

תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי

אסף פינק*

ליעל,

Together we shall level
the playing field.

המאמר דן בשאלה כיצד ניתן לעודד ארגונים ועורכי דין העוסקים בקידום יעדים חברתיים וזכויות אדם להשתמש בכלי התובענה הייצוגית. המאמר סוקר את החסמים המרכזיים בהגשת תובענות ייצוגיות חברתיות על-ידי ארגונים ופעילים חברתיים, ואת היתרונות הצפויים לחברה ולארגונים בעקבות שימוש בכלי זה. המאמר משווה בין קידום חברתי דרך המשפט המנהלי לבין קידום חברתי על דרך של ניהול תובענות ייצוגיות, תוך הדגשת היתרונות הגלומים בניהול תובענות ייצוגיות ככלי אפקטיבי של אכיפה אזרחית.

להמחשת חשיבות השימוש בכלי, נעזר המחבר בנתונים על אודות תובענות ייצוגיות שהוגשו ושהסתיימו מאז חקיקת חוק תובענות ייצוגיות בשנת 2006, תוך דגש על ריבוי ההסתלקויות, על-פי סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, מחד גיסא, ועל העיסוק המועט בנושאים חברתיים מהתוספת השנייה לחוק מאידך גיסא. לטענת המחבר, עמידתם של ארגונים חברתיים כבעלי דין תביא לתוצאות טובות יותר עבור הקבוצות שבשמן מוגשות התובענות הייצוגיות ועבור החברה בכלל.

במאמר נסקרים ומוצעים כמה מודלים אפשריים לשימוש בכלי התובענה הייצוגית על-ידי ארגונים ופעילים חברתיים, וביניהם ארגון כתובע, ארגון כבא כוח התובע, וארגון כמפקח, כמתערב, וכמתנגד בהליכים קיימים.

מבוא

לפני שנים אחדות סערה הארץ בשל אפליית בנות ממוצא מזרחי בבתי ספר של הציבור החרדי ובייחוד בבית הספר ביישוב עמנואל (להלן: פרשת עמנואל). עמותת "נוער כהלכה" הגישה עתירה לבג"ץ¹ ולאחר התדיינות ציבורית ומשפטית הגיעו הצדדים לפשרה. סערה דומה התרחשה בעקבות אי-קבלת ילדים ממוצא אתיופי לבתי ספר של הציבור הדתית בפתח תקוה. בעקבות לחץ ציבורי ותקשורתי התקבלו חלק מהתלמידים, ואף הוגשה תביעה אזרחית כנגד אחד מבתי הספר והושגו

* אבקש להודות לחברי מערכת "מעשי משפט" על הערותיהם המעולות והמועילות, וכן לחברי, עו"ד אהרון רבינוביץ'.

פיצויים על דרך הפשרה.² האם במקרים האמורים ניתן היה להשתמש בכלי התובענה הייצוגית? האם שימוש בכלי זה היה מביא לתוצאה טובה יותר? אני סבור שהתשובה לכך חיובית. הגשת תובענה ייצוגית במקרים כאלו תשיג הן את המטרה של שינוי ההתנהלות והן פיצוי כספי לקבוצה, תוך שימוש בדרישות הכספיות כמנוף לחץ וככלי הרתעתי כנגד המעוול הספציפי וכנגד גופים דומים. מאמר זה מתמקד בשאלה כיצד ניתן לעודד שימוש אפקטיבי בכלי התובענה הייצוגית על-ידי ארגונים ועורכי דין העוסקים בקידום יעדים בתחומים חברתיים וזכויות אדם. אמנם פורסמו בארץ מאמרים בתחום התובענות הייצוגיות,³ אך טרם פורסם בעברית מאמר שעסק בשאלות האם תובענה ייצוגית יכולה לשמש כלי לשינוי חברתי, מה הדרך לעשות זאת, ומה התפקיד של הארגונים החברתיים בתחום. זוהי מטרתי במאמר זה.

ככלל, ארגונים ועורכי דין חברתיים נרתעים משימוש בכלי התובענה הייצוגית. לדעתי, הרתיעה נובעת בעיקר מחוסר היכרות עם הכלי, מחוסר מודעות לאפשרויות הגלומות בו עבורם, וכן מההרגל להשתמש כמעט רק בכלים המנהליים, בראשם עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, ובשל הרתיעה הכללית בשימוש במשפט הפרטי לקידום חברתי. אני סבור שקיים יתרון משמעותי בשימוש בכלי התובענה הייצוגית המאפשר פגיעה ישירה במעוול. יתרון זה ויתרונות נוספים שאציג, מצדיקים שקילת השימוש בכלי.

לדעתי, חשיבותו של חוק תובענות ייצוגיות בשדה החברתי טרם הופנמה. כניסת ארגונים ועורכי דין העוסקים בקידום זכויות חברתיות לתחום תהיה בשורה אמיתית, ותוכל להוביל לשינוי מרחיק לכת. לרשות ארגונים ופעילים חברתיים עומדים מודלים משפטיים רבים ומגוונים, המאפשרים לאלו השואפים להביא לשינוי חברתי לבחור את הדרך המשפטית שבה ינקטו. הכנסת השימוש בכלי התובענה הייצוגית לארגו הכלים המשפטיים-חברתיים תהיה תוספת חשובה, ולאור יתרונותיו הייחודיים של כלי זה, תביא לשינוי חברתי משמעותי. אני תקווה כי מאמר זה יפתח צוהר לשימוש בכלי התובענה הייצוגית ויביא להגברת הפעילות של ארגונים ועורכי דין חברתיים בתחום ולשיח משמעותי יותר בתוך תחום הייצוגיות.

אפתח את המאמר בפרק המציג את החוק ומטרתו, ולאחריו יבוא הפרק הדין בחסמים הקיימים בהגשת תובענה ייצוגית בנושאים חברתיים. בהמשך אציג את החשיבות המיוחדת ואת הסיבות המצדיקות, לדעתי, מעורבות ארגונים בתובענות ייצוגיות. לאחר הצגת נתונים אלו אציע מודלים אפשריים למעורבות ארגונים ופעילים חברתיים בתובענות ייצוגיות ואסיים בסיכום וקול קורא לקידום התחום.

א. החוק ומטרתו

חוק תובענות ייצוגיות נחקק בשנת 2006,⁴ מאז ועד היום הפכה התובענה הייצוגית לביטוי שגור כמעט בכל בית במדינת ישראל. חברות סלולר, תעשיית המזון, חברות ביטוח, בנקים ותאגידים נתבעים חדשות לבקרים. התוספת השנייה לחוק קובעת את העניינים השונים שבגינם ניתן להגיש תובענה ייצוגית. אף שמחצית מהפרטים בתוספת זו עוסקים בתחומים הנוגעים באופן ישיר לזכויות אדם,⁵ ולמרות הגידול המתמיד בכמות התובענות הייצוגיות בכל שנה, עדיין, בשל סיבות שונות, כמעט לא מוגשות בקשות לאישור תובענה ייצוגית בנוגע לזכויות אדם.

סעיף 1 לחוק מצהיר על מטרתו לקידום זכויות, ומכיר בכך שקיימות זכויות שאינן ממוצות, לרבות כאשר בעלי הזכות הם פרטים המשתייכים לאוכלוסיות מוחלשות. הסעיף קובע:

מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.⁶

אדון בקצרה בסעיפי המשנה, ובחשיבותם עבור ארגונים ועורכי דין חברתיים.

זכות הגישה לערכאות: מחקרים רבים דנים בסוגיות כגון ההשלכה של אגרת בית המשפט ודרישות פרוצדורליות שונות על זכות הגישה של הפרט למערכת המשפט.⁷ החוק מאפשר לתבוע בשם קבוצה גדולה ללא תשלום אגרה והפקדת ערובה,⁸ ואף אוסר על תשלום שכר טרחה ישירות לעורך הדין.⁹ כך, מתאפשר לנפגעים לשכור שירותי עריכת דין בחינם. נוסף על כך, להבדיל מתביעה אישית, ניתן לקבץ את התביעות והנזקים לתביעה אחת, דבר המאפשר לאוכלוסייה גדולה נגישות למשפט, גם לאותם רבים שאפילו אינם יודעים שזכויותיהם נפגעו. עקרונות אלו עולים בקנה אחד עם דרכי פעולתם של הארגונים החברתיים. המסגרת אף מאפשרת להציג טענות קבוצתיות בצורה יעילה, וההליך מאפשר להציג באמצעות הסיפורים האישיים את מצוקתה של הקבוצה כולה.

אכיפת הדין והרתעה: החוק מעניק לידיים פרטיות סמכות לבצע אכיפה. אמנם קיימים חוקים המאפשרים אכיפה אזרחית (פרטית), כגון הקובלנה הפלילית, אבל השימוש בהם מועט וככלל מופנה כלפי אדם בודד. החוק מכיר בצורך של התובע הפרטי ובאפשרותו להפוך לתובע ציבורי פרטי, במובן זה שהוא יכול לאכוף את החוק שהופר כלפי קבוצת אנשים.

היתרון גדל בכך שהארגון או עורך הדין החברתי יכולים לתקוף ישירות את המעוול תוך 'עקיפה' של הפנייה לרשות ליטול אחריות ולהתמודד עם המעוול. החוק מאפשר לתובע ליטול את אכיפת החוק לידי ו בכך להחליף את הרשות שמשאביה מוגבלים, ואף להגביר את ההרתעה. למשבצת זו יכולים להיכנס האזרח או הארגון ולהביא לאכיפת הדין ולהרתעה כאילו הם ממלאים פונקציה שלטונית. בכך כופה הארגון על הנתבע/ת את קיום הדין באמצעות בית המשפט, ללא תלות ברשויות האכיפה.

מתן סעד הולם: עוולות רבות מגיעות לדיון שיפוטי, אך לעתים קרובות מדי ניזוקים קטנים מתקשים לקבל את הסעד הראוי מול מזיק גדול ורב עוצמה. חוסר האיזון נובע בעיקר בשל העובדה שהניזוק נרתע מפערי הכוחות, בשל פערים במומחיות המשפטית או בשל קשב נמוך של המערכת המשפטית. החוק מאפשר לאגד אלפי ועשרות אלפי נזקים ולהציב את התובע הפרטי במישור של התאגיד הגדול. כעת מדובר בנזק גדול, בערכאה גבוהה, ובנכונות ובהבנה של כל הצדדים כי מדובר בסוגיה כבדת משקל שיש למצות את הבירור שלה. קיבוץ התביעות לכדי תביעה אחת גדולה מאפשר דיון מעמיק יותר בסוגיה המשפטית, דבר שיכול להוביל לפיצוי משמעותי לקבוצה.

ניהול יעיל וממצה: בזכות יכולתו של בית המשפט לבחון את החבות של כל הקבוצה ביחד, ולאחר מכן לבחון את החבות של כל פרט, מתאפשר לניזוקים רבים לזכות לקשב שיפוטי ולמומחיות. הדבר אף מביא להחלטה שיפוטית אחידה, ומאפשר שוויון בין החלטות בערכאות מקבילות.¹⁰ כמו כן, השימוש בביטוי 'ניהול ממצה' איננו טריוויאלי, שכן במקרים רבים אנו עדים למיעוט פניות של נפגעים ברדישת סעד, אם מסיבות של נגישות משפטית ואם בשל חששות אחרים של צדדים מוחלשים לנהל הליך משפטי, ואילו ניהול תובענה ייצוגית בשם הקבוצה יביא למיצוי התיק. לכן, למטרת היעילות יש קשר מהותי עמוק עם קידום זכויות. לכל שופט יקל לעשות צדק בדיון אחד משמעותי מאשר באלפי תביעות קטנות. גודלה של התביעה מאפשר ודורש קשב שיפוטי משמעותי, דבר שאינו קורה בהכרח במקרה של תביעה בודדת בסכום נמוך.

ב. החסמים להגשת תובענה ייצוגית בנושאים חברתיים

1. חסמים ארגוניים ומקצועיים של הארגון ושל עורך הדין החברתי

(א) הימשכות ההליך, סיכויי הצלחתו, הוצאות משפט וחשיפה להתדיינות ניהול ראוי של תובענה ייצוגית אורך שנים רבות. בדיון משפטי הנסוב, למשל, על אישה או על איש ממוצא מזרחי שנפגעו, להבדיל מדיון על הפחתת גודל חבילה או על עמלה לא חוקית, קשה במיוחד לאפיין את העילה המשפטית ולכמת את הנזק. גם כשדנים בפשרה קשה לעתים להגיע להסכמות בדבר פשרה ראויה, בייחוד אם הארגון ועורך הדין דורשים למצות את ההליך עד סופו ולהשיג פסק דין עקרוני. התארכות ההליך יכולה להרתיע ארגונים מלהיכנס להליך מפותל זה. כמו כן, במקרה של הפסד, קיים חשש מהוצאות שעלולות להגיע לסכומים גבוהים, במיוחד בהליך אזרחי מול גוף גדול, שעשוי לדרוש השתתפות הוצאות ריאליות במקרה שבו תידחה התביעה. נוסף על כך, ארגון אשר יגיש תובענה ייצוגית יאלץ להראות כי הוא בעל זכות עמידה לפי החוק; הארגון יהיה נתון לחשיפה תקשורתית בעת דיוני הוכחות בבתי משפט; מצהירים ובעלי תפקידים בכירים שלו יעמדו לחקירה נגדית ויישאלו שאלות נוקבות כגון גובה השכר; הוא יהיה חשוף לביקורת על טיב מערכת קבלת ההחלטות בארגון, ועוד. שאלות מעין אלו מועלות בבית המשפט בהליכים של תובענות ייצוגיות חדשות לבקרים. כניסה להליך הכולל חקירות שארגונים לא רגילים לעמוד בהן עלולה להיות גורם מרתיע.

עם זאת ראוי לציין, שחלק מהחסמים הללו אינם ייחודיים להליכי התובענה הייצוגית, או אינם משמעותיים כפי שעשוי להידמות למי שאינו מעורה בתחום. כך, לעניין התמשכות ההליכים, מן המפורסמות היא שגם דיונים בבג"ץ או בבתי משפט לעניינים מנהליים נמשכים, לא אחת, שנים ארוכות. לעניין ההוצאות – כיום יותר מבעבר פוסק בית המשפט העליון הוצאות, אף נגד ארגונים במקרים שהוא סבור כי העתירה איננה מוצדקת,¹¹ דבר המכניס שיח הוצאות לתחום המשפט המנהלי. יתרה מכך, אני מעריך שגם אם תידחה בקשת הארגון להכיר בתובענה כייצוגית (או תידחה לגופו של עניין), בית המשפט יתחשב בעת פסיקת הוצאות בשיקול שלא להרתיע את הציבור, וארגונים בפרט, מהגשת תובענות ייצוגיות חשובות. כן ניתן לפנות לקרן למימון תובענות ייצוגיות, הפועלת מכוח סעיף 27 לחוק, ולקבל מימון במקרה של חיוב בהוצאות. כידוע, על ארגון להוכיח זכות עמידה גם במקרים שבהם הוא מבקש לעתור כעותר ציבורי בהליך מנהלי. אמנם החשש לחשיפת נתונים פנים-ארגוניים ייחודי להליך האזרחי, אלא שארגוני המגזר השלישי תומכים בדרך כלל בעקרונות של שקיפות, וייתכן שיש באדיאולוגיה זו כדי להקהות גם את עוקצו של חסם זה.

(ב) חשיבה ו'הכשרה' מנהלית

ארגונים רבים תוקפים, כברירת מחדל, את רשויות השלטון כדרך לטיפול בבעיה או בעוולה. הארגונים דורשים מן השלטון ליטול אחריות, לפקח על גורמים פרטיים, למנוע הקצאת תקציבים, לשנות חוקים וכדומה. לכאורה זהו דפוס הפעולה הטבעי, שכן המדינה היא האמונה על שמירת זכויות האזרח. לכן, אם הופרו זכויות היא הכתובת הראשונה ולעתים היחידה לדרישה לאכיפת השמירה עליהן, אולם לארגונים קשה להסתגל לרעיון של תקיפת המעוול ישירות. נוסף על כך, ארגונים ומרכזים קליניים רבים מתמחים בעיקר בתחום המנהלי, ואילו בתובענה ייצוגית נדרשת הכשרה לעיסוק בתחום המשפט האזרחי. ארגונים שאינם מנוסים בתחום האזרחי עלולים להירתע מכך.

אין ספק כי ניסיון הינו דבר נרכש וכי ארגונים יכולים ואף צריכים לסגל לעצמם דרכי פעולה חדשות. ייתכן שבתחילת הדרך התובענה הייצוגית לא תסתיים בפסק דין לטובת המבקשים. עם

זאת עצם העלאת הנושא לספרה הציבורית כולל דרישה לפיצוי, אשר איננה קיימת בדרך כלל בהליכים מנהליים, מהווה תמורה משמעותית. לדעתי, ככל שיגיעו לבתי המשפט מקרים רבים יותר של תובענות ייצוגיות חברתיות, הדלת תיפתח וגם בתי המשפט יכירו בחשיבות של המסלול הייצוגי כדרך לטיפול בעוולות חברתיות.

(ג) רתיעה מהסתייעות בעורכי דין פרטיים הפועלים מאינטרס כלכלי. חוק תובענות ייצוגיות בנוי על בסיס מודל של יזמות, והתביעות ברובן מוגשות מתוך מניע כלכלי. עורך הדין המייצג הוא המנוע העומד מאחורי התביעה, והחוק קבע כי שכר טרחתו ייפסק רק בסוף ההליך ויאושר על-ידי בית המשפט בהתאם להישג שיביא. בתי המשפט אף הכירו בכך שמניע של תובע לזכות בכסף הוא מניע לגיטימי בהגשת תובענה ייצוגית.¹² ארגונים הפועלים ללא מטרת רווח עלולים לגלות רתיעה ממנגנון שחלק מרכזי מהכוח המניע שלו הוא אינטרס כספי אישי, משום שרבים מהם רואים בהישג החברתי לברו את עיקר הפעילות שלהם. הפיכת האינטרס הכספי האישי למניע לפעילות החברתית מעוררת אצלם לעתים תחושת זילות, ואף חשש כי הדבר יפגע בתדמית הארגון. אני סבור כי על ארגונים להבין כי לעתים רבות מול התנהלות של שוק חופשי יש להתנהל בכלים ובאמצעים של תחרות ויעדים כלכליים וכי אין כל פסול אינהרנטי ברווח אישי כל עוד הוא מתועל בצורה ראויה.

2. חסמים ייחודיים לתובענות ייצוגיות חברתיות

(א) הקושי בהערכת פיצויים לנזק לא ממוני ובקבלתם בתי המשפט אינם רגילים בכימות הנזק במקרים של ראשי נזק שאינם ממוניים, כגון פגיעה באוטונומיה,¹³ הדרה וכדומה. מחקרים שנערכו בשנים האחרונות הראו שאין הבדל מהותי בין תביעה לפיצוי על הפליה לבין, לדוגמה, תביעה לפיצוי על פגיעה בשם הטוב (תחום שבו מתנהלת ליטיגציה אזרחית ענפה).¹⁴ ברם, בתי המשפט ועורכי הדין טרם הפנימו את התפישה האמורה ובתי משפט נרתעים מלדון בתביעות מעין אלו, בפרט במסגרת תובענות ייצוגיות שרובן, עד היום בישראל, עוסקות בנזק ממוני הניתן לכימות בקלות יחסית. עקב כך עלול להיווצר מצב שעבודה רבה במשך שנים תביא לקבוצה תועלת מועטה ביותר, הואיל וייפסק פיצוי נמוך מאוד בגין אותו נזק לא ממוני. קושי זה קיים גם בתביעות של אדם יחיד בתחומים אלו, ברם בתביעות פרטניות חוקים שונים קובעים סכומי פיצוי עבור נזק לא ממוני, ואף ללא הוכחת נזק, ומהווים עוגן כלשהו, ואילו בתובענות ייצוגיות אין הרבר כן.¹⁵ יתר על כן, בתובענה ייצוגית בשם קבוצה גדולה מאוד קשה לעתים לכמת את הנזק הפרטני, בייחוד הלא ממוני, בעוד שבתביעה פרטנית ייתכן שיתקיימו כמה דיונים על סכום הפיצוי האישי הנכון.

(ב) צורת חישוב של שכר הטרחה כנגזרת של ההטבה לציבור אם מדובר בתובענה ייצוגית רגילה, כמו, לדוגמה, תובענה ייצוגית כנגד חברת תקשורת או כנגד תאגיד בנקאי על חיוב בעמלה כלשהי שלא כדיון, ניתן לחשב את ההטבה לציבור בקלות יחסית – כמות הצרכנים כפול הנזק – ומסכום זה נגזר שכר הטרחה המבוקש. לאור העובדה כי התגמול נגזר מההישג, עורך הדין העוסק בתחום (במיוחד אם מדובר בעורך דין חיצוני לארגון חברתי) ירתע מהגשת תביעה במקרה שבו לא ברור מה הפיצוי שיתקבל. אמנם במקרים רבים דווקא בתובענה חברתית הפיצוי המבוקש וההישג המיוחל גדולים עשרות מונים, ברם קיים קושי לכמת את ההישגים במספרים, אם בשל העובדה שהסעדים הנדרשים אינם כספיים אלא צווי עשה וכדומה, ואם בשל העובדה שנדרש פיצוי עבור נזק לא ממוני, שכאמור לעיל הוא קשה לכימות.

(ג) תקדימיות

כיום ארגונים עותרים לבית המשפט העליון כנגד רשויות וטוענים להפרות על-פי פרשנות חדשנית לחוק, ולעתים מתקבלות בעקבות כך פסיקות המרחיבות את פרשנות החוק. ברם, בתובענה ייצוגית ברוב המקרים ידרש הארגון לתקוף באופן ישיר התנהלות של גוף פרטי שהמשפט המנהלי איננו חל עליו באופן מלא. לכן טיעונים כגון חוסר סבירות, עקרון חוקיות המנהל וכדומה אינם חלק מהשפה המשפטית הרלוונטית. אדרבה, להבדיל מרשות שכל מה שלא הורשה לה במפורש בחוק אסור, הרי שבמשפט הפרטי הכלל הידוע הוא כי כל מה שלא נאסר במפורש מותר. במצב זה על הארגון לבנות קונסטרוקציה משפטית המבוססת על טיעונים מתחום המשפט האזרחי, שעוסק ביום-יום בסוגיות ובטענות כלכליות-אזרחיות ולא מנהליות, ולשכנע את בית המשפט בנכונותן. מדובר בעיסוק בתחומים משפטיים חדשים, שבהם לעתים עדיין אין פסיקה תקדימית מנחה או מחייבת. בית משפט הרגיל לעסוק בדיני חוזים, נזיקין וכדומה, ואיננו רגיל לבקר בצורה כזו את התנהלות הגופים אשר נתבעים בהליכים ייצוגיים, נדרש לעסוק בסוגיות ייחודיות ובתחומי משפט חדשים ולעתים מדובר, על כן, בסיכון מצד התובעים (אך גם באתגר).

(ד) סייגים בחוק ובפסיקה

לפי סעיף 3 לחוק לא ניתן לתבוע את המדינה בשל אי-שימוש בסמכויות פיקוח הסדרה ואכיפה של הרשות כנגד צד ג'. סייג זה מגביל תביעות רבות, בייחוד בתחומים חברתיים.¹⁶ נוסף על כך, בתחום של דיני עבודה, על אף פסק דין וירון¹⁷ – לפיו ניתן להגיש תובענה ייצוגית במקום מאוגד במקרים שבהם הארגון הייצוגי לא פועל – עדיין קיים קושי להגיש את התובענה הייצוגית במקרים שבהם קיים הסכם קיבוצי אף אם קיימת הפרה.¹⁸ יתרה מזו, לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית בנושא שלא נכלל בתוספת השנייה. על כן, דווקא בתחום החברתי העוסק בתחומים משפטיים מיוחדים לא תמיד ניתן להיכנס להגדרות החוק. לדוגמה, אם גוף שאין לו מערכת יחסים צרכנית מול לקוח, הפר פרטיות של קבוצת אנשים, הרי שהנפגע לא יוכל לתבוע אותו בתובענה ייצוגית. כך גם במקרה של עוולות של המדינה במקרים שבהם אין מדובר על מס או על אגרה שנגבו שלא כדין.

(ה) קושי באיתור תובע ייצוגי בעל עילה אישית

סעיף 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי ארגון יוכל להיות התובע המייצג אף ללא עילה אישית אם הראה 'קושי' להגיש את התביעה בידי אדם בעל עילת תביעה אישית. סלע המחלוקת היה נעוץ בפרשנות למונח 'קושי'. בתיק בעניין הצלחה¹⁹ טענו המשיבות כי יש לפרש את המונח כך שרק נסיבות חריגות יקיימו 'קושי', ואילו המבקשת טענה כי 'קושי' הוא כל אימת שהארגון כשל בניסיונותיו לאתר תובע, ועשה זאת בתום לב. בחלק ג(1)(ב) להלן אדון במבחנים השונים, אך ברור כי מדובר במבחן סף שעל הארגון לצלוח נוסף על מבחני הסף האחרים החלים על כל בקשה לאישור תובענה ייצוגית.

חסמים – סיכום

חסמים שונים ניצבים אפוא בפני מימוש הפוטנציאל הגלום בכלי התובענה הייצוגית בידי ארגונים ועורכי דין חברתיים, הן מבחינת מהות העותרים והן מבחינת נושאי העתירות. לצד זאת יש לזכור שגם בתי המשפט אינם מורגלים לטפל בסוגיות ציבוריות בכלים אזרחיים, וכאשר מובאת בפניהם תובענה ייצוגית העוסקת בסוגיות ציבוריות-חברתיות, כאשר הסעד המבוקש איננו כספי או שהעילה מבוססת על תקיפה של תקנות או חוקים וכיוצא באלה עניינים 'חריגים', גם הם מצדם עלולים להירתע מדיון בתביעה לגופה, ולשאול מדוע לא פנו העותרים לאפיקים מנהליים. הארגונים יטענו,

בצדק, כי סעיף 1 לחוק מכיר בצורך באכיפה אזרחית וסעיפים 20 ו-22(ב) (1) מכירים באפשרות של תובענות ייצוגיות שהסעד בהן הוא של צווים, אך עדיין השפה והחשיבה של חלק מבתי המשפט איננה מותאמת לכך.

בפרק הבא אפרט את היתרונות הגלומים בשימוש של שחקנים חברתיים בתובענה הייצוגית. לטענתי, היתרונות משמעותיים מספיק כדי להצדיק פנייה לכלי זה למרות הקשיים.

ג. החשיבות המיוחדת של מעורבות ארגונים בתובענות ייצוגיות והסיבות המצדיקות אותה

1. פיתוח משפטי ייחודי באמצעות תובענות ייצוגיות

תביעות ייצוגיות על גודל אריזה או על הפרת תו תקן מוגשות לבתי המשפט השכם והערב. לעומת זאת, כשארגון פונה לבית המשפט בעניינים בעלי חשיבות חברתית רחבה, התייחסותו של בית המשפט תהיה אחרת, והוא עשוי להיות קשוב יותר ולאפשר לארגון להתדיין.²⁰ דבר זה מצדיק תביעה בשל ראשי נזק מיוחדים, מפני שכך יהיה ניתן לפתח הענקת פיצוי ממוני ראוי לראשי נזק על פגיעות כגון הדרה והפליה, בדומה לפיצוי על פגיעה בשם הטוב. אין כיום תחשיב לראש נזק להדרת נשים או לפגיעה סביבתית, אבל מצב זה אינו הכרחי – ניתן להתגבר על האתגרים המשפטיים ולפתח מנגנונים שבתי משפט יאמצו, ולעתים כאשר מדובר בסוגיות תקדימיות ייתכן שבית המשפט המחוזי ידחה את התובענה, וההלכה הרצויה תתקבל רק בערכאת הערעור. כל הישג מעין זה יהיה הישג משפטי חשוב לציבור. עוד אוסיף שהסיכוי העיקרי לפיתוח ראשי נזק של עוולות חוקתיות הוא דרך כלי התובענות הייצוגיות בעילות של הפליה, וכי השימוש בו יביא לפסיקה בתחום זה.²¹ קיימת הבחנה משמעותית נוספת בין מסלול מנהלי לבין תובענה ייצוגית. במסלול המנהלי הרגיל לא יינתן פיצוי רטרואקטיבי וכן קיים קושי בקניית סמכות כנגד חברה פרטית בפורום מנהלי, שכן הסעד המרבי שיכול להתקבל בהליך מנהלי ביחס לגוף הפרטי הוא הוראה לרשות לפעול כנגד גוף זה. לעתים שני המסלולים אפשריים, אך אין ספק כי זכותו של התובע לבחור את האפיק המשפטי המתאים לו. מדובר על אתגר משפטי עם סיכונים אך גם עם סיכויים, אתגר אשר יכול להעמיד הלכות חדשות בתחומים שונים ורבים ועל הארגונים להיות מודעים אליהם טרם נקייטת הליך של תובענה ייצוגית. כך לדוגמה בפרשת עמנואל היה ניתן לשקול אפשרות של תובענה ייצוגית כנגד העמותה אשר ניהלה את בית הספר ולבקש צו להפסקת ההפליה אך גם פיצוי כספי לנערות שנפגעו. ראוי לציין עוד, שאף כי אני מדגיש את הייחוד של השגת פיצוי כספי למי שזכויות האדם שלו נפגעו, וזאת במסגרת הליך של תובענה ייצוגית, הרי שלאמתו של דבר הליך זה אינו מוגבל רק לסעד של פיצויים. ניתן גם ניתן לבקש במסגרת תובענה ייצוגית צווי עשה או סעדים הצהרתיים.²² הואיל וברוב המקרים של התובענות הייצוגיות מתבקש סעד כספי, לעתים בית המשפט והארגונים שבויים בפרדיגמה של תביעות לסעדים כספיים. ברם אין סיבה שהארגונים יתאימו את עצמם לתבנית זו.

2. פגיעה ישירה במעוול

פגיעה ישירה בכיסו של המעוול, יכולה להביא לתוצאות מהירות ומשמעותיות יותר מאשר שימוש בכלים המנהליים שארגונים חברתיים מורגלים בהם. זאת לאור התחזקות התובנה כי חלק ניכר מהכוח ומהשליטה בספֵרה החברתית-כלכלית אינם מצויים בידי הרשויות השונות, אלא בידי תאגידים פרטיים, כחלק מתהליכי הפרטה הרווחים בישראל.²³

לעתים אפקט ההרתעה אינו גלוי, ברם העובדה כי על הנתבעים לדווח לבורסה על הגשת התובענה הייצוגית, לרשום אותה בר"ח השנתי שלהם ואף להפריש כספים למקרה שיפסידו בתביעה, יוצרת

השפעה מרתיעה. כשמוגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חברה ציבורית על סכומי כסף נכבדים, הדבר זוכה להד תקשורתי, ולו בשל הפגיעה הכלכלית הפוטנציאלית בחברות. ארגונים יכולים להשתמש בחשיפה זו ולמנפה על מנת להביא לידיעת הציבור את העוולות המתקיימות. לדוגמה, בתיק שבו עתרה חברת אפריקה ישראל להטיל צו איסור פרסום על עיצום מנהלי שהוטל עליה, הועלתה הטענה כי פרסום העיצום יוביל לתובענות ייצוגיות כנגדה.²⁴ זו דוגמה מובהקת לחשש הקיים בתאגידים גדולים מתביעות ייצוגיות. הגוף הקטן מקבל מעמד ויכולת לעמוד מול הגוף הגדול. בטווח הרחוק יותר תעלה המודעות בקרב חברות גדולות והן תידרשנה לבחינה עצמאית של התנהלותן, מתוך חשש שאם לא ייטיבו את דרכן תוגש נגדן תובענה ייצוגית ותביא לשינוי. כדי להגיע לרמת הרתעה כזו קיים צורך בהגשת תביעות ייצוגיות כל אימת שמבוצעת עוולה מהותית, ויש לוודא כי התובענה הייצוגית מתנהלת ולא מסתיימת בעבור נזיד עדשים. לדעתי, על הארגונים להיות מעורבים בהליכים אלו, הליכים המשפיעים על מיליוני אזרחים.

3. בעיית הנציג וחוסר ההתמחות המקצועית של עורכי דין פרטיים ופתרונה על-ידי ארגונים
 תובענות ייצוגיות מעטות בלבד מוגשות כיום בתחומים חברתיים, אך אף שמדובר בליכת העשייה של הארגונים, הם אינם מעורבים בתביעות.²⁵ ההתעלמות מהכלי הביאה לפשרות ולפסקי דין שאינם מקדמים את האינטרס של הקבוצה שבשמה הוגשה התובענה הייצוגית ואת ההלכות בתחומים אלו. הסיבות לתופעה שבה תביעות ייצוגיות חברתיות, שאינן מוגשות באמצעות ארגונים, מביאות לתוצאות שאינן מיטביות נעוצות בבעיית נציג קלאסית. התובע ועורך הדין מוצאים את עצמם לעתים במצב של ניגוד אינטרסים בין פשרה גרועה שבצדה מובטחים שכר טרחה וגמול, לבין המשך ניהול ההליך אשר עלול להימשך שנים רבות, ובמקרה של הפסד, אף ללא שכר בצדו. לעתים הבעיה איננה רק בויתור על אינטרסים של הקבוצה. בשל המודל היזמי מוגשות תובענות ייצוגיות עקרוניות וחשובות על-ידי גורמים שאינם מומחים באותו תחום. במקרים אלו התובע ועורך דינו אינם מחזיקים בכל המידע והניסיון הנחוצים על מנת לנהל את ההליך בצורה ראויה – אין בידיהם את הידע המקצועי והמשפטי הנכון, ולפעמים אף נדרשים מומחים וידע אינטרדיסציפלינרי, המצויים בקרב ארגונים. יתרה מזו, לעתים מוגשות תביעות נחפזות, זאת בדרך כלל לאחר קריאת כתבה בעיתון, הודעה בתקשורת של רשות ממשלתית או תחקיר טלוויזיוני. העילה אמנם ראויה אך התביעות אינן מבוססות ואינן נתמכות בראיות. הדבר גורם לנזק לקבוצה הנפגעת, שכן נקבע מעשה בית דין בעניינה ללא סעד אמתי וראוי.

עיון בנתונים של תובענות ייצוגיות שהסתיימו בשנים האחרונות ממחיש את הדברים:

2010	2011	2012	2013	תובענות ייצוגיות שהסתיימו
21	72	228	373	הסתלקויות
11	22	79	85	בקשות שנדחו
—	10	30	69	הודעות חדילה
—	10	17	40	מחיקות אחרות ודחיות על הסף
28	36	94	121	הסדרי פשרה שאושרו ע"י בימ"ש
20	14	22	58	הבקשה אושרה כייצוגית
32	42	26	—	הסדרי פשרה שממתינים לאישור
—	2	3	2	פסקי דין
112	208	499	748	סה"כ

מנתונים אלו עולות מסקנות עקרוניות אחדות: ראשית, תובענות ייצוגיות מועטות מסתיימות בפסקי דין מנומקים; שנית, רוב הסדרי הפשרה מאושרים טרם אישור הבקשה כתובענה; שלישית, מספר ההסתלקויות גדל וכיום כ-50% מההליכים מסתיימים בהסתלקות. כלומר, 50% מההליכים מסתיימים מבלי שהבקשה לאישור התבררה, ולעתים המבקש ובא כוחו אף מקבלים גמול ושכר טרחה על הסתלקותם. תיתכן טענה שמכיוון שמדובר בהסתלקות הרי שלא נוצר מעשה בית דין ולכן לא נגרם כל נזק לקבוצה. לעניות דעתי, קיימים קשיים בטיעון זה. מבקש אשר ירצה להגיש בקשה שממנה הסתלקו מבקשים אחרים בעבר יצטרך להסביר לבית המשפט מדוע הוגשה אליו תביעה שנייה באותו הנושא. נוסף על כך, לעתים במסגרת ההסתלקות המשיבים מתחייבים התחייבויות שונות ומשלמים גמול ושכר טרחה, ואזי אף שלא נוצר מעשה בית דין, יקשה על צד נוסף להגיש את אותה בקשה. ההסתלקות יצרה מנגנון של עקיפת מסלול אישור הסדר הפשרה המעוגן בחוק, ובדרך זו מסתיימים כמחצית מהתיקים. ייתכן שבתיקים מסוג מסוים בתחום הצרכני ניתן לקבל התנהלות זו, כל עוד הבקשה לאישור גרמה לשינוי התנהגותי אצל המשיבים, אך ברור כי לא ניתן להשלים עם התנהלות שכזו במקרים שבהם מדובר על תביעות עקרוניות אשר מתבקש בהן סעד מעשי משמעותי לציבור – הלא הן התביעות החברתיות.²⁶ ככל שיהיו מעורבים הן בהגשה והן בפיקוח על הליכים קיימים, יוכלו הארגונים לוודא כי מבקשים ובאי כוחם אינם מסתלקים או מגיעים לפשרות לא ראויות בתביעות עקרוניות. יתרה מכך, ארגונים יוכלו להיעזר בסעיף 16 לחוק הדורש את פרסום ההסתלקות ואת מתן האפשרות להחלפת עורך הדין, המבקש או שניהם עד כה נדירים המקרים שבהם הורה בית המשפט על פרסום כאמור לעיל,²⁷ ברם ככל שארגונים יתייצבו וילוו הליכים, כן יגבר השימוש בכלי זה ויאפשר לארגונים לשמש מכפיל כוח בתביעות המתנהלות אף אם הארגון לא יזם את התובענה.

4. הסדרי פשרה

בהמשך לאמור, פעמים רבות הסדר הפשרה המתגבש איננו מיטיב באופן מרבי עם הקבוצה ואף דורש ממנה לבצע פעולות אקטיביות על מנת לקבל את ההחזר המגיע לה. בתיק שנדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב²⁸ הגיעו הצדדים להסדר פשרה. בית המשפט מתח ביקורת על הסדר הפשרה, והצדדים התבקשו לבחון את תיקוננו:

בחודש אוגוסט 2011 הגישו הצדדים הסדר פשרה (להלן: "הטיוטה הראשונה") וביקשו לאשרו. בהחלטתי מיום 7.9.11 דחיתי את בקשת האישור מחמת נימוקים שונים, אולם בעיקר משום שלא השתכנעתי כי הבנק איננו יכול לאתר את חברי הקבוצה שחשבונום חוייב בעמלת יתר ולזהותם. כן הצבעתי על ליקויים המתייחסים לפיצוי שישולם לכל אחד מחברי הקבוצה, לריבית ו/או להפרשי הצמדה שיתווספו, אם יתווספו, להחזר. אף הצבעתי על כך שההסדר לא קובע מה יהיה גורלה של יתרת הפיצוי, באם רק מקצת מחברי הקבוצה יפנו לקבלת החזר.

ביום 22.11.11 נתקיימה בפניי ישיבת נוספת במהלכה הצהירו הצדדים על תיקון ההסדר לאור הערות בית המשפט והכינו טיוטה מתוקנת (להלן "הנוסח המתוקן"). אף על פי כן לא אשרתי את ההסדר, מפני שעדיין לא נחה דעתי כי באמצעים הטכנולוגיים המתקדמים העומדים לרשות הבנק, אכן לא ניתן לאתר את חברי הקבוצה שחוייבו בעמלה בגין העברת מט"ח בעת סגירת החשבון. משכך הוריתי על העברת החומר למפקח על הבנקים לצורך קבלת עמדתו בנקודה זו. בהודעתו מיום 3.1.12 הודיע המפקח על הבנקים "שאין ביכולתו לסייע ... שכן אין בידי מידע הנוגע לטענת הבנק בדבר היכולת לעשות שימוש במידע ממוחשב לצורך איתור חברי הקבוצה במקרה הנדון.

הביקורת של בית המשפט משקפת את הבעייתיות המובנית בהסדרי הפשרה. במקרים רבים המשיבים מוכנים להשיב את הכספים לציבור אך המנגנון אשר נבנה על-ידם בשיתוף בא כוח המבקש איננו מביא לפתרון אמתי לבעיה. ארגונים לא דווקא צריכים להתנגד להסדר שכזה אלא לדרוש כי ההשבה תבצע בפועל לציבור, וכי האמצעים שדרכם יושב הכסף לציבור יתבססו על המערכות המפותחות של הנתבעים.²⁹ ניתן גם לראות בעניין זה את החשיבות של הארגון, שכן אף הרגולטור האמון על הנתבע (בנק) במקרה זה לא טרח להתערב ולנסות להשיג השבה לציבור, והיועץ המשפטי, האמון על פיקוח על הסדרי הפשרה, חסר לרוב את המשאבים הדרושים להתערב. יתרה מזו, לעתים נתקלים במקרים שבהם התרומות המוצעות לציבור על-ידי הנתבעים הם סכומים שכבר נתרמו על-ידם ללא שום קשר להליך.³⁰ ארגון העוסק בתחום שבו דנה התובענה הייצוגית יוכל לפקח ולהעיר בצורה ראויה על הסדר הפשרה ואף לכמת את השווי האמתי של הפשרה.³¹

ד. מודלים אפשריים למעורבות ארגונים, קליניקות, פעילים חברתיים ועורכי דין חברתיים בהליכי תובענות ייצוגיות

כפני ארגונים עומדות אפשרויות שונות למעורבות בתובענה ייצוגית. חלק מהאפשרויות אינן ייחודיות להם, אך לאור העובדה שהאינטרסים שלהם חברתיים ולא אישיים, אני סבור שמעורבות ארגונים בכל אחד מן המודלים תהיה מועילה.

1. ארגון כתובע בתובענה ייצוגית או כמחליף תובע

(א) הארגון כתובע בעל עילה אישית או מתוקף חקיקה ספציפית במקרים שבהם העוול לארגון נגרם באופן ישיר הוא יהיה זכאי להגיש את התובענה הייצוגית כתובע, ללא צורך בעמידה בדרישות סף נוספות.

מודל שעד כה טרם עמד במבחן הפסיקה – ארגון בעל מעמד לפי חוק ספציפי, המוזכר בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.³² בחוקים אלו ניתנת אפשרות לארגונים להגיש תביעה כל עוד האדם שנפגע לא התנגד או שנתן הסכמתו לכך, ובחלקם, למשל החוק למניעת מפגעים סביבתיים, גם ללא הסכמת הנפגע. אני סבור שארגון בעל מעמד לפי החוק הספציפי שמכוחו מוגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, והנכלל בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, יוכל להגיש בקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית ללא צורך בהוכחה שקיים קושי שהבקשה תוגש על-ידי אדם שנפגע ישירות מהעוולה (ראו תת-פרק ב' להלן), וזאת על בסיס קריאת החוק הספציפי, על ההוראה הסטטוטורית שבו שמסמיכה את הארגון לתבוע על-פיו, לתוך חוק תובענות ייצוגיות.

כך, לדוגמה, סעיף 7(א) לחוק איסור הפליה במוצרים קובע כי "תובענה בשל עוולה לפי חוק זה יכול שתוגש בידי תאגיד העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור להפלותו לפי חוק זה...".³³ לכן, ארגון העוסק, לדוגמה, בהגנה על זכויות של אנשים המשתייכים לקבוצה חברתית מסוימת יוכל להיות התובע בתובענה ייצוגית כנגד גוף שהפלה לכאורה את בני ובנות הקבוצה האמורה, וזאת מבלי להוכיח כי קיים 'קושי' בהגשת התובענה על-ידי אחד מבני הקבוצה באופן אישי. קריאה זהירה של החוקים האמורים, וההפניה של התוספת השנייה לחוק לחוקים אלו, מאפשרת לקרוא לתוך החוק האמור סעיפים, כגון סעיף 7 לחוק איסור הפליה במוצרים, המעניקים יכולת תביעה רחבה יותר לארגונים.³⁴

(ב) הארגון כתובע ללא עילה אישית

לפי חוק תובענות ייצוגיות אדם שיש לו עילת תביעה אישית רשאי להגיש תובענה ייצוגית. ברם, קיימת אפשרות שרשות ציבורית תגיש את התביעה בשם קבוצת נפגעים.³⁵ קיימים שלושה גופים ציבוריים המנויים בתוספת הראשונה לחוק – נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה³⁶ – שיכולים אף הם להגיש בקשה לאישור, גם אם הם אינם אווזים בעילת תביעה אישית. זאת בתנאי שהתובענה הייצוגית שהם מגישים עוסקת בעניין המצוי בתחום פעילותם. עד כה רשויות אלו לא הגישו ולו בקשה אחת לאישור תובענה ייצוגית. כידוע,³⁷ יש מחלוקות ומתחים רבים בין הנציבויות לבין משרד המשפטים בנוגע לאפשרות ייצוג עצמאית. נוסף על כך, סמכויותיהן השירותיות רחבות למדי, ולכן, באופן טבעי, הן לא פונות לכלי התובענה הייצוגית. לדעתי, עדיין קיים יתרון לתובענה ייצוגית בפיצוי כלל הציבור הנפגע לעומת הליכים מנהליים שהנציבויות רשאיות לנקוט, ושאינם מאפשרים קבלת פיצוי כספי.³⁸ נוסף על כך, שר המשפטים רשאי לפי החוק להוסיף לתוספת הראשונה גופים נוספים.³⁹ המודל של רשות כתובעת בתובענה ייצוגית, אפילו אם הדבר נעשה על-ידי עורך דין פרטי, יכול להיות כלי משמעותי מאוד בהגנה על זכויות. רשויות אלו אינן צריכות להראות עילה אישית, ואינן צריכות להוכיח קושי לאתר תובע אווז בעילה אישית (בניגוד לארגונים, ראו הדיון להלן). די שהרשויות יראו שהנושא נמצא בתחום הטיפול שלהן.

לדעתי, יש לקדם מנגנון של ביצוע מכרזים על-ידי הרשויות המנויות בתוספת הראשונה, כדי שייצוג על-ידי עורכי דין פרטיים בתובענה ייצוגית, כפי שחלק מרשויות אלו או רשויות אחרות מבצעות חלק מהאכיפה הפלילית המנהלית והאזרחית באמצעות עורכי דין מהמגזר הפרטי. המודל העקרוני יתבסס על מיון ואיתור המשרדים המתאימים לפי יכולותיהם המשפטיות והזמן שהם מוכנים להשקיע בכל תיק. עורכי הדין יקבלו את שכר הטרחה בסוף ההליך, ואילו ההכרעות האסטרטגיות ינהלו על-ידי הרשויות. הדבר ישמש מכפיל כוח משמעותי עבור רשויות אלו. מובן שיש לנהל בשום שכל, אך קיימת בו בשורה חשובה מבחינת יכולות האכיפה וההרתעה.

המועצה הישראלית לצרכנות קיבלה מעמד מיוחד בחוק עצמו, וניתנה לה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בכל תחום אף שהיא אינה אווזת בעילת תביעה אישית, והיא גם לא צריכה להראות קושי לאתר אדם אווז בעילת תביעה אישית.⁴⁰ המועצה מגישה לעתים בקשות לאישור, אך אין ספק כי קיים פוטנציאל להגשת ייצוגיות נוספות על-ידיה.

הגדרת ארגון וקיום קושי – כל ארגון יכול להגיש תובענה ייצוגית, ובלבד שהוא קיים מעל שנה, פועל בתחום הרלוונטי לתובענה הייצוגית, וללא זיקה פוליטית.⁴¹ נוסף על כך, על בית המשפט להשתכנע, כאמור, שבנסיבות העניין יש קושי להגיש את התביעה על-ידי אדם אווז בעילת תביעה אישית.

בתיק הצלחה קבע השופט ככוב כי בחינה תכליתית של דרישת הוכחת ה'קושי' נועדה להגן מפני ניצול לרעה של כלי התובענות הייצוגיות, וכי הרצון המובהק של המחוקק הוא לאפשר לארגונים להגיש תובענות ייצוגיות רק כאשר עילת התובענה והארגון ראויים. בית המשפט חילק את שאלת הקושי לשתי תתי-שאלות, האחת, שאלה של 'כמות' – ככל שהארגון יראה מספר רב יותר של גורמים, ובראשם הגורמים ה'חזקים יותר', שסירבו לקחת על עצמם את עול מעמד התובע המייצג, כך ייטה בית המשפט לקבל את מעמדו של הארגון כתובע המייצג.⁴² השנייה, שאלה של 'איכות' – ככל שהפנייה של המבקשת לגופים אשר להם עילה אישית להגיש את התביעה תהיה מפורטת ומעמיקה, כדי שתגובת הנמען תהיה כנה ומדעת והפניות יתועדו ויוגשו במסגרת הבקשה להכרה בתובענה הייצוגית, כך ייטה בית המשפט לראות את הארגון כעומד בנטל ההוכחה שמוטל

עליו מכוח סעיף 4(א)(3) לחוק. ברם, ההחלטה לא הגדירה במדויק מהו הקושי שבגיננו יותר לארגון להגיש את הבקשה לתובענה ייצוגית ללא עילה אישית, וסוגיה זו תלובן, כנראה, בפסיקה עתידית. אציין בקצרה, שלדידי, ראוי שהמבחן שיתגבש בעניין זה יתחשב בקושי המיוחד שיש לקבוצות מוחלשות בחברה להוביל מהלכים משפטיים ולא רק במבחנים אובייקטיביים כגון התיישנות. כן יש מקום לבטא במבחן שיתגבש את החשיבות שיש בטיפול משפטי בנושאים חברתיים זנוחים, דהיינו כאלו שאינם זוכים לטיפול משפטי משך תקופה ארוכה. כך, למשל, עצם העובדה ששנים ארוכות לא הוגשה תובענה ייצוגית בנושא שכר שווה לנשים, עשויה להצדיק, לדעתי, בחינה אוהדת של בקשת ארגון חברתי להגיש תובענה ייצוגית בתחום, עת בודק בית המשפט את התקיימות רכיב ה'קושי', המהווה תנאי לזכות העמידה של הארגון. עוד אציין כי ברור שמבחן הקושי איננו דורש קושי מוחלט ואבסולוטי וכי לכאורה די בכך שבית המשפט השתכנע כי התקיים קושי אף אם היה ניתן לגבור עליו במאמצים עילאיים.

כזכור, מטרתן העיקרית של התביעות הייצוגיות היא הטיפול בעוולות המוניות ומתן סעד הולם לקבוצה בהפרות מינוריות כלפי אדם בודד, או שיש בהן חסמי כניסה גבוהים כגון הצורך בחוות דעת, חשש מעימות או צורך בייצוג מקצועי – ומכאן החשיבות הרבה בהתייצבות ארגונים ונטילת המושכות.

(ג) החלפת תובע

לפי חוק תובענות ייצוגיות קיימת אפשרות להחליף את התובע הייצוגי במקרים שבהם בית המשפט סבור כי התנאים שבסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות התקיימו, אך לגבי התובע לא התקיימו התנאים שמנויים בסעיף 4(א) לחוק.⁴³ במקרים כאלו אם לא ימצא אדם בעל עילה אישית, הרי שניתן לטעון כי יש לאפשר לארגון להגיש את התובענה. הדבר נכון אף במקרים של הסתלקות כפי שצויין לעיל. כן ייתכן כי בשל חוסר תום לב של תובע או חוסר יכולת שלו לייצג את הקבוצה כראוי ישקול בית משפט להחליפו. במקרה כזה, לדעתי, החלפת התובע בארגון ראוי ביותר שכן ארגון שמטרתו קידום עניין ציבורי יוכל לייצג בצורה ראויה את העניין כתובע. לשיקולים ולמבחנים נוספים ראו הסעיף הבא הן בהחלפת בא כוח.

2. ארגון כבא כוח או כמחליף בא כוח או כמייצג במשותף

להבדיל מתיק פרטי שבו לקוח אחד בוחר את עורך דינו, בתובענה ייצוגית בא הכוח מתיימר לייצג מספר גדול ביותר של בני אדם, ולכן עליו להראות יכולת לעשות זאת.⁴⁴ אי-יכולת כזו איננה עילה לפסול את התובענה הייצוגית אלא את בא הכוח המייצג. על אף הוראות החוק, מעטים המקרים שבהם השופטים מורים על החלפת בא כוח בשל הנסיבות האמורות, ובדרך כלל הבקשה מסולקת.⁴⁵ בתקופה האחרונה הועלו כמה התנגדויות להסדרי פשרה,⁴⁶ אך ייתכן שבמקרים קיצוניים, שבהם כבר בשלבים מוקדמים ברור כי בא הכוח אינו מייצג את עניינה של הקבוצה בנאמנות, במסירות ובדרך הולמת, יש לדרוש את החלפתו.

סעיפים 3 ו-4 לחוק קובעים במסגרת אישור התובענה כי יש לבחון האם יש יסוד סביר להניח שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג בדרך הולמת ובתום לב. הנתבע רשאי לנסות לתקוף את ההולמות ואת תום הלב של בא כוח התובע. הקריטריון הראשון – דרך הולמת – משמעו דרישה כי עורכי הדין ייצגו את עניינה של הקבוצה בצורה ראויה. לדוגמה, אם מדובר בבא כוח לא מנוסה בתחום או חסר יכולת משפטית לנהל את התיק מבחינת הידע הנדרש, ייתכן שתקום עילה לבקש לפסול אותו.⁴⁷ ייתכן שגם צורתה של הבקשה לאישור עצמה יכולה ללמד על שאלת היכולת, וייתכן שגם

שאלת מספר התובענות הייצוגיות שבא הכוח מנהל מעידה על היכולת שלו. במקרה כזה, הארגון, כלומר עורך הדין שהארגון יעמיד לצורך העניין, יכול להיכנס לנעליו. הדבר נכון אף למקרים של הסתלקות כפי שצוין לעיל.

מבחינת הקריטריון השני – תום לב – הרי שזוהי שאלה קשה ומורכבת יותר ודומה מעט לשאלת האדם הסביר – הדבר יבחן לפי מניעיו של עורך הדין, התבטאויותיו וכדומה.⁴⁸ לדעתי, בייצוג על-ידי ארגון, יושגו בדרך כלל דרישות תום הלב וההולמות. הארגון יכול לנהל מערכה שתמשך שנים רבות, בתקווה שבסוף הדרך יושג הישג משמעותי לארגונים ולציבור, וזאת לצד העובדה כי הארגון מתייחס אל התובענה באופן עקרוני-ערכי יותר, ללא ניגודי האינטרסים שעלולים להיות לתובע או לבא כוחו.⁴⁹

3. ארגון כמתייצב וכידיד בית משפט

סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות מכיר באפשרות של צד שאינו תובע להשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית. כדי להתייצב ולהשתתף בדיונים, על ארגון לקבל את אישור שר המשפטים להכרה בו. לעתים גם אם הארגון לא קיבל הכרה, בית המשפט יאפשר לו להתייצב. עם זאת אין ספק כי יקל על ארגון אשר כבר קיבל הכרה מהשר להתייצב, שכן זכותו העקרונית כבר הוכרה. ככל שהושגה פשרה, יש לארגון או לכל אדם אחר רק 45 ימים להעיר על הפשרה. באנדרלמוסיה השוררת בפנקס התובענות הייצוגיות כיום, קיים חשש כי אם ארגון ימתין לשלב זה הוא עלול שלא לשים לב לפשרה שפורסמה, ואף אם הפשרה תגיע לידיעתו, יידרש זמן לקבל וללמוד את כתבי הטענות טרם הגשת התנגדות. על כן, אין ספק כי התייצבות וליווי כל הליך התובענה הייצוגית עדיפים ויכולים להביא להסדר פשרה ראוי.

סעיף 22(ג)(2) לחוק אף מכיר באפשרות להעניק למתייצב שכר טרחה (שאינו מגיע, עם זאת, לסכומים הגבוהים שעשוי בא כוח התובע לקבל בתובענה ייצוגית שאושרה והתקבלה). בפועל מעט מאוד ארגונים נקטו פעולה זו. מבחינת משאבים ותשומות מדובר על עבודה מעטה יותר הדומה לידיד בית משפט (amicus curie). על הארגון לבצע מעקב צמוד בפנקס התובענות הייצוגיות, ולבחון האם קיימות בקשות לאישור העוסקות בתחומים אשר הארגון עוסק בהם והאם קיימת חשיבות שהארגון יתייצב.

מומלץ כי ארגונים יפנו לקבל הכרה משר המשפטים להתייצב בתחומים הרלוונטיים לתחום עיסוקם, ולא ימתינו להכרה לצורך הליך מסוים. הדבר אף יאפשר לארגון לערער אם התיק יתנהל בניגוד לעמדתו. בעניין זה חל נוהל מספר 21.564 ב'הנחיות היועץ המשפטי לממשלה' – 'הכרה בארגוני צרכנים (לעניין חוקים מסוימים)'. מדובר אמנם בנוהל ישן אך זהו הנוהל שעל-פיו נוהג משרד המשפטים. יצוין כי ארגונים אחדים כבר קיבלו הכרה לפי סעיף 15 וביניהם ארגון קו לעובד, ארגון תמורה ועוד.

4. ארגון כמפקח, כמתנגד או כמערער

למרבה הצער, קיים מספר לא מבוטל של משרדי עורכי דין שהמודל הכלכלי שלהם בנוי על הגשת בקשות לאישור פשרות מהירות וסגירתן ללא כל כוונה לנהל את התיקים. יתרה מזו, חלק מהמשרדים אינם בעלי התשומות הנדרשות על מנת שיוכלו לנהל אפילו חמש בקשות לאישור תובענה ייצוגית בשנה, ובוודאי שלא מספרים גבוהים בהרבה מאלו, כפי שקורה בפועל.

בשנה קלנדרית ממוצעת מוגשות מאות תובענות ייצוגיות. בשנים 2013 ו-2014 הוגשו למעלה מ-1000. לא כולן רלוונטיות לארגונים, אבל אין ספק שחלק נכבד מהן מצוי בליבת העיסוק של

הארגונים. על הארגון לעקוב ברציפות אחר פנקס התובענות הייצוגיות ואחר המאגרים המשפטיים. לאחר איתור תובענה ייצוגית רלוונטית, אף בשלבים מוקדמים, יש להמשיך לעקוב אחריה. ניתן לפנות לבא הכוח המייצג ולהבין במה מדובר. זכותו וחובתו של הארגון לדרוש מעורך הדין לעדכן אותו בהתפתחויות ולקבל ממנו את כלל החומרים. אם בא הכוח מסרב, הרי שמדובר בעילה היכולה לאפשר במקרים מסוימים את החלפתו, שכן מדובר בתיק שבו בא הכוח מייצג את הציבור או מתיימר לעשות זאת, ואי-נכונות לחשוף מידע כבר רומזת על טהרת כוונותיו.

ארגון אשר ימפה באופן שוטף את הפשרות בתובענות ייצוגיות בתחומי עיסוקו, וידע להתערב בנקודת הזמן הנכונה יוכל לגרום להשפעה מכרעת על עיצוב הסכם הפשרה. אין חובה להתנגד באופן מוחלט להסדר הפשרה. לעתים בדיקת ההסכם המוצע, ההטבה לציבור והסיכונים, תביא את הארגון לתמיכה בו. עם זאת יהיו מקרים שבהם יהא זה נכון מצד הארגון להגיש בקשת התנגדות להסדר פשרה או להסדר שכר טרחה נרקם.

יוסבר: התובענה הייצוגית מתנהלת בתחילתה כהליך אדוורסרי. הנקודות הקריטיות ביותר בהליך זה הן פעמים רבות אישור הסדר הפשרה ואישור שכר טרחת עורך הדין. בשלב זה התובע והנתבע הופכים מצדדים יריבים לשותפים אשר מטרתם לאשר את הסדר הפשרה ועמו אף את שכר טרחת עורך הדין ואת הגמול לתובע.

ככל שלארגון אין את המשאבים ללוות את כל ההליך, התערבותו בשלב אישור ההסדר, הן בהערת הערות והן בהתנגדות במידת הצורך, עשויה להשפיע באופן מהותי ביותר על הפשרה אשר תתגבש. הפגנת נכונות להתנגד אף יכולה לסייע לבא הכוח המייצג, אם איננו יודע עד היכן באפשרותו למצות את המשא ומתן על פשרה. ארגון אשר יתייזב, ויודיע לצדדים כי אם לא יושפרו נקודות מסוימות הוא יתנגד לפשרה, עשוי להביא לשיפור משמעותי של ההסדר.

לא תמיד בית המשפט יראה התייצבות באהדה, ולעתים תעלה השאלה מדוע הארגון התייזב רק בשלב הפשרה. ברם, מבחינה משפטית עד שלא מושג הסדר פשרה והתובענה הייצוגית לא אושרה, בא הכוח עדיין איננו מייצג את הקבוצה. כך ניתן אף לנמק את אי-ההתייצבות של הארגון עד לאותה נקודת זמן.

כפי שהוסבר לעיל, התמריץ של בא הכוח המייצג כלכלי והדבר מובנה בחוק. על כן כאשר מוגשת הצעה לפשרה הכוללת הטבה לציבור, עורך הדין מתחבט אם להתפשר או שמא להמשיך לנהל את ההליך כולל הוכחות, סיכומים, ערעור וכדומה. מדובר על דברים שבלב ולא תמיד ניתן לבחון את שיקוליו של עורך הדין המייצג, אך מובן שהשיקול הכלכלי קריטי ומנחה. ככל שארגון מתייזב בשלב קריטי זה של אישור ההסדר או בקשת שכר הטרחה, וטוען כי מדובר בתובענה אשר אמורה להביא לשינוי חברתי מהותי וההסדר המוצע איננו מביא לשינוי המיוחל, הרי שקיימת סבירות רבה יותר שההסדר ישונה בצורה משמעותית או שבית המשפט יסרב לאשרו.

הקליניקה לתובענות ייצוגיות במרכז הבינתחומי בהרצליה פעילה בעיקר בהתנגדויות להסדרי פשרה, ומייצגת מתנגדים פרטיים או את המועצה הישראלית לצרכנות. עד כה כמעט כל התנגדות שהוגשה על-ידי הקליניקה הביאה להתייחסות עקרונית של בית המשפט, לשינוי הסדרי הפשרה ולשיפורם ואף לפסיקת הוצאות לטובת הקליניקה.⁵⁰ אין לי ספק כי אם יקומו קליניקות דומות במרכזים אקדמיים נוספים הדבר יביא לשיפור הפיקוח על תובענות ייצוגיות. יתרה מכך, להבדיל מקליניקות העוסקות בתחום מסוים, הרי שקליניקה בתחום תובענות ייצוגיות תוכל לפעול בשיתוף הקליניקות במרכז האקדמי והמרצים השונים בפקולטה ותוכל לשלב את הידע הפרוצדוראלי שלה עם הידע המקצועי של קליניקות המתמחות בתחומים ספציפיים.

5. ארגון כבודק או כמומחה

ארגונים יכולים להיות הבודקים של הסדר הפשרה. הבודקים שממנה בית המשפט הם בעלי מומחיות בתחום, ואין ספק כי קיימים ארגונים אשר להם מומחיות מיוחדת. בתי משפט נוטים למנות רואי חשבון, אך לא תמיד רואה החשבון הוא האדם המתאים לבחון את הסדר הפשרה, בייחוד אם מדובר בשאלות שאינן דווקא חשבונאיות.

כמו כן, בתובענות ייצוגיות עקרוניות ארגון יכול להיות המומחה המקצועי אשר נותן את התמיכה המקצועית לתובענה ייצוגית, בתחום של מפגעים, הפליה, תעסוקה, כלכלה ועוד. לעתים רבות מתבטא הקושי של המבקש ובא כוחו במימון או באיתור חוות דעת מקצועית אשר תתמוך בטענות העובדתיות והמשפטיות. משאבי הידע בתחום עיסוקו של הארגון יכולים להיות היהלום שבכתר החסר לתובע ולעורך דינו, ולהכריע את הכף לטובת התביעה.

6. תרומות

תובענות ייצוגיות רבות מגיעות לידי סיום בפשרות. מדובר בסכומי כסף נכבדים ובתרומות שהצדדים לתובענה הייצוגית מסכימים עליהם במסגרת הסדר הפשרה. לעתים מוענקת תרומה לארגון אשר מטרותיו קרובות לנושא שבגיניו הוגשה התובענה הייצוגית. בארצות הברית קיימת ביקורת רבה⁵¹ בגין העובדה שהסכומים מושבים לאו דווקא לקבוצה שנפגעה, ואכן אין ספק כי במקרים שניתן להשיב את הכספים ישירות לקבוצה, כך יש לעשות. עם זאת במקרים שבהם קיים קושי אמתי לחלק את הכספים לחברי הקבוצה ראוי להעבירם לארגונים לתמיכה בפעילות החשובה שלהם ולא לאפשר לנתבעים לקבוע מי הארגונים אשר יקבלו את התרומות.

מאז חקיקת החוק הגיעו כמה תובענות ייצוגיות לפשרות שכללו סכומים נכבדים ביותר. בחלקן הסתבר כי התרומות אשר הנתבעות התיימרו להעניק כסעד של פיצוי לקבוצה הם כספים שכבר יועדו למטרות אלו עוד טרם הפשרה. רק באמצעות מעקב שוטף של ארגונים על הסדרי פשרה ניתן יהיה לוודא כי אכן מדובר בסכומי כסף חדשים וכי הם ייועדו למטרות ראויות.⁵²

סיכום וקול קורא

במשך שנים רבות משמשת התובענה הייצוגית בארצות הברית ככלי למיגור הפליה ועוולות חברתיות אחרות. תביעות שאנו לומדים בשנתנו הראשונה בפקולטה למשפטים כגון פסקי הדין *Brown v. Board of Education* ו-*Roe v. Wade* היו תובענות ייצוגיות,⁵³ וכעת הגיע הזמן ליישם כלי זה למטרות חברתיות גם בישראל.

התאגידים הפרטיים משפיעים יותר ויותר על עולמנו ועל שיח הזכויות. מחקרים רבים הראו כי בשוק החופשי קיימים, פעמים רבות, מצבים שבהם לתאגיד השפעה רבה יותר על האזרח מאשר למדינה.⁵⁴ בנסיבות אלו אין ספק כי על הארגונים לעבור לחשיבה דינמית ולנסות דרכים חדשות לשינוי חברתי. בעיסוקי המשפטי התוודעתי רבות לפועלם ולמאבקהם של ארגוני זכויות אדם, ארגונים חברתיים, ופעילים חברתיים, ולענייני דעתי, לעתים רבות לא נמצא תחליף ראוי לשימוש במכפיל הכוח האזרחי על-ידי סעדים אזרחיים, ופגיעה ישירה בכיסו של המעוול. לחוק תובענות ייצוגיות, אשר ציין זה מכבר את השנה השביעית לחקיקתו, פוטנציאל לשינוי חברתי בדרכים יצירתיות וחדשניות שעד כה טרם השתמשו בהן ארגונים חברתיים אזרחיים וארגוני זכויות האדם. תובענה ייצוגית חברתית איננה חייבת לעסוק דווקא בפרטים המוגדרים כחברתיים בתוספת השנייה לחוק, גם תביעה צרכנית המגיעה למיצויה ולהשבת סכומים לציבור, או תובענה ייצוגית בניירות ערך שבעקבותיה מושבים כספים לקרנות פנסיה שבהן מושקע כספו של הציבור, הן תביעות חברתיות.

בחוק התובענות הייצוגיות טמון פוטנציאל אדיר לקידום זכויות. כל שעל ארגונים ועל פעילים חברתיים לעשות הוא לקיים את השיח הייצוגי, משל היה מדובר במנתח, אשר באמתחתו כלי ניתוח שונים וכעת רכש כלי נוסף ורב עוצמה. לא עם כל בעיה ולא עם כל סוגיה ניתן להתמודד על-ידי שימוש בתובענה ייצוגית, ברם במקרים המתאימים, השימוש בכלי זה יכול להביא לשינוי מהותי בשיח ולהשוואת זכויות בין גורמים שונים בעלי עוצמה שונה ולעתים אף בין דוד וגוליית. טוב יעשו הארגונים אם ישכילו להפנים שיח זה לתוך עולם הזכויות ואם יבינו כי כלי זה הינו תוספת טבעית ואף חיונית בהתמודדות עם קידום זכויות בעולם המודרני, בייחוד לאור כוחם הגובר של תאגידים פרטיים בהשפעה על זכויות הציבור.

הצעה והזמנה לפעול

הצעתי לפעולה קוראת להגיע לשוויון בהתנהלות באמצעות 'יישור מגרש המשחקים' (levelling the playing field) ומתבססת על כמה עקרונות: הראשון, יש לעבור לשיח של כלים משפטיים אזרחיים ובכך להרחיב את תחומי העיסוק ולהביא לאכיפה אזרחית; השני, פעמים רבות יש לדרוש פיצוי כספי על עוולות ולא להסתפק רק בתיקון העוול; והשלישי, יש לתת אמון במגזר הפרטי, ליצור עמו שותפויות ולנהל את התביעות הייצוגיות באמצעות משרדי עורכי דין פרטיים אשר ישמשו מכפיל כוח לארגונים. כך, תובענה ייצוגית תאפשר להגיע לשוויון בין התובע לנתבע.

אני סבור כי על כלי התובענה הייצוגית להפוך לאחד הכלים המרכזיים בארגון הכלים של ארגונים ופעילים חברתיים המעוניינים באכיפה האזרחית. לאור עליית קרנו של המגזר הפרטי והשפעתו, תובענות ייצוגיות עקרוניות ומשמעותיות תוכלנה לסייע באיזון השוק החופשי ובדאגה לזכויותיהם של אלו אשר השאת הרווח על-ידי תאגידים פוגעת לעתים בזכויותיהם. אין לי ספק כי ארגון או עורך דין חברתי אשר יביאו סוגיה עקרונית לפתחו של בית המשפט באמצעות תובענה ייצוגית, יזכו לאוזן קשבת ולנפש חפצה לטיעוניהם המשפטיים ואף יזכו לכתוב פרק חדש בקידום זכויות האדם בישראל.

הערות

- 1 כג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009).
- 2 ת"א (שלום פ"ת) 4732/08 פסיקה נ' משרד החינוך והתרכות (פורסם בנבו, 18.7.2010).
- 3 ראו לדוגמה, יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט 7 (2013); אמיר ויצנבלייט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351 (2012); אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים לח 445 (2009); מיכאיל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים: בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. גיהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים 1 449 (2004); הלל סומר "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו" – האמנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" דין ודברים 1 347 (2004).
- 4 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 2054, 264 (להלן: החוק). טרם החוק היו הסדרים ספציפיים בחוקים מסוימים כגון חוק הגנת הצרכן, חוק ניירות ערך, החוק למניעת מפגעים סביבתיים (שבו הושאר מנגנון דומה) ועוד.
- 5 שם, פרטים 6-10 לתוספת השנייה, ראו פירוט להלן בה"ש 25.
- 6 החוק, לעיל ה"ש 4.
- 7 ראו, לדוגמה, יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט 217 5 (2000); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לזין 31 (אשר גרוניס, אליעזר

- ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים, 2013); וכן מאמרו של יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" **עלי משפט** ג 497 (התשס"ד).
- 8 תקנה 2(ו) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 קובעת כי ברירת המחדל היא אי-הפקדת ערובה.
- 9 בסעיף 23(א) לחוק: "בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג בעד הטיפול בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישור; בא הכוח המייצג לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט כאמור"; וכן ת"א (השלום ת"א) 955-12-09 לוק נ' בומבך (פורסם בנבו, 24.11.2011).
- 10 ראו החלטתו של הנשיא גרוניס בבש"א 8226/12 דיפלומט מפיצים (1968) בע"מ נ' פתחי בשתאוי (פורסם בנבו, 30.1.2013).
- 11 ראו, לדוגמה, בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרחי בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2012); בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012).
- 12 ראו בעניין זה רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 291-293 (2001).
- 13 אסף יעקב "דא עקא דעקא – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" **משפטים** מב 5 (2012); יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "להעלות את הרף" **עורך הדין** 22, 92 (2014), ולגרסה המלאה של מאמרם, ראו פרוקצ'יה וקלמנט, לעיל ה"ש 3.
- 14 יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפט וממשל** ט 137 (2006); וכן ראו בועז שנור **תביעות נזיקין סביבתיות** (2011).
- 15 ס' 20(ה) לחוק אוסר על החלת סעיפי הפיצוי ללא הוכחת נזק על כל הקבוצה למעט בייצוגית לפי פרט 9; ת"א (מחוזי ת"א) 1437/09 פלד עו"ד נ' אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 11.6.2012).
- 16 ראו לעניין זה בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.2011), שם עתרו בטענה כי סעיף זה לחוק איננו חוקתי. בית המשפט העליון אמנם דחה את העתירה אך רשם לפניו את הודעת נציגת המדינה כי קיימים פרטים רבים בתוספת שניתן לתבוע את המדינה בגינם, כגון מפגעים סביבתיים, המדינה כמעסיק ועוד, ראו סעיף 31 לפסק הדין.
- 17 ע"ע (ארצי) 629/07 וירון נ' תבל אבטחה ניקיון ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 3.1.2011).
- 18 זאת בייחוד לאחר פסק דין וירון, בהלכת ישייב: ע"ע (ארצי) 53348-01-12 ישייב נ' ח.א.ש מערכות ושירותים בע"מ (פורסם בנבו, 29.8.2013).
- 19 ת"צ (מחוזי ת"א) 2484-09-12 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן (פורסם בנבו, 18.2.2013).
- 20 אין סתירה בעובדה כי רוב התובענות הייצוגיות עוסקות בכסף וכי בית המשפט מתקשה בדיון בתיקים עקרוניים יותר – אדרבה, ייתכן ובית המשפט יצטרך להתאים עצמו לדיון בתיקים עקרוניים – אך לדעתי הקשב והתשומות שהוא יהיה מוכן להשקיע בתיק כזה יהיו גדולות מתיק ייצוגי רגיל.
- 21 ראו דפנה ברק-ארו "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103, 121-122 (התשס"ו): "הרעיון של תביעות פיצויים בגין הפרה של זכויות אדם כבר זכה להכרת המחוקק בנוגע לחלק מן המצבים שבהם הפגיעה בזכויות קשורה למערכות יחסים פרטיות. עם זאת, בחוקים הספציפיים המאפשרים הגשת תביעות בגין נזקי הפליה אין לראות מיצוי של דרכי הפעולה האפשריות במצבים של הפרת זכויות אדם. להפך, יש לראות בחוקים אלו ביטוי לרעיון רחב יותר שיש לו קיום גם מחוץ להם – התאמתם של דיני הנזיקין לשמש אמצעי להגנה על זכויות אדם. כך, למשל, נפגעות תקיפה מינית ויכולו לתבוע את מתקיפה, תוך התייחסות גם לנזקים הכרוכים בהשפלתן ובפגיעה בכבודן, ולא רק נזקים מוחשיים שנגרמו להן". הווה אומר שהתשתית הרעיונית קיימת ורוב החוקים הספציפיים המצוטטים במאמר מוזכרים בתוספת השנייה לחוק. כל שנותר לעשות הוא לפעול בעניין. כן ראו שם, טקסט וה"ש 136, שם דנה המחברת בעובדה כי תביעות אזרחיות בנוגע לפגיעה בזכויות

כמעט אינן מגיעות לדיון עקרוני בבית המשפט העליון, וכי לדעתה ייתכן שתובענות ייצוגיות הן אלו שיביאו את הפתרון לדבר זה ויאתגרו את הפסיקה. כן ראו מאמרה של לירון דוד "החיפוש אחר 'סעדים חברתיים'" **מעשי משפט** ד 109 (2013).

- 22 ס' 20 לחוק.
- 23 ראו עופר סיטבון "על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם – האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?" **קרית המשפט** ח 107 (2009).
- 24 ראו דברי השופטת רות רוני בעת"ם (מחוזי ת"א) 37447-10-13 **אפריקה ישראל תעשיות בע"מ נ' רשות ניירות ערך**, פס' 3 (פורסם בנבו 18.11.2013): "... כך, המבקשים טענו כי פרסום ההחלטה עלול לפגוע בצורה מהותית ביכולתה של החברה לגייס הון; הוא עלול לעודד הגשת תובענות ייצוגיות באופן שיגרור תגובת שרשרת – שכן תביעה ייצוגית עלולה לבסס עילה להעמדת אשאי מהותי של החברה לפירעון מיידי. כן עלול הפרסום לפגוע באופן אישי בנושאי המשרה בחברה ובשם הטוב. התקופה של 60 ימים שנקבעה בחוק לעיכוב ביצוע ההחלטה, נועדה – כך נטען – כדי לאפשר ל'מפר' לבקש את עיכוב פרסום ההחלטה, אם יחליט לערער עליה".
- 25 אמנה דוגמאות אחדות בפרטים 6-10: **פרט 6 – מפגעים סביבתיים**: ת"צ (שלוים י-ם) 21679-11-11 **שוורץ נ' אמות השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 9.4.2014) וכן ת"צ (מחוזי ת"א) 22700-11-11 **שוורץ נ' אמות השקעות בע"מ**, הוגשו שני הליכים – תובענה ייצוגית ותובענה קבוצתית כנגד זיהום אוויר חמור במתחם התחנה המרכזית בירושלים. ההליכים עסקו בדרישה לפצות את הקבוצה שסבלה מזיהום האוויר ולהביא להפסקת המיידית של המפגע. בתובענה הקבוצתית ניתן פסק דין שהעניק צו להסרת המפגע והתובענה הייצוגית עדיין מתנהלת; **פרט 7 – חוק איסור הפליה**: ת"צ (מחוזי י-ם) 23955-08-12 **קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה**. עניינה של תובענה ייצוגית זו היא בהפליית נשים במהלך שידורי רדיו "קול ברמה", בטענה שמאז קבלת הרישיון התחנה נקטה מדיניות של אי-השמעת נשים, ההליך עדיין מתנהל (ביום 9.9.14, ימים ספורים לפני הורדת מאמר זה לדפוס, אושרה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, תוך שבית המשפט מקבל את הטענה שקיים קושי להגיש את התבענה הייצוגית על ידי אדם פרטי (ראו בעיקר דיון בסעיפים 46-52 להחלטה); **פרט 8 – הפליה בעבודה**: בתע"א (אזורי ת"א) 3469/08 **קובלסקי נ' אורטל שירותי כח אדם בע"מ** (פורסם בנבו, 18.5.2012). הוגשה תובענה ייצוגית כנגד חברת כוח אדם, נגדה נטען כי נהגה להפלות נשים בהיריון אשר פנו לחברה לצורך השמה, ובניגוד לחוק שיוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. הצדדים הגיעו לפשרה שבה פוצתה הקבוצה; **פרט 9 – חוק שוויון לאנשים עם מוגבלות**: ת"צ (מחוזי י-ם) 28552-05-12 **אבן זהב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, ות"צ 43232-05-12 **ש.ד.ה. נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, בגין אפליית אנשים עם מוגבלויות בכל סוגי ביטוחי הפרט. עניין שתי תובענות אלו הוא סירובן (או הצבת תנאים בלתי אפשריים) של חברות הביטוח להעניק ביטוח לאנשים עם מוגבלויות, בניגוד לחוק שיוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998. ההליכים עודם מתנהלים; **פרט 10 – דיני עבודה**: עניין **וירון**, לעיל ה"ש 17, עסק בשומרים אשר הועסקו בחברת השמירה "תבל" ואשר לא הופרשו עבורם כספים לביטוח פנסיוני כמתחייב על-פי ההסכם הקיבוצי וצו ההרחבה החלים בענף השמירה והאבטחה. בית הדין האזורי לעבודה דחה את הבקשה להכרה בעילות התביעה דנן כיייצוגיות, אך בית הדין הארצי קיבל את הערעור וקבע כי במקרה שבו נציגות העובדים אינה פועלת למען יוזמות אכיפה במסגרת סכסוכים קיבוציים אף שקיימת הפרה שיטתית של זכויות העובדים, אזי ניתן להכיר בבקשה לאישור כתובענה ייצוגית אף אם קיים הסכם קיבוצי. כרגע התיק עוד מתנהל בבית המשפט העליון אך יש לשים לב כי החלטת ביה"ד הארצי בוירון היוותה שינוי בתפיסתו של ביה"ד הארצי בנוגע לתובענות ייצוגיות. ניתן לראות את הבקשות לאישור תובענה ייצוגית ואת ההחלטות בפנקס התובענות הייצוגיות בקישור: elyon1.court.gov.il/heb/tovanot_yezugiyot/list.htm.

- 26 בחודשים האחרונים אנו רואים ריאקציה של בתי המשפט למספר הגבוה של ההסתלקויות. ראו החלטתו של השופט ענבר בת"צ (מחוזי ת"א) 39176-07-13 פרידמן נ' אוליביה גורמה (1996) בע"מ (פורסם בנבו, 16.2.2014).
- 27 ת"צ (מחוזי ת"א) 1110/09 עזבון מיש נ' רקלה חב' לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 18.11.2012). למיטב ידיעתי, מקרה זה חוזר על עצמו פעמים ספורות בלבד והוא החריג לכלל. ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 5268-08-07 רוזנברג נ' בולוס גד תירות בע"מ (בפירוק) (פורסם בנבו, 13.3.2011).
- 28 ת"צ (מחוזי ת"א) 2109-09 חממי נ' בנק הפועלים סניף המרכזי, פס' 4-5 (פורסם בתקדין, 18.1.2012).
- 29 ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.2011), ביקורתה של השופטת מיכל אגמון-גונן על מנגנון ההשבה לקבוצת מבוסחי מכבי ללא הוראת קבע (מנגנון פרסום ופנייה מצד הציבור).
- 30 ת"צ (מחוזי מרכז) 44751-03-10 בן סימון נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.7.2012).
- 31 ראו בעניין זה ת"צ (מחוזי ת"א) 24499-12-10 ברזילי נ' הוט סלקום בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.12), בעניין כתוביות, כאשר התייצב ארגון התאפשר לשפר מעט את הפשרה.
- 32 לדוגמה, סעיף 7 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; סעיף 10 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; סעיף 12 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, לעיל ה"ש 25; סעיף 6 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות) התשנ"ב-1992.
- 33 חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, שם.
- 34 פרשנות זו הוצעה במאמרם של שרון רבין-מרגליות ואלון קלמנט "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק? עיוני משפט לא 369, ראו במיוחד בעמ' 388, ה"ש 71 (2009); וכן ראו עניין קולך, לעיל ה"ש 25 (פס' 127 לבקשה לאישור תובענה ייצוגית, זמינה בקישור: elyon1.court.gov.il/heb/TOVANOT_Y/2351b.pdf). ברם טיעון זה אינו חף מקשיים, שכן בחלק מהחוקים קיימת דרישה כי הנפגע האישי ייתן הסכמתו לכך. יתרה מזו, חוק תובענות ייצוגיות איננו מתייחס מפורשות לאפשרות זו ומדובר בחוק מאוחר. עם זאת, החוקים הינם חוקים ספציפיים ולכן ייתכן שיש ליתן עדיפות למבחן בחוק הספציפי.
- 35 ס' 4א(2) לחוק.
- 36 התוספת הראשונה לחוק.
- 37 ראו לעניין זה את עמדת לשכת עורכי הדין בק"ג 9835/09 ברימה נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (פורסם בנבו, 5.6.2012), שם רחה בית הדין את התובענה הייצוגית (בקשת לשכת עוה"ד להצטרף להליך, שנדחתה, זמינה בקישור: http://www.israelbar.org.il/uploadfiles/equal_opportunities_authority_position_paper_july_2013.pdf), וכן את נוהל נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה – אמות מידה לבחירת תיקים (זמין בקישור: <http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/4C1C2654-DCB0-40CE-85B6-A0DA68BE8B7A/0/CriteriaToChooseCases.pdf>).
- 38 לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, לעיל ה"ש 25, הנציבות רשאית לדרוש מסמכים, להוציא צווים ועוד. ראו לדוגמה סעיף 19 מה, וכן ראו סעיף 13 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, לעיל ה"ש 32.
- 39 ס' 1(30) לחוק.
- 40 ס' 4(א)(3) לחוק.
- 41 ס' 4(א)(3) לחוק.
- 42 בעניין הצלחה, לעיל ה"ש 19, התבצעה פנייה של הארגון בכתב ל-11 גופים מוסדיים שמחזיקים במניות בחברה המעוולת, ואלו, באופן חד-משמעי, לא נענו בחיוב לפניותיה. לאחר שניתן פרסום להחלטה הראשונה פנו תובעים פרטיים וביקשו להצטרף להליך. השופט קבע כי תכלית חוק תובענות ייצוגיות

- אינה יכולה, מחד גיסא, לאפשר לארגונים לייצג, ומאידך גיסא, ברגע שהצלחתם נותנת אותותיה לסלקם מהזירה. הקושי לאתר תובע בעל עילת תביעה אישית צריך שייבחן בעת הגשת הבקשה לאישור. באותו המקרה הותיר בית המשפט את הארגון בהליך, לצד בעלי עילת התביעה האישית וקבע כי מחיקה במצבים אלו עלולה ליצור תמריץ שלילי לארגונים, שמזהים פגיעה בציבור ולא מצליחים לאתר תובע בעל עילת אישית, לקחת על עצמם את הנטל.
- ס' 8(ג)(2) לחוק. 43
- אין פירוש הדבר כי רק עורכי דין מנוסים מאוד ובעלי ניסיון בדיוק באותו תחום יוכלו לייצג, שכן הדבר יביא למעגל שוטה – ראו הדיון בעניין רייכרט, לעיל ה"ש 12. 44
- ראו לעיל ה"ש 24; וכן ראו החלטתו של השופט ענבר בת"צ (מחוזי ת"א) 26870-12-12 שיאי אופיר השקעות בע"מ נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (פורסם בנבו, 10.7.14). 45
- ראו לדוגמה, ת"צ (מחוזי ת"א) 40758-05-11 יהלומי נ' עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 20.4.2014) ות"צ (מחוזי ת"א) 2020/09 אהרוני נ' דקל (פורסם בנבו, 3.7.2011). 46
- ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אליסנט בע"מ (פורסם בנבו, 28.5.2012). 47
- ת"צ (מחוזי מרכז) 5567-06-08 בר נ' עטרת תעשיות 1996 בע"מ (פורסם בנבו, 20.12.2010). 48
- לשיטתו של פרופ' אלון קלמנט, כפי שהוצגה בכנס מרכז הלכה ומעשה ביום 12 ביוני 2013, ארגון לאו דווקא מתאים להגשת תובענה ייצוגית, הן בשל חוסר מומחיות והן בשל העובדה שלדעתו, לעתים רבות, ארגונים מעוניינים בסעדים צופי פני עתיד ואילו הקבוצה הנפגעת מעוניינת בסעד של השבה. אני מסכים עמו לגבי חוסר המומחיות רק בהקשר של ניהול הליך אזרחי ולא דווקא בעניין מומחיות בתחום התביעה, שבו, לדעתי, ייתכן ולארגון מומחיות יתרה, אך כפי שכתבתי לעיל, הבעיה יכולה להיפתר על-ידי התאגדות עם עורך דין מומחה בתחום ו/או על-ידי למידת הנושא. לגבי ניגוד האינטרסים הרי שלדעתי תקיפה על-ידי כסף יכולה להביא להרתעה.
- ראו בקישור: classaction.idc.ac.il – אתר הקליניקה לתובענות ייצוגיות במרכז הבינתחומי בהרצליה. 50
- James T. Power, *Tearing Down a House of Coupons: CAFA's Effect on Class Action Settlements*, 9 U. St. THOMAS L.J. 906 (2011). 51
- ראו עניין בן סימון, לעיל ה"ש 30. הכוונה היא כי יש לוודא שאין מדובר בתרומות שהן חלק מהתכנית השנתית של התאגיד במסגרת תכנית האחריות התאגידית – שכן הכספים בהסכמי פשרה אמורים לבוא בנוסף ולא במקום כספים אלו. וראו ת"צ (מחוזי מרכז) 3725-04-12 מגן נ' סלקום ישראל בע"מ, פס' 26, 22-21 (פורסם בנבו, 6.3.2014). 52
- ;Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Brown v. Board of Education, 374 U.S. 483, 490 (1954) 53
- כמו כן מוגשות בארצות הברית תובענות בתחומים של מפגעים סביבתיים, הפליה בעבודה ועוד ועוד. גם בעניין זכויות ניצולי שואה הוגשו מספר תובענות ייצוגיות בארצות הברית, ראו JANE SCHAPIRO, INSIDE A CLASS ACTION: THE HOLOCAUST AND THE SWISS BANKS (2003); Leora Bilsky & Talia Fisher, *Rethinking Settlement*, 15 THEORETICAL INQ. L. 77 (2014); Leora Bilsky, *Transnational Holocaust Litigation*, 23 Eur. J. Int'l L. 349 (2012).
- ראו מאמרו של סיטבון, לעיל ה"ש 23. 54