

## גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות

### מאת

### אלון קלמנט\*

א. מבוא. ב. עולות המוניות בארצות-הברית וכישראל. 1. מהן עולות המוניות?; 2. עולות המוניות: הצפה בארצות-הברית לעומת יובש בישראל; ג. התביעה הייצוגית: ייצוג כפתרון, ובעיותיו. 1. מטרת התביעה הייצוגית: הרתעה, פיצוי וחיסכון בעלויות; 2. חסרונות התביעה הייצוגית: בעיות נציג ותביעות סחטניות; 3. השפעת בעיות הנציג והסחטנות על מטרת התביעה הייצוגית; ד. תביעות ייצוגיות בגין עולות המוניות בישראל: הדין המצוי. 1. התביעה הייצוגית בישראל: חוקי התביעות הייצוגיות ותקנה 29; 2. האם ניתן לתבוע פיצויים בתביעות ייצוגיות בגין עולות המוניות בישראל?; ה. גבולות התביעה הייצוגית בגין עולות המוניות בישראל: קווים מנחים. 1. הנזקים הגבוהים הנגרמים בגין עולות המוניות והשונות ביניהם – האם שוללים את הצורך בתביעה ייצוגית?; 2. בעיות נציג וסחטנות בתביעה הייצוגית בגין עולות המוניות; 3. סיכום ביניים: עולות חשיפה המונית, תאונות ואסונות המוניים ומה שביניהם; 4. יישום הקווים המנחים בפרשנות התנאים לאישור תביעה כייצוגית; 5. כלים נוספים לריסון בעיות הנציג והתביעות הסחטניות בתביעות ייצוגיות בגין עולות המוניות; 6. חלופות לתביעה הייצוגית בעולות חשיפה המונית; ו. סיכום.

### תקציר

הדין הישראלי מגביל באופן משמעותי את האפשרות להגשת תביעות ייצוגיות בגין עולות המוניות – עולות המערבות מספר רב של תובעים, בעלי מאפיינים שונים לתביעותיהם, שהנזקים שנגרמו להם ועשויים להתממש ולהתברר בעתיד הם רבים ושונים. מאמר זה מנתח את השיקולים בעד ונגד שימוש במכשיר התביעה הייצוגית בעולות המוניות, ומגיע למסקנה כי יש לאפשר שימוש במכשיר זה, על אף סכומן

\* מרצה, המרכז הבינתחומי, הרצליה. אני מודה לאריאל פורת, לאסף יעקב, לציפורה כהן ולאילת בן-עזר על עצותיהם והערותיהם לטיוטות קודמות. תודתי גם למשתתפים בסמינרים המחלקתיים בפקולטות למשפטים בתל-אביב ובבר-אילן, למשתתפי הכנס השנתי השני של האגודה הישראלית למשפט וכלכלה, לקורא אנונימי ולמערכת כתב העת משפטים על הערותיהם המועילות. כמו כן אני מודה לשגית מיכאלי, לשי פרץ, ללימור שטרית-קרני, למיכל מרגלית ולעינת גבאי על סיועם בעבודת המחקר. לבסוף, תודתי לעורכי-הדין יואב בן-דרור, ראובן לסטר ואילן קנר, על שהאירו את עיני באשר לתביעות שהוגשו בעבר בתחום העולות ההמוניות.

הגבוה של התביעות האינדיבידואליות המרוכזות בתביעה הייצוגית ועל אף השונות בין תביעות אלה. עם זאת, המאמר מצביע על הבעייתיות המיוחדת לתחום העוללות המוניות – בעיקר בעוללות חשיפה המונית – שביטויה בהיעדר פיקוח אפקטיבי על הצדדים ושליטה מועטת על הפשרות המושגות בתביעות ייצוגיות המוגשות בגין עוללות אלה. המאמר משרטט את הקווים המנחים להכרעה בבקשה לאישורה של תביעה ייצוגית בגין עוללה המונית לאור שיקולים אלה.

## א. מבוא

ביום 15 בינואר 1993 הוגשה לאישורו של בית המשפט הפדרלי של המחוז המזרחי במדינת פנסילבניה פשרה בתביעה ייצוגית, שכללה את כל מי שנחשף לאסבסט או למוצריה במהלך עבודתו ואת כל מי שבן משפחתו נחשף כאמור, וטרם הגיש תביעה כנגד אחד מ-20 הנתבעים בתביעה הייצוגית עד לאותו יום. מספר התובעים המיוצגים בפשרה כאמור עשוי היה לעמוד על מאות אלפים ואף מיליונים, בתלות בתופעות הלוואי העתידיות של החשיפה לאסבסט. בית המשפט הפדרלי אישר את הפשרה,<sup>1</sup> אולם החלטתו זו נהפכה בבית המשפט לערעורים.<sup>2</sup> ביום 25 ביוני 1997 קבע בית המשפט העליון בארצות-הברית כי הפשרה האמורה אינה יכולה להיות מאושרת שכן היא אינה עומדת בדרישות הקבועות בכלל 23 לכללי סדר הדין האזרחי הפדרליים (FRCP) לאישור תובענה כייצוגית.<sup>3</sup> במוקד הדיון בכל אחת מהערכאות עמדה השאלה האם תביעה בגין עוללה המונית (Mass Tort), המערבת מספר רב של תובעים בעלי מאפיינים שונים לתביעותיהם, שהנזקים שנגרמו להם ועשויים להתממש ולהתברר בעתיד הם רבים ושונים, ראויה להיפתר בדרך של פשרה בתביעה ייצוגית. מאמר זה מנסה לענות על שאלה זו במסגרת הדין הישראלי, באמצעות ניתוח מבנה התמריצים שיוצרת התביעה הייצוגית בעוללות המוניות, תוך השוואה עם ניסיון העבר בתביעות כאלה בארצות-הברית.

המחלוקת בארצות-הברית בשאלה האם ראוי לאפשר שימוש במכשיר התביעה הייצוגית בעוללות המוניות באה לידי ביטוי כבר בתחילת שנות ה-80.<sup>4</sup> תביעות אינדיבידואליות רבות שהוגשו בגין נזקים ומחלות שנגרמו על ידי מוצרים רפואיים

1 ראו *Georgine v. Amchem Products*, 157 F.R.D. 246 (1994).

2 ראו *Georgine v. Amchem Products*, 83 F. 3d 610 (1996).

3 ראו *Amchem Products v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).

4 לתיאור התפתחותה של הליטיגציה בגין עוללות המוניות בארצות-הברית ראו, למשל, Peter H. Schuck, "Mass Torts: An Institutional Evolutionist Perspective," 80 *Cornell L. Rev.* 941 (1995). לתיאור התפתחותה של התביעה הייצוגית בגין עוללות המוניות ראו, למשל, Deborah R. Hensler, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gains* 99-123 (2000).

פגומים, תרופות בעלות תופעות לוואי או חומרים מסוכנים גרמו לעומס רב על בתי המשפט ואיימו לשתק את מערכת המשפט הפדרלית והמדינתית. מספרם הרב של התובעים והקווים המשותפים הרבים בין תביעותיהם הובילו רבים לחשוב על דרכים לפתרונות קולקטיביים של תביעות אלה, שהתביעה הייצוגית היתה המובהקת ביניהן. הדין בישראל, לעומת זאת, טרם נדרש לשאלה האם ראוי לאפשר תביעה ייצוגית בגין עולות המוניות. בניגוד למצב בארצות-הברית, לא התרחשה עד כה הצפה של בתי המשפט בתביעות אינדיבידואליות בגין אסונות המוניים או בגין חשיפה לחומרים או למוצרים מסוכנים. כמו כן, האפשרות להגשתה של תביעה ייצוגית לפיצויים בגין עולות המונית הייתה מוגבלת עד כה. המחוקק הישראלי בחר לייחד את מנגנון התביעה הייצוגית לפיצויים בחוקים ספציפיים ("חוקי התביעות הייצוגיות"),<sup>5</sup> לתחום את השימוש בתביעה הייצוגית למסגרת שאינה כללית, ולקבוע את גבולותיה על פי נסיבות או עילות המוגדרים מראש. רובן של התביעות בגין עולות המוניות אינן נכנסות במסגרת אף אחד מחוקים אלה. מאידך גיסא, במקביל לחוקי התביעות הייצוגיות המשיכה להתקיים החלופה הכללית הקבועה בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "תקסד"א"), אולם הפנייה לחלופה זו הוגבלה בתביעות לפיצויים בגין עולות המוניות עקב הפרשנות המצמצמת שניתנה לתקנה בע"א 76/69 **פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה נ' רבינוביץ**,<sup>6</sup> שאף קיבלה חיזוק נוסף לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם**.<sup>7</sup>

מאמר זה מנתח את השיקולים בעד ונגד שימוש במכשיר התביעה הייצוגית בעולות המוניות, ומגיע למסקנה כי יש לאפשר שימוש במכשיר זה – אולם זאת רק במקרים שבהם יכולים בית המשפט והתובעים המיוצגים לפקח על הצדדים באופן אפקטיבי ולמנוע תביעות סחטניות מחד, וקנוניות בין נתבעים לבין נציגי התובעים מאידך. בית המשפט יידרש להעריך כבר בשלב הבקשה לאישור התביעה כייצוגית אם יש באפשרותו לפקח על הצדדים באופן יעיל, תוך הכרה במגבלותיו ובתמריצים המניעים את הצדדים בהתדיינות ובפשרה. במקרה הפרדיגמטי של אסון המוני, שבו הנזקים שנגרמו תחומים במקום ובזמן, עשויה יעילותה של התביעה הייצוגית להיות רבה, בתנאי שמספר הנפגעים הוא גדול דיו. מנגד, במקרה הפרדיגמטי של עולות חשיפה המונית, שבה משך הדגירה של תוצאות החשיפה הוא ארוך ומשתנה בין התובעים

5 לפירוט חוקים אלה ראו הערה 118 להלן.

6 פ"ד כג(1) 645.

7 פ"ד נז(3) 220. מאחר שפסק הדין עוסק בסוגיית פרשנותה של תקנה 29, המשפיעה על העניינים הנדונים במאמר, הוספה התייחסות לפסק הדין במקומות הנדרשים. עם זאת, אין בהתייחסות זו כדי להוות דיון מעמיק בשאלה העיקרית שהוכרעה בפסק הדין, והיא האם ראוי להרחיב את מסגרת התביעה הייצוגית באמצעות הרחבה פרשנית של תקנה 29, או שמא נדרשת לשם כך חקיקה מיוחדת. דיון זה יאלץ להידחות למחקר נוסף.

השונים, והקשר הסיבתי בין החשיפה העוללתית לנזקים שיתממשו אינו ודאי, ראוי יהיה לרכז בתביעה ייצוגית אחת את כל הנפגעים רק במקרים שבהם עלולות זכויותיהם של נפגעים עתידיים, שנזקיהם טרם התממשו במלואם, להיפגע באופן משמעותי עקב בעיות של התיישנות וחדלות פירעון של הנתבע. המאמר מציג את הקווים המנחים לבחינת יעילותה של התביעה הייצוגית בעוללות המוניות, לרבות במקרים שאינם ניתנים לשיוך באופן ברור וחד-משמעי לאחת משתי הקטגוריות של אסון המוני או עוללת חשיפה המונית, וגוזר מהם את הכללים הראויים לאישור תביעה בגין עוללת המונית כתביעה ייצוגית.<sup>8</sup>

בניגוד לגישה המקובלת בפסיקת בית המשפט העליון, שלפיה יש להסדיר את התביעה הייצוגית באמצעות הסדר כללי ואחיד,<sup>9</sup> מציג מאמר זה גישה שונה, הבוחנת את יעילות התביעה הייצוגית בתחומים מוגדרים של הדין המהותי.<sup>10</sup> המאמר מראה

8 הספרות בישראל עסקה עד כה ביתרונותיה ובחסרונותיה של התביעה הייצוגית בכלל, ובתחומים של הגנת הצרכן, דיני ניירות ערך ודיני חברות בפרט. למיטב ידיעתי, מאמר זה הינו הראשון המנתח שאלות הנוגעות ליישומן של תביעות ייצוגיות בעוללות המוניות בישראל. לניתוח קודם של מכשיר התביעה הייצוגית ראו סטיבן גולדשטיין ואורה שמלץ, **פיתוח שיטת תביעות-ייצוג-קבוצתיות כמגן לצרכנים** (תשל"ח); סטיבן גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?", **משפטים** ט 416 (תשל"ט) (להלן: "גולדשטיין I"); סטיבן גולדשטיין, "עוד בעניין תביעות-ייצוג-קבוצתיות – ההתפתחות במשפט האנגלי", **משפטים** יא 412 (תשמ"א) (להלן: "גולדשטיין II"); סטיבן גולדשטיין, "ארבעים שנה לסדר הדין האזרחי", **משפטים** יט 663, 671-673 (תש"ז) (להלן: "גולדשטיין III"); סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון, "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל", **עלי משפט** א 27 (תש"ס) (להלן: "גולדשטיין ועפרון I"); סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון, "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש", **משפטים** לב 461 (תשס"ב) (להלן: "גולדשטיין ועפרון II"); אירית חביב-סגל, **דיני חברות לאחר חוק החברות החדש** א 556-602 (תשנ"ט); זוהר גושן, "תביעה נגזרת ותביעה ייצוגית על פי חוק החברות החדש", **רבעון לבנקאות** 83 144 (תש"ס); זוהר גושן, "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית", **משפטים** לב 381 (תשס"ב) (להלן: "גושן, מבט ביקורתי"); גיל לוטן ואיל רוז, **תובענות ייצוגיות** א (תשנ"ו); יוסף גרוס, **חוק החברות החדש** 226-239 (מהדורה שנייה, תש"ס); יחיאל בהט, **חברות: החוק החדש והדין** 788-799 (תשנ"ט); ישי לויט, "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך", **הפרקליט** מב 365 (תשנ"ו); מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר, "תיאוריות האכיפה בהצעת חוק החברות החדש", **משפטים** כו 543, 577-578 (תשנ"ו); משה בר-ניב (בורנובסקי), "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית", **עיוני משפט** יט 251 (תשנ"ד); משה טלגם, "תובענה ייצוגית – יישומים בפסיקה בישראל", **המשפט** ז 65 (תשס"א); נעם שר, "דיני ניירות ערך – מגמות מרכזיות", **עיוני משפט** כב 265, 272-294 (תשנ"ט); סיני דויטש, "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" (המאמר עתיד להופיע **במחקרי משפט** כ (תשס"ג), עותק נמצא בידי המחבר), Stephen Goldstein, "Class Action In Israel," *Israel Reports to the XIII International Congress of Comparative Law* 45 (Celia Wasserstein Fassberg ed., 1990).

9 ראו, למשל, עניין **א.ש.ת.**, הערה 7 לעיל.

10 כאמור לעיל בהערה 7, אין המאמר קובע עמדה בשאלה האם הסדרים ייחודיים אלה צריכים להיקבע בדרך של פרשנות מרחיבה של תקנה 29 בתחומים מיוחדים או בדרך של חקיקה ספציפית.

שהשוואה בין יתרונותיה וחסרונותיה של התביעה הייצוגית אינה יכולה להיעשות באופן כללי, ומדגים באמצעות תחום העולות ההמוניות, כי תוצאותיה של השוואה זו תלויות במידה רבה במאפיינים המיוחדים לכל תחום של הדין המהותי, ובאלטרנטיבות הקיימות באותו תחום להשגת המטרות של הרתעה ופיצוי. המאמר מציע כי הדרך הנכונה להשוות בין יתרונותיה וחסרונותיה של התביעה הייצוגית בתחום מסוים הינה לבחון את התוצאות הנובעות מהתנהגותם הדינמית והאסטרטגית של תובעים ונתבעים בהיעדר אפשרות לתביעה ייצוגית, ולהשוותן עם התוצאות הצפויות ממתן האפשרות לתביעה הייצוגית. מאחר שרובן של התביעות הייצוגיות מסתיימות בפשרות, ומאחר ששקיפותן של אלה לבית המשפט המאשר אותן עשויה להשתנות במידה רבה בהתאם לתחום שבו מוגשות אותן תביעות, משתנה בהתאם מידת יעילותן של הפיקוח שמפעיל בית המשפט על שני הגורמים העיקריים בתביעה הייצוגית – עורך הדין המייצג את קבוצת התובעים מחד, והנתבע – מנגד. יתרה מכך: יעילותם של מנגנוני ההגנה של התביעה הייצוגית מפני קנוניות ומפני תביעות סחטניות, כמו גם מבנה התמריצים שיוצרים כללי התביעה הייצוגית, מושפעים באופן משמעותי מהאלטרנטיבות העומדות בפני עורך-הדין המייצג את קבוצת התובעים ובפני הנתבע ומהאינפורמציה שבידיהם – משתנים התלויים בתחום הדין המהותי שבו מוגשת התביעה הייצוגית. אין סיבה לצפות, לכן, שהתשובה לשאלה האם התביעה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת ביותר להשגת מטרות של הרתעה, פיצוי וחסכון בעלויות אדמיניסטרטיביות, תהיה כללית ואחידה.

לבסוף, שתי הערות נדרשות כדי להבהיר את היקפו של המאמר ואת הנחות היסוד בו. ראשית, המאמר אינו עוסק בשאלת הדין המהותי הרצוי בתחום העולות ההמוניות. יש מי שרואה בתביעה הייצוגית מכשיר לשינוי כללי של הדין המהותי, בעיקר בתחום האחריות הקיבוצית והאחריות לסיכון;<sup>11</sup> וגם לאחרים שאינם סבורים כך ברי כי לא ניתן לנתק בין המכשיר הדיוני של התביעה הייצוגית לבין הדין המהותי ומטרותיו.<sup>12</sup> עם זאת, כדי למקד את הדיון בבעייתיות המיוחדת לתביעה הייצוגית בעולות המוניות, בוחן המאמר את יעילותה של התביעה הייצוגית בהשגת מטרות ההרתעה והפיצוי תחת הדין המהותי הנוהג כיום, מחד גיסא, ותחת ההנחה החלופית שהדין המהותי בשאלות האחריות הקיבוצית והאחריות לסיכון ישתנה, מאידך גיסא – מבלי לחוות דעה איזה מן

11 ראו, למשל, David Rosenberg, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System," 97 *Harv. L. Rev.* 849 (1984).

12 על ההבחנה בין מהות לפרוצדורה ראו מרים בן-פורת, "מבחינים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית", הפרקליט לח 5, 7-5, 17-16 (תשמ"ח); John Anthony Jolowicz, *On Civil Procedure* 59-80 (2000). על השפעתה של התביעה הייצוגית על זכויות בדין המהותי, בעיקר בתחום העולות ההמוניות, ראו, למשל, *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 392 (1989); Geoffrey B. Hazard, "The Effect of the Class Action Device Upon the Substantive Law," 58 *F.R.D.* 307 (1973); Richard L. Marcus, "They Can't Do That. Can They? Tort Reform Via Rule 23," 80 *Cornell L. Rev.* 858 (1995).

המשטרים עדיף. יתרה מכך: ייתכן כי שינויים אחרים בדין המהותי – כמו, למשל, מעבר מאחריות ברשלנות לאחריות מוחלטת – ישיגו מטרות דומות ללא צורך בתביעה הייצוגית, או דווקא יאפשרו לתביעה הייצוגית להשיג את המטרות הללו בדרך יעילה יותר. מסגרתו של המאמר אינה מאפשרת בחינתן של שאלות מעניינות אלה, והן בהחלט ראויות למחקר נוסף. עם זאת, מאמר זה מדגים את גמישותו של מכשיר התביעה הייצוגית, היכול להתאים את עצמו לנסיבות משתנות כדי להשיג את מטרות ההרתעה והפיצוי, בעיקר ככל שהדברים נוגעים לנפגעים עתידיים שנוקם טרם התממש. הדין המהותי, הצריך לקבוע באופן דיכוטומי אם קיימת לאותם נפגעים זכות תביעה או לא, אינו נהנה מגמישות זו.<sup>13</sup>

**שנית**, המאמר מתמקד בתביעות שהסעד הנתבע בהן הוא פיצויים – להבדיל מסעד הצהרתי, צווי מניעה או צווי עשה. זאת, מאחר והשאלות הנוגעות למטרות, לאופן הניהול ולהכרעה בהליכים שבהם נתבעים סעדים אלה שונות במידה רבה מאלה הנדונות כשהסעד הנתבע הוא פיצויים, וכך גם תמריצייהם של הצדדים המעורבים. פרק ב' של המאמר מגדיר מהן עוולות המוניות, מבחין בין שני הסוגים העיקריים של עוולות אלה – תאונות ואסונות המוניים מחד גיסא ועוולות חשיפה המונית מאידך גיסא – ומנתח את הסיבות לכך שבניגוד לארצות-הברית, שם התרחשה הצפה בתביעות בגין עוולות אלה, מספר התביעות שהוגשו ונוהלו עד סופן בישראל הוא זעום. פרק ג' סוקר בקצרה את יתרונותיה וחסרונותיה של התביעה הייצוגית. פרק ד' בוחן אם ובאיזו מידה מאפשר הדין המצוי הגשת תביעה ייצוגית בגין עוולה המונית בישראל. עיקרו של המאמר בפרק ה', הבוחן ומבקר את הטיעונים הקיימים כנגד הגשת תביעות ייצוגיות בגין עוולות המוניות, מציג את ביטוין השונה והחרף יותר של בעיות הנציג והתביעות הסחטניות בעוולות חשיפה המונית, בהשוואה לתחומים שבהם ניתן לתבוע כיום בתביעות ייצוגיות, ובוחן את המכשירים הקיימים בדין הדיוני והמהותי, היכולים לתת מענה לבעיות ההרתעה והפיצוי בעוולות אלה. פרק ו' – מסכם.

13 יש להדגיש שאין סתירה בין הטענה כי גמישותו של מכשיר התביעה הייצוגית רבה מזו של הדין המהותי, לבין הטענה שבתחומים מסוימים של הדין המהותי אין לעשות שימוש במכשיר זה. על אף גמישותו הרבה של מכשיר התביעה הייצוגית, כפופה יעילותו למגבלות מסוימות, המפורטות במאמר. ישנם תחומים שבהם יכולות מגבלות אלה להיות משמעותיות במידה ההופכת את התביעה הייצוגית לפחות יעילה מאשר מכשירים אחרים המיועדים להשיג מטרות דומות כגון הסדרים של ביטוח סוציאלי, רגולציה ומשפט פלילי.

## ב. עולות המוניות בארצות-הברית ובישראל

### 1. מהן עולות המוניות?

עולות המוניות ניתנות לחלוקה לשני סוגים עיקריים. הסוג הראשון הוא של מקרים שבהם אירוע אחד בזמן ובמקום גרם למספר רב של נפגעים, וניתן להכניסם תחת הכותרת "תאונות המוניות" (Mass Accidents) או "אסונות המוניים" (Mass Disasters).<sup>14</sup> דוגמאות לאירועים כאלה הם תאונות מטוס, התמוטטויות בניינים, שריפות ענק או התפוצצויות.<sup>15</sup> מעבר למספר התובעים הגדול לא מציבות תביעות אלה כל שאלה מיוחדת בדין המהותי בביסוסה של אחריות הנחבע, בהוכחת הקשר הסיבתי, בהגדרת קבוצת התובעים או בקביעתה של חלוקת האשם בין התובעים לנתבעים, השונה באופן מהותי מהשאלות הרגילות בתביעות נזיקין. מספר הנפגעים בכל אחד מאסונות המוניים אלה אינו עולה בדרך כלל על כמה מאות, ורובם ככולם ניתנים לזיהוי.<sup>16</sup>

הסוג השני של עולות המוניות כולל תביעות בגין נזקים שנגרמו עקב חשיפה לחומרים כימיים שונים, שימוש במכשירים רפואיים פגומים, צריכת תרופות בעלות תופעות לוואי מזיקות או שימוש במוצרים פגומים אחרים, וניתן להכניסם תחת הכותרת "עולות חשיפה המונית" (Mass Exposure).<sup>17</sup> המאפיין העיקרי המבדיל עולות אלה מהאסונות ההמוניים הוא הישנותם של מקרי נזק בעלי מאפיינים דומים וקשורים לאורך

14 להבחנה בין תאונות או אסונות המוניים לבין עולות חשיפה המונית, ולרשימת הפניות לתביעות בגין תאונות המוניות ראו David F. Boyle, "Mass Accident Class Actions," 60 *Cal L. Rev.* 1615, 1616-1617 (1972); Linda S. Mullenix, "Class Resolution of the Mass-Tort Case: A Proposed Federal Procedural Act," 64 *Tex. L. Rev.* 1039, 1044 (1986); Gorgene M. Vairo, "Multi Tort Cases: Cause For More Darkness on the Subject or a New Role for Federal Common Law?," 54 *Fordham L. Rev.* 167 (1985); Paul D. Rheingold, "Mass Tort Cases," 25 *Trial* 50 (1989).

15 לסקירה של כמה מקרים כאלה ראו Deborah R. Hensler & Mark A. Peterson, "Understanding Mass Personal Injury Litigation: A Socio-Legal Analysis," 59 *Brook. L. Rev.* 961, 970-977 (1993). גם פעולת טרור, דוגמת זו שהביאה לקריסת מגדלי התאומים במרכז הסחר העולמי בניו-יורק ב-11 בספטמבר 2001, עשויה לשמש יסוד לתביעות על ידי נפגעים וקרוביהם, ותיכנס במסגרת מקרי האסונות ההמוניים. כדי למנוע תביעות אלו מיהר הקונגרס האמריקני לחוקק את Air Transportation Safety and System Stabilization Act, Pub. L. No. 107-42, 115 Stat. 230 (2001) (codified as amended at 49 U.S.C. 40,101). ראו Geoffrey C. Hazard, Jr., "The Futures Problem," 148 *U. Pa. L. Rev.* 1901, 1902 (2000).

17 המינוח עולות "חשיפה המונית" הינו תרגום מילולי של המונח Mass Exposure. ראו Rosenberg, הערה 11 לעיל. שם אחר לעולות אלה, שאינו ניתן לתרגום בנקל, הוא "Toxic Torts".

זמן.<sup>18</sup> דוגמאות לעוללות אלה ניתן למצוא בתביעות האסבסט, בתביעות בגין תופעות לוואי שנגרמו כתוצאה מתרופות שונות כגון MER-29, בנדיקטין ו-DES, בתביעות נגד חברות הטבק בגין נזקי עישון, בתביעות בגין נזקים שנגרמו על ידי התקנים תוך-רחמיים ה-Dalkon Shield וה-Copper 7, בתביעות בגין פגמים בהתקנים רפואיים כגון ה-Shiley Heart Valve וה-Silicone Breast Implants, בתביעות בגין נזקים שנגרמו לחיילים שהשתתפו במלחמת וייטנאם ולבני משפחותיהם עקב שימוש בחומר הריסוס Agent Orange, ובתביעות בגין נזקים שנגרמו לילדים שנחשפו לעופרת בחומרים ששימשו לסיווד קירות דירותיהם.<sup>19</sup> מספר הנפגעים הפוטנציאליים בתביעות אלה גדול ועלול להגיע לכדי מאות אלפים, המפוזרים מבחינה גיאוגרפית, ואשר נזקהם באים לידי ביטוי זמן רב לאחר שנחשפו לחומר המסוכן או לאחר שעשו שימוש במוצר שנטען להיות פגום, נזקים אשר מצאו ביטויים שונים במועדים שונים. ברבות מהתביעות לא ניתן לבסס קשר סיבתי בין הנזק לבין גורם אחד מזוהה ובעל אחריות משפטית במועד שבו יודע הנפגע על הנזק שנגרם לו, שכן ישנם גורמים אלטרנטיביים לאותו נזק,<sup>20</sup> ואילו גם כשניתן לקשור את הנזק ישירות למוצר מסוים, יש מקרים רבים שבהם לא ניתן לזהות את היצרן מבין יצרנים רבים שייצרו את אותו מוצר. נוסף על כך, במקרים רבים נפגעו מהמוצר או מהחומר המסוכן צאצאים או קרובים של מי שנחשפו לו, והם – כמו גם רבים מהנפגעים הישירים – אינם מודעים לפגיעתם עד למועד שבו היא מתבטאת בנזק ממשי. לכן, לא רק הקשר הסיבתי כי אם גם קבוצת הנפגעים אינה מוגדרת וברורה.

בעוד שתאונות המוניות מתאפיינות בזהות במרכיבי העילה (למעט הנזק) עבור רוב התובעים הנפגעים, בעוללות חשיפה המונית רבים ההבדלים בין תובע לתובע. כך, תובעים נבדלים במועד שבו נחשפו למוצר או לחומר המסוכן, במקום שבו נחשפו לו, במספר הפעמים שנחשפו לו, בידיעתם אודות סיכונים הקיימים במוצר, בזיכרונם באשר ליצרן שייצר את המוצר ובמחלה או בפגיעה שנגרמה להם. הבדלים אלה משפיעים הן על המרכיב העובדתי בעילת התביעה של כל אחד מהתובעים והן על שאלות משפטיות הקשורות בדין החל, היכול להשתנות בהתאם לכללי ברירת הדין, וכן נתון לשינויים

18 ראו Mullenix, הערה 14 לעיל.

19 לסקירת מקרים אלה ואחרים ראו Hensler & Peterson, הערה 15 לעיל, בעמ' 977-1013.

20 כך, למשל, חולי סרטן הטוענים שמחלתם נגרמה עקב חשיפתם לחומר מסוכן, יתקשו ברוב המקרים להוכיח שמחלתם לא נגרמה למעשה על ידי גורמים סביבתיים כגון זיהום אוויר, על ידי גורמים אינדיבידואליים כגון עישון, או על ידי גורמים מקריים כגון נתונים גנטיים. ראו אריאל פורת, "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין", **משפטים** כג 311, 384-385 (תשנ"ד); Richard Delgado, "Beyond Sindell: Relaxation of Cause-in-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs," 70 *Cal. L. Rev.* 881 (1982); Rosenberg, הערה 11 לעיל, בעמ' 856-867; David Rosenberg, "Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means," 62 *Ind. L. J.* 561 (1986).



לאורך זמן.<sup>21</sup> עם זאת, ישנן שאלות רבות המשותפות לתובעים השונים. ראשית, קבוצת הנתבעים בתביעותיהם של נפגעי החשיפה היא דומה – בעיקר כשלא ידוע מי מהנפגעים גרם לנזקו של כל תובע, ולכן נאלץ כל תובע לתבוע את כל הגורמים הפוטנציאליים לנזקו. בכל אחת מתביעות האסבסט, למשל, נתבעו כ-20 נתבעים מתוך קבוצה של כ-40 יצרנים ומפיצים של מוצרי אסבסט שפעלו בארצות-הברית.<sup>22</sup> שנית, נזקיהם של התובעים גם הם משתייכים לקבוצה סגורה ומצומצמת של נזקים, ובכל אחת מהעולות ההמוניות שפורטו לעיל ניתן להגדיר תת-קבוצות בתוך קבוצת התובעים, המוגדרות לפי הנזקים הזוהים במהותם (אם כי לא בהכרח בגדלם) שמהם סבלו התובעים בכל תת קבוצה. כך, את מרבית תביעות האסבסט ניתן לחלק לכאלה שהוגשו בגין פגיעה בריאות (אסבסטוזיס), לכאלה שהוגשו בגין פיתוח גידולים סרטניים שהעיקרי ביניהם הוא סרטן קרום הריאה מסוג מסוטליומה, ולכאלה שהוגשו בגין מחלות וסימפטומים קלים יותר, שעשויים היו להחמיר שנים רבות לאחר מועד החשיפה לאסבסט.<sup>23</sup> לבסוף, כתוצאה מהזהות בקבוצות הנתבעים והנזקים שנגרמו, ישנה זהות גם בשאלות הנוגעות לאחירתם של הנתבעים – בעיקר בכל הנוגע למידת האשם במעשיהם או במחדליהם ולקשר הסיבתי בין מעשיהם או מחדליהם לבין הנזקים שנגרמו. קווים משותפים אלה בין התביעות השונות הם שמהווים את נקודת המוצא לשאלה האם ראוי לנהל תביעות אלה בדרך של תביעה ייצוגית.

למעשה, ניתן לאפיין עולות המוניות, על שני סוגיהן, בשלושה מאפיינים עיקריים המבחינים אותן מעולות "רגילות":<sup>24</sup> ראשית, השאלות העובדתיות והמשפטיות והגורמים הנתבעים המשותפים בתביעותיהם של הנפגעים השונים הם רבים ומשמעותיים, כאמור לעיל; שנית, מספר התובעים בעולות אלה הינו גדול,<sup>25</sup> לא רק עקב מספרם הגדול של הנפגעים כי אם גם בשל אחוז התביעות הגבוה בקרב אותם

21 במקרים מסוימים ייתכנו הבדלים בדין החל על התובעים, וזאת עקב יסודות זרים שאינם משותפים להם. לדיון מעמיק בשאלות ברירת הדין בתביעות בגין עולות המוניות ראו איילת בן-עזר, **אחריות למוצרים פגומים: ברירת הדין** 285-310 (תשס"ג).

22 ראו *In Re Asbestos Prod. Liab. Litig. (No. 6)*, 771 F. Supp. 415, 416-417 (Judicial Panel of Multidistrict Litigation, 1991), שם התבקש איחודן של כ-17 אלף תביעות אסבסט על ידי כ-30 נתבעים שנתבעו בהן ועל ידי תובעים באותן תביעות שיוצגו על ידי 50 משרדי עורכי-דין.

23 ראו *In Re. Joint E. & S. Dist. Asbestos Litig.*, 129 B.R. 710, 734-745 (1991) (Joint Litigation).

24 לטענה לפיה עולות המוניות אינן שונות למעשה מעולות רגילות, למעט מספרן הגדול של התביעות המוגשות, שאינו מצדיק התייחסות שונה לתביעות אלה, ראו Jhon A. Siliciano, "Mass Torts and the Rhetoric of Crisis," 80 *Cornell L. Rev.* 990 (1995).

25 לטבלה המתארת את מספר התובעים בתביעות שונות בגין עולות המוניות ראו Hensler & Peteson, הערה 15 לעיל, בעמ' 1062. עד שנת 1993 עמד מספר התובעים בתביעות האסבסט על יותר מ-200 אלף, מספר התובעים בגין חשיפה ל-Agent Orange עמד על כ-250 אלף, ומספר התובעות בגין Dalkon Shield עמד על כ-195 אלף.

נפגעים. בעוד שבעוולות רגילות אחוז התביעות בקרב הנפגעים עומד על בין 10% ל-20%, אחוז התביעות בעוולות המוניות עומד על כ-100%.<sup>26</sup> הסיבות לאחוז גבוה זה כוללות את חששם של נפגעים רבים מהתיישנות תביעותיהם, את הלגיטימציה הניתנת לתביעתו של כל אחד מהם ונשאבת מהגשתן של תביעות קודמות, ואת היכולת של עורכי-הדין להשיג תשואה משמעותית להשקעותיהם בתביעות מוקדמות ולנצל הצלחה בתביעות אלה לצורך פשרות גבוהות בתביעות מאוחרות; **המאפיין השלישי** הינו תלות (במובן של statistical dependency) בין ערכי התביעות השונות כשהן מנוהלות כתביעות אינדיבידואליות.<sup>27</sup> תלות זו נובעת מהדמיון בין התביעות, והיא גורמת לכך שערכן של התביעות כולן יעלה או ירד כתוצאה מהתפתחויות שהתרחשו בחלקן או אף באחת מהן. לדוגמא, עד 1973 הוגשו רק תביעות אסבסט מעטות, ולא הושגו בהן פשרות בערכים משמעותיים. בשנת 1973 הושגה נקודת המפנה הראשונה בעקבות פסק הדין בעניין *Borel v. Fibreboard*.<sup>28</sup> פסק דין זה קבע אחריות חמורה של הנתבעים (הדומה לאחריותו של יצרן לפי חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980 בישראל), ביחד ולחוד, לנזקים המאוחרים של התובע, ללא הגנת אשם תורם, וכן קבע כי הנתבעים היו צריכים לצפות את הסיכונים שלהם נחשף התובע לאור המחקרים האפידמיולוגיים שהיו בידם. נקודת מפנה שנייה באה כתוצאה משורה של פסקי דין בשנים 1981-1982 שבהם הוענקו פיצויים עונשיים לתובעים את חברות האסבסט.<sup>29</sup> בעקבות פסקי דין אלה התגבר גל תביעות האסבסט, ובשנות ה-80 וה-90 התפתחו תביעות אלה לממדי ענק שהגיעו לכ-500 אלף תביעות שהוגשו עד שנת 2001 כנגד יותר מ-1000 נתבעים; יותר מ-21 מיליארד דולר שולמו על ידי חברות הביטוח לנפגעים, ויותר מ-40 חברות הפכו לחדלות-פירעון ופשטו את הרגל.<sup>30</sup> התפתחות דומה עוברת על התביעות בגין נזקי עישון נגד יצרני הסיגריות.<sup>31</sup> לתלות זו בין ערכי התביעות

26 Francis E. McGovern, "Looking to the Future of Mass Torts: A Comment on ראו Schuck and Siliciano," 80 *Cornell L. Rev.* 1022, 1022-1023 (1995) המובאים שם, בהערה 3 בעמ' 1023.

27 ראו Hensler & Peterson, הערה 15 לעיל, בעמ' 965.

28 ראו *Borel v. Fibreboard et al.*, 493 F.2d 1076 (5th Circuit, 1973).

29 ראו Deborah Hensler et. al., *Asbestos in the Courts: The Challenge of Mass Toxic Torts*, (1985).

30 ראו Deborah Hensler et. al., *Asbestos Litigation in the Courts: A New Look At An Old Issue* (2001).

31 לתיאור היסטוריית התביעות (הבלתי-מוצלחות) כנגד חברות הסיגריות ראו, למשל, Robert L. Rabin, "A Sociolegal History of the Tobacco Tort Litigation," 44 *Stan. L. Rev.* 853 (1992). לסקירה של הצלחותיהם המאוחרות של תובעים כנגד חברות הסיגריות, לרבות פסיקות פיצויים עונשיים בסכומי ענק, ראו Howard M. Erichson, "The End of the Defendant Advantage in Tobacco Litigation," 26 *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.* 123, 127 (2001).

יש השפעה על התנהגותם האסטרטגית של תובעים ושל נתבעים בתביעות אלה, כפי שיפורט להלן.

## 2. עולות המוניות – הצפה בארצות-הברית לעומת יובש בישראל

כאמור לעיל, עולות המוניות בארצות-הברית מאופיינות בראש וראשונה במספר הרב של תביעות אינדיבידואליות המוגשות לבתי המשפט. מספרן של התביעות שהוגשו בגין עולות המוניות היה כה גדול עד שהביא לתחושת משבר במערכת המשפט האמריקנית,<sup>32</sup> שביטוי אופייני לה ניתן ברו"ח של הוועדה המיוחדת שהקים ה-Judicial-Conference בארצות-הברית לבחינת תביעות האסבסט. ברו"ח נקבע:

“Dockets in both federal and state courts continue to grow; long delays are routine; trials are too long; the same issues are litigated over and over; transaction costs exceed the victims’ recovery by nearly two to one; exhaustion of assets threatens and distorts the process; the future claimants may lose altogether.”<sup>33</sup>

הצפת בתי המשפט בתביעות האסבסט ובתביעות אחרות שהוגשו בגין עולות חשיפה המונית הייתה סופו של תהליך שניתן לאפיין כ"הבשלה", תהליך שהתקדם לאורך קווים דומים וניתנים לזיהוי בכל עולות החשיפה ההמונית.<sup>34</sup> התהליך התחיל בהגשת תביעות בודדות שבהן ניסו התובעים לבסס את אחריות הנתבע, בדרך כלל ללא הצלחה רבה. לנתבע היה בשלב זה יתרון משמעותי באינפורמציה שהייתה בידו וביכולתו האסטרטגית להשקיע משאבים רבים כדי לזכות בתביעות.<sup>35</sup> רק אם הצליחו התובעים לזכות בפסקי דין או בפשרות משמעותיות עברה העולה ההמונית לשלב הבא, שבו התגבר קצב הגשת התביעות באופן דרמטי, ואיתו עלה גם אחוז ההצלחות של התובעים. בדרך כלל היו כל התביעות מרוכזות בידי מספר קטן של משרדי עורכי-דין, שהשיגו את "מלאי" התביעות שבידם באמצעות פרסום ישיר או באמצעות

32 לדיון ביקורתי ברטוריקת המשבר במערכת בתי המשפט בארצות-הברית ראו Siciliano, הערה 24 לעיל.

33 Report of the Judicial Conference Ad Hoc Committee on Asbestos Litigation 2-3 (Mar. 1991), quoted in *Amchem Products v. Windsor*, 521 U.S. 591, 598 (1997).

34 את אפיון תהליך ה"הבשלה" של עולות המוניות ולגישה שלפיה יש לאפשר תביעות ייצוגיות בעולות המוניות רק כשאלו "בשלות" ניתן למצוא אצל Francis E. McGovern, "Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation," 53 *U. Chi. L. Rev.* 440 (1986); Francis E. McGovern, "Resolving Mature Mass Tort Litigation," 69 *B. U. L. Rev.* 695 (1989); Francis E. McGovern, "An Analysis of Mass Torts for Judges," 73 *Tex. L. Rev.* 1821, 1841-1845 (1995).

35 לניתוח יתרונו זה של הנתבע ראו להלן, הטקסט הסמוך להערות 158-160.

הפניה מעורכי-דין אחרים. עורכי-דין אלה נטו להגיע לפשרות כוללות, לגבי קבוצות של תביעות, ולא בדרך של משא ומתן לגבי כל תובע אינדיבידואלי.<sup>36</sup> בסופו של שלב זה התייצב קצב התביעות המוגשות והתבהרו קווים מנחים ועקביים בפסקי הדין ובפשרות שהושגו, ואלה אפשרו לעבור לשלב הבא והאחרון בהבשלתה של עוולת החשיפה ההמונית. בשלב אחרון זה הגיעו נציגי התובעים והנתבעים לפתרון סופי ומוחלט של כל התביעות בדרך של פשרה כוללת בתביעה ייצוגית, שבמקרים רבים הוגשה רק לשם אישור הפשרה.<sup>37</sup> שימוש בתביעה הייצוגית נעשה, לכן, רק לאחר שהעולה ההמונית הבשילה, כפתרון לחוסר האונים של המערכת המשפטית בפני זרם התביעות האינדיבידואליות הגדול לו נדרשה לתת מענה.

בישראל, בניגוד לארצות-הברית, מספר התביעות האזרחיות לפיצויים (להבדיל מתביעות לפי חוק הביטוח הלאומי), שהוגשו בגין עוולות חשיפה המונית והסתיימו בפסק דין, הוא נמוך מאוד עד כה,<sup>38</sup> וממילא אין מקום לדבר במונחים של "הבשלתה" של אף אחת מעוולות אלה. הנתבע העיקרי בישראל בתביעות אסבסט היה עד כה מפעל ישאסבסט,<sup>39</sup> שנתבע על ידי מספר גדול של עובדיו בגין חשיפה לאסבסט בתהליך

36 ראו John C. Coffee Jr., "Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action," 95 *Colum. L. Rev.* 1354, 1364-1367 (1995).

37 שם.

38 אשר לאסונות המוניים, עד כה לא קרו בישראל אסונות שמספר הנפגעים בהם עלה על עשרות ספורות. בין האסונות שגבו מספר גדול יחסית של נפגעים והרוגים ניתן להזכיר את קריסת הגשר מעל נחל הירקון במהלך אירועי הפתיחה של משחקי המכביה ה-15, שבה נספו ארבעה ספורטאים ו-69 אחרים נפצעו; ראו ע"פ (ת"א) 71198/00 **בר אילן נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 11.10.2001), המפרט נסיבות האסון. אחרי פסק דין זה הוגשו כמה תביעות פיצויים אינדיבידואליות, נוסף על התביעות הפליליות שהוגשו כנגד האחראים לאסון; ראו גבי זהר, "תביעה ראשונה בפרשת אסון המכביה: אלמנת אחד הקרבנות תובעת 12.5 מיליון שקל", **הארץ** 26.1.98, א1; "תביעה בסך כ-13 מיליון ש' בשל קריסת גשר המכבייה", **הארץ** 17.2.98, א9; שמואל מאירי, "משפחת ספורטאי שמת בהתמוטטות הגשר במכביה תובעת 11 מיליון שקל", **הארץ** 21.8.98, א6; התביעות רוכזו בבית משפט המחוזי בחיפה, ראו ת"א (חי') 1011/98 **זיינס נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 29.3.2000); ע"א 2798/00 **המגן חברה לביטוח נ' ארגונית הפקת אירועים ותערוכות 1974** (לא פורסם, 30.12.2001); באסון המסוקים נספו 73 חיילים בתאונת מסוקים ביום 4.2.97; ראו בג"ץ 6069/00 **העמותה להנצחת חללי אסון המסוקים בשאר ישוב נ' שר הבטחון**, פ"ד נה(4) 75; ובאסון קריסת הרצפה באולמי ורסאי בירושלים, ביום 24.5.2001, נהרגו 23 בני אדם וכ-380 נפצעו; ראו ועדת החקירה הממלכתית לעניין בטיחות מבנים ומקומות המשמשים ציבור, דו"ח ביניים (אוגוסט 2002) (ניתן לצפייה ב- <<http://www.court.gov.il/doch/tochen.htm>>).

39 לתיאור החשיפה לאסבסט בישראל, הן כתוצאה מפעילותו של מפעל ישאסבסט (ששינה את שמו מאוחר יותר ל"איתנית") והן ממקורות אחרים, ראו Elihu Richter, Noga Chamtac, Tamar Berman & Richard Laster, "A Review of Environmental and Occupational Exposure to Asbestos in Israel," 29 *Pub. Health Rev.* 247 (2001); לאון יהודה נעים, "חשיפה תעסוקתית לאסבסט", **הביוספירה** יז 3 (1988).

הייצור. אולם, נראה כי רובן של תביעות אלה הסתיים בפשרות נמוכות.<sup>40</sup> נוסף על פגיעות אסבסט יש אינדיקציות לפגיעות הנושאות אופי המוני גם בקרב עובדי הקריה למחקר גרעיני בנגב (הקמ"ג),<sup>41</sup> וכן לפגיעות שנפגעו דייגים וצוללנים כתוצאה משפכים שהוזרמו לנחל הקישון.<sup>42</sup> גם מספר התביעות שהוגשו בגין נזקים אלה הינו מועט.<sup>43</sup> אילו הייתה ההתדיינות המשפטית בתביעות נזיקיות בגין עולות אלה מתפתחת במסלול דומה לזה שבו התפתחה ההתדיינות המשפטית בארצות-הברית, ניתן היה לצפות – לאור המחקרים המדעיים המצביעים על חשיפה לגורמי סיכון כאמור – למספר תביעות גדול בהרבה מזה שהוגש והסתיים למעשה. לפיכך, בחינה של תביעות אלה מצביעה על כך שאחוז התביעות שהוגשו מקרב אלה שנחשפו ונפגעו מגורמי הסיכון האמורים הוא נמוך בהרבה בישראל בהשוואה לארצות-הברית.

40 ראו רוני סיני, "מתו על משמרתם", **הארץ** – **מוסף חג** 25.4.00, 35. פסק הדין היחיד שאותו הצלחתי לאתר בתביעת פיצויים כנגד איתנית הינו ע"א (חי') 2420/01 **איתנית מוצרי בניה נ' יורשי שכטר פייבל** (לא פורסם, 18.12.2001). ישנו מספר קטן של תביעות אסבסט שהוגשו כנגד נתבעים אחרים; ראו, למשל, ת"א (ת"א-יפו) 382/95 **קרישוב נ' קיבוץ מעיין צבי** (לא פורסם, 1.2.2001); לאורה קפלן, "עובדי חברת החשמל תובעים 4.4 מ' ש': חלינו כתוצאה מחשיפה לאסבסט", **הארץ** 15.7.98, 3ג.

41 ראו Richard Laster, Chen Somech, "A Scientific Panel for Determining Health Effects Among Radiation Workers at Israel's Nuclear Research Facilities," 105 *Envtl. Health Persp.* 1595 (1997); Elihu Richter, Eli Ben Michael, Tal Tsafirir & Richard Laster, "Cancer in Thirty-Nine Nuclear Industry Workers: A Preliminary Report," 105 *Envtl. Health Persp.* 1511 (1997).

42 ראו דין וחשבון – חלק ראשון וחלק שני, ועדת החקירה בענין ההשלכות של פעילות צבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה על בריאותם של חיילי צה"ל שהופעלו במקום (להלן: **דו"ח הקישון**) הדו"ח, על שני חלקיו, פורסם במלואו באינטרנט <http://www.tau.ac.il/~bhkishon/>.

43 שתי תביעות שהוגשו כנגד מדינת ישראל בגין נזקי קרינה לעובדי הקמ"ג הן ת"א (ת"א) 1070/92 **איטח נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 9.10.1997) ות"א (ת"א) 2857/98 **שפורן נ' מדינת ישראל – הועדה לאנרגיה אטומית**, שטרם הסתיים. בשנת 2000 הוגשה תביעה כנגד חיפה כימיקלים על ידי לוחם שייטת 13, אביטל עצמון, בגין סרטן שבו לקה, לטענתו, עקב צלילה בקישון. ביום 14.6.01 הוגשה תביעה בשם 31 דייגים ממועגן הקישון לפיצויים בסך 65 מיליון ש"ח כנגד ששה מפעלים שהזרימו שפכים לקישון ונגד מדינת ישראל; ראו אבי שמול, "הערכה: שיעור דייגי הקישון שחלו בסרטן – פי 34 מבאוכלוסייה", **הארץ** 15.6.01. למיטב ידיעתי ניתן עד כה רק פסק דין אחד בתביעה שהוגשה בגין נזקי D.E.S – ע"א 3139/99 **מוקה (פלקוביץ) נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל**, פ"ד נו(2) 241 – ואף לא פסק דין אחד בתביעה שהוגשה בגין פגם בהתקן תוך-רחמי או בגין השתלת שתלי סיליקון, אם כי ייתכן שהוגשו תביעות לתשלומים במסגרת הסדרים שהושגו בארצות-הברית. רק תביעה אחת הוגשה בישראל על ידי מעשן (להבדיל מנותן שירותים רפואיים ו/או קופת חולים) כנגד חברת סיגריות, וגם זו הוגשה כתביעה ייצוגית בת"א (ת"א) 1188/97 **ויסברג נ' דובק**.

שני גורמים הביאו ככל הנראה להבדל המשמעותי באחוז התביעות בעוללות המוניות בין ארצות-הברית לישראל – הבדלים בשווייה של התביעה האינדיבידואלית וההבדל במספר הנפגעים הכולל.

**הבדלים בשווייה (נטו) של התביעה האינדיבידואלית.**<sup>44</sup> הבדלים בשווייה של התביעה האינדיבידואלית בין ישראל ובין ארצות-הברית נובעים מהבדלים בדיון המהותי ובדין הדיוני בין שתי מערכות המשפט. בתי המשפט בארצות-הברית נכונים לקבל תיאוריות של אחריות קיבוצית,<sup>45</sup> שבאמצעותן יכולים תובעים בגין עוולות המוניות להתגבר על קשיים בהוכחת אחריותם של הנתבעים ובהוכחת הקשר הסיבתי בין מעשיהם או מחדליהם לנזקים שנגרמו. באופן דומה, בתי המשפט בארצות-הברית נכונים יותר להטיל על הנתבע אחריות לכך שהגדיל את הסיכון להתממשות נזק או מחלה, אף אם אותה מחלה טרם התממשה.<sup>46</sup> לעומת זאת, הפסיקה בישראל דחתה עד כה את האפשרות להטיל אחריות על קבוצת נתבעים כשלא ניתן לזהות מי מהם גרם לנזק, וכן דחתה את האפשרות להטיל אחריות על נתבע בגין יצירת סיכון.<sup>47</sup> לכן, סיכויי ההצלחה של תביעה אינדיבידואלית בגין עוולה המונית בארצות-הברית הם גבוהים יותר מסיכויי הצלחתה של תביעה דומה בישראל.

גם שווייה של התביעה במקרה של זכייה בה גבוה יותר בארצות-הברית מאשר בישראל. השימוש בפיצויים עונשיים הינו נפוץ בארצות-הברית,<sup>48</sup> בעוד שבתי המשפט

44 אינדיקציה לשווי נמוך זה הן הפשרות שהושגו בתביעות שהוגשו על ידי עובדי מפעל ישאסבסט, שעמדו כולן על סכומים שבין 20 ל-30 אלף ש"ח. ראו סיני, הערה 40 לעיל.

45 ראו פורת, הערה 20 לעיל, המתאר את הפסיקה בארצות-הברית לעומת גישת הפסיקה בישראל לשאלת האחריות הקיבוצית.

46 ראו, למשל, הפסיקה המוזכרת אצל Christopher H. Schroeder, "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks," 37 *UCLA L. Rev.* 439, 441 (1990).

47 ראו ניתוח הפסיקה בשאלת האחריות הקיבוצית במאמרו של פורת, הערה 20 לעיל, בעמ' 313-321, וכן ראו ת"א (ב"ש) 10/94 **נציגות יורשי מיכאלי נ' תדיראן**, פ"מ תש"ס (1) 385. לסקירה כללית של מבחני הסיבתיות בדיני הנזיקין ויישומם למקרים של עוולות חשיפה המונית ראו **דו"ח הקישון**, הערה 42 לעיל, חלק ראשון בעמ' 225-232, וחלק שני בעמ' 505-610; ישראל גלעד, "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת", **משפטים** יד 15 (תשמ"ד). סימן לנכונות אפשרית של בית המשפט העליון להקל בדרישת הקשר הסיבתי ולאפשר פיצוי בגין אבדן סיכוי ראו דעות מיעוט של השופט שטרסברג כהן בע"א 6643/95 **כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל**, פ"ד נגג(2) 680, ובע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל"**, **חיפה**, פ"ד נגג(4) 526; כן ראו אריאל פורת, "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", **עיוני משפט** כ"ג 605, 635 (תש"ס). על הפן הראייתי בשאלה מה נדרש כדי ליצור "אסכולה רפואית" שממציאה יתקבלו כראיה במשפט ראו ע"א 2027/94 **קליג' נ' קצין התגמולים במשרד הבטחון**, פ"ד נ(1) 529, 535. לפתרון בדרך של דוקטרינת הנזק הראייתי ראו אריאל פורת ואלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים", **עיוני משפט** כא 191 (תשנ"ח).

48 לבחינה אמפירית של השימוש בפיצויים עונשיים בארצות-הברית, ולניתוח השפעת הפיצויים העונשיים על התדיינות משפטית ופשרה, ראו Theodore Eisenberg et. al.,

בישראל אינם נוהגים להטיל פיצויים כאלה.<sup>49</sup> מנגד, בישראל קיימת מערכת מסועפת של חוקי מגן סוציאליים היכולים לתת פתרון, ולו חלקי, לנזקים הנגרמים מעוולות המוניות, ומפחיתים את האטרקטיביות שבתביעה נזיקית. כל תושב בישראל זכאי לטיפול רפואי מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1984.<sup>50</sup> כמו כן, מכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995 זכאי כל תושב לביטוח תאונות,<sup>51</sup> ואם הוא עובד<sup>52</sup> – לביטוח בגין פגיעות בעבודה.<sup>53</sup> כמו כן, אם נכותו או מחלתו נגרמת בתקופת שירותו הצבאי ועקב שירותו הצבאי, זכאי הנפגע לפיצוי לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב], ואם נפטר – זכאית משפחתו לפיצוי לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"ח-1959.<sup>54</sup> לכן, בעצם, מתועלות תביעות רבות למערכת זו של ביטוח סוציאלי במקום למסגרת הנזיקית.<sup>55</sup> התוצאה היא שערכן הצפוי של כל התביעות האינדיבידואליות בגין עוולות

Predictability of Punitive Damages," 26 *J. of Legal Stud.* 623 (1997); A. Mitchell Polinsky, "Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable and Rational?," 26 *J. of Legal Stud.* 663 (1997)

49 ראו סעיף 76 לפקודת הנזיקין ופרשנותו על ידי הנשיא ברק בע"א 1977/97 **ברוני נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת**, פ"ד נה(4) 584, 617-619; כן ראו ע"א 3654/97 **קרטיץ נ' עתרת ניירות ערך (2000)**, פ"ד נג(3) 385, 406. לעומת זאת ראו גם ע"א 30/72 **פרידמן נ' סגל**, פ"ד כז(2) 225, הקובע כי לאור פסיקה קודמת אין ספק שלבית המשפט יש סמכות לפסוק פיצויים עונשיים במקרים המתאימים.

50 ראו סעיף 3(א) לחוק.

51 ראו פרק ו' לחוק הביטוח הלאומי.

52 הזכאות לתשלומי גמלה בגין פגיעה בעבודה היא למעשה רחבה יותר; ראו הגדרת מבוטח בסעיף 75 לחוק הביטוח הלאומי.

53 ראו פרק ה' לחוק הביטוח הלאומי. יש לציין, שהזכות לגימלה מוגבלת למחלות המוגדרות כמחלות מקצוע, לפי סעיף 79 לחוק הביטוח הלאומי, תקנה 44 והתוספת השניה לתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח בפני פגיעה בעבודה), תשי"ד-1954. יחד עם זאת, בית הדין לעבודה אימץ את תורת המיקרו-טראומה המאפשרת פיצוי למבוטחי הביטוח הלאומי שמחלתם קשורה לתנאי עבודתם אולם אינה מחלת מקצוע, ובלבד שנתקיימו שני תנאים: (א) קביעה עובדתית שהיו פגיעות זעירות, חוזרות ונשנות במבוטח, שנגרמו לו עקב עבודתו; (ב) חוות דעת רפואית המעידה על קיומו של קשר סיבתי בין התנועות הזעירות לבין הופעת המחלה. ראו, למשל, דב"ע נה/116-0 **המוסד לביטוח לאומי נ' שטיין** (לא פורסם, 16.11.2000). כמו כן יש לציין כי על פי תקנה 46 עומדת חזקת סיבתיות לזכותו של מי שחלה באחת המחלות המפורטות בתוספת בזמן עבודתו (ולגבי חלקן – אף שנה לאחר הפסקת העבודה) ולפיה נגרמה המחלה עקב העבודה, כל עוד לא הוכח ההיפך. ראו גם חזקה דומה בסעיף 2 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום).

54 ראו גם חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970.

55 לטענה כי בארצות-הברית העדר הפתרונות הראויים במערכת של ביטוח סוציאלי גרמו להצפת בתי המשפט בתביעות נזיקיות ראו Jack B. Weinstein & Eileen B. Hershenov, "The Effect of Equity on Mass Tort Law," 1991 *U. of Ill. L. Rev.* 269, 270 (1991).

המוניות – השווה למכפלת סכום הזכייה בסיכויי הזכייה, בניכוי הסכום המגיע לתובע על פי חוקי הביטוח הסוציאלי דלעיל<sup>56</sup> – הוא גבוה בארצות-הברית מאשר בישראל. על כך יש להוסיף את ההבדל בכלל פסיקת הוצאות המשפט בין ישראל לארצות-הברית. בעוד שבמשפט האמריקני נושא כל צד בהוצאות המשפט שלו ללא תלות בתוצאות המשפט, בישראל פוסק בית המשפט בנסיבות רגילות הוצאות לטובת הצד הזוכה, הכוללות שכר טרחת עורך-דין והוצאות אחרות הניתנות לשומה.<sup>57</sup> בהשוואה לכלל האמריקני מפחית כלל השיפוי בישראל מערכן הצפוי של תביעות שסיכויי הצלחתן נמוכים. כך, אם למשל סיכויי הצלחה של התובע בתביעה עומדים על 0.15, סכום התביעה הוא 100 ועלויות התביעה עבור כל צד הן 10, הרי ערך התביעה הצפוי (נטו), לאחר ניכוי עלויותיה הצפויות, הינו חיובי ושווה ל-(5) תחת הכלל האמריקני,<sup>58</sup> בעוד שתחת הכלל בישראל ערך זה הוא שלילי ושווה ל-(2).<sup>59</sup> מאחר שתביעות בגין עוולות חשיפה המונית הן במקרים רבים תביעות בעלות סיכוי נמוך, ערכן הופך נמוך עוד יותר תחת כלל פסיקת ההוצאות בישראל, בהשוואה לארצות-הברית.

**הבדל במספרם הכולל של הנפגעים.** ריבוי התביעות בגין עוולות המוניות בארצות-הברית לא היה מיידית. תהליך ההבשלה של כל עוולה המונית היה הדרגתי, וכדי שאכן יתממש נדרשה, כאמור, הצלחה משמעותית של מספר גדול דיו של תובעים בתביעות המוקדמות המועטות שהוגשו. גם אילו הסיכוי להצלחה כזו היה זהה בישראל ובארצות-הברית, הרי שבהינתן אחוז זהה של תביעות שהיו מוגשות בשלב הראשון, מספר התביעות שהיו מצליחות היה גדול יותר בארצות-הברית מאשר בישראל. אם, למשל, היו מוגשות רק 10% מהתביעות הפוטנציאליות, וסיכויי הצלחה בכל אחת מהן היו 0.1, הרי שתוחלת מספר התביעות שהיו מצליחות היה 1 אם היו 100 נפגעים,

56 סעיף 82 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע כי גימלה לה זכאים מבוטח או התלויים בו לפי פרק ה' לחוק הביטוח הלאומי תנוכה מסכום הפיצויים שהיה מגיע להם ממעבידם בגין אחריותו בנזיקין. כמו כן, סעיף 86 לפקודת הנזיקין קובע כי שעה שבאים לשום פיצויים המשתלמים בשל עוולה, לא יובא בחשבון כל סכום ששולם או שמגיע לרגל אותה עוולה על פי חוזה ביטוח, וסעיף 332 לחוק הביטוח הלאומי קובע כי לענין סעיף 86 לפקודת הנזיקין רואים גמלה כזכות הנובעת מחוזה.

57 ראו תקנות 511-513 לתקנות סדר הדין האזרחי. על אף שתקנות אלה אינן קובעות כי ההוצאות ייפסקו לטובת הצד הזוכה, זוהי הפרקטיקה הנהוגת. ראו יואל זוסמן, **סדרי הדין האזרחי** 540-541 (מהדורה שביעית, 1995); ע"א 541/63 **רכס נ' הרצברג**, פ"ד יח(2) 120. עם זאת יש להדגיש שההוצאות ושכר הטרחה הנפסקים לטובת הזוכה נמוכים, ככלל, מהסכומים שהוציא למעשה.

58 בסיכוי של 0.15 יזכה התובע במשפט ויקבל 100, ובכל מקרה יצטרך לשאת בעלות של 10:  $0.15 * 100 - 10 = 5$ .

59 בסיכוי של 0.15 יזכה התובע במשפט ויקבל 100, וכל הוצאותיו יוחזרו, ואילו בסיכוי של 0.85 יפסיד ויאליץ לשאת בהוצאות המשפט שלו ושל הנתבע:  $0.15 * 100 - 0.85 * 20 = (-2)$ . ההנחה כאן היא שהמפסיד משפה את הזוכה בגין מלוא הוצאותיו, אך הנחה זו אינה מדויקת, כאמור בהערה 57 לעיל. לדיון בהשפעת כללי שיפוי בגין הוצאות משפט על התמריצים לתובע ולהתפשר ראו, למשל, Steven Shavell, "Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal costs," 11 *J. Legal Stud.* 55 (1982).



לעומת 10 אם מספר הנפגעים היה 1,000. מאחר שנדרש מספר הצלחות מינימלי – מעין מסה קריטית של הצלחות – כדי להניע את התהליך, ייתכן שמספר כזה לא יכול היה להיווצר בישראל.<sup>60</sup> דרך אחרת להבין הבדל זה היא שגם אם אין צורך במסה קריטית כאמור, והצלחה אחת בלבד מספיקה כדי להניע את התהליך של הבשלת העוולה, הסיכוי להצלחה אחת כזו הינו גבוה יותר ככל שמספר הנפגעים (וכיוצא ממנו מספר התביעות המוגשות) גדול יותר. אם נוסיף על כך את העובדה שהתשואה להשקעה של עורכי-דין של תובעים בתביעות הינה נמוכה יותר ככל שמספר הנפגעים קטן יותר, הרי שההבדל בין היסטוריית התביעות בגין עולות המוניות בישראל ובארצות-הברית, ובאחוז התביעות שהוגשו, אינו מפתיע. בהינתן שוויין הנמוך של תביעות אינדיבידואליות ובהיעדר יכולת לנצל הצלחות בתביעות בודדות לגריפת רווח במספר מספיק של תביעות נוספות, התמריץ להגשת תביעות עשוי להיות נמוך במידה המונעת הגשת תביעה כלשהיא.

## ג. התביעה הייצוגית: ייצוג כפתרון, ובעיותיו

### 1. מטרת התביעה הייצוגית: הרתעה, פיצוי וחיסכון בעלויות

התביעה הייצוגית באה להחליף מספר רב של תביעות אינדיבידואליות בתביעה אחת שבה מיוצגת קבוצה של תובעים.<sup>61</sup> לפיכך מחליפה התביעה הייצוגית את ההליך האינדיבידואלי הישיר בהליך קולקטיבי ייצוגי, המגביל את אפשרות ההשתתפות של כל תובע, ובאותה עת מקים מעשה בית דין החוסם בפניו את הדרך לתביעה מאוחרת.<sup>62</sup> הייצוג, המתבצע בתביעה הייצוגית ללא כל הסמכה מפורשת,<sup>63</sup> מגביל למעשה את

60 יש לזכור שהנתבע יכול תמיד להתפשר עם התובע לאחר שהאחרון זכה בערכאה הדיונית, ולבטל את פסק הדין שניתן. כך אכן נעשה בענין איטח, הערה 43 לעיל. יש לציין גם שבמקרה של ישאסבסט חתמה ההנהלה על כמה הסכמים שהבטיחו הכנסה מלאה ופיצויי פרישה נדיבים לעובדי המפעל, אולם שללו אפשרות של פיצויים בגין אובדן הכנסה. ראו סיני, הערה 40 לעיל.

61 ראו דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1995, ה"ח 2447, 232; גולדשטיין I, הערה 8 לעיל, בעמ' 416. גם נתבעים יכולים להיות מיוצגים בדרך של תביעה ייצוגית, כשזו מוגשת לפי תקנה 29, אולם מצב זה הוא חריג, והשיקולים הרלבנטיים לגביו שונים מאשר במצב הרגיל שבו מוגשת התביעה הייצוגית בשם קבוצת תובעים.

62 ראו גולדשטיין I, הערה 8 לעיל, בעמ' 416, 424-426, 436-437, 446; נינה זלצמן, **מעשה בית דין בהליך אזרחי** 427-435 (תשנ"א).

63 בדומה להסדר האמריקני, על פי Rule 23(b)(3) ו-Rule 23(c)(2), רוב חוקי התביעות הייצוגיות נוקטים כלל של opt-out, לפיו יראו כל מי שנמנה עם הקבוצה שהגדיר בית המשפט בהחלטתו לאשר את התביעה כיייצוגית כמי שהסכים להגשתה אלא אם הודיע לבית המשפט על רצונו שלא להיכלל בקבוצה. יוצא-דופן הוא החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, הקובע בסעיף 12(ב) הסדר של opt-in שלפיו צריך כל תובע להודיע במפורש ובכתב על

זכותו של כל תובע למנות ולקבוע את השלוח שייצגו בבית המשפט,<sup>64</sup> וזאת כדי להשיג שתי מטרות עיקריות של הדין המהותי – הרתעה ופיצוי – תוך חיסכון מרבי בעלויות אדמיניסטרטיביות.

הדין המהותי משפיע ומעצב התנהגות בדרך של הרתעה ומניעה. השפעה זו תלויה ביכולתו של מי שנפגע מהתנהגות שלדעתו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין והחובות המוטלות על פיו, לפנות לבית המשפט כדי שזה יאכוף חובות אלה. בעוד שהמניעה פועלת באמצעות מתן אפשרות למי שעתידי להיפגע מהפרת החובה לפנות לבית המשפט כדי למנוע את הפרתה, ולפיכך אינה משפיעה על תביעות פיצויים שבהן החובה כבר הופרה והנוזק נגרם, פועלת ההרתעה באמצעות הטלת סנקציה על הנתבע לאחר שהפר חובתו החוקית.<sup>65</sup> הדגש כאן אינו על זכויותיו של הפרט הנפגע, כי אם על האינטרס החברתי בשלטון החוק, דהיינו: כדי לקיים את מטרת ההרתעה צריך שמפר החובה אכן יישא בסנקציה הראויה בגין ההפרה, ופיצויו של הנפגע נועד רק כדי לתת לו תמריץ לתבוע ולהביא להטלת הסנקציה.<sup>66</sup>

רצונו להיכלל בקבוצה המיוצגת. לגישה שלפיה גם תקנה 29 קובעת כלל של opt-in ראו בש"א (ת"א) 60298/99 שורץ נ' המגן חברה לביטוח, פ"מ תש"ס (2) 27, 46.

64 תובע המעוניין בכך יכול לבקש להיות בעל דין בתביעה ולהצטרף אליה (ראו, למשל, תקנות 24, 29 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי) או, לחלופין, להוציא את עצמו מקבוצת התובעים המיוצגת (ראו, למשל, סעיף 35ג(ב) לחוק הגנת הצרכן). אולם, במקרים רבים לא יהיו התובעים המיוצגים מודעים להגשת התביעה, וגם כשהיו מודעים להגשתה יהיה הנטל שבהצטרפות אליה – ולחלופין: בניהולה בנפרד – גדול מדי עבורם. ברע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 288-289 נאמר: "התובענה הייצוגית מגלמת את רעיון ההפרטה של האכיפה והפיקוח על הגופים הכלכליים הגדולים, גלומה בה תפיסה חדשה וחדשנית של הדרך ליישוב סכסוכים. עניינה של התובענה בישוב סכסוכים מסוג חדש, שבהם הצדדים לסכסוך אינם יחידים וצד אחד מייצג ציבור גדול ואנונימי של נפגעים. במידה רבה יש בהסדר זה סטייה מההליך השיפוטי האדברסרי וחריגה מכללי המשפט המקובלים בדיני החוזים ובדיני השליחות (כך לדוגמה יכול היחיד, שכלל לא ידע על ההליך, למצוא עצמו מיוצג במסגרתו וככול לתוצאותיו)" (הפניות הושמטו). לגישה לפיה התביעה הייצוגית, כשמה, הינה מכשיר לייצוג (במקרים רבים כפוי, באופן מעשי) של התובעים החברים בקבוצה, ולא מכשיר לצירוף אותם תובעים, ראו: Diane Wood Hutchinson, "Class Actions: Joinder or Representational Device?," 1983 *Sup. Ct. Rev.* 459 (1983).

65 רבה הבחנה בין תביעות למניעת הפרת החובה לבין תביעות לפיצויים בגין הפרתה מקבילה במידה רבה להבחנה הקלאסית בין כללים קנייניים לבין כללי אחריות. ראו Guido Calabresi & Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

66 על אף שמושג ההרתעה שאליו מתייחס מאמר זה הינו של הרתעה אופטימלית, הממקסמת את סך התועלת החברתית – ולחלופין ממזערת את סך עלויות הנוזק והוצאות מניעתו – הטיעונים העיקריים במאמר ישימים גם להגדרה רחבה יותר של הרתעה. גם גישה שלפיה יש לאכוף את הוראות החוק, ללא קשר הכרחי לעלויות הכרוכות בכך, דורשת מתן זכות תביעה, ומכיוון שיש עלויות לזכות זו ושאיף החברה להקטין הוצאות אלה ככל האפשר. לדין בשיקולי הרתעה יעילה

במקביל לאינטרס החברתי בהרתעה עומדת לכל פרט בחברה הזכות שיינתנו לו הסעדים המתאימים כדי שהחובות שחבים כלפיו אכן יקוימו. זכות זו גוררת את הזכות לקבל פיצוי במקרים שבהם הופרה החובה,<sup>67</sup> הן משיקולים של צדק מתקן<sup>68</sup> והן משיקולי ביטוח.<sup>69</sup> שיקולי צדק מתקן משמעותם כי הפרת החובה גררה הפרה של האיזון שהתקיים בין הפוגע לנפגע, ואיזון זה יש להשיב באמצעות פיצויו של הנפגע על ידי הפוגע. שיקולי ביטוח מתמקדים ברצונם של נפגעים פוטנציאליים לפני שהופרה החובה כלפיהם למנוע מעצמם את הסיכון שעושרם יפגע עקב הפרה זו. הדרך למנוע סיכון כזה היא לפצותם במקרה שייפגעו.<sup>70</sup>

בתחומים המסורתיים שבהם נעשה שימוש בתביעה הייצוגית (התחומים המוגדרים בחוקי התביעות הייצוגיות) כגון תביעות על פי דיני ניירות ערך והגנת הצרכן, עלותה הצפויה של כל תביעה אינדיבידואלית גדולה מתועלתה הצפויה לכל תובע, ולפיכך אין היא מוגשת. זכות התביעה, על אף קיומה הפורמלי, נותרת ככלי ריק מתוכן מעשי. במקרים אלה מאפשרת התביעה הייצוגית לתובעים חברי הקבוצה לקבל פיצוי בגין הנזק שנגרם להם, ומטילה נזק זה על הנתבע כדי להרתיעו מהפרת החוק.<sup>71</sup> התביעה הייצוגית עושה זאת מאחר שעלויותיה נמוכות מסך העלויות שהיו נדרשות בכל התביעות האינדיבידואליות, אילו היו מוגשות. היא משיגה "יתרון לגודל", הנשען על ריכוזן של מספר רב של תביעות דומות בתביעה אחת.<sup>72</sup>

ומגבלותיהם בדיני הנזיקין ראו ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין", **משפטים** כ"ב (תשנ"ג); פורת, הערה 20 לעיל, בעמ' 349-344.

67 הזכות הבסיסית של כל פרט בחברה היא, כמובן, לאכוף את החובה ולמנוע הפרתה. תביעות לפיצויים נוגעות מטבען למצבים בהם כבר הופרה החובה, ולכן נותרת רק הזכות הנגזרת לפיצויים בגין הפרתה.

68 לניתוח שיקולי של צדק מתקן בדיני הנזיקין ראו, למשל, פורת, הערה 20 לעיל, בעמ' 330-333; אריסטו, **אתיקה – מהדורת ניקומאכוס** 116-120 (תרגום יוסף ג' ליבס, תשמ"ה); Ernest J. Weinrib, "Toward a Moral Theory of Negligence Law," 2 *L. & Phil.* 37, 38-39 (1983).

69 לניתוח של שיקולי ביטוח בדיני הנזיקין ראו Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident* Law 186-261 (1987).

70 אם כי במקרה של שיקולי ביטוח אין הכרח שפיצויו זה יהיה מכיסו של הפוגע.

71 ראו, למשל, דברי ההסבר להצעת החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, ה"ח 2106, 179; רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט (5) 774, 784; ע"א 2967/95 **מגן וקשת נ' טמפר תעשיות בירה**, פ"ד נא(2) 312, 322-323; פרשת **ברזני**, הערה 49 לעיל, בעמ' 598; ע"א 8430/99 **אנליסט אי. אמ. סי. ניהול קרנות בנאמנות (1986) נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה**, פ"ד נו(2) 247, 257.

72 ראו דברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994, ה"ח 2260, 396 ("תובענה ייצוגית, החוסכת הגשת מספר רב של תביעות על ידי צרכנים בודדים, היא הדרך היעילה ולעתים אף היחידה, שבה יכולים צרכנים להתמודד עם גופים כלכליים חזקים, שלגביהם תביעה נפרדת של צרכן בודד, או של כמה צרכנים ביחד, היא חסרת משמעות"). עם זאת, יש לשים לב כי מאחר ששווייה של כל תביעה אינדיבידואלית הוא נמוך במידה ההופכת את ניהולה ללא כדאי

את מטרתיה משיגה התביעה הייצוגית באמצעות מתן תמריצים לעורכי-דין ולתובעים החברים בקבוצת הנפגעים לתבוע בשם כל חברי הקבוצה. בניגוד להליך האינדיבידואלי או אף לצירוף תובעים בדרך הרגילה, הבסיס התיאורטי לזכות הייצוג של התובע הייצוגי ועורכי-דינו אינו הסכמתם של חברי הקבוצה – שבמקרים רבים קשה לקבל אותה מפורשות, עקב עלויות גבוהות הכרוכות באיתורם והיעדר ידיעה של רבים מהם אודות עלות התביעה העומדות להם<sup>73</sup> – כי אם האינטרס המשותף לתובעים ולנציגיהם לזכות בתביעה.<sup>74</sup> לתובע הייצוגי, ובעיקר לעורך-הדין,<sup>75</sup> יש אינטרס בזכייה

עבור כל תובע, הרי התביעה הייצוגית אינה מפחיתה מעלויות המערכת המשפטית כי אם מוסיפה עליהן. בלעדי התביעה הייצוגית לא הייתה מוגשת כל תביעה, בעוד שמתן האפשרות לתבוע בתביעה ייצוגית מטיל על מערכת המשפט את עלויות ניהולה. לכן, ההשוואה במקרים אלה בין ניהול התביעות במאוחד לניהולן בנפרד במקרים אלה היא תיאורטית בלבד.

73 אמנם בית המשפט נדרש לתת הודעה על אישורה של התביעה כייצוגית לכל תובע החבר בקבוצה, ולאפשר לו להודיע על רצונו שלא להיכלל בקבוצה (ראו למשל סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן), אולם בישראל, בניגוד לארצות-הברית, אין ההודעה צריכה להיות אישית אלא היא צריכה להיעשות בדרך של פרסום שעליה יורה בית המשפט. מובן שיהיו תובעים שייכללו בקבוצה מבלי שילמדו על כך מתוך הפרסום האמור (אפשרות הקיימת גם כאשר ההודעה היא אישית, וזאת מאחר שמקבל ההודעה אינו מבין במקרים רבים את תוכנה. ראו Arthur R. Miller, "Problems of Giving Notice in Class Actions," 58 *F.R.D.* 313, 321-322 (1973), המתאר את תגובותיהם של חברים בקבוצה שקיבלו הודעה על הגשת התביעה הייצוגית בשמם). אך לאחרונה הוצע תיקון ל-Rule 23(c)(2) הדורש שניסוחה של ההודעה על התביעה הייצוגית יהיה פשוט ומוכן לתובעים המיוצגים. ראו Report of the Judicial Conference Committee On Rules of Practice and Procedure to the Chief Justice of the United States and Members of the Judicial Conference of The United States (June, 2002) Report on Rules of Practice and Procedure (להלן: <http://www.uscourts.gov/rules/jc09-2002/Report.pdf>).

74 על ההתפתחות ההיסטורית מתיאוריות של הסכמה (consent) לתיאוריות של אינטרס (interest) ביסוד התביעה הקבוצתית והייצוגית ראו Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* 197-212 (1987).

75 מאחר שהפיצוי לתובע הייצוגי אינו גדול, תמריציו להשקיע בתביעה ובפיקוח על עורכי-הדין גם הם אינם משמעותיים. יתרה מכך: עורך-הדין יעדיף לבחור נציג לקבוצה שיהיה בעל יכולת כלכלית ואינפורמציה מועטים, כדי להקטין את יכולת הפיקוח שלו על ניהול התביעה. כמה כותבים הביעו את הדעה שהתובע הייצוגי אינו אלא תובע קש, הדרוש באופן פורמלי להגשת התביעה אולם אינו בעל השפעה ממשית על ניהולה המעשי. ראו, למשל, גולדשטיין ועפרון I, Jean Wegman Burns, "Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions," 42 *Hastings L. J.* 165, 179-86 (1990). בבש"א 8670/00 פשיגודה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.2.2001) הושארה בצריך עיון השאלה האם חוסנו הכלכלי של המבקש לייצג את הקבוצה צריך להישקל במסגרת בקשת רשות להגשת תובענה ייצוגית.

גבוהה של הקבוצה שתאפשר פיצויים בגין הוצאותיהם,<sup>76</sup> ובמקרה של עורכי-הדין – תאפשר השתכרות שכר טרחתם בייצוג הקבוצה.<sup>77</sup> הנציג ועורך-דינו נוטלים על עצמם את ייצוג הקבוצה בדרך דומה לזו שבה בוחר איש העסקים להשקיע בפרויקט מסחרי. הם משקיעים מזמנם וממשאביהם מתוך ציפייה שהנתח שבו יזכו מתוך סך העוגה, בהתדיינות משפטית או בפשרה מוקדמת, יצדיק את השקעתם. כך מושגות מטרות הכלל באמצעות רתימת האינטרסים הפרטיים לצורך קידומן.<sup>78</sup>

על יתרונות התביעה הייצוגית בהשגת הרתעה ופיצוי יש להוסיף את החיסכון בעלויות למערכת המשפט מדין מאוחד בשאלות המשותפות.<sup>79</sup> ככל שמספר התביעות שהיו צריכות להתברר באופן אינדיבידואלי גדול יותר, כך מביאה התביעה הייצוגית לחיסכון גדול יותר בעלויות – הן של הצדדים והן של בתי המשפט, שהיו נדרשים לחזור ולבחון את אותן שאלות בכל תביעה אינדיבידואלית. עם זאת, החיסכון בעלויות הינו ממשי רק אם כל אותן תביעות אינדיבידואליות אכן היו מוגשות ונדונות בבתי המשפט. כאשר ערכן של התביעות האינדיבידואליות נמוך מכדי להצדיק את הגשתן על ידי כל תובע, מביאה התביעה הייצוגית להגדלה בנפח התביעות המוגשות, וממילא גם

76 ראו, למשל, סעיף 35ט לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; סעיף 14(ב) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות); סעיף 16ט(א)(3) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; סעיף 46ט(א)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; סעיף 62ט(א)(3) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981; סעיף 215 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

77 ראו, למשל, סעיף 15 לחוק החברות ("בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את הקבוצה; עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט."); סעיף 16 ח לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); סעיף 46 ח לחוק ההגבלים העסקיים; סעיף 35 ח לחוק הגנת הצרכן; סעיף 62 ח לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח. בתביעות ייצוגיות לפיצויים משולם שכר הטרחה לעורך-הדין שייצג את הקבוצה רק אם התובעים זכו בתביעה, מתוך סכום זכיתם (הקרוי common fund). שתי השיטות העיקריות לתשלום לעורכי-הדין של הקבוצה המיוצגת בתביעות ייצוגיות כספיות הן באחוזים מתוך הזכייה המשותפת, או בתשלום עבור שעות העבודה המוכפל במקדם סיכון (שיטה הקרויה Lodestar). על שיטות אלה ראו Herbert Newberg & Alba Conte, *Newberg on Class Actions* (3d ed. 1992) s. 14.03; Alba Conte, *Attorney Fee Award* (2d. ed. 1993) s. 2.01-2.10; Allan Hirsch & Diane Sheehy, *Federal Judicial Center, Awarding Attorneys' Fees and Managing Fee Litigation* 95-117 (1995). לדיון ראשון של בית המשפט העליון בקביעת שכר הטרחה של עורך-הדין המייצג את הקבוצה ראו עניין אנליסט, הערה 71 לעיל, בעמ' 262-263.

78 בארצות-הברית קיבל עורך-הדין המייצג את הקבוצה את התואר 'private attorney general', המשקף את אופיו הפרטי והציבורי של התפקיד. ראו *Assoc. Indus. of N.Y. State, Inc. v. Ickes*, 134 F. 2d 694, 704 (1943).

79 לטענה כי התביעה הייצוגית משיגה חיסכון בעלויות אדמיניסטרטיביות בהשוואה לתביעות אינדיבידואליות או לצירופן בדרכים רגילות ראו עניין רייכרט, הערה 64 לעיל, בעמ' 309 ("ריכוז הדיון בכל העילות בהליך אחד מביא לחיסכון במשאבים"), וכן עניין טצת, הערה 71 לעיל, בעמ' 784 ("אינטרס ציבורי זה מוגבר לאור היעילות והחסכון במשאבים של הצדדים ובית המשפט הנילוים לתובענה הייצוגית").

להגדלה בעלויות האדמיניסטרטיביות. רק אם ערכה של כל תביעה אינדיבידואלית הוא גבוה מספיק כדי שתוגש, ובהנחה שחלק משמעותי מתביעות אלה לא היה מסתיים בפשרה מוקדמת, עשויה התביעה הייצוגית להביא לחיסכון בעלויות אלה. יש לזכור גם כי ניתן לרכז תביעות רבות בדרך של צירוף ואיחוד תביעות על ידי בית המשפט או התובעים,<sup>80</sup> והתערבות תובעים נוספים בתביעות קיימות.<sup>81</sup> אולם, ככל שמספר התובעים גדול יותר יהיו דרכים אלה יקרות ומסובכות יותר מהתביעה הייצוגית, עקב העלויות הכרוכות באיתור כל אחד מהתובעים ובהתקשרות בינו לבין עורך-הדין,<sup>82</sup> והעלויות הכרוכות בהגשת תביעות נפרדות לבית המשפט ובניהולן – עלויות שבהן נושאים הן התובעים, הן הנתבע והן בתי המשפט.<sup>83</sup> כמו כן, בניגוד לתביעה הייצוגית

80 דוגמא לאיחוד תביעות כזה הוא עניין **ויסברג**, הערה 43 לעיל. תביעה זו הוגשה מלכתחילה כתביעה ייצוגית בשל נזקי עישון, אולם נציגי התובעים החליטו למשוך את בקשתם לאישור התביעה כיייצוגית ולנהל את תביעתם של כ-80 התובעים שהיו שותפים לתביעה המקורית במאוחד (החלטת השופט קלינג, עמ' 28-33 לפרוטוקול הדיון מיום 1.2.99). ערעור על החלטה זו נדחה ברע"א 2291/99 **דובק נ' וייסברג** (לא פורסם, 13.5.1999).

81 צירוף רגיל של תובעים ייעשה על פי תקנות 21 ו-24 לתקנות סדר הדין האזרחי. כמו כן ניתן לאחד תביעות שהוגשו בבית משפט אחד אם כרוכות בהן שאלות משותפות של משפט ועובדה לפי תקנה 520; כאשר הוגשו תביעות בנושא אחד לבתי משפט אחדים בעלי אותן סמכויות, ניתן לבקש מנשיא בית המשפט העליון לקבוע איזה בית משפט ידון באותן תביעות במאוחד מכוח תקנה 7 (לשם כך "די בכך שבין שתי תובענות קיימת השקה, גם אם לא חפיפה מוחלטת, בכדי לקבוע כי הן באותו נושא"). ראו בש"א 1519/97 **אלומאייר בע"מ נ' ברושית בנין והשקעות** (לא פורסם, 6.4.1997); בש"א 574/98 **אלמשנו נ' האפורטופוס הכללי** (לא פורסם, 9.3.1998); בש"א 4126/99 **טלגם נ' נכסי וין-דור (1980)** (לא פורסם, 9.8.1999); בש"א 4345/99 **עמותת מתן-לפיד נ' בנק דיסקונט למשכנתאות** (לא פורסם, 19.10.1999). לפירוט השיקולים בהחלטה לאיחוד תביעות בגין נזקי אסבסט ראו, למשל, *Johnson v. Celotex*, 899 F.2d 1291 (1990). לניתוח ביקורתי של החלופות השונות לצירוף תביעות בגין עוולות המוניות ראו Roger H. Trangsrud, "Joinder Alternatives in Mass Tort Litigation," 70 *Cornell L. Rev.* 779 (1985).

82 יידועם של חברי הקבוצה המיוצגת אודות אישור תביעה ייצוגית בשמם נעשה על פי רוב חוקי התביעות הייצוגיות בדרך של פרסום ציבורי, לפי החלטת בית המשפט. ראו סעיף 16ג(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); סעיף 46ג(א) לחוק ההגבלים העסקיים; סעיף 35ג(א) לחוק הגנת הצרכן; סעיף 62ג(א) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח; סעיף 211(א) לחוק החברות; סעיף 11(ד) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 ("אישור בית המשפט את הגשת התובענה כתובענה ייצוגית, יגדיר את הקבוצה שבשמה תוגש התובענה, ויורה על אופן פרסום החלטתו"). ההסדר בסעיף 12(א) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות) הוא מחמיר יותר ודורש הודעה בהמצאה אישית אם הדבר מעשי ("משהוגשה תובענה ייצוגית, יגדיר בית המשפט תחילה את הקבוצה, ויודיע לחברי הקבוצה על הגשת התובענה בהמצאה אישית, או במידה שהמצאה אישית אינה מעשית, במודעה פומבית כפי שייראה לבית המשפט"), וזאת בדומה לדרישה בארצות-הברית (ראו פסק הדין בעניין *Eisen*, הערה 185 להלן).

83 תמריץ חשוב לריכוז תובעים בדרך של תביעה ייצוגית הוא החיסכון באגרה. כך נקבע מפורשות כי הגשת תביעה ייצוגית פטורה מאגרה בסעיף 116 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), בסעיף 146 לחוק ההגבלים העסקיים, בסעיף 135 לחוק הגנת הצרכן ובסעיף 162 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח.

המאפשרת פתרון יחיד לכל חברי הקבוצה המיוצגת, יהיה קושי רב לוודא שאכן כל התביעות רוכזו בהליך אחד בדרך של צירוף, ולכן עלולים להיגרם חוסר אחידות וסתירות בין הכרעותיהם של בתי משפט שונים בשאלות דומות.<sup>84</sup> לבסוף, צירוף תובעים בדרך הרגילה מביא לבעיות הנוגעות למימון התביעה ולחלוקת הנטל בין התובעים השונים, ולקבלת החלטות הרלבנטיות לקבוצה, שכן כל תובע שומר על זכותו להחליט באשר להשתתפותו בכל מהלך הנעשה בתביעה, לרבות מימונו של כל מהלך כזה. במצב זה נוצרת בעיה של hold-out, מאחר שכל תובע פועל כדי להגדיל את חלקו בתביעה ובפשרה, ובכך מונע פתרון כולל של קבוצת התביעות שאוחדו.

יש לזכור שהתביעה הייצוגית, מעצם מהותה כהליך קולקטיבי, פוגעת בהשתתפותו האישית של כל תובע בהליך וביכולתו להשפיע עליו. היא שוללת ממנו את האוטונומיה להחליט אם וכיצד לנהל את ההליך שהוא צד לו ושתוצאתו תחייב אותו בעתיד, ולפיכך פוגעת בערכים ההליכיים העומדים ביסוד זכות הגישה לבית המשפט;<sup>85</sup> ערכים אלה דורשים השתתפות פעילה של התובע בהליך ובהחלטות המתקבלות בו, אולם אינם תלויים בתוצאתו – בניגוד להרתעה ולפיצוי.<sup>86</sup> כך, החלטות הנוגעות לתובע ומתקבלות

ברע"א 7633/98 דיסקונט ישראל שוקי הון והשקעות נ' שמש (לא פורסם, 23.9.1999) נקבע כי על אף שבחוק ניירות ערך לא הייתה הוראה דומה, צריך התובע הייצוגי לשלם אגרה בהתאם לסכום תביעתו האישית. מובן שחיסכון זה לתובע הייצוגי אינו חלק מהתועלת החברתית בתביעות אלה, אלא בא לסייע בהשגת אותה תועלת חברתית.

84 ראו עניין טצת, הערה 71 לעיל, בעמ' 784. ראו גם Edward H. Cooper, "Aggregation and Settlement of Mass Torts," 148 U. Pa. L. Rev. 1943, 1949 (2000). אין זה ברור עד כמה סתירות בין הכרעותיהם של בתי משפט שונים בשאלות דומות הן אכן חיסרון של התביעות האינדיבידואליות, שכן סתירות כאלה הן עניין של יום יום במערכת משפטית, למשל במקרים דומים של תאונות דרכים נפרדות. עם זאת, יכולות סתירות כאלה לפגוע במידת האמון שרוכש הציבור למערכת המשפט פגיעה שתהיה גדולה יותר ככל שהנסיבות והשאלות המשפטיות דומות יותר.

85 על ההצדקות לזכות הגישה לבית המשפט, ועל היחס בינה לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 561; בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707, 713-714; ע"א 733/95 ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות, פ"ד נא(3) 577, 692; יורם רבין, 'זכות הגישה לערכאות' כזכות חוקתית 46-7 (תשנ"ח); שלמה לוין, "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט מב 451, 461-453 (תשנ"ו); שלמה לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 21-40 (תשנ"ט) (להלן: "לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית").

86 החלוקה בין ערכים הליכיים לבין ערכים תוצאתיים מקבילה במידה רבה לחלוקה בין צדק מהותי לבין צדק הליכי, אולם מאפשרת גם שיקולים שאינם שיקולי צדק, ובפרט שיקולי הרתעה ויעילות. ראו דורון מנשה, "סדר-דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית", עיוני משפט כב 205, 212-213 (תשנ"ט). שלמה לוין מבחין בין הגישה המסורתית לדין הדיוני, הרואה בזכויות הדיוניות כנגזרות ותלויות בזכויות המהותיות, לבין הגישה המוצעת על ידו לפיה יש להבחין בין הכוח להגיש תביעה והזכויות הדיוניות הנגזרות ממנה, לבין הזכות המהותית הקונקרטיית הנתבעת באותה תביעה. ראו לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית, הערה 85 לעיל,

ללא השתתפותו ובלא שיש לו אפשרות לשנותן, עלולות לפגוע בכבודו באשר הוא אדם ובתחושת הסולידריות החברתית והרגשת המחויבות שלו למדינה ולחוקיה, ללא תלות בשאלה האם ההחלטות שהתקבלו לגביו הן צודקות והאם הן מיטיבות או מרעות את מצבו.<sup>87</sup> עם זאת, מידת פגיעתה של התביעה הייצוגית בזכות הגישה האינדיבידואלית לבית המשפט תלויה באפשרויות מימושה של זכות זו ללא התביעה הייצוגית. כפי שהוסבר לעיל, כשערך התביעה הוא נמוך, השתתפותו האינדיבידואלית של כל תובע אינה מעשית, שכן הוא יעדיף שלא לשאת בהוצאות הכרוכות בכך. במקרים אלה הוויתור על השתתפות ישירה בהליך הייצוגי הינו פורמלי בלבד, והפגיעה בפועל בערכים ההליכיים העומדים ביסוד זכות הגישה לבית המשפט הינה מועטה.<sup>88</sup>

## 2. חסרונות התביעה הייצוגית: בעיות נציג ותביעות סחטניות

הפרדיגמה שעמדה ברקע הדיון עד כה הייתה של התדיינות משפטית והכרעה שיפוטית, אולם למעשה, רוב התביעות הייצוגיות (כמו גם רוב התביעות האינדיבידואליות) מסתיימות בפשרה.<sup>89</sup> לפיכך, בחינתה הנכונה של התביעה הייצוגית היא בחינה של הפשרות שיושגו בה ושל המידה שבה יממשו אלה את מטרות התביעה הייצוגית או, מנגד, המידה שבה ידללו שתי הבעיות העיקריות שבהן לוקה התביעה הייצוגית – בעיית הנציג ובעיית הסחטנות – את השגתן של מטרות אלה.<sup>90</sup>

בעמ' 12-18. הבחנה זו תואמת במידה מסוימת את ההבחנה בין ערכים הקשורים בתוצאת ההליך לבין ערכים הקשורים לאופן ניהולו. ראו גם Frank I. Michelman, "The Supreme Court and Litigation Access fees: The Right to Protect One's Rights," 1973 *Duke L. J.* 1153, 1172-1177 (1973).

87 Tom R. Tyler, "Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform," 45 *Am. J. Comp. L.* 871 (1997).

88 נוסף על כך, גם כשהתובע משתתף בהליך האינדיבידואלי, מידת השתתפותו והשפעתו על ניהול ההליך עלולה להיות מועטה, בעיקר כשאינו בעל אמצעים והשכלה וההליך מנוהל רובו ככולו על ידי עורכי-הדין. ראו Deborah R. Hensler, "Resolving Mass Toxic Torts: Myths and Realities," *U. Ill. L. Rev.* 89, 91-97 (1989).

89 בשנים 1985-1995 הסתיימו בפשרה כ-72% מתוך כל התביעות שהוגשו בבתי משפט פדרליים בארצות-הברית, כ-23% נוספים הסתיימו בהליך מקדמי, ורק כ-5% הסתיימו בפסק דין מלא. הסטטיסטיקות באשר לשיעור הפשרות בתביעות ייצוגיות הן דומות. במחקר שנערך על ידי ה-Federal Judicial Center בשנים 1992-1994 בארבעה מחוזות של בית המשפט הפדרלי, נמצא שיעור פשרה של בין 53% ל-64%, בעוד שאחוז התביעות שהסתיימו בפסק דין מלא נע בין 3% ל-5%. ראו Hensler, הערה 4 לעיל, בעמ' 126, ליד הערה 52. למרבה הצער אין בנמצא סטטיסטיקה בנוגע לפשרות המושגות בתביעות בישראל.

90 לדיון בבעיות אלה ראו, למשל, John C. Coffee, Jr., "Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working," 42 *Md. L. Rev.* 215 (1983) (להלן: Coffee I); John C. Coffee, Jr., "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement



**בפרשת מגן וקשת קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי:**

התובענה הייצוגית... יש בה כדי לבלום שימוש לרעה בכוח הנתון בידי בעלי שליטה, שחלקם בהון אינו עומד לעתים בשום יחס לכוח שליטתם ולמנוע מניפולציות על חשבון "המשקיע הקטן"; יש בה חיסכון במשאבים ומניעת ריבוי תביעות. עם זאת, יש בה סכנה להתערבות יתר מצד בעלי המניות בניהול החברה והכבדה על ניהולה התקין והיעיל; טמון בה פוטנציאל של פגיעה ביחיד הקבוצה, בנתבעים ובמשק כולו עקב ניצול לרעה של מכשיר זה על ידי קנוניה, הגשת תביעות מנימוקי סחיטה והשתלטות ולחץ לפשרה גם כשאינה ראויה, כאשר הנתבע מוכן לה כדי להימנע מהתדיינות מתישה ויקרה גם אם חסרת סיכוי היא.<sup>91</sup>

בעניין **טצת** קבע הנשיא ברק כי:

בתובענה הייצוגית טמונות מספר סכנות... לעתים היא עלולה לבוא כקנוניה שבין התובע הייצוגי לבין הנתבעים. כן יש להיזהר בתובענות ייצוגיות המוגשות ממניעים פסולים, כגון סחיטה, תחרות, השתלטות עוינת או קנטרנות. התביעה הייצוגית – אף אם אין בה כל ממש – עלולה לדחוק נתבעים להתפשר עם תובעים, ובלבד שלא יצטרכו לשאת בעלויות הרבות הכרוכות בהגנה מפניה.<sup>92</sup>

מהם, אם כן, הגורמים לבעיות הנציג ולאפשרויות הסחיטה בתביעה הייצוגית?

**(א) בעיות נציג, פשרות נמוכות וקנוניות**

מטבעה של התביעה הייצוגית שלא כל המיוצגים בה יכולים לקחת בה חלק פעיל או אף לפקח על דרך ניהולה. התביעה מנוהלת על ידי נציגים – התובע הייצוגי ועורך-דינו – וקיים פער בין האינטרסים של נציגים אלה לבין האינטרסים של הקבוצה המיוצגת. עלויות התביעה, לרבות אגרות, שכר מומחים, עלויות שוטפות של צילום ומשלוח מסמכים, זמן עבודה ושיפוי הנתבע בגין הוצאות משפט, נופלות **כולן** על הנציגים.<sup>93</sup>

of Law Through Class and Derivative Actions," 86 *Colum. L. Rev.* 669 (1986)  
John C. Coffee, Jr., "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: ;(Coffee 2  
Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action," 54 *U. Chi. L. Rev.*  
Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, "The ;(Coffee III) 877 (1987)  
Plaintiff's Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic  
Analysis and Recommendations for Reform," 58 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1991)

91 עניין **מגן וקשת**, הערה 71 לעיל, בעמ' 323.

92 עניין **טצת**, הערה 71 לעיל, בעמ' 785.

93 עיקר העלויות הכרוכות בניהול התביעה הן אלו המתבטאות בהשקעת זמנו של עורך-הדין – עלויות שבגינן הוא אינו מפוצה אלא אם זכה בתביעה. בעוד שהתובע הייצוגי צריך לשאת בעלויות

מנגד, הרווח לאותם נציגים במקרה שיזכו בתביעה (והשיפוי בגין הוצאותיהם) הינו רק חלק מהרווח הכולל לקבוצה המיוצגת. כתוצאה מכך ישנו פער בין האינטרסים של הנציגים לבין האינטרסים של הקבוצה המיוצגת.<sup>94</sup>

במקביל קיים פער נוסף בין הנציגים לבין הקבוצה המיוצגת – פער באינפורמציה שבידיהם. מאחר שהתובע הייצוגי ועורך-הדין מצויים ובקיאיים בתביעה, בנקודות הכוח והחולשה של הצדדים, ברקע העובדתי ובמצב המשפטי, יש בידם אינפורמציה מדויקת יותר מזו הקיימת בידי כל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת באשר לתוצאה הצפויה של ההליך המשפטי ובאשר לערך התביעה הנגזר ממנה.<sup>95</sup>

פערי האינפורמציה וההבדל במטרות בין הקבוצה המיוצגת לבין התובע הייצוגי ועורך-הדין המייצג את הקבוצה, מביאים לכך שהשקעתם של האחרונים בניהול ההליך המשפטי תהיה בדרך כלל נמוכה מזו שהקבוצה מעוניינת בה,<sup>96</sup> ולכך שיהיו מוכנים לפשרות המותירות את חברי הקבוצה המיוצגת במצב גרוע מכפי שהיו יכולים להיות אילו היה ההליך המשפטי מנוהל עד לסיומו בהכרעת בית המשפט.<sup>97</sup> עורך-הדין

הכספיות הכרוכות בתביעה (ראו כלל 44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986), שאלה היא האם צריך כלל זה לחול גם בתביעה ייצוגית, שבה העלויות נוצרות לא רק לצורך מתן השירות המקצועי לתובע הייצוגי כי אם לקבוצה כולה.

94 להצעה לפתרון בעיית הנציג באמצעות רכישת הזכויות על פי התביעה הייצוגית במלואן במכירה פומבית ראו Macey & Miller, הערה 90 לעיל.

95 פערים אלה באינטרסים ובאינפורמציה אינם מיוחדים לתביעה הייצוגית והם מוכרים במערכות יחסים רבות – כמו אלה המתקיימות בין בעלי מניות בחברה לבין מנהליה, בין מעביד לעובדו, או בין חברת ביטוח למבוטח. ראו, למשל, זוהר גושן, "בעיית-הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים", ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה 239 (תשנ"ז); חביב-סגל, הערה 8 לעיל, בעמ' 596-597; מרדכי מירוני, "חובת הייצוג ההוגן – זכויות הפרט ומניעת עושק המיעוט בעידן יחסי העבודה הקיבוציים", עיוני משפט ח 183, 184-183 (תשמ"א). לדיון תיאורטי בבעיות הנציג בהקשרים משפטיים ראו Eric A. Posner, "Agency Models in Law and Economics," in *Chicago Lectures in Law and Economics* (2000) <http://www.law.uchicago.edu/lawecon/workingpapers.html>. לניתוח תיאורטי מעמיק יותר של בעיות הנציג ראו Andreu Mas-Colell, Michael D. Whinston & Jerry R. Green, *Microeconomic Theory* 436-510 (1995); Jean Jacques Laffont & David Mortimort, *The Theory of Incentives: The Principal Agent Model* (2002).

96 בעיה זו קשורה גם לאופן פיצויים של התובע הייצוגי ועורך-דינו. כאשר עורך-הדין מפרצה על פי שעות העבודה שהשקיע בניהול התביעה הייצוגית, ייתכן שייווצר אצלו תמריץ להשקעת-יתר בתביעה. לדיון בטענה זו ראו, למשל, Coffee II, הערה 90 לעיל, בעמ' 714-720.

97 ראו דברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2432, 75: "יש לאפשר לבית המשפט לבקר את תוכן הפשרה, פן תיפגע גם זכותם של צדדים שלישיים. חשש זה לפגיעה בזכויות אחרים, מוחרף במיוחד כאשר התובע צופה לקבל נתח משמעותי מפירות התביעה. או אז, עלול הוא להתפתות להסכים לפשרות המיטיבות עימו, אך לא עם הכלל"; ענין רייכרט, הערה 64 לעיל, בעמ' 289: "לאור הבעייתיות שבשימוש במכשיר משפטי חריג זה, ראה המחוקק להנהיג מידה רבה של פיקוח על ההליך באמצעות בית המשפט, הן בשלב הטרומי של אישור הבקשה להגשת

והתובע הייצוגי יעדיפו לחסוך מעצמם עלויות שהחזר עבורן אינו ודאי, אף אם ערכו הצפוי של החזר זה לקבוצה המיוצגת (להבדיל מהתובע הייצוגי ומעורך-הדין) גבוה מאותן עלויות. הם גם יסכימו לפשרה שתחזיר להם את השקעתם בוודאות על פני התדיינות משפטית שבה הם עלולים להפסיד, גם אם הערך הצפוי (בתוחלת) לקבוצה המיוצגת בהתדיינות משפטית כזו עולה בהרבה על הסכום שנותר בידה על פי אותה פשרה. בהיעדר פיקוח יעיל ואינפורמציה מספקת עשויים עורכי-הדין של הקבוצה התובעת והנתבע להסכים לפשרה שבה מקבלים עורכי-הדין נתח מספק, אולם סך הפשרה הכולל נמוך מזה שהקבוצה הייתה מצפה לו בהתדיינות משפטית.<sup>98</sup>

להדגמת הבעיה נניח כי עורך-הדין של הקבוצה מקבל 10% מסכום התביעה, בפשרה או בהתדיינות משפטית, וכי עלות התביעה עבורו – המשקפת את זמן העבודה שהוא משקיע בה – היא 100, בעוד שעלות הזמן המושקעת בפשרה היא 10. אם ערכה הצפוי של התביעה הוא 2,000, הרי שהרווח לעורך-הדין בתביעה, אם ינהל אותה עד סופה, שווה ל-100.<sup>99</sup> רווח זהה ייוותר בידי אדם יסכים לפשרה על סך 1,100, שממנה יקבל 10%.<sup>100</sup> לעומת זאת, התובעים המיוצגים יצאו נפסדים מפשרה זו, שכן נותרים בידם 990 לאחר ניכוי שכר טרחת עורך-הדין, בעוד שבהתדיינות משפטית, תוחלת זכיייתם לאחר ניכוי שכר הטרחה הייתה 1,800. בעיות דומות ייווצרו גם אם שיטת הפיצוי של עורך-הדין מבוססת על שעות העבודה שהשקיע.<sup>101</sup>

התובענה הייצוגית, והן במהלך המשפט בו התובע אינו רשאי להסתלק מן ההליך או להגיע לפשרה עם הנתבעים אלא באישור בית המשפט; עניין טצת, הערה 71 לעיל, בעמ' 785-786: "כדי להגן על הפרט ועל הכלל מפני שימוש בלתי מתאים או שימוש לרעה בתובענה הייצוגית, נקבעו בחקיקה מספר מנגנוני הגנה מיוחדים... תובע ייצוגי אינו רשאי להסתלק מתובענה ייצוגית, או לעשות הסדר או פשרה עם הנתבעים, ללא אישור בית המשפט; גושן, מבט ביקורתי, הערה 8 לעיל, בעמ' 411; גולדשטיין I, הערה 8 לעיל, בעמ' 428, המעלה את האפשרות שהתובע הייצוגי ייקח שוחד, תמורת הסכמתו להפסיק את המשפט – סכום שוודאי ישתלם לו שכן יעלה על שווי עניינו הכספי האישי.

98 ראו עניין אנליסט, הערה 71 לעיל, בעמ' 259: "באותם מקרים שבהם הפיצוי המיוחד מנוכה מן הפיצוי לשאר חברי הקבוצה יש לוודא ששיעור הפיצוי אינו גבוה באופן שעלול לכרסם בפצוי לשאר חברי הקבוצה כך שמטרת התובענה הייצוגית תסוכל... יש לוודא כי האינטרס של שאר חברי הקבוצה בקבלת פיצוי הולם בגין חלקם היחסי לא ייפגע יתר על המידה." לדיון מפורט בטענות אלה ראו Bruce L. Hay, "Asymmetric Rewards: Why Class Actions (May) Settle for Too Little," 48 *Hastings L. J.* 479 (1997); Bruce L. Hay, "The Theory of Fee Regulation in Class Action Settlements," 46 *Am. U. L. Rev.* 1429 (1997).

99 עורך-הדין יקבל 10% מתוך 2000, שהם 200, ומאחר שעלות שעות העבודה שלו היא 100, הרווח שיוותר לו הוא 100.

100 עורך-הדין יקבל 10% מתוך 1100, שהם 110, ומאחר שעלות שעות העבודה שלו היא 10, הרווח שיוותר לו הוא 100.

101 הדיון בפצוי לפי שעות עבודה, בהתאם לשיטת ה-Lodestar (ראו הערה 77 לעיל) הינו מסובך יותר מאחר שיש להתחשב במכפיל הסיכון המגדיל את שכר השעה של עורך-הדין. מכפיל סיכון זה נקבע בהתאם לסיכויי התביעה בתחילתה, שלגביהם אין לבית המשפט די אינפורמציה. לפיכך,

למעשה מתקיימים פערים אלה גם בתביעות רגילות,<sup>102</sup> אולם הם גדולים יותר בתביעה הייצוגית בשל היכולת והאינטרסים המועטים של כל אחד מהתובעים בבקרה ישירה על עורך הדין ועל נציג הקבוצה. אותן בעיות המונעות השקעה ראויה של כל תובע בתביעה אינדיבידואלית ומשמשות הצדקה לתביעה הייצוגית, הן אלו המונעות השקעה מצידו של כל תובע בפיקוח על ניהולה של התביעה הייצוגית ועל הפשרות המושגות בה. לכן מוענקות לבית המשפט סמכויות פיקוח על פשרות המושגות בתביעות ייצוגיות הן מכוח הדרישה לוודא כי התובע הייצוגי ועורך-דינו אכן מייצגים את יתר התובעים בדרך הולמת בשלב אישור התביעה כייצוגית,<sup>103</sup> והן מכוח סמכותו לאשר את הפשרה ולקבוע את שכר הטרחה של עורך-הדין ואת ההוצאות לתובע הייצוגי<sup>104</sup> – סמכויות שאינן מקובלות בתביעות רגילות.

הבעיה היא שגם יכולת הפיקוח של בית המשפט היא מוגבלת.<sup>105</sup> כדי למנוע פשרות "זולות" וקנוניות בין נציגי התובעים לנתבעים, וכדי לקבוע את שכר הטרחה המגיע לעורך-הדין המייצג, צריך בית המשפט להעריך את שווי התביעה שהיה צפוי אילו הייתה התביעה מנוהלת עד סופה. אולם, בשלב שבו מוגשת התביעה לאישורו חסר בית המשפט את המשאבים, הזמן והאינפורמציה הדרושים כדי לקיים פיקוח זה באופן יעיל. ככל שהשאלות המשפטיות והעובדתיות בתביעה הן מסובכות יותר כך מתקשה יותר

בעיות דומות לאלו המוצגות בדוגמא יעלו גם בשיטת פיצוי זו. הנתונים שנבחרו בדוגמא לעיל אינם מהותיים לצורך התוצאה שלפיה עורך-הדין יסכים לפשרה הפוגעת בקבוצה המיוצגת. ההנחה היחידה ההכרחית לצורך תוצאה זו היא שהאחוז שמשלם עורך-הדין בפשרה ובהתדיינות משפטית הוא זהה. ניתן כמובן לקבוע אחוז שונה ונמוך יותר בפשרה, בדומה להסדר הקבוע בסעיפים 2 ו-3 לכללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ז-1977), אולם השאלה מהו הפרש שיביא לתוצאה היעילה, שבה יסכים עורך-הדין לפשרות המיטיבות עם הקבוצה המיוצגת, ורק להן, תלויה בהערכת סיכויי התביעה באופן מדויק על ידי בית המשפט. ככל שבית המשפט יהיה פחות מדויק בהערכתו, כך יכולתו לצמצם את ממדי בעיית הנציג תהיה נמוכה יותר. ככל שיכולת זו נמוכה יותר, ביטוייה השונים של בעיית הנציג יהיו יותר משמעותיים ופחות ניתנים לפיקוח.

102 לדיון בבעיות הנציג בתביעות רגילות ראו, Murray L. Schwartz & Daniel J. B. Mitchell, "An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal-Injury Litigation," 22 *Stan. L. Rev.* 1125 (1970); Kevin M. Clermont & John D. Currihan, "Improving on the Contingent Fee," 63 *Cornell L. Rev.* 529 (1978); Bruce L. Hay, "Contingent Fees and Agency Costs," 25 *J. Legal Stud.* 503 (1996); Geoffrey P. Miller, "Some Agency Problems in Settlement," 16 *J. Legal Stud.* 189 (1987); Bruce L. Hay, "Optimal Contingent Fees in a World of Settlement," 26 *J. Legal Stud.* 259 (1997).

103 ראו, למשל, סעיף 210(א)(4) לחוק החברות.

104 ראו, למשל, סעיפים 213-215 לחוק החברות.

105 לדיון בבעיות המונעות פיקוח יעיל של בתי המשפט על פשרות בתביעות ייצוגיות ראו Alon Klement, "Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers," 21 *Rev. of Litig.* 25 44-51 (2002).

בית המשפט להעריך את שווי התביעה, וגדל הסיכוי שיאושרו פשרות שערכן עבור התובעים המיוצגים נמוך בהרבה מהערך שהיו מצפים לו בתביעה עצמה. יתרה מכך: הערכתו של בית המשפט תהיה בדרך כלל מוטה לטובת אישור הפשרה המוצעת, וזאת בגלל היעדר התדיינות אדברסרית אמיתית בין הצדדים בשלב שבו מוגשת הפשרה לאישור. במקרים רבים מוגשת הפשרה לאישור בית המשפט בד בבד עם הסכמת הצדדים לאשר את התביעה כייצוגית, עוד לפני שהיה סיפק בידי בית המשפט לעמוד על פרטי התובענה וסיכוייה.<sup>106</sup> בשלב זה הן הנתבע והן התובע הייצוגי ועורך-דינו מעוניינים באישור הפשרה, ואין מי שיהיו לו תמריצים לטעון כנגדה.<sup>107</sup> בית המשפט, הרגיל להתדיינות במסגרת אדברסרית, נדרש אז להכריע מבלי שהוא יכול לברר את העובדות לאשורן כדי לבחון את הפשרה המוצעת. על כן, בהיעדר סימנים מחשידים יאשר בית המשפט את רוב הפשרות שיוגשו לאישורו, אף אם היה נמנע מלעשות כן אילו היו בידיו כל העובדות הרלבנטיות – מה גם שלבית המשפט עצמו יש תמריץ ברור לסיים את התביעה מוקדם ככל האפשר.<sup>108</sup>

### (ב) תביעות סחטניות

כאמור, בצדה האחד של מטבע הפשרה מצויה בעיית הנציג, היוצרת לחץ לקנוניות בין הנתבע לבין נציגי הקבוצה התובעת – באמצעות פשרות שהן נמוכות מדי בתביעות

106 ראו, למשל, ת"א (ת"א) 3109/89 פרדיגמה חדשה נ' אלביט הדמיה רפואית (לא פורסם, 16.7.2002). למקרה שבו ניסו תובעים החברים בקבוצה המיוצגת לתקוף את הפשרה שהושגה ואושרה על ידי בית המשפט, עוד לפני הדיון באישור התביעה כייצוגית בתביעה מאוחרת יותר, ראו ת"א (י-ם) 2634/00 האחים שרבט – חברה לבנין נ' טריפון (לא פורסם, 12.8.2001). למקרה שבו התבקש בית המשפט לאשר את התביעה כייצוגית רק כדי לדחותה (לאחר פשרה שהושגה) ראו ת"א (ת"א) 442/91, ה.פ. 338/91 יצהר תעשיות (2000) (לא פורסם, 7.1.1993).

107 בדין האמריקני עורך בית המשפט דיון הקרוי fairness hearing, שבו יכול כל תובע להגיש התנגדותו לפשרה המוצעת, לאחר שנמסרה לו הודעה לגביה לפי Rule 23(e). בישראל קיים הליך דומה רק בחוק החברות, הקובע בסעיף 213(ב): "נתבקש בית המשפט לאשר הסדר או פשרה, יורה על פרסום הודעה על פרטי ההסדר או הפשרה; חברי הקבוצה רשאים להגיש, בתוך המועד שיקבע בית המשפט, התנגדות לאישור ההסדר או הפשרה". אולם, תובעים המיוצגים בתביעה ונפגעים כתוצאה מהפשרה יהיו בדרך כלל בעלי תמריץ נמוך מכדי לטרוח ולהביא את התנגדותם בפני בית המשפט, מאותן סיבות שבגללן לא השתתפו במהלך התביעה ושבעטיין יש מקום להגשת התביעה הייצוגית מלכתחילה. ביתר חוקי התביעה הייצוגית לא קיים אף הסדר זה, ובית המשפט אינו מחויב בהודעה על הפשרה לחברי הקבוצה.

108 ראו גולדשטיין III, הערה 8 לעיל, בעמ' 671, התומך בצירוף מוקדם של תצהירים לכתבי הטענות, שכן כך השופט יהיה בקי בתיק ויוכל לקדם פשרות באופן יעיל והוגן. לטענתו, "במקרים רבים השופט לוחץ על הצדדים להתפשר כדי שהוא יוכל 'לחסל' את התיק, בלי שהוא יודע במה מדובר לגופו של עניין. דבר זה אינו הולם את כבודה של מערכת השפיטה וגורם להרגשה אצל בעלי-דין שהם נלחצו להתפשר בלי שהיה להם 'יומם בבית-במשפט'". ראו גם *Alleghany Corp.*, 333 F.2d. 327, 347 (1964) (השופט Friendly מודה בבעייתיות המפורטת בטקסט לעיל).

שיש להן יסוד, ושאם היו מנוהלות כראוי הייתה חבותו הצפויה של הנתבע בהן גבוהה. בצדה האחר של המטבע מצויה בעיית הסחטנות, המביאה לפשרות שהן גבוהות יחסית לערכן הנמוך של תביעות שיסודן העובדתי והמשפטי רעוע.<sup>109</sup> ראשית, ריכוז התובעים בקבוצה אחת מביא לכך שתביעות ייצוגיות רבות יוגשו מתוך ציפייה לפשרה בסכום שיהיה גבוה מעלויות ההגשה, אף אם סיכויי הצלחתן מועטים. מאחר שהסכום הכולל בתביעה ייצוגית הוא גבוה, די בסיכויי הצלחה נמוכים כדי שערך התביעה הצפוי יהיה גבוה מעלויותיה. אותו יתרון של התביעה הייצוגית – המתבטא בהעלאת ערכה הצפוי ביחס לעלויותיה – עלול לפעול כחרב פיפיות כשהערך הנמוך של תביעות אינדיבידואליות נובע לא משוויין הנמוך כי אם מסיכוייהן הנמוכים. תביעות שיסודן העובדתי והמשפטי רעוע וערך הנטו שלהן (ערכן הצפוי בניכוי ההוצאות הצפויות) עבור התובע היה שלילי אילו היו מוגשות כתביעות אינדיבידואליות, יהפכו לתביעות בעלות ערך נטו חיובי כשירוכזו בתביעה ייצוגית אחת.

שנית, בתביעות שמוגשות, תמריציהם של נתבעים להתפשר בסכומים העולים במידה ניכרת על ערכן הצפוי הם גדולים, וזאת עקב הסיכון הרב והעלויות הגבוהות הכרוכים בנייהולן של תביעות אלה. כל תביעה מאופיינת בערכה הצפוי – **תוחלת** התביעה – ובהתפלגות הערכים השונים שבהם יכולה התביעה להסתיים – התפלגות שאחד ממאפייניה הוא **השונות** של ערכים אלה. ככל ששונות זו גבוהה יותר, כך הסיכון בניהול התביעה גדול יותר. נכונותם של נתבעים להתפשר בסכומים העולים באופן ניכר על תוחלת התביעה נובעת מחששם מנטילת סיכון שיפסידו, גם אם הסיכוי לכך נמוך. כך, תוחלת תביעה שבה יזכה התובע ב-10,000 בסיכוי של 0.01 הוא 100; זוהי אותה תוחלת של תביעה שבה יזכה התובע בוודאות ב-100. אולם, בעוד שתוחלתן של שתי התביעות זהה, השונות בתביעה הראשונה גדולה בהרבה ובהתאם גדול הסיכון עבור הנתבע. לפיכך, נתבע שהוא שונא סיכון יסכים להתפשר עבור סכום הגבוה מ-100 בתביעה הראשונה, בעוד שבשנייה לא יסכים לכך. ככל ששנאת הסיכון של הנתבע גדולה יותר, כך סכום הפשרה שיסכים לו בתביעה הראשונה יהיה גבוה יותר.<sup>110</sup>

נוסף על הסיכון בתביעה הייצוגית, העלויות הכרוכות בניהולה עלולות להביא לכך שהנתבע יסכים לפשרה הגבוהה באופן משמעותי מערכה הצפוי. גם כשעלויות ניהולה של התביעה הייצוגית עבור התובע הייצוגי גבוהות במידה המונעת ממנו את ניהולה של התביעה עד לסופה, הוא יכול להגיע לפשרה שהנתבע יסכים לה רק כדי לחסוך חלק

109 ראו עניין **טצת**, הערה 71 לעיל, בעמ' 791: "יש להבטיח כי התובענה הייצוגית לא תהפך למכשיר של סחטנות במסווה החוק. יש למנוע סחטנות בדמות התובענה הייצוגית (Strike Suit); יש להכיר בסכנה הטמונה משימוש בלתי ראוי במכשיר של התובענה הייצוגית".

110 להסבר מושג שנאת הסיכון באופן פורמלי ראו Shavell, הערה 69 לעיל, בעמ' 186-192. לדיון בתמריצים לפשרה כשהמתדיינים הם שונאי סיכון ראו John P. Gould, "The Economics of Legal Conflicts," 2 J. Legal Stud. 279 (1973).

מהעלויות הנובעות מהפגיעה במוניטין שלו ומהצורך להתגוננות ראשונית כנגד התביעה (לרבות עלויות הכרוכות בהתנגדות לאישור התביעה כייצוגית). את העלויות האלה יכול התובע הייצוגי לכפות על הנתבע, מבלי שהוא עצמו יאלץ לשאת בעלויות משמעותיות לשם כך.<sup>111</sup> במקרים כאלה תוגש התביעה הייצוגית לא מתוך כוונה לנהלה עד למתן פסק דין, כי אם רק כדי לאיים בהעמסת אותן עלויות ראשוניות על הנתבע וכדי "למשוך" חלק מעלויות אלה בדרך של פשרה מוקדמת.

יש להדגיש, שערכה החברתי של התביעה הייצוגית יכול להיות שלילי אף אם ערכה עבור התובע הייצוגי ועורך דינו חיובי, דהיינו: גם אם ניהול התביעה עד סופה כדאי עבור התובעים, עדיין ייתכן שהתועלת החברתית בתביעה זו היא נמוכה מאחר שסיכוייה נמוכים ואין היא משרתת את מטרות ההרתעה והפיצוי.<sup>112</sup> בעיית הסחטנות מאופיינת, לכן, לא בערכה השלילי של התביעה עבור התובע, כי אם ביכולתו של התובע להגיע לפשרה הגבוהה באופן משמעותי מערך זה, גם כאשר הוא חיובי.

### 3. השפעת בעיות הנציג והסחטנות על מטרות התביעה הייצוגית

הרתעה אופטימלית דורשת הפרדה בין מי שקיים את חובותיו לבין מי שלא עשה כן, ובין מי שגרם לנזק (או העלה באופן משמעותי את הסיכוי שייגרם נזק) לבין מי שאין כל קשר סיבתי עובדתי בין מעשהו לבין הנזק שנגרם. הרתעה אופטימלית דורשת גם ששיעור חבותו של הנתבע יהיה פרופורציונלי לנזק שגרם.<sup>113</sup> לשם כך נדרש שבית המשפט יוכל להבחין בין תביעות מוצדקות לכאלה שאינן מוצדקות, שאפשרות התביעה תוגבל באופן שרק מי שאכן יש סיכוי ממשי שהופרו כלפיו חובות שבדין אכן יפנה לבית המשפט, ושבמסגרת פשרה התשלום שיצטרך הנתבע לשלם אם לא קיים את חובותיו יהיה קרוב ככל הניתן לנזק שגרם, בעוד שאם קיים את חובותיו צריכה חבותו להיות קטנה ככל האפשר.<sup>114</sup> מאחר שהתביעות הסחטניות מעלות באופן ניכר את

111 ראו Rosenberg & Shavell, "A Model in which Suits are Brought for their Nuisance Coffee II ; Value," 5 *Int. Rev. L. & Econ.* 3 (1985), הערה 90 לעיל, בעמ' 701-704.

112 באותה מידה, תביעה שערכה הצפוי נמוך מעלויותיה יכולה בכל זאת להיות בעלת ערך חברתי גבוה, למשל כשהאיום בהגשתן של תביעות כאלו יביא להרתעה יעילה ולקיום החוק. ראו Steven Shavell, "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System," 26 *J. Legal Stud.* 575 (1997). בהנחה שכללים מסוימים של המשפט הנוהג אינם יעילים, גם סיכויים נמוכים להצלחת התביעה אינם מעידים שאין היא רצויה חברתית. כל שנטען בדיון בטקסט הוא שתביעות ייצוגיות שערכן נמוך יכולות להביא לפשרה שהיא גבוהה בהרבה מערך זה, ובמקרים רבים יפגע הדבר במטרות ההרתעה והפיצוי שהתביעה הייצוגית אמורה להשיג.

113 ראו Shavell, הערה 69 לעיל, בעמ' 105-163.

114 לניתוח השפעת הדיוק של המערכת המשפטית על שיקולי הרתעה ראו Louis Kaplow & Steven Shavell, "Accuracy in the Determination of Liability," 37 *J. L. & Econ.* 1 (1994); Louis Kaplow & Steven Shavell, "Accuracy in the Assessment of Damages," 39 *J.*

חבותם של נתבעים שקיימו את חובותיהם, שלא גרמו לנזקים הנטענים או שגרמו לנזקים נמוכים, ומאחר שהפשרות הנמוכות והקנוניות מפחיתות מחבותם של מי שבהפרת החובה על ידם גרמו לנזקים גבוהים, מדללות בעיות אלה את ההרתעה המושגת על ידי התביעה הייצוגית בעוולות חשיפה המונית.<sup>115</sup>

באופן דומה, מטרת הפיצוי דורשת כי מי שהופרה כלפיו חובה שבחוק, ורק הוא, יפוצה בגין הנזקים שנגרמו לו. יש לתקן את חוסר הצדק שנגרם על ידי הפרת החובה של הנתבע. כאשר הנתבע לא הפר כל חובה או כשהפרת החובה לא גרמה לנזקו של התובע, אין הפרה של הצדק האמור ביניהם, ואילו כשיש הפרה כזו, השבת הצדק ביניהם מחייבת לפצות את הנפגע בשיעור נזקו באופן מדויק ככל הניתן. גם כשהפיצוי מוצדק בטעמים של ביטוח נדרשים דיוק והתאמה בין הנזק לגורמיו. פיצויו של התובע במקרים שבהם לא נגרם הנזק על ידי הנתבע משמעותו ביטוח יתר, שעלותו תגולגל על התובע – אם הוא לקוח או עובד של הנתבע, או על כלל החברה (במובן society) במקרים אחרים. מנגד, פיצוי נמוך עקב קנוניה בין נציג התובעים לנתבע משמעותו ביטוח חסר, באופן שאינו מגן על התובע מפני הסיכונים הרלבנטיים באופן מלא.<sup>116</sup>

ריבוי התביעות הסחטניות מביא גם להגדלת העלויות הנדרשות לטיפול בתביעות הייצוגיות על ידי בתי המשפט. גם אם רובן של התביעות חסרות הסיכוי מסתיימות בפשרה או בביטול התביעה על ידי התובעים, במקרים רבים יהיה זה רק לאחר הכרעת בית המשפט בבקשה לאישור התביעה כייצוגית – הכרעה הדורשת השקעה של זמן ומשאבים מצד בית המשפט והצדדים. כאשר מושגת פשרה או שהתביעה מבוטלת לפני הדיון בבקשה לאישור התביעה כייצוגית, יטילו הטיפול האדמיניסטרטיבי וההכרעה בבקשות הביניים למיניהן עלויות ששיעורן אינו מבוטל על מערכת המשפט.

לפיכך, ככל שעולה אחוז הפשרות ה"סחטניות" בתביעות חסרות ההצדקה ואחוז הפשרות הנמוכות בתביעות המוצדקות, כך יורדת יעילותה של התביעה הייצוגית בהשגת הרתעה ופיצוי. מאחר שבאותה עת מביאות הפשרות הנמוכות והקנוניות בין הנתבע לנציגי התובעים לפגיעה בזכות הגישה של התובעים המיוצגים לבית המשפט, אך מובן שמאזן התועלת וההפסד משימוש בתביעה הייצוגית עלול להפוך לשלילי.

*L. & Econ.* 191 (1996); Louis Kaplow, "The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis," 23 *J. Legal Stud.* 307 (1994).

115 למעשה, מצב כזה עלול להיות גרוע יותר ממצב שבו כלל לא הייתה מוטלת אחריות, שכן החבות המשפטית מטילה עלות נוספת על הפעילות שבה מדובר ומקטינה את רמת הפעילות הזו באופן שאינו מוצדק מנקודת ראות חברתית. ראו Steven Garber, "Product Liability, Punitive Damages, Business Decisions and Economic Outcomes," 1998 *Wis. L. Rev.* 237 (1998).

116 ראו Kaplow & Shavell, "Accuracy in the Assessment of Damages" הערה 114 לעיל.



#### ד. תביעות ייצוגיות בגין עוולות המוניות בישראל: הדין המצוי

##### 1. התביעה הייצוגית בישראל: חוקי התביעה הייצוגית ותקנה 29

הדין בישראל מאפשר הגשת תביעה ייצוגית בשני ערוצים עיקריים: ערוץ אחד קבוע בתקנה 29 לתקסד"א,<sup>117</sup> והערוץ האחר קבוע בחוקי התביעה הייצוגית המגדירים את התחומים שבהם ניתן להגיש תביעה ייצוגית וקובעים את התנאים להגשתה בכל אחד מתחומים אלה.<sup>118</sup> בעוד כל אחד מחוקי התביעות הייצוגיות מאפשר שימוש בתביעה ייצוגית בתחום מוגדר של הדין המהותי, על ידי צמצום זכות התביעה לתובעים מסוימים ומוגדרים או לעילות קונקרטיות,<sup>119</sup> תחולתה של תקנה 29 הינה כללית, והיא יכולה לחול בכל הליך אזרחי. כיצד קרה אם כן שבדין הישראלי חלים שני סוגי ההסדרים בכפיפה אחת?<sup>120</sup>

התשובה לשאלה זו נעוצה בפרשנות המצמצמת שנתן בית המשפט העליון לתקנה 29 בעניין **פרנקישה**, שם קבע כי לשם אישורה של תביעה ייצוגית לפי תקנה 29 צריך עניינם של כל המעוניינים – התובעים המיוצגים – להיות זהה. תביעה לסעד הצהרתי או לצו מניעה עשויה לעמוד בדרישה זו, ולעומת זאת תביעה לפיצויים המגיעים לתובעים שונים, אפילו תובעים כולם בשל אותה הפרת חוזה או עוולה, אינה יכולה להיות מאושרת כתביעה ייצוגית.<sup>121</sup> פרשנות מצמצמת זו היא שהובילה למעשה לחקיקת חוקי

117 וראו גם תקנות 21-22 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991. לאור הוראת סעיף 24 (א)(1) לחוק בית הדין לעבודה, הסמכות העניינית לדון בתביעות פיצויים בגין עוולות המוניות – גם כשהצדדים להן הם עובדים ומעבידים – תהיה נתונה בדרך כלל לבית המשפט האזרחי, השלום או המחוזי, בהתאם לשווי התביעה. עיקרי הניתוח במאמר באשר ליתרונותיה ולחסרונותיה של התביעה הייצוגית בעוולות המוניות, ישימים גם לתביעות שיוגשו בבית הדין לעבודה.

118 סעיפים 16-א-16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); סעיפים 46-א-46 לחוק ההגבלים העסקיים; סעיפים 35-א-35 לחוק הגנת הצרכן; סעיפים 62-א-62 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח; חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות); סעיפים 54-א-54 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, שהוחלפו בסעיפים 207-218 לחוק החברות; סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד; סעיף 41 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994.

119 כך, למשל, סעיף 35-א(א) לחוק הגנת הצרכן מגביל את התביעה הייצוגית על פי החוק לצרכן או ארגון צרכנים, בעילה "על פי חוק זה". לפי סעיף 207(ב) לחוק החברות, רשאי לתבוע מי שלו עילת תביעה על פי כל דין ובלבד שזו נובעת מזיקה לנייר ערך (זיקה מוגדרת בסעיף 207(ב) כ"בעלות, החזקה, רכישה או מכירה").

120 על השאלה מה למעשה ביקש המחוקק להשיג בייחוד את התביעה הייצוגית לעילות מסוימות, נכתב כי זו "אינה פרי החלטה שקולה ומכוונת, אלא תוצר של מאבק התומכים במכשיר זה, אשר ניצלו את הזדמנות הפז שנפלה בחלקם להכליל את הנושא בתיקוני חקיקה". גולדשטיין ועפרון I, הערה 8 לעיל, בעמ' 34-35. על ההבחנה בין כוונת החוק (או כוונת המחוקק) לבין תכלית החוק ראו, למשל, אהרן ברק, **פרשנות במשפט** ב' 228-233 (תשנ"ג).

121 ראו עניין **פרנקישה**, הערה 6 לעיל, בעמ' 780-781.

התביעות הייצוגיות, שנועדו לפתור בעיות של תת-אכיפה ופיצויי חסר בתחומים שונים.<sup>122</sup>

בעוד שמקורה של תקנה 29 מצוי במשפט האנגלי (RSC Order 15, Rule 12),<sup>123</sup> עוצבו חוקי התביעות הייצוגיות במתכונת המודל האמריקני הקבוע בתקנה 23(b)(3) לתקנות הפרוצדורה האזרחית הפדרלית.<sup>124</sup> מנגנוני התביעה הייצוגית באנגליה ובארצות-הברית נבדלים לא רק במידת הפירוט ובתנאים השונים לאישור התביעה כייצוגית, כי אם גם בגישות היסוד שלהם לתביעה הייצוגית ולמטרותיה. נקודת המוצא של המשפט האנגלי היא שהתביעה הייצוגית, כמו גם כל תביעה אחרת, מיועדת לפצות את התובע ולא להעניש את הנתבע.<sup>125</sup> גם כשהמשפט האנגלי הקל בדרישותיו והרחיב את הדרך להגשת תביעת פיצויים בדרך של תביעה ייצוגית, הוא לא נסוג מעיקרון היסוד שלפיו צריך להתקיים קשר ישיר בין זכותו של כל אחד מן התובעים לבין חיובו של הנתבע.<sup>126</sup> לעומת זאת, אחת ממטרותיה העיקריות של התביעה הייצוגית במשפט האמריקני הינה הרתעה יעילה ומתן תמריצים לנתבעים פוטנציאליים לקיים את חובותיהם החוקיות,<sup>127</sup> ולשם כך היה מוכן אף לוותר כליל על פיצויים של התובעים בתביעות שבהן לא היה הדבר מעשי.<sup>128</sup>

- 122 ראו בר-ניב (בורנובסקי), הערה 8 לעיל, בעמ' 254; גולדשטיין ועפרון I, הערה 8 לעיל, בעמ' 38; גולדשטיין I, הערה 8 לעיל, בעמ' 438; גולדשטיין II, הערה 8 לעיל, בעמ' 427.
- 123 במסגרת הרפורמה של 1998, שבמסגרתה הוחלפו כל כללי הפרוצדורה באנגליה, הוחלפה גם תקנה זו על ידי Rule 19.6 ל-Civil Procedure Rules (CPR), אם כי ללא הבדלים משמעותיים.
- 124 להבחנות בין התביעה הייצוגית לפי תקנה 29 לבין ההסדר האמריקני של תביעות ייצוגיות לפיצויים ראו גולדשטיין I, הערה 8 לעיל. להיסטוריה חקיקתית של חוקי התביעות הייצוגיות ראו ד"כ 108 (תשמ"ז) 3827, 3828, 3830; דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1995, ה"ח 232 2447; גולדשטיין ועפרון I, הערה 8 לעיל, בעמ' 34.
- 125 ראו Jolowicz, הערה 12 לעיל, בעמ' 133-130, "Multi-party Proceedings In"; Neil Andrews, "England: Representative and Group Actions," 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 249 (2001).
- 126 לסקירת ההתפתחויות במשפט האנגלי ראו שם. יש לציין שבעקבות הרפורמה של שנת 1998 קיים במשפט האנגלי הליך של תביעה קבוצתית **בצד** התביעה הייצוגית. בניגוד לתביעה הייצוגית, שבה יכול תובע להימנות בקבוצה המיוצגת ובלבד שלא הודיע על כוונתו להוציא עצמו ממנה (ראו דיון בהערה 63 לעיל), מחייבת התביעה הקבוצתית את הצטרפותו הפעילה של כל חבר בקבוצה להליך, ולפיכך יש לראותה כדרך יעילה לצירוף תובעים ולניהול תביעותיהם ולא כהליך ייצוגי.
- 127 ראו Newberg & Conte, הערה 77 לעיל, בסעיף 1.06.
- 128 במקרים אלה מחולק סכום הפיצוי לגופים או לצרכנים שאינם בהכרח מי שנפגעו מהפרת החובה על ידי הנתבע. ראו James R. McCall et al., "Greater Representation for California Consumers – Fluid Recovery, Consumer Trust Funds and Representative Actions," 46 *Hast. L. J.* 797 (1995). גם בישראל קיים הסדר דומה; ראו סעיף 16ט(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), סעיף 46ט(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, וסעיף 62ט(ב) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, הקובעים כולם כי "ראה בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה

לפיכך, חוקי התביעות הייצוגיות לא נועדו מלכתחילה לדור בכפיפה אחת עם תקנה 29 כי אם למלא את החלל שנותר עקב תחולתה המצומצמת. אולם, השימוש הגובר שנעשה בחוקי התביעות הייצוגיות בתחומים שהוסדרו על ידם גרר גם ניסיונות להחלת תקנה 29 בתחומים אלה ובתחומים אחרים בתביעות לפיצויים. המודעות למכשיר התביעה הייצוגית עלתה, ואיתה הרצון להשתמש במכשיר זה גם כאשר תנאים הקבועים בחוקי התביעות הייצוגיות לא התקיימו. לכן נדרשו בתי המשפט לקבוע מה תחולתה של תקנה 29 לאחר חקיקתם של חוקי התביעות הייצוגיות, ומה התנאים להגשת תביעה ייצוגית על פיה לאור התנאים הקבועים בחוקים אלה.

בתי המשפט המחוזיים נחלקו בפרשנותם לתקנה 29.<sup>129</sup> גישה אחת גרסה כי יש לדבוק בהלכת **פרנקישה** השוללת הגשת תביעה לפיצויים במסגרת תקנה 29, ולכן יש לאפשר תביעה ייצוגית לפיצויים רק כאשר התיר אותה המחוקק במפורש באחד מחוקי התביעות הייצוגיות;<sup>130</sup> מנגד התפתחה גישה פרשנית מרחיבה שאפשרה הגשת תביעה ייצוגית לפיצויים במסגרת תקנה 29, וזאת בעקבות ההתפתחויות בפסיקה האנגלית.<sup>131</sup> לפי גישה זו ניתן לבקש אישור של תביעה לפיצויים כתביעה ייצוגית לפי תקנה 29 במקרים שבהם מדובר בסכומים קצובים שקל לחשבם ואין צורך להוכיחם בראיות

אחרת, רשאי הוא להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין".

129 בתי המשפט נחלקו הן באשר להיקף תחולתה של התביעה הייצוגית לפי תקנה 29 והן באשר לתנאים לאישורה. המחלוקת באשר לתנאים לאישור תביעה ייצוגית לפי תקנה 29 אינה נדרשת לצורך הדיון במאמר זה, שעיקרו היקף תחולתה של התביעה הייצוגית. הניתוח להלן מניח שלבית המשפט יש סמכויות למנוע את אישורה של תביעה כייצוגית אם אינה עומדת בדרישות השונות הקבועות בחוקי התביעות הייצוגיות, גם אם אישורה של התביעה כייצוגית התבקש לפי תקנה 29. לתיאור הגישות השונות של בתי המשפט המחוזיים לשאלה מהם התנאים הצריכים להיבחן לפני אישור תביעה כייצוגית לפי תקנה 29 ראו, למשל, פרשת **שוורץ**, הערה 63 לעיל, בעמ' 45-46.

130 ראו, למשל, ת"א (י-ם) 1503/99 **אלישע נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות**, פ"מ תש"ס (1) 91 (הבדל בשיעור הפיצויים בין התובעים וכן היותם חברים בקבוצה מוגדרת שוללים את אישור התביעה כייצוגית לפי תקנה 29); ת"א (י-ם) 1685/97 **קניאל נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 9.11.1998) (אין לאפשר עקיפת המגבלה הקבועה בתקנה 29 לאור פסק הדין בענין **פרנקישה** בדרך של פיצול התביעה לשני שלבים – תביעה ייצוגית לסעד הצהרתי ותביעות אינדיבידואליות לפיצויים הנגזרים מסעד זה); ת"א (חי") 967/00 **באסין נ' עיריית קרית ביאליק** (לא פורסם, 12.3.2001); ת"א (חי") 1209/99 **הוניגבוים נ' מדינת ישראל – לשכת ההוצל"פ** (לא פורסם, 27.2.2000); ת"א (חי") 1318/99 **אלסינט נ' גדיש קרנות גמולים** (לא פורסם, 16.8.2000); ות"א (חי") 1174/98 **שוורץ נ' עיריית חדרה** (לא פורסם, 11.10.2001) (הלכת **פרנקישה** המחייבת את בתי המשפט המחוזיים מחייבת פירוש דווקני ומצומצם לתקנה 29, ודורשת סעד שהוא זהה לכל אחד מהמעוניינים. לא ניתן לעקפה בדרך של תביעה לסעד הצהרתי כשהסעד האמיתי המבוקש בתביעה הוא סעד כספי מובהק).

131 ראו הערה 126 לעיל.

חיזונית וספציפיות לכל תובע.<sup>132</sup> לחלופין, במקרים שבהם אין הפיצוי לכל תובע עומד בתנאי זה, יש לפצל את ההליך לשניים. בחלק הראשון נתבע סעד הצהרתי הקובע את אחריותו של הנתבע, בדרך של תביעה ייצוגית, ובחלק השני צריך כל תובע מיוצג לתבוע ולהוכיח את הפיצויים המגיעים לו בהליך אינדיבידואלי, על סמך קביעת האחריות בתביעה הייצוגית.<sup>133</sup> לאחרונה נדרש בית המשפט העליון, בעניין א.ש.ת.,<sup>134</sup> לסוגיית היקף תחולתה הראוי של תקנה 29, קבע בית המשפט, בדעת רוב, כי אין

132 ראו, למשל, ת"א (ת"א) 1478/99 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכח אדם נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 22.3.2000); ראו גם ת"א (חי) 11097/97 דרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשנ"ט (2) 865, 878 (חזקה על הנתבע – מנהל מקרקעי ישראל – כי יודה ויאשר את הסכומים שבמחלוקת ושולמו על ידי כל אחד מן התובעים המיוצגים, ולפיכך לא יהיה צורך בגביית ראיות לצורך עניין זה); בש"א (ב"ש) 7876/00 פול נ' עיריית אשקלון (לא פורסם, 11.9.2001) (כאשר בסיס הפיצוי שווה – במקרה הנדון, תשלום אחיד עבור השימוש בשירותי ספרייה – וההבדל היחיד בין הסכומים הנתבעים תלוי במכפלה מתמטית של כמות או של תקופת זמן, אין בכך כדי לשלול הגשת התביעה כייצוגית לפי תקנה 29); ת"א (ת"א) 2157/99 סמואלס נ' עיריית רחובות (לא פורסם, 4.5.2000) (אישור תביעה ייצוגית לפי תקנה 29 לסעד השבה אולם לא לפיצויים, היכולים להיות שונים בהתאם לנזק שנגרם); ת"א (ת"א) 2504/99 שטיינברג נ' סלקום ישראל (לא פורסם, 1.10.2000) (הסכמה עקרונית לאשר תביעה ייצוגית לפיצויים לפי תקנה 29 לאור הפסיקה באנגליה, אולם התנגדות לאישורה במקרה הנדון שבו הנחות החישוב לקביעת הנזק שנגרם לכל תובע בדרך מתמטית פשוטה אינן ברורות מאליהן); ת"א (ת"א) 2668/99 בורובסקי נ' מנורה – חברה לביטוח (לא פורסם, 17.6.2002) (הסכמה עקרונית לאשר תביעה ייצוגית לפי תקנה 29 לאור הפסיקה באנגליה, אולם התנגדות לאישורה במקרה הנדון שכן הפיצוי לא היה אחיד או ידוע ומוגדר מראש).

133 ראו, למשל, ת"א (נצ"א) 749/97 זילברשלג נ' אל על נתיבי אויר לישראל (לא פורסם); ת"א (נצ"א) 785/99 זילברשלג נ' אל על נתיבי אויר לישראל, פ"מ תשנ"ט (2) 385; ת"א (י-ם) 109/94 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' האוניברסיטה העברית בירושלים (לא פורסם, 3.6.1996); ת"א 1165/97 שימונוב נ' חברה קדישא (לא פורסם, 12.7.1998); דרך זו נותרה לכאורה פתוחה לאור האמור בעניין פרוניקשה, הערה 6 לעיל, בעמ' 649. ראו גם גולדשטיין II, הערה 8 לעיל, בעמ' 425-430, המציע כי לאחר קביעת אחריותו של הנתבע יוזמנו חברי הקבוצה להוכיח איש איש את נזקו. יצוין כי רוב בתי המשפט המחוזיים שהלכו בדרך זו התעלמו מהאיסור הנוהג בדרך כלל על פיצול סעדים ומההלכות החלות בשאלה זו באשר לפיצול שבין סעד הצהרתי לסעדים אופרטיביים. על אף שניתן לטעון שחוסר האפשרות לתבוע בתביעה ייצוגית את הסעד האופרטיבי מצדיק פיצול סעדים כאמור, אין זה ברור כי טענה זו עומדת בקנה אחד עם הלכות קודמות בשאלת הפיצול בין סעד הצהרתי לסעד אופרטיבי. לשיקולים בבקשת פיצול סעדים ולמחלוקת בשאלה האם מתן סעד הצהרתי שולל תביעה לסעד אופרטיבי מאוחר יותר ראו ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט נ' בנר, פ"ד לב(1) 85, 90, 92; ע"א 466/89 צברי נ' מסוארי, פ"ד מה(1) 177, 183; ע"א 4646/90 בר-חן נ' שמעון, פ"ד מו(5) 798, 806; ע"א 734/83 חברת חשמל לישראל נ' שפיר דוידוביץ, פ"ד לח(1) 613, 620-623; רע"א 1810/90 הדר חברה לביטוח נ' קנדי חברה להשקעות ולבנין, פ"ד מדר(2) 737, 739. לגישה השוללת תביעה ייצוגית לסעד הצהרתי בהסתמך על הלכות אלה ראו ת"א (חי) 1442/95 חן נ' בנק איגוד לישראל (לא פורסם, 18.8.1998); ת"א (חי) 1222/95 סלמה נ' חברת החשמל לישראל, פ"מ תשנ"ח (3) 487.

134 הערה 7 לעיל.

להרחיב את תחולתה של התקנה בדרך של פרשנות שיפוטית, וכי יש להותיר את הסדרת התביעה הייצוגית למחוקק. עם זאת, נראה כי המלה האחרונה בעניין זה טרם נאמרה, וזאת, בין היתר, לאור קביעתה של השופטת בייניש:<sup>135</sup>

באתי לכלל מסקנה שראויה היא התובענה הייצוגית שתכנס לשיטתנו המשפטית בדרך המלך, ולא בדלת האחורית. עם זאת, לא למותר להוסיף, כי אם יתמהמה המחוקק וימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עלול הצורך לעשות שימוש בתובענה הייצוגית להכריע את הכף ולהביא להסדרתה בדרך השיפוטית, על אף מגרעותיה.

## 2. האם ניתן לתבוע פיצויים בתביעות ייצוגיות בגין עוולות המוניות בישראל?

במצב המשפטי הנוכחי אפשרויות התביעה הייצוגית לפיצויים בגין עוולות המוניות הן מוגבלות מאוד.<sup>136</sup> רובם של מקרי העולות ההמוניות לא ייכנסו בגדר אף אחד מחוקי התביעות הייצוגיות, ולעומת זאת, השונות הרבה בנזקיהם של התובעים מונעת את אישורן של תביעות אלה כייצוגיות לפי תקנה 29, אף לפי הגישה הפרשנית הרחבה לפסק הדין בעניין פרנקישה.

מבין חוקי התביעה הייצוגית, החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות) התשנ"ב-1992 הינו הקרוב ביותר בעילותיו לתחום העולות ההמוניות, שכן הוא מאפשר הגשת תביעה ייצוגית בשל מפגע סביבתי הכולל "זיהום אויר, רעש, ריח, זיהום מים, זיהום מי-ים, זיהום על ידי פסולת, זיהום על ידי חומרים מסוכנים, זיהום על ידי קרינה, והכל כשהם בניגוד לחיקוק, לצו, לתכנית, לרשיון עסק או לכל היתר או רשיון אחר, או שיש בהם פגיעה בבריאותו של אדם או גרימת סבל ממשי לאדם".<sup>137</sup> אולם, החוק מאפשר הגשת תביעה ייצוגית רק כשהסעד הנתבע הינו לצו עשה או לצו מניעה שביאו להפסקת המפגע הסביבתי, למניעת הישנותו, או לתיקון המעוות שנגרם בגינו.

135 שם, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת בייניש.

136 למיטב ידיעתי, התביעה הייצוגית היחידה שהוגשה לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו על ידי עוולה המונית הייתה בפרשת **ויסברג**, הערה 43 לעיל. תביעה זו הוגשה מלכתחילה כתביעה ייצוגית בשל נזקי עישון, אולם נציגי התובעים החליטו למשוך את בקשתם לאישור התביעה כייצוגית מאוחר יותר. לאחר אסון ערד, שבו נמחצו למוות שלושה נערים במהלך פסטיבל רוק שנערך בערד, הוגשה תביעה ייצוגית לפיצוי בני הנוער והוריהם, אולם זאת רק בגין הוצאות ועוגמת נפש שנגרמו להם עקב ביטול הפסטיבל לאחר האסון. לפי "הסדר בתביעה ייצוגית על האסון בערד: 7500 כרטיסים יוגרלו בחינם", **הארץ**, 7.11.1997, א8, נסתיימה התביעה בפשרה שלפיה חויבו הנתבעות להגריל בין קבוצת התובעים 7,500 כרטיסים חינם למופעים בפסטיבל ערד '98, ולשלם עשרות אלפי דולרים כהוצאות משפט והוצאות מימוש הסדר הפשרה.

137 סעיף 1, הגדרת "מפגע סביבתי".

תביעות לפיצויים אינן אפשריות על פי חוק זה<sup>138</sup> אלא אם מדובר ב"מפגע סביבתי חוזר", שהדרישה החשובה ביותר לקיומו היא שכבר הוצא צו כנגד גורם המפגע על ידי בית המשפט בהליך קודם, וגורם המפגע חזר לגרום את אותו מפגע או חדל מתיקון המעוות.<sup>139</sup> גם אז, ספק רב אם תביעה כזו יכולה להיות מוגשת כתביעה ייצוגית.<sup>140</sup> מבין חוקי התביעות הייצוגיות האחרים, היחיד העשוי לאפשר הגשת תביעה ייצוגית בגין עוולות המוניות הינו חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 – למשל במקרים שבהם הטעיית הצרכן הביאה אותו לרכוש מוצר מבלי שיהיה מודע לסיכונים הטמונים באותו מוצר. אלא, שחוק זה אינו האכסניה הטבעית לתביעות אלה: התביעה על פיו מוגבלת לצרכן או לארגון צרכנים, כהגדרתם בחוק, בשם קבוצה של צרכנים, ועל פי אחת מן העילות הקבועות בחוק, המתייחסות כולן לשלב הטרם-חוזי ביחסים שבין התובעים-הצרכנים לבין הנחב-העוסק.<sup>141</sup> לעתים הנפגעים אינם מי שרכשו את המוצר המזיק – למשל: עובדים במפעל שבאו במגע עם אסבסט, אנשים שנפגעו מכך ששהו במחיצת מעשנים (עישון פסיבי), נפגעים ממגע עם חומר מסוכן שהוזרם למקור מים או מזיהום סביבתי אחר, או צאצאים של נשים שלקו בפגמים מולדים עקב תרופות שנטלו אמהותיהם בעת ההריון או לפניו; או שעיקרו של השימוש במוצר המזיק אינו אישי, ביתי או משפחתי.<sup>142</sup> למשל: חקלאים שנפגעו משאיפת חומר מסוכן בו השתמשו לריסוס שדותיהם, עורכי-דין שטוענים ששימושם במכשירי טלפון סלולריים גרר את חשיפתם לקרינה מסוכנת.<sup>143</sup> במקרים אלה, שבהם, כאמור, הנפגעים אינם מי שרכשו

- 138 ראו סעיפים 2 ו-10 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), וכן בר"ע (ב"ש) 901/99 **החברה לשירותי איכות הסביבה (רמת חובב) נ' עמותת מדעי הדרום**, פ"מ תש"ס (1) 57, 63-64.
- 139 ראו סעיף 9 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות).
- 140 סעיף 10 לחוק קובע: "מי שנפגע או עומד להיפגע ממפגע סביבתי רשאי לתבוע הוצאת צו כאמור בסעיף 2 בשם קבוצת אנשים שנפגעו או עומדים להיפגע מאותו מפגע (להלן – תובענה ייצוגית)". לשון הסעיף מגבילה לכאורה את התביעה הייצוגית לסעד על פי סעיף 2, בעוד שאפשרות התביעה לפיצויים בגין "מפגע סביבתי חוזר" קבוצה בסעיף 9 לחוק. יש לשים לב גם להכבדה על הגשת תביעה ייצוגית לפי חוק זה, הדרוש הודעה בהמצאה אישית (במידה שהמצאה כזו הינה מעשית) לכל תובע מיוצג, וכמו כן קובע כי כל חבר בקבוצה המיוצגת יודיע בכתב על רצונו להצטרף לתובענה. זהו כלל של opt-in, המנוגד לכלל opt-out המקובל ביתר חוקי התביעות הייצוגיות, שלפיו מיוצג כל תובע לאחר פרסום ההודעה על אישור התביעה הייצוגית, אלא אם הודיע על רצונו שלא להיכלל בקבוצה. ראו הערה 63 לעיל.
- 141 סעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן. ראו ע"א 3613/97 **אזוב נ' עיריית ירושלים**, פ"ד נו(2) 787; בר-ניב, הערה 8 לעיל, בעמ' 256-262; סיני דויטש, **דיני הגנת הצרכן** א 393-410 (2001).
- 142 על פי סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, "צרכן" הוא "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". על פרשנות ההגדרה לאור מטרות חוק הגנת הצרכן ראו ע"א 8733/96 **לנגברט נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(1) 168, 175-177.
- 143 אם כי במקרה זה התשובה לשאלה אם מדובר בשימוש אישי או בשימוש מסחרי אינה חד-משמעית. ראו דיון ותמצית הפסיקה בנושא אצל דויטש, הערה 141 לעיל, בעמ' 219-238.

את המוצר המזיק, הם יתקשו לתבוע לפי חוק הגנת הצרכן.<sup>144</sup> יתרה מזאת: גם אם מתקיימים תנאים אלה, הנזק שבגיניו ניתן יהיה לתבוע הוא הנזק שנגרם עקב עילת התביעה, ובמקרים רבים יתקשו התובעים לבסס קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההטעה, אי-הגילוי, ניצול המצוקה או ההתנהגות שלא בתום לב על ידי הנתבע בשלב הטרם חוזי, לבין הנזק שנגרם.

עילות התביעה ה"טבעיות" לתביעות בגין עולות המוניות הן כמובן עילות נזיקיות, בין מכווח פקודת הנזיקין ובין מכווח חוק האחריות למוצרים פגומים. כמו כן, במקרים שבהם קיים קשר חוזי בין התובעים לנתבע, ניתן לתבוע בעילות חוזיות – הן באשר לשלב הטרם-חוזי (הטעה וחוסר תום לב) והן על סמך התחייבויותיו החוזיות של הנתבע. אולם, עילות אלה אינן ניתנות לתביעה ייצוגית לפיצויים לפי חוקי התביעות הייצוגיות, ואף תקנה 29 כפרשנותה בפסקי הדין בעניין **פרנקישה ובעניין א.ש.ת.** אינה מאפשרת הגשת תביעה ייצוגית בעילות אלה עקב השונות הרבה בנזק בין התובעים השונים. באופן תיאורטי, הרחבת תחולתה של התקנה בדרך של פיצול ההליך לשניים, כשבחלקו הראשון – הייצוגי – יינתן סעד הצהרתי הקובע את אחריותו של הנתבע, ואילו בחלקו השני ייקבע נזקו של כל תובע בהליך אינדיבידואלי, יכולה לאפשר את התביעה הייצוגית בעולות המוניות; אולם נפקותה המעשית של אפשרות זו מוגבלת מאחר שהיא אינה מאפשרת את פסיקת חבותו הכוללת של הנתבע בהליך הקולקטיבי ללא הוכחת נזקו של כל תובע המיוצג בנפרד. בכך יש כדי להגביל הן את שכר הטרחה של עורך-הדין המייצג את הקבוצה והן את אפשרות הפשרה בתביעה הייצוגית, באופן שהופך את ניהול התביעה ללא כדאי עבור עורך-הדין ועבור התובע הייצוגי.<sup>145</sup>

לפיכך, במצב המשפטי כיום עומדת השאלה האם ראוי להרחיב את מסגרת העילות הראויות לידון בתביעה ייצוגית ולכלול בהן תביעות פיצויים בגין עולות המוניות. הרחבה כזו יכולה להיעשות באמצעות חקיקה ספציפית שתאפשר תביעות אלה, ולחלופין – באמצעות הרחבה פרשנית של תקנה 29, תוך סטייה מהלכת **פרנקישה**.<sup>146</sup> יתרתו של המאמר מנתחת את השיקולים השונים העשויים וצריכים להנחות את המחוקק – ולחלופין את בית המשפט העליון – במתן תשובה לשאלה זו.

144 כמו כן לא ניתן לתבוע לפי חוק הגנת הצרכן בעילות שיסודן בפעולה ציבורית או שלטונית של רשות מרשויות המדינה. ראו רע"א 2701/97 **מדינת ישראל נ' צ'רטוק**, פ"ד נו(2) 876.

145 לטיעון דומה באשר לייעילותה המוגבלת של התביעה הייצוגית בעולות המוניות באנגליה ראו Andrews, הערה 125 לעיל.

146 על האפשרות להרחבה כזו גם לאחר פסק הדין בעניין **א.ש.ת.** ראו הטקסט הסמוך להערה 135 לעיל.

## ה. גבולות התביעה הייצוגית בגין עוולות המוניות בישראל: קווים מנחים

על אף שהתביעה הייצוגית מצויה לכאורה בתחום המשפט הדיוני כמכשיר לאיחוד תביעותיהם של מעוניינים רבים, השפעותיה על המידה שבה מממש הדין המהותי את מטרותיו – וכפועל יוצא: השפעתה על תוכנו של דין זה כפי שהוא מתבטא בפועל – הן ניכרות. באופן דומה, על אף שהתביעה הייצוגית משמשת תובעים במשפט הפרטי, אחת ממטרותיה, ובמקרים רבים העיקרית שבהן, היא להשלים ולהוסיף על אמצעי האכיפה הקיימים בתחום המשפט הפלילי והציבורי.<sup>147</sup> לכן, ההכרעה באילו עילות ונסיבות יש לאפשר שימוש במכשיר התביעה הייצוגית תלויה ביכולתה להשיג את מטרות הדין המהותי באותו תחום, וביעילותה בהשגת מטרות אלה בהשוואה למנגנונים חלופיים במשפט הפרטי, הפלילי והציבורי. פרק זה מתווה את הקווים המנחים בקביעת גבולותיה של התביעה הייצוגית בגין עוולות המוניות בישראל לאור מאפייניהן המיוחדים של עוולות אלה, לאור יתרונותיה וחסרונותיה של התביעה הייצוגית, ולאור מאפייני המשפט הישראלי וטיפולו בעוולות המוניות עד כה.

### 1. הנזקים הגבוהים הנגרמים בגין עוולות המוניות והשונות ביניהם – האם שוללים את הצורך בתביעה הייצוגית?

על פניהן נבדלות עוולות המוניות מעילות אחרות שבהן ניתן להגיש תביעה ייצוגית לסעד כספי ולפיצויים, בתחומים כגון ניירות ערך והגנת הצרכן, בשניים: ראשית, מאחר שהנזקים הנגרמים בגין עוולות המוניות הם ברובם נזקי גוף, סכום התביעה של כל תובע עשוי להיות גבוה בהרבה מסכום התביעה המקובל בתביעות בגין הפרת חובות בדיני ניירות ערך או דיני הגנת הצרכן. לכן, כך ניתן לטעון, התביעה בגין נזקיו כדאית עבור כל תובע, והתביעה הייצוגית אינה מוסיפה על ההרתעה והפיצוי המושגים ממילא; לעומת זאת, פגיעתה בזכות הגישה הישירה והאינדיבידואלית לבית המשפט הינה ממשית וחמורה.<sup>148</sup> שנית, בעוד שבתביעה בגין הטעיית מחזיקים בניירות ערך או צרכנים השאלה העיקרית שאינה משותפת לציבור התובעים נוגעת לשיעור הנזק שנגרם להם, בעוולות המוניות – ובעיקר בעוולות חשיפה המונית – ההבדלים הרבים בנסיבות,

147 ראו Owen M. Fiss, "The Political Theory of the Class Action," 53 *Wash. & Lee L. Rev.* 21 (1996) (טוען שהדרך הטובה ביותר להבין את התביעה הייצוגית היא כמיווג של תביעה במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי).

148 בענין א.ש.ת. הביעה השופטת בייניש (בפסקה 11 לפסק דינה) את הדעה כי סכומן הגבוה של תביעות אינדיבידואליות, והעובדה שהוגשו תביעות כאלה, משמשים אינדיקציה משמעותית כנגד נחיצותה של התביעה הייצוגית. לדעה ההפוכה ראו פסקה 44 לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן באותו עניין.



בסוג הנזק, ובשאלות משפטיות ועובדתיות בין התובעים עלולים להפוך את ניהול תביעותיהם במאוחד ללא יעילה. אכן, בהערות הוועדה המייעצת לחקיקת התיקון ל-Rule 23 משנת 1966, שקבע את התביעה הייצוגית בארצות-הברית במתכונתה כיום ולמעשה אפשר הגשת תביעה ייצוגית לפיצויים במסגרת Rule 23(b)(3), נאמר במפורש:

A "Mass Accident" resulting in injuries to numerous persons is ordinarily not appropriate for a class action because of the likelihood that significant questions, not only of damages but of liability and defenses of liability, would be present, affecting the individuals in different ways. In these circumstances an action conducted nominally as a class action would degenerate in practice into multiple lawsuits separately tried.<sup>149</sup>

בהסתמך על הערה זו נמנעו בתי משפט רבים מאישור תביעות בגין עולות המוניות כתביעות ייצוגיות.<sup>150</sup> החשש היה שמטבען של תביעות נזיקין, השאלות האינדיבידואליות המיוחדות לכל תובע ותובע יהיו משמעותיות בהשוואה לשאלות המשותפות להם, ושהתביעה הייצוגית לא תהיה הדרך העדיפה לניהול תביעות אלה ולכן הן לא יקיימו את דרישות ה-superiority וה-predominance הקבועות ב-Rule 23(b)(3).<sup>151</sup> אולם, פסיקה מאוחרת העדיפה לאשר תביעות בגין עולות

149 ראו "Amendments to Rules of Civil Procedure," 39 *F.R.D.* 69, 103 (1966); 150 ראו, למשל, *Commonwealth of P.R. v. M/V Emily S.*, 158 *F.R.D.* 9, 13 (1994); *Three Mile Island Litig.*, 87 *F.R.D.* 433, 441-442 (1980); *Causey v. Pan American World Airways, Inc.*, 66 *F.R.D.* 392, 397 (1975); *Ryan v. Eli Lilly & Co.*, 84 *F.R.D.* 230, 234 (1979); *Yandle v. PPG Indus., Inc.*, 65 *F.R.D.* 566, 569 (1974); *In re N. Dist. of Cal. Dalkon Shield IUD Prods. Liab. Litig.*, 693 *F.2d* 847, 853-854 (1982), cert. denied sub nom. *A.H. Robbins Co. v. Abed*, 459 *U.S.* 1171 (1983) Charles A. Wright, Arthur R. Miller & Mary K. Kane, *Federal Practice* נוספות ראו *Newberg & Conte; and Procedure: Civil 2nd*, §1783, note 7 (2d ed., 1986), הערה 77 לעיל, בסעיף 17.02.

151 על פי Rule 23(b)(3) יאשר בית המשפט את התביעה כייצוגית רק אם "[The court] finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy" לניתוח השפעתה של הערת הוועדה המייעצת על החלטתם של בתי משפט רבים לא לאשר תביעות בגין עולות המוניות כייצוגיות ראו *Moore's Federal Practice* §23.47(4)(a) (vol. 5, 3d ed., 2003).

המוניות כייצוגיות – תחילה בתאונות ואסונות המוניים<sup>152</sup> ומאוחר יותר גם בעוולות חשיפה המונית<sup>153</sup> – מתוך תפיסה שהיתרונות בתביעה הייצוגית עולים על חסרונותיה גם בעוולות אלה.<sup>154</sup> סעיף זה מסביר מדוע הנזקים הגבוהים הנגרמים בגין עוולות המוניות והשונות בין התובעים השונים אינם שוללים את הצורך בתביעה ייצוגית לשם השגת הרתעה ופיצוי בכלל, ובישראל בפרט, תוך התייחסות ליתרונותיה של התביעה הייצוגית על פני תביעות אינדיבידואליות באיזון כוחם של התובעים כנגד הנתבע, בחיסכון בעלויות אדמיניסטרטיביות, ובפתרון בעיות הנובעות מחדלות פירעון של הנתבע.

### (א) שווי התביעה האינדיבידואלית בעוולות המוניות

תביעות שסכומן נמוך לא יוגשו כאשר העלויות הכרוכות בניהולן גבוהות דיין, שכן ניהולן עד למתן פסק דין יהיה כרוך בהפסד עבור התובע. בתביעות אלה התובע גם אינו יכול לצפות לפשרה שבה ייחסכו הוצאותיו, מאחר שהנתבע ימנע מפשרה כזו בידועו שאימו של התובע להמשיך בתביעה עד סופה אינו אמין.<sup>155</sup> זו אכן הסיבה לכך

152 ראו, למשל, *Sala v. Nat'l R.R. Passenger Corp.*, 120 F.R.D. 494, 499 (1988); *In re Tetracycline Cases*, 107 F.R.D. 719, 724 (1985).

153 ראו, למשל, *In re Agent Orange Prod. Liab. Litig.*, 818 F.2d 145, 165-167 (1987); *In re School Asbestos Litig.*, 789 F.2d 996, 1010 (1986); *Central Wesleyan College v. W.R. Grace & Co.*, 6 F.3d 177, 190 (1993); *Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*, 855 F.2d 1188, 1197 (1988); *Dante v. Dow Corning Corp.*, 143 F.R.D. 136, 137 (1992); *In re Copley Pharmaceutical, Inc.*, 161 F.R.D. 456, 463-464 (1995).

154 רבות מתביעות אלה אושרו לצורך פשרה בלבד, אולם שני פסקי דין שניתנו לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בארצות-הברית מקשים במידה רבה על אפשרות זו בעתיד. ראו עניין *Amchem*, הערה 3 לעיל, וכן *Ortiz v. Fibreboard*, 526 U.S. 815 (1999). לדיון בפסקי דין אלה ראו טקסט בסמוך להערות 176-181 להלן. לדיון בבעייתיות הרבה באישור תביעות ייצוגיות לצורך פשרה בלבד ראו מאמרים שפורסמו במסגרת כנס בנושא, *Cornell L. Rev.* 811-1235 (1995).

155 זו ההנחה שעמדה בבסיס המאמרים שניתחו לראשונה את ההליך המשפטי והחלטות הפשרה בו. ראו, למשל, W. M. Landes, "An Economic Analysis of the Courts," 14 *J. L. & Econ.* 61 (1971); Richard A. Posner, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration," 2 *J. Legal Stud.* 399 (1973); Shavell, הערה 59 לעיל. מאמרים מאוחרים יותר הציגו הסברים שונים לכך שנתבעים יסכימו להתפשר גם בתביעות שערכן הצפוי נמוך מהוצאותיהן עבור התובע. ראו, למשל, Lucian A. Bebchuk, "Suing Solely to Extract a Settlement Offer," 17 *J. Legal Stud.* 437 (1988); Lucian A. Bebchuk, "A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue," 25 *J. Legal Stud.* 1 (1996) (להלן: "Bebchuk, New Theory"). חלוקת העלויות הגבוהות לשלבים בהתדיינות המשפטית מאפשרת פשרות מוקדמות גם בתביעות ששוויין נמוך; & Rosenberg

שתביעות ייצוגיות בתחומים של ניירות ערך והגנת הצרכן הן הכרחיות כדי לפצות את הנפגעים וכדי לתת תמריצים ראויים לקיום החוק, שכן בלעדיהן לא תוגש כל תביעה. ככל שסכום התביעה יהיה גבוה יותר כך תהיה הגשת התביעה כדאית יותר עבור התובע. אולם, גם אם סכום זה יהיה גבוה מאוד עדיין יהיו תביעות שלא יוגשו, וזאת עקב סיכוייהן הנמוכים להצלחה. כאמור לעיל, בארצות-הברית הצליחו חלק מהעולות ההמוניות להבשיל על אף הקושי להצליח בתביעות הראשונות שהוגשו, וזאת באמצעות התארגנות של משרדי עורכי-דין של התובעים, ריכוז תביעות רבות תחת ידם, וניצול הצלחות בודדות (לרבות פסיקת פיזויים עונשיים) לצורך הגשת תביעות נוספות והגשת פשרות גבוהות בתביעות אלה. בישראל לא התרחשה התפתחות דומה עקב ההבדלים בדין המהותי והדיוני, באופן ארגון משרדי עורכי-הדין, ובגלל מספרם המועט, ביחס לארצות-הברית, של הנפגעים מעולות המוניות.<sup>156</sup> היעדר התביעות והפשרות הנמוכות שהושגו באותן תביעות שהוגשו מעיד, כאמור, על כך ששוויין הצפוי של תביעות אינדיבידואליות בגין עולות המוניות בישראל היה נמוך עד כה בהשוואה לעלויות הכרוכות בניהולן.

אולם, גם כשערכה הצפוי של כל תביעה מצדיק את הגשתה בדרך של תביעה אינדיבידואלית, יהיה ערך זה נמוך בהרבה מזה שניתן לצפות לו בתביעה ייצוגית. הסיבה היא שהנתבע נהנה מ"יתרונות לגודל" גם ללא ריכוז פורמלי של התביעות בתביעה ייצוגית אחת, והשקעתו בתביעה תהיה לפיכך גבוהה בהרבה מהשקעתו של כל אחד מן התובעים. מאחר שהנתבע עומד בפני מספר רב של תביעות, השקעתו בכל אחת מן התביעות ניתנת למימוש ביתר התביעות.<sup>157</sup> כך, למשל, מחקר משפטי בשאלת הקשר הסיבתי במצב שבו לא ניתן לזהות את גורם הנזק מתוך קבוצה של גורמים אפשריים, או ממצאים שנמצאו במחקר מדעי או בחקירת מומחה, ישרתו את הנתבע לא רק בתביעה הראשונה שלשמה נערכו כי אם גם ביתר התביעות. באופן דומה, הסכומים שהנתבע יהיה מוכן להשקיע בכל תביעה יעלו על אלו שהיה מוכן להשקיע אילו הייתה זו התביעה היחידה באותה עילה, שכן התועלת מכל יתרון ששיגי יוכפל במספר התביעות. דהיינו: לא רק שההשקעה במחקר משפטי או במחקר מדעי תשרת את הנתבע בכל התביעות והוא לא יידרש לבצעה בכל פעם מחדש, השקעה זו תהיה גדולה הרבה יותר מההשקעה שהיה משקיע הנתבע בכל תביעה בנפרד. הנתבע יהיה מוכן להשקיע בהגנה בכל תביעה אף באופן העשוי להיראות "לא כלכלי" מנקודת המבט של אותה תביעה – ובלבד שיטיל עלויות גבוהות על התובע וירתיע תובעים נוספים מלתבוע. לכן, מצבו

Shavell, הערה 111 לעיל, בעמ' 3 (יכולתם של תובעים לכפות עלויות גבוהות על הנתבעים מיד עם פתיחת ההליך מאפשרת להם לסחוט פשרות).

156 ראו פרק ב.2 לעיל.

157 טיעון זה מבוסס בעיקרו על David Rosenberg, "Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't," 37 *Harv. J. on Legis.* 393 (2000) (להלן: Rosenberg, Mass Tort); David Rosenberg, "Mandatory Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases," 115 *Harv. L. Rev.* 831 (2002).

של נתבע שמוגשות כנגדו תביעות אינדיבידואליות רבות באותו עניין הוא כמצבו של מי שנתבע בתביעה ייצוגית דה-פקטו. תמריצו, השקעתו והתנהגותו יהיו דומים לאלה שהיו אילו היה נתבע בתביעה ייצוגית. כתוצאה מכך יהיו סיכויי ההצלחה של הנתבע בכל אחת מן התביעות גבוהים יותר מאשר היו אילו לא נהנה מן היתרונות הללו לגודל. התובעים, מנגד, אינם נהנים מ"איחוד תביעות דה פקטו" שמהן נהנה הנתבע, ולכן אינם נהנים מהיתרונות העומדים לו. למעשה, ריבוי התביעות הדומות מביא כל אחד מן התובעים להשקיע פחות משהיה משקיע אילו תבע לבדו, וזאת בשל בעיית ה-Free Rider. לכל תובע יש תמריץ להשקיע בתביעתו מה שפחות ולנצל את פירות השקעתם של תובעים אחרים. בעיה זו מוכרת מתחומים אחרים בהם נדרשת פעולה קיבוצית (Collective Action) ללא מכשיר לתיאום ולמחויבות הדדית בין חברי הקבוצה.<sup>158</sup> למרות שניתן ליצור תיאום בין התובעים השונים ועורכי-דינם, ביסוסה של מערכת שתוודא קיום התחייבותו של כל תובע להשקיע בתביעתו ולא לחכות לאחרים אינו דבר של מה בכך, והוא קשה יותר ככל שמספר עורכי-הדין המעוניינים בייצוג גדול יותר. כמו כן, מובן שערכן הראייתי של עדויות רבות ועקביות בדבר אחריות הנתבע גדול יותר מערכן של עדויות בודדות. יתרה מכך: במקרים רבים של עוללות המוניות נדרשת הצלבה בין עדויותיהם של תובעים שונים, שלאף אחד מהם אין מידע מלא באשר לנסיבות הקשורות בתביעתו (למשל: בנוגע לנהלי הבטיחות של הנתבע במקרים שבהם לא קוימו נהלים אלה, או קיומו של רצף אירועים דומים וחוזרים המעידים על אחריות הנתבע). על אף שניתן להעיד כל אחד מן התובעים הפוטנציאליים בכל אחת מן התביעות, הקשיים הנובעים מחוסר תיאום ובעיות ה-collective action ימנעו זאת במקרים רבים.

יתרונו של נתבע המנהל תביעה ייצוגית דה-פקטו מחד גיסא, ובעיית ה-collective action שממנה סובלים התובעים מאידך גיסא, יהיו משמעותיים יותר ככל שיגדל משקלם של אותם עניינים הדורשים טיעון והוכחה, שהשקעה בהם בתביעה אחת מביאה לחיסכון גדול יותר בתביעות מאוחרות. כך, השקעת משאבים באיתור ראיות ובמחקר משפטי הינה השקעה חד-פעמית המניבה פירות בתביעות כולן, בעוד שעלויות שוטפות הכרוכות בהגשת מסמכים, בתשלום לעדים ובהשקעת זמנם של עורכי הדין

158 להצגה תיאורטית של בעיית ה-Collective Action ראו M. Olson, *The Logic of Collective Action – Public Goods and The Theory of Groups* (2d ed., 1971) לדיון בבעיה זו בתחום דיני הגנת הצרכן ראו בר-ניב (בוורנובסקי), הערה 8 לעיל, בעמ' 253; בתחום דיני החברות ראו זוהר גושן, "הצבעה אסטרטגית בדיני חברות: מדיקטטורה לדמוקרטיה", **משפטים** כג 109, 116-117 (תשנ"ד); אגמון ולחמן-מסר, הערה 8 לעיל, בעמ' 563; בתחום הנויקין ראו פורת, הערה 20 לעיל, בעמ' 352-353; ובתחום דיני המקרקעין ראו חנוך דגן, "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת", **עיוני משפט** כ 45, 80-84 (תשנ"ו); אירית חיב-סגל, "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין", **עיוני משפט** כא 449, 467-468 (תשנ"ח). לניתוח בעיה זו כהצדקה לתביעה הייצוגית ראו Stephen C. Yeazell, "Litigation as Collective Action," *U. Ill. L. Rev.* 43 (1989).

המופיעים במשפט נדרשות בכל תביעה. לפיכך, ככל שהשאלות הראייתיות והמשפטיות יהיו מורכבות יותר, כך יגדל יתרונו של הנתבע.

תפקידה של התביעה הייצוגית יהיה, לכן, לאזן בין כוחם של הצדדים לתביעה. ריכוז התביעות כולן בתביעה אחת המנוהלת על ידי עורך-דין אחד תפתור את בעיות ה-collective action בצד התובעים ותגדיל את תמריצי ההשקעה שלהם בתביעה. התביעה הייצוגית תעמיד את התובעים והנתבע על קרקע שווה ותאפשר הליך יעיל וצודק יותר, היכול להשיג את מטרת ההרתעה והפיצוי באופן מדויק.<sup>159</sup>

### (ב) השונות בתביעות אינדיבידואליות בגין עולות המוניות

יתרונו של הנתבע על פני התובעים בתביעות אינדיבידואליות בגין עולות המוניות תלוי במשקלן של השאלות המשותפות לכל התובעים, שבהן יכול הנתבע לנצל את יתרונותיו לגודל, ובמספר התובעים שכנגדם הוא יכול לנצל יתרון זה. כדי להדגים נקודה זו נניח, שבהשקעה של 20 יכול הנתבע לשפר את סיכוייו להצליח בשאלות הנוגעות לקשר הסיבתי בין עישון לבין מחלת הסרטן ב-10% (למשל: באמצעות מימונו של מחקר שיציב על היעדר קשר סיבתי כזה). בהנחה שזקו של כל תובע חולה סרטן הוא 10, ישקיע הנתבע את ההשקעה האמורה רק אם מספר התובעים גדול מ-20, שכן תוחלת התועלת מאותו מחקר עבור הנתבע הינה 1 בגין כל תובע. לכן, כאשר מספר התובעים גדול מ-20 יהיו סיכוייו של כל אחד מהם קטנים ב-10% בהשוואה לסיכוייו אילו היה מספר התובעים קטן מ-20. ככל שמספר התובעים יהיה גדול יותר יגדלו סיכויי הנתבע לנצח בכל תביעה ותביעה.

כך, למשל, בתביעות כנגד חברות הסיגריות, שאלות הנוגעות לידיעתם של הנתבעים אודות התוצאות השליליות העלולות להיגרם מעישון, לחובתם להזהיר באשר לסכנות אלה, לקשר הסיבתי בין עישון לבין מחלות ונזקים שונים ולאחריותם בעילות שונות, נזיקיות וחוזיות, משותפות לכל התובעים. שאלות אחרות, הנוגעות להסתמכותם של התובעים על פרסומי הנתבעים, לאשמם התורם, לנזקייהם ולגורמים השונים לנזקים אלה, הן שאלות המיוחדות לכל אחד מן התובעים. מספר קטן של תובעים לא היה מצדיק השקעת משאבים מצד הנתבע בשאלות המשותפות מאחר שמסגרת השאלות שאינן משותפות, ודורשות השקעה ספציפית בכל תביעה לגופה, הינה רחבה; אולם,

159 השוויון בין הצדדים להליך המשפטי כזכות הנגזרת מזכות הגישה לבית המשפט טרם זכה לדיון מעמיק בפסיקה ובספרות בארץ. באנגליה, למשל, קובע כלל 1.1(2) ל-Civil Procedure Rules כי:

“Dealing with a case justly includes:

(a) ensuring that the parties are on an equal footing.”

זאת על פי מסקנותיו של הלורד וולף, שעל פיהן שונו כללי הפרוצדורה באנגליה: Harry Woolf, *Access to Justice* 2-12 (1996). ראו גם John Leubsdorf, “Constitutional Civil Procedure,” 63 *Tex. L. Rev.* 579, 611 (1984).

מאחר ומספר התובעים הפוטנציאליים כנגד חברות הסיגריות הינו גדול, היתרון שקונה הנתבע לגבי אותן שאלות המשותפות לתובעים ניתן למימוש בכל התביעות המוגשות נגדו, והוא יכול לאפשר הכרעה לטובתו בסיכוי גבוה יותר בכל אחת מאותן תביעות – סיכוי שהוא גבוה בהרבה מזה שהיה אילו היה שוויון בין הצדדים.

לפיכך, השונות בין התובעים בגין עוולות המוניות אינה שוללת, כשלעצמה, את יתרונותיה של התביעה הייצוגית לדון בעוולות אלה במרוכז.<sup>160</sup> יש לבחון את מסגרת השאלות המשותפות ולשקללן במספר התביעות שבהן ינוצלו היתרונות הנובעים מן הזהות באותן שאלות. ככל שמספר התביעות גדול יותר כך תגדל יכולתו של הנתבע לנצל את יתרונותיו מאיחוד התביעות "דה פקטו", כשהן מנוהלות כתביעות אינדיבידואליות.<sup>161</sup>

כאשר מדובר באסונות ותאונות המוניים, רובן של השאלות העובדתיות והמשפטיות משותף לכלל התובעים, למעט שאלות הנוגעות לנזקו של כל תובע. לכן, מספר נמוך יותר של תובעים יצדיק לנהל את התביעות בדרך של תביעה ייצוגית, אולם זאת בתנאי שהנתבע אכן רוכש יתרון לגודל מדיון חוזר באותן שאלות משותפות – דהיינו: שהתשואה להשקעתו בשאלות אלה בתביעה אחת מוחזרת גם בתביעות אחרות. כאשר לעוולות חשיפה המונית, הרי כאן מספר השאלות שהתשובה להן שונה בין תובע לתובע אמנם גדול יותר, אולם מספרם הגדול של התובעים ומורכבותן של השאלות המשותפות להם עשויים להביא ליתרון משמעותי העומד לנתבע ולהצדיק דיון מאוחד בשאלות אלה, על אף הצורך לברר את נזקו של כל תובע בהליכים נפרדים.<sup>162</sup> מאחר שהתובעים בישראל אינם יכולים להתגבר על נחיתותם בדרכים הדומות לאלה שנוצלו בארצות-הברית כדי להביא להבשלתן של עוולות המוניות, כמתואר לעיל, הצורך בתביעה הייצוגית לאיזון כוחות התובעים והנתבעים הוא גדול אף יותר.

160 גם בתביעות על פי חוקי התביעות הייצוגיות אין דרישה שכל השאלות של עובדה ומשפט יהיו משותפות לתובעים, כי אם רק "שהיסוד המשותף משמש מרכיב מהותי בהתדיינות" – עניין **טצת**, הערה 71 לעיל, בעמ' 788. ראו גם עניין **רייכרט**, הערה 64 לעיל, בעמ' 296. לפי הגישה המתוארת בטקסט, התשובה לשאלה מתי יהיה היסוד המשותף מרכיב מהותי בהתדיינות נגזרת גם מהיתרון שקונה לו הנתבע מדיון בשאלה זו בתביעות אינדיבידואליות במקום בתביעה ייצוגית.

161 לסקירה תמציתית של ההסדרים השונים לעניין הוכחת הנזק בדין האמריקני ראו עניין **א.ש.ת.**, הערה 7 לעיל, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

162 גם כאן מקבלים הדברים משנה תוקף בישראל, בהשוואה לארצות-הברית, שכן במקרים רבים הקביעה שם שמשקלן של השאלות המיוחדות לכל תובע עולה על היתרונות בדיון מרוכז בשאלות המשותפות נבעה מהמשטרים המשפטיים השונים בין המדינות שבתוך ארצות-הברית בנוגע למשטר האחריות, האפשרות לאשם תורם, קביעת אחריות קיבוצית ופיצויים עונשיים – שונות שכמובן אינה קיימת בישראל. לדיון בשאלות ברירת הדין בתביעות רבות משתתפים בארצות-הברית, ולטענה כי אין בשאלות אלה כדי למנוע אישורן של תביעות כייצוגיות, ראו Larry Kramer, "Choice Of Law In Complex Litigation," 71 *N. Y. U. L. Rev.* 547 (1996); Ryan P. Phair, "Resolving the 'Choice-of-Law Problem' in Rule 23(b)(3) Nationwide Class Actions," 67 *U. Chi. L. Rev.* 835 (2000).

**(ג) חיסכון בעלויות אדמיניסטרטיביות**

אחד מיתרונותיה של התביעה הייצוגית הוא החיסכון בעלויות אדמיניסטרטיביות הכרוכות באיתור התובעים, במינוי עורכי-הדין עבורם ובניהול תביעותיהם. חסכון זה הוא משמעותי, כאמור,<sup>163</sup> כאשר תביעות אינדיבידואליות היו מוגשות ללא התביעה הייצוגית, בין בדרך של תביעות נפרדות ובין בדרך של איחוד תובעים. לכן, כשסכומה של כל תביעה אינדיבידואלית הוא גבוה וסיכויי ההצלחה של כל תובע מספיקים כדי שיגיש את התביעה לבדו, יבוא לידי ביטוי החיסכון הנובע משימוש בתביעה הייצוגית, וחסכון זה יהיה משמעותי יותר ככל שמספר התובעים גדול יותר. זה יהיה המצב בעיקר באסונות ובתאונות המוניים בסדר גודל שטרם התרחש בישראל. בכל הנוגע לעולות חשיפה המונית, יש להניח שבישראל, בניגוד לארצות-הברית, תביא האפשרות להגשת תביעה ייצוגית להגדלת העומס על בתי המשפט ולא להפחתתו, שכן מספר התביעות המוגשות בעולות אלה כיום הוא נמוך.

**(ד) חדלות פירעון של הנתבע<sup>164</sup>**

אחת הבעיות הקשות במקרים שבהם נזקיו של כל תובע גבוהים הינה שנכסיו של הנתבע עלולים שלא להספיק כדי לפצות את כל התובעים במלוא נזקם. במקרים כאלה יוצאים מי שתבעו ראשונים נשכרים, שכן הם מפוצים על כל נזקיהם, בעוד מי שתבעו מאוחר יותר עומדים בפני שוקת שבורה וקופה ריקה, וחלקם כנושים בהליך פשיטת הרגל או הפירוק של הנתבע חדל-הפירעון הוא אפסי. על אף שמשיקולי הרתעה אין משמעות לאופן שבו מחולקים נכסיו של הנתבע בין התובעים הפוטנציאליים, שיקולים של פיצוי וביטוח דורשים חלוקה שוויונית בין התובעים השונים בזמן, בהנחה שנזקם זהה.

כדי להדגים זאת נניח שיש נפגע פוטנציאלי, שאינו יודע אם נזקו יתממש בתקופה 1 או בתקופה 2.<sup>165</sup> אותו נפגע פוטנציאלי נשאל להעדפתו בין שתי תוכניות פיצוי

163 ראו הטקסט הסמוך להערות 79-84 לעיל.

164 פתרון אפשרי במקרים שבהם עומד הנתבע בפני חדלות-פירעון הינו ריכוז כל התביעות דרך הליכי פירוק של החברות הנתבעות. הליכים אלה דומים להליכי תביעה ייצוגית ביכולתם לתת פתרון כולל ומחייב לכל התביעות, בהווה ובעתיד, שיסודן במעשים שבעבר, אולם היוזמה להם צריכה לבוא בדרך כלל מצד הנתבעים. לדיון בפירוק כמכשיר לריכוז תביעות בגין עולות המוניות ראו Note, "The Manville Bankruptcy: Treating Mass Tort Claims in Chapter 11 Proceedings," 96 *Harv. L. Rev.* 1121 (1983); Mark J. Roe, "Bankruptcy and MassTort," 84 *Colum. L. Rev.* 846 (1984). לתאור של שני מקרים שבהם נעשה שימוש בהליכי פירוק ראו Marianna S. Smith, "Resolving Asbestos Claims: The Manville Personal Injury Trust," 53 *L. & Contemp. Probs.* 27 (1990); Gorgene Vairo, "The Dalkon Shield Claimants Trust: Paradigm Lost (Or Found)?," 61 *Fordham L. Rev.* 617 (1992).

165 במקרה הפשוט ביותר הסיכוי להתממשות הנזק בכל תקופה הוא 0.5.

עתידיות: האחת מפצה אותו ב-100, מלוא נזקו, אם התממש בתקופה 1 ואינה מפצה אותו אם נזקו התממש בתקופה 2, והאחרת מפצה אותו ב-50 אם נגרם לו נזק, ללא תלות בעיתוי התממשות הנזק. נפגע שהוא שונא סיכון יעדיף את התכנית השנייה, המעניקה לו פיצוי בטוח של 50, על פני התוכנית הראשונה, הנותנת לו סיכוי לפיצוי מלא וסיכון להיעדר פיצוי כלל.

שיקולים דומים דורשים שסכום הפיצוי הכולל יחולק רק בין מי שנזקיהם גדולים, בעוד שאלה שסובלים מנזקים קלים לא יפוצו. לדוגמא, נניח שהנפגע הפוטנציאלי יודע שנזקו יתממש בתקופה 1, אולם אינו יודע אם נזקו יהיה 100 או 50.<sup>166</sup> הוא נשאל להעדפתו בין תוכנית פיצוי המפצה אותו ב-50 אם נזקו הוא 100 (כך שהנזק הבלתי-מפוצה הוא 50) ואינה נותנת לו פיצוי כשהנזק הוא 50 (גם כאן הנזק הנותר הוא 50), לבין תוכנית הנותנת לו פיצוי של 25 בכל מקרה (ומותירה אותו עם נזק בלתי-מפוצה של 75 כשנזקו האמיתי הוא 100, או עם נזק בלתי-מפוצה של 25 כשנזקו האמיתי הוא 50). נפגע שונא סיכון יעדיף את התוכנית הראשונה, המפצה אותו רק כשנזקו גבוה ומותירה אותו עם נזק קבוע וידוע מראש (50), על פני התוכנית השנייה, הנותנת פיצוי גם למי שנזקו נמוך, ותחתייה חשוף הניזוק הפוטנציאלי לסיכון לנזק של 75 עם סיכוי לנזק של 25 בלבד.<sup>167</sup>

התביעה הייצוגית מאפשרת לדון בכלל התביעות ולחלק את נכסי הנתבע באופן שווה בין התובעים, ולכן מאפשרת תוכנית פיצוי המועדפת על ידי נפגעים פוטנציאליים שאינם יודעים באיזה שלב יתממש מלוא נזקם<sup>168</sup> – בהנחה שהדין המהותי מאפשר לתובעים אלה לתבוע עוד לפני התממשות הנזק.<sup>169</sup> יתרה מכך: התביעה הייצוגית מונעת תחרות וחוסר-שוויון בין התובעים שנזקם התממש בתקופה הראשונה, ומונעת את הריצה לבית המשפט כדי להיפרע ראשון.<sup>170</sup>

מנגד עלולה התביעה הייצוגית להביא לכך שגם תובעים שנזקם קל יזכו לפיצוי גבוה ביחס לנזקיהם. תובעים אלה לא היו זוכים לפיצוי ללא התביעה הייצוגית, שכן עלות

166 גם כאן ההנחה היא לסיכוי שווה לנזק של 100 ולנזק של 50.

167 להסבר מפורט יותר של היחס לסיכון והשפעתו על ההעדפה בין התפלגויות שונות של נזקים ראו Shavell, הערה 69 לעיל.

168 בארצות-הברית משמשים נכסיו המוגבלים של הנתבע עילה להגשת התביעה הייצוגית, לפי Rule 23(1)(B), ואז אין התביעה צריכה לעמוד בדרישות ה-predominance וה-superiority, וכן אינה מאפשרת לתובעים המיוצגים להוציא את עצמם מן התביעה. לדיון באפשרות המוגבלת לשימוש בחלופה זו בעוולות חשיפה המונית ראו עניין Ortiz, הערה 154 לעיל.

169 ראו הטקסט הסמוך להערות 45-47 לעיל.

170 לניתוח מפורט של בעיית התחרות בהגעה לבית המשפט והשפעותיה על התמריצים והסיכוי לפשרה ראו Kathryn E. Spier, "Settlement with Multiple Plaintiffs: The Role of Insolvency," 18 *J. L. Econ. & Org.* 295 (2002); Thomas J. Miceli & Kathleen Segerson, "Do Exposure Suits Produce a 'Race to File'? An Economic Analysis of a Tort for Risk," (University of Connecticut Economics working paper, 2001).



ניהולה של התביעה האינדיבידואלית היה מונע מהם לתבוע, ולכן בא פיצויים על חשבון אלה שנזקם קשה.

לכן, יתרונותיה של התביעה הייצוגית תלויים ברמת ההטרונגניות בין שיעור הנזקים של הנפגעים השונים, וביכולת למנוע פיצוי יתר של מי שפגיעתם קלה או של מי שנזקם התממש ראשון. ככל שנזקיהם של התובעים אחידים יותר, וככל שהתביעה הייצוגית מאפשרת פיצוי הולם ושוויוני יותר, בתלות בשיעור הנזק, כך יהיו יתרונותיה גדולים יותר.

לעומת זאת, לעתים עלולה התביעה הייצוגית להגדיל את הסיכון לחדלות פירעון של הנתבע. בעוד שבמשטר של תביעות אינדיבידואליות היו התביעות מוגשות לאורך תקופת זמן ארוכה, ורק על ידי נפגעים שנזקם התברר כגבוה, הרי שתחת תביעה ייצוגית ירוכזו התביעות כולן במועד אחד, גם של תובעים שנזקם טרם התממש ושהסיכוי להתממשותו נמוך (בהנחה שתעמוד להם זכות תביעה על פי הדין המהותי). נניח לדוגמא, שלנתבע זרם הכנסות צפוי של 100 בכל תקופה, וישנם שני תובעים – האחד שנזקו בגובה 100 והאחר שיש לו סיכוי של 0.5 להתממשות נזק בגובה 100 בתקופה הבאה. הנתבע יכול לפצות את התובע הראשון, וכן את התובע השני באם וכאשר נזקו יתממש; אבל אם שניהם יגישו את תביעותיהם יחד בתקופה הראשונה, ערך תביעותיהם יהיה  $150^{171}$  – והנתבע לא יוכל לשלם ערך זה במלואו. זה יהיה המצב במקרים רבים של עולות חשיפה המונית, כשזמן ה"דגירה" של הנזק משתנה בין התובעים. במקרה כזה עדיף לנהל את התביעות בנפרד לא רק משיקולים של פיצוי אלא גם משיקולי הרתעה. נתבע שיכול היה לעמוד בפריסת התביעות על פני זמן, והיה לפיכך נושא במלוא הנזק שגרם, לא יהיה מסוגל לשלמן במועד אחד. מאחר שהנתבע יצפה תוצאה זו יש סבירות שינקוט אמצעי זהירות מעטים מדי, בידעו שחבותו מוגבלת ממילא.<sup>172</sup> יש לשים לב לקשר ההדוק בין אפשרות התביעה הניתנת לתובעים עתידיים על פי הדין המהותי, לבין האפשרות הדיונית לרכז את תביעותיהם בתביעה הייצוגית. כל עוד אין הדין המהותי נותן לתובעים אלה זכות תביעה, ממילא אין נפקות לאפשרות להכניסם תחת מטריית התביעה הייצוגית, והתוצאות של פריסת התביעות לאורך זמן – הן החיוביות והן השליליות – הן מחויבות. רק אם הדין המהותי מאפשר תביעות של תובעים עתידיים עולה השאלה האם יש לאפשר את ריכוז תביעותיהם עם התובעים שנזקם כבר התממש. בעוד זכותו של התובע על פי הדין המהותי אינה יכולה להיות תלויה בנכסי הנתבע, מאפשר המכשיר הדיוני של התביעה הייצוגית גמישות רבה יותר, שיש להשתמש בה לפי הקווים האמורים לעיל.

171 ערך תביעתו של תובע 1 הוא 100, וערכה הצפוי של תביעתו של תובע 2 שווה ל  $0.5 \cdot 100 = 50$ .  
 172 לניתוח ההשפעה של חדלות-הפירעון של הנתבע על מטרות ההרתעה והביטוח בדיני הנזקין ראו S. Shavell, "The Judgment Proof Problem," 6 *Int'l Rev. L. & Econ.* 45 (1986).

## **2. בעיות נציג וסחטנות בתביעה הייצוגית בגין עוולות המוניות והשפעתן על יעילותה בהשגת הרתעה ופיצוי**

המסקנה מהדיון בסעיף הקודם היא שסכום התביעה הגבוה בתביעות האינדיבידואליות בגין עוולות המוניות והשוונות ביניהן אינם שוללים, על פני הדברים, את איחודן בתביעה ייצוגית. ערכן הצפוי של תביעות אלה יכול להיות נמוך באופן שימנע את הגשתן עקב סיכויי הצלחתן הנמוכים, ואילו גם כשערך זה יהיה גבוה דיו, ותביעות אינדיבידואליות יוגשו – עדיין יסבלו התובעים מנחיתות הנובעת מיכולתו של הנתבע לרכז את השקעותיו ולנצל את איחוד התביעות דה פקטו לגביו, יכולת שאינה קיימת לתובעים הדנים בתביעותיהם בנפרד. לעניין זה, משקלן של השאלות העובדתיות והמשפטיות המשותפות, שלגביהן עלול הנתבע לנצל את יתרונותיו לגודל, תלוי לא רק במספרן של שאלות אלה ביחס למספר השאלות המיוחדות לכל תובע, כי אם גם במספר התובעים שלהם משותפות אותן שאלות. יתרונותיו לגודל של הנתבע בתביעות נפרדות בגין עוולות המוניות עשויים, לפיכך, להצדיק את ניהולן של תביעות אלה במרוכז בתביעה ייצוגית אחת, גם כשסכומה של כל תביעה גבוה וכשיש שאלות רבות המיוחדות לכל תביעה. גם כשאין הנתבע נהנה מיתרון כאמור, עשויה התביעה הייצוגית לחסוך בעלויות אדמיניסטרטיביות הכרוכות בניהול תביעות רבות ודומות, והיא יכולה גם לסייע בחלוקה שוויונית ויעילה בין נפגעים בהווה ובין נפגעים עתידיים, במקרים בהם הנתבע עלול להיות חדל פירעון.

אולם, כדי להעריך נכונה את השאלה האם ראוי לאפשר תביעה ייצוגית בגין עוולות המוניות יש לבחון גם כיצד משפיעים מאפייניהן המיוחדים של תביעות בגין עוולות אלה על בעיות הנציג והסחטנות, וכתוצאה מכך על יכולתן של תביעות ייצוגיות להשיג את מטרת ההרתעה והפיצוי בעוולות אלה. סעיף זה מצביע על כך שבעיות הנציג והסחטנות עלולות להתברר כמשמעותיות, בעיקר בתביעות בגין עוולות חשיפה המונית.

### **(א) בעיות נציג, פשרות נמוכות וקנוניות**

בעיות הנציג העוללות להביא לפשרות המושגות בדרך של קנוניה, והמגבלות על יכולת הפיקוח וההערכה של בתי המשפט, קיימות בכל תביעה ייצוגית, אולם חומרתן משתנה בהתאם למאפיינים המיוחדים לכל תביעה. מאפייניהן המיוחדים של תביעות בגין עוולות חשיפה המונית מצביעים על כך שהחשש מפשרות נמוכות הוא גדול יותר בתביעות אלה בהשוואה לתביעות בעילות שבהן ניתן לתבוע בתביעה ייצוגית כיום, לפי חוקי התביעות הייצוגיות. לעומת זאת, יש לצפות שחומרתן של בעיות אלה תהיה נמוכה בהרבה בתביעות בגין תאונות ואסונות המוניים. המאפיין העיקרי המבחין בין שני סוגי העוולות ההמוניות – אירוע הנזק לכלל התובעים במועד אחד בתאונות ואסונות המוניים, ופריסתו והתממשותו לאורך זמן רב ולאחר תקופות דגירה משתנות בעוולות חשיפה המונית – הוא שאחראי לחומרה השונה של בעיות הנציג בעוולות

אלה. הבדל זה משפיע על תמריציהם של הנתבע ונציגי התובעים להסכים לפשרות נמוכות, ועל יכולתו של בית המשפט לאתר פשרות אלה, כמפורט להלן.

רבים מהנפגעים בעוולות חשיפה המונית אינם מודעים למלוא חומרתה של פגיעתם; הם בגדר תובעים עתידיים. נקודת המוצא בדיון להלן תהיה כי לתובעים העתידיים יש זכות תביעה. כאמור לעיל, נקודת מוצא זו שונה מן הדין הנוהג כיום, אולם קיימים סימנים בפסיקה לכך שזכות תביעה כזו עשויה להיות מוכרת בעתיד.<sup>173</sup> לאחר שתוצג הביעיתיות הנובעת מייצוגם של תובעים אלה בתביעה ייצוגית אחת עם תובעים שנוקם כבר התממש, תיבחן האלטרנטיבה שלפיה תיוחד התביעה הייצוגית לתובעים הנוכחיים בלבד, בין מכוח הדין המהותי ובין מכוח התנאים לאישור התביעה כייצוגית.

מאחר שהתובעים העתידיים אינם עומדים בפני בית המשפט ואף לא ניתן ליידעם באשר לתביעה, יש צורך להעריך את מספרם ואת נזקייהם ללא ראיות קונקרטיות אלא רק על סמך ספקולציות סטטיסטיות, שביסוסן המדעי הינו קלוש במקרים רבים. תשתית עובדתית מספקת להערכת היקף הנזקים הכולל תחסר במקרים רבים אף לאחר ניהול התביעה, ועל אחת כמה וכמה ניכר חסרונה בשלב הדיון בבקשה לאישור התביעה כייצוגית.<sup>174</sup> יתרה מכך: גם תובעים שאותם יכול בית המשפט לזהות עשויים לפתח בעתיד מחלות שלקיומן אין הם מודעים במועד הגשת התביעה, ולפיכך גם הם בגדר תובעים עתידיים לגבי אותם מחלות ונזקים.<sup>175</sup>

הקשיים בהערכת נזקייהם של התובעים העתידיים יוצרים בעייתיות כפולה. ראשית, לא ניתן להעריך האם סכום הפשרה הכולל המוגש לאישור בית המשפט הינו ראוי בהשוואה לנזקים שהיו נקבעים אילו נוהלה התביעה עד סופה, בין במיוחד ובין בהליכים אינדיבידואליים. שנית, לא ניתן להעריך האם סכום הפשרה הכולל מחולק באופן ראוי בין התובעים הקיימים לבין התובעים העתידיים, בהינתן זכויותיהם ונזקייהם הצפויים. בעיות אלה עמדו במרכזן של שתי החלטות שנתן בית המשפט העליון בארצות-הברית – בעניין *Amchem*<sup>176</sup> ובעניין *Ortiz*.<sup>177</sup> בשתייהן הוגשו תביעות ייצוגיות

173 ראו הטקסט הסמוך להערות 45-47 לעיל.

174 לדיון בבעיה זו ראו Hazard, הערה 16 לעיל, בעמ' 1906-1912.

175 בעיה נוספת בהערכת מספר התובעים הפוטנציאליים היא שמספר זה תלוי ביחס שבין העלות הכרוכה בהשגת פיצוי לבין הפיצוי הצפוי. "גמישות" הביקוש לתביעות משתנה בהתאם לנסיבות, וכאשר היא גבוהה – שינויים קלים בעלות השגת הפיצוי עבור כל תובע מיוצג (לאחר הכרעה בשאלת האחריות) יגררו שינויים משמעותיים במספר התובעים שידרשו פיצוי. לכן, גמישות גבוהה תהפוך את הערכת מספר התובעים לספקולטיבית עוד יותר. כך, למשל, בתביעות שתלי הסליקון, גמישות גבוהה של הגשת התביעות לאחר פשרה כוללת שהושגה הביאה לדילול מוחלט של הקרן שיועדה לפיצוי הנפגעות. ראו Richard A. Nagareda, "Outrageous Fortune and the Criminalization of Mass Torts," 96 *Mich. L. Rev.* 1121, 1137-1145 (1998).

176 ראו הערה 3 לעיל.

177 ראו הערה 155 לעיל.

לבתי המשפט הפדרליים לאישור לצורך פשרה בלבד, מתוך כוונה להגיע לפתרון כולל של תביעות אסבסט שהוגשו כנגד הנתבעים באותן תביעות, שיחסום את האפשרות לתביעות בעתיד.

בעניין *Amchem* אישר בית המשפט בערכאה ראשונה פשרה בתביעה ייצוגית לפיצויים, לפי Rule 23(b)(3). בית המשפט העליון קבע כי לא התקיימו דרישות ה-Predominance, הקבועה באותו כלל, והדרישה לייצוג הוגן ונאותה הקבועה ב-Rule 23(a)(4). בהסתמכו על פסיקת בית המשפט לערעורים קבע בית המשפט העליון:

As the Third Circuit pointed out, named parties with diverse medical conditions sought to act on behalf of a single giant class rather than on behalf of discrete subclasses. In significant respects, the interests of those within the single class are not aligned. Most saliently, for the currently injured, the critical goal is generous immediate payments. That goal tugs against the interest of exposure-only plaintiffs in ensuring an ample, inflation-protected fund for the future.<sup>178</sup>

לגישת בית המשפט העליון, ניגוד האינטרסים בין התובעים שנוקיהם התממשו לבין התובעים העתידיים שנוקיהם טרם מצאו ביטוי ממשי על אף שנחשפו לסכנות האסבסט, הוא ששלל את האפשרות לייצוג הוגן ונאות, וזאת בהיעדר מנגנוני הגנה מובנים כגון פיצול הקבוצה לתתי-קבוצות ומינוי עורך-דין ונציג לכל אחת מהן. בעניין *Ortiz* אישר בית המשפט בערכאה ראשונה פשרה בתביעה ייצוגית לפיצויים, אולם הפעם לפי Rule 23(b)(1)(B) שאינו מאפשר לחברים בקבוצה לפרוש מן התביעה, על יסוד הטענה שמדובר בקרן מוגבלת אותה יכולים התובעים השונים לנצל. גם כאן, כמו בעניין *Amchem*, כללה הפשרה את כל התובעים העתידיים שטרם הגישו את תביעותיהם, והוציאה מתוכה את התובעים שכבר תבעו ושפשוט בעניינם הושגו בין אותם צדדים לפשרה בתביעה הייצוגית לפני הגשת הבקשה לאישור הפשרה. בקובעו כי הפשרה אינה עומדת בתנאים לאישורה לפי Rule 23(b)(1)(B) פסק בית המשפט העליון:

Assuming, *arguendo* that a mandatory, limited fund rationale could under some circumstances be applied to a settlement class of tort claimants, it would be essential that the fund be shown to be limited independently of the agreement of the parties to the action, and equally essential under Rule 23(a) and (b)(1)(B) that the class

178 עניין *Amchem*, הערה 3 לעיל, בעמ' 626.

include all those with claims unsatisfied at the time of the settlement negotiations, with intraclass conflicts addressed by recognizing independently represented subclasses.<sup>179</sup>

גם כאן הדגש היה על מנגנוני הגנה מבניים במהלך המשא ומתן לפשרה, שבהעדרם חשש בית המשפט העליון מניצולם של חלק מחברי הקבוצה – התובעים העתידיים – לטובת תובעים קיימים.

בית המשפט העליון בארצות-הברית הבהיר שהתנאים לאישור התביעה הייצוגית אינם יכולים להתקיים בפשרה הכוללת תובעים עתידיים, בהיעדר הגנות מובנות בהליך המשא ומתן, שיושגו באמצעות פיצול הקבוצה לתתי-קבוצות וייצוג קבוצת התובעים העתידיים בנפרד.<sup>180</sup> אולם, קל לראות שגם הגנות אלו יתקשו להבטיח פשרה הוגנת וראויה, מהסיבה הפשוטה שקבוצת התובעים העתידיים אינה יכולה לפקח על נציגיה או על הפשרה הכוללת שהשיגו עבורה. בעיות הנציג אינן נעלמות עם מינויים של נציגים מיוחדים לתובעים העתידיים, כי אם מועתקות ליחסים שבין נציגים אלה לבין התובעים שהם מייצגים. אותם נציגים יעדיפו להסכים לפשרה נמוכה שבה יזכו לשכר טרחה גבוה דיו, במקום להמשיך בניהול התביעה בשם לקוחות שאינם עדיין בנמצא וממילא אינם יכולים לפצות את עורכי-הדין עבור הזמן והמאמץ שהם משקיעים.

פסק הדין בעניין *Ortiz* מדגים בעיה נוספת בעולות חשיפה המונית. נוסף על יכולתו המוגבלת של בית המשפט להעריך נכונה את סך נזקיהם של התובעים העתידיים, מוגבלת אפשרות הפיקוח שלו גם על ידי יכולתו של הנתבע לפצות את עורכי-הדין של התובעים בהווה, על חשבונם של תובעים עתידיים, מבלי שבית המשפט יוכל לשלוט על הפיצוי. הדרך לעשות זאת היא באמצעות הוצאת תביעות אינדיבידואליות מן הקבוצה המיוצגת והגעה לפשרה המעניקה שכר טרחה גבוה לעורכי-הדין בתביעות אלה. מכיוון שאותן תביעות אינן חלק מהתביעה הייצוגית, אין לבית המשפט כל אפשרות להתערב בפשרות שבהן, ולעתים אף אין הוא מודע לקיומן.<sup>181</sup> לכן, אף הגבלת שכר הטרחה בתביעה הייצוגית אינה יכולה להרתיע את נציגי התובעים מקנוניות ומפשרות נמוכות, שכן את שכרם הם מקבלים בתביעות שאינן כלולות בתביעה הייצוגית.

179 עניין *Ortiz*, הערה 155 לעיל, בעמ' 864.

180 לגישה דומה ראו Brian Wolfman & Alan B. Morrison, "Representing the Unrepresented In Class Actions Seeking Monetary Relief," 71 *N. Y. U. L. Rev.* 439, 477-481 (1996).

181 ראו *Coffee*, הערה 36 לעיל, בעמ' 1373-1375, אם כי ניתן לדרוש שעורכי-הדין המייצגים את הקבוצה יהיו חייבים בחובת גילוי באשר לכל פשרה שהיו שותפים בהשגתה בתביעות הקשורות במישורין או בעקיפין בתביעה הייצוגית. הצעת התיקון ל-Rule 23(e)(2) אכן דורשת דיווח כזה. ראו *Report on Rules of Practice and Procedure*, הערה 73 לעיל.

לבסוף, קיומם של תובעים עתידיים בעוולות חשיפה המונית גורם לא רק לקשיים בהערכת שווי התביעה ובשליטה על שכר הטרחה של נציגי התובעים, כי אם מביא גם לתמריצים גבוהים לנתבע להגיע לפשרה כוללת, נמוכה ככל שביכולתו. זאת, בניגוד לתחומים שבהם סכומי התביעות האינדיבידואליות הוא נמוך, שבהם יעדיף הנתבע להילחם באישור התביעה הייצוגית כדי לחסום כל אפשרות מעשית של תביעה כנגדו. אמנם, במועד הגשת התביעה הייצוגית ערכה הצפוי של כל תביעה אינדיבידואלית יהיה בדרך כלל נמוך, אולם התפתחויות עתידיות במדע עשויות להפוך ערך זה לגבוה – למשל, אם יוכח קשר סיבתי בין הגורם המעוול לנזקים הנטענים. כאשר ערכן של תביעות עתידיות עשוי להיות גדול דיו כדי להצדיק את הגשתן בעתיד, יעדיף הנתבע להתפשר בתביעה ייצוגית ולחסום תביעות אלה, ובלבד שהפשרה שישגי תהיה נמוכה מספיק. כדי להדגים נקודה זו נניח שישנם 100 תובעים עתידיים שנוזקו של כל אחד מהם הוא 100, שבסיכוי של 0.1 יוכח בעתיד שנוזקיהם נגרמו על ידי הנתבע, ואילו בסיכוי של 0.9 יוכח שנוזקים אלה לא נגרמו על ידי הנתבע. כמו כן נניח שהוצאות המשפט של כל אחד מתובעים אלה הן 20, ושהם נושאים בהוצאות אלה ללא קשר לתוצאת המשפט.<sup>182</sup> אילו היו תובעים אלה צריכים לתבוע כיום, ערך התביעה עבור כל אחד מהם היה נמוך מהוצאותיו והוא היה נמנע מהגשתה.<sup>183</sup> במקרה זה היה הנתבע מעדיף להתנגד לאישור התביעה כייצוגית, שאז חבותו הכוללת היתה 0. אולם, מאחר והתביעות העתידיות יכולות להיות מוגשות לאחר שתתברר שאלת הקשר הסיבתי, הרי שאם יוכח קשר כזה (באמצעות מחקר מדעי המתנהל ממילא), יהיה ערכה של כל תביעה גבוה יותר מעלויותיה, והיא אכן תוגש. חבותו הצפויה של הנתבע תהיה אז  $1,000 = 10,000 * 0.1$ , והוא יסכים לכל פשרה שהיא נמוכה יותר. כאשר ערכן של תביעות אינדיבידואליות עשוי להיות בעתיד חיובי, נותנת התביעה הייצוגית לנתבע אפשרות לברוח מאחריותו במחיר זול, תוך שהוא חוסם את הדרך בפני תביעות עתידיות.

גם בצד התובעים קיימים תמריצים מוגברים לפשרות נמוכות ולקנוניות. מאחר שיכולתם של עורכי-הדין מצד התובעים לנהל תביעות בגין עוולות חשיפה המונית, על העלויות הגבוהות והסיכון הרב הכרוכים בכך, היא נמוכה, תמריציהם להתפשר עם הנתבע גבוהים – גם בסכומים שערכם עבור חברי הקבוצה המיוצגת נמוכים באופן ניכר מאלו שהיו מצפים להם, בתוחלת, אילו נוהלה תביעתם כראוי. הדברים נכונים עוד יותר בשוק הישראלי, שבו אין משרדי עורכי-דין גדולים מספיק כדי לפזר את השקעתם על פני תביעות ייצוגיות רבות. נתבע החושש מתביעה ייצוגית שתוגש כנגדו יכול להגדיל לעשות, ולבחור אחד מעורכי-הדין שניסיונם ויכולתם לנהל את התביעה נמוכים עוד לפני אישור התביעה כייצוגית, ולהגיש לאישור בית המשפט את הפשרה והתביעה

182 כל הסכומים הינם בערכים מהווניים.

183 ההנחה היא שהסיכוי להוכחת קשר סיבתי הוא הסיכוי לזכייה בתביעה.

הייצוגית במאוחד (בין אם זו מאושרת רק לצורך פשרה ובין אם לאו).<sup>184</sup> כך יכול אותו נתבע להשיג פשרה הנוחה לו במיוחד, תוך שהוא מונע את בחינת עורך-הדין על ידי בית המשפט עד לאחר הגשת הפשרה לאישור במקביל לאישור התביעה כייצוגית, שאז אין לבית המשפט אלא לברך על המוגמר ולאשרו.

לפיכך, בעוולות חשיפה המונית, קנוניות בין נציגי התובעים לנתבע הן לא רק בלתי-נמנעות עקב יכולת הפיקוח וההערכה המוגבלים של בית המשפט, כי אם גם מסתברות, בהינתן התמריצים המובנים בתביעה הייצוגית ומבנה העלויות בתביעות בגין עוולות אלה.

ניתן, כמובן, לצמצם את בעיות הנציג על ידי הגבלת התביעה הייצוגית לתובעים שנוקם כבר התממש, באופן שלא תכלול תובעים עתידיים, ודחיית הדיון בתביעותיהם של אלה, באם יוגשו, לעת שבה יתממש נזקם. הוצאת תובעים עתידיים מן הקבוצה המיוצגת בעוולות חשיפה המונית תצמצם באופן ניכר את שיעור התביעות, את השונות בתוצאותיהן ואת חוסר הוודאות וחוסר האינפורמציה באשר להיקפן. לפיכך, יש בה כדי להקטין את התמריצים לפשרות נמוכות בתביעות מוצדקות, והיא עשויה להגדיל את יכולת הפיקוח של בתי המשפט על תביעות ופשרות המוגשות לאישורו. המאפיין העיקרי של עוולות החשיפה ההמונית – משך החשיפה והדגירה הארוך של תוצאות החשיפה – ינוטרל אז בתביעה הייצוגית המוגבלת שתוגש, וממילא יופחתו האפשרויות לקנוניה בין נציגי התובעים לנתבעים.

אפשרות זו עשויה להיות מוכתבת ממילא על ידי הדין המהותי, שאינו מאפשר כיום לפצות תובעים עתידיים בגין הסיכון שנחשפו אליו, וייתכן שישלול גם פשרה כוללת בתביעה ייצוגית החלה גם על תובעים אלה.<sup>185</sup> מנגד, אם יאפשר הדין המהותי פיצוי

184 תופעה דומה התרחשה במשפט האמריקני וזכתה לכינוי Reverse Auction. ראו Coffee, הערה 36 לעיל, בעמ' 1373-1375.

185 באשר לאפשרות לפיצוי בגין יצירת סיכון ראו פורת, הערה 47 לעיל. כמו כן, מאחר שבעיות הנציג והסיכוי הגבוה לפשרות שיפגעו בזכויותיהם של תובעים עתידיים מביאים לכך שתביעות ייצוגיות בגין עוולות חשיפה המונית עולות כדי פגיעה ממשית בזכותם החוקתית לגישה לבית המשפט, הרי ממילא ייתכן שייצוגם דורש חקיקה ספציפית שתעמוד בתנאים להתניה על זכות זו, ובלעדיה לא ניתן לכלול תובעים אלה בקבוצה המיוצגת. שאלה היא האם על פי הדין הקיים יכולים תובעים עתידיים להיות מיוצגים על פי חוקי התביעות הייצוגיות או תקנה 29. לכאורה, הדרישה להודעה פומבית ומתן האפשרות לכל תובע להודיע על רצונו שלא להיכלל בקבוצה המיוצגת, הקיימים ברוב חוקי התביעות הייצוגיות, מעידים על כך שתובעים עתידיים – שאותם לא ישרתו דרישות אלה – אינם יכולים להיכלל בקבוצה המיוצגת. אולם, גם בארצות-הברית, שם הדרישה היא להודעה אישית לאותם חברים בקבוצה שניתן לזהותם במאמץ סביר (ראו *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 175 (1974)), לא שלל בית המשפט העליון את האפשרות לייצוג תובעים עתידיים, אלא דרש לקיים מנגנונים שיגנו על זכויותיהם. יש לציין גם כי על אף ההכרה בזכות הגישה לבית המשפט כזכות חוקתית, חלוקה הפסיקה באשר למקורה של זכות זו. ראו הערה 85 לעיל. למחלוקת זו נפקות בשאלה האם וכיצד ניתן להתנות על הזכות, בעיקר מאחר שאם

בגין יצירת סיכון, ייתכן שאי-צירופם של התובעים העתידיים לתביעה הייצוגית יביא לכך שתביעותיהם יתיישנו במועד שבו יתממש נזקם במלואו.<sup>186</sup> הן שאלת הדין המהותי והן שאלת ההתיישנות חורגות ממסגרת הדיון במאמר זה, המיוחד לשאלת השימוש בתביעה הייצוגית לריכוז תביעותיהם של כל הנפגעים מן העוולה ההמונית, בהנחה שריכוז כזה אכן אפשרי. לפיכך, אם ניתן ליחד את התביעה הייצוגית לתובעים שנזקם התממש, ובהנחה שתביעותיהם של התובעים העתידיים לא יתיישנו עקב כך, ייחוד כאמור ייתן פתרון הולם לחלק מן הבעייתיות הקיימת בתביעה הייצוגית בגין עוולות חשיפה המונית, אולם יותיר בעינין בעיות העלולות לנבוע מחוסר שוויון וחוסר אחדות בין התובעים השונים, וכן בעיות הנובעות מחדלות פירעון של הנתבע. לעומת זאת, אם יאפשר הדין המהותי את תביעתם של תובעים עתידיים, והחשש מהתיישנות ומחדלות פירעון יחייב את ריכוזם בתביעה ייצוגית אחת המוגשת לפני התממשות נזקיהם, יש לצפות כי בעיות הנציג שתוארו לעיל יתממשו במלוא חומרתן.

לעומת זאת, בתאונות ובאסונות המוניים לא מתקיימים כל אותם מאפיינים של עוולות חשיפה המונית, ההופכים את הסיכוי לפשרות העולות כדי קנוניה בין הנתבע לנציגי התובעים למשמעותיות – בעיקר מאחר שהנזק בעולות אלה מתרחש באופן מידי וחד-פעמי. כאמור לעיל, תאונות מסוג זה אינן שונות באופן מהותי מתביעות נזיקין אחרות, למעט ריבוי מספר התובעים והדמיון בין תביעותיהם. לכן, יכולתו של בית המשפט להעריך נכונה את סיכויי התביעה בשלב מוקדם יהיו בדרך כלל גבוהים, מאחר שהשאלות העובדתיות והמשפטיות הרלבנטיות לא יהיו רבות. חוסר הבהירות והיעדר האינפורמציה, האופייניים כל כך לעולות החשיפה ההמונית, אינם מתקיימים באסונות ההמוניים. כך גם באשר למסגרת הברורה והמתוחמת מראש של קבוצת התובעים והנפגעים מן התאונה או האסון. קבוצת התובעים הינה מוגדרת, ורובם ככולם מודעים לנזקם בעת הגשת התביעה.

מקורה של הזכות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התניה עליה כפופה לתנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד.

186 לדין בשאלות העולות במקרה של גילוי מאוחר של הנזק ו/או של הקשר הסיבתי, וליחס שבין סעיף 8 לחוק ההתיישנות (הדן במקרים שבהם נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה) לבין סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין, המציב מגבלה של 10 שנים להתיישנות ממועד התרחשות הנזק, ראו ע"א 1254/99 **המאירי נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח**, פ"ד נד(2) 535. לדין בשאלת ההתיישנות במקרים של מחלות סמויות ראו ע"א 702/86 **איטונג בטרומ (אינונג) נ' בן הרוש**, פ"ד מד(1) 160, וכן ישראל גלעד, "התיישנות בנזיקין ומחלות סמויות", **משפטים** יד 500 (תשמ"ה). ראו גם סעיף 6 לחוק האחריות למוצרים פגומים, המקצר את תקופת ההתיישנות לפי חוק זה. שאלה חשובה, הראויה למאמר נפרד, היא כיצד משפיעה הגשת התביעה הייצוגית על מירון ההתיישנות בתביעותיהם של מי שאינם חברים בקבוצה המיוצגת.



אולם, לא רק יכולת הפיקוח של בית המשפט עדיפה בתביעות בגין תאונות ואסונות המוניים, כי אם גם יכולת הפיקוח של התובעים המיוצגים. כאשר סיכויי התביעה גבוהים, ערך התביעה הגבוה עבור כל תובע משמש תמריץ לפיקוח נאות של התובעים המיוצגים על ניהול התביעה הייצוגית, וזאת עקב מודעותו של כל תובע למלוא נזקיו ועקב הקרבה בזמן בין התרחשות התאונה או האסון לבין מועד הגשת התביעה. תובע שערך תביעתו גבוה, החושש שדרך ניהול התביעה הייצוגית או הפשרה שהושגה פוגעים בזכויותיו, יבחר להתנגד לפשרה זו. לחלופין יבחר אותו תובע שלא להיכלל בתביעה הייצוגית או בפשרה אלא אם יהיה בטוח שזכויותיו לא יפגעו בשל כך. הסיכוי שתושג פשרה נמוכה המדללת את זכויות התובעים יהיה, לכן, נמוך בתביעות אלה אף יותר מן הסיכוי לפשרה כזו בתביעות על פי דיני ניירות ערך והגנת הצרכן, למשל, שבהן האינטרס של כל תובע בפיקוח על ניהול התביעה הייצוגית הוא מועט.

### (ב) תביעות סחטניות

בעיית התביעות הסחטניות מוצאת את ביטויה החמור ביותר בתביעות בגין עוולות חשיפה המונית.<sup>187</sup> ראשית, התמריץ להגשת תביעות ייצוגיות בגין עוולות חשיפה המונית הוא גדול גם כשסיכויי הצלחתן נמוכים. הסיבה לכך נעוצה בסכומים הגבוהים שעשויים עורכי-הדין של הקבוצה להרוויח, בעיקר מאחר שהנזקים הנגרמים מעוולות אלה הם נזקי גוף היכולים להיות קשים, ובגלל שמספר הנפגעים עלול להיות גדול מאוד.<sup>188</sup> לפיכך, נתבע המסרב להתפשר בתביעות אלה נוטל על עצמו סיכון ממשי שייאלץ לנהל את התביעה עד סופה, ובסיכוי מסוים (אם גם קטן) שיפסיד בה. שנית, ביטוח אחריות לנזקים המאפיינים עוולות המוניות – נזקים שהשונות בהם גדולה, והגורמים להם הם במקרים רבים קשים לחיזוי – הינו בדרך כלל ביטוח חסר,<sup>189</sup>

187 אחד המקרים שבו הופרכה כמעט לחלוטין האפשרות לקשר סיבתי בין המוצר המסוכן לנזקים הנטענים הוא בתביעות בגין שתלי הסיליקון (ה-Silicone Gel Breast Implants). לרוע מזלן של הנתבעות, הממצאים המדעיים בדבר היעדר קשר סיבתי כאמור התגלו רק לאחר שהושגה פשרה כוללת בתביעה הייצוגית שהוגשה כנגדן על סך 4.2 מיליארד דולר. אף כי אין בכך כדי להעיד בהכרח על סיכויי התביעה לפני גילויים של ממצאים אלה, יש מקום להניח שסיכויים אלה לא היו גבוהים. ראו Nagareda, הערה 176 לעיל, בעמ' 1137-1145. לתיאור מקרים נוספים היכולים לתמוך בטענה כי נתבעים בעולות חשיפה המונית מוכנים לפשרות גבוהות גם בתביעות בעלות סיכוי נמוך ראו Hensler, הערה 4 לעיל, בעמ' 107-108.

188 תביעות האסבסט, למשל, התפתחו לממדי ענק, שהגיעו לכ-500,000 תביעות שהוגשו עד שנת 2001 כנגד יותר מ-1000 נתבעים. יותר מ-21 מיליארד דולר שולמו על ידי חברות הביטוח לנפגעים, ויותר מ-40 חברות הפכו לחדלות-פירעון ופשטו את הרגל. ראו Hensler, הערה 29 לעיל.

189 ראו Alan Schwartz, "Products Liability, Corporate Structure and Bankruptcy; Toxic Substances and Remote Risk Relationship," 14 *J. Legal Stud.* 689, 718-719 (1985); Shavell, הערה 173 לעיל.

ומאחר שהסיכון עולה במקרים רבים על שווי נכסיהן של החברות הנתבעות ועל סכומי הביטוח שלהם, יכול הפסד בתביעה להביאן למצב של חדלות פירעון. מצב כזה מסוכן לא רק לקיומן של החברות הנתבעות אלא גם לנושאי המשרה בהן, העלולים לאבד את משרתם. השונות בתוצאת התביעה הינה גבוהה מאוד, ולכן מאופיינת התנהגותן של החברות הנתבעות, באמצעות נציגיהן, בשנאת סיכון.<sup>190</sup>

שלישית, הסיכון הגבוה בתביעות בגין עוולות המוניות הופך גדול עוד יותר עקב מורכבותן של השאלות העובדתיות והמשפטיות העולות בתביעות אלה. כתוצאה ממורכבות זו יש השפעה ניכרת ליכולתם של הצדדים לנהל את התביעה, להשקעות שיעשו לצרכיה באיתור ראיות ועדויות שיתמכו בעמדתם, ולהצלחות ומעידות אקראיות במהלך המשפט. בכך יש כדי להוסיף על השונות הצפויה בתוצאת המשפט, וזאת בהשוואה למקרים שהם פשוטים יותר, שם יהיה למרכיבים בלתי-צפויים אלה משקל נמוך יותר.

רביעית, עלויות ההתגוננות יהיו גבוהות במידה ניכרת בתביעות ייצוגיות בגין עוולות חשיפה המונית משום שהן דורשות מחקר עובדתי ומשפטי מעמיק, איתור והכנת עדויות מומחים, והתמצאות בתחומים המצויים בקדמת המחקר המדעי. נוסף על כך, הסיכון הגבוה שלו חשופים הנתבעים מביא לכך שהם יהיו נכונים להשקיע סכומים גבוהים בהתגוננות מפני התביעה, וממילא מגדיל את העלות הכוללת הכרוכה בנייהולה. מאחר שעלות ההתגוננות בתביעות אלה גבוהה, גדול סכום הפשרה שיהיו נתבעים מוכנים לשלם – מעל ומעבר לתוחלת הערך הצפוי בפסק דין שיינתן באותה תביעה.<sup>191</sup>

190 ראו Garber, הערה 115 לעיל, בעמ' 246-252.

191 אמנם גם עלויותיהם של עורכי-הדין של התובעים גדולות בניהול תביעות בגין עוולות המוניות מאלו שהם נדרשים להוציא בתחומים אחרים, ובכך יש כדי להקטין את יכולתם של עורכי-הדין מצד התובעים לנהל את התביעה כראוי, עד סופה, וכן כדי להקטין את הפשרה הנמוכה ביותר שיהיו מוכנים לקבל כדי להפסיק את תביעתם. אולם, גם כאשר הסיכוי שתביעות אלה ינוהלו עד סופן הוא נמוך, יכולים התובעים להטיל עלויות על הנתבע מעצם הגשת התביעה כייצוגית, ואישורה ככזו לאחר מכן, ללא עלויות גבוהות מצידם. לפיכך, אפשרות הסחיטה בתביעות בגין עוולות המוניות הינה גבוהה גם אם סיכוייהן נמוכים, ומימוש תלוי במידה מועטה בלבד ביכולתם של עורכי-הדין של התובעים לבסס איום אמין לניהול התביעה עד סופה.

לדעה הפוכה, לפיה החשש מתביעות סחטניות הוא מוגזם, שכן הסיכון המוטל על התובעים גדול באותה מידה כמו זה המוטל על הנתבעים, ראו Rosenberg, Mass Tort בעמ' 432-427; "Sweetheart" and "Blackmail"; Bruce L. Hay & David Rosenberg, 75 Notre Dame L. Rev. 1377 (2000). לדעת מחברים אלה גם בעיית הקנוניות בין הנתבע לנציגי התובעים, שהוצגה לעיל, אינה חמורה דיה כדי שתשלול את התועלת משימוש בתביעה הייצוגית. ההבדל העיקרי בין גישת המחברים לבין הגישה המוצגת במאמר זה היא בהערכת התמריצים של הצדדים להגיע לפשרות בתביעות סחטניות ולקנוניות, ובהערכת יכולתו של בית המשפט לשלוט על בעיות אלה. שתי שאלות אלה ניתנות לבדיקה אמפירית במידה זו או אחרת. לפיכך, גם מאמרים אלה מסכימים,

לבסוף, בגלל ריבוי השאלות העובדתיות והמשפטיות הנוגעות לאחריות הנתבעים, לקשר הסיבתי בין מעשיהם ומחדליהם לבין נזקים הנטענים, להיקף ולסוג הנזקים שנגרמו לתובעים ולהגנות העומדות לנתבעים כנגדם, יש קושי רב בהערכת סיכוייהן של תביעות בגין חשיפה המונית. לפיכך, יכולתו של בית המשפט לסנן את התביעות הראויות מבין אלו המוגשות לאישורו הינה מוגבלת.

בתי המשפט בארצות-הברית עמדו על הסיכון הרב הנובע מתביעות סחטניות בגין עוולות חשיפה המונית. כמה בתי משפט לערעורים מצאו לנכון לפסול את אישורן של תביעות בגין עוולות חשיפה המונית כייצוגיות עקב החשש מהסיכון הרב שיטילו תביעות אלה על הנתבע, ובהתבססם על כך שלא ניתן לקבוע שהשאלות המשותפות לקבוצה משמעותיות דיין בהשוואה לשאלות האינדיבידואליות, ושהתביעה הייצוגית היא הדרך העדיפה לדיון במחלוקת (דרישות ה-Predominance וה-Superiority על פי Rule 23(b)(3), שהוזכרו לעיל<sup>192</sup>). נקבע, כי הסיכון המוטל לפתחם של הנתבעים כתוצאה מהליך ריכוזי וחבות כוללת, והחשש מחיסול עסקיהם ונכסיהם, עלול להביאם להתפשר עבור ערך שהוא גדול בהרבה מערכה האמיתי של התביעה, ואין לאפשר זאת בתביעות שבהן לא ברורים משקלן של השאלות המשותפות והיעילות שבניהול התביעה הייצוגית בהשוואה לניהול תביעות אינדיבידואליות.

כך, בעניין *Rhone-Poulanc Rorer*<sup>193</sup> נדונה תביעתם של חולי המופיליה שלקו במחלת האיידס עקב קבלת עירווי דם שהיו נגועים במחלה. עקב תקופת הדגירה הארוכה של מחלת האיידס בחולי המופיליה (היכולה להגיע עד 11 שנים) נמצאו רבים מהם נגועים במחלה בשנות ה-90, על אף שעירווי הדם שניתנו לאחר 1985 היו כולם נקיים מהמחלה. כ-300 תביעות אינדיבידואליות הוגשו כנגד הנתבעות, יצרניות תוצרי הדם המשמשים לעירווי. 13 מהן נוהלו עד לפסק דין, ומתוכן זכו הנתבעים ב-12 תביעות. כך קבע בית המשפט לערעורים (7th Cir.):

Suppose that 5,000 of the potential class members are not yet barred by the statute of limitations. And suppose the named plaintiffs in *Wadleigh* win the class portion of this case to the extent of establishing the defendants' liability under either of the two negligence theories. It is true that this would only be prima facie liability, that the defendants would have various defenses. But they could not be confident that the defenses would prevail. They might, therefore, easily be facing \$ 25 billion in potential liability (conceivably more), and with it bankruptcy. They may not

באופן משתמע, כי אם בעיות אלה הן אכן חמורות אין לאפשר תביעות ייצוגיות בגין עוולות המוניות.

192 ראו הערה 151 לעיל.

193 ראו *In the Matter of Rhone-Poulanc Rorer*, 51 F.3d 1293 (1995).

wish to roll these dice. That is putting it mildly. They will be under intense pressure to settle.... One jury, consisting of six persons (the standard federal civil jury nowadays consists of six regular jurors and two alternates), will hold the fate of an industry in the palm of its hand. This jury, jury number fourteen, may disagree with twelve of the previous thirteen juries – and hurl the industry into bankruptcy. That kind of thing can happen in our system of civil justice (it is not likely to happen, because the industry is likely to settle - whether or not it really is liable) without violating anyone's legal rights.<sup>194</sup>

ברומה לכך, בעניין *Castano*,<sup>195</sup> שבו נתבעו כמה יצרני סיגריות בגין התמכרות של מעשנים לניקוטין, נקבע על ידי בית המשפט לערעורים (5th Cir.):

In the context of mass tort class actions, certification dramatically affects the stakes for defendants. Class certification magnifies and strengthens the number of unmeritorious claims. Aggregation of claims also makes it more likely that a defendant will be found liable and results in significantly higher damage awards. In addition to skewing trial outcomes, class certification creates insurmountable pressure on defendants to settle, whereas individual trials would not. The risk of facing an all-or-nothing verdict presents too high a risk, even when the probability of an adverse judgment is low. These settlements have been referred to as judicial blackmail.<sup>196</sup>

פסקי דין אלו מצביעים על מגמה שלפיה אין להטיל סיכון כה גדול לפתחן של נתבעות בעולות חשיפה המונית מאחר שבשלבם כה מוקדמים, שבהן מתבקש אישור התביעה כייצוגית, לא ניתן להעריך נכונה את שווייה.<sup>197</sup>

194 שם, בעמ' 1297-1299.

195 ראו *Castano v. The American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734 (1996).

196 שם, בעמ' 746.

197 יש לציין, כי על אף ששיטת המשפט האמריקנית נותנת את ההכרעה העובדתית בידי חבר מושבעים, היכול להיתפס כפחות צפוי משופט מקצועי (מה גם שאפשרות הערעור על הכרעותיו העובדתיות מוגבלת), אין ממצאים המוכיחים מגמה כזו. ראו, למשל, Theodore Eisenberg et. al., "Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study," 87 *Cornell L. Rev.* 743 (2002), אשר בחן האם חבר המושבעים נוטה להטיל פיצויים עונשיים באופן מקרי ובלתי-צפוי. מחקר זה לא מצא כל הבדל משמעותי בין פסיקתם של שופטים מקצועיים לחברי מושבעים.

לעומת זאת, בתביעות בגין תאונות ואסונות המוניים, החשש מתביעות סחטניות הוא קטן בהרבה מאשר בעולות חשיפה המונית. חבותם הצפויה של הנתבעים הינה מוגדרת ומוגבלת, ועל אף שהיא עשויה להיות גבוהה, הרי במקרים רבים מבוטחת הנתבעת כנגדה מאחר שאירועים הגורמים לאסונות ותאונות כאלה (כגון שריפה בבנין או נפילת מטוס) ניתנים להגדרה מראש. כמו כן, השונות בתוצאות התביעה בגין תאונות ואסונות המוניים הינה נמוכה עקב מיעוט השאלות שהתשובה להן אינה ברורה בעת הגשת התביעה. בשל כך, גם יכולתו של בית המשפט להעריך נכונה את סיכויי התביעה הינה גבוהה בהרבה מזו שבתיבות בגין עולות חשיפה המונית. התוצאה היא שהסיכון בתביעה, הן עבור החברה הנתבעת והן עבור נושאי המשרה בה, אינו גבוה כמו זה הקיים בעולות חשיפה המונית, הלחץ להיכנע לתביעות סחטניות נמוך יותר, ויכולתו של בית המשפט לזהות תביעות כאלה גבוהה יותר.

### **3. סיכום ביניים: עולות חשיפה המונית, תאונות ואסונות המוניים ומה שביניהם**

הקווים המנחים ששורטטו לעיל לגבולותיה של התביעה הייצוגית בגין עולות המוניות מאפשרים הכרעה בשאלה האם התביעה הייצוגית רצויה במקרים הפרדיגמטיים של תאונות ואסונות המוניים מחד גיסא, ושל עולות חשיפה המונית מאידך גיסא. מקרים פרדיגמטיים של אסונות המוניים הם, למשל, קריסתו של בנין רב קומות, שריפת ענק במקום מיושב או התרסקות של מטוס נוסעים גדול. בכל אחד ממקרים אלה מספר הנפגעים יהיה גדול מאוד, רבים מהם יהיו הרוגים או פצועים באופן קשה, האסון יתרחש במקום ובזמן מצומצמים, והשפעותיו על כל הנפגעים יהיו ברורות במידה רבה זמן קצר לאחר התרחשותו. ייתכנו שאלות הנוגעות לאחריות הנתבעים – למשל האם חלה עליהם חובת זהירות מושגית וקונקרטיית והאם התרשלו – אולם שאלות אלה לא יהיו רבות ואף לא יהיו שונות איכותית משאלות דומות העולות בתביעת נזיקין רגילה. במקרים אלה, שווי התביעה האינדיבידואלית עבור כל נפגע יהיה גבוה דיו כדי להפוך תביעה כזו לכדאית עבורו, ולכן השאלה האם ראוי יהיה לנהל את התביעות כולן בדרך של תביעה ייצוגית תהיה תלויה ביתרונות לגודל שתשיג תביעה כזו, הן עבור קבוצת התובעים והן עבור המערכת המשפטית, ובשיעור נכסיו של הנתבע. בהשוואה לניהול תביעות אינדיבידואליות ונפרדות, יתרונותיה של התביעה הייצוגית יהיו במתן האפשרות להשקעה יעילה ומתואמת עבור כל קבוצת התובעים, באופן שיאזן את כוחם מול כוחו של הנתבע בכל הנוגע לשאלות הפתוחות הנוגעות לאחריותו וכן בחיסכון בעלויות עבור התובעים, הנתבע ומערכת המשפט כתוצאה ממניעת דיונים חוזרים בשאלות דומות – הן בנוגע לאחריות והן בנוגע לנזק. נוסף על כך תמנע התביעה הייצוגית תחרות בין התובעים השונים במרוץ לתביעה, ובעיקר לפשרה, כאשר משאביו של הנתבע – לרבות שיעור הביטוח שלו – עלולים שלא להספיק לפיצוי מלא

של כולם. יתרונות אלה יהיו משמעותיים יותר, כמובן, ככל שמספר הנפגעים יהיה גדול יותר.

מספר גדול של נפגעים יהפוך גם את האלטרנטיבות לריכוזם בדרכים אחרות – פורמליות כגון צירוף תובעים ואיחוד תביעות, ובלתי-פורמליות כגון ריכוז תובעים רבים בידי עורכי-דין מעטים או ניהול תביעות במאוחד על ידי נתבעים<sup>198</sup> – לטובות פחות בהשוואה לתביעה הייצוגית. ראשית, דרכים אלה אינן מבטיחות פתרון כולל נוסח התביעה הייצוגית, ולפיכך הן נופלות ממנה בהשגת מטרת של פיצוי הוגן והרתעה יעילה, והעלויות הכרוכות ביישומן יהיו בדרך כלל גבוהות יותר מאשר בתביעה הייצוגית. שנית, ואף חשוב מכך: בעיות הנציג שבהן יהיו במקרים רבים חמורות יותר. הניסיון בארצות-הברית מורה כי הטיפול בתביעות בגין עוולות המוניות רוכז במקרים רבים בידי מספר קטן של עורכי הדין משני הצדדים.<sup>199</sup> ריכוז גדול של תביעות בידי עורך-דין אחד מאפשר לאותו עורך-דין לנהל משא ומתן לפשרה כוללת בכל אותן תביעות יחדיו, וחלוקת הסכום הכולל בין התובעים השונים נעשית על ידו ללא התערבות בית המשפט.<sup>200</sup> לכן, יכולתו של בית המשפט לפקח על פשרות קולקטיביות בתביעות שאוחדו הינה נמוכה מיכולתו לפקח על פשרות בתביעות ייצוגיות, שכן למעשה אין בידי כל סמכות להתערב בסכום הפשרה, באופן שבו מחולק סכום זה

198 ההבחנה בין מנגנונים פורמליים לבין מנגנונים לא פורמליים לריכוז תביעות, כמו גם תיאורם של מנגנונים אלה בארצות-הברית, נסמכים במידה רבה על Judith Resnik, "From 'Cases' to 'Litigation'," 54 *L. & Contemp. Probs.* 5 (1991).

199 נוסף על צירוף תביעות בדרך הרגילה נעשה שימוש בארצות-הברית בדרכים אחרות לאיחוד תביעות, בעיקר כשהיה מדובר במספר גדול של תביעות שהוגשו במדינות שונות, חלקן בבתי משפט פדרליים וחלקן בבתי משפט מדינתיים. במקרים אלה רוכזו התביעות באמצעות מינויו של מומחה מיוחד (Special Master) לניהול משותף של שלבי הגילוי המקדמיים, או לריכוז והערכה של שווי התביעות במסגרת הליך פשרה ריכוזי. בדרך זו נעשה שימוש גם כדי לרכז תביעות שהוגשו במערכת הפדרלית עם תביעות שהוגשו במערכת המדינתית. מינויו של ה-Special Master בבתי המשפט הפדרליים נעשה מכוח הסמכות הקבועה ב-Rule 53 של ה-FRCP. לרשמיהם של שלושה מהידועים במומחים שמונו לתפקיד זה במספר רב של תביעות עוולות המוניות ראו McGovern, "Reporting From the Front Line – One Mediator's Experience with Mass Torts," 31 *Loy. L. A. L. Rev.* 359 (1998); Eric D. Green, "What Will We Do When Adjudication Ends? We'll Settle In Bunches: Bringing Rule 23 Into the Twenty-First Century," 44 *UCLA L. Rev.* 1773 (1997). כאשר הוגשו תביעות במספר מחוזות שיפוט, כולן בבתי המשפט הפדרליים, נעשה ריכוזן לצורך הליכים מקדמיים באמצעות הפניה של ה-Multi District Litigation Panel, מכוח סעיף 1407 של Title 28 לקוד האמריקני. על אף שריכוז כזה מיועד רק לצורכי הליכים מקדמיים, הוא נוצל במקרים רבים על ידי בית המשפט שאליו הופנו התביעות לצורך ניסיון לגבש פשרה כוללת, ולעתים אף לדיון בתביעות גופן, על פי הסכמת הצדדים. ראו, לדוגמא, *In Re Asbestos Prod. Liability Litigation*, הערה 22 לעיל. לתיאור מפורט של מנגנון ה-MDL ראו Resnik, הערה 199 לעיל, בעמ' 29-35.

200 ראו *Coffee*, הערה 36 לעיל, בעמ' 1367-1364; *Coffee III*, הערה 90 לעיל, בעמ' 886-887.

בין התובעים השונים או בשיעור שכר הטרחה שנקבע בהסכמים בין התובעים לעורכי-דינם.<sup>201</sup> מנגד, פיקוח ישיר של התובעים על עורכי-הדין מסתבר גם הוא כלא יעיל עקב חוסר מעורבותם של התובעים בניהול התביעה ובהחלטות הנעשות בה, לרבות החלטות לגבי פשרות קולקטיביות.<sup>202</sup> ממילא, כאשר מרוכז מספר גדול של תביעות בידי עורך-דין אחד, מעורבותו של כל תובע אינה שונה בהרבה ממעורבותו בתביעה הייצוגית, והיא עלולה להיות פחותה יותר, שכן השאלה האם ישנתף בתביעה ויסכים לפשרה שהושגה בה נפתרה ביחסים שבינו לבין עורך-הדין ולא באופן ציבורי לנגד עיניו של בית המשפט, כפי שנעשה בתביעה הייצוגית. לכן, איחוד תביעות בדרכים אלה אינו פותר את בעיות הנציג שבין עורכי-הדין לתובעים שהם מייצגים, ובמקרים מסוימים הוא עלול אף להחמיר בעיות אלה באופן שהופך את האלטרנטיבה של התביעה הייצוגית לעדיפה.

בקצה האחר של מדרג העולות ההמוניות מצויים מקרים פרדיגמטיים של עולות חשיפה המונית, כדוגמת תביעות בגין נזקי אסבסט או עישון. מקרים אלה מאופיינים במספר גדול מאוד של נפגעים פוטנציאליים, בשאלות קשות הנוגעות לאחריות הנתבעים ולקשר הסיבתי בין מעשיהם ומחדליהם לנזקים הנטענים על ידי התובעים, בהתממשות הנזקים לאורך תקופה ארוכה, ובאי-ודאות באשר להיקף הפגיעות ולגודל קבוצת הנפגעים. מקרים אלה לא יתאימו בדרך כלל לדיון בדרך של תביעה ייצוגית, בעיקר בשל בעיות הנציג והסחטנות העלולות להתעורר בהן, כנובע מחוסר הוודאות באשר לנזקיהם של תובעים שיתממשו בעתיד ובשל הנטייה לפיצוי-יתר של נפגעים בהווה על חשבון תובעים עתידיים, ושל נפגעים שנזקיהם נמוכים על חשבונם של מי שנזקיהם משמעותיים יותר. במקרים שבהם ניתן להפריד בין קבוצות התובעים ולייחד את התביעה הייצוגית לתובעים בהווה, יהיה בכך כדי להתגבר על רבות מבעיות אלה. מאחר שהתביעה הייצוגית תאפשר איזון בין כוחו של הנתבע לכוחם של התובעים בכל הנוגע לשאלות המסובכות של אחריות וקשר סיבתי – בעיקר בישראל, שבה לא ניתן לחכות להבשלתן של עולות החשיפה ההמונית בדרך של ניהול תביעות אינדיבידואליות – יהיה בהפרדה כאמור כדי לתמוך בשימוש בדרך התביעה הייצוגית גם בעולות אלה. ייתכנו גם מקרים שבהם רצוי יהיה לרכז בתביעה ייצוגית אחת את תביעותיהם של כל הנפגעים הפוטנציאליים, אולם זאת רק כאשר יתרונותיו לגודל של הנתבע או בעיות של התיישנות וחדלות-פירעון של הנתבע יאיימו ממילא על יכולתם של תובעים עתידיים לקבל פיצוי כל שהוא, וכאשר בית המשפט יעריך כי יכולת

201 ראו Hensler, הערה 4 לעיל, בעמ' 104.

202 הסיבה העיקרית להיעדר פיקוח של כל אחד מהתובעים על עורך-הדין הינה מסגרת הזמן המצומצמת שיכול עורך-הדין להקדיש לכל תובע. כך, ממחקרים אמפיריים עולה כי כמות הזמן המוקדשת לתובעים בתביעות נזיקין רגילות, הנמדדת במספר הפגישות ושיחות הטלפון בין הלקוח לעורך-הדין, הינה זעומה. ככל שמספר התובעים המיוצגים על ידי כל עורך-דין עולה, כך יורדת מסגרת הזמן שהוא יכול להקדיש לכל לקוח. ראו Hensler, הערה 88 לעיל, בעמ' 95-97.

הפיקוח שלו על הצדדים מאפשרת זיהוי והתמודדות, ולו חלקית, עם בעיות הנציג והסחטנות העוללות להתעורר.

בתחום שבין המקרים הפרדיגמטיים של אסונות ותאונות המוניים לבין עוולות החשיפה ההמונית קיימים מקרי-ביניים רבים בעלי מאפיינים מעורבים. כך, למשל, קיימים מקרים של אסונות המוניים – ואף פעולות טרור המוניות – הגוררים גם נזקים ארוכי-טווח המעלים קשיים בהוכחת האחריות והקשר הסיבתי הדומים לאלה העולים בעוולות חשיפה המונית. פיצוץ במפעל המכיל דלקים<sup>203</sup> או התמוטטות של גורד שחקים<sup>204</sup> עלולות לגרום לניזוקים מידיים, אולם עשויות להיות להם גם השפעות ארוכות-טווח על האוכלוסייה הקרובה, שאינן ניתנות לזיהוי מידי. קריסת בניין שנגרמה עקב בנייה ותכנון לקויים עלולה להעלות הן שאלות הנוגעות לאחריות לנזקים מידיים (אבדן ערך) והן כאלה הנוגעות לנזקים ארוכי הטווח (סיכון מוגבר לקריסה) שנגרמו לבעלי הדירות והבניינים שנבנו בשיטת בנייה דומה.<sup>205</sup> מנגד, קיימים מקרים של חשיפה המונית שהיקף הנפגעים בהם הוא מוגדר במקום ובזמן, באופן המקל על ניהולן ועל הערכת שוויין של התביעות. כך, למשל, הרעלת מזון, נזקים עקב מוצר פגום או זיהום של מקורות מים עשויים להיות בעלי השפעות שניתן לאתרן ולוודאן בטווח הקצר, והן רלבנטיות לקבוצה מוגדרת של נפגעים.

השאלה אם ראוי לנהל תביעות אלה בדרך של תביעה ייצוגית אינה יכולה לקבל מענה פשוט וחד-משמעי, והיא צריכה להיבחן לאור הפרמטרים שהוצגו בפרק זה, בנסיבות המיוחדות לכל תביעה. מורכבות זו מקשה על האפשרות לייחד את התביעה הייצוגית לקבוצה מוגדרת של עילות או של תובעים בדרך דומה לזו הנעשית בחלק מחוקי התביעות הייצוגיות,<sup>206</sup> ומחייבת, לכן, מתן שיקול דעת בידי בית המשפט באשר לאישור התביעה כיייצוגית. שיקול דעת זה צריך לאזן בין הצורך בתביעה הייצוגית מחד גיסא, לבין חוסר יכולתו של בית המשפט לקבל אינפורמציה מספקת באשר לערכה האמיתי של התביעה מאידך גיסא. על בית המשפט לזהות את מגבלות המידע המוצג

203 ביום 23.5.02 התפוצץ באתר פי גלילות מטען חבלה שהוטמן במכלית סולר בעת שתדלקה במסוף המילוי. איש לא נפגע בפיגוע אולם הוא עורר דיון ציבורי בשאלת בטיחות האתר, שאף הביא לסגירתו הזמנית ביום 22.1.03. ראו מאמר המערכת "לקחי פי גלילות", **הארץ** 24.5.2002, ב1; עמירם כהן, "מתקני הדלק בפי גלילות בהרצליה נסגרו אחרי 42 שנים", **הארץ** 23.1.03, 11א.

204 להתמוטטות מגדלי התאומים במרכז הסחר העולמי בניו-יורק, עקב מעשה הטרור של ה-11 בספטמבר 2001, עלולות להיות השפעות ארוכות טווח שהיקפן אינו ברור עדיין, עקב שחורום לאויר של גזים רעילים וכימיקלים בעקבות קריסת המגדלים. ראו Robert L. Rabin, "Indeterminate Future Harm in the Context of September 11," 88 *Va. L. Rev.* 1831 (2002).

205 ראו הטקסט הסמוך להערה 260 להלן.

206 ראו, למשל, סעיף 35א לחוק הגנת הצרכן; סעיף 16ב לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); סעיף 46א לחוק ההגבלים העסקיים; סעיף 62א לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח וסעיף 207 לחוק החברות.



בפניו, ולקבוע אם חרף מגבלות אלה ראוי לאשר את התביעה כייצוגית – וזאת עקב היעדר חלופות מספיקות עבור התובעים המיוצגים.

#### 4. יישום הקווים המנחים בפרשנות התנאים לאישור תובענה כייצוגית

בעיות האינפורמציה שבפניהן צפויים לעמוד בתי המשפט בישראל בבואם לדון בבקשות לאישור תביעות בגין עולות המוניות כתביעות ייצוגיות הן חמורות מאלה שאיתן מתמודדים בתי המשפט בארצות-הברית, שבה הדרך העיקרית לקבלת אינפורמציה זו נשענת על הבשלת העוולה ההמונית. כך, כדי להתמודד עם בעיית הסחטנות, הוצע בפסקי הדין בענין *Castano* ו-*Rhone-Poulanc*<sup>207</sup> לבחון את היסטוריית התביעות האינדיבידואליות שהוגשו לפני הגשת התביעה הייצוגית. על אף שבארצות-הברית הכלל הוא שאין לבחון את הסיכויים של הצלחת התביעה בשלב הדיון בבקשה לאישור התביעה כייצוגית,<sup>208</sup> בתביעות אלה מצאו בתי המשפט דרך לעקוף כלל זה בעולות חשיפה המונית. הם עשו זאת באמצעות פרשנות שלפיה בהתחשב בסיכון הגבוה לנתבע, דורשים תנאי ה-*predominance* וה-*superiority* הקבועים ב-*Rule 23(b)(3)* שהעוולה "הבשילה" ושקיים מאגר גדול דיו של תביעות אינדיבידואליות שהסתיימו בהכרעה משפטית או פשרה כדי שניתן יהיה להעריך את שווי התביעה הייצוגית. לפי גישה זו, מאחר שערכה הצפוי של כל תביעה הינו חיובי, יוגשו וינזלו תביעות אינדיבידואליות במספר מספיק עד להבשלת העוולה, ולאחר מספר מספיק של פסקי דין בתביעות אלה תהיה בידי בית המשפט הדין באישורה של תביעה ייצוגית באותו עניין אינפורמציה מספיקה כדי להעריך את שווייה ואת סיכוייה. באופן דומה, דעת המיעוט בעניין *Amchem*,<sup>209</sup> שלפיה צריך היה בית המשפט לאשר את הפשרה שהושגה בין הנתבעים לנציגי התובעים, נסמכה גם על כך שפשרה זו שיקפה באופן ראוי את הערכים שהושגו בפסקי דין ובפשרות בתביעות אינדיבידואליות בעבר.<sup>210</sup>

207 ראו הערות 193 ו-195 לעיל.

208 ראו פסק הדין בעניין *Eisen*, הערה 186 לעיל, בעמ' 177-178. לביקורת על פסק הדין ראו Bartlett H. McGuire, "The Death Knell for Eisen: Why the Class Action Analysis Should Include an Assessment of the Merits," 168 *F.R.D.* 366 (1996). ניסיון לשינוי היה בתיקון שהוצע ל-*Rule 23(b)(3)*, לפיו בדונו בבקשה לאישור תביעה כייצוגית ישקול בית המשפט האם הסעד הצפוי לחברי הקבוצה המיוצגת מצדיק את העלויות והנטלים שהם תוצאה מן התביעה הייצוגית. ראו 167 Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, 167 *F.R.D.* 559 (1996). לדיון בתיקון זה ובסיבות בגללן נדחה ראו, למשל, Hensler, הערה 4 לעיל, בעמ' 27-32.

209 ראו הערה 3 לעיל.

210 שם, בעמ' 639.

אמנם, הסתמכות על הבשלת העוולה מתעלמת הן מן האפשרות שתביעות אינדיבידואליות לא יוגשו עקב סיכויי הצלחתן הנמוכים והן מן היתרון לגודל ממנו נהנה הנתבע באותן תביעות אינדיבידואליות שבכל זאת יוגשו – יתרון המביא לסיכויי הצלחה גבוהים יותר מאלו שאפשר היה לצפות להם בהליך שוויוני והוגן. יתרון זה יקשה לבסוף על אישורן של אותן תביעות כייצוגיות, שכן אחוז התביעות האינדיבידואליות שבהן יזכו התובעים, והסכומים בהם יזכו, יהיו מוטם כלפי מטה. לכן, המדגם שיתקבל לא יהיה מייצג.<sup>211</sup> אולם, כשמספר הנפגעים הוא גדול דיו, ניתן לצפות שתהליך הבשלת העוולה על שלביו השונים אכן יתממש – כפי שאכן קרה בתביעות האסבסט בארצות-הברית.

בישראל, שבה, כאמור לעיל, ערכן של תביעות אינדיבידואליות בגין עוולות המוניות ומספרן הפוטנציאלי נמוך ככלל מערכן ומספרן של תביעות מקבילות בארצות-הברית, לא ניתן להיעזר בתיאוריית "הבשלת העוולה" כדי להעריך את סיכויי התביעה באופן מדויק, הן לצורך מניעת תביעות סחטניות והן לצורך פיקוח על פשרות המוגשות לאישור בית המשפט. על כן, על בית המשפט לסנן את התביעות הייצוגיות המוגשות לאישורו כאשר הוא פועל בתנאים של היעדר מידע. פרק זה בוחן האם הכללים הקיימים בחוקי התביעות הייצוגיות כיום מאפשרים את הפעלת שיקול הדעת הנדרש לאיזון בין בעיית חוסר המידע של בית המשפט לבין הצורך בתביעה ייצוגית במקרים המתאימים.<sup>212</sup>

#### (א) דרישות המיועדות להתמודד עם בעיות הנציג והסחטנות

**בעיות נציג.** כאמור לעיל, בעיית הנציג נובעת מהיעדר חפיפה באינטרסים בין התובע הייצוגי ועורך-הדין המייצג את קבוצת התובעים לבין האינטרסים של התובעים המיוצגים, ומן האינפורמציה העדיפה המצויה בידיהם של התובע הייצוגי ובעיקר של עורך-הדין. בניסיון להשיג התאמה בין האינטרסים של התובע הייצוגי לבין האינטרסים של יתר התובעים המיוצגים, דורשים חוקי התביעות הייצוגיות שהתובע יהיה חבר

211 ראו David Rosenberg, "Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons From A Special Master," 69 *B. U. L. Rev.* 695 (1989).

212 על אף שישנם הבדלים מסוימים בין חוקי התביעות הייצוגיות, נראה כי נטיית בית המשפט העליון היא לפרש חוקים אלה באופן שתנאיהם יעמדו בקנה אחד. כך לגבי הדרישה להראות סיכויי הצלחה בתביעה (ראו הערה 220 להלן) וכך גם לגבי שיעור האגרה בתביעות ייצוגיות. בפרשת **דיסקונט ישראל**, הערה 83 לעיל, קבע בית המשפט העליון כי על אף שחוק ניירות ערך לא קבע פטור מאגרת בית משפט לתובע הייצוגי, ועל אף שתקנות בית משפט (אגרות), התשמ"ח-1987 אינן מסדירות את נושא האגרה בתובענות ייצוגיות, ישלם התובע הייצוגי אגרה על פי סכום תביעתו האישית.

בקבוצה המיוצגת,<sup>213</sup> שתעמוד לו עילת תביעה אישית<sup>214</sup> ושייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים עם הקבוצה.<sup>215</sup> כמו כן ישנן הוראות הנוגעות לדרך ניהול התביעה, הדורשות, בין היתר: הודעה על אישור התביעה כייצוגית ומתן אפשרות לכל תובע להוציא עצמו מן הקבוצה המיוצגת,<sup>216</sup> קביעת שכר הטרחה של עורך-הדין והתובע הייצוגי על ידי בית המשפט,<sup>217</sup> ואישור פשרות על ידו.<sup>218</sup> הוראות אלה נועדו כולן להתמודד עם בעיות הנציג במהלך התביעה, לאחר שאושרה, באמצעות פיקוח של בית המשפט ושל התובעים המיוצגים.

יעילותן של דרישות אלה בהגנה על זכויות התובעים המיוצגים הופכת מוגבלת יותר ככל שפוחתת האינפורמציה שבית המשפט והתובעים המיוצגים יכולים להשיג באשר לערך התביעה האמיתי. בעיה זו, כאמור, הינה קשה במיוחד בתביעות בגין עוולות חשיפה המונית, שבהן חוסר הוודאות העובדתית והמשפטית גדולה מאוד. לעומת זאת, בתביעות בגין אסונות המוניים תהיה בעיית האינפורמציה קשה פחות, ונוסף על כך האינטרס של כל אחד מהתובעים המיוצגים בפיקוח ובחינת הפשרות המוצעות יהיה גדול יותר. לכן, על אף שהעקרונות הכלליים – בקביעת הלימותם של התובע הייצוגי ועורך-הדין לייצוג בתביעה, בקביעת שכר הטרחה לעורך-הדין והשיפוי לתובע הייצוגי, ובאישור הפשרות המוגשות לבית המשפט – אינם מושפעים באופן משמעותי מההקשר ומהדין המהותי שעל יסודו מוגשת התביעה, ההקפדה עליהם צריכה להיות גדולה יותר ככל שהתביעה הינה בעלת אופי של עוולת חשיפה המונית. כך, למשל, כדי לצמצם את בעיות הנציג בתביעות ייצוגיות בגין עוולות חשיפה המונית, תאושר פשרה המוצעת בתביעה רק אם בית המשפט שוכנע ברמת ודאות גבוהה שפשרה זו אינה מדללת את זכויות התובעים בהשוואה לתוחלת זכייתם בתביעה. באופן דומה, הדרישה שלפיה צריך להתקיים יסוד סביר להניח כי התובע מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל הנמנים בקבוצה תצטרך להיבחן לאור הבדלי האינטרסים המיוחדים לתביעה בגין עוולת חשיפה המונית. כאמור, אחת הבעיות המיוחדות לתביעות אלו הינה ניגוד האינטרסים בין תובעים שנוזקם התממש לבין תובעים עתידיים, שלכל היותר מודעים לסיכון שיחלו בעתיד. פתרון אפשרי אם כי לא תמיד יעיל הוא הפרדה של הקבוצה המיוצגת לתתי-קבוצות – לפחות ככל שהדברים נוגעים לתובעים בהווה לעומת

213 ראו, למשל, חוק החברות, סעיף 207(ב). במקרים מסוימים מאפשר החוק גם לארגון שעיסוקו בקידום מטרות החוק להגיש תובענה ייצוגית. כך, למשל, בסעיף 35א לחוק הגנת הצרכן נקבע כי גם ארגון צרכנים רשאי להגיש תביעה ייצוגית בשם קבוצת צרכנים.

214 ראו, למשל, סעיף 207(ב) לחוק החברות.

215 ראו, למשל, סעיף 210(א)(4) לחוק החברות.

216 ראו, למשל, סעיף 211 לחוק החברות.

217 ראו, למשל, סעיף 214 לחוק החברות, הקובע שבית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך-הדין ושייצג את הקבוצה וכי עורך-הדין לא יקבל שכר טרחה העולה על הסכום שקבע בית המשפט. ראו גם סעיף 215, המאפשר תשלום גמול לתובע הייצוגי אם פסק בית המשפט לטובתו.

218 ראו, למשל, סעיף 213 לחוק החברות.

תובעים עתידיים.<sup>219</sup> על אף הספק שהועלה לעיל באשר ליעילותה של הפרדה כזו בהגנה יעילה על האינטרסים של התובעים העתידיים, בעיקר כשלא ניתן לפקח באופן אפקטיבי על הנציגים השונים, ודאי שיש לשקול אותה ובמקרים הראויים לעשות בה שימוש.

**בעיות סחטנות.** כדי להתמודד עם בעיית התביעות הסחטניות נדרש התובע הייצוגי לשכנע את בית המשפט כי הגיש את התביעה בתום לב וכי קיימת אפשרות סבירה שהתובעים יזכו בתביעה.<sup>220</sup> גם כאן, בדומה לדרישות המיועדות להתמודד עם בעיות הנציג, קיים ספק רב ביכולתו של בית המשפט ליישם דרישות אלה באופן שיסגן כראוי בין תביעות מוצדקות לכאלה שאינן מוצדקות במקרים שבהם האינפורמציה שבידו מועטה, בעיקר בעוולות חשיפה המונית. התמודדות חלקית עם בעיית חוסר האינפורמציה אפשרית באמצעות דרישה מחמירה, לפיה רמת השכנוע של בית המשפט בסיכויי התובעים צריכה להיות גבוהה מאד כדי שיאשר תביעה בגין עוולת חשיפה המונית כייצוגית. אולם, התוצאה מהעלאת רמת השכנוע הנדרשת לאישור תביעות

219 ראו הטקסט הסמוך להערה 180, לעיל.

220 ראו, למשל, סעיף 16ב(א)(2) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); לפרשנותה של דרישה זו ראו רע"א 4474/97 **טצה נ' זילברשץ**, פ"ד נד(2) 577, 588 ("בחינת התקיימותה של עילת תביעה ובבחינת סיכויי ההצלחה של התובענה, כמו בבחינת התקיימות יתר התנאים לאישורה של התובענה הייצוגית, הגם שבית המשפט לא נכנס לבירור המחלוקת לגופה, אין הוא מסתפק רק באמור בכתב התביעה. בשלב זה נפרשת בפניו יריעה רחבה שלהמחלוקת, מונחים בפניו תצהירים, המצהירים נחקרים בחקירה נגדית ובית המשפט נדרש לבחון את התשתית הראייתית הלכאורית שהובאה על ידי בעלי הדין... במסגרת בחינה זו על בית המשפט ליתן דעתו גם לטענות ההגנה שהועלו במסגרת הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, ואל לו לעצום את עיניו ולהתעלם מטענות כאלו במידה ויש בהן כדי לכרסם באופן ממשי בסיכויי ההצלחה של התובעים"); עניין **מגן וקשת**, הערה 71 לעיל, בעמ' 333 ("הייתי אומר כי, בדרך כלל, על בית המשפט להשתכנע שבידי התובע ראיות לכאורה, וכן טענות שלכאורה די בהן, כדי להצדיק את בירורה של התובענה על דרך של תובענה ייצוגית ואף לזכות בהכרעה לטובת התובע. במלים אחרות, שבראיות ובטענות גלום פוטנציאל מספיק לשם ההצדקה וההכרעה. אכן, גישה פרשנית כזאת עלולה להכביד על תובע המבקש לזכות באישורו של בית המשפט להגיש תובענה ייצוגית, אולם יתרונה של גישה זאת הוא בכך שהיא מבטיחה שרק תובענות "רציניות" – שהן ייצוגיות לשמן ולא לשם מטרות זרות – יוכרו כתובענות ייצוגיות"); עניין **רייכרט**, הערה 64 לעיל, בעמ' 297 ("בשלב זה של אישור הבקשה להגשת תובענה ייצוגית נדרש התובע להראות כי הוא ממלא לכאורה אחר תנאי הסף ובכלל זאת גם התנאי בדבר קיומה של אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות תוכרענה לטובת הקבוצה"); ברע"א 6567/97 **בוק – החברה הישראלית לתקשורת נ' עיזבון המנוח אליהו גת**, פ"ד נב(2) 713, 719 "ייבאה" השופטת שטרסברג-כהן את הדרישה לסיכויי התביעה להצליח מחוק ניירות ערך לחוק הגנת הצרכן, הגם שתנאי זה אינו מופיע בו מפורשות. ראו גם עניין **צירטוק**, הערה 144 לעיל. גם בחוק החברות הושמטה הדרישה לפיה יבחן בית המשפט האם יש סיכוי סביר שתקבל תביעתה של הקבוצה. לגישה לפיה מדובר בהסדר שלילי, ראו גושן, מבט ביקורתי, הערה 8 לעיל, בעמ' 413; לגישה הפוכה ראו גולדשטיין ועפרון II, הערה 8 לעיל, בעמ' 466-469.

ייצוגיות, עם דרישה מחמירה לצורך אישורן של פשרות בתביעות אלה, תהיה שרק תביעות שסיכויי הצלחתן גבוהים מאוד יאושרו כייצוגיות, וגם אלה יהיו צריכות להתנהל בדרך כלל עד סופן, ללא אפשרות לפשרה בדרך. הבעיה היא שדרישה זו תביא לדילול התמריצים של עורכי-הדין של התובעים אשר יאלצו לשאת בכל העלויות והסיכון בכל תביעה שתאושר כייצוגית, והיא עלולה להפוך את ניהול התביעות ללא כדאית עבורם, גם כשסיכויי הצלחתן גבוהים.<sup>221</sup> מנגד, לא ברורה השפעתה של גישה מחמירה כאמור על התמריץ להגשת בקשות לאישור תביעות ייצוגיות מתוך כוונה לסחוט פשרה במקרה שאישור כזה יינתן. יש לזכור שהעלויות הכרוכות בהגשתן של תביעות אלה (להבדיל מניהולן עד סופן) אינן גבוהות, ואילו רצונו של הנתבע להתפשר, בעיקר לאחר שבית המשפט הכריז על סיכויי ההצלחה הגבוהים של התביעה, יהיה גבוה מאוד. רוב העלויות האדמיניסטרטיביות הכרוכות בטיפול בבקשות אלה ייוותרו על כנן, והעומס שיטילו על בתי המשפט לא יוקל בהכרח.<sup>222</sup> הצבת דרישות מחמירות לאישור תביעה כייצוגית עלולה, לכן, לא רק שלא לסייע בהתמודדות עם בעיית התביעות הסחטניות, אלא אף להחמיר אותה במקרים מסוימים.

### (ב) דרישות כלליות

יעילותן של הדרישות המיועדות להתמודד עם בעיות הנציג ועם בעיות התביעות הסחטניות פוחתת ככל שהאינפורמציה הנמצאת בידי בית המשפט והתובעים המיוצגים מועטה יותר, וככל שהתמריצים המניעים את נציגי התובעים ואת הנתבעים בכיוון של קנוניות מחד גיסא ותביעות סחטניות מאידך גיסא חזקים יותר. בית המשפט צריך, לפיכך, לנסות לזהות את אותן תביעות שבהן פיקוחו עלול להתברר כלא יעיל, ולמנוע את אישורן כתביעות ייצוגיות. עליו להשתמש בדרישות הכלליות לאישור התביעה כייצוגית לצורך סינון של תביעות אלה. ולהפך: על בית המשפט לזהות את אותן תביעות שבהן יתרונותיה של התביעה הייצוגית באיזון הכוחות בין התובע לנתבע ובפתרון בעיות של חדלות-פירעון יהיו גדולים ביותר, ולאשר תביעות אלה כייצוגיות – בתנאי שבעיות הנציג והסחטנות אינן כה חמורות עד שהן שוללות יתרונות אלה. בחוקי התביעות הייצוגיות מצויות כיום שלוש דרישות כלליות: הדרישה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתביעה,<sup>223</sup> הדרישה

221 להשפעה של ניהולן של תביעות עד סופן ללא אפשרות לפשרות מוקדמות על אמינות האיום של התובעים לנהל תביעתם ראו Bebhuk, New Theory, הערה 156 לעיל; Alon Klement, "Threats to Sue and Cost Divisibility Under Asymmetric Information," המאמר עתיד להתפרסם ב-23 *Int. Rev. L. & Econ* (2003) (עותק נמצא בידי המחבר).

222 לגישה שלפיה הקשחת התנאים לאישור תביעות ייצוגיות ופשרות, בחינה מדוקדקת יותר של היחס בין שכר הטרחה של עורכי-הדין לערך שקיבלו חברי הקבוצה המיוצגת בפועל, ושינוי התרבות השיפטית המעדיפה פשרה בכל מחיר, יכולים במשולב להתמודד עם בעיות הנציג והסחטנות, ראו Hensler, הערה 4 לעיל, בעמ' 486-500.

223 ראו, למשל, סעיף 210(א)(2) לחוק החברות.

שגודלה של הקבוצה יצדיק הגשה של התביעה כייצוגית,<sup>224</sup> ודרישת הסל, שלפיה צריך התובע לשכנע את בית המשפט שהתביעה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.<sup>225</sup>

**שאלות מהותיות של עובדה ומשפט יוכרעו בתביעה.** תנאי זה פורש על ידי בית המשפט העליון כדורש שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, אם כי לא נדרשת זהות מוחלטת בכל השאלות.<sup>226</sup> הניתוח לעיל מוליך למבחן-עזר, לפיו נדרש שהשאלות המשותפות יהיו כאלה שדיון נפרד בהן ייתן לנתבע יתרון מכוח ריכוז התביעות דה-פקטו על ידו. יתרון כזה יינתן בידי הנתבע, כאמור לעיל, כשהשאלות הן מסובכות ודורשות מחקר משפטי ועובדתי מקדים שאותו יכול הנתבע לנצל מתביעה לתביעה, בעוד שהתובעים נדרשים להשקיע במחקרם בכל תביעה מחדש. כמו כן, שאלות עובדתיות הדורשות הבאת ראיות קשורות ממקורות רבים והצלבה ביניהן, ודורשות ריכוז עדויות לצורך הוכחת פעולה או מחדל חוזרים ונשנים העשויים להשליך על אחריות הנתבע, הן שאלות שבהן ריכוז התביעות בתביעה אחת יסייע ליצירת איזון בין כוחו של הנתבע לכוחם של התובעים.

**גודלה של קבוצה יצדיק הגשת התביעה כתביעה ייצוגית.**<sup>227</sup> בדומה לתנאי הקודם, גם כאן השאלה אם גודלה של הקבוצה יצדיק הגשת התביעה כייצוגית צריכה להיגזר לא רק מהחיסכון והיעילות השיפוטית בדיון במאוחד בכל התביעות, כי אם גם מהיתרון שקונה לו הנתבע מדיון נפרד בתביעות אלה, שבו הוא יכול לנצל את יתרונותיו לגודל מבלי שאלה יאוזנו בצד התובעים. שילובו של תנאי זה עם התנאי הנוגע לשאלות המשותפות לתובעים הוא שמביא לבדיקה נכונה מבחינה פונקציונלית של יתרונות התביעה הייצוגית ביחס לתביעות אינדיבידואליות. כמו כן, יש לבחון אם גודלה של הקבוצה הוא כזה שיקשה על איתור התובעים השונים ועל התקשורת והתיאום ביניהם אם תביעותיהם יאוחדו בדרכים הרגילות הקיימות בתקנות סדרי הדין.

224 בעניין זה יש לשים לב לנוסחו השונה של סעיף 210(א) לחוק החברות: "בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם מצא כי, לכאורה, נתקיימו כל התנאים האלה... (3) התובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין בשים לב, בין היתר, לגודלה של הקבוצה" (ההדגשה הוספה). להבדיל משאר חוקי התביעה הייצוגית, בסעיף זה משמש גודל הקבוצה רק כפרמטר לבחינת התאמתה של התביעה הייצוגית להכרעה במחלוקת, והוא אינו בגדר מבחן עצמאי.

225 ראו, למשל, סעיף 35ב(3) לחוק הגנת הצרכן, וכן סעיף 46ב(3) חוק ההגבלים העסקיים, שלפיו "הגשת התובענה הייצוגית היא דרך עדיפה על הגשת תביעות אישיות, מוצדקת והוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין". כן ראו סעיף 210(א)(3) לחוק החברות, שבו נאמר "התובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".

226 עניין רייכרט, הערה 64 לעיל, בעמ' 296-297; עניין טצת, הערה 71 לעיל, בעמ' 788.

227 בעניין רייכרט, הערה 64 לעיל, בעמ' 299, קבע בית המשפט העליון שקיימת חזקה ביחס לגודל הקבוצה בתביעה של בעלי מניות של חברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה, והנטל להוכיח כי גודל הקבוצה אינו מצדיק אישור התביעה כייצוגית עובר אל שכם הנתבעים.

**התביעה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.** תנאי זה מציב דרישת סל הכוללת, במידה רבה, את שני התנאים הקודמים. כך פירש בית המשפט העליון את התנאי כדורש שבית המשפט יבחן אם ראוי שעילה פלונית תידון במסגרתה של התובענה הייצוגית, וזאת הן מן ההיבט הדיוני, הן מן ההיבט הראייתי והן לאורם של שיקולי יעילות,<sup>228</sup> וכן שקיומו של מרכיב אישי המחייב בחינה נפרדת בתביעתו של כל תובע אינו מחייב את המסקנה שהתביעה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. יעילות פורשה כחיסכון בהתדיינות חוזרות ונשנות בכל יסודות העילה, והוגנות – כאי-קיפוח של זכויות הנתבע.<sup>229</sup>

בתביעות בגין עולות המוניות צריכה דרישה זו להתפרש לאור הקווים המנחים שפורטו לעיל, והיא שיכולה לתת בידי בית המשפט את הכלי לסינון של תביעות בגין עולות המוניות שבהן עולה החשש מבעיות הנציג והסחטנות על היתרון האפשרי בתביעה הייצוגית. בית המשפט צריך לבחון בתביעות אלה, ובעיקר בתביעות בגין עולות חשיפה המונית, מהו ערך התביעה האינדיבידואלית לאור סיכויי ההצלחה של כל תובע וקשייו בהשגת ראיות כנגד הנתבע, ואת הסכנה לחדלות-פירעון של הנתבע שתמנע פיצוי מתובעים בהווה ובעתיד. מנגד צריך בית המשפט לשאול את עצמו האם יהיו בידו הכלים והמשאבים כדי לפקח על הצדדים ולמנוע את מימושן של בעיות הנציג והסחטנות. התשובה לשאלות אלה צריכה להינתן לאור אותם שיקולים שפורטו לעיל, המשפיעים על יכולתם של הצדדים להעלים את האינפורמציה הרלבנטית מבית המשפט ומתובעים המיוצגים, ומתוך השוואה למנגנונים חלופיים הקיימים בדין להשגת הרתעה ופיצוי.<sup>230</sup> שימוש בדרישה זו לסינון תביעות שבהן הסיכון לסחטנות או לקנוניות הוא גבוה הינו מקביל, למעשה, לשימוש שעשו בתי המשפט בארצות-הברית בדרישות ה-predominance וה-superiority הקבועות בכלל 23(b)(3), כפי שפורט לעיל.

## **5. כלים נוספים לריסון בעיות הנציג והתביעות הסחטניות בתביעות ייצוגיות בגין עולות המוניות**

בהתחשב בבעיית האינפורמציה הקשה שבפניה עומד בית משפט הנדרש לפקח על התביעה הייצוגית בעולות חשיפה המונית ועל פשרות בתביעות אלה, הועלו בספרות בארצות-הברית כמה הצעות שנועדו לתת לבית המשפט כלים טובים יותר במשימתו זו. סעיף זה בוחן בקצרה שתיים מההצעות הללו ואת האפשרות ליישומן בישראל: פסיקת

228 שם, בעמ' 309.

229 ראו פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין **ברוני**, הערה 49 לעיל, בעמ' 610-612.

230 לסקירת מנגנונים אלה ראו פרק ה.6 להלן.

הוצאות משפט כנגד תובעים ייצוגיים או עורכי-דינם, ומתן תמריצים לתובעים המתנגדים לפשרה מוצעת.<sup>231</sup>

### (א) מתן תמריצים למתנגדים לפשרה

עיקר הפיקוח על ניהול התביעה הייצוגית והפשרות המושגות בה נתון כיום בידי בית המשפט. על אף שתובעים החברים בקבוצה המיוצגת יכולים בכל שלב – ובעיקר בשלב הדיון בבקשה לאישור הפשרה בתביעה הייצוגית – להביע את התנגדותם לפשרה המוצעת, התובעים המיוצגים חסרים תמריצים ראויים להתנגד.<sup>232</sup> לכאורה, ניתן להגדיל תמריצים אלה באמצעות תשלום שכר טרחה אם התנגדותו של החבר בקבוצה מתקבלת.<sup>233</sup>

ישנן שתי בעיות בפתרון זה. ראשית, חברי הקבוצה המיוצגת חסרים את המשאבים ואת האינפורמציה הנדרשים כדי לגלות האם הפשרה שהושגה ראויה, ומבחינה זו דומה מצבם לזה של בית המשפט.<sup>234</sup> שנית, הסתמכות על התנגדויות של תובעים החברים בקבוצה המיוצגת תשכפל את בעיות הנציג והסחטנות, אולם הפעם במישור היחסים שבין התובע המתנגד לבין הנתבע ונציגי הקבוצה. מחד גיסא, הסיכון שההתנגדות תתקבל יטיל על הנתבע ועל נציגי הקבוצה המעוניינים באישור הפשרה לחץ רב "לשחד" את המתנגד כדי שזה ימשוך את התנגדותו גם כשהסיכוי לקבלת ההתנגדות הוא נמוך. על אף שהסכום שייאלצו הנתבע ונציגי הקבוצה לשלם לא יהיה גבוה, הוא עלול להביא להגשת התנגדויות רבות חסרות בסיס. מנגד, גם מתנגדים שהתנגדותם בעלת ערך יסכימו למשוך את התנגדותם ובלבד שישולם להם סכום מספק, השווה לערך הצפוי להם מהגשת התנגדותם. בעיה זו תהיה חמורה פחות ככל שהפיצוי למתנגדים שיצליחו יהיה גבוה יותר, אולם אז יהיו רבים שיגישו התנגדויות, גם אם יסודן רעוע.<sup>235</sup>

231 הצעות אלו אינן היחידות אשר הועלו בספרות, ובחינתן באה רק כדי להדגים כיצד מסגרת השיקולים שהוצגה עד כה מאפשרת בחינתם של מנגנונים לשיפור יעילותה של התביעה הייצוגית.

232 ראו הערה 107 לעיל.

233 אפשרות נוספת היא מינוי של מפקח מטעם בית המשפט, ששכר טרחתו ישולם מתוך סכום הפשרה. לדיון באפשרות זו, על יתרונויה וחסרונותיה, ראו Klement, הערה 105 לעיל.

234 ראו Edward H. Cooper, "Class Action Advice in the Form of Questions," 11 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 215, 240-241 (2001); Suzan Koniak, "Class Action Against Class Counsel," 1 *J. Inst. Stud. Leg. Eth.* 249, 250 (1996); Susan P. Koniak & George M. Cohen, "Under Cloak of Settlement," 82 *Val. L. Rev.* 1051 (1996).

235 לסקירת התמריצים לפשרות בין הצדדים לפשרה לבין חברי הקבוצה המתנגדים לה ראו Linda S. Mullenix, "Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm," 33 *Val. U. L. Rev.* 413, 440-442 (1999); Katherine Ikeda, "Silencing the Objectors," 15 *Geo. J. Legal Ethics* 177 (2001).



אכן, הניסיון בארצות-הברית מעיד כי תגמול למתנגדים אינו מביא לפתרון ראוי לבעיות הנציג והסחטנות בתביעה הייצוגית, עקב יכולתם של עורכי-הדין של הקבוצה להגיע לפשרות עם מתנגדים אלה.<sup>236</sup> המתנגדים היחידים שהתנגדותם אפקטיבית בהשפעתה על פשרות המושגות בתביעות ייצוגיות הינם ארגוני צרכנים וארגונים ציבוריים אחרים,<sup>237</sup> שמטרותיהם אינן רווח כלכלי גרידא – אולם אלה חסרים את המשאבים להגשת התנגדויות במספר רב של תביעות, וחסרים גם את האינפורמציה הדרושה להעריך באילו מן התביעות אכן ראוי להתנגד לפשרות המוצעות ואילו מהפשרות המוצעות (גם אם הן נמוכות) משקפות את ערכה הצפוי של התביעה. הסתמכות על התנגדויות אלה אינה יכולה, לכן, להביא לשיפור משמעותי במאזן הרווח וההפסד בתביעות ייצוגיות בגין עולות חשיפה המונית.

### (ב) פסיקת הוצאות משפט כנגד תובעים ייצוגיים או עורכי-דינים

בניגוד למשפט האמריקני, שבו נושא כל צד בהוצאות המשפט שלו ללא תלות בתוצאות המשפט, בישראל פוסק בית המשפט בנסיבות רגילות הוצאות לטובת הצד הזוכה, הכוללות שכר טרחת עורך-דין והוצאות אחרות הניתנות לשומה.<sup>238</sup> לכאורה, ניתן היה להרתיע תובעים מהגשת תביעות ייצוגיות חסרות יסוד באמצעות פסיקת הוצאות כנגדם, בין במקרה שבו תביעתם אינה מאושרת כיייצוגית ובין לאחר מתן פסק דין בתביעה, בהנחה שזו אושרה כיייצוגית. פסיקת מלוא ההוצאות הנגרמות לנתבע עקב תביעות אלה הייתה מטילה סיכון גדול יותר על התובע, ומפחיתה מהסיכון המוטל על הנתבע בניהול התביעה הייצוגית, כששניהם מותנים בסיכויים של הצלחת התביעה.<sup>239</sup> אולם, ישנן כמה בעיות, הן במישור הפרקטי והן במישור הנורמטיבי, המעמידות בספק את האפשרות לשימוש בפסיקת הוצאות כדי להרתיע תובעים ועורכי-דין מפני הגשת תביעות ייצוגיות סחטניות. במישור הפרקטי, במצב המשפטי הנוהג כיום, ההוצאות בהליך רגיל נפסקות לחובת הצד המפסיד ולא לחובתו של עורך-דינו. פסיקת הוצאות לחובת עורך-הדין נעשית רק במקרים נדירים, והפסד בתביעה או הגשת תביעה

236 ראו, למשל, Robert B. Gerard & Scott A. Johnson, "The Role of The Objector In Class Action Settlements - A Case Study of The General Motors Truck 'Side Saddle' Fuel Tank Litigation," 31 *Loy. L. A. L. Rev.* 409 (1998).

237 אחד הארגונים שהיו מעורבים במספר רב יחסית של תביעות ייצוגיות, כמתנגדים לפשרות שהוצעו, הינו Public Citizen, מיסודו של ראלף ניידר. לסקירת מעורבותו של הארגון בתביעות ייצוגיות ראו <[http://www.citizen.org/litigation/briefs/Class\\_Action/index.cfm](http://www.citizen.org/litigation/briefs/Class_Action/index.cfm)>.

238 ראו הערה 57 לעיל.

239 לדין באפשרויות אלה ראו גולדשטיין ועפרון I, הערה 8 לעיל, בעמ' 45-47; גולדשטיין ועפרון II, הערה 8 לעיל, בעמ' 474-476.

שיסודה רעוע אינה בין העילות לכך.<sup>240</sup> חוקי התביעות הייצוגיות לא שינו את כללי פסיקת ההוצאות אלא רק הגבילו את שכר טרחתו של עורך-הדין המייצג את הקבוצה לשכר הטרחה שיפסוק בית המשפט. לפיכך, פסיקת הוצאות יכולה להיות רק לחובת התובע הייצוגי עצמו או לחובת כלל התובעים המיוצגים. פסיקת הוצאות לחובת חברי הקבוצה כולם אינה מעשית עקב חוסר האפשרות לאתר ולזהות אותם לאחר שהפסידו בתביעה (להכדיל ממצב שבו זכו בתביעה, שאז יש לכל אחד מהם אינטרס לזהות את עצמו), ובכל מקרה אין בה כדי להשפיע על התמריצים להגשת תביעות ייצוגיות. באשר לפסיקת הוצאות לחובת התובע הייצוגי עצמו, הרי גם כיום דחייתן של בקשות לאישור תביעה כייצוגית על פי חוקי התביעות הייצוגיות ותקנה 29 גוררת פסיקת הוצאות לטובת הנתבעים. עם זאת, בתי המשפט נמנעים מלפסוק לנתבע את מלוא הוצאותיו – הן בגין שכר הטרחה שנאלץ לשלם לעורכי-דינו והן בגין הוצאות ועלויות שאינן ניתנות לשומה בנקל (דוגמת פגיעה במוניטין או עוגמת נפש) ומן הסתם אינן בגדר הוצאות משפט שבית המשפט רשאי לפסוק לפי תקנות 511-513 לתקסד"א.<sup>241</sup>

במישור הנורמטיבי, פסיקת הוצאות גבוהות אכן תביא להרתעה מוגברת מפני הגשת תביעות סרק, אולם יש לחשוש מתוצאה של הרתעת יתר של תובעים מלייצג את הקבוצה, בעיקר כשרווחיהם מייצוג הקבוצה מוגבלים. פסיקת הוצאות גבוהות תחייב פסיקת פיצוי גבוה לטובת התובע הייצוגי במקרה שיוכה בתביעה או אף במקרה של אישור התביעה כייצוגית, מעל ומעבר לפיצוי הניתן לו כיום לאור פסיקת בית המשפט העליון,<sup>242</sup> וגם פיצוי כזה עלול שלא לתת תמריץ מספיק להגשת התביעה הייצוגית לאור הסיכון הרב שיוטל על התובע בפסיקת ההוצאות. לכן התוצאה תהיה שתביעות ייצוגיות לא יוגשו – תוצאה הדומה לזו שתושג על ידי הקשחת התנאים לאישור התביעה כייצוגית. נוסף על כך, במקרה הרגיל יהיו נכסיו של התובע הייצוגי מוגבלים, וממילא לא יהיה בפסיקת הוצאות לחובתו כדי לשפות את הנתבע על מלוא הוצאותיו, ותמריציו לפשרה מוקדמת ייוותרו במידה רבה בעינם.

ניתן, כמובן, לקבוע הסדר מיוחד לתביעות ייצוגיות בגין עוולות חשיפה המונית, שלפיו ישאו עורכי-הדין של הקבוצה בהוצאות הנתבע במקרה שיפסידו בבקשה

240 ראו ע"א 4845/95 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639, 645-646; ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366.

241 בע"א 77/85 חברת החשמל, מחוז ירושלים נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לט(2) 592, 598 נקבע כי "הלכה פסוקה היא כי, בהעדר סיבה מיוחדת שתצדיק אי פסיקת הוצאות או פסיקת הוצאות מופחתת לבעל דין שזכה במשפט – מן הראוי לפסוק לו הוצאות מלאות שלא ייגרמו לו חסרון כיס". עם זאת, אין הדיבור "הוצאות" – או בנוסחו בתקנות לפני תיקון ב-1990, "יצאות" – כולל עלויות שאינן דרושות לצורך ניהול המשפט. ראו זוסמן, הערה 57 לעיל, בעמ' 537-538.

242 לקריטריונים המנחים בפסיקת הוצאות לתובע הייצוגי ראו עניין אנליסט, הערה 71 לעיל, בעמ' 257-260.

לאישור התביעה כייצוגית או בתביעה הייצוגית גופה.<sup>243</sup> אולם הדברים האמורים לעיל לגבי התובע הייצוגי נכונים במידה רבה גם לגבי עורכי-הדין. אמנם התמריצים הניתנים לעורכי-הדין על ידי שכר הטרחה הנפסק לטובתם גבוהים בהרבה מאלו הניתנים לתובע הייצוגי, אולם זאת מאחר שעליהם לשאת בעלויות ובסיכון גדול בהרבה מאלו שבהם נושא התובע הייצוגי, עקב השקעת הזמן והעבודה הניכרים הנדרשים מהם בניהול התביעה הייצוגית. הטלת סיכון נוסף לחבות בהוצאות הנתבע תחייב הגדלה מקבילה בשכר הטרחה הנפסק לטובתם במקרה של זכייה בתביעה או של אישור התביעה כייצוגית. כמו כן, אמנם ערך נכסיהם של עורכי-הדין יהיה במקרים רבים גבוה מערך נכסיו של התובע הייצוגי, אולם גם הם יהיו מוגבלים, בעיקר לאור גודלם הקטן ופיזורם של משרדי עורכי-הדין העוסקים בהגשת תביעות ייצוגיות בישראל, בהשוואה לארצות-הברית. לבסוף, פסיקת הוצאות כנגד עורכי-הדין עלולה להביא לבעיית נציג חמורה יותר מזו הקיימת כיום, שכן עם התקדמות התביעה והגדלת העלויות שבהן עשוי עורך-הדין לחוב כלפי הנתבע יגדל גם התמריץ שלו להתפשר – על חשבון הקבוצה המיוצגת. לדוגמא, נניח כי סיכויי ההצלחה של התובעים עומדים על 0.5, סכום התביעה הוא 100, ושכר הטרחה שייפסק לטובת עורך-הדין של הקבוצה, אם יזכה, הוא 20, ואילו שכר הטרחה שיקבל בפשרה יהיה 20% מסכום הפשרה. נניח גם כי הצדדים מצויים לאחר שלב הצגת הראיות ולפני מתן פסק דין, לאחר שהנתבע הוציא הוצאות בסך 20. כאשר עורך-הדין אינו נושא בהוצאות הנתבע, הערך הצפוי של פסק הדין עבורו בשלב זה (לאחר שכבר הוציא את כל הוצאותיו) הוא 10,<sup>244</sup> ולכן יסכים לפשרה של 50 – המותרת בידי הקבוצה 40, בדיוק כמו ערכו הצפוי של פסק הדין עבורה.<sup>245</sup> לעומת זאת, אם צריך עורך-הדין לשפות את הנתבע בגין הוצאותיו במקרה שפסק הדין יינתן לטובת הנתבע, הרי ערכו הצפוי של פסק הדין עבור עורך-הדין הוא 0,<sup>246</sup> והוא יסכים לכל פשרה חיובית על חשבון הקבוצה המיוצגת. רק שכר טרחה גבוה יותר בתביעה יבטיח פשרות גבוהות יותר, אולם עקב כך יקטן חלקם של התובעים המיוצגים בתביעה אם לא תושג פשרה.<sup>247</sup>

243 להצעה לפיה ייפסקו הוצאות משפט כנגד עורך-הדין המייצג את הקבוצה אם יפסיד במשפט, ובתנאי שהתביעה אושרה כייצוגית, ראו Deborah R. Hensler & Thomas D. Rowe Jr., "Beyond 'It Just Ain't Worth It': Alternative Strategies For Damage Class Action Reform," 64 *L. & Contemp. Probs.* 137 (2001).

244 עורך-הדין ירוויח 20 בסיכוי של 0.5.

245 הסיבה לכך שאין בעיית נציג בדוגמא זו נובעת מכך שעורך-הדין כבר הוציא את כל הוצאותיו. לכן מסכים עורך-הדין לפשרה של 50, המותרת בידי 10, ובידי הקבוצה המיוצגת 40.

246 בסיכוי של 0.5 יקבל עורך הדין 20 ובסיכוי של 0.5 ישלם 20.

247 ניתן להראות שבנתוני הדוגמא שכר טרחה של 36% במקרה של זכייה (בצירוף שכר טרחה של 20% בפשרה) יבטיח ערך צפוי של 32 לקבוצה הן במקרה של פשרה והן במקרה של התדיינות משפטית. עורך-הדין יקבל במשפט 36 אם יזכה, וישלם 20 אם יפסיד. לפיכך, תוחלת הרווח לעורך-הדין היא  $0.5 * 36 + 0.5 * (-20) = 8$ , ואילו תוחלת הרווח לקבוצה היא  $0.5 * 64 = 32$ .

## 6. חלופות לתביעה הייצוגית בעוללות חשיפה המונית

יכולתה של התביעה הייצוגית להשיג את מטרתה בתביעות בגין עוללות חשיפה המונית היא מוגבלת עקב בעיות של תביעות סחטניות, פשרות נמוכות וקנוניות. כמו כן, העלויות הכרוכות במתן אפשרות לתביעה ייצוגית בעוללות אלה הינן גבוהות, בעיקר בגין הגשתן של תביעות רבות שסיכוייהן נמוכים. מנגד, יש בתביעה הייצוגית בעוללות אלה כדי לחסום את הגישה לבית המשפט מתובעים רבים שתביעתם ראויה, באמצעות פשרות נמוכות אשר יקימו מעשה בית דין כלפי תובעים אלה וימנעו מהם תביעות נוספות, אולם לא יביאו לפיצוי והרתעה הולמים. ניתוח האמצעים הקיימים בידי בתי המשפט כדי להביא לסינון ראוי של התביעות והפשרות המוגשות לאישור המעלה כי יעילותם של אלה מוגבלת, בעיקר בתביעות בגין עוללות חשיפה המונית, עקב מאפייניהן הבעייתיים של עוללות אלה ובעיקר בגין היעדר אינפורמציה מספיקה בידי בתי המשפט. השאלה, כמובן, הינה אם בכל זאת אין התביעה הייצוגית עדיפה על האלטרנטיבות הקיימות.

כאמור, התשובה לשאלה זו בישראל ניתנת על רקע שונה לחלוטין מהרקע שבו היה צריך המשפט האמריקני להתמודד עמה. המשפט האמריקני עמד בפני בעיית הצפה בתביעות בגין עוללות חשיפה המונית – הצפה שלגישת שופטים רבים איימה על התנהלות התקינה של מערכת המשפט. הלחץ על בתי המשפט הביא לעיכובים במתן פיצוי לנפגעים מעוללות אלו והקריאות לשינוי באו, לכן, הן מצד בתי המשפט והן מצד ארגונים ונציגים של נפגעים מעוללות אלה. התביעה הייצוגית נקראה אל הדגל בעיקר כדי להקל את הלחץ מעל בתי המשפט. בעיות הנציג והסחטנות שהתעוררו בתביעות ייצוגיות שהוגשו הוליכו לפתרון משולב, הנשען על הבשלת העולה ההמונית.

זה אינו המצב בישראל. כאן, מספר התביעות המוגשות בגין עוללות חשיפה המונית הוא נמוך, וממילא הן אינן יוצרות עומס מיוחד על בתי המשפט. על אף שתהליך של הבשלה יכול להתרחש בנסיבות שבהן יזקפו כמה הצלחות בצד התובעים, בעיקר בשאלות של קשר סיבתי ואחריות, הסיכוי לכך הינו נמוך בשל הסיבות שפורטו לעיל.<sup>248</sup> פתיחתו של מסלול התביעה הייצוגית בעוללות אלה עתיד, לפיכך, להגדיל את העומס על בתי המשפט ולא להקטינו. יתרה מכך: בעיות הנציג והסחטנות המפחיתות מיעילותה של התביעה הייצוגית בהשגת הרתעה ופיצוי אינן יכולות להיפתר תוך הסתמכות על הבשלת העולה ההמונית, שכן היסטוריית התביעות הדלה אינה מאפשרת זאת. השאלה היא האם למרות בעיות אלה עדיפה התביעה הייצוגית על חלופות אחרות להשגת הרתעה ופיצוי, מחוץ לדיני הנזיקין.

עורך-הדין יסכים לכל פשרה המותרת בידו 8, ומאחר ושכרו בפשרה הוא 20%, יסכים לפשרה של 40. פשרה זו תותר בידי הקבוצה המיוצגת 32, בדיוק אותו סכום שהיה בידיה (בתוחלת) אילו היה המשפט מנוהל עד סופו.

248 ראו פרק ב.2 לעיל.

סעיף זה סוקר בקצרה חלופות אלו – באמצעות מנגנוני ביטוח ופיצוי מיוחדים, בדרך של תביעות שיפוי ושיכוב ובדרכי אכיפה ציבורית באמצעות דין פלילי, רגולציה ותקנון. השאלה האם דרכים אלה יעילות יותר מן התביעה הייצוגית בהשגת הרתעה ופיצוי בעוולות חשיפה המונית נותרת פתוחה לבחינה אמפירית, אולם ברי כי יש להתחשב בה בבחינת השאלה האם התביעה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

#### (א) מנגנונים חלופיים לפיצוי

פיצוי הנפגעים וטיפול בהם יכול להיעשות באמצעות פיקוח רפואי על מי שנחשפו לחומר או למוצר המסוכן אולם נזקיהם טרם התממשו, ובאמצעות ביטוח, פרטי או לאומי, כאמור לעיל.<sup>249</sup> כאשר לנזקים שאינם מכוסים על ידי ביטוח הרי ניתן לכפות ביטוח חבות על נתבעים פוטנציאליים (למשל: מי שעיסוקו בתחומי הרפואה, בפרמצבטיקה או בתעשיות הפולטות חומרים מסוכנים), או לחייב נפגעים פוטנציאליים בביטוח אישי, באופן דומה לזה המוכר בארץ בתחום תאונות הדרכים.<sup>250</sup> באופן דומה ניתן לחייב את המדינה לבטח נפגעים אלה, בהסדר הדומה לזה הקיים לפי חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1984, הקובע כי "המדינה תבטח בפוליסה בת-תוקף לפי דרישותיו של חוק זה, את כל מי שמקבל חיסון וכל אדם אחר שבא עמו במגע, מפני פגיעה כתוצאה מחיסון".

בהיעדר ביטוח המכסה את נזקיהם של הנפגעים בעוולות חשיפה המונית, ניתן לדאוג לפיצויים בדיעבד בדרך של חקיקה ספציפית, המיוחדת לעוולה ולנזק מסוימים. בארצות-הברית, למשל, הושמעו קריאות חוזרות ונשנות, הן מצד בתי המשפט<sup>251</sup> והן מצד וועדות חקירה שונות,<sup>252</sup> לחקיקה פדרלית שתסדיר את פיצויים של מיליוני הנפגעים בפועל ובעתיד מחשיפה לאסבסט.<sup>253</sup> מסיבות שונות חקיקה כזו טרם התקבלה בארצות-הברית, ויש סיכוי סביר שלעולם לא תתקבל.<sup>254</sup> לעומת זאת, במדינות רבות בעולם

249 ש.ם.

250 ראו פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], תש"ל-1970.

251 ראו, למשל, *Jenkins v. Raymark*, 780 F.2d. 468, 473 (1978); עניין *Amchem*, הערה 3 לעיל, בעמ' 629; עניין *Ortiz*, הערה 155 לעיל, בעמ' 821-822, 865.

252 ראו, למשל, Report of the Judicial Conference Ad Hoc Committee on Asbestos, Litigation 4 (Mar. 1991) 27-35, 36-39.

253 לניסיון אחרון ראו H.R. 1283, 106th Cong. 1999, Fairness in Asbestos Compensation Act of 1999, H.R. 1283, 106th Cong. 1999.

254 אם כי בתחומים אחרים נמצאו פתרונות חקיקתיים. ראו, למשל, Black Lung Benefits Act, 30 U.S.C. 901-945 (1989) Price Anderson Act, 42 U.S.C. 2210 (1988) (לטיפול בנפגעי אסונות גרעיניים); National Vaccine Injury Compensation Program, 42 U.S.C. 300aa-34 (1988) (לטיפול בנפגעי חיסונים).

המצב שונה,<sup>255</sup> ויש מקום להניח שגם בישראל פתרונות חקיקתיים לעוולות המוניות הם זמינים יותר. לדוגמא, החוק לפיצוי נפגעי גזות, התשנ"ד-1994<sup>256</sup> קובע מנגנון לפיצוי נפגעי הקרנות שניתנו בשנים 1946-1960 כטיפול במחלת הגזות, על ידי המדינה וגופים ציבוריים אחרים שעסקו במתן הקרנות מטעמה.<sup>257</sup> דוגמא נוספת היא החוק לפיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס), התשנ"ג-1992,<sup>258</sup> הקובע מנגנון לפיצוי נשאי איידס (וקרוביהם) שנדבקו במחלה עקב עירוי דם שניתן על ידי שירות רפואי ציבורי. על אף שקל היה להטיל על הקופה הציבורית את האחריות לפיצוי במקרים אלה, מאחר שהנזקים נגרמו במישרין או בעקיפין עקב מעשה או מחדל של גוף ציבורי, אין זה תנאי הכרחי לקביעת אחריות כזו, והיא אפשרית גם במקרה שהאחריות לנזק נתונה כולה או ברובה בידי גופים פרטיים. לדוגמא, במקרה אחד של אסון המוני שנגרם עקב קריסת הרצפה באולמי ורסאי בירושלים, ביום 24.5.2001, בו נהרגו 23 בני אדם ונפצעו כ-380,<sup>259</sup> ומתוך החשש שנפגעי האסון לא יפוצו בגין חדלות פירעון של האחראים,<sup>260</sup> חוקקה הכנסת את חוק סיוע לנפגעי קריסת הרצפה באולמי ורסאי, התשס"ב-2002.<sup>261</sup> החוק קובע כי "המדינה תסייע למשפחתו של נפטר או למי שנפגע תוך כדי ועקב קריסת הרצפה באולמי ורסאי, בירושלים, ביום אור ל-ג' בסיון התשס"א (24 במאי 2001) (להלן – התאונה), מעבר לזכאות המגיעה לו בשל כך לפי כל חוק...". על אף שמקרה זה הינו של תאונה המונית ולא של עוולת חשיפה המונית, והמעמסה על הקופה

כמו כן, מיד לאחר פעולת הטרור שהביאה לקריסת מגדלי התאומים במרכז הסחר העולמי בניו-יורק, ב-11 בספטמבר 2001, הוקמה קרן מיוחדת לפיצוי הנפגעים. ראו Air Transportation Safety System Stabilization Act, Pub. L. No. 107-42, 115 Stat. 230 (2001), Title IV. ראו סקירת פתרונות אלה אצל Linda S. Mullenix, "Lessons From Abroad: Complexity and Convergence," 46 *Vill. L. Rev.* 1, 27-31 (2001).

255 ס"ח 1478.

257 בדברי ההסבר להצעת חוק לפיצוי נפגעי גזות, התשנ"ד-1994, ה"ח 2263, 406 צוין: "תחום הבריאות היה אחד התחומים שבו בוצעו פעולות שהסתבר מאוחר יותר כי היו בלתי יעילות ולעיתים מזיקות. חולי הגזות קיבלו טיפולים בהקרנות. התברר כעבור זמן שהקרנות אלה לא רק שבחלקן היו מיותרות אלא שגרמו לנזקים בריאותיים בלתי הפיכים עד כדי מחלת הסרטן ומחלות קשות ביותר אחרות. היום מתגלות תופעות לוואי הגורמות לנכות קשה ולעיתים גם למוות של אזרחים שטיפול בהם בוצע לפני עשרות שנים. מן הראוי למצוא דרך לפיצוי הולם לחולים אלה כפי שנעשה לגבי קבוצות אחרות של חולים שהמדינה מצאה דרך לפצותם לפי חוק. עלות הצעת החוק לפי הערכת המציע היא 100 מיליון שקלים חדשים".

258 ס"ח 1405.

259 ועדת החקירה הממלכתית לעניין בטיחות מבנים ומקומות המשמשים ציבור, דו"ח ביניים (אוגוסט 2002) (ניתן לצפייה ב-<http://www.court.gov.il/doch/tochen.htm>).

260 בדברי ההסבר להצעת חוק תמלוגים לנפגעי אסון קריסת הרצפה באולמי ורסאי, התשס"ב-2001, ה"ח 3046, 112 צוין: "מטרת הצעת חוק זו לאפשר תשלום תמלוגים על ידי המדינה לנפגעים עצמם או לשאריהם, תוך קביעת מנגנון של זכות חזרה למדינה לתבוע מצד שלישי את התמלוגים ששולמו".

261 ס"ח 1822.

הציבורית בגינו אינה גבוהה, יש בו כדי לשמש דוגמא לאפשרות הפיצוי בדרך של חקיקה ספציפית.<sup>262</sup> דוגמא נוספת היא הצעת חוק פרטית של חברת הכנסת לשעבר נחמה רונן, אשר הונחה על שולחן הכנסת ה-15, לפיצוי נפגעי עישון, שעל פיה תוקם קרן לפיצוי נפגעי עישון, שתמומן על ידי חברות הסיגריות (שיהיו רשאיות להעלות את מחירי הסיגריות לשם כך).<sup>263</sup> נפגע עישון, שעל פי הגדרת הצעת החוק הינו אדם שעישן מוצרי טבק וועדה רפואית קבעה כי עקב כך חלה במחלה המנויה בהצעה כמחלת עישון, יהיה זכאי להגיש תביעה לפיצוי מהקרן. כמו כן תישא הקרן בפיצוי לשאריו של מי שנפטר כתוצאה ממחלת עישון, פיצוי קופות החולים בגין ההוצאות שהן מוציאות לטיפול במחלות העישון, ובמימון פעולות למניעת עישון. על אף שאין זה ברור באיזו מידה יכול הסדר כזה לתת פתרון הולם לבעיות הנגרמות עקב נזקי העישון, יש בו כדי להוות דוגמא לניסיון מעניין לפתור בעיות אלה בדרך של חקיקה ספציפית.

דרך נוספת לטיפול בעוולות חשיפה המונית, בעיקר כשקיים גוף ציבורי הנושא באחריות לנזק או לחלקו, היא באמצעות מינוי ועדה חוקרת ואימוץ מסקנותיה מאוחר יותר. דוגמא לכך היא ועדת החקירה שמונתה לבדוק את אחריותו האפשרית של הצבא לסיכונים רפואיים שונים, לרבות מחלת הסרטן, להם היו חשופים צוללני שייטת 13 של חיל הים. ועדה זו הוקמה על פי החלטת הרמטכ"ל בעקבות גילויים בעניין זה בעיתונות ובעקבות פנייתם של כמה חיילים בשייטת 13 לבג"ץ.<sup>264</sup> דוגמא נוספת היא ועדת החקירה הממלכתית שמונתה בעקבות אסון אולמי ורסאי כדי לבדוק את מכלול השאלות המקצועיות והמשפטיות הנוגעות לאחריות על מבנים ומקומות המשמשים ציבור.<sup>265</sup>

מובן כי לא כל מקרה בו נטענת עוולה המונית יזכה לפתרון בדרך של חקיקה או מינוי ועדת חקירה, וכי לפיצוי בדרך זו עלויות ובעיות המיוחדות לו; עם זאת, אין ספק שבמקרים מיוחדים, שבהם אכן קיים חשש שמספר הנפגעים בגין חומר או מוצר מסוכן הינו גדול מאוד, והמערכת המשפטית מתקשה לטפל בתביעותיהם עקב חוסר הבהירות המשפטית והעובדתית שנדרון לעיל, תיתן חקיקה ספציפית פתרון הולם וראוי יותר מזה שיכול להינתן באמצעות תביעה ייצוגית.

262 שאלה היא האם צריך חוק הקובע פיצוי בגין עוולה מסוימת לקבוע ייחוד עילה, באופן שימנע הגשת תביעות נזיקיות בגין אותה עוולה. כך, סעיף 11 לחוק לפיצוי נפגעי גזות קובע כי התובע על פיו אינו זכאי לתבוע בגין חוק אחר באותה עילה, סעיף 8 לחוק לפיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס) קובע כי תביעה על פיו שוללת הזכות להגיש תביעה לפי פקודת הנזיקין בגין אותה עילה, ואילו חוק תמלוגים לנפגעי אסון קריסת הרצפה באולמי ורסאי אינו קובע ייחוד עילה כלל.

263 הצעת חוק פרטית מס' 4114, חוק פיצוי נפגעי עישון, התשס"ב-2002.

264 ראו הערה 42 לעיל.

265 ראו דו"ח ביניים של הוועדה, הערה 259 לעיל. החלטת הממשלה על מינוי הוועדה מצורפת כנספח א' לדו"ח הביניים.

**(ב) מנגנונים חלופיים להרתעה**

כאשר המדינה או גוף ציבורי מטעמה נושאים בעלויות הטיפול והפיצוי של נפגעים בגין עוולה המונית, תביעות שיפוי ושיכוב מטעמם, שיוגשו נגד מי שנטען להיות אחראי לנזק, יכולות לשרת את מטרת ההרתעה. תביעות כאלה יביאו לכך שהגורמים לנזק ישאו בו אם בית המשפט ימצא אותם אחראים. מאחר שהתובע בתביעות אלה הינו בעל משאבים, וחשוב מכך – כל זכייתו נשארת בידיו ואינה מחולקת עם תובעים רבים אחרים, אין מקום לחשש של דילול ההרתעה עקב פשרות נמוכות. מנגד, מאחר שמדובר בגופים ציבוריים, החשש מפני תביעות סחטניות נמוך יותר מזה הקיים בתביעות המוגשות על ידי גופים פרטיים.<sup>266</sup> דוגמא בולטת לתביעות כאלה הן התביעות שהוגשו בארצות-הברית על ידי המדינות השונות נגד חברות הסיגריות, והסתיימו בפשרת ענק בשווי כולל של 206 מיליארד דולר שישולמו עד שנת 2025 ל-46 המדינות שהן צד להסכם.<sup>267</sup> ניסיון דומה בארץ – תביעה של קופת חולים מכבי נגד יצרנית הסיגריות דובק – נדחה על ידי בית המשפט המחוזי, שכן לגישתו לא הייתה לתובעת זכות תביעה ישירה נגד הנתבעת. עם זאת, פסק הדין אינו שולל אפשרות לתביעת שיכוב בגין ההוצאות שנדרשו לטיפול בנפגעים עקב עישון אם אלה יזוהו ונזקיהם יפורטו לצורך התביעה וקביעת שיעור הפיצוי.<sup>268</sup>

נוסף על התביעות האזרחיות לשיכוב ושיפוי קיימים גם מנגנוני הפיקוח האדמיניסטרטיביים, באמצעות רישוי ותקנון,<sup>269</sup> וכן אפשרויות של תביעה פלילית נגד

266 לניתוח היתרונות והחסרונות בהסדר השיכוב ראו Hanoch Dagan & James J White, "Governments, Citizens, and Injurious Industries," 75 *N. Y. U. L. Rev.* 354 (2000). המחברים עומדים על יתרון נוסף של מתן אפשרות לתביעות שיכוב של אותם גופים ציבוריים כנגד הנטענים להיות אחראיים לנזק, המתבטא בהקטנת הנזק האפשרית בפעולה מיידית של מתן טיפול, פיצוי ופיקוח רפואי ואחר על ידי אותם גופים ציבוריים. מנגד טוענים המחברים לבעייתיות בהסדר זה עקב בעיות נציג ביחסים שבין הגופים הציבוריים לניזוקים, כשאותם גופים ציבוריים עלולים להגיע לפשרות המעניקות להם יותר מהעלות שבה הם נושאים על חשבון זכויות הניזוקים. בעייתיות זו ניתנת לטענתם לפתרון באמצעות דיני הנטילה השלטונית. המחברים מתעלמים מבעיות הנציג המקבילות ביחסים שבין הניזוקים לעורכי-דינם, בתביעות רגילות ובעיקר בתביעות ייצוגיות. השאלה איזו מבעיות הנציג היא חמורה יותר בין הגופים הציבוריים לניזוקים או בין עורכי-הדין והתובעים הייצוגיים לניזוקים, צריכה להיבחן באופן אמפירי. אולם יש מקום להנחה שהשקיפות של פעולותיהם של עורכי-הדין ונציגי הקבוצה בתביעה הייצוגית ואפשרויות הפיקוח עליהם נמוכות בהרבה מאלו האפשרויות באשר לפעולותיהם של גופים ציבוריים, ולכן בעיות הנציג יהיו חמורות יותר בתביעות הייצוגיות.

267 ארבע המדינות הנותרות כרתו הסכמי פשרה קודמים עם יצרני הסיגריות. לסקירת המהלכים שהביאו להסכמי הפשרה השונים ראו שם, בעמ' 364-374.

268 ת"א (ת"א) 2281/98 **מכבי שרוחי בריאות נ' דובק** (לא פורסם, 15.9.1999).

269 ראו, לדוגמא, פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], תש"ל-1970; חוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993; חוק המים, תשי"ט-1959; חוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1962; חוק למניעת זיהום המים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח-1988; והתקנות שהותקנו על פי חוקים אלה, למשל:



האחראים למחדל או למעשה הנטען כגורם לנזק ההמוני. יתרון המשמעותי של דרכי אכיפה אלה, בעיקר בעוולות חשיפה המונית, הוא שבמקרים רבים ניתן יהיה לבסס אחריות בגינן גם בהיעדר הוכחה של קשר סיבתי ישיר לנזק. אכיפה בדרך של רגולציה נועדה לכפות התנהגות על פי סטנדרטים קבועים מראש, עוד לפני שנגרם נזק. אכיפה פלילית באה אמנם רק לאחר המעשה או המחדל, אולם במקרים שבהם אלה מהווים עבירה שאינה תוצאתית, אין צורך בהוכחת כל קשר סיבתי – דבר המקל באופן משמעותי את התביעה כנגד העברין.<sup>270</sup> על אף החסרונות הטבועים במנגנוני אכיפה אלה – שעיקרם היעדר אינפורמציה מספקת (הקיימת במקרים רבים בידי היצרנים וגורמי הנזק) והיעדר משאבים ציבוריים מספקים – יש לבחון את יעילותם בהשגת מניעה והרתעה בעוולות חשיפה המונית, לאור הקשיים הקיימים במילוי ייעודה של התביעה הייצוגית.<sup>271</sup>

## ז. סיכום

הדיון בייעילותה של התביעה הייצוגית בתחום העוולות ההמוניות, ובעיקר בתחום עוולות החשיפה ההמונית, הינו במידה רבה דיון בייעילותם של דיני הנזיקין בהשגת מטרותיהם בעוולות אלה. בעוד שמאמרים קודמים עסקו בדין המהותי החל על שאלות

תקנות הבטיחות בעבודה (איסור עבודה בחמרים מסרטנים מסוימים), התשמ"ה-1984; תקנות הבטיחות בעבודה (גיהות תעסוקתית ובריאות הציבור והעובדים באבק מזיק), התשמ"ד-1984 ותקנות הבטיחות בעבודה (גיהות תעסוקתית ובריאות העובדים בעופרת), התשמ"ד-1983. לדיון רחב בחקיקה בתחום הרגולציה של איכות הסביבה בישראל ראו דניאל פיש, **דיני איכות הסביבה בישראל** (תשס"ב); לדיון ברגולציה של בטיחות בעבודה ראו מנחם גולדברג, **דיני בטיחות בעבודה** (מהדורה עשירית, תשנ"ח).

270 ראו יובל לוי ואליעזר לדרמן **עיקרים באחריות פלילית** 312-313 (תשמ"א).

271 יש לזכור גם שבחלק מהעבירות הנוגעות לזיהום ומפגעים סביבתיים ניתן להגיש קובלנה פלילית. כך אכן נעשה בק"פ 5790/94 (שלום, חי') **אדם טבע ודין נ' חיפה כימיקלים** (לא פורסם, 25.11.1996) שהוגשה נגד חיפה כימיקלים בע"מ. פשרה שהושגה בקובלנה זו כללה הוראות הנוגעות לטיפול בשפכים המזורמים לנחל הקישון על ידי הנאשמת, חיפה כימיקלים בע"מ (חכ"ב), התחייבות הקובלת, עמותת אדם טבע ודין (אט"ד), שלא להעלות דרישות חדשות בעניין זיהום מים או ים, וכן תשלום בסך 250 אלף דולר לקרן לפעילות למען איכות הסביבה באיזור נחל הקישון ומפרץ חיפה. ארבע שנים לאחר חתימת הסכם הפשרה ואישור על ידי בית המשפט איימה אט"ד בהגשת תביעה על הפרת הסכם הפשרה, ומשא ומתן שנוהל בין הצדדים הביא להסכם נוסף, שלפיו שולמו לאט"ד 342 אלף דולר, וחכ"ב התחייבה לקיים את התחייבויותיה הקודמות. הסכם הפשרה עמד לדיון נוסף בה"פ (חי') 183/01 **אדם טבע ודין נ' חיפה כימיקלים** (לא פורסם, 26.11.2002), שם ניתן למצוא גם את פרטי ההסכמים כאמור.

של אחריות וקשר סיבתי בתביעות בגין עוולות המוניות, ובעיקר בגין עוולות חשיפה המונית, התמקד מאמר זה במכשיר הדיוני של תביעה ייצוגית המשמש להגשת תביעות אלה.

מאמר זה הראה שהבעיה בתביעות ייצוגיות בגין עוולות חשיפה המונית אינה נזקם הגבוה של התובעים המיוצגים או ריבויים של עניינים המיוחדים לכל תובע כגון נזק, אשמו התורם, ונסיבות הפגיעה שלו מהמוצר או מהחומר המסוכן; משקלן של השאלות המשותפות לקבוצת התובעים, והיתרון באיזון הכוחות שיכול להיות מושג באמצעות התביעה הייצוגית בין התובעים לבין הנתבע, עשויים להצדיק במקרים רבים את השימוש בה, אם תנוהל כראוי. ואכן, ההשוואה עם תביעות בגין תאונות ואסונות המוניים מוכיחה כי בתביעות אלה יש מקום לאפשר שימוש בתביעה הייצוגית, אף אם נזקיו של כל תובע גבוהים דיים כדי להצדיק הגשת תביעה, ואף אם נזקיהם השונים של התובעים מקשים על פתרון כולל ואחיד של תביעותיהם.

הבעייתיות העיקרית בתביעות ייצוגיות בעוולות חשיפה המונית נובעת מכך שהנזקים הנגרמים בהן מתבטאים אצל תובעים שונים במועדים שונים, לאורך תקופות זמן ארוכות. כדי להשיג הרתעה, פיצוי וחיסכון בעלויות אדמיניסטרטיביות, צריכה התביעה הייצוגית לפתור באופן סופי וברור את תביעותיהם של התובעים כולם – אלה שנזקיהם ירועים במועד הגשת התביעה ואלה שנזקיהם טרם התממשו באותו מועד, בעיקר כשנכסיו של הנתבע מוגבלים ותובעים מאוחרים עלולים לעמוד בפני שוקת שבורה עקב חדלות פירעון שלו. אולם, פתרון כזה גורר חוסר ודאות וסיכון גבוהים, ומביא לכך שהסיכויים שתביעות כאלה לא ינוהלו כראוי ושפשרות שיושגו בהן ידללו את מטרות ההרתעה והפיצוי הינם גדולים. האמצעים העומדים בידי בתי המשפט אינם מאפשרים פיקוח יעיל על הנתבע ועל נציגי התובעים, ואילו אמצעים אחרים – כגון הקשחת התנאים לאישור תביעות ייצוגיות ופשרות, פסיקת הוצאות גבוהות כנגד תובעים ועורכי-דינם, ועידוד תובעים לבוא ולהציג התנגדויותיהם לפשרות המובאות לאישור בית המשפט – יעילים רק כשהם חוסמים באופן כמעט מוחלט את אפשרויות התביעה הייצוגית. אשר על כן, גם אם יאפשר הדין המהותי זכות תביעה בידי תובעים עתידיים, ספק אם ריכוז תביעותיהם עם תביעות התובעים שנזקם התממש בדרך של תביעה ייצוגית יספק פתרון הולם לבעיות של הרתעה יעילה ופיצוי.

בסופו של יום, היעדר האפשרות להגשת תביעה ייצוגית בגין חומר מסוכן או מוצר פגום שייתכן כי גרמו נזקים למספר רב של נפגעים, יכול להביא לאחת משתי תוצאות. האחת – שהתממשה בארצות-הברית – היא ריבוי תביעות אינדיבידואליות, עומס כבד על מערכת המשפט, ובאותה עת היעדר אפשרות מעשית לפיצוי מלא והוגן של כל הנפגעים, הן בגלל יתרונותיהם המובנים של הנתבעים בתביעות אלה והן בגין חשש לחדלות פירעון של הנתבעים. האחרת – שנראה כי היא זו שמאפיינת את המצב בישראל – היא היעדר אפשרות תביעה מעשית והפיכת הוראות הדין המהותי לאות מתה. בשני המקרים מסוכלות הן מטרות ההרתעה והפיצוי של הדין המהותי והן זכות הגישה של כל תובע לבית המשפט. מגבלותיה של התביעה הייצוגית בעוולות חשיפה

המונית מחייבות, לכן, בחינה רצינית של חלופות אחרות לשם השגת מטרות הדין המהותי – חלופות שאינן מצויות תמיד ושגם להן חסרונות רבים. מאמר זה הציג את יתרונותיה ומגבלותיה של התביעה הייצוגית בעולות המוניות ושרטט את השיקולים הראויים בבחירה בין התביעה הייצוגית לבין החלופות האמורות, כל זאת מתוך חיפוש אחר פתרון אופטימלי, אם גם לא אידיאלי, במגבלות הנתונות בדין בישראל.