

## תובענות ייצוגיות ותובנות חברתיות מקומה המתחזק של החברה האזרחית במשפט הפרטי בישראל

מאת

עלי בוקשפן\*

כוחה של החברה האזרחית בישראל ניכר בשנה החולפת בצורה חסרת תקדים בשאלות יסוד חברתיות. באופן אנלוגי משהו, ניכרת בשנים האחרונות בישראל גם מעורבות אזרחית וקבוצתית בשאלות חברתיות וציבוריות בתחומי המשפט האזרחי באמצעות מנגנון התובענות הייצוגיות, מעורבות אותה ניתן להמשיל למעין "הפגנה משפטית".

מספרן הניכר – באופן אבסולוטי אך גם יחסי בהשוואה לעולם – של תובענות ייצוגיות המוגשות בישראל מידי שנה, על ידי קבוצות תובעים בעלי אינטרסים משותפים בתחומים מגוונים (דוגמת נושאי צרכנות, הגנת הסביבה, שוויון על היבטיו השונים, זכויות עובדים, תחרות כלכלית, בנקאות, ביטוח ועוד) משקף תופעה החורגת מניתוח משפטי גרידא. מאמר זה צועד צעד קטן בהתבוננות על תחום מאתגר זה וסוקר – בצורה איכותנית באמצעות פסיקה שניתנה בשנים האחרונות – את עמדתם האוהדת של בתי המשפט ביחס ליעדים החברתיים והמעין רגולטוריים הרחבים הטמונים בתובענות הייצוגיות בישראל, עמדה אשר מסייעת להעצמת תפקידה של החברה האזרחית בהטמעתן האפקטיבית של נורמות התנהגות הוגנות וראויות בישראל.

א. מבוא ♦ ב. על התובענה הייצוגית כאמצעי לשינוי והטמעת ערכים חברתיים וכלכליים ♦ ג. מעמדה החברתי והציבורי של התובענה הייצוגית בראי הפסיקה בשנים האחרונות; 1. עניין גבעת עמל – מחלוקת פוסקים; 2. זכויות צרכנים ותחרות חופשית; (א) עניין סופר-דוש; (ב) עניין מיטב דש; (ג) עניין גפניאל, עניין נזרי ועניין נאור; 3. דיני איסור ההפליה; עניין לניאדו ועניין איזובר; 4. מעמדה המעין רגולטורי של התובענה הייצוגית בראי הפסיקה; עניין דנ"א זליגמן ♦ ד. סיכום.

\* פרופסור חבר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן ועד לאחרונה יו"ר הקרן למימון תובענות ייצוגיות במשרד המשפטים. תודות לעו"ד ליה בוקשפן, עו"ד לירן חשין-ברוש, עו"ד ליאור פרנק, נועה רחום, ועו"ד ליאור ששון. הדעות המובעות במאמר משקפות את עמדתי האישית בלבד.

The class suit is a reflection of our growing awareness that a host of important public and private interactions – perhaps the most important in defining the conditions and opportunities of life for most people – are conducted on a routine or bureaucratized basis and can no longer be visualized as bilateral transactions between private individuals. From another angle, the class action responds to the proliferation of more or less well-organized groups in our society and the tendency to perceive interests as group interests, at least in very important aspects.<sup>1</sup>

## א. מבוא

בזמן ששורות אלו נכתבות, מצויה החברה הישראלית בצומת ביטחוני, חברתי וחוקתי קריטי שלא נראה כמותו ב-76 שנות קיומה של המדינה. שיח ער וסוער מתקיים בין רשויות השלטון המסורתיות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – אך לא פחות מכך ואולי אף יותר, הוא מתרחש, ולמצער התרחש עד השבעה באוקטובר 2023, במסגרתה של החברה האזרחית עצמה ובכיכרות הערים. באופן אנלוגי משהו, החברה האזרחית בישראל תוססת בשנים האחרונות גם בעולם המשפט, כפי שניתן לראות בשימוש המתגבר במנגנון התובענה הייצוגית. מנגנון זה, המייצג באופן מצטבר ציבור רחב, מהווה מעין "הפגנה משפטית" כפי שניתן ללמוד מהמספר השנתי הממוצע הרב של תובענות ייצוגיות, 1,500 במספר, שהוגשו בישראל בחמש השנים האחרונות.<sup>2</sup> נראה שלא בכדי כונתה ישראל "שיאנית התובענות הייצוגיות".<sup>3</sup>

שורשיה של התובענה הייצוגית בישראל נטועים כבר בשנות ה-60 של המאה הקודמת, בעניין פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה.<sup>4</sup> עם זאת, ההסדרה המשמעותית של תובענה זו נעשתה רק בשנת 2006, עת נחקק בישראל חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 (להלן: החוק) שקבע הסדרים חדשים וכוללניים להגשתן ולניהולן של תובענות ייצוגיות, ואשר החליף את ההסדר הבלתי ממצה שהתקיים עובר לחקיקתו. חוק זה פתח את הדלת לשינוי דרמטי בעולמן של התובענות הייצוגיות בישראל.<sup>5</sup> ככל

1 Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281, 1291 (1976).

2 משרד המשפטים דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 6 (2023).

3 משה גורלי "ישראל היא שיאנית התביעות הייצוגיות" כלכליסט (20.11.2017).

4 ע"א 86/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (1969).

5 אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 57 (2017). קודם לחקיקת החוק, הוסדרה התובענה הייצוגית בשורה של חוקים והסדרים ספציפיים. חוקים ספציפיים אלה כללו הוראות וקריטריונים למצבים בהם תתאפשר הגשת תובענה ייצוגית באותו תחום, למשל: ס' 19 נד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1998, ס' 11 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו–1996; להרחבה ראו ע"א 10085/08 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' ראבי, פס' 21 (נבו) 4.12.2011.

שניתן לשפוט את "הצלחתו" של החוק החדש על פי מספרן של התובענות הייצוגיות המוגשות, הצלחה זו פנומנלית: מספר הבקשות לאישור תובענה כייצוגית נמצא בישראל במגמת עלייה מתמשכת, מעל ומעבר למגמות הכלליות במספרם של כלל התיקים האזרחיים המוגשים, אשר מאופיינות ביציבות יחסית. כך, כפי שעולה ממחקר אמפירי שנערך בשנים 2006–2012, בעוד שבשנת 2007, מיד לאחר שנחקק החוק, הוגשו 28 בקשות לאישור תובענות כייצוגיות, בשנת 2010 עלה מספר זה לכ-335 בקשות, ובשנת 2012 הוא טיפס לכ-820.<sup>6</sup> בארבע השנים 2012–2015 הוגש מספר חסר תקדים של כ-5,300 תובענות ייצוגיות, וזאת לעומת כ-2,000 בקשות שהוגשו בשש השנים שקדמו להן,<sup>7</sup> ובחמש השנים האחרונות הוגשו בממוצע כ-1,500 תובענות ייצוגיות בשנה.<sup>8</sup> אכן, עלייה כבירה זו בכמות התובענות הייצוגיות בישראל אין משמעה בהכרח וכשלעצמה הוכחה לחשיבותן ולתועלתן, ובמיוחד נוכח הממצאים המראים כי חלק ניכר מתביעות אלו מסתיים בפשרה או הסתלקות ורק מיעוטן מאושר על ידי בית המשפט. יתר על כן, לא רק שהליך ההסתלקות הוא התוצאה הדומיננטית בתובענות אלו, בקרב התביעות הייצוגיות שמוגשות מצויות תביעות סרק רבות או כאלו שלא גרמו לנזק לקבוצה התובעת או נזק מזערי בלבד וכאלו שמוגשות באופן סדרתי ו/או כאלו שמוגשות על ידי תובעים סדרתיים.<sup>9</sup>

במאמר קודם, "תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעתיד התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכוכית מגדלת",<sup>10</sup> הודגשה חשיבותה החברתית, הציבורית והחוקתית הפוטנציאלית של התובענה הייצוגית נוכח התעצמות מעמדן והשפעתם של תאגידי בעידן הנוכחי.<sup>11</sup> במאמר הנוכחי אבקש לבחון – באמצעות ניתוחה של פסיקה מעודכנת שניתנה בעיקרה בשנים האחרונות ולאחר פרסומו של המאמר הקודם<sup>12</sup> – את השאלה עד כמה הדין הישראלי מכיר בחשיבותה

6 ראו קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709, 725 (2016).

7 הפער מלמד כי בארבע השנים 2012–2015 הוגשו 250% יותר תובענות מאשר בשש השנים שקדמו להן. ראו אסף פינק "חוק תובענות ייצוגיות – סיכום עשור" (הרצאה שנישאה במסגרת הכנס השנתי השישי לתובענות ייצוגיות, מרכז הלכה למעשה, 5.1.2016), הנתונים נגישים בכתובת [knowit.org.il/Uploads/Documents/asaf\\_schar.pdf](https://www.knowit.org.il/Uploads/Documents/asaf_schar.pdf).

8 דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, לעיל ה"ש 2, בעמ' 6.

9 אלעד אופיר **תובענות ייצוגיות בישראל** כו (2017). להרחבה על התובע הסדרתי ראו גיא יצחק סנדר, גיא אלון ומוראד ח'ליליה "האוכף האזרחי – על התובע הסדרתי המשתמש בתובענה הייצוגית ככלי לשינוי חברתי" **משפט ועסקים** כח 53 (2023); לפסק דין אשר מבקר את תופעת ה"תביעות המשוכפלות" בתובענות ייצוגיות אשר עוסקות בהנגשה של אתרי אינטרנט, תוך קביעה כי נדרשת פנייה מוקדמת טרם הגשת הבקשה, ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 52621-07-23 **בן אור נ' אביב בית השקעות בע"מ** (נבו 22.1.2024).  
10 עלי בוקשפן "תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכוכית מגדלת" **משפט ועסקים** כד 111 (2021) (להלן: **המאמר הקודם**).

11 שם.

12 ע"א 3283/21 **עיריית תל אביב יפו נ' תנועת אומ"ץ – אזרחים למען מינהל תקין** (נבו 3.4.2022) (להלן: **עניין גבעת עמל** (עליון)); ת"צ (מחוזי ת"א) 29851-04-16 **תנועת אומ"ץ – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' רשות מקרקעי ישראל** (נבו 4.4.2021) (להלן: **עניין גבעת עמל** (מחוזי)); ע"א

החברתית הפוטנציאלית של התובענה הייצוגית ומעורר אותה גם ביחס ליעדים חברתיים ומעין רגולטוריים רחבים יותר. חלק ניכר מפסיקות אלו מוקדש לדיני הגנת הצרכן, דינים המזוהים עם תרומותיו למשפט הישראלי של חתן כרך זה, פרופ' סיני דויטש, אשר היטיב לתאר כיצד חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 הפך "לבן בית בבתי המשפט" באמצעות התובענות הייצוגיות. כך היה הדבר בטרם נחקק החוק,<sup>13</sup> וכך שבעתיים כיום, לאחר חקיקת החוק.<sup>14</sup> התובענות הצרכניות עוסקות אומנם בראש ובראשונה בזכויותיהם של הצרכנים התובעים, אך חשיבותן החברתית והציבורית בעידן המודרני מתגברת והולכת נוכח חוסר השוויון המאפיין עסקאות אלו והשלכתן על חתכים ניכרים באוכלוסייה ועל שאלות חברתיות וכלכליות אשר מביאים את בתי המשפט לתת משקל וביטוי בהקשרים אלו "לעקרונות היסוד של השיטה וערכיה הבסיסיים", ביניהם עקרון תום הלב, ההגינות, היגיון והאמון בין המתקשרים.<sup>15</sup>

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: חלקו הראשון יביא סקירה קצרה של הליך התובענה הייצוגית והתפתחותו ההיסטורית תוך התייחסות ליעדים החברתיים הפוטנציאליים הטמונים בו. חלקו השני יוקדש לניתוחה של פסיקה עדכנית בתחום התובענות הייצוגיות אשר עוסקת בקידום של ערכים ציבוריים וחברתיים באמצעות תובענות ייצוגיות בישראל. הפסיקה שתובא עוסקת בשלבים שונים ב"חייחן" של התובענות הייצוגיות, דוגמת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, פשרה והסתלקות ופסק דין סופי, וכפי שנראה, ניתן ללמוד ממנה על קו יציב ועקבי למדי ביחס לעמדה שיפוטית אוהדת המנומקת בייעודן החברתי הפוטנציאלי של התובענות הייצוגיות. חלק זה של המאמר יעסוק גם בהיבט

8336/17 ראובן נ' סופר-דוש בע"מ (נבו 15.5.2022) (להלן: עניין סופר-דוש (עליון)); ע"א 7771/21 מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ נ' גרינברג (נבו 3.7.2023) (להלן: עניין מיטב דש (עליון)); ת"צ (מחוזי ת"א) 1248/19-12 גרינברג נ' מיטב דש (נבו 25.8.2021) (להלן: עניין מיטב דש (מחוזי)); רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל (נבו 26.7.2022) (להלן: עניין גפניאל (עליון)); ת"צ (מחוזי מ"ר) 6179-08-16 גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (נבו 16.1.2019) (להלן: עניין גפניאל (מחוזי)); ת"צ (מחוזי מ"ר) 35507-06-14 ניזרי נ' נובל אנרגי מדיטרניאן לימיטד (נבו 8.6.2021) (להלן: עניין ניזרי (מחוזי)); ע"א 6457/21 ניזרי נ' נובל אנרגי מדיטרניאן לימיטד (נבו 9.1.2023) (להלן: עניין ניזרי (עליון)); ע"א 4120/20 אופיר נאור עו"ד נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל (נבו 20.3.2023) (להלן: עניין נאור (עליון)); רע"א 9128/17 בית חולים לניאדו נ' פלונית (נבו 18.7.2022) (להלן: עניין לניאדו עליון). ת"צ (מחוזי מ"ר) 13451-09-15 פלונית נ' בית חולים לניאדו (נבו 23.10.2017) (להלן: עניין לניאדו (מחוזי)); רע"א 5070/21 איזובר בתי קפה בע"מ נ' שרגני (נבו 27.7.22) (להלן: עניין איזובר (עליון)); ת"צ (מחוזי מ"ר) 63471-12-17 שרגני נ' איזובר בתי קפה בע"מ (נבו 2.6.2021) (להלן: עניין איזובר (מחוזי)); ת"א (מחוזי ת"א) 26994-08-18 בכר נ' איי פאב בע"מ (נבו 13.1.2020) (להלן: עניין זליגמן); רע"א 97786/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו 4.7.2021) (להלן: עניין זליגמן); רע"א 5148/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו 31.5.2018) (להלן: עניין זליגמן נושא הדין הנוסף). לפסקי דין אלו ניתן להוסיף נוספים, דוגמת בג"ץ 5148/18 שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 11.7.2022).

13 סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ 299 (2004).

14 כשני שליש מהתובענות הייצוגיות הן תביעות צרכניות נגד עוסק: אופיר, לעיל ה"ש 9, בעמ' כז.

15 עניין סופר-דוש (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 38 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

חברתי ציבורי נוסף של התובענות הייצוגיות, הוא השימוש המעין רגולטורי הטמון בהן, אשר מסביר אף הוא את עמדתו האוהדת של המשפט בישראל למנגנון זה. החלק השלישי יסכם.

## ב. על התובענה הייצוגית כאמצעי לשינוי והטמעת ערכים חברתיים וכלכליים

התובענה הייצוגית משמשת בראש ובראשונה מכשיר דינוני לאיחוד ולניהול של תביעות מרובות. עם זאת, תפקידה אינו מתמצה רק בכך וטמון בה גם פוטנציאל רב עוצמה לקידום של אינטרסים מהותיים ומשמעותיים נוספים,<sup>16</sup> כפי שהובהר במפורש כבר בדברי ההסבר להצעת החוק.<sup>17</sup> התובענה הייצוגית אמורה לקדם בו זמנית שני אינטרסים: האינטרס של הציבור והאינטרס של הפרט.<sup>18</sup> אינטרסים אלה מעוגנים כיום בסעיף 1 לחוק, אשר מצביע על ארבע המטרות המרכזיות שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות התובענה הייצוגית: מימוש זכות הגישה לערכאות; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; וניהול יעיל, הוגן וממזה של התביעות.<sup>19</sup> בעוד התכלית הראשונה והשלישית – זכות הגישה לערכאות ומתן סעד הולם לנפגעים – מיועדות בעיקרן לקידום האינטרס של הפרט, התכלית של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו, כמו גם התכלית הנוגעת בניהול יעיל של התביעות, נטועות יותר בעולמו של האינטרס הציבורי.

על אף שניתן לטעון שהתובענה הייצוגית נובעת לרוב מאינטרס אישי של עשיית רווח מצד התובע המייצג, אך לא רק שהאינטרס הציבורי הטמון בתובענה לא נעלם עקב כך, אלא הוא אף מוגשם בעזרת תמריץ זה.<sup>20</sup> התובע הייצוגי משמש מעין זרז, אשר אלמלא יוזמתו לא היו מובאים לפני שעריו של בית המשפט מקרים הראויים להתברר כתובענות ייצוגיות. באמצעותו של התובע, כמעין "רובין הוד" דינוני, מוגשמות המטרות הציבוריות השונות העומדות בבסיסו של מכשיר זה. עם זאת, קיומם של אינטרסים אישיים העלולים לפגום בטיבו של ההליך אינם נעלמים מעיני המחוקק, ובתי המשפט פועלים לפיקוח על השימוש במכשיר התובענה הייצוגית, מסדירים אותו ומונעים שימוש אישי בלתי ראוי וסחטני

16 פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 65.

17 "ההליך הייצוגי נחזה לאו דווקא כהסדר דינוני של ניהול תביעות, אלא בראש וראשונה ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים. חלק ניכר מהשינויים שנעשו בחוק המוצע משקפים תפיסה זו". דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, ה"ח הממשלה 256, 257.

18 דויטש, לעיל ה"ש 13, בעמ' 301–302.

19 מלבד המטרות הקבועות בס' 1 לחוק, שאינן מהוות רשימה סגורה, קיימות מטרות נוספות שיכולות להיתפס כחשובות לא פחות. עם מטרות אלה ניתן למנות, למשל, את שלילת רווחי המפר ומניעת עשיית עושר ולא במשפט, קידום נורמות של הגינות ויושר דוגמת אתיקה מסחרית, קידום עקרונות השוויון, קידום ערך החירות, קהילתניות וקידום העיקרון של צדק חלוקתי. ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 81–94.

20 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006" הפרקליט מט 131 (2006); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 372 (2012).

במכשיר זה, אשר אינו מקדם את טובת הקבוצה המיוצגת, וממילא אינו משרת את תכליותיה של התובענה הייצוגית.<sup>21</sup>

המחוקק לא הגדיר אחת מבין המטרות המנויות בסעיף 1 לחוק כעליונה על האחרות. באופן דומה, גם פסיקת בתי המשפט לאורך השנים אינה יוצרת מדרג ברור שיכול ללמד על תכלית עיקרית אחת מבין הארבע שהמחוקק מפרט. אדרבה, לרוב כל התכליות בחוק מוזכרות כבעלות משקל שווה, ובית המשפט מדגיש תכלית כזו או אחרת באופן קזואיסטי בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה.<sup>22</sup> עם זאת, למן חקיקת החוק ניתן לשמוע בפסיקותיו של בית המשפט רטוריקה – אשר תודגם במאמר זה – המדגישה את התכליות הציבוריות של החוק.<sup>23</sup> הסבר אפשרי לכך יכול להיות, ברוח הנטען במאמר הקודם, הלחולם והשפעתם המתגברת של שיקולים ציבוריים בשיח המשפט הפרטי, במיוחד לאורה של

21 אחת הדרכים שבהן הדין מסדיר פער מצוי זה בין האינטרס האישי של התובע המייצג ובא כוחו ובין האינטרס של הקבוצה המיוצגת היא בעת פסיקת גמול ושכר טרחה. כך, אחד השיקולים שהחוק דורש מבית המשפט לשקול בעת פסיקת שכר טרחה לעורך הדין של הקבוצה וגמול לתובע המייצג הוא "מידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית" (ס' 22(ב)(3) ו-23(ב)(3) לחוק). נושא זה יכול למצוא את מקומו גם בבוא בית המשפט לשקול אם לאשר תובענה ייצוגית, ובמיוחד בדרישה הקבועה בס' 8(א)(4) לחוק כי ימצא ש"קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב".

22 דוגמאות לכך ניתן למצוא בכמה פסיקות שקדמו לחקיקת החוק, ביניהן רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ**, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996) ("ביסוד התובענה הייצוגית מונחים שני שיקולים מרכזיים: האחד, הגנה על אינטרס הפרט באמצעות מתן תרופה ליחיד שנפגע. אותו יחיד, ברוב המקרים, אינו טורח להגיש תביעה. לעתים בא הדבר בשל כך שהנזק שנגרם לאותו יחיד הוא קטן יחסית... השיקול השני עניינו אינטרס הציבור. ביסוד אינטרס זה מונח הצורך לאכוף את הוראות החוק שבגדריו מצויה התובענה הייצוגית. לתובענה הייצוגית ערך מרתיע"); וכן רע"א 2967/95 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ**, פ"ד נא(2) 312, 322–323 (1997) ("לתובענה הייצוגית משמעות כלכלית וחברתית גדולה ביותר... יש בה כדי להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח להגיש תביעה; יש בה אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית; יש לה ערך מרתיע מפני הפרת החוק"). דברים דומים נאמרו לאחר מכן ברע"א 8268/96 **רייכרט נ' שמש**, פ"ד נה(5) 276, 288 (2001).

23 ראו, למשל, רע"א 345/03 **רייכרט נ' יורשי שמש**, פס" 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 7.6.2007): "התובענה הייצוגית נועדה לשרת את אינטרס הפרט על-ידי מתן תרופה לנזקו. היא נועדה להקנות סעד לחברי הקבוצה התובעת... עם זאת... מרכז הכובד הוא באינטרס הציבורי, החותר להרתיע גופים כלכליים מפני הפרת החוק והמבקש לקדם אכיפתן של נורמות התנהגות ראויות". כן ראו את דבריו של השופט ג'ובראן בע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ**, פ"ד סז(1) 410, 515 (2014): "התובענה הייצוגית שונה היא מתובענה רגילה. תובענה זו מקדמת גם ובעיקר אינטרס ציבורי שאינו מתמצה באינטרס הפרטי הרגיל של מרבית התובענות האחרות. עניינו של האינטרס הציבורי הוא חשיבות צרכנית או חברתית בבידור התביעות והרתעה מפני הפרת חוק. התובענה הייצוגית נחשבת למכשיר משפטי חשוב של אכיפה ורגולציה פרטית, ותומכת לקידום שלטון החוק בתחומים הסובלים מתת אכיפה היא רבה". אמירה דומה, ביחס להוראת ס' 20(ג) לחוק, עלתה בע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי**, פס" 59 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 4.12.2011): "בכך הביע המחוקק את דעתו כי התכליות הציבוריות שאותן נועד מוסד התובענה הייצוגית לשרת ושעליהן עמדנו בהרחבה לעיל אינן נופלות בחשיבותן מן התכליות הפרטיות ועל כן יש לחתור להגשמתן של תכליות ציבוריות אלה גם כאשר לא ניתן בשל קשיים כאלה ואחרים להוכיח את מצרף הנזקים האינדיבידואליים המדויק שנגרם לקבוצה ולקיים מתאם בין ציבור הניזוקים לציבור המפוצים".

המגמה הכללית במשפט לפעול לריסון הולך ומתגבר של התאגידים, שהם גם הנתבעים השכיחים ביותר בהליכי התובענה הייצוגית.<sup>24</sup>

הגישה הציבורית והפרו-חברתית העומדת בבסיסו של החוק נשמעת גם מדברי המלומדים, הגורסים כי התכלית של מתן סעד הולם לנתבע – אותה תכלית שלכאורה משרתת בעיקר את האינטרס האישי של הקבוצה המיוצגת – אינה עיקרית בהליך זה.<sup>25</sup> כמו כן היא עולה מהסדריו הספציפיים של החוק. נקודה זו הובהרה במאמר הקודם אשר דן בקרן למימון תובענות ייצוגיות שכוננה בסעיף 27 לחוק על מטרתה החברתית והציבורית המוצהרת. עם זאת, וגם ללא קשר לקרן האמורה, ניתן להפנות את תשומת הלב להוראת החוק שלפיה בקביעת שכר הטרחה לעורך הדין של הקבוצה או בקביעת הגמול לתובע המייצג, כאשר התובענה צולחת, יש לשקול את "מידת החשיבות הציבורית של

24 ראו פס' 7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 3126/00 **מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ**, פ"ד נז(3) 220, 236 (2003): "החיים המודרניים מזמנים לנו חדשות לבקרים התפתחויות חברתיות וכלכליות שבמהלכן צמחו גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח המרכזים בידם ייצור, תעשייה ושירותים לצריכה המונית. 'האדם הקטן' מפתח תלות באותם גופים, שאת מוצריהם או שירותיהם הוא צורך, ונחשף לאפשרות להיפגע ישירות מפעילותם. נוצר חוסר שוויון בין מעטים – שהשליטה במשאבים מרוכזת בידיהם – לבין מי שנתון לשליטה זו ללא יכולת של ממש להגן על עצמו ועל האינטרסים שלו. תיקון חלקי של מצב זה ניתן לעשות על-ידי הכרת המשפט בכלי התובענה הייצוגית". גם בית המשפט העליון בקנדה עמד על חשיבותו של מכשיר התובענה הייצוגית בעידן הנוכחי: "The class action plays an important role in today's world. The rise of mass production, the diversification of corporate ownership, the advent of the mega-corporation, and the recognition of environmental wrongs have all contributed to its growth... The class action offers a means of efficiently resolving Western Canadian Shopping Centers v. **ראו** such disputes in a manner that is fair to all parties" Dutton, [2001] 2 S.C.R. 534, 548–549 (Can.)

25 **ראו, למשל**, Kerry Barnett, Note, *Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*, 96 YALE L.J. 1591 (1987); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343 (1995) **ראו** Myriam Gilles & Gary B. Friedman, *Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, 155 U. PA. L. REV. 103, 105–106 (2006) **אשר סוברים כי** "The most critical and controversial feature of this argument is that compensation is not really an important goal in small-claims class actions... We must also do the easy (or at least intuitive) work of showing that the deterrence of corporate wrongdoing is what we can and should expect from class actions". דעה זו עלתה גם בכמה פסיקות של בתי המשפט. **ראו** את דברי השופטת חיות בעניין **תנובה**, לעיל ה"ש 23, פס' 50: "...האינטרס הדומיננטי מבין האינטרסים העומדים ביסוד ההליך והתכלית העיקרית שאותה אנו שואפים להגשים מתמקדים בהשגת הרתעה יעילה ואפקטיבית מפני הפרת החוק וזכויות הצרכנים על ידי העוסק...". **כן ראו** ע"ע 2978/13 **מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ נ' יונס**, פס' יז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו) 23.7.2015: "עינינו הרואות, כי בעיצובו של חוק זה שיווה המחוקק לנגד עיניו מטרת ציבוריות מובהקות באופיין. אכן, מצויה ביניהן גם מטרת מתן סעד הולם לפלוני שנפגע מהפרת דין, דבר שבדאי יש לראותו כבעל אופי פרטי, הממוקד בפניו האישי לכל תובע בנפרד (אף כי ניתן גם לראות בכך עקרונית הגשמה של האינטרס הציבורי להגינות וכיבוד הדין). ואולם, החוק מיצב את הליך התובענה הייצוגית בראש וראשונה כמכשיר חברתי וכלכלי רב עוצמה...".

התובענה הייצוגית".<sup>26</sup> אופייה הציבורי של התובענה הייצוגית נשמע גם מגישתו המרחיבה של החוק בכל הנוגע בהשתתפותם של גורמים ציבוריים שונים בהליך ובייזומו. בעוד שלפני חקיקת החוק הגורם הבלעדי שהיה זכאי להגיש תובענה ייצוגית היה אדם יחיד עם עילה לתביעה שהייתה משותפת לו ולקבוצה,<sup>27</sup> סעיף 4(א) לחוק מונה גורמים ציבוריים שונים, כגון רשות ציבורית או ארגון בעל מטרות ציבוריות,<sup>28</sup> הרשאים גם הם להגיש תובענות ייצוגיות בהתקיים תנאים מסוימים. חידוש משמעותי נוסף בחוק הוא מתן האפשרות לגורמים ציבוריים, באישור בית המשפט, להשתתף בדיונים בתובענה ייצוגית שלא הם יזמו.<sup>29</sup> כך, גורמים ציבוריים מעורבים לעיתים בהסדרי פשרה, וזאת כדי למנוע את ניצול הפשרה לטובת התובע-המייצג, בא כוחו והנתבע על חשבון טובתם של חברי הקבוצה.<sup>30</sup> המסקנה המתבקשת היא כי הלכה למעשה, בצד כלל התכליות המנויות בחוק, הרוח המרכזית המרחפת מעל החוק מדגישה את האינטרס הציבורי הטמון במכשיר התובענה הייצוגית – אינטרס אשר מתבטא בעיקרו באכיפת הדין ובהרתעה מפני הפרתו. דרך תכלית זו ניתן להביא לידי "שיפור ההגנה על זכויות", כלשון סעיף 1 לחוק, ולהוביל לשינוי בהתנהגותם של גופים מפרי חוק, אשר לא היו מפנימים את נזיקתם בצורה מספקת אלמלא התובענה הייצוגית. מן הכיוון האחר התובענה הייצוגית מסייעת לעורר את ציבור הנפגעים מאדישותו הרציונלית, ללכד אותו ולמנף את הכוח המשותף הטמון בו. עם זאת, האינטרסים הציבוריים הטמונים בתובענה הייצוגית אינם מתמצים בנוסח החוק, אלא מתחזקים ונשמעים, הלכה למעשה, גם בפסיקות משמעותיות שניתנו בשנים האחרונות בעולמן של התובענות הייצוגיות, ואשר עליהם אעמוד בחלק הבא. כאמור, באופן ציורי ניתן לדמות את התובענה הייצוגית ל"הפגנה" משפטית שבה נשמע קולו של הציבור – קול ציבורי ואפקטיבי ששיניים משפטיות בצידו. ככזו, התובענה הייצוגית טומנת בחובה פוטנציאל לקידום תהליכי עומק חברתיים, כפי שניתן ללמוד מהסדריו הפרטניים של החוק בישראל,<sup>31</sup> כמו גם מהניסיון במשפט האמריקני, אשר שימש מקור השראה להסדר הישראלי בתחום התובענות הייצוגיות.<sup>32</sup> השימוש בתובענה הייצוגית כמכשיר לשינוי חברתי לא רק שאינו זר למשפט האמריקני,<sup>33</sup> אלא שיש אף כאלה הסבורים כי המניע העיקרי

26 ס' 22(ב)3 ו-23(ב)3 לחוק.

27 ראו, למשל, עניין רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 24, בעמ' 238–239 ו-278.

28 "רשות ציבורית" כהגדרתה בחוק, היא אחד משלושת הגופים המנויים בתוספת הראשונה לחוק: נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ונציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה.

29 ס' 15 לחוק.

30 ס' 18 לחוק; סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006" עלי משפט ו 7, 20–21 (2007).

31 ראו את הדיון בפרק הראשון ובפרק הרביעי במאמר הקודם.

32 גולדשטיין, לעיל ה"ש 30.

33 בהקשר זה חשוב להדגיש היבט מהותי שמייחד את התובענה הייצוגית בארצות הברית, והוא תדירות השימוש הגבוהה בתקנה 23(b)(2) ל-Federal Rules of Civil Procedure (להלן: Fed. R. Civ. P.). לפי תקנה זו, ניתן להגיש תביעה ייצוגית לסעד הצהרתי או לצו מניעה – סעדים שמתאימים באופיים לעילות מכוח המשפט החוקתי והמשפט המנהלי. בישראל, אף שהחוק אינו שולל את האפשרות לתבוע סעדים שאינם כספיים במסגרת תובענה ייצוגית, בפועל רק בקשות מעטות מאוד מהבקשות לאישור תובענות

לתיקון הנרחב שנעשה בשנת 1966 לתקנה 23 לתקנות סדרי הדין הפדרליות<sup>34</sup> נבע מהשינויים החברתיים שהתרחשו בארצות הברית באותה עת, מהעלייה בהכרה בחשיבותן של זכויות האזרח ובכוחן של תנועות חברתיות,<sup>35</sup> ומהתגבשותם של האמצעים הדיוניים שנדרשו לשם אכיפה אפקטיבית של זכויות של קבוצות אשר לא יכלו לממש את זכויותיהן כפרטים באמצעות מערכת המשפט.<sup>36</sup> אין פלא, אפוא, שהתובענה הייצוגית יכולה לשמש דוגמה מובהקת לשימוש האפשרי בהתדיינות האזרחית לצורך קידומן של רפורמות ציבוריות, כפי שנטען במאמרו האייקוני של Chayes על "Public Law Litigation", אשר הציף את השימוש האפשרי בהתדיינות אזרחית וייצוגית לצורך השפעה על נושאים חברתיים וקבוצתיים (מעבר להסדרה המסורתית של סכסוכים בין פרטים בחברה).<sup>37</sup> התבוננות זו, המדגימה את יכולתו של ההליך האדוורסרי לקדם רפורמות חברתיות מן המעלה הראשונה,<sup>38</sup> מתחדדת לנוכח עיסוקם של בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית בנושאים מרכזיים שעל סדר היום הציבורי באמצעות תובענות ייצוגיות.

בהקשר זה יהיה נכון לפרוש בקצרה את תהליך התפתחותה של התובענה הייצוגית. כפי שהראה ברק אתירם,<sup>39</sup> בתחילת דרכה, ולהבדיל מן המקובל כיום, שימשה התובענה הייצוגית כלי במאבקן של קבוצות מוחלשות, ביניהן הקהילה האפרו-אמריקנית ומעוטי יכולת כלכלית, וכבר בכך הדגימה את הכוח הטמון בהתדיינות משפטית להטמעתן ולעיצובן של נורמות לא רק באמצעות המוסדות הציבוריים המסורתיים, דוגמת בית המחוקקים והממשלה.<sup>40</sup> דוגמאות לכך היו שורה של תובענות

- כייצוגיות פונות לאפיק זה. להרחבה ראו Alon Klement & Robert Klonoff, *Class Actions in the United States and Israel: A Comparative Approach*, 19 THEOR. INQ. LAW 151 (2018); סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" **משפטים** ט 416, 419 (1979). Fed. R. Civ. P. Rule 23 34
- תקנה 23 שצוינה לעיל הותקנה בשנת 1938 ועיגנה את התובענה הייצוגית המודרנית המוכרת כיום בארצות הברית. ברם, ההסדר שבתקנה לא הצליח לספק מענה הולם למספר סוגיות שהתובענה הייצוגית מעוררת, ולכן מונתה ועדה מיוחדת לניסוחה מחדש. להרחבה על תקנה זו ועל ניסוחה מחדש, ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 29–31. לעניין זה ראו גם DEBORAH R. HENSLER ET AL., CLASS ACTIONS DILEMMAS: PURSUING PUBLIC GOALS FOR PRIVATE GAIN 12 (RAND Corp. 2000) available at [www.jstor.org/stable/10.7249/mr969icj.1](http://www.jstor.org/stable/10.7249/mr969icj.1); JOHN P. FRANK, *Response to 1996 Circulation of Proposed Rule 23 on Class Actions*, in 2 WORKING PAPERS OF THE ADVISORY COMMITTEE ON CIVIL RULES ON PROPOSED AMENDMENTS TO CIVIL RULE 23 264–282 (1997).
- ברק אתירם "תובנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית" **משפט וממשל** כ 47 (2019). Chayes, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1291 (הציטוט שהובא בפתח המאמר). 37
- Lesley K. McAllister, *Revisiting a "Promising Institution": Public Law Litigation in the Civil Law World*, 23 GA. ST. U. L. REV 693, 693–694, 700–702 (2012). דברים דומים נאמרו גם על ידי נשיאת בית המשפט העליון אסתר במאמר שפירסמה, ראו אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935, 937 (2016). 38
- אתירם, לעיל ה"ש 36. 39
- לספרות ענפה אשר דנה בהשלכות של התדיינות משפטית, לרבות דרך מכשיר התובענה הייצוגית, לצורך השגת תפוקות פוליטיות ראו, למשל, Neal Milner, *The Dilemmas of Legal Mobilization: Ideologies and Strategies of Mental Patient Liberation Groups*, 8 LAW & POL'Y 105 (1986); Bryant G. Garth, 40

ייצוגיות בשנות ה-70 אשר מכונות "Hill-Burton Cases".<sup>41</sup> תובענות אלה הוגשו נגד בתי חולים פרטיים בארצות הברית שקיבלו סיוע כספי מהממשלה מכוח Hill-Burton Act,<sup>42</sup> ונטען בהן כי קבלת סיוע כספי כאמור מטילה על בתי החולים את החובה לספק שירות רפואי ללא תשלום למעוטי יכולת כלכלית. בעקבות תובענות אלה הותקנו תקנות וכללים אשר חייבו את בתי החולים לספק סיוע רפואי ללא תשלום לאותה אוכלוסיית מעוטי היכולת הכלכלית.<sup>43</sup>

דוגמה מובהקת נוספת לפוטנציאל החברתי הטמון במנגנון התובענה הייצוגית היא פרשת *Brown*.<sup>44</sup> פרשה מפורסמת זו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בארצות הברית על רקע מדיניות מורשתת במוסדות שונים בארצות הברית של הפרדה גזעית של האוכלוסייה האפרו-אמריקנית. מדיניות זו קיבלה גושפנקה משפטית עשורים קודם לכן בעניין *Plessy*,<sup>45</sup> שם קבע בית המשפט העליון בארצות הברית כי הפרדה על רקע גזעי במקומות ציבוריים היא חוקתית במסגרת דוקטרינת "נפרד אבל שווה" ("Separate but Equal").<sup>46</sup> נגד מדיניות זו הוגשו כמה תובענות ייצוגיות, ובית המשפט העליון מצא לבסוף במישור החוקתי כי מדיניות זו אינה חוקתית, באשר היא פוגעת בזכות לשוויון בהתאם לתיקון 14 לחוקת ארצות הברית.<sup>47</sup> לא בכדי הגדיר אותו הנשיא בדימוס אהרן ברוק כפסק הדין החשוב ביותר של בית המשפט האמריקני במאה ה-20.<sup>48</sup>

*Introduction: Toward a Sociology of the Class Action*, 57 IND. L.J. 371 (1982); P.A. Paul-Shaheen & Harry Perlstadt, *Class Action Suits and Social Change: The Organization and Impact of the Hill-National Association for the ) NAACP-* למשל, כך, *Burton Cases*, 57 IND. L.J. 385 (1982) (Advancement of Colored People) השתמשה במכשיר התובענה הייצוגית בצורה נרחבת בשנות ה-50 וה-60 של המאה הקודמת לצורך קידום זכויותיהם של אפרו-אמריקנים בארצות הברית, שם, בעמ' 387. 41 ראו Paul-Shaheen & Perlstadt, שם, בעמ' 395; 319 F. Supp. 603; *Cook v. Ochsner Found. Hosp.*, 319 F. Supp. 603 (E.D. La. 1970), 61 F.R.D. 354 (E.D. La. 1972), *aff'd*, 559 F.2d 968 (5th Cir.1977); *Corum v. Beth Israel Med. Ctr.*, 373 F. Supp. 550 (S.D.N.Y. 1974); *Lugo v. Simon*, 426 F. Supp. 28 (N.D. Ohio 1976); *Lugo v. Simon*, 453 F. Supp. 677 (N.D. Ohio 1978); *E. Ky. Welfare Right Org. v. Shultz*, 370 F. Supp. 325 (D.D.C. 1973), *rev'd*, *E. Ky. Welfare Rights Org. v. Simon*, 506 F.2d 1278 (D.C. Cir. 1974); *Vacated & remanded*, 426 U.S. 26 (1976); *Newsom v. Vanderbilt Univ.*, 453 F. Supp. 401 (M.D. Tenn. 1978). 42 Hill-Burton Act הוא חוק פדרלי שקרוי על שם של הסנאטורים שיזמו אותו, Harold Burton ו-Lister Hill (Hospital Survey and Construction Act, Pub. L. No. 79-725, 60 Stat. 1040 (1946)). החוק הוא תוצר של המאמצים לסבסוד פדרלי של הקמת בתי חולים ותפעולם לאחר מלחמת העולם השנייה. ראו Paul-Shaheen & Perlstadt, לעיל ה"ש 40, בעמ' 390. 43 Paul-Shaheen & Perlstadt, שם, בעמ' 390-391. 44 *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 347 U.S. 483 (1954). 45 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). 46 ראו Paul Finkelman, *Original Intent and the Fourteenth Amendment: Into the Black Hole of Constitutional Law*, 89 CHI.-KENT. L. REV. 1019 (2014). 47 תיקון 13 ותיקון 14 לחוקה עיגנו את ביטול העבדות ואת הזכות לשוויון זכויות לכל אדם ללא קשר לצבע עורו (U.S. Const. amend. XIV, XIII). ההחלטה אומנם לא הביאה באופן ישיר ומידי לביטול המדיניות המפלה, בייחוד במדינות הדרום בהן גם לאחר פסק הדין נקטו מדיניות מפלה נגד האוכלוסייה האפרו-אמריקנית, אך היא ממחישה את העוצמה של מכשיר התובענה הייצוגית ואת הפוטנציאל הטמון בו

שילוב פעילות משפטית ייצוגית עולה בדוגמה נוספת במאבקה החברתית-מחאתי של הקהילה האפרו-אמריקנית, היא פרשת *Browder*.<sup>49</sup> תביעה זו עסקה במדיניות ההפרדה הגזעית בתחבורה הציבורית בעיר מונטגומרי, אלבמה. התובעים, אשר ביקשו לתקוף את מדיניות ההפרדה הגזעית באוטובוסים העירוניים בהתבסס על תיקון 14 לחוקה האמריקנית, עשו כן באמצעות שימוש במכשיר התובענה הייצוגית. תובענה זו הסתיימה גם היא בביטולה של מדיניות ההפרדה הגזעית בתחבורה העירונית ובניצחון לקהילה האפרו-אמריקנית.<sup>50</sup>

הליכים ייצוגיים חברתיים בולטים נוספים בארצות הברית היו אלה שדנו בתביעות ההשבה של נפגעי פשעי הנאצים וכן עתירות נגד איסור ההפלות. התביעות הראשונות נדונו בספרה החשוב של ליאורה בילסקי *THE HOLOCAUST, CORPORATIONS, AND THE LAW*.<sup>51</sup> בילסקי מנתחת בספרה את תביעות ההשבה הייצוגיות שהובאו בשנות ה-90 לפני בתי משפט פדרליים בארצות הברית נגד בנקים שווייציים וחברות גרמניות להשבת כספים שמקורם בפשעי הנאצים – תביעות המכונות "Transnational Holocaust Litigation". תביעות אלה הסתיימו אומנם בהסדרי פשרה, בסכומים משמעותיים מבלי שהנתבעים נשאו באחריות משפטית, אולם אף על פי כן, לדבריה של בילסקי, אי אפשר להפריז בחשיבותן הציבורית, החברתית וההיסטורית. טענתה של בילסקי היא כי מעבר לחשיבותן הכבירה של תובענות אלה לנושא שנדון בהן, הן המחישו גם את התאמתן של תובענות ייצוגיות ככלל למימוש רפורמות מבניות ולמימוש אחריות המתאימה לטיבה הביורוקרטי של מעורבות תאגידית בהפרתן של זכויות אדם – יעדים שאי אפשר להשיגם בהליכים פליליים, בהיותם פרטניים מטבעם.<sup>52</sup>

לקידום ערכים חברתיים משמעותיים. ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 31. כך, למשל, במדינת ארקנסו שבדרום ארצות הברית אירע בשנת 1957 משבר, הידוע בשם "משבר ליטל רוק", על רקע האינטגרציה הצפויה של תלמידים אפרו-אמריקנים בבתי הספר הציבוריים במדינה בעקבות ההחלטה התקדימית בעניין *Brown*, לעיל ה"ש 44. מושל המדינה התנגד בתוקף לקיום אינטגרציה מעין זו, ורק לאחר התערבות של הממשל הפדרלי, בראשות הנשיא דווייט אייזנהאואר, נאכפה החלטת בית המשפט העליון. עם זאת, תקופה קצרה לאחר מכן התקבלה החלטה במדינת ארקנסו לסגור את בתי הספר הציבוריים במדינה, כדי למנוע את האינטגרציה האמורה. להרחבה ראו *Martha Minow, Surprising Legacies of Brown v. Board*, 16 WASH. U. J.L. & POL'Y 11, 14 (2004). 48  
ארי שביט "אהרן ברק, אזרח מודאג" הארץ (9.4.2008). 49  
*Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707 (M.D. Ala. 1956). 50  
אתירם, לעיל ה"ש 36. 51  
*LEORA BILSKY, THE HOLOCAUST, CORPORATIONS AND THE LAW* (2017). 52  
בילסקי טוענת בספרה כי תביעות השבה ייצוגיות אלה אפשרו להרחיב את המבט אל מעבר לפושעים האנושיים הפרטניים, לכיוונם של הארגונים אשר היו שותפים לדבר עבירה וסייעו להפרות שיטתיות וקיצוניות של זכויות אדם בתקופת השואה. היא מראה כיצד הצליחו תובענות אלה לבטל את החסינות דה פקטו של תאגידים מפני נשיאה באחריות בגין שימוש בעבודות כפייה, שוד וביזה בתקופת השואה, וזאת באמצעות הסרת מכשלות של זמן (התיישנות), מקום התרחשות וחולשתם של התובעים הפרטניים בזירה המשפטית. ראו שם, בעמ' 51.

לצד הליכים אלה ראוי להתייחס לפסק דין בולט נוסף בארצות הברית, *Roe v. Wade*, אשר החל במסגרת דיונית של תובענה ייצוגית והביא לידי שינוי בפירושן של נורמות חוקתיות.<sup>53</sup> פרשה ידועה זו החלה כתובענה ייצוגית שהוגשה נגד חקיקה של מדינת טקסס בארצות הברית שאסרה ביצוע הפלות, למעט במקרים חריגים של סכנה מוחשית לחיי האישה הנושאת את העובר. עם הקבוצה המיוצגת נמנו כל אותן נשים שביקשו לבצע הפלה ואשר בקשתן נדחתה לנוכח ההגבלה החוקית האמורה. בית המשפט העליון הכיר בזכות האישה לבצע הפלה כנגזרת של הזכות לפרטיות, תוך שהוא קובע כי חוקים המגבילים את יכולתה של האישה לבצע הפלה אינם חוקתיים. בשולי פסק דין זה ואחרים ניתן לומר כי תוצאה דומה הייתה עשויה להתקבל גם בתביעה מסורתית של תובעת יחידה, אך דומה שהסיכויים להגשת התביעה ולבירורה, כמו גם עוצמת ההדמים שביכולתה ליצור, גדולים לאין שיעור בתובענה ייצוגית, אשר משמשת "מכפילת כוח" לציבור שלם שזכויותיו הופרו, ובכך מרוממת את השפעתו של אותו ציבור על מיגורה של הפגיעה שהוא מלין עליה.<sup>54</sup>

דוגמאות אלה מעניינות בהקשר הישראלי, שכן מנגנון התובענה הייצוגית בישראל התפתח במידה רבה באמצעות השוואתו לדין האמריקני,<sup>55</sup> אף שהשוואה זו נעדרת את ההקשר האמריקני של מאבקים חוץ משפטיים למען זכויותיהם של פרטים המשתייכים לקבוצות מוחלשות.<sup>56</sup> לפיכך, ולמרות ההיסטוריה החברתית העשירה של התובענה הייצוגית במשפט האמריקני ככלי המוביל לשינוי חברתי ולהעצמת זכויות אדם, דומה שבישראל התובענה הייצוגית, כהליך משפטי-חברתי, יכולה להיתפס כאמצעי שיש לו חלופות, דוגמת עתירה לבג"ץ או לבית המשפט לעניינים מנהליים.<sup>57</sup> עם זאת, חלופות אלה אינן אלו הרלוונטיות ברגיל לתובענות ייצוגיות אשר הדין הציבורי הטהור אינו חל עליהן. לפיכך

53 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). להשפעתו של פסק דין זה על מוסד ההפלות בארצות הברית ראו, למשל, Linda Greenhouse & Reva B. Siegel, *Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash*, 120 YALE L.J. 2028 (2011).

54 דוגמה נוספת יכול לשמש גם פסק הדין בעניין *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003), אשר עסק בתובענה ייצוגית שהוגשה נגד אוניברסיטת מישיגן בטענה שמדיניות ההפליה המתקנת (affirmative action) שהאוניברסיטה מקדמת פוגעת בזכות יסוד של התובעת גרץ, ושל הקבוצה שהיא מייצגת, באשר היא מקנה יתרון לא מידתי לאוכלוסיות מיעוטים בעת הקבלה לאוניברסיטה. לפי המדיניות שהונהגה באוניברסיטה, כל מועמד בן מיעוטים קיבל באופן אוטומטי כ-20 נקודות מתוך ה-100 בעת חישוב נקודות הזכות לקבלה למוסד הלימודים. בית המשפט העליון קבע כי אף שהמדיניות כשלעצמה אינה פסולה, עליה לעמוד בגבולות סבירים, ודבר זה אינו מתקיים במדיניות שנוקטה. מכיוון שדובר בהלכה של בית המשפט העליון, היא הובילה לשינוי של מדיניות ההעדפה המתקנת בכל מוסדות הלימודים בארצות הברית, ולא רק במוסד שמועמדיו נכללו בקבוצה שיוצגה בעניין *Gratz*. ראו לעיל ליד ה"ש 32.

55 הדוגמאות שהובאו לעיל לתובענות ייצוגיות שהובילו לשינויים חברתיים מרחיקי לכת בארצות הברית מעניינות במיוחד לנוכח המחאות החברתיות והקבוצתיות שהתרחשו במקביל להליך המשפטי, ואשר הדגישו את החיבור הקבוצתי של האוכלוסייה המוחלשת לתביעה עצמה, מה שסייע כנראה בקיבועה של התובענה הייצוגית בתודעה הציבורית כמכשיר לשינוי חברתי ולאכיפת זכויות אדם. ראו אתירם, לעיל ה"ש 36.

57 שם. השוו, למשל, את הנושא החוקתי שנדון כתובענה ייצוגית בעניין *Brown*, לעיל ה"ש 44 לזה שנדון בבג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398 (2009).

חשוב להבהיר כי ההתייחסות במאמר זה להתפתחות ההיסטורית של התובענה הייצוגית בארצות הברית אינה מכוונת לומר כי ההיסטוריה חוזרת על עצמה. עם זאת, מעניין להיווכח שהמרכיבים הציבוריים שאפיינו את התפתחותה של התובענה הייצוגית בראשיתה, בקידומן של זכויות אדם באמצעות תובענות ייצוגיות, שבים ומרימים את ראשם בעידן המודרני, בהתמרה ובשינויים המתבקשים.<sup>58</sup>

ניתן לסכם את הדברים עד כה ולומר, אם כן, כי הליכי התובענה הייצוגית הם הליכים אשר אוצרים בתוכם פוטנציאל לאכיפתן ולהטמעתן של נורמות ציבוריות במשפט הפרטי, וזאת לצד הליכים נוספים המיועדים גם הם להגן מפני פגיעה בזכויות בסיסיות של הפרט, דוגמת אלה המצויים במסגרת המשפט הציבורי, אם בדרך של הגשת עתירות לבג"ץ ואם בדרך של תביעות מנהליות נגד רשויות המדינה בבית המשפט המחוזי. עם זאת, ומאחר שהתובענות הייצוגיות הינן הליכים למימוש זכויות במשפט האזרחי, הן מוסיפות נדבך נוסף ומשמעותי לאכיפתן של נורמות ציבוריות ומשקפות את מעורבותה של החברה האזרחית עצמה במימוש זכויותיה.

## ב. מעמדה החברתי והציבורי של התובענה הייצוגית בראי הפסיקה בשנים האחרונות

התבוננות על הפסיקה, במיוחד בשנים האחרונות, מעלה תובנות מעניינות ביחס לגישה האוהדת, ככלל, לפועלה החברתי הפוטנציאלי של התובענה הייצוגית במשפט הישראלי. מעורבותו של בית המשפט בהליך הייצוגי, לפי החוק, מתקיימת בשלבים שונים בחייה של התובענה הייצוגית ובראשונה בשלב המקדים והמשמעותי אשר עוסק באישור התובענה כייצוגית. סעיף 8 לחוק מונה שורה של תנאים לאישור תובענה כייצוגית, בגדרם נדרש כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפת לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה".<sup>59</sup> במסגרת זו, כבר בשלב אישור התביעה כייצוגית מוטל נטל ההוכחה על התובעים כי אכן

58 לשימוש בתובענה הייצוגית לקידומן של רפורמות ציבוריות ומבניות ראו Chayes, לעיל ה"ש 1; Owen ; M. Fiss, *The Forms of Justice*, 93 Harv. L. Rev. 1 (1979).

59 ס' 8 לחוק; וגם: ע"א 345/03 רייכרט נ' שמש פ"ד סב(2) 437 פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ארבל (2007). בעניין איזובר (מחוזי), לעיל ה"ש 12, סוכמו התנאים לאישור תובענה ייצוגית כך: "התנאים המצטברים לאישור תובענה כייצוגית מפורטים בחוק עצמו, בקיצור מילין נאמר כי על מנת שתובענה תאושר כייצוגית נדרש כי –

- עילתה תהא מנויה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (סעיף 3 (א) לחוק);
- ייקבע שהיא מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי יש אפשרות סבירה שהשאלות הללו תוכרענה לטובת הקבוצה המיוצגת (סעיף 8 (א)(1) לחוק).
- המכשיר הייצוגי הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8 (א)(2) לחוק).

מתקיימת עילת תביעה. רק בשלב השני, לאחר שצלחו התובעים את אישור הבקשה כתובענה ייצוגית, תישמע התובענה הייצוגית בפני בית המשפט.<sup>60</sup> בחלק זה של המאמר תיבחן עמדתם של בתי המשפט בשני השלבים האלו בערכובייה, ולצידם תיבחן עמדתם של בתי המשפט בשלב נוסף אפשרי בחייה של התובענה הייצוגית, בו מתבקשת הסתלקות של המבקשים מהתובענה הייצוגית.<sup>61</sup> לצד שלבים אלו, ואף שלא נרחיב בכך במסגרת מאמר זה, מעניין לבחון את התייחסותו של בית המשפט, המרחיבה והביקורתית לא אחת, בהשוואה לעמדות היועץ המשפטי לממשלה אשר יכול להתייצב בהליכי תובענות ייצוגיות. היועץ המשפטי לממשלה, אשר מייצג את האינטרס הציבורי, מתנגד לא אחת לאישור של תובענות ייצוגיות כאשר הוא מתייצב בהליך התובענה הייצוגית, ומעניין להיווכח שקיימות דוגמאות לא מעטות לגישתו החברתית המרחיבה יותר של בית המשפט ביחס לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>62</sup>

## 1. עניין גבעת עמל – מחלוקת פוסקים

את סקירת הפסיקה בישראל מתאים לפתוח בפנייה לתביעה ייצוגית שהוגשה בפרשה ציבורית מוכרת בנושא גבעת עמל, על גלגוליה בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון.<sup>63</sup> במקרה זה המדובר בתביעה ייצוגית שלא הסתיימה בפסק דין אלא בהסתלקות, ואף שהשאלה שנדונה עסקה בהכרעה בשאלה הנקודתית אם יש להכיר במקרה זה בהסתלקות מתוגמלת, ניתן להסתייע בפרשה זו לצורך הצגת עמדות העומק המנוגדות אשר לכאורה קיימות בפסיקה בשאלה בה עוסק מאמר זה.

לצד תנאים מהותיים אלו נקבעו תנאים נוספים לעניין הייצוג, שאין להמעיט מחשיבותם, לפיהם נדרש להראות כי –

- קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל על ידי התובע המייצג ובא הכוח המייצג בדרך הולמת ובתום לב (סעיף 8 (א) ו- (3) ו- (4) לחוק).
- קיומה של עילת תביעה אישית לתובע המייצג (סעיף 4 (א) (1) לחוק) אלא שמקום שבו כל התנאים לאישור התובענה כייצוגית מתקיימים פרט לתנאי זה, ניתן להורות על החלפת התובע המייצג באחר בעל עילה אישית (סעיף 8 (ג) (2) לחוק).

60 פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 5, בפרק ה: התנאים לאישור תובענה ייצוגית, בעמ' 105–106.

61 לנתונים אמפיריים עדכניים על סיכות סגירת התיקים בתובענות ייצוגיות, ביניהם הסתלקות התובע, שהיא הסיבה השכיחה ביותר, ראו ד"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24–31.

62 ליועץ המשפטי לממשלה מוקנית סמכות להתייצב בהליכי תובענה ייצוגית מכוח החוק, אם כי רק בהתנגדות להסדר פשרה (ס' 18 (ד) לחוק). עם זאת, ובצד סמכות זו, התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה בתובענות ייצוגיות מתאפשרת גם מכוח פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. פקודה זו מסמיכה את היועץ המשפטי לממשלה להתייצב בכל הליך אשר עשוי להשפיע או להיות כרוך בזכות של המדינה, זכות הציבור או עניין ציבורי, ובכלל זה כמובן גם בתובענות ייצוגיות. לדוגמאות לפער בין תפיסת היועץ המשפטי לממשלה לבין עמדת בית המשפט העליון בכל הנוגע למעמדה הציבורי של התובענה הייצוגית – ראו, למשל, עניין ניזרי (מחוזי), לעיל ה"ש 12 ורע"א 3456/13 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שליידר (נבו) 29.8.2017.

63 לעיל ה"ש 12.

כרקע לדיון נביא בקצרה את השתלשלות הדברים אשר מקורה במלחמת השחרור, עת יושבו עולים חדשים על ידי המדינה בשכונת "גבעת עמל" בתל אביב, שכונה שיושבה על אדמותיו של הכפר הערבי ג'מוסין. בתחילת שנות ה-60 השטח עליו מצויה השכונה נמכר ליזם פרטי, שהיה עליו לדאוג לדיירים שיפוננו, לדיון ראוי ופיצוי בהתאם.<sup>64</sup> תחילתה של התובענה הייצוגית בה עסקינן היא ביום 17.4.2016 כאשר מספר תושבים משכונת גבעת עמל הגישו בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות מקרקעי ישראל, רשות הפיתוח ועיריית תל אביב-יפו שבתמציתה, כפי שהוצג בבקשת האישור:

...תביעת פיצוי ונזק על הפקרתם של עשרות משפחות בשכונת גבעת עמל, הזנחתם להבטחת שניתנו להם על ידי גורמים מוסמכים, ממדינת ישראל ושלוחותיה ועד לעיריית תל אביב יפו וראשיה. תביעת פיצוי ונזק על הפקרתם למגורים ללא תשתיות, על מגוריהם ותנאי חייהם הנתונים לפגעי טבע ומחלות ולפגיעה ישירה בנכסיהם ובקניינם. הפקרתם לתרבות הכסף וההון הגדול אחרי המוסדות המוסמכים והציבוריים שהתעלמו מכל הבטחה וזכויות.

הקבוצה הנפגעת הוגדרה בבקשה ככוללת את "כל המשפחות אשר התגוררו וגרו בגבעת עמל לדורותיהם החל משנת 1949", ונטען כי לזכותם שורה ארוכה של עילות תביעה אשר מקימות להם זכות לפיצוי אשר הוערך בבקשת האישור בסך של מאות מיליוני שקלים. לאחר קיומם של הליכים אחרים, אשר מיצו את עילת התביעה שעומדת ביסוד הבקשה לאישור, קיבלה השופטת מיכל אגמון-גונן את בקשת המבקשים והורתה על ההסתלקות מבקשת האישור להגשת התביעה הייצוגית ועל מחיקת בקשת האישור,<sup>65</sup> תוך חיובן של רשות מקרקעי ישראל ורשות הפיתוח ועיריית תל אביב לשלם למבקשים גמול ושכר טרחת עורכי דין. הטעם המרכזי שעמד בבסיס פסק דינו המפורט של בית המשפט המחוזי, המשתרע על פני לא פחות מ-64 עמודים, נשען על החשיבות שראה בית המשפט בתגמול המבקשים ועל החשיבות בעידוד הגשת תביעות ייצוגיות בגין עולות חברתיות בשם אוכלוסיות מוחלשות. טעם זה ניתן לשמוע, ראשית, בהתייחסותה של השופטת להקשר בו מצויה התביעה:

סיפורה של גבעת עמל הוא אולי תמצית המהות של משפט ועוני, המפגש בין אנשים החיים בעוני לרשויות, בניסיון לעמוד על זכויותיהם... אנשים החיים בעוני שפשוט לא הקשיבו להם, על אף שניסו ופנו וביקשו במשך למעלה משבעים שנה.

לאחר התייחסות זו מפרטת השופטת את השתלשלות הדברים אשר מובילים אותה למסקנה כי ראוי לפסוק הסתלקות מתוגמלת, בשל, בין היתר, התועלת שהביאה התובענה לקבוצה:

יש להבחין בין תובענות צרכניות-כלכליות במהותן, לבין תובענות שבמרכוזן עולה חברתית... כאשר מדובר בתובענה שבבסיסה עולה או בעיה חברתית... גם אם אין

64 עניין **גבעת עמל** (מחוזי), לעיל ה"ש 12, בעמ' 4-6, ובעמ' 7-37.  
65 בהתאם להוראות ס' 16 לחוק.

תועלת קונקרטיה במובן הסעד שהתבקש, הרי ששיח ציבורי מעמיק בנושא יכול להוות תועלת שכזו. כפי שטענו בצדק המבקשים, דווקא שיקולי הרחב הם התומכים בפסיקת גמול ושכר טרחה על מנת לעודד הגשת תביעות בגין עוולות חברתיות בשם אוכלוסיות מוחלשות. אדגיש, אין הכוונה להפוך את בית המשפט לזירה לשיח ציבורי בנושאים חברתיים ככלל. הכוונה היא כי בנושא כמו זה שלפניי, בו קמה לתובעים עילת תביעה, כפי שהבהרתי לעיל, יש להסתכל בהסתכלות רחבה יותר על השאלה מהי התרומה שהביאה התובענה. כפי שעולה מהסקירה ההיסטורית של השכונה, מדובר בעוול היסטורי, התושבים פעלו כל הזמן, ללא לאות, בניסיון להביא את המדינה לקיים את הבטחתה כלפיהם. הבטחה שניתנה בשנת 1949, מולאה סופית רק בשנת 2020, עם מתן פסק דינו של בית המשפט העליון. ייתכן כי לו היה קיים מוסד זה של התובענה הייצוגית, בשנת 1961, והייתה מוגשת אז תובענה ייצוגית, לא היינו מגיעים עד הלום. הגשת התביעה אכן העלתה לסדר היום הציבורי את העוול שנגרם לתושבים משך השנים וקולם של התושבים נשמע ברבים. הדיון בכך, לרבות הגשת הצעת חוק נוספת הן עדות לדברים. סבורני אפוא כי יש לומר שבקשת האישור הביאה תועלת לחברי הקבוצה, תועלת ממשית, קונקרטיה ורלוונטית; תועלת שמקורה בהגשת ההליך הייצוגי.

אמירות אלו של בית המשפט המחוזי מדגישות, בקול רם ואוהד במיוחד, את הזיקה בין מוסד התובענה הייצוגית לבין הצפת שאלות עומק חברתיות וביורר אפקטיבי שלהן. אכן, וכאמור, במקרה זה התובענה הייצוגית לגופה התיירה ולא נסתיימה בפסק דין לטובת התובעים, אך התגמול שפוסקת השופטת למבקשים בבקשת ההסתלקות משקפת את עמדתה לפיה יש לעודד את השימוש בתובענה הייצוגית לצורך ריפוין של עוולות חברתיות. לא בכדי בחרה השופטת לחתום את פסק דינה במילים הבאות:

ולאחר סיום אוסיף, אני תקווה כי הכרה בעוול שנעשה לתושבי גבעת עמל לאורך עשרות בשנים, יקל במשהו את כאבם. אני תקווה כי ההכרה בכך שצדקו הם, הוריהם, והורי הוריהם לאורך כל הדרך, כשחזרו ואמרו שהגיעו למקום לבקשת הרשויות של המדינה שבדרך, וכי הבטחות שקיבלו, ולא מולאו, ניתנו בדין ולא בחסד, תרפא במשהו את הפצעים, וכי זה יהיה הפיצוי שבהגשת תובענה זו.

עמדה זו נחלשה מאוד בפסק דינו של בית המשפט העליון אליו הוגש ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. באופן לא שכיח, ביטל בית המשפט העליון את הקביעות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ועימו את רכיבי הגמול ושכר הטרחה. הגם שעיקר הנמקתו של בית המשפט העליון היא משפטית ויישומית, עדיין ניכרת ממנה עמדה מסויגת (שנשארה ב"צריך עיון") ביחס למעמד שצריך להינתן לתרומתה של התובענה הייצוגית לשיח הציבורי:

בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, לא שוכנענו כי התובענה הביאה תועלת ממשית וקונקרטיה לחברי הקבוצה המיוצגת. גם אם "שיח ציבורי מעמיק" והעלאת הסוגיה ל'סדר היום הציבורי' יכולים להחשב כתועלת "קונקרטיה ורלבנטית" – ואיננו קובעים מסמרות בעניין זה – הרי שלא הוצגו לפנינו תימוכין, ולו מינימליים, שיש בהם כדי לתמוך בקביעה כי בקשת האישור הביאה לתועלת האמורה. האינדיקציה היחידה

שצוינה בפסק הדין לקיומה של תועלת מעין זו, הייתה "הגשת הצעת חוק נוספת", בעניין הפיזיים לתושבי גבעת עמל. דא עקא, כפי שעולה מהקשר הדברים, מדובר בהצעת חוק נוספת, המלמדת כי דיון ציבורי ער התקיים גם קודם להגשת הבקשה לאישור, והוא אשר תרם להעלאת את הצעת חוק... כפי שצינו, הכרעה בבקשת הסתלקות מתוגמלת מחייבת את בית המשפט לשקול גם שיקולי רוחב. בעניין זה, קבע בית המשפט המחוזי, כי "דווקא שיקולי הרוחב הם התומכים בפסיקת גמול ושכר טרחה על מנת לעודד הגשת תביעות בגין עוולות חברתיות בשם אוכלוסיות מוחלשות". מסופקני אם גישה מרחיבה זו תואמת את אמות המידה המצומצמות שהותוו בהלכה הפסוקה, בכל הנוגע לפסיקת גמול ושכר טרחה, בעת הסתלקות מהליך ייצוגי. אכן, במקרים לא מעטים מתעוררות לפני ערכאה שיפוטית, בין במישורין ובין בעקיפין, סוגיות חברתיות כאובות המצויות בלב השיח הציבורי. למעשה, לא אחת מתבררים הליכים משפטיים, בצל טענות לעוולות חברתיות-היסטוריות, כלפי אוכלוסיות שונות בחברה הישראלית. ברם, קיומו של סיפור רקע כללי, חרף חשיבותו הרבה, אין בכוחו להפחית מחובתו של תובע לבסס עילת תביעה קונקרטית, המקימה זכאות לסעד ספציפי. בית המשפט אינו בן-חורין לפסוק מתוך הכרה כללית ועמומה ב'עוול חברתי היסטורי'. על מנת להושיט סעד, על בית המשפט להשתכנע כי התובע הראה כי באמתחתו עילה משפטית לכאורית, מוגדרת וברורה. על בית המשפט להישמר מפני מתן סעד הנגזר ישירות מסיפור מסגרת כללי ורחב, ברמת הפשטה גבוהה, שלא ניתן לברור ממנו עילה מוגדרת וברורה... אנו סבורים, כי עידוד הגשת תביעות בלתי-מבוססות, כלליות ופלוואידיות, הנשענות על טענות ל"עוול היסטורי" – כפי שהלכה למעשה קבע בית המשפט המחוזי – עלול להביא לשימוש לא הולם בהליך השיפוטי בכלל, ובכלי התובענה הייצוגית בפרט. מכאן, שככלל, אין לפסוק גמול ושכר טרחה במקרה של הסתלקות התובע הייצוגי מתובענות מעין אלה.<sup>66</sup>

מחלוקת פוסקים זו, עימה פתחנו את סקירת הפסיקה, משמיעה לכאורה עמדת עומק מסויגת בבית המשפט העליון ביחס לשימוש בתובענה הייצוגית למטרות חברתיות. עדיין, ניתן לקרוא את פסק הדין

66 עניין **גבעת עמל** (עליון), לעיל ה"ש 12. גישתו המסתייגת של בית המשפט העליון מהעמדה שהשמיע בית המשפט המחוזי ניכרת גם בצעד הלא שגרתי בו נקט, כאשר ביטל את קביעותיו העובדתיות של פסק הדין ("בפסק הדין של בית המשפט המחוזי תואר באריכות סיפורה של גבעת עמל, לרבות תיאורים היסטוריים החורגים מגדר המחלוקת שבין הצדדים. אגב זאת, קבע בית המשפט המחוזי קביעות עובדתיות רבות... על כן, בהינתן שהמדינה והעירייה לא קיבלו הזדמנות נאותה להגיב ולהתייחס לקביעות הללו, שנחתו עליהן כ'רעם ביום בהיר' בפסק הדין, מן הראוי להבהיר, למען הסר ספק, כי כל הקביעות העובדתיות וההיסטוריות, אשר חורגות מגדרי המחלוקת המתוחמת שבין הצדדים – פסיקת גמול ושכר טרחה – מבוטלות אף הן").

בערעור באופן מצומצם יותר.<sup>67</sup> כך או אחרת, העמדה המובעת בעניין **גבעת עמל עליון** אינה מייצגת לטעמי את עמדתו העקבית והשכיחה יותר של בית המשפט העליון בשנים האחרונות. כפי שאדגים להלן, בפסקי דין מאוחרים יותר של בית המשפט העליון, שניתנו בחודשים מיד לאחר פסק הדין בעניין **גבעת עמל** (עליון), מצטיירת עמדה שונה ועקבית למדי אשר מרחיבה את ההתבוננות על הפוטנציאל והחשיבות החברתית הטמונים בתובענה הייצוגית בישראל. כך בפסקי דין מאוחרים לפסק הדין בעניין **גבעת עמל** (עליון) וכך גם בפסק דין שקדם לו, עניין דנ"א **זליגמן**, שניתן במסגרת דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים בבית המשפט העליון חודשים ספורים קודם לכן, ובו נותרה עמדתם של אותם שלושה השופטים אשר נתנו את פסק הדין המצמצם בעניין **גבעת עמל** (עליון) (השופטים סולברג, מינץ ווילנר) הייתה עמדת מיעוט.

## 2. זכויות צרכנים ותחרות חופשית

אחד התחומים השכיחים ביותר בהם מומחשת חשיבותה החברתית של התובענה הייצוגית עניינו בזכויות צרכנים. כך הדבר בדיני הגנת הצרכן במובנם הצר, וכך גם בכל הנוגע לצרכנות פיננסית ולדיני התחרות הכלכלית.

נקודת המוצא בעסקאות צרכניות היא קיומו של חוסר איזון מובנה, לא כל שכן נוכח התעצמות מעמדם של תאגידים כיום,<sup>68</sup> עימם נערכות מרביתן המכריע של עסקאות אלו. בשל תה-האכיפה המובנית בעסקאות אלו הנובעת מפערי הכוחות, תופעת האדישות הרציונלית והיעדר תמריצים, קיימת חשיבות יתרה לעידוד האכיפה הפרטית באמצעות מנגנון התובענות הייצוגיות הצרכניות ובכך לתרום למימוש זכויות לציבור הרחב, ובעקפיין לריסון יוקר המחיה ולהתמודדות עם שאלות מקרר-כלכליות וחברתיות.<sup>69</sup>

לתביעה הייצוגית הצרכנית יתרונות רבים. החשוב ביותר הוא, כאמור, תרומתה להעלאת רמת האכיפה בתחום זה על מנת למנוע ולהרתיע מקיומן של נורמות התנהגות פסולות, המשפיעות לא אחת בסכומים קטנים אשר מפחיתים את סיכויי התביעה ברמת הצרכן הבודד.<sup>70</sup> שכיחותן של עסקאות צרכניות כה גבוהה, ועל כן אין פלא שתובענות ייצוגיות בתחום זה ניכרות יותר מאשר בתחומים

67 כך, לאור העובדה שמדובר במקרה זה בשאלה אגבית יחסית של הסתלקות מתוגמלת, כמו גם לאור העובדה שלמרות מסקנתו, בית המשפט העליון לא פסק הוצאות לחובת חברי הקבוצה המיוצגת אף שקיבל את הערעור נגדם. זאת ועוד, גם דברי השופטים בבית המשפט העליון לפיהם "איננו קובעים מסמרות" בשאלת הרלוונטיות של התועלת הציבורית לשיח הציבורי של התובענה הייצוגית, מובילים למסקנה כי הערותיהם בנושא זה הינם אמרת אגב בלבד.

68 ראו בוקשפן **המאמר הקודם**, לעיל ה"ש 10.

69 השוו לדבריו של המשנה לנשיאה מלצר אשר העלה על נס את הליך התובענה הייצוגית בהקשר הצרכני ("בתובענה ייצוגית, ובמיוחד כשמדובר בתובענה ייצוגית צרכנית – יש תועלת ציבורית אינהרנטית, שכן אחת מתכליותיה היא לשמר את האינטרס הציבורי" – דנ"א **זליגמן**, לעיל ה"ש 12, פס' 149 לפסק דינו).

70 הלל סומר "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו" – האמנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית "דין ודברים א 347 (2004).

אחרים.<sup>71</sup> אכן, בתחילת דרכן של התובענות הייצוגיות הצרכניות נמתחה ביקורת על ההקשחה שנקטה בבחינת התנאים המוקדמים לאישורן,<sup>72</sup> ונשמעה גישה מרוסנת לגביהן בדעת הרוב בדנ"א ברנזי מפי השופט חשין: "שומה עלינו לטפל בתובענה הייצוגיות בזהירות יתרה, משל הייתה רימון־יד שנצרתו נשלפה מגופו".<sup>73</sup> עם זאת, וזו הגישה השגורה יותר כיום, נשמעה כבר באותו פסק דין גם גישה מרחיבה יותר מפי השופטת שטרסברג־כהן:

במובן הרחב, נועדה התובענה הייצוגית למנוע עשיית עושר ולא במשפט על־ידי גופים כלכליים רבי עוצמה וכוח... ועל חשבון "האדם הקטן"... [והיא] מגשימה אכיפה ראויה ומונעת מצב של תת־אכיפה הפוגעת בצרכן הבודד, בקבוצת הצרכנים ובציבור בכללותו.<sup>74</sup>

פסק דין זה ניתן לפני חקיקת החוק, וכפי שניתן להיווכח ממספרן של התובענות הייצוגיות כיום ומהרוח הנושבת מהן, עניינם של הצרכנים זוכה לתשומת לב מיוחדת בבית המשפט העליון במטרה לשנות את שיווי המשקל בין המגזר העסקי לצרכנים, תשומת לב אשר מעודדת את השימוש בתובענות ייצוגיות צרכניות ואשר משקפת בעינינו עמדה שאדוותיה נרחבות מההקשר הצרכני הצר גרידא, כפי שיודגם בדוגמאות להלן.

#### (א) עניין סופר־דוש

חשיבותה של התובענה הייצוגית בתחום הגנת הצרכן קיבלה לאחרונה רוח גבית חזקה בפסק דינו של השופט גרוסקופף בעניין סופר־דוש (עליון). בעניין זה, רשתות קמעונאיות מוכרות מתחומים שונים המפעילות סניפים בכל רחבי הארץ – ביניהן סופר־דוש בע"מ, טיב טעם רשתות בע"מ, כל בו חצי חינם בע"מ, כפר השעשועים רשת חנויות צעצועים בע"מ, מגה קמעונאות בע"מ וסופר־פארם – הנהיגו מבצעים המעניקים הנחה לצרכנים בעת רכישה של למעלה ממוצר אחד מהמוצרים הכלולים במבצעים

71 אופיר, לעיל ה"ש 9.

72 סומר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 361. לגישה המסורתית, טרם חקיקת החוק, לדיני התובענות הייצוגיות וקריאה להרחבתם ראו גם משה בר־ניב (בורונובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט (1994).

73 דנ"א 5712/01 ברנזי נ' בוק, פ"ד נז(6) 385, 419–422 (2003).

74 שם, בעמ' 433. ראו, לאחרונה ובהתאמה, שני פסקי דין שהקלו בתנאים המוקדמים לאישור הבקשה לאישור תובענה ייצוגית ולהפקדת ערובה: ע"א 3849/20 טמיר נ' סלקום בע"מ (נבו 30.5.2023); רע"א 1468/23 עו"ד ישראל ערמון נ' ויקטורי רשת סופרמרקטים בע"מ (נבו 9.7.2023). לגישה דומה, בעולם הבנקאות, ראו רע"א 996/23 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' גנית (נבט) מנטל (נבו 11.1.2023) שבו נדחתה בקשת רשות ערעור על אישור בקשה לאשר תובענה כייצוגית שהוגשה נגד בנק לאומי לישראל בע"מ בטענה כי הבנק הפר חובה לאתר בעלים ב"פקדונות ללא תנועה". בהחלטתה, קובעת השופטת ברוך כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת "...על רקע פערי המידע והכוחות האינהרנטיים ליחסי בנק-לקוח, ובפרט בהינתן היעדר מודעות מצידם של בעלי החשבונות הרדומים לעצם קיום החשבון הרשום על שמם".

המוכרים בשמות "אחד פלוס אחד", "מוצר שני בחצי מחיר" ו-"מוצר שלישי חנם", כאשר במרביתם נקבע כי ההטבה תינתן על המוצר "הזול מביניהם". בתביעה כנגד מבצע זה נטען כי הרשתות חייבו ביתר את הצרכנים כאשר אלו רכשו מספר מוצרים גדול יותר ממספר המוצרים המינימלי. במקרים כאלו, במקום לצרף יחדיו את המוצרים היקרים שנרכשו ולהעניק את ההנחה ביחס למוצר הזול מביניהם באופן שימקסם את ההנחה לצרכנים, נהגו הרשתות להחיל את ההנחה על המוצרים הזולים ביותר מכלל אלה שנרכשו. טענתם של המבקשים (המערערים בפסק דינו של בית המשפט העליון) הייתה כי המדובר בפרשנות שגויה של הרשתות הקמעונאיות – מתחומי המזון, הפארם והפנאי – ובלתי ראויה של החוזה הצרכני תוך הטעיית הצרכנים וניצול מצוקתם. בית המשפט המחוזי דחה את טענתם אך בית המשפט העליון קיבל את הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

בית המשפט העליון ניתח את יחסי העוסק-צרכן, המאופיינים בחוסר איזון מובנה הנובע מפערי כוחות אינהרנטיים בין הצרכנים והספקים, וקבע כי: "בעוד שהראשונים הם באופן טיפוסי שחקנים חוזיים חד-פעמיים, נעדרי ניסיון ומומחיות עסקית ומשפטית, האחרונים הם בגדר שחקנים חוזרים, המחזיקים בידע עסקי ומקצועי ובמומחיות בתחום עיסוקם".<sup>75</sup> על רקע אי-שוויון זה קבע בית המשפט העליון כי לא די בפרשנות המילולית של תנאי המבצע על מנת להגיע לתוצאה המשפטית הראויה, והעדיף את הפרשנות התכליתית ואת עקרון תום הלב המחייבים את הרשתות לצרף לצורך החלת המבצע את המוצרים היקרים יותר, כך שההנחה המוצעת תהיה המרבית. באופן זה, ותוך הדהוד נורמטיבי צלול של תפיסת עומק פרו-חברתית, מדגיש בית המשפט את חשיבותם של דיני הגנת הצרכן:

על רקע אי-שוויון המהותי המאפיין התקשרויות בין עוסק לצרכן, נולד הצורך להגן על צרכנים מפני ניצול לרעה של הכוח העודף המצוי בידיהם של עוסקים, וליצור איזון ראוי ביחסים שבין הצרכן לבין העסק. צורך זה הוביל להתפתחותם של דיני הגנת הצרכן, אשר נועדו "להשליט אורחות התנהגות ראויות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק".<sup>76</sup>

בית המשפט חיזק את ידם של הצרכנים והטיל את הנטל המשפטי והערכי על רשתות השיווק, אשר להן השליטה הבלעדית על נוסחם של המבצעים:

נראה כי לאורך השנים הולכת ורווחת התפיסה לפיה בבוא בית המשפט לפרש חוזים צרכניים, עליו לתת דעתו למאפיינים הייחודיים של התקשרויות צרכניות, ובראשם לחוסר השוויון המהותי המאפיין עסקאות מסוג זה. ודוק, הואיל וחוזים מסוג זה לרוב אינם פרי של משא ומתן בין שני הצדדים שווי מעמד וכוחות המבקשים להגשים מטרה משותפת, אלא תנאיהם מוכתבים לצרכנים על ידי העוסקים, בבואם לפרשם יש להעניק

75 עניין סופר-דוש (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 32 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

76 שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

מעמד מרכזי לתכלית האובייקטיבית של החוזה, קרי לאינטרסים המקובלים של עוסק הוגן וצרכן הוגן... מקומה המרכזי של התכלית האובייקטיבית בפרשנות חוזים צרכניים משמעו גם מתן משקל נכבד לעקרון תום הלב, ולערכים החברתיים והמוסריים שאותם הוא מבטא, לרבות קידום ההגינות, היושר והאמון בין המתקשרים. עקרון זה משקף "תפיסה אובייקטיבית בדבר יחסים ראויים בין הצדדים לחוזה הפועלים בהגינות להבטחת האינטרסים הנוגדים שלהם" וכך מביא לידי ביטוי את עקרונות היסוד של השיטה וערכיה הבסיסיים.<sup>77</sup>

כל אלו נועדו להטמיע בקרב התאגידים העסקיים תפיסה הוגנת המכוונת לא רק לאי-גרימת נזק ללקוחות אלא כזו המבקשת להטמיע בהם תפיסה המיועדת לטובת הלקוחות:

...בכל הנוגע לעסקאות צרכניות מן הסוג בו עסקינן, יש לקבוע כי חובת תום הלב מחייבת את העוסק לפעול בהתאם לטובת הלקוח, וזאת באותן נסיבות בהן מחד גיסא בחירתו של הלקוח, לו היה נותן דעתו לעניין, ברורה מאליה; ומאידך גיסא, פעולה בהתאם לבחירתו הנחזית של הלקוח תואמת את תכלית העסקה הצרכנית.<sup>78</sup>

מסר אקספרסיבי ומעשי כזה, המגיע באמצעות מנגנון התובענות הייצוגיות נגד רשתות קמעונאיות רבות, נועד לייצר השפעה רוחבית על רבות מהעסקאות הצרכניות במשק,<sup>79</sup> והוא מושתת, בשורות פסק הדין וביניהן, על תפיסת עומק אשר הובילה את בית המשפט להקל גם בתנאים המקדמיים לאישור התובענה הייצוגית בהתאם לסעיף 8(א) לחוק. כך, הגיע בית המשפט גם למסקנה כי קיימת שאלה משפטית המשותפת לכלל חברי הקבוצה וגם לאימוץ גישה מקלה ביחס ליתר התנאים הדרושים לאישור תובענה כייצוגית. בין היתר, נתן השופט גרוסקופף, במסגרת השיקולים שנמנו כהצדקה לאישור התובענה הייצוגית, משקל לעובדה ש"עסקינן בהתקשרויות צרכניות רחבות היקף אשר תנאיהן אחידים ביחס לכלל הצרכנים" ומשכך "ברי כי מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, לפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".<sup>80</sup>

77 שם, פס' 38 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

78 שם, פס' 48 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. נקודה זו מחודרת גם בדבריו הנוקבים של השופט עמית בפסק דינו שלפיהם "אי גילוי במקרה מעין זה, הוא זדוני ומכוון, לא בעניין שולי, ולאור אופי המידע, האופי הצרכני של ההסכם ויחסי הכוחות בין הצדדים – חלה חובת גילוי על העוסק".

79 בית המשפט מרחיב את קביעתו גם למקרים בעלי קווים דומים בעתיד: "למען הסר ספק, יובהר כי קביעות אלו נכונות לא רק ביחס למצב הדברים הספציפי המתקיים בענייננו, אלא גם במצבים צרכניים דומים, דהיינו במצבים בהם מתקיימים המאפיינים הבאים: (1) הכוח לבחור בין מספר חלופות נתון מלכתחילה ללקוח; (2) הלקוח אינו עושה שימוש בכוח זה, והוא עובר מכוח הדין לעוסק; (3) העוסק יודע בוודאות מה הייתה בחירתו של הלקוח לו היה נותן דעתו לעניין; (4) אין הצדקה עסקית הנעוצה בתכלית ההסדר הצרכני להורות אחרת. בהתקיים כל אלה, על הספק לבצע את הבחירה באופן בו היה הלקוח בוחר, וזאת מכוח עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים" (שם, פס' 55 לפסק דינו של השופט גרוסקופף).

80 שם, פס' 61 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

## (ב) עניין מיטב דש

פרשה צרכנית ייצוגית נוספת, הפעם בהיבט פיננסי, נדונה לאחרונה בעניין מיטב דש (מחוזי) ובכית המשפט העליון בעניין מיטב דש (עליון), ומדגימה גם היא את גישתו האוהדת של בית המשפט ביחס לפועלה החברתי והציבורי של התובענה הייצוגית. במקרה זה נדונה תובענה שעסקה בגביית דמי ניהול מעמיתים בקופת גמל, אשר לפי הטענה נעשתה בניגוד להסכמי ההצטרפות שנחתמו בין העמיתים לקופת הגמל "תגמולים" שנרכשה על ידי חברת מיטב דש.

למול טענת התובעים, שלפיה גביית דמי הניהול נעשתה בניגוד להסכמים שבין הקופה לעמיתים, הנתבעת מצידה טענה כי קביעת דמי הניהול נעשתה על פי הוראות החוק, המאסדר והתקנון. השופטת אגמון-גונן, אשר כתבה את פסק הדין בבית המשפט המחוזי, ציינה את מעמדה של קופת הגמל, אחד מהגופים המוסדיים "המובילים והחזקים בשוק, כאשר מנגד עומדים עמיתים בלתי מיוצגים משפטית, בעלי ידע מוגבל לרוב בתחום הגמל", ולאחר התייחסות מקיפה למעמדם הכלכלי-חברתי של הגופים המוסדיים בישראל בכלל, היא מקבלת את טענת העמיתים, תוך שהיא מסיימת את פסק הדין באקורד חזק, וקוראת:

להעביר מסר חד וברור – לנתבעת ולמקבילותיה בשוק ההון: חובות הנאמנות, בה מחויבים משקיעים מוסדיים, לרבות הנתבעת, לעמיתים, למשקיעים ולחוסכים, מחייבות כי הקופה (כמו משקיעים מוסדיים אחרים), תשים לנגד עיניה, בראש ובראשונה, את עניינם של העמיתים, ותנהג עמם בשקיפות מלאה. בפסק דין זה אני מבקשת להסב את תשומת לבם של המשקיעים המוסדיים לחובתם העיקרית לראות לנגד עיניהם כל העת את העמיתים, המשתתפים והחוסכים, כל אותם אנשים ששמו בהם מבטחם, והפקידו בידם את חסכונותיהם ואת חייהם הכלכליים. בכתבי הטענות של הנתבעת, הכוללים במצטבר מאות עמודים, אין התייחסות לעמית הבודד, מה הוא הבין, על מה הוא הסתמך. חובת הנאמנות מחייבת את הקופה לשמוע את העמיתים ולהקשיב להם, כפי שראוי שהייתה הנתבעת עושה בענייניו של מר גרינברג, שפנה אליה שוב ושוב, בניסיון להעמידה על התנהלותה בניגוד לחובותיה אלו.<sup>81</sup>

פסק דין זה, עליו הוגש ערעור לבית המשפט העליון, אינו שכיח מכמה בחינות. ראשית, פסק הדין התייחס במפורש לנושא כחורג מהנושא הפרטני שנדון בו, תוך שהוא קובע כי "...רבות מהמסקנות יפות גם בכל הנוגע לניהול השוטף של קופות הגמל, והיחסים בינם לבין העמיתים"; שנית, ההליך הייצוגי שנוהל בבית המשפט המחוזי הוא אחד מאותם הליכים ייצוגיים ספורים בהם בוררה התובענה הייצוגית לגופה, כולל חוות דעת מומחים, קיום ישיבות הוכחות ושמיעת עדויות; ושלישית, הסכום שחויבה מיטב דש להשיב לחברי הקבוצות הנמנים עם עמיתי קופת הגמל היה סכום חסר תקדים של כ- 400 מיליון ₪.<sup>82</sup>

81 עניין מיטב דש (מחוזי), לעיל ה"ש 12.

82 ראו פירוט בפסק הדין בעניין מיטב דש (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 1.

נסיבות מיוחדות אלו מסייעות להדהד ביתר שאת את עמדת העומק הנורמטיבית שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי ביחס לגופים פיננסיים משמעותיים בישראל. יתר על כן, פסק הדין מדגים את כוחה המרתיע והמעין רגולטורי של התובענה הייצוגית ביחס למוקדי כוח מתעצמים והולכים בשוק העסקי-כלכלי בישראל. בתת-החלק הרביעי נעמוד ביתר פירוט על "חלוקת העבודה" אשר מחזקת את מעמדה של התובענה הייצוגית ביחס למאסדר בכל הקשור לשמירת עניינו של הציבור. עדיין, גם בהקשר הנוכחי מתאים להביא מדבריה של השופטת אגמון-גונן אשר מבטאים את גישתה המסויגת כלפי עמדת המאסדר, גם לו הייתה ניתנת במקרה זה, ובכך מחזקת במשתמע את מעמדה של התובענה הייצוגית:

לבסוף אציין, כי גם לו הייתה עומדת בפניי עמדת הרשות בשאלת ההיתר לגבות דמי ניהול מהפקדות העמיתים בתקופה הרלבנטית, ספק רב אם ניתן היה להעניק לה משקל רב. זאת, בעיקר בשל אופי הסוגיה הנוגעת לזכויות העמיתים... ובשל החשש כי הרגולטור בענייננו יהא מושפע ממספר שיקולים: זהות המרוויחים והמפסידים (גופים מאוגדים וחזקים לעומת צרכנים מבוזרים וחלשים), שיקולי יציבות של הגופים המפוקחים בידיו, שיקולי מוניטין ועוד... בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה (3) 625, 29 (2001)), התייחס כב' השופט יצחק זמיר לאופיו של תפקיד הפיקוח על הביטוח, שגם הוא, כיום, חלק מרשות שוק ההון, ביטוח וחסכון. השופט זמיר הצביע על הסיבות המושכות את המפקח על הביטוח לכיוון החברות המבטחות, ולא המבוטחים... אני סבורה, כי החששות שהציג זמיר בתחום הפיקוח על הביטוח (ועולים גם בספרות), זהים ברובם לאלה המתקיימים בענייננו: יש חשש להטייה לטובת הגופים המפוקחים לאור הקשר השוטף בין רשות שוק ההון (ולפניה אגף שוק ההון), לחברות המנהלות את קופות הגמל, ומנגד הקשר עם העמיתים שאינם מאורגנים ואינם נמצאים בקשר עם האגף כציבור, אלא כבודדים בצורה של הגשת פניות או תלונות. החברות המנהלות, כדוגמת הנתבעת הן גופים חזקים, יציבים ומאורגנים... אני סבורה אם כן, כי יש ומתן בכורה לעמדת הרשות בסוגיה רבת חשיבות זו של דמי הניהול, שלהם השפעה מכרעת על זכויות העמיתים וגובה כספי החיסכון שלהם – הייתה מסכנת את התכלית של הגנה על זכויות אלה. כמובן שכל הנאמר על עמדת המאסדר לעניין דמי ניהול, נאמר למעלה מן הצורך, כיוון, שכאמור, עמדת מאסדר שזו לא הוצגה.

על פסק דין זה של השופטת אגמון-גונן הוגש ערעור לבית המשפט העליון. בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין מיטב דש (עליון), סברו השופטים כי מוטב לסיים את ההליך על דרך הפשרה באמצעות גישור אליו נשלחו הצדדים. הצדדים אכן הגיעו להסכם כזה, שעיקרו כולל התחייבות מצד מיטב דש להשיב לחברי הקבוצות סכום כולל של 120 מיליון ₪. בהתאמה, בית המשפט מחק את הערעורים תוך החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי שידון באישור הסדר הפשרה בהתאם לקבוע בסעיפים 18 ו-19 לחוק. סיומו המצטייר של ההליך, אם כך, בפיצוי שהוא נמוך מזה שנפסק לראשונה בבית המשפט המחוזי, אך עדיין מדובר בסכום משמעותי ומבלי שבית המשפט העליון התערב בקביעותיו המשפטיות והנורמטיביות של בית המשפט המחוזי, אשר עומדות עדיין, על כן, בעינן.

## (ג) עניין גפניאל, עניין נזרי ועניין נאור

דיני התחרות הכלכלית, ובשם הקודם דיני ההגבלים העסקיים, קשורים אף הם בקידום רווחת הצרכנים. ככלות הכול, "תפיסת היסוד בהקשר זה היא שתחרות חופשית מיטיבה עם הצרכנים ומביאה להגדלת הרווחה הכלכלית – בין היתר בדרך של הפחתת מחירים, הגדלת המגוון והאיכות של המוצרים והשירותים, ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות"<sup>83</sup>. לא בכדי, על כן, כונו דיני התחרות הכלכלית על ידי הנשיא (בדימוס) ברק כ"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית<sup>84</sup>, הכרוכים בשיטת המשטר הדמוקרטית ואשר ההגנה עליהם חורגת מההיבט הכלכלי בהיותה משתרעת גם על ביזור מוקדי הכוח החברתיים.<sup>85</sup> לצורך כך, משמשת התובענה הייצוגית כמכניזם מכפיל כוח וככלי מרכזי בהשגת מטרותיו של חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, אשר, כשמו, תכליתו העיקרית היא לקדם את התחרות החופשית במשק.<sup>86</sup>

בעניין גפניאל בית המשפט המחוזי מרכז אישר ניהולה של תובענה ייצוגית נגד החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (להלן: **החברה המרכזית**). בתובענה נטען כי החברה המרכזית ניצלה לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק משקאות הקולה בישראל בדרך של גביית מחיר מופרז עבור משקה קוקה קולה בבקבוק 1.5 ליטר.<sup>87</sup> הגם שבית המשפט העליון ביטל את החלטת האישור, והשיב את התיק לדיון בפני הערכאה דלמטה, הוא עדיין הכיר לראשונה, ובאופן תקדימי, בכך שהאיסור על גביית מחיר בלתי הוגן הקבוע בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, טומן בחובו גם איסור על תמחור גבוה בלתי הוגן המנצל במישרין את הצרכן, ולא רק איסור על מחירים נמוכים מדי (המכונים "תמחור טורפני") אשר עלולים להדיר מתחרים מן השוק. זאת ועוד, בית המשפט העליון אף הכיר בכך שניתן לנהל תובענה ייצוגית מכוח עילה זו.<sup>88</sup>

טרם לכן, ולראשונה, פרסמה רשות ההגבלים העסקיים בשנת 2014 גילוי דעת 1/14 בדבר האיסור על גביית מחיר מופרז בידי בעל מונופולין.<sup>89</sup> בגילוי דעת זה, הממונה על התחרות דאז – פרופ' דיויד

83 רע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל**, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 26.7.2022).

84 ע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה**, פ"ד נב(5) 213 (1998).  
שם.

85 עניין **נאור** (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 36 לפסק דינה של השופטת וילנר.

86 ת"צ (מחוזי מר') 6179-08-16 **גפניאל נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ** (נבו 16.1.2019).

87 מקורה של העילה הוא בדיני ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופי – Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Oct. 26, 2012, art. 102(a) 2012 O.J. (C326) 47.  
להרחבה על עילת המחיר המופרז ראו דויד גילה ואלון קלמנט "פרוצדורה ומהות בתובענה הייצוגית בעילת המחיר המופרז" **עיוני משפט** מה 117 (2022).

89 גילוי דעת 1/14 של הממונה על הגבלים עסקיים "האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין" (9.4.2014) **רשות התחרות** 500603. גילוי דעת זה פורסם על ידי הממונה על הגבלים עסקיים והציג לראשונה עמדה של הרשות בנוגע לגביית מחיר בלתי הוגן על ידי בעל מונופולין. במסגרת גילוי דעת זה, גביית מחיר בלתי הוגן גבוה נחשבה להפרה של סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ונקבע כי הרשות תעסוק באכיפת איסור זה.

גילה – הציג לראשונה עמדה שלפיה גביית מחיר בלתי הוגן גבוה נחשבת להפרה של סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, וקבע כי הרשות תעסוק באכיפת איסור זה על מונופולים הגובים מחיר מופרז. כי במסגרת גילוי הדעת ייצרה הרשות פרמטרים לקביעת המחיר כבלתי הוגן גבוה, תוך פירוט שיטות חלופיות לחישובו. עם זאת, לאור קשיים ביישום העילה, ולנוכח הביקורת הציבורית אשר הופנתה כלפי גילוי דעת 1/14,<sup>90</sup> פורסם לאחר כשלוש שנים, על ידי מחליפתו של פרופ' גילה בתפקיד – עורכת הדין מיכל הלפרין – גילוי דעת 1/17 אשר החליף את גילוי דעת 1/14. במסגרת גילוי דעת 1/17 רשות התחרות אומנם שבה על עמדתה שלפיה סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית חל גם על תמחור מופרז, אך בה בעת, הרשות ציינה כי היא תאכוף את האיסור במקרים חריגים בלבד, וכמוצא אחרון כאשר לא ניתן לפתור את הכשלים התחרותיים בשוק בדרך אחרת.<sup>91</sup>

בעניין **גפניאל** (עליון) יושמה, כאמור, עילת התמחור המופרז על ידי מונופול מכוח סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית.<sup>92</sup> כפי שמציין בית המשפט העליון, קיומה של עילה זו, ולא פחות מכך אופן יישומה, הייתה שנויה במחלוקת כאשר "יש אף מי שמטילים ספק אם רשות התחרות, ולחלופין בתי המשפט, הם הגורם המתאים לפיקוח על מחירים".<sup>93</sup> עם זאת, ועל אף שבשוק האירופי לא מוכר השימוש בעילה זו בהליך של תובענה ייצוגית, הביע בית המשפט את גישתו הרחבה יותר לשימוש בתובענה הייצוגית בהקשר זה,<sup>94</sup> תוך שהוא נותן דעתו, בין היתר, למאפייני הייחודיים של המשק הישראלי.<sup>95</sup> אימוץ זה של העילה בדין הישראלי ובאמצעות מנגנון התובענה הייצוגית, משמש דוגמה מובהקת בעניינו להדגמת הטענה הנטענת במאמר בדבר הנכונות לשימוש פרור-חברתי במנגנון התובענה הייצוגית בישראל. יתר על כן, העמדה הפרור-חברתית נשמעת גם מתוכן העילה כפי שנוסח על ידי בית המשפט, כאשר הוא מאמץ את המבחן הדו-שלבי ליישום עילת המחיר המופרז:

- 90 ראו בהקשר זה: מסמך רקע לעיון מחדש בגילוי דעת 1/14 – האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין (18.4.2016) **רשות התחרות** 500966.
- 91 גילוי דעת 1/17 של הממונה על הגבלים עסקיים "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה" (28.2.2017) **רשות התחרות** 501194.
- 92 ס' 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית.
- 93 עניין **גפניאל** (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ברון.
- 94 שם, בפס' 50 לפסק דינה של השופטת ברון, בית המשפט מגלה את עמדתו האוהדת לתובענה הייצוגית בהקשר זה גם בהזכירו "כי במקרים שבהם ניהול ההליך הייצוגי כרוך בהשקעה ניכרת של משאבים, ניתן לפנות לקבלת מימון מאת הקרן למימון תובענות ייצוגיות שהוקמה מכח סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות".
- 95 "מדובר במשק קטן בכל קנה מידה שהוא (מבחינת מספר התושבים במדינה, שטח המדינה, סך התוצר הלאומי הגולמי וכו'), המתאפיין בכלכלה ריכוזית וכן בהיסטוריה של התערבות ממשלתית מאסיבית במשק, הן מבחינה רגולטורית והן מבחינת אחזקות של המדינה בתאגידים ובמונופולים המובילים. נוסף על כך, משום מצבה הגיאוגרפולטי של המדינה מקובל לראות בכלכלה הישראלית ככלכלת אי – שהייבוא והייצוא אליה וממנה מתבצעים ככלל דרך האוויר והים ולא דרך מדינות שכנות. זאת ועוד. חוסר היציבות הביטחוני באזור מעיב על חדירת מתחרים ומשקיעים מחו"ל, ובכלל נותן אף הוא את אותותיו על הכלכלה הישראלית" (עניין **גפניאל** (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 40 לפסק דינה של השופטת ברון).

...המבחן להתקיימות העילה יהיה מבחן דו-שלבי, הבוחן בשלב הראשון את מידת מופרזותו של המחיר, ובשלב השני נותן מקום לנסיבות שהביאו לקביעתו של מחיר זה בשוק. בשינוי מסוים מעמדת רשות התחרות והיועמ"ש, הנטל בשלב השני יעבור אל בעל המונופולין – להראות כי חרף היותו של המחיר מופרז, ישנם טעמים כלכליים המובילים למסקנה כי מחיר זה בכל זאת הוגן... יבואר בנקודה זו, כי בעוד נהוג לכוון את עילת התביעה בשם "עילת המחיר המופרז", וזו גם הטרמינולוגיה שבה נוקט פסק דין זה – על פי המבחן הדו-שלבי לא די בכך שהוכח כי המחיר שנקבע על ידי בעל המונופולין הוא מחיר מופרז, אלא שבית המשפט נדרש להשתכנע כי המחיר המופרז הוא אף בלתי הוגן בנסיבות המקרה... חוק התחרות אינו אוסר על בעל מונופולין לקבוע מחיר גבוה או אף מופרז כשלעצמו – אלא שהאיסור מוחל על קביעת מחיר בלתי הוגן, שיש בו משום ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי.<sup>96</sup>

בית המשפט קובע דברים אלו תוך שהוא ער לחשש של שימוש יתר בעילה זו לצורך הטיפול בבעיות יוקר המחיה בישראל.<sup>97</sup> עם זאת, עצם ההכרה בעילה זו, והקביעה כי יישומה ויסודותיה נעוצים בעיקר בדרישת ההוגנות,<sup>98</sup> ובהטלת נטלי הראיה על התאגיד הנתבע לסתור את דרישת ההוגנות לאחר שהוכח מחיר מופרז, מחזקת את מקומה החברתי של התובענה הייצוגית בישראל ואת השיח בנוגע לתפיסת ההוגנות כלפי הציבור.<sup>99</sup> לא בכדי מתייחס בית המשפט למרכיב ההוגנות כלוז החשוב בעילת המחיר

96 שם, פס' 42–43.

97 בהתאמה, בית המשפט מזהיר גם משימוש רחב בעילה זו, ראו שם – פס' 47 לפסק דינה של השופטת ברון. השופט הנדל, בדעת מיעוט, מגלה גישה מרוסנת במיוחד ביחס לאכיפה הפרטית במקרים כאלו נוכח יתרונותיה לטעמו של אכיפה מנהלית על ידי רשות התחרות והחשש שבית המשפט ייהפך ל"מאסדר על" של המחירים בכלכלה הישראלית (פס' 5 לפסק דינו). ראו גם גישתה של השופטת וילנר, פס' 65–68 לפסק דינה בעניין נאור (עליון), לעיל ה"ש 12, שאף שאינה שוללת את השימוש בעילת המחיר המופרז בתובענה ייצוגית, היא גורסת כי יש לנקוט בגישה זהירה ביתר שאת בכל הנוגע לשימוש בה בהליך זה.

98 ראו דבריה של השופטת ברון בעניין גפניאל (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 42 ("לא די בכך שהוכח כי המחיר שנקבע על ידי בעל המונופולין הוא מחיר מופרז, אלא שבית המשפט נדרש להשתכנע כי המחיר המופרז הוא אף בלתי הוגן בנסיבות המקרה"). לתפיסת ההוגנות במשפט הפרטי בישראל, בהקשר התאגידי הרחב יותר, ראו דברי השופטת פרוקצ'יה: "עקרונות של צדק והגינות מהווים כיום חלק אינטגרלי מהמשפט הפרטי, וניטעו עמוק בדיני החוזים ובדיני התאגידים כאחד... בעידן האחרון, מתאפיין התאגיד העסקי בדואליות, שהפן האחד שלה הוא – שיקולים עסקיים המודרכים על ידי שיקולי יעילות ותועלת, והפן האחר הוא – קיום חובות הגינות ותום לב ביחסים עם קבוצות שונות עימן בא התאגיד במגע במסגרת פעילותו העסקית" (ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' אפרוחי הצפון בע"מ, פ"ד סג (1) 548 פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2009)).

99 להרחבה בדבר משמעותה של תפיסת ההוגנות ראו Daniel A. Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler *Fairness and the Assumptions of Economics*, 59 J. Bus. S285-S300 at S285 (1986); Eli Bukspan, *Corporate Purpose and Stakeholder Fairness Through the Lens of Behavioral Economics: Legal Implications* HARVARD LAW SCHOOL FORUM OF CORPORATE GOVERNANCE (2022); Eli Bukspan, *Stakeholder Fairness and Corporate Social Impact: The Behavioral Economic*

המופרז.<sup>100</sup> זאת ועוד, חיזוק הרוח הכללית בהגנה על יוקר המחיה ורווחת הצרכנים באמצעות ההליך הייצוגי מתגלה בעניין זה גם בגישתו המקלה של בית המשפט ביחס לנטלי הגילוי המוטלים בשלב הגשת בקשת האישור,<sup>101</sup> וגם באפשרות לאימוץ הגישה שלפיה יש להעניק זכות תביעה לצרכן עקיף בבית המשפט.<sup>102</sup>

לסיכום, פסק הדין בעניין **גפניאל** (עליון) הכריע בחיוב בסוגיה העקרונית של תחולת עילת המחיר המופרז ויישומה בדין הישראלי במסגרת ההליך של התובענה הייצוגית ובכך ביטא גישה פרו-חברתית עקרונית, בעלת השלכות רחב תקדימיות ביחס למשפט המשווה, המתאימה במיוחד לישראל נוכח היותה של הכלכלה המקומית כזו "המתאפיינת בשווקים קטנים וריכוזיים ובמקרים רבים גם בחסמי כניסה גבוהים" אשר מצדיקים במיוחד "ליתן בידי רשות התחרות והאזרחים כלי איכפה אפקטיבי להתמודדות עם ניצול צרכנים".<sup>103</sup>

ביטוי נוסף לגישתם המרחיבה של בתי המשפט ביחס לעילת המחיר המופרז נמצא בעניין **ניזרי** (מחוזי). בפרשה זו הוגשה בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד חברות הגז ונגד היועץ המשפטי לממשלה, בטענה לגבייה של מחיר מופרז עבור הגז הטבעי. על אף שהבקשה לאישור התביעה כייצוגית בעניין זה נדחתה בעניין **ניזרי** (עליון),<sup>104</sup> בין היתר לאור המעורבות הרחבה של המאסדרים בנושא ששקלו את שיקולי המשק לעומק, השופטת אסתר שטמיר הדגישה את עצם חשיבות ההליך ובשל כך החליטה לא לחייב את מגישי הבקשה בתשלום הוצאות כלשהן, ובלשונה:

חשיבותו הרבה של ההליך ברורה: המבקשת ואישה המנוח לפניה, השתמשו בכלי של התובענה הייצוגית וניסו להביא לשינוי עמדה של המאסדרים, ולהפחתת המחיר שישלם כל תושב בישראל עבור החשמל שהוא צורך. בסיס התביעה בטענה שמחיר הגז מופרז לפי אמת המידה המקובלת של בחינת עלויות ורווח, והיא התבססה על חוות דעת של מומחה בעל שם בתחום. דרכם אמנם לא צלחה, אך אין לומר שלכתחילה לא היה ראוי להגיש את בקשת האישור. אדגיש כי הבקשה הוגשה עוד לפני שממשלת

*Structure of Corporate Law* 13 MICHIGAN BUSINESS & ENTREPRENEURIAL L. REV. (2024, Forthcoming).

100 ראו דברי השופטת וילנר בפס' 57 בעניין **נאור** (עליון), לעיל ה"ש 12: "שאלת הוגנות המחיר ניצבת אפוא בלב לבה של עילת המחיר המופרז".

101 ראו פס' 50 לפסק דינה של השופטת ברון בעניין **גפניאל** (עליון), לעיל ה"ש 12.

102 בעניין **גפניאל** (מחוזי), לעיל ה"ש 12 מתייחס בית המשפט לצרכנים כצרכנים עקיפים מפני שהם רכשו את בקבוק 1.5 ליטר של קוקה קולה מהקמעונאים ולא מהחברה המרכזית ישירות. בשל עמדה זו אומנם אין לצרכנים יריבות חוזית ישירה עם החברה המרכזית. עם זאת, השופט גרוסקופף בעניין **גפניאל** (מחוזי), שם, הכיר בכך כי "הצרכן העקיף, אשר נשא בעיקר העלות הכלכלית, יהיה אף הוא גורם הרשאי לתבוע את בעל המונופולין, וזאת למרות היעדר יריבות חוזית ביניהם". בעניין **גפניאל** (עליון), לעיל ה"ש 12, לא נדונה שאלה זו מאחר והחברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ לא הלינה על קביעה זו (ראו פס' 13 לפסק דינה של השופטת ברון).

103 עניין **גפניאל** (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברון.

104 ההליך נדחה גם בבית המשפט המחוזי משום שהתובע לא הצליח להראות שהמחיר שנגבה מופרז.

ישראל החליטה החלטותיה שהתבטאו לבסוף במתווה הגז. יתרה מזו, למרות שקיבלתי את טענות המבקשת כי שאלת המחיר ההוגן לא נבחנה ככזו בהחלטות המאסדרים, בהצטרפן יחד למסכת אחת לא עברו את המשוכה הנדרשת בסעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות. **סבורני כי ראוי לעודד תביעות מסוג זה**, בין השאר באמצעות הכוונה של פסיקת הוצאות.<sup>105</sup>

עילת המחיר המופרז בהליך ייצוגי לא פסקה מלהעסיק את בית המשפט העליון, ולאחרונה נדונה שוב בעניין נאור (עליון), אשר ביטל את החלטת המחוזי באותו נושא. בפרשה זו, שצמחה מתוך "מחאת הקוטג'" שנערכה בקיץ 2011, פסק בית המשפט המחוזי שחברת תנובה קבעה מחיר גבוה ובלתי הוגן לגבינת הקוטג'. כאמור, בית המשפט העליון ביטל החלטה זו וקבע כי לא ניתן להוכיח כי תנובה קבעה לגבינת הקוטג' מחיר גבוה במיוחד ובלתי הוגן. עם זאת, אמירותיו לעניין בחינת ההוגנות הנדרשת ממונופול בעת קביעת מחיר מוצר, כפי שנקבע בעניין גפניאל (עליון), עומדות בעינין. פסק דין זה, אם כך, מותיר את הקביעות הערכיות והמשפטיות אשר עומדות בבסיס עילת המחיר המופרז, אף שבנסיבות המקרה לא השתכנעו השופטים כי התשתית העובדתית הצדיקה את המסקנה הראשונית כי תנובה קבעה לקוטג' מחיר הגבוה משמעותית מזה שהיה נקבע בשוק תחרותי, תנאי הכרחי לקביעה שהעילה הופרה.<sup>106</sup>

### 3. דיני איסור ההפליה

#### עניין לניאדו ועניין איזובר

העמדה הפרו-חברתית הובעה בתובענות ייצוגיות גם במסגרת הליכים שדנו בנושאי הפליה. מגמה זו בעולמן של התובענות הייצוגיות מהווה דוגמה משמעותית במיוחד לכוחה החברתי והציבורי של התובענה הייצוגית בהפיכתו של המשפט הפרטי לזירה מתאימה ומשמעותית בהטמעת עקרון השוויון, אף שעיקרון זה הוא עיקרון ציבורי וחוקתי במהותו.<sup>107</sup> לא בכדי, על כן, כאשר הדגיש בית המשפט העליון את ה"חשיבות הטמונה במנגנון התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית שבעזרתו ניתן לקדם

105 עניין ניזירי (מחוזי), לעיל ה"ש 12, בעמ' 58–59 (ההדגשה הוספה).

106 לביקורת על פסק הדין ויישומה בו של הלכת גפניאל (עליון), לעיל ה"ש 12, ראו דיויד גילה "האיסור על מחיר מופרז של בעל מונופולין: נאור נ' תנובה בראי גפניאל נ' החברה המרכזית" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מזו (30.4.2023) [https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/\\_gilo](https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/_gilo). ראו גם עידו באום ואפרת נוימן "לא צריך הפיכה משטרית, העליון כבר שמרן: הרג את הייצוגיות נגד מונופולים" - The-Marker (22.3.2023).

107 להיסטוריה של השפעת מנגנון התובענה הייצוגית על דיני השוויון בארצות הברית, ראו הדיון בעניין *Brown*, לעיל ה"ש 44, טקסט לה"ש 43–49 וכן אתירם, לעיל ה"ש 36. לטענה בדבר תחולתם הישירה של ערכי היסוד במשפט הפרטי ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" עיוני משפט מ 45 (2017).

ולמעלות על סדר היום עולות המבוצעות במרחב הציבורי כלפי קבוצות אוכלוסייה שונות,<sup>108</sup> הוא עשה כן במסגרת פסק דין בתובענה ייצוגית שדנה במדיניות מפלה וביכולתה להשפיע על מיגור הפליה.

בעניין לניאדו (עליון) נדון ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי,<sup>109</sup> אשר אישר תובענה ייצוגית כנגד בית החולים לניאדו בנתניה, בית חולים ציבורי-כללי המאוגד באופן פרטי כמוסד ללא כוונת רווח בבעלות עמותה חרדית. התובענה הייצוגית הוגשה בשל סירובו של בית החולים להעניק טיפולי פוריות לנשים שאינן נשואות. בבסיס התובענה עמדה הטענה כי בית החולים מאפשר טיפולי פוריות לנשים הרשומות כנשואות בלבד ובכך נוקט הפליה אסורה כלפי נשים שאינן נשואות. השופטת עובדיה בבית המשפט המחוזי אישרה את בקשת האישור, תוך מתן משקל כבד לעובדה שהתובענה עוסקת במדיניות מפלה ולא רק בפגיעה פרטנית, ותוך חיזוק השימוש בכלי התובענות הייצוגיות ככלי שמאפשר לאוכלוסיות פגיעות להביע את קולן באופן קבוצתי:

סבורתני כי בענייננו היתרונות שבניהול התובענה כייצוגית עולים בצורה מובהקת על החסרונות שבכך. אפרט: עסקינן בתביעה שעילתה העיקרית היא הפליה בלתי חוקית, על בסיס מדיניות מוצהרת ולא על רקע אירועים פרטניים. כמו כן, היתרון בניהול התובענה כייצוגית רלוונטי במיוחד מקום שיש חשש לחסמים שונים אצל חברי הקבוצה להגשת תביעה אישית. בענייננו נטען כי נשים שאינן נשואות המבקשות לקבל טיפולי פוריות יתקשו להגיש תובענות אישיות על רקע חששן מקיומה של סטיגמה שלילית המיוחסת לנשים הסובלות מאי-פיריון ובשל החשש מפגיעה בפרטיותן. ביטוי לכך ניתן למצוא בבקשת המבקשת, לה לא התנגד בית החולים, להיות מכונה בכותרת ההליך כ'פלונית'. כמו כן, באישור התובענה כייצוגית יש כדי להגשים את מכלול המטרות הקבועות בחוק תובענות ייצוגיות. ניתן לצפות כי באמצעות התובענה יקודם האינטרס של אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו ואף תקודם זכות הגישה של הנפגעות לבית המשפט, ובכללן נשים המתקשות או חוששות לפנות לבית המשפט בתביעות אישיות.<sup>110</sup>

על קביעה זו של בית המשפט הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, וזה חיזק את עמדת בית המשפט המחוזי. כבר בפתח פסק דינה, מנסחת השופטת ברון את השאלה המשפטית באופן אשר ממסגר את שאלת התאמתה של התובענה הייצוגית לשאלות חברתיות, ערכיות וחוקתיות באומרה: "האם מדיניות של בית חולים פרטי הנועצה בטעמים דתיים-הלכתיים שלפיה לא יינתנו על ידו טיפולי פוריות לנשים שאינן נשואות מקימה עילה לניהול תובענה כייצוגית?". פתיחה זו זהה בניסוחה לאופן

108 עניין לניאדו (עליון), לעיל ה"ש 12, פס' 68 לפסק דינה של השופטת ברון.

109 עניין לניאדו (מחוזי), לעיל ה"ש 12.

110 שם, פס' 31.

בו פתח גם השופט דנציגר את פסק דינו הידוע והחשוב בעניין **רדיו קול ברמה**: "האם מדיניותה של תחנת רדיו לפיה לא תושמענה נשים בשידוריה מקימה עילה להגשת תובענה ייצוגית?"<sup>111</sup> בעניין **לניאדו** (עליון) נקבע כי מדיניות בית החולים שתוארה לעיל מפירה את איסור ההפליה בהיותה נעוצה בזהות המטופלת ומעמדה האישי ולא בשיקולים רפואיים, כקבוע בחוק זכויות החולה:<sup>112</sup>

עוצמתה של הבחירה בהורות והכמיהה לילד אינן שונות בין אישה לנשואה לאישה שאינה נשואה, וגם לא הכאב והתסכול הנובע מהקושי לממשה. מניעת טיפולי פוריות מאישה רק בשל כך שאינה רשומה כנשואה במרשם האוכלוסין היא מפלה, פוגענית וכואבת. עצם המדיניות המעניקה אפשרות לטיפולי פוריות רק לבני זוג נשואים לצד שלילת אפשרות מאלו שאינם, מהווה פגיעה בגרעין הקשה של כבוד האדם, הכוללת מימד של השפלה כלפי הצד המופלה. יתרה מכך, סגירת הדלת בפני נשים שאינן נשואות מבטאת אמירה המתייגת את כל אותן משפחות חדשות כפסולות ונחותות ביחס למשפחה המסורתית של גבר ואישה שנישאו זה לזו. אמירה הצהרתית זו כשלעצמה פוגענית ועשויה להוביל לגיבושו של נזק לא ממוני לאישה המופלית.<sup>113</sup>

בית המשפט העליון דחה את הטענה שנשמעה מפי בית החולים, לפיה אין מקום לנהל הליך ייצוגי בנסיבות המקרה בו מדובר במספר מועט של מקרים (שלושה במספר לטענתו), וזאת מאחר שמדובר ב"מדיניות מפירה" המבססת קיומה של הקבוצה המופלית לטובת ניהול ההליך.<sup>114</sup> קביעה זו של בית המשפט מאירה את גישתו המרחיבה והאוהדת ביחס לפוטנציאל הטמון בתובענות ייצוגיות בקידום ליטיגציה ציבורית. כאמור, השופטת פותחת בשאלת היחס בין תובענות ייצוגיות לשאלות מדיניות הקשורות בנושאים חברתיים וקבוצתיים, ובה בעת גם מסיימת את פסק דינה בקביעה כי "בקשת האישור הנדונה מבטאת נאמנה את החשיבות הטמונה במנגנון התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה

111 רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך** – פורום נשים דתיות (נבו 9.12.2015) אשר עסק בתובענה ייצוגית שהתקבלה כנגד תחנת רדיו חרדית "קול ברמה" שמנעה מנשים להישמע בשידורי התחנה בשל העובדה שמדובר בהפליה אסורה. בית המשפט הדגיש כי תופעה של הדרת נשים ודחיקתן מהמרחב הציבורי היא תופעה פסולה והסתייע במנגנון התובענה הייצוגית לצורך התמודדות עם מקרים של פגיעות קולקטיביות. במסגרת מאמר זה – המוקדש לפסקי דין מהשנתיים שקדמו לכתיבתו – לא נרחיב את הדיבור על פסק דין זה. אף על פי כן ראוי לציין כי מפסק דין זה ומנוספים עולה כי "מכשיר התובענה הייצוגית מתאים במיוחד לטיפול במקרים בהם מוכחת מדיניות של הפליה, בעוד שהמכשיר של פיצוי בלא הוכחת נזק ישמש להתמודדות עם מקרים בהם מוכחת הפרה נקודתית של חוק איסור הפליה, שאין בה די כדי ללמד על מדיניות של הפליה" עניין **בכר**, לעיל ה"ש 12, פס' 4. ראו גם, ת"א (מחוזי מר') 40693-11-16 **אברוקין נ' חברת קדישא (גחש"א) פתח תקווה** (נבו 24.6.2021).

112 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. הדיון בפסק הדין לא נערך במסגרת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, שכן זה אינו חל על שירותי בריאות ורפואה.

113 עניין **לניאדו** (עליון), פס' 65 לפסק דינה של השופטת ברון.

114 שם, פס' 66 לפסק דינה של השופטת ברון.

אזרחית שבעזרתו ניתן לקדם ולהעלות על סדר היום עוולות המבוצעות במרחב הציבורי כלפי קבוצות אוכלוסייה שונות. לא ניתן להפריז בחשיבות הציבורית הטמונה במיגור ההפליה". על דברים אלו חזר השופט עמית, במשפט איתו סיים גם הוא את פסק דינו באותו עניין: "התובענה הייצוגית היא מסגרת דיונית שהולמת תביעות הנוגעות לפרקטיקה מפלה, בהיותה כלי מרכזי באכיפה האזרחית".

בפרשה נוספת שנדונה בבית המשפט העליון, בעניין **איזובר** (עליון), אושר פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר אישר בקשה לאישור תביעה כייצוגית כנגד מסעדת סוהו בראשון לציון. בבסיס הבקשה עמדה הטענה למדיניות מפלה של המסעדה אשר לא אפשרה להכניס סועדים מתחת לגיל 25 בשעות הלילה וזאת בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"א–2000.<sup>115</sup> כאמור, בית המשפט העליון לא התערב בהחלטה לאשר את התובענה הייצוגית ובכך אימץ את עמדת בית המשפט המחוזי שלפיה התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת

להכריע במחלוקת זו תוך מתן דגש על אכיפה צופה פני עתיד ומניעת הישנות של הפליה זו.<sup>116</sup> החלטה נוספת שניתנה לפני יותר משנתיים, תקופת הזמן בה מתמקד מאמר זה, אך מדגישה גם היא את חשיבותו של הליך התובענות הייצוגיות במיגור תופעות של הפליה, ניתנה בעניין **בכר**.<sup>117</sup> במקרה זה קבע בית המשפט המחוזי, במסגרת החלטה המאשרת הסדר פשרה, כי קביעת גיל שונה בהתאם לשיוך מגדרי בכניסה למקומות בילוי, באמצעות מנגנון תמחור שונה של דמי כניסה, מהווה הפליה פסולה המנוגדת לחוק. בקביעתה רואה השופטת אגמון-גונן בתובענה הייצוגית כמכשיר ראוי, ולעיתים כ"דרך המלך", לקידום "אינטרסים ציבוריים ולשינוי חברתי",<sup>118</sup> ובכלל זה קידום השוויון המגדרי בישראל,<sup>119</sup> תוך שהיא מסתייעת ברטוריקה חזקה אשר מדגישה את השפעת הרוחב של התובענה הייצוגית על אכיפת עקרון השוויון ועל המטרות החברתיות העומדות ביסוד חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"א–2000:

הכרה בעוולה, או הפליה בניגוד לחוק איסור הפליה ירתיעו ספקי שירות אחרים מהפליה דומה, יותר מאשר בתביעות אישיות, לאור האפשרות לפסוק פיצוי גבוה הרבה יותר... יש חשיבות לדבר על פרקטיקות רחבות של הפליה בין גברים לנשים לעניין גיל הכניסה ותשלום במועדונים, ותובענה ייצוגית יכולה לדון בבעיית הרוחב, במסגרת

115 השו"ל רע"א 8821/09 **פרויד'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (נבו) 16.11.2011. שבו נדון נושא דומה, אך לא במסגרת הליך של תובענה ייצוגית. לאורך השנים אישר בית המשפט הליכים נוספים שהתקיימו בסוגיה הנוגעת להפליה מחמת גיל במסגרת תובענות ייצוגיות ובמסגרתם הושגו הסכמי פשרה אשר קבעו כי יש להסיר את ההפליה הגילאית. כך היה בעניין ת"צ (מחוזי י-ם) 61506-08-18 **חאג' יחיא נ' קלאב הוטל ניהול (1996) בע"מ** (נבו) 10.12.2019. שם נטענה הפליה בעניין איסור כניסה למלון למי שטרם מלאו לו 21 ללא ליווי הורים, איסור שהתייתר עם הסכם הפשרה; כך גם בת"צ (מחוזי ת"א) 68949-10-18 **פונטוביץ נ' מלונות קיסר פרמייר ישראל בע"מ** (נבו) 5.6.2019. שם נטען להפליה בגין איסור על כניסה למלון לבני 18–21 שלא משרתים בצבא.

116 עניין **איזובר** (מחוזי), לעיל ה"ש 12, פס' 47.

117 עניין **בכר**, לעיל ה"ש 12.

118 שם, בעמ' 53.

119 שם, בעמ' 51.

הדיון בעילה, כפי שנעשה במקרה זה. לטעמי, כאשר מדובר בפרקטיקה מפלה, על אחת כמה וכמה אם זו נהוגה במקומות רבים, כי התובענה הייצוגית היא הכלי המתאים לטפל בכך.<sup>120</sup>

לאור דברים אלו ניתן לראות את מקומה החברתי והציבורי של התובענה הייצוגית בקביעותיו של בית המשפט, המגנות מדיניות הדוגלת בהפליה בשדה האזרחי. השימוש בכלי הייצוגי מוצא כך את מקומו כבעל תפקיד מרכזי בהובלת שינוי חברתי, תוך שהוא מסייע בפיתוח הדיון התאורטי-משפטי בעילת ההפליה.

#### 4. מעמדה המעין רגולטורי של התובענה הייצוגית בראי הפסיקה

חשיבותה המשפטית והחברתית של התובענה הייצוגית במשפט הישראלי ניכרת גם מזווית נוספת, זו המתייחסת אליה כמנוף מעין רגולטורי, הפועל לצד גופי האסדרה אשר ברגיל אמונים הם על אכיפה ופיקוח בספרה הציבורית. כזכור, אחת התכליות המסורתיות שהחוק מנסה להגשים היא אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.<sup>121</sup> תכלית זו יש בה, למצער, לחזק את האסדרה השלטונית שנועדה לאותה מטרה, להשלים אותה ואף להחליפה לעיתים.<sup>122</sup>

באופן כללי, רגולציה נועדה להגן על האינטרסים של הציבור בתחומים שונים, כגון בתחומי הרווחה או הכלכלה, וזאת בדרך של קביעת כללים וסטנדרטים ואכיפתם – באמצעות הגוף המפקח – על השחקנים השונים הפועלים בזירה הרלוונטית.<sup>123</sup> בהתאם להגדרה זו, מוסד התובענה הייצוגית

120 שם, בעמ' 53. במקרה זה השופטת אגמון-גונן מחזקת את המסר המעודד שימוש בתובענה הייצוגית במקרים כאלו באמצעות קביעת גמול לתובע על הצד הגבוה.

121 ס' 1(2) לחוק.

122 זה המקום לערוך הבחנה בין המונחים "אכיפה" ו"רגולציה". רגולציה מתייחסת למכלול רחב של כלים העומדים לרשות המדינה (ובכלל זה משרדי ממשלה, רשויות ממשלה, גופים ציבוריים ועוד) לצורך הסדרה של תחום עיסוק או ענף מסוימים, ובהמשך אף לפקח ולאכוף את ההוראות המסדירות. לעומת זאת, אכיפה, כשלעצמה, נחשבת פעולה נקודתית יותר, הנוגעת בוודוא ציות לדין. פעולה זו יכולה להוות חלק מרגולציה שהמדינה מוציאה אל הפועל, אך היא אינה מוגבלת למסגרת זו, שכן היא יכולה להיות מיושמת אף על ידי גופים או פרטים שאינם קשורים למדינה. להגדרת המונח רגולציה ראו שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" **חוקים בקצרה** 1, 6-9 (2014) ("פעילות שיטתית הנעשית בידי גוף מנהלי ברשות המבצעת של המדינה... באמצעות נורמות משפטיות כופות או וולונטריות, לצד הפעלתם של מערכי פיקוח לציות ויישומם של מנגנוני אכיפה"). וכן ע"א 6187/15 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ במעמדה כנאמן לעמיתי "קן הפנסיה של הסתדרות העובדים הלאומית בע"מ" נ' צולר, פס' 37 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 28.5.2018). במאמר זה ההתייחסות היא לרגולציה במובנה הרחב. לדיון מפורט במושג "רגולציה", תוך התייחסות לכך שאין לגביו עדיין "תורת משפט סדורה", ועל זיהויו גם עם גורמים לא מדינתיים, ראו איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 47, 50-64 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

123 David Levi-Faur, *The Odyssey of the Regulatory State: From a "Thin" Monomorphic Concept to a "Thick" and Polymorphic Concept*, 35 LAW & POL'Y 29 (2013).

מתיישב עם ההגדרה הרחבה של רגולציה.<sup>124</sup> התבוננות כזו על התובענה הייצוגית אינה מתיימרת לכרסם בתפקידו של הרגולטור המסורתי, אלא לפעול לצידו בהטמעת נורמות ציבוריות ראויות ובהרתעה אפקטיבית מפני הפרתן. בכובעה זה, התובענה הייצוגית יכולה לסייע ביצירת נקודת שיווי משקל משופרת ואפקטיבית יותר במערכת היחסים הקיימת בין הרגולטור לחברה האזרחית. במילים אחרות, המדינה, בכובעה כרגולטור, לא נותרת השחקנית הבלעדית המופקדת על שמירת האינטרס של הציבור. נוכח מגבלותיה של המדינה מתגלה כיום ביתר שאת הפוטנציאל הטמון בתובענה הייצוגית ככזו אשר "מפריטה" את מנגנון האכיפה ומעצימה את תמריציו ויכולתו של הציבור להגן על זכויותיו בעצמו.<sup>125</sup>

סממן מובהק להליך "הפרטה" מן הסוג הזה ניתן לראות בפסק הדין בעניין דנ"א זליגמן אליו נפנה מיד, כמו גם ברשימת התביעות המנויות בתוספת השנייה לחוק. רשימה זו מפרטת את התביעות בגין ניתן להגיש תובענות ייצוגיות, ובכלל זה בענפי משפט הכפופים לרגולציה ענפה ומורכבת, כגון תחומי הצרכנות, הביטוח, הבנקאות והגנת הסביבה. יש להניח שהמחוקק, בחוקקו את רשימת העילות בהן ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית, סבר כי עילות אלו לוקות בתת-אכיפה, ברמה המצדיקה את "הפרטת" אכיפתן.<sup>126</sup> גישה כזו נשמעת גם בפסיקותיהם של בתי המשפט, המשקיפים לא אחת על התובע הייצוגי כעל גורם הפועל כמעין רגולטור,<sup>127</sup> ובהקמתה של קרן ציבורית למימון תובענות

124 לפי הגדרה זו, מנגנונים משפטיים דוגמת התובענה הייצוגית, וכלים לבר-משפטיים כאמצעי התקשורת, מהווים אף הם חלק בלתי נפרד מהרגולציה שמשפיעה על המגזר הפרטי – שרון ידין רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 22–23 (2016). למרות הגדרה רחבה זו, לגישתה של ידין ראוי לסווג כלים אלה כמתאימים יותר למושג "ממשליות" (governance), ולא למושג "רגולציה" (ראו שם).

125 כאנקדוטה, גם הוראת ס' 15 לחוק ממחישה את היחסים בין הרגולטור לחברה האזרחית. סעיף זה מאפשר לרשות ציבורית, הפועלת לקידום מטרה ציבורית הקשורה לעניין שתובענה ייצוגית נתונה עוסקת בו, להשתתף בדיון מושא התובענה, אך לא כצד מסדיר. באופן דומה, גם ס' 3(א) לחוק, אשר קובע כי "...לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי", מעודד בעקיפין הגשה ישירה של תובענות ייצוגיות כלפי גופים מפירים על ידי הציבור בנושאים בהם הרשות הציבורית אינה עושה כן.

126 בדברי הסבר להצעת החוק נכתב כי תחולתו של החוק מוגבלת לעניינים המנויים בתוספת השנייה, תוך שימוש במודל הדרגתי לפיו יוספו בשלבים עילות, נושאים ותחומים: "תפיסת החוק היא שעדיפה בחינה נפרדת של התאמת ההליך לכל תחום בנפרד", בין היתר "תוך בחינה מהותית של מידת קשיי האכיפה שמעורר התחום". ראו דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 257.

127 ראו, למשל, בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 64 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 30.8.2015) ("התובענה הייצוגית משרתת את האינטרס הפרטי של התובע אך גם 'רותמת' אותו לטובת הכלל, על-ידי כך שהיא מבטיחה פיצוי למי שמסייע לאכיפת הדין ולהרתעה מפני הפרתו באותם מצבים שבהם קיים 'כשל שוק' באכיפה. מבחינה זו, התובענה הייצוגית היא גם כלי רגולטורי, במובן הרחב של מונח זה"); ת"צ (מחוזי ת"א) 31111-01-10 נתן נ' טעם טבע – אלטמן שותפות כללית, פס' 2 לפסק דינה של השופטת שבח (נבו 31.10.2012) ("יש לאזן בין חשיבותה של התביעה הייצוגית, נוכח תרומתו של התובע הייצוגי לחברה, הנוטל על עצמו לא פעם את תפקיד הרגולטור ומבצע את תפקידן של הרשויות..."). כן ראו את דבריו הנכוחים של המשנה לנשיאה (בדימו') רובינשטיין בעניין שליידר, פס' עח לפסק דינו.

ייצוגיות אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן.<sup>128</sup> במבט צר, אומנם אין המדובר ב"הפרטה" מלאה של הרגולציה, שכן רק המישורים של **פיקוח ואכיפה** "מופרטים" על ידי התובענה הייצוגית, בעוד שמישור **הקביעה** של הנורמה נותר בידי הרשות השלטונית. עם זאת, במובן הרחב, לא ניתן להתעלם מהפוטנציאל הציבורי והלבר-אכיפתי של מוסד התובענות הייצוגיות בהטמעת נורמות ראיות, וזאת גם במקרים בהם תובענות אלו אינן מסתיימות בפסקי דין.<sup>129</sup>

מאפיינים אלו של התובענה הייצוגית ומאכיפתן של נורמות בעלות אופי חברתי וציבורי באמצעותה,<sup>130</sup> ניתן ללמוד על ההצדקה המעיין רגולטורית הטמונה במנגנון התובענה הייצוגית – מנגנון אשר נתפס באופן מסורתי כשייך לממלכת המשפט האזרחי<sup>131</sup> – ועל טשטוש הגבולות בין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי. מאמר זה מצטרף, אם כן, בהסכמה לגישה המובעת על ידי הוכמן, חספר ולרגמן שלפיה "התובענה הייצוגית היא מעין-רגולציה, משום שהפרט מבצע פעולות 'רגולטוריות' ואף בית המשפט הוא סוג של 'רגולטור', בפיקוחו באמצעות הכלי המשפטי על רגולטורים בשוק".<sup>132</sup>

בהתבוננות מרחיבה כזו על התובענה הייצוגית – אשר רותמת את האינטרס הפרטי של התובע המייצג לטובת הציבור בכללותו ולטובת התכלית ההרתעתית-החברתית<sup>133</sup> – והגדלת חלקה ב"חלוקת העבודה" בינה ובין הרגולטור, יש כדי להתרחק מהגישה המסורתית אשר דוגלת במדיניות של מתן עדיפות למנגנוני האכיפה הציבורית לצורך הגשמת יעדיהן של הוראות הדין. מסקנה זו נלמדת מהעלייה הדרמטית במספרן של התובענות הייצוגיות בישראל ומעמדת הרוב שניתנה לאחרונה בעניין **דנ"א זליגמן**.

**במאמר הקודם** עסקתי בהרחבה ביתרונותיה ובחסרונותיה של האכיפה הציבורית לעומת האכיפה הפרטית ולא נרחיב בזה כאן.<sup>134</sup> עם זאת, מתאים לשוב ולהזכיר, על קצה המזלג, את העמדה המזוהה בספרות אשר מאתרת כשלים במנגנון האכיפה הציבורי, אשר לצד יתרונותיו יש לו גם חסרונות בהשוואה לאכיפה הפרטית. כך, למשל, יש הגורסים כי הרגולציה המיושמת על ידי רשות שלטונית עלולה להיות מושפעת ממניעים שלא נועדו לשרת את האינטרס הציבורי, ובראשם יעדים פוליטיים.

- 128 ס' 27 לחוק; ראו גם, בוקשפן **במאמר הקודם**, לעיל ה"ש 10.
- 129 ראו גם את הדיון שנערך לעיל ליד ה"ש 51–52, ממנו עולה כי עצם בירורן של תובענות ייצוגיות עשוי להשפיע על השיח הציבורי והחברתי המהותי ועל רפורמות מבניות. השוו גם Fiss, לעיל ה"ש 58.
- 130 דוגמת הפליה, פגיעה בפרטיות, שוויון הזדמנויות בעבודה ושוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, אף שבתחומים אלו עדיין לא רבות הבקשות לאישור תובענות ייצוגיות (למעט תחום הנגישות ושוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות בו ניכרת לאחרונה עלייה בכמות הבקשות). ראו גם וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 6; אסתר חיות, לעיל ה"ש 38, בעמ' 938.
- 131 ראו עניין **רע"א א.ש.ת.**, לעיל ה"ש 24. בהקשר הנוכחי יפים דבריה של השופטת שטרסברג-כהן כי התובענה הייצוגית משמשת גם "אמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי מקום שבו הסנקציה הפלילית-עונשית וסנקציות הרשויות המפקחות אינן מספיקות" שם, בעמ' 237.
- 132 הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 122, בעמ' 62–63.
- 133 גיא הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" **משפט ועסקים** ג 247 (2005).
- 134 ראו בוקשפן **במאמר הקודם**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 146–153.

גישה קיצונית אף יותר גורסת כי הרגולציה מושפעת מקבוצות עניין שונות שהישות המדינית אמורה לפקח עליהן, כך שהיא משרתת את יעדיהן הכלכליים של אותן קבוצות עניין, ולא דווקא את ענייני של הציבור.<sup>135</sup> לפי גישות אלה, האכיפה הציבורית נגועה באופן פוטנציאלי ב"פוליטיזציה", שעלולה להוביל להסטה מן האינטרס שלמענו היא נועדה לפעול. חיסרון בולט נוסף המיוחס לאכיפה הציבורית, אשר נובע מהמשאבים הרבים העומדים לרשות הרשות השלטונית, הוא הבירוקרטיה הכרוכה בייזום פעילויות אכיפה. חיסרון זה מוביל לכך שהאכיפה הציבורית לוקה בהעדר גמישות ובחוסר יעילות בעת הפעלתה, וזאת בניגוד למערכת האכיפה הפרטית, שהיא גמישה יותר באופיה.<sup>136</sup> לנוכח האמור, הוצע כבר במאמר הקודם להסתכל באהדה על הגישה לפיה אכיפה פרטית וממוקדת של הדין, במיוחד באמצעות כלי התובענה הייצוגית, תמיר או למצער תשלום את פועלם של מנגנוני האכיפה הציבוריים.<sup>137</sup> דברים אלה נכונים במיוחד בעידן "המדינה הרגולטורית", בעיקר כאשר מביאים בחשבון את יתרונותיו של הליך התובענה הייצוגית כהליך קולקטיבי – אך כזה שממוקד בהפרה ובגורם המפר – המצוי בידיהם של התובעים הפוטנציאליים לצורך קידום הליכי אכיפה ללא מעורבותן הישירה של רשויות ציבוריות. טבעה זה של התובענה הייצוגית ממחיש היטב את היותה מתכונת מפותחת של ליטיגציה אזרחית, שאותה כינה Chayes כבר בשנת 1976 "public law litigation".<sup>138</sup>

135 תופעה זו מכונה בספרות "Capture Theory" ("הרגולטור השבוי"), שלפיה קבוצות עניין בתעשיות שונות מתאימות לעצמן באופן הדרגתי את הרגולציה המוחלת עליהן על ידי הרשויות המדיניות. ראו באופן כללי George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971); Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 335 (1974).

136 Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 HARV. L. REV. 1193 (1982). נוסף על כך יש לזכור כי לא רק שאכיפה מלאה של הדין אינה מעשית, היא גם אינה מיטבית מבחינה כלכלית, שכן התוספת השולית מאמצעי אכיפה ציבורי נוסף לא תניב תוצאה יעילה מבחינה מצרפית בהשוואת עלות האכיפה הציבורית המלאה לתשואת ההרתעה שתושג. לנקודת מבט נוספת ושונה על השפעת משאביו הכלכליים של הרגולטור על פעולת האכיפה שלו, ראו את דברי השופטת ברון בע"א 6187/15 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ במעמדה כנאמן לעמיתי "קרן הפנסיה של הסתדרות העובדים הלאומית בע"מ" נ' צולר, פס' 37 (נבו 28.5.2018), "הרגולטור ככל גוף מנהלי פועל במגבלות תקציביות ותחת סדרי עדיפויות. על כן, שיקולים רבים ומגוונים עשויים להנחות את פעילותו; ואין לראות בהיעדר פעולת אכיפה מצד הרגולטור כהיעדר צורך באכיפה".

137 כן, למשל, נקבע בעניין: *Deposit Guar. Nat'l Bank of Jackson v. Roper*, 445 U.S. 326, 339 (1980): "The aggregation of individual claims in the context of a classwide suit is an evolutionary response to the existence of injuries unremedied by the regulatory action of government" להרחבה בנוגע לכך שמנגנוני האכיפה הפרטית, ובכלל זה מכשיר התובענה הייצוגית, נועדו להשלים את מנגנוני האכיפה המסורתיים במשפט, בדמות האכיפה הציבורית, ראו William B. Rubenstein, *On What a "Private Attorney General" Is – And Why It Matters*, 57 VAND. L. REV. 2129 (2004) "על האכיפה העונשית והפרטית של דיני הגבלים עסקיים" עיוני משפט טו 537 (1990), אשר טוען כי בתחומים שונים, כגון תחום ההגבלים העסקיים, קיימים "מפקחים" פרטיים שיכולים להביא לשיפור באכיפה וציות לדין לצד התפקיד הפיקוחי שהמדינה נוטלת על עצמה כישות ריבונית. Chayes, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1307–1309.

ברוח זו נראה שפסק הדין בעניין דנ"א זליגמן מבטא היטב את הגישה הנורמטיבית שבוטאה גם במאמר הקודם.

### עניין דנ"א זליגמן

ביולי 2021 ניתן בבית המשפט העליון דנ"א זליגמן, בדיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים, ובו מהדהד ביטוי חזק במיוחד, אולי החזק ביותר, לעמדה המעצימה את מעמדה הציבורי והמעין רגולטורי של התובענה הייצוגית בישראל. יתר על כן, פסק הדין מהווה נייר לקמוס טוב ליחסו הנוכחי של המשפט הישראלי לתובענות ייצוגיות. זאת, לא רק נוכח היותו של פסק הדין כזה שניתן במסגרת דיון נוסף בהרכב של שבעה שופטים, אלא גם בשל העובדה שעמדת המיעוט באותו פסק דין מיוצגת על ידי השופטים סולברג, מינץ ווילנר. שלושה שופטים אלו נתנו את פסק הדין בבית המשפט העליון בעניין נווה עמל (עליון), עימו פתחנו את סקירת הפסיקה במאמר זה, ומשכך נראה שהעמדה הצרה ביחס למשמעות החברתית של התובענה הייצוגית, שהציגו בשני המקרים, אינה מבטאת את דעת הרוב בבית המשפט העליון.

עיקרו של עניין דנ"א זליגמן בשאלות תשתית בדבר "חלוקת העבודה" בין הרגולטור לבין אכיפה פרטית (המבוצעת באמצעות התובענה הייצוגית) ובדבר תחולתה של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות. כפי שנראה להלן, בשני נושאים אלו מחזקת הלכת דנ"א זליגמן את מעמדה של התובענה הייצוגית ואת עדיפותה, לעיתים, על פני מנגנוני ההסדרה המסורתיים.<sup>139</sup>

139 זרע לגישה מרחיבה ומעין רגולטורית להליך התובענה הייצוגית ניתן למצוא בעניין שליידר, לעיל ה"ש 62. תובענה ייצוגית זו הוגשה לאחר שנתגלו בחברת החשמל לישראל בע"מ חריגות שכו לכאורה בהיקפים משמעותיים ולאחר שהממונה על השכר במשרד האוצר החליט לבטל שורה של תוספות שכר ולתבוע מהעובדים השבת הסכומים שקיבלו בשל אותן הטבות. החל משנת 2003 בוצעו על ידי חברת החשמל שינויים בפרמטרים אקטואריים וחשבונאיים בשל ההטבות שגרמו לעלייה בהתחייבויות, ואלו הובילו, בתורם, להעלאת תעריף החשמל. התובענה הייצוגית שהוגשה בעניין שליידר עסקה בזכות להשבת הכספים לצרכנים, כספים ששולמו על ידם, לפי הטענה, בשל הטעות האקטוארית. עמדת המשנה לנשיאה רובינשטיין הייתה כי נכון להרחיב את השערים לביקורת שיפוטית על המעשים הנתענים גם באמצעות מנגנון התובענה הייצוגית כמנגנון משלים לאכיפה הציבורית וככלי הרתעתי המופנה כלפי גופים הפועלים לא כדין בכספי הציבור: "...אימוצה של דוקטרינה מעין זו, אשר שמה את כל הביצים בסל הרגולטור, אינו עולה בקנה אחד עם העמדה הנהוגה בשיטת משפטנו, לפיה יש לאפשר לתובע לבחור – ככל הניתן, ובגבולות כללי הסמכות המקובלים – באיזה הליך יתבע את סעדו, כחלק מזכות הגישה לערכאות... קיומו של הנתביב האזרחי לפתרון סכסוכים אל מול המדינה, בצד צמצום תחולתן של ההגנות האמורות מפני תביעה ייצוגית, מלמדים על מגמה במשפט הישראלי להרחיב את קשת הסעדים אשר יכול אזרח לתבוע בהליכים שבהם מעורבות רשויות המינהל... אין לכחד, כי 'רוח ציבורית' מסוימת שורה על ענייננו. הדבר נובע הן ממעורבותן של רשויות המינהל – רשות החשמל, מזה, והממונה על השכר, מזה – והן מאופיה של המערכת, אשר ציבור צרכניה חופף באופן כמעט מוחלט לציבור תושבי המדינה בכללותו... אולם יש לזכור כי ההליך הייצוגי משרת בראש וראשונה תכליות ציבוריות, וביניהן אכיפת החוק במישור האזרחי. והנה בנידון דין נראה, כי אכיפה בדמות השבתם של רווחים שעשתה המערכת על חשבוננו של הציבור שלא כדין, תוך מודעותה לאי החוקיות אשר דבקו בהם, יכולה לשמש בנסיבות השלמה נאותה למנגנונים הרגולטוריים שנועדו לפקח עליה" (עניין שליידר, פס' עח לפסק דינו

בעניין דנ"א זליגמן דובר בתובענה ייצוגית שהוגשה לבית המשפט המחוזי ואשר עניינה בגביית תשלום הקרוי "תת שנתיות", כינוי לתוספת של מספר אחוזים לתשלום המשולם על ידי המבוטחים כריבית שאמורה לשקף את פריסת תשלומי הפרמיה לתשלומים חודשיים.<sup>140</sup> לטענת המבקשים (העותרים בדיון הנוסף) גבייה זו בוצעה שלא כדין. טענה זו הייתה מנוגדת לעמדת המפקח על הביטוח לפיה ההנחיות שהוציא בעניין זה מאפשרות לחברות הביטוח לעשות כן. ברקע עניין דנ"א זליגמן, אם כן, ניצבה השאלה אם יש לתת לעמדת המאסדר, המופקד על עניינם של ציבור המבוטחים, עדיפות על פני טענתם של ציבור הצרכנים, המפוקחים עצמם, אשר תובעים את התאגידים המבטחים באמצעות הליך התובענה הייצוגית.

בפסק דינו של בית המשפט העליון נושא הדיון הנוסף, נדחתה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית בהתבסס על משקל הבכורה שהיה לתת לעמדת הרגולטור ועל התפיסה אשר לפיה הגנת "זוטי דברים" חלה בהליך התובענה הייצוגית ואשר מכוחה, לדעת השופטים, המדובר באירוע שרוב חברי הקבוצה התובעת היו רואים בו עניין קל ערך שבשלו הם לא היו מגישים תובענה ייצוגית. בדיון הנוסף שנערך, כאמור, בהרכב של שבעה שופטים, שונתה ההלכה בהחלטת רוב (המשנה לנשיאה מלצר והשופטים הנדל, ברק-ארז ופוגלמן) המנוגדת לעמדת השופטים וילנר, סולברג ומיניץ. פסק הדין של דעת הרוב נשען, בין היתר, על האפשרות שהמאסדר עלול לסבול מכשל המכונה "שבי רגולטורי", כשל אשר עשוי להטות את שיקול דעתו של המאסדר לטובת הגורמים עליהם הוא מפקח – גורמים מתוחכמים לא אחת, בעלי ידע ואשר מאורגנים כקבוצה קטנה ובעלת כוח – על חשבון טובת הציבור הרחב "המהווה קבוצה גדולה ומבוזרת הסובלת מקשיי ארגון ומפערי מידע".<sup>141</sup> נוכח עמדה זו, אשר הדגישה את מגבלותיה של הרגולציה הציבורית, בית המשפט נותן רוח גבית למנגנון התובענה הייצוגית אשר "מהווה, למעשה, פתרון חלקי לתופעת 'השבי הרגולטורי'".<sup>142</sup>

של המשנה לנשיאה (בדימ) רובינשטיין). ראו גם עידו באום "התביעה הייצוגית נהפכה לכלי נשק נגד שחיתות בחברות ממשלתיות" *The Marker* (3.9.2017). על השילוב של תובענות ייצוגיות עם פעולת הרגולטור ראו גם את דבריה של השופטת פלפל בת"א (מחוזי ת"א) 2474/02 **רותם נ' מת"ב מערכות תקשורת ככבלים בע"מ** (נבו 20.3.2007).

140 עניין דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 12, פס' 4–2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.  
 141 עניין דנ"א זליגמן, שם, פס' 54 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. השוו גם לדבריו של השופט זמיר בבג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה (3) 625, 652 (2001).  
 142 עניין דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 12, פס' 99 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. השופטת ברק-ארז בפס' 7 לפסק דינה מצטרפת לדבריו וקובעת כי "שיקול זה מקבל משנה חשיבות בימינו, בהתחשב בהתרחבותם של תחומי הרגולציה בישראל. כידוע, בעשרות השנים האחרונות עברה מדינת ישראל בתהליך הדרגתי ממשטר שבו המדינה פועלת במתכונת של יצור והספקה של שירותים (כפי שנהגה בעת הקמתה) לפעילות במתכונת של פיקוח ואסדרה ביחס לתאגידים פרטיים, בין היתר לנוכח תהליכי ההפרטה שחלו במשק הישראלי לאורך השנים... על רקע זה, חשוב להקפיד על מנגנונים שיבטיחו ביקורת ואיזון במקרים שבהם קיים חשש כי הרשות המאסדרת פועלת לטובתו של הגורם המפוקח יותר מאשר לטובת האינטרס הציבורי הכללי".

עמדה זו של בית המשפט מתחזקת גם לאור ההתייחסות השונה מזו של הרכב השופטים בפסק הדין נושא הדיון הנוסף להגנה של "זוטי דברים" בהקשר לתובענות ייצוגיות. ביחס לסוגיה זו נקבע על ידי המשנה לנשיאה מלצר כי:

נראה כי שאלת החלתה של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות אכן טרם הוסדרה בפסיקתו של בית משפט זה באופן מעמיק וחד משמעי, וישנן פסיקות סותרות ביחס אליה. על כן, יש מקום, להשקפתי, לקבוע הלכה ברורה בנושא, ולפיה: הגנת "זוטי דברים" איננה חלה בתובענות ייצוגיות.<sup>143</sup>

הטעם הראשון והמרכזי שהביא המשנה לנשיאה מלצר לקביעתו זו נוגעת, כשלעצמה, בתפיסת עומק חברתית ביחס לאינטרס הציבורי הגלום במנגנון התובענה הייצוגית אשר טמונה בה "תועלת ציבורית אינהרנטית":<sup>144</sup>

סקירת התכליות של דיני התובענות הייצוגיות מעלה איפוא כי תכליות אלו סותרות את הרציונל העומד בבסיסה של הגנת "זוטי דברים" ... סיכומם של דברים, אופייה הדו-צדדי של הגנת "זוטי דברים" מעיד על כך שהיא איננה מתאימה לחול בתובענה ייצוגית, הטומנת בחובה תכליות ציבוריות וחברתיות, שהן רחבות הרבה יותר מעניינם של הצדדים להליך עצמם, ואפילו מאלו של הקבוצה. כך, החלת ההגנה של "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות, מתוך הנחה שהנזק הכולל שנגרם מסתכם בחיבור שלל הנזקים הפרטניים שנגרמו לחברי הקבוצה, והשוואה בין הנזק שנגרם לכל אחד מהם, או אפילו הנזק המצטבר שנגרם להם יחד, לבין עלויות ניהול התובענה הייצוגית – לא לוקחות בחשבון את הנזקים החברתיים שנגרמו מההפרה הנטענת, ובמיוחד את התועלות החברתיות שיצמחו משימוש במוסד התובענה הייצוגית – כמו הרתעת המעורל על-ידי הטלת האחריות עליו, שינוי דרכי התנהגותו וכן הרתעת מעורלים פוטנציאליים אחרים. שימוש בחישובי יעילות-תועלת, אשר רלבנטיים לצדדים עצמם בלבד, איננו מדויק איפוא, ועלול להוביל למצב של תת-הרתעה.<sup>145</sup>

143 עניין דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 12, פס' 141 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. שם, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז נכתב כי גם היא "נוטה לדעה שאינה מכירה בעיקרון העצמאי של זוטי דברים בהקשרם של דיני התובענות הייצוגיות, אלא מייחדת את ההתייחסות לשיקול זה ליישום העקרונות שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות עצמו".

144 עניין דנ"א זליגמן, שם, פס' 149 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

145 עניין דנ"א זליגמן, שם, פס' 151–152 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

**ד. סיכום**

כוחה של החברה האזרחית בישראל ניכר בימים אלו בצורה חסרת תקדים בשאלות יסוד חברתיות. באופן אנלוגי משהו, ניכרת בשנים האחרונות בישראל גם מעורבות אזרחית וקבוצתית בשאלות חברתיות וציבוריות בתחומי המשפט האזרחי באמצעות מנגנון התובענות הייצוגיות, מעורבות אותה ניתן להמשיל למעין "הפגנה משפטית".

מספרן הניכר – באופן אבסולוטי אך גם יחסי בהשוואה לעולם – של תובענות ייצוגיות המוגשות בישראל מדי שנה על ידי קבוצות תובעים בעלי אינטרסים משותפים בתחומים מגוונים, דוגמת נושאי צרכנות, הגנת הסביבה, שוויון על היבטיו השונים, זכויות עובדים, תחרות כלכלית, בנקאות, ביטוח ועוד, משקף תופעה מאתגרת החורגת מניתוח משפטי גרידא. מאמר זה, אשר אינו מתיימר להקיף את התופעה, צועד צעד קטן בהתבוננות על תחום מאתגר זה וסוקר – בצורה איכותנית באמצעות פסיקה שניתנה בשנים האחרונות – את עמדתם של בתי המשפט ביחס לתובענות הייצוגיות. מסקנת המאמר, הממשיכה את זו אשר נטענה **במאמר הקודם**, היא שהתפיסה הדומיננטית כיום בפסיקה הישראלית אוהדת ומעודדת את מעמדה והפוטנציאל החברתי, הציבורי והמעין רגולטורי של התובענה הייצוגית ומסייעת כך בהעצמת תפקידה של החברה האזרחית בהטמעתן האפקטיבית של נורמות התנהגות הוגנות וראויות בחברה הישראלית.