, כי היו ניסיונות להעביר הצעות חוק שמטרתן להסדיר את נושא התובענה הייצוגית בחוק כללי אחד, אך אלה לא צלחו [ס' גולדשטיין ו' עפרון, לעיל הערה 7 בע' 28]. הגישה לאורך השנים מאז 1988 היתה כי יש להסדיר נושאים שונים באופן ספציפי בלי לאמץ גישת-על. נדמה, כי המגמה השתנתה לאור פרשת א.ש.ת. ולפחות ברמה הפרוצדורלית יש כוונה ליצור חקיקת-על. עוד יש לציין את הביקורת שהעלו המחברים באותו מאמר, שלפיה קיימות בעיות העולות מנטיית המחוקק לקבוע הסדרים נקודתיים לכל חוק בנפרד במקום לאמץ הסדר כולל (שם, בע' 34 ואילך).
- 9 ס' גולדשטיין ו' עפרון, לעיל הערה 7, מע' 34 ואילך, שם מצביעים המחברים על שלושה נוסחים (צרים או רחבים) של דברי החקיקה לעניין התובענה הייצוגית. עוד ראו המבוא לדברי ההסבר להצעת החוק, לעיל הערה 3.
- 10 ראו מאמרו של פרופ' ס' גולדשטיין המפורטים בהערה 7 לעיל, ובפרט ראו ס' גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט (התשל"ט) 416, המבקרים את מגמת צמצומה של תקנה 29. גולדשטיין תומך בפרשנות מרחיבה (שתהפוך את השימוש בכלי התובענה הייצוגית למכשיר יעיל התורם לחברה) וכן תומך בכלי זה מאמרו של טלגם ("תובענות ייצוגיות – יישומים בפסיקה בישראל" המשפט (2002) 65).
- 11 על הגישות השונות למוסד התובענה הייצוגית ראו ס' גולדשטיין ו' עפרון, לעיל הערה 7, בע' 32 ואילך. גולדשטיין סבור, כי גישת בתי המשפט כלפי התובענה הייצוגית היא בבחינת "כבדהו וחשדהו". בתי המשפט מכירים בחשיבותה ועם זאת מתריעים בפני שימוש בלתי מבוקר בה ועל כן מחמירים עם התובעים ומדקדקים בכל פרט, לעתים באופן המחטיא את כוונת המחוקק (שם, בע' 34). עוד ראו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 785, שם התייחס הנשיא ברק לתקנה 29 כראשיתה של תביעת הייצוג במשפט הישראלי; ת"א (ת"א) 388/96 יערי נ' מינהל

תחולתה למקרים שבהם לכל חברי הקבוצה סעד אחיד ומשותף.¹² זאת, עד לפרשת א.ש.ת. שבה הובעה בדעת רוב העמדה כי לא ניתן להגיש תובענות ייצוגיות מכוח תקנה זו.¹³ לטענת חוקרים, מקור העוינות של בתי המשפט כלפי התובענה הייצוגית הוא בהיותה של זו שימוש חדש בדין הדיוני וכל שימוש חדש מעורר חשש אם לא התנגדות.¹⁴ סיבה נוספת טמונה בחשש מפני ניצול לרעה של התובענה הייצוגית למטרות סחיטה, קנוניות ושוחד.¹⁵ בעניין א.ש.ת. הוגשה ואושרה בקשה לדיון נוסף שטרם הוכרע. עוד יש להוסיף, כי במהלך הדיון בפרשת א.ש.ת. טענה המדינה כי במקום להשתמש בתקנה 29 ניתן יהיה להשתמש בחקיקה שתסדיר את התחום.¹⁶ המוטיוצייה להאצת חקיקתו של חוק זה מקורה, בין היתר, באמירה של השופטת בייניש שלפיה קם הצורך בהסדרה כוללת של התחום ובקביעת עקרונות אחידים¹⁷ לבחינה

מקרקעי ישראל (לא פורסם), שם נאמר כי "הוראת המסגרת לתובענות ייצוגיות מצויה בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, גם אם זו פורשה בעבר בצמצום..."; אמרתו של השופט טלגם בת"א (ת"א) 1472/95 שמשני נ' פסגות (לא פורסם), לפיה "עלינו להיעזר בכלים המשפטיים האפשריים על מנת שלא לסכל את תכליתו של החוק, אשר לא הוחק כדי לשלול... את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית".

12 ס' גולדשטיין וי' עפרון, לעיל הערה 7, בע' 38. ניתן לטעון כי בתי המשפט למדו מקיומם של הסדרים חקיקתיים ספציפיים לעניין התובענה הייצוגית, כי המחוקק אינו מעוניין להעניק לתובענה הייצוגית מעמד של הסדר דיוני כולל ועל כן אין צורך למלא בתוכן את תקנה 29. מול דעה זו עומדת דעה הפוכה, שלפיה בחירת המחוקק להסדיר כל נושא בנפרד לא נעשתה במכוון אלא באורח מקרי ועל כן אין מקום לשלול פרשנות מרחיבה לתקנה 29 (שם, בע' 38-39).

13 ראו דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, לעיל הערה 3. עוד ראו פרשת א.ש.ת. בע' 268-269 (השופטת בייניש); 282-279 (השופט אנגלרד); 283 (השופט לויין).

14 ס' גולדשטיין וי' עפרון, לעיל הערה 7, בע' 30-32.

15 שם, בע' 31.

16 הן טענה זו והן טענותיה האחרות של המדינה מופיעות בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת א.ש.ת. השופטת שטרסברג-כהן ביצעה מלאכת מחשבת של הצגת תמצית טענות המדינה בעיקר בעמודים 247-255 לפסק הדין וכן בעמודים 243-246. ניתן לומר, כי טענות המדינה בפרשת א.ש.ת. דומות בעיקרן לטענותיה בתיקים אחרים הנוגעים לתובענה ייצוגית ועל כן אסתפק, במאמר זה, בהצגת טענות המדינה בלי להפנות ספציפית למקום זה או אחר בפסק הדין. שכן, כאמור לעיל, מרוכזות הן באותם עמודים שצינתי.

17 מאמרו של קלמנט, לעיל הערה 3, בע' 304 ואילך, מציע גישה שונה: במקום להסדיר את התחום באמצעות הסדר כללי ואחיד, יש להתייחס למאפיינים השונים המיוחדים לכל תחום של הדין המהותי ובאלטרנטיבות הקיימות באותו תחום להשגת המטרות של הרתעה ופיצוי. הטעם לכך נובע בעיקר מהבעייתיות של הנזקים המתבטאים אצל תובעים שונים באופנים שונים ובמועדים שונים, ועל כן עלולה להיות בעייתיות בהפעלת מכשיר התובענה הייצוגית (לחלק מהתובעים לא נוצרה זכות בזמן הגשת התביעה והם עלולים לאבדה עקב התביעה; לחלק מהתובעים לא ברורה מהות זכותם או היקפה בזמן הגשת התובענה הייצוגית). נוסף על כך מציג קלמנט בעיות נוספות: תיתכן חדלות פירעון של הנתבע במועד מאוחר; ניהול כושל של התובענה הייצוגית; קנוניות עם נתבעים;

מלאה ורחבה יותר של האפשרות להגיש תובענה ייצוגית, גם בתחומים שטרם הוסדרו על ידי המחוקק או שהוסדרו על ידי המחוקק אך לא באופן מלא.¹⁸ התיקון החקיקתי נדרש גם עקב הכנסת הליך התובענה הייצוגית לחוקים שונים, באופן לא אחיד וכן עקב התפתחויות שחלו בדיני התובענה הייצוגית בעולם המערבי.¹⁹

ב. עמדת המדינה כפי שהובאה במסגרת הליכי תובענה ייצוגית בבתי המשפט

התובענה הייצוגית אינה אהובה על פרקליטות המדינה ועל בתי המשפט.²⁰ אחת הסיבות המרכזיות להתנגדות של בתי המשפט והמדינה למוסד התובענה הייצוגית היא התגמול הכספי המצפה לתובע הייצוגי ולעורכי דינו.²¹ המדינה טוענת, לא אחת, כי המניע להגשת תובענות ייצוגיות כלפי רשויות המדינה הוא כספי, ונדמה כי עקב כך פגום בעיניה מוסד התובענה הייצוגית. כלומר, מוסד זה פגום לדעתה בכך שאינו מייצג את הפן הערכי-צרכני ואין עומדת מאחוריו שאיפה לתיקון עוול ציבורי או חברתי אלא רדיפת בצע גרידא.²² ניתן להשיב לטענה זו בשלושה

- פיקוח לא יעיל או לא מספק של בתי המשפט; פשרה העלולה לדלל את מטרות ההרתעה והפיצוי, ועוד (שם, בע' 382-383). עוד על בעיית חוסר האחידות בין החוקים המסדירים את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות ראו ס' גולדשטיין ו' עפרון, לעיל הערה 7, בע' 39-43.
- 18 פרשת א.ש.ת. בע' 274.
- 19 למשל, בשאלה אם דיני התובענה הייצוגית הם מהותיים או פרוצדורליים. בפרשת א.ש.ת. נחלקו השופטים בשאלה זו (השופטת שטרסברג-כהן סברה כי מדובר בהסדר דיוני, ולדעה זו הצטרף הנשיא ברק, מול השופטים אנגלרד ובייניש שסברו כי יש להסדיר הנושא בחקיקה ראשית).
- 20 ראו עדיני, לעיל הערה 4. עוד ראו ס' גולדשטיין ו' עפרון, לעיל הערה 7, מע' 29 ואילך, המציגים את הגישה העויינת של בתי המשפט כלפי התובענה הייצוגית.
- 21 ס' גולדשטיין ו' עפרון, לעיל הערה 7, בע' 44 ואילך, מנסים להסביר את נטיית עורכי הדין בישראל לזיום תובענות ייצוגיות באופן החורג מציפיות פרופ' גולדשטיין (שם, בע' 45). האחרון תולה את התבדות ציפיותיו בהערכה מוטעית של תרבות המשפט הישראלית אולם תשובה זו אינה מספקת בעיניו והוא מבקש לתלות את המוטיווציה של עורכי הדין להגיש תובענות ייצוגיות ב"אמריקניזציה" של המשפט הישראלי, בדינמיות של התרבות המשפטית, בעליית מספרם של עורכי הדין הצעירים ובהזדמנות שנקרתה בפניהם להתקדם במהירות מבחינת הפרסום האישי ומודעות עורכי הדין לחשיבה הצרכנית (שם, בע' 46-48).
- 22 שם, שם. על זה אומר עדיני: "ומה בכך? מה פסול יש ברצונו של תובע ייצוגי לזכות בהכנסה? ויותר מכך. מדוע יש רלוונטיות למניעיו של התובע? מדוע תובע המונע על ידי רדיפת צדק ראוי שתישמע תובעתו הייצוגית יותר מאשר תובע המעוניין לזכות בממון רב?... אין ספק שהנימוק האמור אינו רלוונטי כלל. לא בכדי קובע הדין המסדיר תובענות ייצוגיות פיצוי כספי מיוחד ומוגדל, לתובע ייצוגי. דווקא בגלל ההכרה בטרחה הרבה, בהשקעת הזמן והמאמץ, ולעתים גם הכסף,

אופנים:²³ האחד, שאין פסול במניע כלכלי; השני, שהתובענה הייצוגית משיגה את מטרתה, בין היתר, באמצעות מתן תמריץ לתובעים ולעורכי הדין המייצגים והאינטרס הכלכלי יוצר הלכה למעשה את הפיקוח החברתי, המניעה וההרתעה; והשלישי שיש ממילא בכוחה של המדינה להקים מערכת איזונים, בלמים ומנגנוני בקרה²⁴ להקטנת חששה זה מפני סחטנות תובעים, התעשרות "לא ראויה" של תובעים ועורכי דין וקנוניות עם הנחבעים. מכל מקום, אל לה לפגוע במוסד התובענה הייצוגית.²⁵

שהשקיע יוזם ההליך... מניעיו של תובע אינם מעלים ואינם מורידים לעניין ההכרעה אם בידיו תביעה ראויה, המבוססת על תשתית עובדתית ומשפטית מוצקה... בעניין זה ניתן דווקא ללמוד מגישתו של בג"ץ, שהסיר כליל את מחסום 'זכות העמידה', שהיה נקוט בידיו בעבר. כיום מקובל לחלוטין על בג"ץ כי יבוא בשעריו גם 'עותר ציבורי', אשר כלל לא נפגע אישית, ולא סבל כל נזק, ממעשה המנהל הלקוי או הפגום... עוולות חברתיות רבות יכולות לבוא על תיקונן באמצעות תובענה ייצוגית, שהיא, לדעתי, כלב השמירה הפרטי האמיתי של ימינו... ואם במקרה אותו אזרח ערני, קטנוני ובלתי נלאה, שבודק היטב בציציות כל חשבון בנק וכל הודעת תשלום של רשות מקומית או ציבורית, ואשר לא מהסס לטרוח ולהגיש תובענה ייצוגית, גם יזכה בממון עקב זכייתו בתביעה, הרי שזהו קורבן קטן שיש לשלם בחדווה לטובת שיפור איכות החיים בארץ הזאת". לעיל הערה 4. יתר על כן, הסיכון הכלכלי הנלקח על ידי יוזמי תובענה ייצוגית, עומס וריבוי העבודה המוטלים על עורכי הדין המנהלים את ההליך, שכר הטרחה הנמוך הנפסק לא אחת, מורכבות ההליך והקשיים הרבים שמעמידים בתי המשפט, מצביעים על כך שמול עבודה רבה המושקעת והסיכונים צריך לעמוד גם יתרון כלכלי אפשרי שהוא תוצאת הזכייה בתביעה או פשרה סבירה.

23 במאמרו של קלמנט, לעיל הערה 3, בניתוח רציני ומעמיק של השיקולים בעד ונגד הגשת תובענות ייצוגיות בעוולות המוניות (שבהן התגמול המצפה לתובעים ולעורכי דינם משמעותי ובהן גדול הסיכוי לפגיעה במיוצגים ולקנוניות עם הנחבעים) מעדיף המחבר (ולדעתי בצורה משכנעת), בתנאים מסוימים, את מוסד התובענה הייצוגית כמכשיר שבו ניתן להשתמש בתובענות המבוססות על עוולות המוניות. אין ספק שחששה דלעיל של המדינה אינו בלתי ראוי, אולם היא יכולה להתגבר עליו באמצעות מנגנוני פיקוח ואיזון ובכך להסיר את החשש מיצירת קנוניות, מייצוג כפוי בלתי ראוי ומסכנות דומות אחרות.

24 קלמנט, לעיל הערה 3, בע' 371 ואילך מציע שני מנגנונים לריסון בעיות הייצוג והתובענות הסחטניות: פסיקת הוצאות משפט כנגד תובעים ו/או עורכי דינם ומתן תמריצים לתובעים המתנגדים לפשרה המוצעת. אין זה ברור שיש צורך בבלמים ובמנגנוני בקרה כנגד "תובענות סחטניות". ההשערה בדבר קיום תובענות כאלה אינה מבוססת במידע אמפירי. ראו אוזב ובן-ארי, לעיל הערה 3, ע' 375-369; 425-419; 487 ואילך.

25 נושא התגמול הכספי אינו מצוי בלב פרשת א.ש.ת, אולם המדינה טענה לא אחת כנגד תובעים ועורכי דין מושחתים ונוצרת תחושה כי זהו מקור מרכזי להתנגדותה למוסד התובענה הייצוגית. ייאמר מיד כי זו הכללה גורפת ובלתי אחראית, שכן במקום לתקוף את השלילה (אם יש בכלל) שבתובענה הייצוגית, תוקפים את התובעים ועורכי דינם. תקיפת האדם במקום תקיפת הטענה או העניין נקראת בלטינית *אד-הומינם* והיא נחשבת לתרגיל רטורי הלוקה באי-רלוונטיות. בהמשך המאמר טענתי, כי יש הבדל בין "עמדת המדינה" לבין "עמדת אלה הסבורים שהם יודעים מהי טובת המדינה" ובכך פוגעים בהליך הדמוקרטי ובהפרדת הרשויות, בעת שהיא טוענת לחוסר

בפסקי דין רבים הועלו, נוסף לטענה דלעיל, טענות מטענות שונות המבטאות את עמדת פרקליטות המדינה²⁶ בשאלת תקנה 29. תקצר היריעה מלפרט ניסוחים שונים של טענות אלה בפסקי הדין הללו, אולם ניתן לטעון, בלי לפגוע בדרישת הדיוק, כי מדובר בהבדלי נוסח קלים המבטאים כוונה אחידה, בלתי מתפשרת וברורה: אין זה נכון להשתמש בתקנה 29 כאכסניה להגשת תובענות ייצוגיות או לדיון בהן. מכל מקום, המדינה מערימה מכשולים בפני הגשת תובענות ייצוגיות לפי תקנה 29 ואף מקשה על הדיון בתובענות ייצוגיות לפי תקנה זו ונדמה כי מטרה מרכזית של המדינה היא הקטנת הסיכון הכלכלי ופרישת הגנות ומחסומים אסטרטגיים וטקטיים לפני סיכונים משפטיים וכלכליים העלולים לצמוח מהליכי תובענה ייצוגית שבהן היא נתבעת. במאמר זה נעסוק בעיקר בהנמקות המשפטיות שניתנו לטענות השונות דגן ובביקורתן, בלי שנדון באריכות בשאלת המדיניות, בשאלה הערכית, בשאלת זוך הלב של נציגי המדינה או בשאלת הפגיעה באינטרס הציבורי עליו מופקדת המדינה, כמו גם באי הנחת הציבורית מעמדת המדינה.²⁷

מכל מקום, כאמור לעיל, המדינה מעמידה בפני תובע ייצוגי לפי תקנה 29 מחסומים כמעט בלתי עבירים מזוויות ומכיוונים שונים המתלכדים לכדי חומה מקיפה ויציבה שייעודה לשמור על המדינה מתובע כזה. טענות בדבר הפרשנות הנכונה של התקנה והקשרה ההיסטורי, בדבר חריגת שר המשפטים מסמכותו, בדבר מהות ההסדר הייצוגי בישראל, בדבר הצורך בחקיקה ראשית שתסדיר את התחום וטענות אחרות שיפורטו להלן, משמשות יחדיו ביצירת החומה דגן. נציג להלן תמצית טענות אלה ולאחר מכן נדון בעיקרן. ואלו הטענות המרכזיות:

- א. החשש מפני פגיעה בבעלי דין (מחמת הסכמי פשרה "גרועים").²⁸
- ב. שר המשפטים לא היה מוסמך לייסד את מוסד התובענה הייצוגית בחקיקת משנה.

סמכותו של שר המשפטים להתקין תקנות ובכך שהיא מעדיפה כי בתי המשפט יתמכו בעמדתה הרואה פרשנות לתקנה 29 שאינה עולה בקנה אחד עם האמור בתקנה זו. מכיוון שקשה להאשים את המדינה בכך שהיא מטפחת תחת השטח מנגנוני הרס עצמי, קל יותר לייחס את "עמדת המדינה" כפי שהיא מיוצגת על ידי פרקליטיה כניסיון להגן על מה שהם מאמינים כי הוא "עמדת המדינה".

26 לא תמיד ברור אם עמדת פרקליטות המדינה אכן מייצגת את עמדת "המדינה" או שמדובר בפירוש "חופשי" הניתן לאמירת בכיר זה או אחר בזרועות הממשל, המבטא "לכאורה" את "עמדת המדינה". התשובות לשאלות מיהו הגורם המוסמך המייצג נאמנה את עמדת "המדינה" ומהי, אכן, עמדת המדינה חורגות מהיקפו של מאמר זה, אולם ניתן לרמוז כי עמדת המדינה אינה בהכרח חד משמעית, ברורה או אחידה ועמדת הפרקליטות עשויה בהחלט לייצג את השקפת העולם של העומדים בראשה (שלא לדבר על השפעה מתמשכת על שופטים בבית המשפט העליון שהיו פעם מראשי הפרקליטות...).

27 שהן בעיקרן שאלות לבר-משפטיות. לדיון עמוק ויסודי בשאלות אלה ראו אזוב ובן-ארי.

28 כך בסעיפים 109 ו-114 לסיכומי המדינה בפרשת א.ש.ת.

- ג. תקנה 29 לא נועדה לייסד את מוסד התובענה הייצוגית. יתר על כן, אפילו הדין האנגלי שממנו נשאבה תקנה 29 אינו משתמש בה ובדומות לה לעניין תובענות ייצוגיות, אלא יצר הסדר מודרני כללי של תובענות ייצוגיות.²⁹
- ד. הפרשנות ההופכת את תקנה 29 למצע, שעל בסיסו מוגשות תובענות ייצוגיות, מנוגדת לתכלית ומתבססת על פירוש לשוני גרידא.
- ה. אין טעם בדיונים אקראיים שבהם תהיה חקיקה שיפוטית, שכן תובענה ייצוגית מצריכה קביעתה בחקיקה ראשית מסיבות אלה:
1. היא עומדת בניגוד לחוק השליחות ולחקיקת היסוד.
 2. היא כלי מיוחד ובעייתי נושא מחלוקת ציבורית ועל כן הכרעה במחלוקת היא עניין של מדיניות ציבורית, ומכאן ראוי כי תיעשה בחקיקה ראשית.
 3. החקיקה הקיימת לקויה, אינה נותנת פתרון מערכתי ואינה מאפשרת להשלים חסרים מתוכה.
 4. מוסד זה אינו עניין של סדר דין להליך שכבר כונן ויש לכונן את ההליך בחקיקה ראשית.³⁰
 5. אין להשלים חסרים על ידי חקיקה שיפוטית.
 6. המטרה ההיסטורית של תקנה 29 היא עניין טכני של סדר דין הקשור רק בעקיפין לתובענות ייצוגיות. תכליתה היתה לפתור בעיות של צירוף צדדים.
 7. ממילא התחיל תהליך מסודר של חקיקה בעניין זה.

נראה, כי טענות המדינה מחמיצות את העיקר שבמוסד התובענה הייצוגית: היותה מכשיר חברתי-כלכלי המרתיע תאגידים כלכליים וציבוריים מלרדת בקלות יתר לכיסו של הפרט. ייתכן כי לא היתה כוונה לחוקק תקנה זו על מנת שתשמש מצע להגשת תובענות ייצוגיות דרכה; נוסף לכך, ייתכן שהפרשנות ההופכת את תקנה 29 למצע להגשת תובענות ייצוגיות היא פגומה וייתכן אף שיש לקבוע את מוסד התובענה הייצוגית בחקיקה ראשית ולא דרך סדר הדין. אולם, כל אלה אינם נשקלים, לדעתי, מול החשיבות הציבורית העצומה של מוסד זה ואינם מביאים בחשבון את תוצאת קיומו:

- 29 ראו עדיני, לעיל הערה 4, הסבור, כי אכן צודקת פרקליטות המדינה בגרסתה כי תקנה 29 לא נתכוונה מעולם לשמש אמצעי להגשת התובענה הייצוגית ולו מן הסיבה שנחקקה זמן רב לפני שהוכר השימוש באמצעי המשפטי של תובענה ייצוגית. באופן דומה גם המחוקק אף הוא לא התכוון כי תקנה זו תשמש פלטפורמה להגשת תובענות ייצוגיות. אולם מדובר ב"גיוסה" של התקנה להיות מצע ופלטפורמה כאלה משום חשיבותו הציבורית של מוסד התובענה הייצוגית. חשיבות זו מהווה הצדקה טובה להפיכת תקנה 29 לאמצעי שדרכו ניתן להגיש תובענות ייצוגיות.
- 30 לשאלה, אם מדובר בכלי פרוצדורלי או מהותי, ראו מ' בן-פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח (התשמ"ח) 5. כן ראו עו"ד תמר סלע – הרצאה שניתנה ביום עיון בנושא תובענות ייצוגיות (תדפיס ההרצאה ביד), שבה נעשתה הצגה רחבה וברורה של יישום הבחנה שבין מהותי לפרוצדורלי לעניין התובענה הייצוגית.

יכולת הפיקוח החברתי-כלכלי של הפרט על תאגידים פרטיים ועל החלטות מנהליות-ציבוריות. מכאן, אפילו נקבל בחלקן את טענות המדינה, אין הדבר רלוונטי לצורך בקיומו של כלי התובענה הייצוגית, ומכאן קם הצורך, עד שיאמר המחוקק את דברו, להציב טענות נגד לכל טענות המדינה (גם לאלה הצודקות פורמלית) באמצעות הטענה המהותית של הכרח קיומו של כלי פיקוח נוסף במערכת האיזונים והבלמים המדינתית מחד גיסא, ומול התעמרות תאגידים ציבוריים ופרטיים באזרח, מאידך גיסא. יתר על כן, כפי שנראה בהמשך, הטענות המתנגדות לעמדת הפרקליטות אף מבוססות משפטית ועניינית: ניתן להציג טענות נגד, למשל, לטענות לפיהן עומדת התובענה הייצוגית בניגוד לחוק השליחות ולחקיקת היסוד; ניתן להפריך בנקל את הטענה שלפיה אין משלימים לאקונות באמצעות חקיקה שיפוטית; ניתן להראות כיצד הטענה בדבר חוסר הסמכות של שר המשפטים להתקין תקנות המאפשרות הגשת תובענות ייצוגיות דרכן, אינה מבוססת ואף לוקה בחוסר תום-לב. כן ניתן לתקוף את כל טענות המדינה, שכבר הסכמנו כי יש צדק פורמלי בהעלאתן. לבסוף, ניתן להצטרף לעמדת המדינה בדבר הצורך בחקיקה ראשית בתחום זה.³¹

החשש מפני הסכמי פשרה גרועים אינו צריך לרפות את ידי המדינה והתגובה אינה צריכה להיות העמדת מכשול בפני מוסד התובענה הייצוגית, אלא יצירת דרכים (בחקיקה ובפסיקה) שבהן ניתן לפקח על הסדרים אלה, ולא לאפשר את ניצולם לרעה.³² טענה חריפה שמעלה המדינה היא כי ייסוד תובענה ייצוגית דרך תקנה 29 מהווה חריגה מסמכותו של שר המשפטים כמתקין התקנות. לשון אחר, סמכותו של שר המשפטים להתקין תקנות לפי סעיפים 108 ו-109 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אינה משתרעת על ייסוד מוסד התובענה הייצוגית. לטענה זו שני פנים: האחד, החריגה מסמכות פורמלית, והוא כי היבטי המינוי העצמי והייצוג הכפוי שבייסוד התובענה הייצוגית משנים דינים מהותיים של זכויות קניין, נוגדים את חוק השליחות ומצויים בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעת המדינה, כשם ששר המשפטים אינו מוסמך לקבוע בתקנות סדרי דין כי תובענות של פרטים לא תוגשנה על ידי תובע ציבורי או מוסד ציבורי אחר, כך אין הוא מוסמך לקבוע בתקנות סדר הדין שהתובענות הייצוגיות תוגשנה על ידי תובע הממנה עצמו לשם כך, במקום על ידי בעלי הזכות עצמם. קביעות מעין אלה מקומן בחקיקה הראשית ולא בחקיקת המשנה. הפן השני של טענת המדינה, החריגה מסמכות מהותית, תוהה על כוחו של שר המשפטים ליצור הליכים חדשים. לטענת המדינה, התובענה הייצוגית היא הליך חדש ואילו מסמכותו של

31 אלא, כפי שנראה בהמשך, אין זה ברור כי החקיקה העתידה – כפי שהיא משתקפת בהצעות החוק הרבות שנכתבו – מאפשרת פתרון שלם, ראוי ונכון לסוגיה.

32 ת"א (ת"א) 2560/01 בירנבוים נ' קלאב הוטלס, תק-מח 2003(1) 5671, בוטל הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין עקב ליקוייו, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה הצטרף לתביעה (בבש"א 23736/01).

שר המשפטים לקבוע סדרי דין לתובענות שחוק בתי המשפט הסמיך את בתי המשפט לדון בהן, ולא מעבר לכך.

דיון עמוק בכל פרטי הפרטים שמביאה המדינה בכל אחד משני הפנים, הפורמלי והמהותי, של החריגה מסמכות, חורג מהיקפו של מאמר זה. אדון לפיכך, להלן, בעיקר הטענות. היבטי המינוי העצמי והייצוג הכפוי אינם משנים, לדעתי, את דיני הקניין, אלא מהווים חריג מודרני ולא פעם חריג רצוי לדינים אלה. אין חולק על כך שליחיד אוטונומיה באשר לרכושו ולזכויותיו, אולם במקרה של התובענה הייצוגית במובנה המודרני, התהווה חריג שאינו בלתי רצוי לפרט, אלא אך ורק עומד בניגוד לתפישות נושנות באשר לאוטונומיית הפרט. מוסד התובענה הייצוגית במובנו המודרני מאתגר את תפישות העולם הישנות, ודווקא תקנה 29 מאפשרת ליצור חריג רצוי כזה מבחינת המדיניות הציבורית, המאפשר לפרט שלא לאבד מרכושו טיפין טיפין עקב מוסדות וארגונים שבכוחם לגרום זאת. לדידי, יש יותר חיוב משלילה בחריג זה ועל כן לא רק ששר המשפטים לא חרג מסמכותו אלא אף ביצע את המוטל עליו מבחינה ציבורית – עדכון ההלכות לאור מצבים חדשים שמעמידה המציאות לפני מערכת המשפט מדי יום. העובדה, שקיימת תקנה המאפשרת לפעול לפיה תוך פגיעה בתפישות ישנות, היא עניין רצוי הפותר ברמה המיידית את הצורך בהמצאה של תקנה כזו. מה שנוותר הוא להתאים את התקנה למציאות דהיום, וזאת יכולים בתי המשפט לעשות בנקל. אף שר המשפטים עצמו עשוי לבצע זאת באמצעות תיקון תקנה זו או חקיקת משנה נוספת.

המדינה טוענת כי תובענה ייצוגית מצויה בניגוד לחקיקת היסוד. הטענה מזוהה, שכן אין זה ברור כיצד פוגע מוסד התובענה הייצוגית ברכושו של האדם (אלא אם כן פגיעה במדינה פירושה פגיעה אישית בכל אחד מפרטיה). אם מדובר בהגנה על הפוגע ברכושו של הפרט, ודאי שאין לקבל את הטענה דנן, ואם מדובר בפגיעה בזה המעביר לכיסו את מעט רכושו של הפרט, ודאי שאין הלוקח זקוק להגנה. כך או כך, טענת המדינה אינה מובנת, שכן התובענה הייצוגית נועדה, בין היתר, להעשיר את הפרט ולבטח לא לפגוע בכיסו. אילו תבע הפרט לבדו היה הסיכון גבוה ביחס לסכום תביעתו ואילו הסיכוי היה זהה לסיכוי של שאר חבריו, למעט המייצג שמינה עצמו שסיכויי גבוהים יותר, אך בה בעת גם סיכוניו. נדמה, כי הפגיעה שאותה רוצה המדינה למנוע היא דווקא הפגיעה בעצמה... אבל המדינה הרי אינה נפגעת בהכרח מתובענה ייצוגית המוגשת כנגדה, שכן כידוע היא של אזרחיה וחזקה על אדם שאינו פוגע בעצמו או ברכושו. לכל היותר מדובר בחלוקה מחדש של עוגת המשאבים הציבורית, ואין הדבר בלתי ראוי: אם המחוקק עושה זאת באמצעות יישום מדיניותו אין סיבה שהאזרח לא יכפה על המדינה חלוקת עוגת המשאבים באופן אחר עקב פגיעה בו וברבים אחרים.

הטענה בדבר היות התובענה הייצוגית סותרת את חוק השליחות אינה מדויקת: כמו שטענתי קודם לכן, היא מהווה חריג מודרני שמאפשר לתבוע באמצעות שלוח שלא על פי חוק השליחות, אלא מן הדין ותו לא. אסכים, כי אין הוראת דין מיוחדת בחקיקה

הראשית המקנה יכולת לתובע הייצוגי לייצג קבוצה של אחרים. אולם, לא אסכים כי אין קיימת חקיקת משנה המאפשרת זאת.³³

ואולם, כאמור לעיל, תקנה 29 עשויה בנקל להוות אותה "הוראת חוק מיוחדת" אותה תובע פרופ' ברק, ובצדק. נותר, אם כן, להתגבר על הטענה לפיה תקנה אינה יכולה לעמוד לפני חוק. כלומר, שחקיקה ראשית מתגברת על חקיקת משנה ולכן חוק השליחות מתגבר על תקנה 29. סבורני, כי אין כל התנגשות בין חוק השליחות, שהוא חקיקה ראשית, לבין תקנה 29, שהיא חקיקת משנה. הייצוג נוצר על פי דין ומצוי הן בחקיקה הראשית הכללית (חוק השליחות) והן בחקיקת המשנה (תקנה 29 לעניין התובענה הייצוגית) כחקיקה "ספציפית". החקיקה הראשית נועדה לכסות את רוב התחומים ואילו החקיקה הספציפית משלימה אותה. אם קיימת הוראת דין המשלימה את החקיקה הראשית, גם אם הופיעה בחקיקת משנה והיא מכסה באופן יעיל לאקונה אפשרית, הגם שראוי היה להסדיר זאת בחקיקה הראשית, אין סיבה שלא לקבל זמנית או לעת ארוכה את העובדה כי חקיקת משנה הסדירה את החסר. זאת, בפרט כשעניין לנו במוסד מודרני שמתעדכן חדשות לבקרים ובעובדה שיש מדינות שבהן מוסדר עניין התובענה הייצוגית בחקיקת משנה. יתר על כן, באותן מדינות נוצרה מסורת רבת שנים של פרשנות חקיקת המשנה כך שתתאים לתובענות הייצוגיות, ושם לא נוצרו בעיות מיוחדות כתוצאה מכך.³⁴

המדינה טוענת כי סמכותו של שר המשפטים משתרעת לאחור וחלה על תובענות שבסמכות בתי המשפט, ולאלה נועדו סדרי הדין, ואילו תקנות סדר הדין לא נועדו להליכים חדשים כגון התובענה הייצוגית. לטענה זו אשיב, כי אין חולק על כך שמוסד התובענה הייצוגית הוא הליך מודרני ואפילו נלך לשיטת המדינה ונקרא לו הליך "חדש", איני רואה פסול בקיומה של תקנה המאפשרת לקדם בברכה הליך "חדש" זה ולאפשרו במקום "ליצור את הגלגל מחדש". אדרבה, אם קיומה של תקנת סדר דין מאפשר, בפרשנות לא חריגה, להגיש באמצעותה תובענה ייצוגית, על כך יש לברך. לפיכך, הניסיון להעמיד את השר בחזקת פועל בלא סמכות על מנת לטעון כנגד תקנה שנחקקה באחריותו, כמוהו כאמירה כי פעולותיו פוגעות במדינה. מכיוון שחזקה על שר המשפטים שאין לו כוונה לפגוע במדינה, ומכיוון שלא פעל לתיקונה של תקנה 29 או לסילוקה מקובץ התקנות, יש בטענת פרקליטות המדינה משום הטלת דופי בשר המשפטים ובסבירות החלטותיו. יתר על כן, אם אכן חסר סמכות הוא, ממילא התבטלנה פעולותיו, וגם בכך יש פגיעה במדינה. יתר על כן, גם אם שר המשפטים לא הוסמך

33 א' ברק חוק השליחות (נבו, כרך א, התשנ"ו) 313-314.

34 הנשיא ברק שאל "מדוע אוצרת התקנה המקבילה בקנדה ובאוסטרליה כוח לשאת על גבה מבנה מקיף של תובענות ייצוגיות, ואילו תקנה 29 שלנו חלש כוחה?" כלומר, במדינות בהן קיים מוסד התובענה הייצוגית עשויה תקנה להיות הפלטפורמה להגשת תובענות ייצוגיות ובמה עדיפה החקיקה במדינות אלה על ישראל? (פרשת א.ש.ת. בע' 286-287).

להתקין תקנות סדר דין לעניין התובענה הייצוגית, הרי שבית המשפט עשוי להסדיר סדרי דין, הן מכוח סמכותו הכללית ליתן סעדים³⁵ והן מכוח סמכותו הטבועה.³⁶ המדינה טוענת, כי סמכותו של שר המשפטים היא לקבוע הסדרים משניים בלבד ואילו הליך התובענה הייצוגית שקול להליכי העתירה המנהלית, תביעות קטנות או בית המשפט לענייני משפחה, שכולם נעשו בחקיקה ראשית. לטענת המדינה, התובענה הייצוגית אינה סדר דין להסדרת בירור של תובענות אלא אמצעי אכיפה מהותי שתפקידו ליצור הרתעה אצל גופים גדולים. אולם, אם תובענה ייצוגית נבנית על בסיס תקנה 29, היא נבנית על בסיס סדר דין ושר המשפטים אינו מוסמך ליצור דין מהותי באמצעות הפרוצדורה. לדעתי, יש בטענה זו הטעיה: תקנה 29 אינה יוצרת זכויות מהותיות, אלא מאפשרת אותן ואת מימושן ועל כן היא נותרת דין פרוצדורלי לכל דבר. מקורה של הזכות אינו בתקנה 29, אלא שתקנה 29 היא הפלטפורמה שבאמצעותה ניתן לבקש לממש זכות זו. לכן אסכים מיד עם המדינה שהליך הוא הליך ועל כן הליך התובענה הייצוגית דומה להליכים שנוכרו לעיל. אולם, כזכור, יש סדר דין לעתירות מנהליות, יש סדר דין לבית המשפט לענייני משפחה ויש אפילו סדר דין ספציפי לבית המשפט לתביעות קטנות, ואיש לא יטען כי אותו סדר דין מקנה את הזכויות המהותיות שהחוק מעניק. מכאן, שאין סתירה בין השוואת הליכי התובענה הייצוגית לפרוצדורות אחרות – מופעלת כאן אנלוגיה מוטעית: דמיון בהליכים אינו גורר דמיון בזכויות המהותיות ולכן קיומו של סדר דין בכל אחד מאותם חוקים, יחד עם קיום דין מהותי בשלושת הראשונים ולא בעניין התובענה הייצוגית, אינו צריך להביא למסקנה כי תקנה 29 היא דין מהותי. נכון הוא שנושאים רבים שבהם תיתכן תובענה ייצוגית לא הוסדרו בחקיקה ראשית והיה ניסיון להשתמש בתקנה 29 כמצע יציר החקיקה השיפוטית על מנת לאפשר מימוש זכויות שנפגעו. אולם, תקנה 29 לא הפכה את עורה והפכה לדין מהותי, אלא שדרכה נעשה ניסיון לממש זכויות שבדין המהותי. אטען, כי העדרה של החקיקה הראשית היא מחדלו של המחוקק אולם אין במחדל זה כדי לשלול את עילת התביעה ואת זכות התביעה ולכן בתי המשפט השלימו בחקיקה שיפוטית מקום שכשל בו המחוקק...

טענתה האחרונה של המדינה – בעניין העדר הסמכות – גורסת כי קביעת אמצעי אכיפה חדשים של דין מהותי אינה בגדר הסמכותו של שר המשפטים לקבוע סדרי דין. לטענת המדינה, אכיפת הדין בתחומים בהם יש תת-אכיפה היא עניינו של המחוקק הראשי, שכן מדובר על הקצאת משאבים ואין זה מעניינו של שר המשפטים להחליט אלו אמצעי אכיפה יש לאמץ. לדידי, יש כאן טענה מוסווית, שלפיה תובענה ייצוגית כבר אינה תביעה אזרחית רגילה אלא כלי אכיפה, תוצר של מדיניות ממשלתית, וייעודה להרתיע גופים גדולים. ראיתה של התובענה הייצוגית כך, מפקיעה אותה מהיותה תביעה אזרחית מיוחדת והופכת את התובע הייצוגי לגיבור-על בגיבוי מדינתי. נדמה, כי

35 סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

36 בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני, פ"ד מח(2) 491.

לא כך צריך להתבונן במאטריה זו: התובעים הייצוגיים, איש איש ומטרתו, מסייעים למדינה באכיפה במקומות בהם קיימת תת-אכיפה. המדינה מרוויחה בכך שאינה מבזבזת משאבים, מקום בו החליטה שלא לחוקק מסיבות של מדיניות או מסיבות אחרות. לכן התובע הייצוגי אינו גיבור-על אלא סייען עקיף לציבור, למדינה ולמשאבי הציבור, בכך שהוא מאלץ את הנתבע לפעול אחרת – בדרך כלל, לטובת חלק מהציבור או אף לטובת הציבור כולו. משכך, אין כאן עניין שבו שר המשפטים מתערב באכיפת החוק במקרים בהם המחוקק הראשי טרם אמר דברו, אלא הוא מסייע למערכת האכיפה להיות יעילה מבחינה כלכלית, בכך שתקנה שנחקקה מאפשרת אכיפה כזו. יש אם כן לברך על קיום תקנה 29 ולא לנסות לפגוע בה ובמחוקק המשנה שיצר אותה... גם שופטי המיעוט בפרשת א.ש.ת. אינם מקבלים טענה זו. הנשיא ברק קובע כי –

במהותה נוגעת התובענה הייצוגית לסדרי דין, וראוי לה שתוסדר בחקיקת משנה העוסקת בסדרי דין.³⁷ וכן...מדוע יש להשאיר נושא זה [הסדרת התובענה הייצוגית בחוק] למחוקק הראשי? מה טעם יש שמרבית ההסדרים הדיוניים מעוגנים בחקיקת משנה, ודווקא התובענה הייצוגית תעוגן בחקיקה ראשית?³⁸

השופטת שטרסברג-כהן חריפה יותר בתגובתה –

אין יכולה להיות מחלוקת כי תקנות סדר הדין האזרחי הותקנו בסמכות מכוח חוק. ההסדר של הגשת תובענה ייצוגית הוא הסדר דיוני במהותו... ואין לקבל את הטענה שלפיה לא היה השר מוסמך להתקין את תקנה 29...³⁹

העולה מכל שנאמר לעיל הוא, כי לטענת המדינה בדבר החריגה מסמכות של שר המשפטים אין בסיס יציב וכי לכל טענה שמעלה המדינה יש טענת נגד. לא זו אף זו, שלא פעם מגינה המדינה על חוסר יעילות, על פגיעה בכיסה שלה ועל תפישות שאבד עליהן כלח. אפשרות הפגיעה באוטונומיית הפרט וברכושו, כמו גם בכפיית הייצוג עליו, אינה נמצאת בניגוד לדין אלא משלימה אותו. שאר החריגות מסמכות להן טוענת המדינה אינן עומדות במבחן הביקורת. משכך, לא מצאתי כי קיימת חריגה מסמכות אף לא באחת משלל טענות המדינה בדבר חריגה כזו.

כותרתה של אחת הטענות החוזרות ונשנות של המדינה היא, כי תקנה 29 לא נועדה מעודה לשמש כהסמכה לניהול תובענות נפרדות של אנשים אחרים על ידי זר לעניין, הממונה על ידי בית משפט, ללא הסכמתם של בעלי אותן תביעות נפרדות. הראיה לכך, טוענים שלוחי המדינה, היא שבמשך עשרות שנות קיומה של התקנה באנגליה

37 פרשת א.ש.ת. בע' 286.

38 פרשת א.ש.ת. בע' 287.

39 פרשת א.ש.ת. בע' 250 (חלקו הראשון של הציטוט) ובע' 251 (חלקו השני של הציטוט).

ובישראל, היא לא שימשה למטרה זו. השימוש האמיתי בתקנה זו, קובעת המדינה, נועד לפתרון בעיות בניהול משפטים עקב הצורך בצירוף צדדים, וספק הוא אם התקנה עסקה בייצוג אנשים ללא הסכמתם וללא ידיעתם המפורשת (המושגת באמצעות המצאה אישית של כתבי בי דין אליהם). ייעודה של התקנה הוא שימוש מעשי במצבים שהצדדים המעוניינים הם רבים עד כי נוצר קושי לנהל משפט ובאותן נסיבות ממנים צדדים את התובעים לייצגם תוך ידיעה על המינוי ויכולת להתערב בו.

סוגיית ה"ייצוג הכפוי" היא אכן טענה משמעותית, שכן לכאורה כופים על בעלי דין להיות חלק מתביעה אף אם מעולם לא נתכוונו לתבוע. מנגד עומדת הטענה, כי הפגיעה האפשרית בזכותו של פלוני, שלא ידע עליה או אף ידע עליה ולא גיבש לעצמו את דרך ההתייחסות, עשויה להביא לכך כי ייווצר מנגנון שישמר את זכותו זו, בדומה להגנה על זכותו של פסול הדין. החוק מאפשר ייצוג "כפוי" לפסול דין ולפגומי אישיות משפטית אחרים ובונה הסדרים להגנה על זכויותיהם, תוך ייצוגם בהליכים מגוונים. מכאן, שטענת המדינה כאילו נפגעת האוטונומיה של הפרט היא במקרה הטוב מתחסדת ובמקרה הטוב פחות אינה תמת לב. גם הטענה, שלפיה ניתן ללמוד מדיני ההמצאה בישראל על שאין לכפות צירוף אדם להליך משפטי ללא ידיעתו, הזמנתו והסכמתו, אינה עומדת מול הטענה שחזקה על אדם שאינו מוותר על זכות מזכויותיו אלא מרצון, ונניח שלא ידע על הזכות כיצד יוותר? מכאן שהזיקה, שלה טוענת המדינה, בין ההמצאה (אפילו תחליף המצאה) לבין ידיעת התובע אין בה כדי ללמדנו על כפיית תביעה על מי שלא ביקש לתבוע או על כפיית ייצוג ללא ידיעה, שיתוף והסכמה. מדובר בדרך המסייעת לפרט שלא לאבד את זכותו, מאפשרת לו לוותר עליה בדיעבד (עד למועד פלוני) ועם הוויתור על הזכות בא גם הוויתור על המייצג ה"כפוי". לעניות דעתי, אין סתירה בין ייצוג כפוי לבין האוטונומיה של הפרט. יתר על כן, המנגנון המסדיר זאת הוא מידתי.

הטענה, שלפיה ייצוג קבוצת אנשים ללא הסכמתם וידיעתם נוגדת את דיני השליחות ("שליחות כפויה"), אף היא טענה בעלת משקל של המדינה. יתר על כן, טוענת המדינה כי השליחות הכפויה פוגעת בקניינם של חברי הקבוצה הנגררים אחר יוזם התובענה הייצוגית. באחד מפסקי הדין נאמר במאמר מוסגר כי –

תובענה ייצוגית משמעה יצירת יחסי שליחות מכוח הדין, שלא על פי חוק השליחות, ואולי אף בניגוד לו, על ידי מתן זכות לתובע ייצוגי לייצג בתביעה בפני בית המשפט תובעים אשר מעולם לא הסמיכו אותו לייצגם, תוך חיובם בתוצאות הדיון, על ידי יצירת מעשה בית דין כלפיהם.⁴⁰

40 ת"א (י-ם) 1279/96 גבעון נ' המרכז הרפואי שערי צדק, תק-מח 97(3) 2055. על כן סבר השופט עדיאל שם כי לאור האמור הוא סבור, כי לא ניתן לעשות שימוש באותו מקרה במכשיר של

לטענה זו ניתן להשיב כך: אם מובא לידיעת אדם מצבו המשפטי והוא רשאי להצטרף לתובענה ועושה זאת, אין הדבר סותר את הוראות חוק השליחות. הבעיה קיימת באלה שייתכן כי לא רצו להיות חברי הקבוצה. קיימים פתרונות משפטיים למצבים אלה, כגון: חזקת הקיבול שבחוק החוזים,⁴¹ המצאה "קונסטרוקטיבית" המביאה לקניית סמכות⁴² וטכניקות נוספות הקיימות בחקיקה זרה.

ג. פרשת א.ש.ת.

פרשת א.ש.ת. היתה לקו פרשת המים בעניין תקנה 29. ניתן לומר, כי הדעות השונות של המדינה, של בעלי דין ושל שופטים מצאו ביטוי מפורט במשנתם של השופטים שישבו בהרכב באותה פרשה. השופטים התייחסו לשאלות שונות בעניין תקנה 29 והשימוש בה, ובהן אם ניתן להשתמש בתקנה 29, ואם כן באלו נסיבות ובאלו תנאים. בתוך אלה נמצאת גם שאלה חשובה: האם ראוי להכיר בתקנה 29 כפלטפורמה להגשת תובענות ייצוגיות, ובפרט כנגד המדינה; ואם כן באלו נסיבות? בנוסף התייחסו השופטים אל החקיקה העתידה בתחום, למהותה ולאופיה.

דעת המיעוט בפרשת א.ש.ת. תמכה במפורש בקיומה של אפשרות עקרונית לאשר תובענה כייצוגית במסגרת התקנה. השופט שטרסברג-כהן קבעה כי:

אין מניעה לראות בתקנה 29 מכשיר להגשת תובענות ייצוגיות בכפוף לקבלת רשות בית משפט לכך.⁴³ וכן –
ראוי שהמחוקק ייתן דעתו על חקיקה... אלא שאין בכך כדי לפגוע בחיותה וחיוניותה של תקנה 29, שהושארה גם אצלנו בספר החוקים, כל עוד לא חוקק חוק כללי כאמור... עד אז יש ליישם את תקנה 29 במקרים המתאימים.⁴⁴ וכן כי אין מניעה כיום לאשר תובענות ייצוגיות מכוח תקנה 29 תוך מילוי התנאים...⁴⁵

תקנה 29. ראו גם ת"א (י-ם) 109/94 התאחדות הסטודנטים נ' האוניברסיטה העברית, תק-מח 2687 (2)96.

- 41 סעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
42 תקנות 477-484 וכן 498-499. עוד ראו בש"א 4543/99 פרפרה נ' גולדו, תק-על 99(3) 477, שם נאמר כי "המצאת כתב בית-דין... מכירה גם במעגלים רחבים הרבה יותר של המצאה: מסירת כתב לבן משפחה ולמורשה, הנחת הכתב... כל אלו יוצרים, בנסיבות מסוימות, חזקה של מסירת הכתב לבעל-דין, אף שבפועל לא נמסר לבעל-הדין עצמו." (שם, בע' 478).
43 פרשת א.ש.ת. בע' 248.
44 פרשת א.ש.ת. בע' 257.
45 פרשת א.ש.ת. בע' 254.

הנשיא ברק עומד לצדה של השופטת שטרסברג-כהן באמרו –

הנני מצטרף לפסק-דינה של חברתי... על נימוקיה כולם.⁴⁶
והוא מוסיף – ואשר להמתנה למחוקק, אכן מקובל עלי כי זהו שיקול
ראוי, עם זאת בעניין שלפנינו המחוקק אכן התמהמה, ויש מקום
להסדרה שיפוטית.⁴⁷

לעומת זאת, דעת הרוב, שלה היו שותפים השופטים ביניש ואנגלרד, שללה את
האפשרות לעשות שימוש בתקנה 29 לשם הגשת תובענה ייצוגית במובנה המודרני.⁴⁸
בשאלת הצורך בחקיקה לא היתה מחלוקת: כל שופטי ההרכב סברו, כי יש לחוקק
חוק שיסדיר את התחום. אולם בשאלת יישומה הזמני של תקנה 29 היתה מחלוקת
(שהוכרעה). אף שחמשת השופטים סברו כי מוסד התובענה הייצוגית ראוי לכך כי
מחוקק⁴⁹ יאמר דברו בעניין, נותרו הם חלוקים בשאלה בדבר השימוש המיידית בתקנה
זו. דעת שופטי המיעוט היתה כי כל עוד לא נחקק חוק כללי, ניתן להשתמש בתקנה 29
במקרים המתאימים, וכאשר חקיקת ההסדר הכללי לעניין תובענה ייצוגית מתמהמהת,
יש בינתיים מקום להסדרה שיפוטית של הנושא.⁵⁰
שופטי הרוב קראו למחוקק הראשי ליצור הסדר חקיקתי לעניין התובענה הייצוגית,
ואילו הנשיא ברק, בדעת מיעוט, הסכים כי חקיקה בעניין תובענה ייצוגית אינה עניין
של בית המשפט אלא של המחוקק הראשי. אולם, באותה נשימה לא שלל את תקנות
סדר הדין כמסדירות את הסוגיה –

- 46 פרשת א.ש.ת. בע' 284. המשנה לנשיא, השופט ש' לוי מוסיף, כי "איני רואה מניעה לכלול...
[בתקנה 29] מקרים שבהם קיים אינטרס משותף אינהרנטי ל'תובעים' הפוטנציאליים, אפילו אם
המקרה הוא מקרה שלפי ההגדרה הוא גם מקרה של 'תובענה ייצוגית'..." (שם, בע' 283).
- 47 פרשת א.ש.ת. בע' 285. יצוין כי הן הנשיא ברק והן השופטת שטרסברג-כהן אכן מסכימים כי
תקנה 29 עשויה להיות הפלטפורמה להגשת תובענות ייצוגיות, אולם בכך אין הם שוללים את
החקיקה העתידה – עמדתם אינה מתנגדת לחקיקה זו אלא קובעת כי החקיקה דהיום מספקת אף
היא פתרון נאות להגשת תובענות ייצוגיות.
- 48 השופטת ביניש בפרשת א.ש.ת. בע' 278 והשופט אנגלרד (שם, בע' 282). יש לציין, כי השופט
אנגלרד הסתייג מהחלטה מרחיקת לכת באשר לתחולתה של התקנה ומקביעה של הסדר מפורט
בידי בית המשפט העליון: "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". (שם,
בע' 279).
- 49 הדגש הוא על המילה "מחוקק" ולא על "המחוקק" (בהא הידיעה), שכן התשובה לשאלה בדבר
מיהותו של המחוקק (ראשי או משנה) אינה ברורה וחדה. שאלה זו תופסת מקום נכבד בסיכומי
המדינה בפרשת א.ש.ת..
- 50 השופטת שטרסברג-כהן (פרשת א.ש.ת. בע' 254, 257) והנשיא ברק (שם, בע' 284, 285).

ברוב המדינות המכירות בתובענה הייצוגית... ההסדר הבסיסי נעשה בתקנות ולא בחקיקה ראשית. אם גישתו של חברי [השופט אנגלרד, ח' ב'] תתקבל, ימנע הדבר בעתיד ממחוקק המשנה להסדיר את התובענה הייצוגית במסגרת הראויה לה של סדרי דין. איני רואה כל צידוק לצמצום זה של סמכות מחוקק המשנה. במהותה נוגעת התובענה הייצוגית לסדרי דין, וראוי לה שתוסדר בחקיקת משנה העוסקת בסדרי דין. כך תובטח גם הגמישות, אשר תאפשר תיקונים מהירים לאור ניסיון החיים.⁵¹

מול עמדת המיעוט, קבע רוב ההרכב, בניסוחים שונים, כי על המחוקק הראשי ולא על בית המשפט לפתור את בעיותיה של התובענה הייצוגית. השופט אנגלרד טען כי –

... ההסדר של תובענות קבוצתיות-ייצוגיות 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...⁵² לצידו מציינת השופטת בייניש כי – ראויה היא התובענה הייצוגית שתיכנס לשיטתנו המשפטית בדרך המלך, ולא בדלת האחורית, עם זאת... אם יתמהמה המחוקק ויימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עלול הצורך לעשות שימוש בתובענה הייצוגית להכריע את הכף ולהביא להסדרתה בדרך השיפוטית על-אף מגרעותיה.⁵³

עמדת המדינה בשאלת הסדרת תחום זה ברורה יותר: על המחוקק הראשי בלבד לחוקק חוק מקיף, יסודי וראוי לעניין התובענה הייצוגית. אולם, כאמור לעיל, עמדת המדינה עומדת בניגוד לריבוי עמדות השופטים בפרשת א.ש.ת. ולאוי בהירותן: השופטים לא צדדו באופן ברור וחד משמעי בהסדרת התחום בחקיקה ראשית. השופטים אנגלרד ובייניש תמכו בהסדרת התחום בחקיקה ראשית (בהסתייגות של בייניש, אם יתמהמה המחוקק) ואילו השופטת שטרסברג-כהן סברה כי הנושא עשוי להיות מוסדר בחקיקת משנה, אף שלא שללה במפורש את הצורך בחקיקה ראשית. הנשיא ברק, לעומת זאת, שלל את החקיקה הראשית ומצא כי די בפרשנות שיפוטית לתקנה 29, ואין צורך בהסדרת התחום מעבר לכך.⁵⁴ המשנה לנשיא, השופט לוין, סבר כי –

51 פרשת א.ש.ת. בע' 286.

52 פרשת א.ש.ת. בע' 279.

53 פרשת א.ש.ת. בע' 275.

54 ראו, למשל, דברי הנשיא ברק שמצד אחד אמר, כי "במהותה נוגעת התובענה הייצוגית לסדרי דין, וראוי לה שתוסדר בחקיקת משנה העוסקת בסדרי דין" (שם, בע' 286), ואילו במקום אחר כי הוא מעדיף לעניין זה את פסיקת בתי המשפט. לדבריו: "כחוט השני עוברת בפסקי-הדין של הרוב הגישה כי התאמתה של תקנה 29 לפתרון בעיותיה של התובענה הייצוגית צריכה להיעשות על-ידי המחוקק (בדרך של חקיקה ראשית) ולא על ידי השופט (בדרך של פרשנות). אין בידי לקבל

נושא התובענה אינו מצדיק הכללתו בגדר תקנה 29. יתרה מזאת, החלטה של התובענה שלפנינו בתחום המשפט המינהלי מעוררת שאלות קשות של סמכות ושל מהות, והיא עשויה להביא לשינויים מהותיים ביותר במשפט המינהלי הישראלי. איני סבור שיש מקום לקבוע על דרך של פסיקה הסדרים כאלה ללא חקיקה ראשית.⁵⁵

כאמור לעיל, עמדת שופטי בית המשפט העליון באשר לצורך בחקיקה שתסדיר את התחום עולה, לכאורה, בקנה אחד עם עמדת המדינה. אולם, התבוננות ממוקדת בדעות השופטים מעלה כי אין בהן רוב הקורא חד משמעית למחוקק הראשי לפתוח במלאכת החקיקה המסדירה את התחום, ואף ייתכן שניתן לזהות כיוון המעדיף את מחוקק המשנה. כזכור, שללה המדינה את סמכותו של שר המשפטים להתקין תקנות המסדירות את התחום ואף הביאה בהרחבה שלל נימוקים המחזקים את טענתה, שלפיה אל לו למחוקק המשנה להיות מעורב בהסדרת התחום, אלא על המחוקק הראשי מוטלת המלאכה.

מצב זה בו אין הסכמה ברורה של שופטי בית המשפט העליון לעמדת המדינה, שהתבטאה בקול צלול בפרשת א.ש.ת. ובמקרים רבים אחרים, מצביע על כך שרוב שופטי בית המשפט העליון מעדיף ככל הנראה פתרון חד משמעי פחות מזה שמציעה המדינה, ואולי אף פתרון שונה. אם ניתן, בקיצור נמרץ, לסכם את עמדת המדינה, הרי שהיא מעדיפה במפורש את המחוקק הראשי על מחוקק המשנה כפונקציה שתסדיר את התחום. אולם, כאמור לעיל, אין בפרשת א.ש.ת. "רוח גבית" של רוב לעמדה זו ואולי אף ניתן לומר בזהירות שרוב השופטים מעדיפים את מחוקק המשנה, שכן שניים מהם אומרים זאת במפורש ואחד אינו מתנגד ממש (לפחות בתחום התובענות הייצוגיות שאינן מכוונות כנגד המדינה).⁵⁶

גישה זו. עניין לנו בדין קיים (תקנה 29), אשר יש ליתן לו פירוש חדש. זהו תפקידו הקלאסי של בית-המשפט (שם, בע' 287). קודם לכן אמר ברק כי "מדוע יש להשאיר נושא זה למחוקק הראשי?" (שם, בע' 287). יצוין כי השופט שטרסברג-כהן "מצטרפת לכל הערותיו" [של הנשיא] (שם, בע' 266): מה שניתן ללמוד מכך, כי ייתכן שאין היא מתנגדת לחקיקה ראשית בתחום, אולם תעדיף כי בית המשפט יכריע על פי פרשנותו לתקנה 29, כמאמר הנשיא ברק.

55 פרשת א.ש.ת. בע' 283-284 (ההדגשה הוספה). כלומר, הוא ממליץ להסדיר בחקיקה ראשית את דין התובענות הייצוגיות נגד המדינה. אולם, אין הוא מביע עמדה חד-משמעית באשר לזהותו של המחוקק הראשי, מקום בו מדובר בתובענות שלא נגד המדינה – אם המחוקק הראשי או שמא מחוקק המשנה. לדידו, תקנה 29 אכן אינה כלי מתאים לכך, אך אין הוא שולל במפורש את האפשרות, שלפיה ניתן להסדיר את התחום באמצעות תקנות סדר הדין (למשל, באמצעות תקנה אחרת המנוסחת באורח מתאים יותר מאשר תקנה 29 או אפילו להשתמש בתקנה 29 כאשר היא מתוקנת כדבעי).

56 אנו מקווים כי תהיה אמירה ברורה יותר של בית המשפט העליון בנקודה זו במסגרת הדיון הנוסף. בנוסף, ייתכן שיש מקום להבחין בין המונחים הרבים המשמשים בערבוביה לתיאור התובענה

לשאלה באלו מקרים יש לאשר תובענות כייצוגיות במסגרת תקנה 29, אם בכלל, קובעת דעת המיעוט בפרשת א.ש.ת. כי לבית המשפט שיקול דעת רחב לעניין התנאים לאישורה של תובענה כייצוגית מכוח תקנה 29⁵⁷ וכי ניתן להחיל את התקנה על קשת רחבה של מקרים, ובכללם בתובענות כספיות;⁵⁸ בתובענות לסעד הצהרתי;⁵⁹ במצבים בהם נעדרת האפשרות לאתר את חברי הקבוצה;⁶⁰ במקרים בהם יש מספר גבוה של חברים בקבוצה הרלוונטית, שניתן לאתרם ולזהותם⁶¹ ועוד. המשנה לנשיא שלמה לוין מכיר, בהסתייגויות מסוימות, באפשרות לאשר תובענות כייצוגיות מכוח התקנה.⁶² השופטת בייניש מכירה אף היא ב"תובענות" שבהן חלק מהמעוניינים מיוצג בידי חלק אחר של המעוניינים באותן תובענות, אף כי נדמה שאין היא מתכוונת ל"תובענה ייצוגית".⁶³

לדירה:

קיימת אפשרות לעשות שימוש רחב יותר בתקנה 29 כיום... מעבר לגבולות הצרים שנקבעו בהילכת פרנקישה, כדי שתקנה זו תשמש כלי יעיל לתובענות מרובות-תובעים או נתבעים, כך למשל במקרים בהם קבוצה גדולה של תובעים שיש ביניהם זיקה מיוחדת ייוצגו על-ידי תובע אחד בתביעה אחת הנובעת מעילה דומה, אף אם מתבקשים בה סעדים שונים.⁶⁴

אולם נדמה, כי חרף זאת, כוונת רוב שופטי ההרכב בפרשת א.ש.ת. היתה כי לא יהא שימוש בתקנה 29 לעניין הגשת תובענות ייצוגיות.

- הייצוגית – תובענה ייצוגית, תביעה ייצוגית מודרנית, תובענה ייצוגית במובנה המודרני, תביעת ייצוג, תביעת ייצוג קבוצתית, תביעה המונית, עוולה המונית, ודומיהם. להבחנה בין עוולות המוניות לסוגיהן לבין עוולות אחרות והצגת מאפייני העוולות ההמוניות, ראו מאמריהם של א' קלמנט, לעיל הערה 3 בע' 307, 309-310, 340, 345 ושל ס' גולדשטיין וט' פישר "יחסי הגומלין בין תובענות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד (2004) 21, 21-27.
- 57 השופטת שטרסברג-כהן (פרשת א.ש.ת. בע' 248-249, שאליה מצטרף הנשיא ברק).
- 58 פרשת א.ש.ת. בע' 245.
- 59 ש.ש. ש.ש.
- 60 ש.ש. בע' 247.
- 61 ש.ש. בע' 265.
- 62 ההכרה מבוטאת במילים "...[ב]מקרים שבהם קיים אינטרס משותף אינהרנטי ל'התובעים' הפוטנציאליים, אפילו אם המקרה הוא מקרה שלפי ההגדרה הוא גם מקרה של 'תובענה ייצוגית' וגם מקרה של ריבוי תובעים גרדא..." וההסתייגות במילים "ובלבד שאין קיימים טעמים לסתור להחלתו במסגרת התקנה, למשל כשאין שום קשר בין התובעים בפועל לבין ה'תובעים' הפוטנציאליים" (ש.ש. בע' 283).
- 63 ש.ש. בע' 269.
- 64 ש.ש. בע' 278.

שאלה חשובה נוספת היתה כלום ראוי להכיר באפשרות לאשר כייצוגיות תביעות נגד המדינה? גם שאלה זו נענתה במגוון דעות, שמהן אין עולה כי יש רוב לדעה השוללת את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית כנגד המדינה. נדמה, כי גדר המחלוקת אינה בשאלה אם ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד המדינה או כנגד רשות מרשויותיה, אלא באלו תנאים או נסיבות ניתן יהיה להגיש תובענה כזו. גם התייחסות זו מהווה מהלומה קשה לעמדת המדינה, שעיקרה כי על הגשת תובענות ייצוגיות כנגד המדינה להיות מצומצמת בהיקפה ועל כל פנים, לא ניתן להשתמש בתקנה 29 למטרה זו. השופטת שטרסברג-כהן והנשיא ברק עונים לשאלה דלעיל בחיוב. השופטת שטרסברג-כהן מציינת (והנשיא ברק מסכים), כי –

בעקרון יש מקום לאשר תובענות ייצוגיות מכוח תקנה 29 גם כנגד המדינה.⁶⁵ אין מניעה להשתמש במקרים המתאימים בתקנה 29 על מנת לאשר תובענות ייצוגיות מכוחה, תוך מילוי תנאיה. שימוש כזה יכול להיעשות גם בתובענות ייצוגיות נגד המדינה.⁶⁶

לעומתם, סבורה השופטת בייניש כי אמנם אין המדינה חסינה מפני תובענות ייצוגיות ובהקשר זה מעמדה הוא כמעמד כל בעל דין אחר.⁶⁷ אולם, לדעתה, ייתכנו מקרים שבהם הגשת תובענה ייצוגית כנגד המדינה

אינה הדרך היעילה וההוגנת בנסיבות העניין נוכח קיומם של מנגנוני תביעה חלופיים, במיוחד כאשר התובענה נועדה לקדם מטרה ציבורית.⁶⁸

השופטת מתווה אף את הדרך שלפיה ינהג, במקרים מסוימים, בית המשפט המתבקש לאשר כייצוגית תביעה נגד רשות:

לשם אישור תובענה ייצוגית בעילה המתייחסת לתחום פעילותן הציבורית של הרשויות ובמיוחד בתחומים הנוגעים להגנה על זכויות אדם – להבדיל מתובענות כספיות – יהיה על בית המשפט לשקול גם את השאלה האם התובענה הייצוגית היא אכן הדרך היעילה להכרעה בסכסוך או שמא קיימות דרכים אפשריות אחרות להכרעה במחלוקת.⁶⁹

65 שם, בע' 255.

66 שם, בע' 265-266.

67 שם, בע' 277.

68 שם, שם.

69 שם, בע' 274. עוד ראו סעיף 3(ב) להצעת החוק (לעיל הערה 3) הדורש לפנות לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים כסעד חלופי לפני נקיטת דרך התובענה הייצוגית.

מול דעתם של הנשיא ברק והשופט שטרסברג-כהן נמצאת דעתו של המשנה לנשיא שלמה לויין השוללת הגשת תובענות ייצוגיות כנגד המדינה בהעדר הסדר חקיקתי בעניין:

...החלתה של התובענה שלפנינו בתחום המשפט המינהלי מעוררת שאלות קשות של סמכות ושל מהות והיא עשויה להביא לשינויים מהותיים ביותר במשפט המינהלי הישראלי. איני סבור שיש מקום לקבוע על דרך של פסיקה הסדרים כאלה ללא חקיקה ראשית.⁷⁰

מול טענות והנמקות המדינה, שהובאו לעיל, עומדת שורה של טענות נגד שהמדינה אינה מתייחסת אליהן, בהיותה מבוצרת במטרתה המרכזית שלא להיות בסיכון כלכלי או אחר בעקבות תובענות ייצוגיות שיוגשו כנגדה או כנגד מי מרשויותיה. לדעת, בהתבצרות נואלת זו מזיקה המדינה לפרט הרבה יותר משהיא מועילה לכלל אזרחיה. ייתכן שניתן לראות התבצרות זו לא כעמדת המדינה אלא כעמדת אלה הסבורים שטובת המדינה דורשת פגיעה באפשרות לתקוף את המדינה באמצעות מנגנון התובענה הייצוגית. לפיכך, היא פוגעת בהליך הדמוקרטי ובהפרדת הרשויות בעת שהיא טוענת לחוסר סמכותו של שר המשפטים להתקין תקנות, ובכך שהיא מעדיפה כי בתי המשפט יתמכו בעמדתה הרואה פרשנות לתקנה 29 שאינה עולה בקנה אחד עם האמור בתקנה זו. מכיוון שקשה להאשים את המדינה בכך שהיא מטפחת תחת השטח מנגנוני הרס עצמי, קל יותר להתייחס ל"עמדת המדינה" כפי שהיא מיוצגת על ידי פרקליטיה כניסיון להגן על מה שפרקליטיה מאמינים כי הוא "עמדת המדינה".

בקריאה לחקיקה ראשית בתחום זה יש מן ההגינות אך במקביל היא נעדרת תום לב: ברור לכל, כי אם אין מי שידחף חקיקה מסוימת ויהיה גיבוי מוסדי משמעותי לחקיקה כזו, אין לה סיכוי. די אם נזכיר את הצעת הרפורמה של בתי המשפט שהגיעה (שנים רבות לאחר המלצת דו"ח ועדת אור) כהצעת חוק לקריאה ראשונה בכנסת, עברה ב"מחטף" את הקריאה הראשונה לפני זמן רב ונעצרה באותה נקודה (כנראה – לזמן רב). אין חולק כמעט באשר לצורך לרפורמה, אולם לא הצורך קובע את סיכויי התממשותה, אלא מערך פוליטי כזה או אחר... מסקנות ועדת אור – למרות חשיבותן העקרונית והמעשית – לא זכו לגיבוי הפוליטי הראוי על מנת שיהפכו לחוק. גורל דומה צפוי לכל סוגיה שנויה במחלוקת – והתובענה הייצוגית היא סוגיה כזו.⁷¹ לכך יש להוסיף עוד, כי במדינות רבות מצויה תקנה הדומה לתקנה 29 המשמשת מצע להגשת תובענות ייצוגיות עשרות שנים באין מפריע. הבעיה, אם כן, אינה בתקנה או בפרשנות המיוחסת לה, אלא בדיעת המדינה שקריאה לחקיקת חוק בנושא זה כמוה כהמתת הזמנית של התחום בדומה להפניית עניין לוועדה על מנת "לקברו" שם. לעניות דעתי,

70 שם, בע' 283-284.

71 ראו פסקה לעניין זה בפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת א.ש.ת. המזכיר פרטים מניסיונות חקיקה בעבר בעניין זה (שם, בע' 285).

חלק מאלה הקוראים לחוקק חוק להסדרת התחום, יודעים כי יש סיכוי גבוה שלעולם לא ייחקק חוק שלם כזה או אף אם יחקק, סיכויי להסדיר את התחום כולו אינם גבוהים וסביר יותר שהחוק יהיה פגום במידה שבתי המשפט יצטרכו ממילא להתערב בפרשנותו "הנכונה". לכן חקיקת חוק שכזה עלולה "להמית" את התחום ולמצער לפגוע בו באופן קשה.⁷²

להלכה אותה מורה פסק-הדין בפרשת א.ש.ת., כי בגדרה של תקנה 29 לא ניתן לאשר כלל תביעות כייצוגיות, עתידות להיות תוצאות קשות. חלק מתוצאות אלה הובא בפסק הדין עצמו וחלקן מהווה מערכת טענות כנגד עמדת המדינה בעניין תקנה 29. השופטת שטרסברג-כהן טוענת כי שלילת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29 בתחומים שבהם אין הסדר פרטני כגון, דיני הנזיקין,⁷³ דיני עשיית עושר ולא במשפט, דיני קניין, הדין המנהלי ועוד – מונעת את השימוש בתובענה ייצוגית לתכלית שלשמה היא קיימת בהעדר כלי אחר בו ניתן להשתמש. תוצאה זו אינה ראויה, לדעתה וכן אין מאחוריה הגיון משפטי או אחר.⁷⁴ לדידה –

התובענה הייצוגית מסייעת במימוש זכויות נגד גופים פרטיים וציבוריים, ממלכתיים ועירוניים, האוצרים בידם כוח רב העלול לפגוע בזכויות של יחידי הציבור שאין בידם לממשן בתביעות פרטניות. העדר אפשרות להשתמש בתקנה 29 או צמצום השימוש בה, מעניקים 'חיסיון'

72 עמדת המדינה היא, כי יש להמתין לחקיקה ואז תיפתר בעיית התחום אולם יש סיבות פרקטיות רבות מדוע לא ראוי להמתין להליך החקיקה: ראשית, הוא מתארך וסופו אינו נראה לעין; אין זה ברור שיהיה לחוק גיבוי פוליטי על מנת שיתקבל כלשונה של הצעת החוק, לעיל הערה 3; ממילא עברה שנה וחצי מאז פסק הדין בפרשת א.ש.ת.; יש סיכוי כי חלק מהתובענות תתיישנה; יגבר אי הנחת של הציבור; יגבר אי הנחת של מתדיינים שתביעתם תלויה ועומדת ותהיה מחיקה סטוטואית של תובענות ייצוגיות. ראו, למשל, ע"א 8627/03 לוי נ' מדינת ישראל, דינים עליון סו 421, שבו הגיש המבקש ערעור לבית המשפט העליון על החלטת בית המשפט המחוזי לחוקק את העילה לאישור תובענות כייצוגיות, ולחלופין ביקש להורות על עיכוב ביצוע החלטה עד להכרעת בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת... באותה פרשה נקבע כי העובדה שהלכת א.ש.ת. עומדת לפני דיון נוסף אינה מצדיקה את התלייתם של הליכים שיפוטיים בתובענות ייצוגיות עד להכרעה בדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת. (אלא אם כן נעשה הדבר בהסכמת הצדדים). הטעם לכך היה כי "התליית הליכים שיפוטיים בדרך המבוקשת הייתה משליכה באופן טבעי על חתך רחב של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות. צעד כזה היה עשוי לגרום לתקלה דיונית רחבת היקף, והיה קשה ליישבו עם תפיסה שיפוטית מושרשת לפיה הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בעינה וחובתן של ערכאות השיפוט לדרגותיהן לנהוג על פיה כל עוד לא שונתה בהחלטה שיפוטית מוסמכת אחרת".

73 לעניין תובענות נזיקין כנגד המדינה ראו ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (פסקה 17). לעניין תובענות נזיקין כנגד המדינה באחריותה השילוחית ראו בע"א (י-ם) 2315/00 מדינת ישראל נ' פרידמן, דינים מחוזי לג(7) 621.

74 פרשת א.ש.ת. בע' 254.

בלתי מוצדק לגופים אלה מפני תובענות ייצוגיות, במקום בו ראויות
הן.⁷⁵

נימוק עיקרי העומד כנגד עמדת המדינה הוא הפגיעה בזכות הגישה לערכאות. בפרשת
א.ש.ת. החלה השופטת בייניש לדון בנושא והצביעה על הצורך ב:

תשתית חקיקתית הולמת, שתקבע את מערכת האיזונים המתאימה
למימוש אפקטיבי של זכות הגישה לבית המשפט, ואשר תבטיח את
קיומו של מנגנון אכיפה והרתעה יעיל לשם הגנה על אוכלוסיות
חלשות...⁷⁶

שלילת האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות או צמצום דראסטי באפשרות זו, עולים
כדי פגיעה בזכות הפרט המייצג ציבור לגישה לערכאות או בזכות הציבורית לגישה
לערכאות.⁷⁷

זכות הגישה לערכאות היא אחת החשובות והמוכרות במשפט הישראלי.⁷⁸ דחיית
של תובענה מטעמים שבפרוצדורה, בלי שירידים לגופה של העילה המשפטית הנטענת
באותה תובענה, עלולה לגרום לפגיעה קשה בזכות הגישה לערכאות, שהינה זכות
יסוד –

75 שם, בע' 266. הנשיא ברק מוסיף לעניין זה, כי "קיים חשש כי תחומים נרחבים של המשפט הפרטי
(כגון תובענות נזיקין על-פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]) ותחומים נרחבים של המשפט הציבורי
(כגון לעניין סמכויותיהן של עיריות וגופים ציבוריים אחרים) יישארו ללא אכיפה ראויה" (שם,
בע' 288). עוד אמר הנשיא ברק כי "הימנעות שיפוטית מפיתוח פרשני של דיני התובענה הייצוגית
יש בה פגיעה קשה בעקרונות שלטון החוק. הרצון להגן על שלטון החוק – שעומד ביסוד פיתוח
וליברליזציה שיפוטיים של דיני המעמד – הוא המונח ביסוד החינוכיות של פיתוח שיפוט לדיני
התובענה הייצוגית. ביסודה מונחת המציאות שבה מופר החוק (על-ידי פרטים או עובדי ציבור) בלא
שננקטים אמצעים שלטוניים כלפי המפרים (שם, בע' 287-288) (ההדגשה הוספה). השופטת
בייניש קובעת אף היא כי "ישנם תחומים שאינם זוכים כיום למענה הולם. כזה הוא למשל התחום
של השבת כספים שנגבו על-ידי הרשות שלא כדין, או פיצויים בגין פגיעה בקניין – אשר בנסיבות
מתאימות ראוי כי ינוהלו בדרך של תובענה ייצוגית" (שם, בע' 272).

76 שם, בע' 274.

77 ג' לוטן וא' רו תובענות ייצוגיות (תמר, כרך ב, התשנ"ו) 30 ואילך.

78 ח' בן-נון הערעור האזרחי (מהדורה 2, התשס"ד) 62 ואילך. כן ראו י' רבין "זכות הגישה
לערכאות" כזכות חוקתית (בורסי, התשנ"ח). עוד ראו רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים
(בנייה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד (5) 156, בע' 163, שם נאמר כי "על
חשיבותה של זכות הגישה לערכאות אין צורך להכביר מילים. זה כבר הכיר בית-משפט זה בהיותה
זכות יסוד... ולאחרונה אף גוברת הנטייה להכיר בהיותה זכות חוקתית...". ראו גם ע"א 733/95
ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד (3) 577, 629, שם נאמר כי "...זכות הגישה
לבית-המשפט... נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של
שאר זכויות-היסוד".

החלטה שיש בה כדי לשלול את מימושה של זכות יסוד זו שקולה מבחינת תוצאתה האופרטיבית לשלילת הזכות המהותית שמכוחה מבקש אדם סעד מבית-המשפט, וזאת אף בלי להיזקק לבחינת העילה הנטענת לגופה. תוצאה זו קשה היא, ויש בה, במידה רבה, כדי לסכל את תכליתו הבסיסית ביותר של ההליך השיפוטי להכריע בסכסוכים בהתאם לזכויותיהם המהותיות של בעלי-הדין ולהביא לאכיפת שלטון החוק.⁷⁹

לפיכך, לעניות דעתי, עמדת המדינה ביחס לתקנה 29 החוסמת הלכה למעשה הגשת תובענות ייצוגיות מהווה פגיעה בזכות היסוד של הגישה לערכאות ואף בזכויות אחרות, כגון כבוד האדם וכן בזכויותיו הקנייניות של הפרט, שהרי "תביעות ייצוג קבוצתיות מגבירות את יכולת הגישה אל הערכאות ופותחות את שערי בית-המשפט לתביעות מסוג חדש".⁸⁰ תובענות ייצוגיות אכן עשויות להוות דרך חשובה למימוש זכויות מהותיות וחשוב שתהיה דרך פרוצדורלית לממשן, שכן מצב שבו קיימת ליחיד זכות מהותית בלא שקיימת לצדה דרך פרוצדורלית למימושה, יוצרת כאוס משפטי.

נדמה, כי עמדת המדינה פוגעת ממשית באזרחי המדינה: היא שוללת את מימושה של זכות היסוד של תביעה ציבורית שבה אדם מבקש סעד עבורו ועבור אחרים ומביאה לתוצאה קשה של פגיעה בפרט המבקש לייצג ציבור בעניין שבו נפגעה זכות מזכויותיו; המדינה אף מסכלת את תכליתו של ההליך השיפוטי כמכריע בסכסוכים, ולבסוף היא מביאה לחוסר יעילות בכך שכל נפגע עלול לעתור לסעד בעצמו.⁸¹ יתר על כן, עמדת המדינה מעמידה מכשול בפני התובענות התלויות ועומדות והממתינות להכרעה בדיון הנוסף: תובעים שתובענותיהם תסולקנה עלולים להגיש ערעורים לבית המשפט העליון, ואם המחוקק לא יספיק לסיים את מלאכת החקיקה,⁸² יביא הדבר ל"סתירת" בית המשפט העליון או לשילוחם של אזרחים מאוכזבים מגישת מערכת המשפט לעניין תובענתם.⁸³

בהתייחס להיסטוריית אי מעורבות המחוקק, כפי שעלתה בסיכומי המבקשים בדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת., לנטיית המחוקק שלא להאיץ חקיקתו של חוק בעניין הגשת תובענות ייצוגיות העלול להיות מכוון גם כנגד המדינה ולנטיית אלה המייצגים את

79 רע"א 1958/00 נדב נ' סלון מרכזי למכונות כביסה וטלוויזיה בבית אל על, פ"ד נה(5) 43, 47.

80 י' רבין, לעיל הערה 78, בע' 128.

81 אם בכלל יעבור את מבחן "זוטי הדברים" המפורש בסעיף 4 לחוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי החדש) המצוי כעת בשלבים האחרונים של ארגונו לכדי חקיקה אורחית חדשה. ניתן להחליש את טענתו דלעיל בכך שדווקא תובענה ייצוגית "קלאסית" נסבה על עילות, שאיש מן היהודים לא יטרח לתבוע בגינן.

82 פרשת א.ש.ת. בע' 285 (פסק דינו של הנשיא ברק) ובע' 277-278 (פסק דינה של השופטת בייניש).

83 קיים סיכון נוסף בכך שתובענות שיימחקו עד להכרעה בדיון הנוסף ויוגשו מחדש תידחנה מחמת התיישנות (אין זה מופרך שתובענות עלולות להידחות חרף הוראות סעיפים 15 ו-16 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958).

המדינה הרואים כחלק מתפקידם הגנה על המדינה מפני אזרחיה שלה, נראית חקיקתו של "חוק תובענות ייצוגיות" (נוסף לתקנה 29 או בלעדית) כחלום רחוק. אנו מקווים כי תוצאת הדיון הנוסף תפתור חלק ניכר מהבעיות שעלו לעיל.

ד. עמדת המדינה והצעת החוק החדשה

בפרשת א.ש.ת. אמרה השופטת בייניש כי טיוטה ראשונית של תזכיר הצעת חוק שהוכנה על ידי משרד המשפטים, הובאה לעיון בית המשפט העליון. לטענתה, ניכרת בהצעת החוק מגמה להניח תשתית חקיקתית מקיפה להסדרת נושא התובענות הייצוגיות, ועל כן צריך להיעשות מאמץ לקדם חקיקה זו ולהביאה לידי מימוש בהקדם.⁸⁴ המדינה אכן עושה מאמץ רציני לקידום הצעת חוק זו. אחת הטיטות האחרונות של הצעת חוק זו, על דברי ההסבר שבה, מהווה מצע לפרק זה.⁸⁵ לדעת אזור ובן-ארי⁸⁶ משקפת טיוטת הצעת החוק מדיניות שנועדה להקשות על ניהול תובענות ייצוגיות ולצמצמו עד כדי סיכול ההליך.⁸⁷ לטענת המחברים, בהשוואה לחקיקה בתחום זה בעולם, הצעת החוק בישראל מחמירה יותר מאשר תקנה 23 לתקנות סדר הדין הפדרלי בארה"ב, הנחשבת למחמירה, ומחמירה יותר מאשר החוקים שנחקקו באוסטרליה ובקנדה מאז שנות ה-90 של המאה ה-20 ועד לימינו אלה. מדובר, למשל, בקשיים חריגים המוטלים על התובע הייצוגי בפרסום והודעה על הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית;⁸⁸ לעניין ההוצאות המיוחדות המוטלות על תובע ייצוגי בנסיבות של קיום בקשות קודמות;⁸⁹ בעניין קיום התנאים שיתקיימו לצורך אישור תובענה

84 פרשת א.ש.ת. בע' 274-275.

85 מדובר בטיטות מספטמבר 2003 שעברה שינויים קלים (כך לדברי אנשי משרד המשפטים מחודש מאי 2004). עמדת המדינה מצאה ביטוי בין היתר בהרצאה של עו"ד תמר סלע באשר לצורך בהסדר כללי לתובענות ייצוגיות שניתנה ביום עיון בנושא תובענות ייצוגיות (לעיל הערה 30). על פי הרצאה זו המצב הקיים לגבי היקפה ומשמעותה של תקנה 29 וקיום הלכות סותרות בבתי המשפט אינו ראוי ועל המחוקק לומר את דברו. לשאלה האם יש צורך בהסדר כולל ביחס לתובענות ייצוגיות וכיצד לקבעו, עונה משרד המשפטים באופן ברור כי יש צורך בהסדר כולל כזה ויש לקבעו בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה.

86 מחברי ספר מקיף בתחום התובענות הייצוגיות שיצא במהלך כתיבת המאמר (לעיל הערה 3).

87 אזור ובן-ארי. לעיל הערה 3, בע' 1492 ואילך.

88 סעיף 6 להצעת החוק דנן (לעיל הערה 3), המכביד על התובע הייצוגי ברמת פרסום והודעה על הגשת הבקשה לאישור.

89 סעיף 7(ב) להצעת החוק, המטיל על המבקש הוצאות חריגות ומאפשר למחוקק בקשה בנסיבות קיומה של בקשה קודמת.

כייצוגית;⁹⁰ במרחב שיקול הדעת של בית המשפט ובסמכויותיו הרחבות השינוי בתביעה, במייצגים, בפיצול קבוצות התובעים, ולמעשה – בכל שינוי שייראה לו⁹¹ ועוד.

מעבר לתנאים החריגים הללו ולתחום הרחב למדי של שיקול הדעת של בית המשפט, יש לדעתם של אזוב ובן-ארי יחס מיוחד וחריג המיטיב עם הנתבעים ופוגע בתובע הייצוגי;⁹² קיימת הפליה לטובת רשויות השלטון⁹³ וכן ההוצאות והמעמסה הביורוקרטית המוטלת על כתפיו של התובע הייצוגי אינם סבירים.⁹⁴ כהשלמה להפליה לטובת הנתבע מציינים אזוב ובן-ארי כי הצעת החוק אינה שלימה ואינה פותרת בעיות רבות שהתעוררו בבתי המשפט ושהביאו למחלוקות פוסקים ולאין ספור התדיינות, כמו, למשל, בשאלת גודל הקבוצה; הסמכות המוקנת לשר המשפטים רחבה למדי ואינה חוקתית; הניסוחים בחוק מעורפלים ובעייתיים וניכר העדרו של מחקר מקדים כבסיס לחקיקה ראויה.⁹⁵

חרף הביקורת שהוצגה לעיל, אל לנו למהר ולהסיק כי הצעת החוק רובה ככולה שלילית, נהפוך הוא: סעיף המטרות מנוסח באופן ראוי, שוויוני ומשקף חזון פוליטי-משפטי רב הוד.⁹⁶ כן ניכר מאמץ חשיבתי בארגונו של החוק, בהגדרותיו, בסדר ההגיוני של סעיפיו ובזיקתו לחוקים אחרים. אולם, הקשיים שמעמידה הצעת החוק בפני התובע הייצוגי וההטיה לטובת המדינה והנתבעים, עליה מצביעים אזוב ובן-ארי, מעמידים את

90 סעיף 8 להצעת החוק, הדורש קיומם של תנאי סף לא פשוטים לצורך אישור תובענה כייצוגית. יצוין, כי גם כיום תנאי הסף מכבידים למדי על התובע הייצוגי וזו ככל הנראה אחת הסיבות לכך שמספר התובענות שאושרו כייצוגיות אינו גבוה.

91 סעיף 10 להצעת החוק, המסמיך את בית המשפט לאשר תובענה כייצוגית בכל שינוי שייראה לו.

92 סעיפים 21(ג)(2) ו-21(ג)(5) להצעת החוק הפוגעים בתובע הייצוגי בעת חלוקת הכספים ומאפשרים החזרת היתרה לנתבע; סעיף 22(ג)(ד) להצעת החוק המטיל על התובע סנקציות, בעוד שעל הנתבע או עורך דינו אין מוטלות סנקציות כאלה במקביל; סעיף 23(ב) להצעת החוק המעניק גמול מיוחד לתובע על חשבון חברי הקבוצה ולא על חשבון הנתבע; אמות מידה מחמירות לשכר טרחה לפרקליט התובע הייצוגי והעדר אמות מידה לשכרו של פרקליט הנתבע, ועוד.

93 בסעיף 3(ב) להצעת החוק מתנים את התביעה נגד רשויות המדינה בהעדר סעד חלופי בבג"ץ או בבית המשפט לעניינים מנהליים. הצעת החוק דורשת כי, ראשית, יש לבחון קיומו של סעד חלופי באותם בתי משפט ורק בהעדרו ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשויות המדינה. בעקבות תנאי זה לא ברור אם בכלל ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד רשויות המדינה. ראו אזוב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1494.

94 ראו, למשל, הצורך הכפול בהודעה (סעיפים 6 ו-12 להצעת החוק); פרסום לפני אישור פשרה (סעיף 19 להצעת החוק); פרסום על הסתלקות התובע (סעיף 18 להצעת החוק); פרסום על פי שיקול דעת בית המשפט (סעיף 14 להצעת החוק); עלות הבדיקה בפנקס התובענות (סעיף 25 להצעת החוק) ועלות ההוצאות המיוחדות לתובע שלא ערך בדיקה כיאות (סעיף 7 להצעת החוק).

95 אזוב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1496 ואילך.

96 סעיף 1 להצעת החוק.

המטרות הנאות הללו בסיכון שיהפכו לאות מתה. הדרישה לפנות לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית⁹⁷ מחמיצה את הייחוד שבתובענה הייצוגית: מדובר בהליך מיוחד עם מטרות מסוימות בעוד עתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים היא בקשת סעד ממין אחר.⁹⁸ הדרישה לבדיקת קיומו של סעד חלופי, אפילו קרוב לעניין שבשמו מוגשת התובענה הייצוגית, עלולה להרתיע תובעים פוטנציאליים (בפרט עקב העלויות הצפויות והסיכון שבמחיקת תביעתם על הסף או ביצירת השתק עילה) ומצויה בסתירה למטרת מימוש הזכות לנגישות לערכאות שבסעיף המטרות שבהצעת החוק. יתר על כן, רתיעת התובע הייצוגי הפוטנציאלי תגדל עקב העדר תמריצים כלכליים בבג"ץ ובבית המשפט לעניינים מנהליים.⁹⁹

ועוד, צמצום הזכות להגיש תובענה ייצוגית על ידי תחימת אלה הרשאים להגיש אותה¹⁰⁰ פוגעת אף היא בסעיף המטרות. יתר על כן, בניגוד למגמת הרחבת זכות העמידה בשם עקרונות הנגישות לערכאות וההליך הראוי, מצמצמת הצעת החוק את זכות העמידה לעניין התובענות הייצוגיות. בשנים האחרונות ניכרת מגמה המרחיבה את יישום הזכות לנגישות לערכאות, ובמסגרתה מתאפשר שיתופם בהליך של פרטים וגופים שבעבר לא הותר צירופם. כלומר, קיימת מגמה מרחיבה לעניין זכותו של אדם או ארגון להפוך לצד להליך.¹⁰¹ הוכרה, למשל, זכותו של העותר הציבורי,¹⁰² כן הוכרה

97 סעיף 3 להצעת החוק.

98 בתובענה ייצוגית ניתן לבקש סעד הצהרתי, אולם ברובן של התובענות הייצוגיות מתבקש סעד אחר. מנגד, בעתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים הנטייה לבקשת סעד הצהרתי גוברת. אמנם אין זה מופרך להגיש עתירה בנושא ציבורי, שעשוי היה להיות מוגש גם כתובענה ייצוגית, אולם נדמה כי מטרות החוקים שונות, הפרוצדורה שונה והסעדים המתבקשים אינם בהכרח דומים.

99 אוזב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1500. לטענת המחברים, נמצא הדבר בסתירה גם למטרת העצמת האוכלוסיות החלשות, שכן בג"ץ לא בהכרח מיטיב עם אוכלוסיות חלשות (שם, בע' 1501 ובפרט בהערה 45). קיימת סתירה גם מול המטרה "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תובענות הנוגעות למספר רב של צדדים": עתירה מנהלית אינה יכולה להגשים מטרה זו (שם, בע' 1502).

101 סעיף 4 להצעת החוק.

101 ראו ח' בן-נרן הערעור האזרחי (מהדורה שנייה, התשס"ד) בפרק 16.

102 מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529. עוד ראו ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(2) 1640; בג"ץ 1119/01 זריצקייה נ' משרד הפנים, תק-על 2001(2) 649; דנג"ץ 8916/02 דימיטרוב נ' משרד הפנים, תק-על 2003(2) 3494; בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, תק-על 2003(3) 856. בפרשת קוזלי (בע' 554-553) נאמר, כי "בצד הכלל העקרוני שלפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי-הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי... מצווה בית-המשפט הדין בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו. מטעם זה, מוסמך לעתים בית-המשפט לצרף צדדים להליך עצמו מיוזמתו שלו, כדי להכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם... כן הורחבה על-ידי בית-משפט זה זכות העמידה תוך יצירת המעמד של 'העותר הציבורי'".

זכותו של עורך דין שהושת עליו פיצוי עונשי לערער על כך אף שלא היה "צד" פורמלי להליך;¹⁰³ הוכרה זכותם של מומחים, מפרקים, כונסים, נאמנים, מנהלי עיזבון, אפטרופסים ושאר בעלי תפקידים, לערער על שיעור שכר טרחתם, אף שלא היו צד פורמלי להליך;¹⁰⁴ הוכרה זכותם של גופים אינטרסנטיים וידיד בית המשפט להפוך לצד בערעור¹⁰⁵ כן ניתן פתרון פרקטי לבעיית העד או הבורר שהוכפשו במסגרת הליך משפטי על אף שזכותם להפוך לצד בערעור לא הוכרה.¹⁰⁶ לאחרונה הוכרה עוד זכותו של עורך דין ששימש מפרק זמני ומנהל מיוחד – שפסק דין שניתן בהליך שהוא לא היה צד בו, היה עלול לפגוע בו – ליזום ערעור.¹⁰⁷ בניגוד למגמה זו, כאמור לעיל, מאפשרת הצעת החוק תביעות רק מצד חברי שתי קבוצות של תובעים פוטנציאליים¹⁰⁸ ובכך מצמצמת שלא לצורך את זכות התביעה.¹⁰⁹

ניתן להציג תקלות רבות נוספות בהצעת החוק, למשל בשלב אישור התובענה כייצוגית,¹¹⁰ בשלבי הפרסום השונים,¹¹¹ בהליכים המתלווים לשלבים שונים של

103 ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366. כן ראו בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670, 676 ואילך. עוד ראו בש"א 7141/94 הקרן לטיפול בחסויים נ' בר, תק-על(1) 288, שם נדון ערעור של אפטרופסו על הוצאות אישיות שהוטלו עליה במסגרת תפקידה.

104 ע"א 453/81 קלוזנר נ' עמל הנגב בע"מ, פ"ד לו(4) 225, 228. כן ראו ע"א 621/83 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עו"ד א' פינצ'וק, כונס נכסים של חברת בני דן, קבלני הנדסה ימית ואזרחית בע"מ, פ"ד מא(2) 660, 664.

105 ע"א 3066/97 הרטבי נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 1, 4 ואילך. עוד ראו שם, בע' 9.

106 רע"א 3101/96 רוזן נ' טל, תק-על(2) 97, 29. עוד ראו בג"צ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721.

107 ע"א 6779/00 וולובסקי נ' הכונס הרשמי, תק-על(3) 2002, 2791. כן הוכרה זכותם של עובדי חברה שמצויה בהליכי פירוק להצטרף כמשיבים להליך ערעור על אף שלא היו צדדים להליך ע"א 2442/95 מ.ל.ת. נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מט(5) 85, בע' 87-88, שם נאמר כי "גבולות שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט על-פי תקנה 425 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, הותוו במספר החלטות, ובהן בש"א 3973/91 (ע"א 494/89) אליהו חברה לביטוח בע"מ נגד קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים ואח', פ"ד מה(5) 457, 463. נראה... כי עיקרם של דברים הוא בצורך לאזן בין מידת הפגיעה שעלולה להיגרם לצד המבקש במקרה שתידחה בקשתו, לבין מידת ההכבדה שתיגרם לבית המשפט ולבעלי הדין שלגבי ההליך שהם מנהלים מוגשת בקשת ההצטרפות".

108 סעיף 4 להצעת החוק.

109 אוזב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1504-1505.

110 קיימת שאלה התוקפת את המובן מאליו לכאורה: מדוע והאם יש בכלל צורך בהליך מקדמי של אישור? העדרו של הליך מקדמי לא יהפוך כל תובענה ייצוגית לבת דיון אוטומטי. כמו כן, ידוע כי בישראל נמשך הליך האישור זמן רב והוא כרוך בהשקעה לא קטנה של משאבים פרטיים כציבוריים. יתר על כן, באנגליה, אוסטרליה ובכמה פרובינציות בקנדה אין שלב מיוחד של אישור תובענה כייצוגית ולא נראה כי מערכות המשפט במדינות אלה קרסו כתוצאה מכך. נדמה כי מסיבות של יעילות ואפקטיביות דיוניים יש לתהות שוב באשר לצורך בהליך מוקדם של אישור תובענה

ההליך,¹¹² כאשר למרחב שיקול הדעת של בית המשפט,¹¹³ בצמצום מרחב העניינים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית,¹¹⁴ בשלבי ההצטרפות לקבוצה והיציאה ממנה,¹¹⁵ בהשתתפות חבר קבוצה בניהול התובענה ובהסתלקות תובע מייצג מהתובענה,¹¹⁶ בהסדר הפשרה,¹¹⁷ ובשלב "חלוקת השלל"¹¹⁸ והגמול לתובע¹¹⁹ ולעורכי דינו.¹²⁰

- כייצוגית. אזוב ובן-ארי, לעיל הערה 3 (שם, בע' 1525-1553), טוענים כי הסעיף מורכב ומעורפל, כי תנאים מסוימים עלולים שלא להגן על חברי הקבוצה, כי נטלי ההוכחה כבדים (לא ברור מה צריך להוכיח בכל אחד מתנאי המשנה, לא ידוע איזה משקל יש לתת לכל אחד מהם, והצורך להוכיח נזק – אך לא את גבהו – כאמור בסעיף 8(א)(1) כבר בשלב המקדמי ועוד) וכי תנאים מסוימים עלולים למנוע אישור תובענות ייצוגיות ראויות.
- 111 ראו ביקורתם של אזוב ובן-ארי, לעיל הערה 3 (שם, בע' 1507-1519) בעניינים שונים של הפרסום, אופיו וההליכים המתלווים אליו.
- 112 למשל, ההכרח בעיון בפנקס תובענות המצוי בבית המשפט, שאם תוגש תובענה בעניין התלוי ועומד ייקנס המגיש. אכן הרצון למנוע כפל התדיינות הוא ראוי אולם לא ברור שהסנקציה על פי סעיף 7(ב) להצעת החוק היא סבירה ומידתית. יתר על כן, סעיף זה מקנה יתרון ברור לזה שהגיש ראשון את התובענה הייצוגית, אולם, כפי שניסיון עבר מלמד לא בהכרח זה שהגיש ראשון ראוי גם לנהל את ההליך ובכך עלולה זכותם המהותית של תובעים ייצוגיים להתקפח (ניהול כושל של ההליך, הנתבע שולח בערמה תובעים ייצוגיים חסרי יכולת על מנת ליצור מעשה בית דין או למנוע מבעד אחרים ראויים יותר לנהל את ההליך וכד'). הגישה בעולם ואף בפסיקה בישראל מראה כי אין הכרח ליתן עדיפות לראשון שהגיש והצעת החוק מתעלמת מהגישה בעולם ובישראל.
- 113 סעיפים 9 עד 14 להצעת החוק. ראו עוד אזוב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1554 ואילך.
- 114 ראו התוספת השנייה לחוק, המונה את העניינים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית ולמעשה יוצרת הסדר שלילי לגבי העניינים שאינם מנויים בתוספת ושבהם לא ניתן יהיה להגיש תובענות ייצוגיות.
- 115 סעיפים 15 ו-16 להצעת החוק. יש שאלה אם, כפי האמור בסעיף 15 להצעת החוק, ראוי בכל מקרה לאפשר פרישה מהקבוצה, שכן תקנה 23 האמריקנית, למשל, אינה מקנה זכות אוטומטית לפרוש מן הקבוצה. גם שאלת ההצטרפות שבסעיף 16 אינה נקיה מספקות (ראו אזוב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1557).
- 116 סעיפים 17 ו-18 להצעת החוק. הצורך בסעיף 17, למשל, אינו ברור לאור קיומן של תקנות מקבילות (כגון תקנות 24 ו-29 לסדר הדין האזרחי).
- 117 ראו אזוב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1562 ואילך.
- 118 כביטוי של השופט טלגם וראו סעיף 22 להצעת החוק. ראו אזוב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1575-1579.
- 119 לא ברור מדוע צריך להתנות את הגמול לתובע ב"חשיבות ציבורית של ממש" שבתביעתו או ב"תועלת רבה או מניעת נזק משמעותי לחברי הקבוצה או לציבור, בטרחה מיוחדת של התובע" וכיו"ב. דרישת ה"יתר" המובעת במילים שהודגשו לעיל מבטאת, לעניות דעתי, מרחב שיקול דעת המוטה לרעת התובע הייצוגי.
- 120 מדוע, לפי האמור בסעיף 24(ב) להצעת החוק, על עורך הדין להגיש לבית המשפט דו"ח על ההוצאות שהוציא בניהול התובענה? בכך פוגע החוק באופן שאינו מידתי ביכולתו של עורך דין לקבוע את גובה שכר טרחתו (המותנה בתוצאות), על אף שפיקוח בית המשפט על שכר הטרחה

ה. מה צופן בחובו העתידי?

לנוכח החיוב והשלילה שבהצעת החוק, מטיעוני הצדדים בפרשת א.ש.ת. ומניסיון העבר נדמה, כי אלה הם התסריטים האפשריים לעתיד לבוא:

1. הדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת. יאפשר שימוש כזה או אחר בתקנה 29, בניסוחה המקורי או בנוסח קרוב, ובתי המשפט יעצבו את דמותה של התובענה הייצוגית המוגשת מכוח תקנה זו. זאת, בהנחה כי החוק החדש לא ייכנס לתוקף.
2. הדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת. לא יאפשר הגשת תובענות ייצוגיות מכוח תקנה 29 וכן החוק החדש לא ייכנס לתוקף. במקרה זה ייווצרו הסדרים חלופיים (כגון: צירוף תובעים, תביעות אישיות של יחידים או של קבוצות, אימוץ הסדרים משיטות משפט אחרות וכיו"ב).
3. החוק ייכנס לתוקף, אך תקנה 29 (גם אם לא תימחק מתקנות סדר הדין האזרחי) לא תהיה בשימוש, בהנחה שהדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת. לא יאפשר הגשת תובענות ייצוגיות לפי התקנה. בנסיבות אלה יהיה החוק החדש הפלטפורמה הבלעדית להגשת תובענות ייצוגיות, ותקנה 29 תהפוך לאות מתה.
4. החוק ייכנס לתוקף, אך הדיון הנוסף בפרשת א.ש.ת. יאפשר הגשת תובענות ייצוגיות לפי תקנה 29. בנסיבות אלה, אם החוק החדש לא יביא למחיקת התקנה מספר החוקים, ימשיך לשרור הבילבול בתחום זה אולם סביר להניח כי אי הבהירות וההתנגשויות יקטנו בעקבות התערבות בתי המשפט.¹²¹

ו. סיכום דברים

במאמר זה ניסינו להציג "על קצה המזלג" את מעמדה של תקנה 29 כמגלמת את המצב בתחום התובענות הייצוגיות בישראל. הצגנו את הליך התובענה הייצוגית ומטרותיו, את ההיסטוריה של יישום תקנה 29, את יחסם של בתי המשפט ליישום התקנה, את עמדת

אינו בלתי ראוי. יתר על כן, בסעיף 24(ג) (5) להצעת החוק התעריף הרגיל הוא ממילא אחד השיקולים המכריעים בקביעת שכר הטרחה ולכן תמוהה הדרישה שבסעיף 24(ב) דנן. ראו עוד ביקורת מלומדים אצל אוזב ובן-ארי, לעיל הערה 3, בע' 1582-1585.

121 תיתכנה, כמובן, אפשרויות נוספות כיד היצירתיות של שופטי בית המשפט העליון במרחב שיקול דעתם. יש להניח, כי במועד כלשהו לאחר כניסת החוק החדש לתוקף, תימחק או תשתנה תקנה 29. יש אפשרות נוספת והיא שתקנה 29 תישאר על כנה, אולם יהיו בחוק שינויים שיצרו תקלות באישור תובענה כייצוגית, בהליכים שלאחר האישור ואף ביחס לדיני הערעור. בנסיבות אלה ייתכן שחקיקה שיפוטית תתיר את הסבך. כן אפשר שדווקא העדרה של תקנה 29 יהפוך את בתי המשפט ל"יצירתיים" באופן ש"ימציאה מחדש".

המדינה כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת א.ש.ת ובהצעת החוק האמורה להסדיר את התחום. מול אלה הצגנו ביקורות מלומדים, שופטים וביקורות אחרות המראות את הקשיים שבפניהם עומד התחום ואף עשוי לעמוד. אין זה ברור כיצד ייראה החוק החדש בנוסחו הסופי וכיצד יתפרש על ידי בתי המשפט. אולם, לעניות דעתי, לאור ההיסטוריה החקיקתית של מדינת ישראל ומעורבות בתי המשפט בפרשנות החוק, לא תיפתנה רוב הבעיות שהוצגו וצפויות לנו עוד שנים ארוכות של אי ודאות בתחום זה. הלוואי שנתבררה.

שערי משפט ד(1) התשס"ה

חמי בן-נון