

## תוכנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה

### הייצוגית

#### ברק אתירס\*

באופן מפתיע, ובניגוד לחלקה הזניח במאבקים החברתיים של ימינו, בשלביה הראשונים מילאה התובענה הייצוגית תפקיד מרכזי ואף מכריע במאבקהן של קבוצות מוחלשות בכלל ושל האוכלוסייה האפרו-אמריקאית בפרט לאכיפת זכויותיהן האזרחיות. פסק-הדין בעניין **בראון נ' המועצה לחינוך של טופיקה**, שבו בוטלה מדיניות ה"נפרד אבל שווה" במערכת החינוך הציבורית בארצות-הברית, הוא אחד מפסקי-הדין המשפיעים ביותר בדין האמריקאי ובכלל. בפסק-הדין בעניין **בראודר נ' גייל** הוסרו מחיצות ההפרדה הגזעית בתחבורה הציבורית, והתנועה לזכויות האזרח, שבראשה עמד מרטין לותר קינג, פרצה לתודעה הציבורית המקומית וגם העולמית. פסקי-דין אלה היוו בהיסטוריה האמריקאית נקודות מפנה מרכזיות במאבקהן של אוכלוסיות מוחלשות לקידום זכויותיהן, ובראשן הזכות לשוויון, אל מול רשויות המדינה. עם זאת, והגם שמדובר בתובענות ייצוגיות, האופן שבו עיצב סדר הדין האזרחי וקידם מאבקים חברתיים מסוג זה – ולהפך – נדחק אל השוליים בשיח המשפטי התיאורטי ואף ההיסטורי.

עד לשנות החמישים נכשלה מערכת המשפט האמריקאית, פעם אחר פעם, בהתמודדותה עם תופעות הגזענות וההפליה כלפי הקהילה האפרו-אמריקאית. ההבנה שאין לסמוך על ההליכים המשפטיים לבדם הובילה ליצירתה של תובענה ייצוגית שאפשרה לקהילה המוחלשת לשלב התערורות חברתית עם הליך משפטי, תוך שהם נשענים זה על זה ותומכים זה בזה. בשנות החמישים והשישים –

---

\* מרצה במכללת ספיר. על שיחות, תגובות והערות חשובות אני מבקש להודות ל- Michael Klarman, ל- Kenneth Mack, ל- Arthur R. Miller, לעילי אהרנסון, ליפעת ביטון, לשרון חנס, לעמרי ידלין, לאריאל פורת ולטליה פישר. תודה מיוחדת ל- David Marcus, שהעביר לידי את פרוטוקול הדיונים שקיימה הוועדה המייעצת לכללי סדר הדין האזרחי הפרליימנט בנוגע לתיקון כלל 23 בשנת 1966.

השנים שבהן עוצבה התובענה הייצוגית המודרנית – ניאוטו בתי- המשפט הפדרליים להגמיש את כללי סדר הדין, במיוחד בכל הקשור למנגנון התובענה הייצוגית, כדי להעניק לקהילות מוחלשות את יומן בבית-המשפט וכדי להגביר את תחולתו של הדין המהותי על תופעות חברתיות משפטיות כהפרדה גזעית והפליה במוסדות ציבוריים. במקביל, ובאותה מידה של חשיבות, שילובן של פעילות ועשייה חברתית מהשטח (grassroots empowerment) בתובענה הייצוגית העניק לבתי-המשפט הפדרליים תמיכה חברתית, לפחות מצידה של הקהילה המוחלשת, בהחלטות פורצות-דרך. המחוקק האמריקאי, שהכיר בשינוי הפסיקתי שחל בדין התובענה הייצוגית, דאג להתאים בשנת 1966 את כללי סדר הדין האזרחי לשינויים שחלו בחברה ובפסיקה האמריקאיות, וכך גם יצר את התובענה הייצוגית המודרנית.

בחלוף השנים נשכחה תכליתה ההיסטורית של התובענה הייצוגית, וכך גם אופייה. בשנותיה הראשונות הייתה התובענה הייצוגית בעיקר תובענה חברתית שהעצימה את הקהילה המוחלשת מלמטה ופעלה להפיכתן של סבילות וכניעה להתארגנות ציבורית ולמחאה משפטית וחברתית. בימינו, לעומת זאת, התובענה הייצוגית הטיפוסית היא הנזיקית, ולא החברתית, וככלל גם במקרים שבהם מוגשות תובענות ייצוגיות חברתיות, קולם של המוחלשים נעדר מכותלי בית-המשפט, והם אף אינם מודעים לכך שזכויותיהם נבחנו ונאכפות בהליכים ייצוגיים משפטיים שנושאים את שמם.

אל מול מציאות זו של ימינו, שבה התובענה הייצוגית – הנזיקית או החברתית – נעדרת כל מחויבות חוקית או ערכית למעורבות ולשיתוף משמעותיים של הקבוצה המיוצגת, מאמר זה חושף ומנתח לראשונה את אופייה ותרומתה של התובענה הייצוגית בשלביה הראשוניים, עובר לתיקון שנעשה בשנת 1966. במאמר זה תיחשף גם ההשפעה המכרעת שהייתה לתובענה הייצוגית החברתית על הוועדה המייעצת לכללי סדר הדין האזרחי הפדרליים, שהובילה בשנת 1966 ליצירתה של התובענה הייצוגית המודרנית. לצד חשיבותו ומרכזיותו של הניתוח התיאורי ההיסטורי כשלעצמו, מאמר זה מבקש להעמיד מקור רפלקטיבי ביקורתי למרכז-הכובד של התובענה הייצוגית בימינו ולמקומם של המשפט והקהילה בקידום של מאבקים חברתיים לאכיפת זכויות אזרח.

**מבוא. א. שינוי חברתי בכלים משפטיים – התובענה הייצוגית עובר לתיקון משנת 1966:**  
 1. מדרד סקוט לג'ים קרואו; 2. צ'רלס המילטון יוסטון והמאבק החברתי לשוויון; 3. התיקים והאנשים שהרכיבו את פרשת בראון; 4. ייצוגיות מכילה ומעצימה: פרשת

בראון, קלודט קולוויין ומרטין לותר קינג. ב. נקודות מפנה בהתפתחות התובענה הייצוגית: 1. התובענה הייצוגית בארצות-הברית עד לשנת 1966; 2. תיקון כלל 23 בשנת 1966. ג. שוויין אדוורסרי והתובענה הייצוגית לרפורמה חברתית: 1. מסגרת דיון צרה והעדר מחויבות לקהילה; 2. העדר מחלוקת ממשית – The Mootness Doctrine; 3. לחצים חברתיים-כלכליים; 4. אי-שוויין אדוורסרי. ד. תובנות מפרשת בראון והתובענה הייצוגית בישראל: 1. החלופה הישראלית לתובענה ייצוגית לאכיפת זכויות אזרח; 2. אדני התובענה הייצוגית לרפורמה חברתית. ה. סיכום.

## מבוא

כאשר נזק משמעותי מתפזר על-פני ניזוקים רבים, למנגנון התביעה הפרטנית יש חולשה אינטרינזית. אף שבאופן מצטבר מדובר בנזק משמעותי שמצדיק בירור משפטי, תוחלת התביעה הפרטנית בניכוי העלויות הכרוכות בהגשתה היא לרוב שלילית, ואינה מצדיקה את מיצוי ההליכים המשפטיים. על כך יש להוסיף את יתרונו של הנתבע בהליכים פרטניים, בשל ריכוז המשאבים הכרוכים בהגנתו, להבדיל מפיזור ההשקעות של קבוצת התובעים.<sup>1</sup> בנסיבות אלה צפוי שמערכת המשפט תלקה באכיפה תת-מיטבית של הנורמות הקבועות בחוק ובאי-מתן הגנה ראויה לזכויות הניזוקים. כמענה לחולשות אלה, מנגנון התובענה הייצוגית, המרפז את התביעות הפרטניות תחת כנפיה של תביעה ייצוגית יחידה, מקדם אכיפה ראויה של הדין כמו-גם בירור ומיצוי של זכויות הניזוקים. על כך יש להוסיף את יתרונותיה של התובענה הייצוגית בצמצום ההליכים המשפטיים (באותם מקרים שבהם לחלק מהתובעים היה מתאפשר בכל-זאת להגיש תביעה פרטנית) וכן במניעת החלטות סותרות בתיקים עם רקע משפטי או עובדתי זהה.

הגם שיתרונותיה ברורים, לתובענה הייצוגית יש מגרעת רצינית, היא בעיית הנציג, אשר במקרים חריפים עלולה לסדוק ברצינות של התובענה ואף למוטט כליל את יעדיה. התובענה הייצוגית מבוססת כמעט כולה על עורך-דין ותובע שמייצגים בבית-המשפט קבוצה רחבה של תובעים. הם עושים זאת מבלי שהם נבחרו לכך בהליכים דמוקרטיים, ואף מבלי שיש למי מהתובעים אפשרות מציאותית לפקח על מעשיהם. הניזוק הפרטני, בנסיבות שמצדיקות הגשתה של תובענה ייצוגית, אינו צפוי ליזום הליכים משפטיים, ולכן גם אינו צפוי לשאת בנטל הכרוך בפיקוח על פעולות נציגו בבית-המשפט או במהלך המשא-ומתן מול הנתבע.<sup>2</sup> בעיית הנציג בדיני התובענה הייצוגית אינה בעיה משפטית חדשה, ובתחומים אחרים, כדיני התאגידים, היא אף הבעיה המרכזית

1 ראו David Rosenberg, *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, 37 HARV. J. ON LEGIS. 393, 393–94 (2000).

2 זאת כנראה הסיבה למיעוט השימוש באפשרות להתנגד להסדר פשרה (objection) או באפשרות לצאת מקבוצת התובעים (opt out). ראו Theodore Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 VAND. L. REV. 1529 1563 (2004).

והמאחדת ביחסיהם של בעלי המניות עם נושאי-המשרה ונושי החברה.<sup>3</sup> אלא שבעיית הנציג בתחום התובענות הייצוגיות חריפה במיוחד, שכן להבדיל ממערכת היחסים הברורה בין השחקנים השונים במבנה התאגידי, ברוב התובענות הייצוגיות קבוצת התובעים אינה ערה כלל לכך שהוגשה תובענה בשמם ושזכויותיהם מתבררות בהליך שנושא את שמם ואשר מקים ביחס לבריור זכויותיהם בבית-המשפט מעשה בית-דין.<sup>4</sup> חשש זה לשימוש פסול בסמכות הנציג, אם בשיתוף-פעולה סמוי עם הנתבע ואם בייצוג חלקי וחסר של אינטרסים שונים בתוך הקבוצה התובעת, הניא את המחוקק האמריקאי, בשלבים הראשונים לגיבוש התובענה הייצוגית, מלאפשר לתובענה הייצוגית להקים מעשה בית-דין שיחייב את כלל חברי הקבוצה התובעת. בהעדרם של מנגנוני בחינה ופיקוח ראויים, חשש המחוקק האמריקאי כי דין התובענה הייצוגית ישרת בסופו של יום את הנציג, ואף את הנתבע, על-חשבונם של חברי הקבוצה התובעת. עם זאת, בשלביה הראשונים של התובענה הייצוגית היו אלה דווקא התביעות החברתיות נגד הפרדה והפליה על בסיס גזע שהטו את הכף לכיוון חקיקתו של הסדר כולל לדין התובענה הייצוגית, אשר העניק לתובענה הייצוגית את הכוח ליצור מעשה בית-דין לכלל הנפגעים שבשמם – וברוב המקרים ללא ידיעתם – הוגשה התובענה. מאמר זה יתמקד באותו פרק היסטורי מרתק בהתפתחותה של התובענה הייצוגית, תוך התעמקות בדיוני הוועדה שתקנה והרחיבה את דין התובענה הייצוגית בכללים הפדרליים של סדר הדין האזרחי בשנת 1966.

**בפרק הראשון** יוצג הרקע החברתי, המשפטי והפוליטי למאבקים המשפטיים-החברתיים של שנות החמישים בארצות-הברית, ובמרכזם פסקי-הדין בעניין **בראון נ' המועצה לחינוך של טופיקה**<sup>5</sup> ובעניין **בראודר נ' גייל**.<sup>6</sup> בפרק השני של המאמר תתואר ההתפתחות ההיסטורית של התובענה הייצוגית בארצות-הברית עובר לחקיקת התיקון המרכזי של התובענה הייצוגית בשנת 1966 – השנה שבה נוצרה התובענה הייצוגית המודרנית. לאחר-מכן ינותחו דיוני הוועדה שהובילו לחקיקת חוק התובענות הייצוגיות הפדרלי בשנת 1966, ובפרט מקומה של התובענה הייצוגית נגד הפליה גזעית בתמריצי

3 על בעיית הנציג ראו: Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976); Frank H. Easterbrook, *Two Agency-Cost Explanations of Dividends*, 74 AM. ECON. REV. 650 (1984); Ross L. Watts & Jerold L. Zimmerman, *Agency Problems, Auditing, and the Theory of the Firm: Some Evidence*, 26 J.L. & ECON. 613 (1983).

4 הדין הישראלי מנסה להתמודד עם בעיה זו באמצעות מעורבותם של בית-המשפט, היועץ המשפטי לממשלה וכן רשויות וארגונים ציבוריים שיש להם עניין בתביעה, ובאמצעות מינוי בודק לאישור הסדר הפשרה במקרים מתאימים. ראו ס' 8, 15, 18 (ד), 19 (א) ו-19 (ב) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

5 *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: **עניין בראון**).

6 *Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707 (1956) (להלן: **עניין בראודר**).

הוועדה. בפרק זה תנותח גם ההבחנה המקובלת בין תובענה ייצוגית לסעד כספי לבין תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי. **בפרק השלישי** של המאמר ינותחו הגורמים שהניעו את האגודה האמריקאית לקידום של שחורי העור (NAACP) לעשות שימוש במנגנון התובענה הייצוגית ככלי משפטי מרכזי לקידום זכויותיהן של קבוצות מוחלשות. לבסוף, **בפרק הרביעי** ינותחו יתרונותיו הפוטנציאליים של מנגנון התובענה הייצוגית לקידום של קבוצות מוחלשות בישראל אל מול מנגנונים קיימים, כגון הגשת עתירה לבג"ץ, וזאת על רקע ההליכים המשפטיים והחברתיים שהובילו לפסיקת **בראודר**.

## א. שינוי חברתי בכלים משפטיים – התובענה הייצוגית עובר לתיקון משנת 1966

### 1. מדד סקוט לגימ קרואו

בשנת 1856 הכריע בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בבקשתו של פרט בשם דרד סקוט (Dred Scott) להכיר בזכותו לחירות, הגם שחוקת ארצות-הברית תמכה למעשה בעבדות, אף שלא ציינה זאת מפורשות.<sup>7</sup> באותה תקופה בוטלה העבדות רק בחלק ממדינות ארצות-הברית, וסקוט, שעבר עם בעליו ממדינה שבה העבדות חוקית למדינה שבה העבדות פסולה,<sup>8</sup> ביקש מבית-המשפט העליון שיכריז על חירותו.<sup>9</sup> בית-המשפט העליון בארצות-הברית, בראשותו של השופט טני (Taney), קבע כי זכות הבעלות בעבד, כזכות קניינית, מוגנת בחוקת ארצות-הברית ולכן גוברת על זכותו של סקוט לחירות.<sup>10</sup> מעבר לכך, בית-המשפט ניתח את חוקת ארצות-הברית וקבע כי סקוט לעולם לא יוכל ליהנות ממעמד של "אזרח ארצות-הברית", אף אם בחלק מהמדינות הוא יזכה בזכויות כאלה או אחרות. בית-המשפט גם הבהיר כי הקונגרס חורג מסמכותו, כמו במקרה של

7 אחד הסעיפים הבולטים שהגנו על עבדות בחוקת ארצות-הברית היה הסעיף שחייב השבת עבדים שנמלטו לבעליהם ואשר אסר על מדינות המתנגדות לעבדות לשחררם (Fugitive Slave Clause). ראו 3 U.S. CONST. art. IV, § 2, cl. 3.

8 על ההשתלשלות העובדתית עובר לתביעה ראו Alexander Tsesis, *Undermining Inalienable Rights: From Dred Scott to the Rehnquist Court*, 39 ARIZ. ST. L.J. 1179, 1201–2 (2007).

9 שם, בעמ' 1201–1202.

10 Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393, 404–5 (1856).

פשרת מיזורי,<sup>11</sup> כאשר הוא מבקש להקנות זכויות לעבדים בניגוד לפעולותיהן של המדינות.<sup>12</sup>

הגם שפסק־הדין בעניינו של דרד סקוט עסק באדם יחיד שביקש להשתחרר מעבדות, בית־המשפט העליון בארצות־הברית, בראשותו של השופט טני, הגדיר ותחם את גבולותיה של קבוצה רחבה מקרב האוכלוסייה האמריקאית על בסיס השתייכותה הגזעית האפרו־אמריקאית. בית־המשפט העליון דחה בפסק־דין זה את הנסיונות להעניק זכויות־יסוד למשתייכים לגזע זה, תוך שהוא מבחין בינם לבין האינדיאנים, ואף פסל, בשל הכרתו בנחיתותם של בני הגזע האפרו־אמריקאי, כל אפשרות ליחסים פוליטיים וחברתיים בינם לבין האוכלוסייה הלבנה.<sup>13</sup> בית־המשפט הכיר רק ביחסים של כפיפות בין הקבוצה האפרו־אמריקאית לקבוצה הלבנה. לידו של השופט טני, בשל נחיתותו של בן הגזע האפרו־אמריקאי, חוקי וראוי שהוא ישועבד להנאתו של בן הגזע הלבן. הנה כי כן, הגם שדובר בתביעה פרטנית, שהייתה נעוצה בנסיבות עובדתיות ומשפטיות נקודתיות, כיוון בית־המשפט בהחלטתו ליחסיהן של קבוצות רחבות באוכלוסייה האמריקאית. הכרעה רחבת־היקף זו נקבעה מבלי שתינתן ההזדמנות למי מחברי הקבוצות השונות בחברה האמריקאית לשטוח את טענותיו ולהשמיע את קולו.

לאחר פסק־דין זה – ולמרות תוצאותיה של מלחמת־האזרחים שהסתיימה כעשור מאוחר יותר, קבלת התיקונים השלושה־עשר עד החמישה־עשר לחוקה בשנים שלאחר המלחמה וקבלת חוק זכויות האזרח בשנת 1875 – המשיך המבנה החברתי, הפוליטי והמשפטי בארצות־הברית ללקות בחלוקה גזעית חריפה.<sup>14</sup> באותה תקופה נשען מבנה מעמדי זה בעיקר על חוקי ג'ים קרואו (Jim Crow laws), שדאגו להפרדה נוקשה בכל תחומי החיים האזרחיים והציבוריים בין האוכלוסייה הלבנה לבין זאת האפרו־אמריקאית.<sup>15</sup> מטרתה המוצהרת של ההפרדה הגזעית בספרה המשפטית והציבורית

11 הגם שפשרה זו בוטלה עובר לפסק־דין זה, התייחס אליה בית־המשפט וקבע, בהסתמך על התיקון החמישי לחוקת ארצות־הברית, כי היא מפרה את זכותם החוקתית של בעלי העבדים להליך הוגן. שם, בעמ' 450–452.

12 שם, בעמ' 405–406.

13 שם, בעמ' 407.

14 זאת, למרות ביטול העבדות וההגנה על זכויות־היסוד – וביניהן הזכות להצביע – במסגרת התיקונים השלושה־עשר עד החמישה־עשר לחוקה האמריקאית, שהתקבלו בתקופת השיקום (reconstruction) שלאחר מלחמת־האזרחים האמריקאית. על תקופת השיקום והשפעתם המינימלית של תיקוני החוקה על זכויות־היסוד של האפרו־אמריקאים ראו Eric Foner, *The Strange Career of the Reconstruction Amendments*, 108 YALE L.J. 2003, 2007–9 (1999).

15 תחומים אלה כללו את מערכת החינוך הציבורית, הפרקים, תאי ההצבעה, השירותים הציבוריים, הרכבות, מגרשי המשחקים, בתי־המלון והמסעדות. ראו Damon J. Keith, *Reflections After Thirty-Two Years*, 25 How. L.J. 203, 205 (1982). המונח "ג'ים קרואו" עצמו נבע מהצגה משפילה של הקהילה האפרו־אמריקאית במסגרת מופע של

הייתה לשמור על הומוגניות גזעית ועל הכפפה מעמדית ומשפטית של האוכלוסייה האפרו-אמריקאית.<sup>16</sup> כל בר-דעת הבין באותה תקופה כי אין מדובר בהפרדה אמיתית, שכן משפחות לבנות העסיקו משרתים שחורים ואומנות שחורות שטיפלו בילדיהן.<sup>17</sup> היה גם ברור שהתנאים המוענקים לשחורים נחותים במידה משמעותית מאלה המוענקים ללבנים. אף-על-פי-כן, בעניין פלסי נ' פרגוסון אישר בית-המשפט העליון האמריקאי את ההפרדה הגזעית על בסיס דוקטרינה נטולת כל קשר למציאות חייהם של בני הקהילה האפרו-אמריקאית, היא עקרון ה"נפרד אבל שווה", וחזק בכך את חוסר האמון שלהם בשיח הזכויות ובמערכת המשפט.<sup>18</sup> בתקופה זו של סגרגציה מעמדית והפליה, השיח והדוקטרינות המשפטיים הפורמליים היו מרוחקים כרחוק מזרח ממערב מהשגרה היומיומית של הקהילה האפרו-אמריקאית, אשר בצד הבערות והעוני סבלה גם מהעדר ייצוג משמעותי בספֶרה הפוליטית והמשפטית.<sup>19</sup>

---

קומיקאי לבן, משנות השלושים של המאה התשע-עשרה, אשר צבע את פניו והציג את עצמו כעבד שחור טיפש ועצלן אך שמח תמיד בשם ג'ים קרואו. ראו LESLIE V. TISCHAUSER, *JIM CROW LAWS* 2 (2012).

16 GUNNAR MYRDAL, *AN AMERICAN DILEMMA: THE NEGRO PROBLEM AND MODERN DEMOCRACY* 579 (1962).

17 ההפרדה הגזעית בדיוור קבעה חריג ברור, והוא מגוריו של עבד או משרת. דוגמה טיפוסית לחריג זה קבעה כי "No person of... African or Negro blood... shall be permitted to occupy a portion of said property, or any building thereon *except a domestic servant or servants* who may actually and in good faith be employed by white occupants of such premises". מצוטט אצל R.A. Lenhardt, *Race Audits*, 62 HASTINGS L.J. 1527, "What 1557 (2011) (ההדגשה הוספה). באשר לשימוש המקובל באומנות שחורות נאמר MARK M. SMITH, *HOW RACE IS* and especially when it came to black maids" (2006) MADE: SLAVERY, SEGREGATION, AND THE SENSES 91.

18 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896). על המרחק שבין ההגנה על חירויות-היסוד בתיקוני החוקה האמריקאית בתקופת השיקום לבין תמיכתה של מערכת המשפט בתקנות ג'ים קרואו נאמר: "African-Americans' appeals to equalitarian constitutionalism did not halt the juggernaut of lynching, disfranchisement, and Jim Crow that made a lie of the promise of equality. And the United States Supreme Court, while paying lip service to the Reconstruction Amendments, deprived them of substance and left them as empty phrases that proclaimed principles that were belied by the reality of black experience. Faced with the gap between rhetoric and reality, many blacks abandoned the quest for equal rights under law... [In the eyes of] the black masses law was a tool of the white man and... principles of equal rights were a mere smokescreen for the Donald G. Nieman, *From Slaves to Citizens: African-Americans, Rights Consciousness, and Reconstruction*, 17 CARDOZO L. REV. 2115, 2136-2137 (1995).

19 Keith, לעיל ה"ש 15, בעמ' 205.

## 2. צ'רלס המילטון יוסטון והמאבק החברתי לשוויון

לאחר מספר רב של נסיונות כושלים לביטול הסגרגציה הגזעית במערכות החינוך הציבוריות,<sup>20</sup> החליטה האגודה האמריקאית לקידום של שחורי העור (NAACP) לתקוף את מדיניות ההפרדה בדרך של תובענה ייצוגית.<sup>21</sup> מי שעיצב אסטרטגיה ייצוגית אך סדורה לביטול חוקי ג'ים קרואו היה ראש המחלקה המשפטית של ה-NAACP ודן בית-הספר למשפטים באוניברסיטת הווארד<sup>22</sup> צ'רלס המילטון יוסטון ( Charles Hamilton Houston).<sup>23</sup> כמי שפעל כל חייו לביטול הסגרגציה הגזעית, האמין יוסטון כי עורכי-דין צריכים לבחור באחת משתי חלופות סותרות: האחת היא להיצמד כטפילים למבנה החברתי הקיים ועל בסיסו לשטוח את טענותיהם; והאחרת היא לפעול כמהנדסים חברתיים שנוטלים על עצמם אחריות ומשתתפים בעיצובו ובשינויו של המבנה החברתי הקיים.<sup>24</sup>

כמהנדס חברתי פעל יוסטון מול שני קהלים עיקריים: כמרצה מוערך וכעורך-דין הוא הכשיר והדריך משפטנים אפרו-אמריקאים לתקיפה משפטית מתוחכמת של ההפרדה הגזעית; ובקרב קהלים רחבים יותר של האוכלוסייה האפרו-אמריקאית הוא ביקש לעורר התארגנות ופעילות חברתית פוליטית נגד התמשכותן של פרקטיקות מפלות.<sup>25</sup> בין היתר הוא עודד השתתפות פעילה של חברי הקהילה האפרו-אמריקאית בהליכים המשפטיים, הן בשל רצונו להגביר את המודעות למאבקים הללו בקרב חברי הקהילה והן בשל רצונו ליצור הד תקשורתי משמעותי להליכים המשפטיים-החברתיים שהוא יזם.<sup>26</sup> כפי שנראה בהמשך, פעולות אלה – שהתמקדו בחיזוק החינוך המשפטי

20 פסק-דין **בראון** היה הניסיון השנים-עשר לתקוף את מדיניות ההפרדה הגזעית במערכות החינוך הציבוריות של קנזס. ראו Pierre deVise, *Housing Discrimination in the Chicago Metropolitan Area: The Legacy of the Brown Decision*, 34 DEPAUL L. REV. 491, 493 (1985).

21 דוגמאות לדומיננטיות של ההפרדה הגזעית ניתן למצוא במספר רב של חוקים, דוגמת S.C. CONST. art. XI, § 7, **שקבע כי** "Separate schools shall be provided for children of the white and colored races", וכן Code of Laws of South Carolina of 1942 § 5377, **שקבע כי** "It shall be unlawful for pupils of one race to attend the schools provided by boards of trustees for persons of another race".

22 שהייתה באותה עת אוניברסיטה לאפרו-אמריקאים בלבד.

23 שהיה הסטודנט האפרו-אמריקאי הראשון שהתקבל לכתב-העת המשפטי של הרווארד.

24 GENNA RAE McNEIL, *GROUNDWORK: CHARLES HAMILTON HOUSTON AND THE STRUGGLE FOR CIVIL RIGHTS* 84 (1983).

25 ראו Charles J. Ogletree, Jr., *From Dred Scott to Barack Obama: The Ebb and Flow of Race Jurisprudence*, 25 HARV. BLACKLETTER L.J. 1, 16 (2009) (להלן: Ogletree, *From Dred Scott to Barack Obama*).

26 José Felipé Anderson, *Maryland Lawyers Who Helped Shape the Constitution*, 44 MD. B. J. 5, 6 (2011).



של בני הקהילה המוחלשת, בהגברת מודעותם לזכויותיהם, בהחזרת אמונם במערכת המשפט, ובארגונם ובהעצמתם של הפרטים המוחלשים – היו חלק בלתי-נפרד מהתפתחותם של הליכים משפטיים קולקטיביים שהובילו בסופו של יום לעיצובה של התובענה הייצוגית החברתית.

מתודה משפטית-חברתית זו שעיצב יוסטון הגיעה ליישומה המלא בפרשת **בראון**, שבה אחד-עשר מתוך שלושה-עשר עורכי-הדין – שהבולט מביניהם היה תרגוד מרשל (Thurgood Marshall)<sup>27</sup> – היו עורכי-דין אפרו-אמריקאים צעירים שהונחו והודרכו על-ידיו כמרצה וכדקן באוניברסיטת הווארד.<sup>28</sup> עובר להגשת התביעה הגישו שלושה-עשר הורים אפרו-אמריקאים, ביניהם אוליבר ל' בראון, בקשות לרישום ילדיהם ללימודים בבתי-ספר ציבוריים ללבנים בלבד.<sup>29</sup> בקשותיהם נדחו, כמוכן, אך פרטי הבקשות והנמקותיהם של בתי-הספר תועדו על-ידי המחלקה המשפטית של ה-NAACP במטרה לשמש בסיס איתן להגשת תובענה ייצוגית נגד מועצת החינוך של העיר טופיקה בקנזס.<sup>30</sup> בתביעת **בראון** נטען בשם כל התלמידים המצויים באותן נסיבות – להבדיל מתביעה של אדם יחיד על בסיס נסיבות פרטניות – כי ההפרדה הגזעית במערכת החינוך הציבורית מפרה את זכויותיהם של התלמידים להגנה שווה לפני החוק בהתאם לתיקון הארבעה-עשר של החוקה האמריקאית (Equal Protection Clause).<sup>31</sup>

### 3. התיקים והאנשים שהרכיבו את פרשת בראון

למרות השימוש במילה היחידה "בראון", בפסק-דין **בראון** איחד בית-המשפט העליון האמריקאי ארבע תובענות ייצוגיות משלושה מחוזות נפרדים, ואף ביקש לדון במקביל בתובענה ייצוגית נוספת, מווישינגטון, שעסקה גם היא בהפרדה גזעית.<sup>32</sup> תביעות אלה, שנהוג לכנותן "school segregation cases" הורכבו מתביעות **גבהרט נ' בולה וגבהרט נ'**

27 מי ששימש בהמשך התובע המרכזי בעניין **בראון**, ולימים אף היה השופט האפרו-אמריקאי הראשון בבית-המשפט העליון בארצות-הברית. ראו Ogletree, *From Dred Scott to Barack Obama*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 6.

28 שם, בעמ' 15–16.

29 ראו Cheryl Brown Henderson, *The Legacy of Brown Forty Six Years Later*, 40 WASHBURN L.J. 70, 75 (2000).

30 שם.

31 חריג לכך הוא עניין **בולינג**, להלן ה"ש 39, שבו נטען כי ההפרדה הגזעית במערכת החינוך הציבורית בווישינגטון מפרה את הזכות להליך משפטי הוגן ("due process in law") בהתאם לתיקון החמישי לחוקה האמריקאית. העלאת טענה משפטית זו בעניין **בולינג** נבעה מכך שהתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית לא חל באותה תקופה על ווישינגטון. ראו Ogletree, *From Dred Scott to Barack Obama*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 17.

32 ראו Jack Greenberg, *In Tribute: Charles Hamilton Houston*, 111 HARV. L. REV. 2161, 2166 (1998).

בלטון,<sup>33</sup> שהוגשו בדלור; <sup>34</sup> תביעת בריגס נ' אליוט,<sup>35</sup> שהוגשה בקרוליינה הדרומית;<sup>36</sup> תביעת דייוויס נ' מועצת החינוך של מחוז הנסיך אדוארד,<sup>37</sup> שהוגשה בוורג'יניה;<sup>38</sup> ותביעת בולינג נ' שרפ,<sup>39</sup> שהוגשה בווינגטון.<sup>40</sup> הגם שמאפיינים רבים בתביעות אלה היו שונים, ההקשר החברתי של הפליה והטענה להפרה חוקתית של זכויותיהם הצדיקו הן את הגשת התובענות כייצוגיות והן את הדיון המאוחד בכל התובענות הייצוגיות בבית-המשפט העליון.<sup>41</sup>

Gebhart v. Bulah, 87 A.2d 862 (Del. Ch. 1952); Gebhart v. Belton, 32 Del. Ch. 343, 33 87 A.2d 862 (Del. Ch. 1952).

34 במקרה זה תלמידים אפרו-אמריקאים תושבי וילמינגטון, דלור, ביניהם גם התלמידה אתל לואיס בלטון, לא יכלו ללמוד בבתי-ספר לשחורים בלבד, משום שהם היו מרוחקים ממקום מגוריהם. בקשתם להתקבל לבית-הספר הקרוב, המיועד ללבנים, נדחתה. התביעה הוגשה – כאמור, בשל הפרת התיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית – בשמם ובשם אחרים שמתמודדים עם אותן נסיבות ("others similarly situated"). עניין *Gebhart v. Belton*, שם, בעמ' 345. ראו גם Charles J. Ogletree, Jr., *The Significance of Brown*, 20 HARV. BLACKLETTER J. 1, 3 (2004); Leland B. Ware, *Educational Equity and Brown v. Board of Education: Fifty Years of School Desegregation in Delaware*, 47 How. L.J. 299, 306–8 (2004).

35 Briggs v. Elliott, 98 F. Supp. 529 (E.D.S.C. 1951) (להלן: עניין בריגס).

36 במקרה זה סבלו תלמידים אפרו-אמריקאים ממחוז קלרנדון מתנאי לימוד נחותים לעומת אלה ששררו בבתי-הספר ללבנים בלבד. גם כאן הוגשה התביעה בשל הפרת התיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית בשמם של כל אלה המצויים באותן נסיבות מפלות. שם, בעמ' 538.

37 Davis v. County School Board, 103 F. Supp. 337 (E.D. Va. 1952).

38 במקרה זה טענו תלמידים אפרו-אמריקאים, ביניהם דורותי דייוויס, כי ההפרדה הגזעית בבתי-הספר, שאף עוגנה בחוק, מתייגת תלמידים אפרו-אמריקאים כנחותים וכלא-רצויים, ומפירה את התיקון הארבעה-עשר לחוקה. תחושת הנחיתות וההפליה שימשו בסיס לצעדת מחאה של התלמידים ולהגשת תביעה בשם אלה שמצויים באותן נסיבות. שם, בעמ' 338. ראו גם Kara Miles Turner, *Both Victors and Victims: Prince Edward County, Virginia, the NAACP, and Brown*, 90 VA. L. REV. 1667, 1668–69 (2004).

39 Bolling v. Sharpe, No. 4949-50 (D.D.C. Apr. 9, 1951) (להלן: עניין בולינג).

40 בית-המשפט העליון ביקש לרונ בתובענה זו – בדרך של צו ביורר (writ of certiorari) – יחד עם יתר התובענות שתקפו את ההפרדה הגזעית במוסדות החינוך הציבורי. ההחלטה בתובענה זו ניתנה בנפרד מיתר התובענות הייצוגיות שאוחדו בתיק *בראון* אך באותו יום שבו ניתנה ההחלטה בעניין *בראון*. בעניין *בראון 2*, לעומת זאת (ראו להלן ה"ש 53), אוחדה ההחלטה בעניין *בולינג* עם יתר התובענות שאוחדו בעניין *בראון*. ראו Genna Rae McNeil, *Community Initiative in the Desegregation of District of Columbia Schools, 1947–1954: A Brief Historical Overview of Consolidated Parent Group, Inc. Activities from Bishop to Bolling*, 23 How. L.J. 25, 37–38 (1980).

41 לעניין ייחודו של פסק-דין *בולינג* ראו את הדיון להלן ליד ה"ש 135–139.

בעוד בימינו התובענה הייצוגית מתמקדת בפעולותיו של עורך-הדין ובסבילותה של קבוצת התובעים, התעמקות בתיקי בראון חושפת הליכים חברתיים משמעותיים של שיתוף והכלה של קבוצת התובעים כבסיס לתביעה המשפטית. במחוז הנסיך אדוארד שבמדינת וירג'יניה הייתה זאת תלמידה אפרו-אמריקאית בת שש-עשרה בשם ברברה רוז ג'ונס (Barbara Rose Johns)<sup>42</sup> שארגנה, ב-23 באפריל 1951, שביתה וצעדת מחאה של כארבע מאות וחמישים תלמידים אפרו-אמריקאים מתיכון מוטון (Moton) בשל תנאי הלימודים הנחותים שהוענקו לתלמידים שחורים לעומת לבנים.<sup>43</sup> לאחר-מכן, בפגישה שיזמו התלמידים עם ארגון ה-NAACP,<sup>44</sup> הוחלט על שילובה של המחאה במאבק משפטי מורחב, שיתמקד בביטולה של דוקטרינת ה"נפרד אבל שווה".<sup>45</sup> מחאה זו הובילה להגשתה של התובענה הייצוגית דייוויס נ' מועצת החינוך של מחוז הנסיך אדוארד, שאוחדה לאחר-מכן עם תיקי בראון.

בקנזס הייתה זאת לוסינדה טוד (Lucinda Todd) שביקשה לשפר את תנאי הלימודים הנחותים של בתה ננסי. כפעילה חברתית עמלה טוד רבות לשינוי תודעתה של הקהילה המקומית.<sup>46</sup> פעילות זו כללה הליכה מדלת אל דלת, גיוס של 1,500 חתימות תמיכה של

42 נראה שברברה רוז ג'ונס הייתה ערה לזכויותיה ונכונה להגן עליהן, ובמיוחד על הזכות לשוויון, בין היתר בשל קרבתה המשפחתית לפעיל זכויות האדם, ומי שקדם למרטין לותר קינג ככומר בכנסיית דקסטר, ורנון ג'ונס (Vernon Johns). ראו Jennifer E. Speng, *Scenes from the Southside: A Desegregation Drama in Five Acts*, 19 U. ARK. LITTLE ROCK L.J. 327, 328 n. 1 (1997).

43 תיכון מוטון נבנה לכ-180 תלמידים אך אכלס יותר מ-400. בתיכון זה, שנועד לשחורים בלבד, לא הייתה מערכת חימום ראויה, הגגות דלפו, ובשל הצפיפות התנהלו חלק משיעוריו באוטובוסים ובצריפים מגייר זפת (tar paper shacks). תנאים נחותים אלה לא היו מנת-חלקם של תלמידים בבתי-ספר ללבנים בלבד. ראו Jill O'Line Titus, *Brown's Battle Ground: Students, Segregationists, & the Struggle for Justice in Prince Edward County, Virginia 2-4* (2014).

44 פגישה זו התקיימה בעקבות מכתב ששלחה ג'ונס לארגון ה-NAACP ובו כתבה כך: "This morning, April 23, 1951, the students refused to attend classes [because of inadequate school facilities]. You know that this is a very serious matter because we are out of school, there are seniors to be graduated and it can't be done by staying at home. Please we beg you to come down at the first of this week..." Verna L. Williams, *Reading, Writing, and Reparations: Systemic Reform of Public Schools as a Matter of Justice*, 11 MICH. J. RACE & L. 419, 420 n. 6 (2006). Speng, לעיל ה"ש 42, בעמ' 328.

46 רבים מקרב הקהילה האפרו-אמריקאית חששו שקבלה של שחורים לבתי-ספר ללבנים בלבד תפגע בבתי-הספר לשחורים בלבד, ואף תוביל לפיטוריהם של מורים שחורים. על פיטורי מורים שחורים כתגובה על תיקי דה-סרגציה ראו Mary L. Dudziak, *The Limits of Good Faith: Desegregation in Topeka, Kansas, 1950-1956*, 5 LAW & HIST. REV. 351, 366, 373-74 (1987).

חברי הקהילה וקידומה של תובענה ייצוגית (שבה הייתה טוד הראשונה שהציעה את עצמה כתובעת ייצוגית), היא **בראון נ' המועצה לחינוך של טופיקה**.<sup>47</sup> במחוז קלרנדון היה זה די ליינ (De Laine) – כומר, מורה, פעיל חברתי ומזכיר סניף ה-NAACP המקומי – שארגן מפגשים קהילתיים להעצמת הקהילה האפרו-אמריקאית, ומתוכם שכנע 66 מתושבי המקום לשמש תובעים ייצוגיים, נוסף על מאות רבות שהגיעו לדיוני בית המשפט בעניין **בריגס נ' אליוט**.<sup>48</sup> לצידם של מפגשים קהילתיים, הליכה מבית לבית, עצומות, צעדות מחאה, עשרות רבות של תובעים ייצוגיים ומאות שנכחו בהליכים המשפטיים, ביקש ארגון ה-NAACP לחבר את המשפט למציאות היומיומית גם באמצעות הבאתם של חוקרים מובילים בתחומי המשפט והחברה כעדים מומחים בבית המשפט. דוגמאות מובילות לכך הם הפסיכולוגים קנת ומיימי קלרק (Kenneth & Mamie Clark), אשר הציגו במחקרם סדרה של שאלות לילדים שחורים בגילאי שלוש עד שבע בנוגע לבובות לבנות ולבובות שחורות, כדי לבחון את השפעת הפרדה הגזעית על דימויים העצמי של הילדים. שאלות אלה הוצגו גם לילדי מחוז קלרנדון ימים ספורים לפני ההליכים המשפטיים בעניין **בריגס**, וזאת במטרה לחשוף באולם בית המשפט את ההשפעות הפסיכולוגיות השליליות של שיטת ה"נפרד אבל שווה" על ילדים שחורים.<sup>49</sup> דוגמה נוספת לכך הוא דייוויד קרץ' (David Krech), פרופסור לפסיכולוגיה מאוניברסיטת קליפורניה, שהבהיר בבית המשפט כי הפרדה גזעית נושאת ומעצימה את המסר שגזע הוא גורם מרכזי ורלוונטי לחינוך, ולכן גם מחזקת את העמדה הרווחת ששחורים נחותים על בסיס גזעם.<sup>50</sup>

לפעילות הקהילתית מהשטח (grassroots empowerment) שליוותה את תיקי **בראון** ולמחקרים ממדעי החברה שהוצגו בבתי המשפט הייתה ככל הנראה חשיבות משפטית רבה.<sup>51</sup> בשנות החמישים תובענות ייצוגיות שבהן לא היה לחברי קבוצת התובעים כל קשר עובר להליך המשפטי לא יצרו מעשה בית-דין, ולכן גם לא חייבו את אלה שלא

47 Michael F. Blevins, *Remembering Lucinda Todd*, THE COVENANT COMPANION 6, ראו 47 (May 2004).

48 Wade Kolb III, *Briggs v. Elliott Revisited: A Study in Grassroots Activism and Trial Advocacy from the Early Civil Rights Era*, 19 J. S. LEGAL HIST. 123, 133 (2011).

49 Leland Ware, "Color Struck": Intragroup and Cross-Racial Color Discrimination, 13 CONN. PUB. INT. L.J. 75, 106 (2013).

50 Kolb, לעיל ה"ש 48, בעמ' 159.

51 על האופן שבו תמיכה חברתית רחבה משפיעה על יכולתו של בית המשפט להכריע בסוגיות בעלות השלכות חברתיות רחבות-היקף ראו Christopher Coleman, Laurence D. Nee & Leonard S. Rubinowitz, *Social Movements and Social-Change Litigation: Synergy in the Montgomery Bus Protest*, 30 L. & SOC. INQUIRY 663, 673 (2005) (להלן: *Synergy in the Montgomery Bus Protest*).

נטלו חלק בהליך המשפטי. אולם מעורבות הציבור, הפעילות הקהילתית והדגשת החיבור הסוציולוגי והפסיכולוגי בין התובעים הבהירו לבתי-המשפט כי בין חברי קבוצת התובעים בתביעות לדה-סגרגציה יש למעשה קשרים חזקים עובר להליך ולכן יש הצדקה להקמתו של מעשה בית-דין. הפעילות החברתית התאימה את עצמה במובן זה לדין הפרוצדורלי, אשר העניק באותה תקופה מעשה בית-דין לתובענה ייצוגית רק אם היא הוגשה בשם חברי קבוצה שהיו קשורים זה לזה כקבוצה עובר להליך המשפטי. אסטרטגיה משפטית זו הצליחה, ובפסק-דין **בראון** התייחס בית-המשפט להליכים קולקטיביים אלה כאל הליכים שמקימים מעשה בית-דין, ביטל את דוקטרינת ה"נפרד אבל שווה", וקבע כי ההפרדה הגזעית יוצרת השלכות פסיכולוגיות שליליות, ובראשן תחושת נחיתות. בית-המשפט קיבל את הטענה שגם הפרדה גזעית שאינה מבוססת על הפליה מייצרת תחושת נחיתות ופוגעת בהתפתחותם של תלמידים אפרו-אמריקאים וביכולתם לרכוש השכלה ראויה.<sup>52</sup>

נהוג לבקר את פסק-דין **בראון** ולטעון שהוא לא הוביל לאינטגרציה מיידית וכן שמדינות רבות פעלו לסיכולו. אכן, גם תביעה נוספת לאכיפת פסק-הדין במערכת החינוך הציבורית, שנהוג לכנותה "**בראון** 2",<sup>53</sup> לא הובילה לתוצאה המיוחלת. למרות זאת נודעה לעניין **בראון** תרומה חברתית לבר-משפטית, וזאת הודות לסדרי הדין שנבחרו, שכללו שילוב, העצמה והכלה של הקהילה המוחלשת. במנותק מהתוצאה המשפטית, התובענה הייצוגית הצליחה בכך שהיא עוררה וארגנה את הקהילה המוחלשת, חיזקה את החינוך בה וסייעה לה למצוא לעצמה מנהיגים ראויים, כמרטין לותר קינג. חיזוק החינוך בקהילות המוחלשות והשתתפותם של אחד-עשר עורכי-הדין האפרו-אמריקאים בהליכי **בראון** שברו את הסטיגמות המיושנות בדבר נחיתות כמו-גם את הפחד והסבילות ששלטו באוכלוסייה האפרו-אמריקאית. על כך יש להוסיף כמובן שעניין **בראון** ותיקי הדה-סגרגציה הובילו, כפי שנראה בפרקים הבאים, לשינוי סדרי הדין וליצירתה של התובענה הייצוגית המודרנית.

#### 4. ייצוגיות מכילה ומעצימה: פרשת **בראון**, קלודט קולוויין ומרטין לותר קינג

הליכים משפטיים שמשלבים ומכילים קהילות מוחלשות עשויים לחולל השפעות-עומק חברתיות אף מעבר לגבולות הגזרה של התביעה הספציפית. עדות אנקדוטלית לחשיבותו של ההליך הפרוצדורלי המשפטי, במנותק מהחלטת השופטים, ניתן למצוא בהשפעתם של תיקי **בראון** על התנהלותה של הקהילה האפרו-אמריקאית בתחומים אחרים שבהם שלטה דוקטרינת ה"נפרד אבל שווה", ובמיוחד בתחום התחבורה

52 עניין **בראון**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 494.

53 Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294, 301 (1955) (להלן: עניין **בראון** 2).

העירונית.<sup>54</sup> זמן מועט לפני שהתקבלה ההחלטה בתיקי **בראון**, החליט ורנון ג'ונס (Vernon Johns), דודה של ברברה רוז ג'ונס, לא להישמע לכללי ההפרדה הגזעית בתחבורה העירונית.<sup>55</sup> כאשר נהג האוטובוס דרש שאפרו־אמריקאים יעלו מהחלק האחורי של האוטובוס, תבע ג'ונס את כספו בחזרה וביקש מהסוכבים לעזוב איתו את האוטובוס. איש לא הסכים להצטרף אליו, ובמקום זאת רטנו כלפיו שהוא אמור לדעת טוב יותר את מקומו במבנה החברתי הקיים.<sup>56</sup> רוב בני הקהילה האפרו־אמריקאית באותה תקופה התאפיינו בסבילות, רחשו חוסר אמון כלפי מערכת המשפט וחיו בפחד, ולכן נרתעו מלערער על המסגרות המוכרות שאליהן כבר התרגלו, גם אם אותן מסגרות משפטיות וחברתיות השפילו אותם, כלאו אותם ורמסו את זכויותיהם הבסיסיות.<sup>57</sup> עקירתן של פרקטיקות מפלות ומושרשות חייבה מעורבות ציבורית רחבה לצד החלטות אמיצות של בית־המשפט. דוגמה לפרקטיקה משפילה במיוחד בתחבורה העירונית התקיימה על בסיס יומיומי במונטגומרי, אלבמה, שם נאסר על נוסעים אפרו־אמריקאים לשבת בשורה שבה כבר התיישב נוסע לבן, גם אם לא היה כל מקום פנוי אחר, ובקדמת האוטובוס מוקמו עשרה כסאות שנועדו ללבנים בלבד.<sup>58</sup> אלפים רבים של נוסעים אפרו־אמריקאים, שהיו תלויים בתחבורה העירונית לפרנסתם, נדרשו לעלות מהחלק האחורי של האוטובוס, לאחר ששילמו לנהג בקדמת האוטובוס, ולהתיישב במקומות שיועדו להם. במקרה שלא היה די במקומות שנועדו ללבנים בלבד, נדרשו נוסעים אפרו־אמריקאים לקום ולפנות שורה שלמה, אף אם היה זה לכבודו של נוסע לבן יחיד. כדי לאכוף את כללי ההפרדה, הוענקו לנהגי האוטובוס סמכויות שיטור ואלות, והם נהגו במקרים רבים להפעיל את סמכויותיהם תוך שימוש באלימות מילולית ופיזית.<sup>59</sup>

54 גם לאחר הכרעת בית־המשפט העליון הפדרלי בתיקי **בראון**, המשיכה עדיין ההפרדה הגזעית לשלוט ביד רמה במדינות רבות, תוך שהיא נותנת את אותותיה בכל תחומי החיים – הציבוריים והפרטיים. *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 670–669.

55 ראו *Bus Ride to Justice: A Conversation with Fred Gray*, 64 CASE W. RES. L. REV. 733, 740 (2014) (להלן: *Bus Ride to Justice*). הפרדה זו נאכפה על תחבורה ציבורית, גם אם היא הופעלה על־ידי חברה פרטית, ונקבעה הן בחוקיה של מדינת אלבמה והן בתקנות של העיר מונטגומרי. ראו Code of Alabama of 1940, 48 §§ 301(31a, b, c) (1940); Code of the City of Montgomery, 6 § 10 (1952).

56 R. Gregory Roberts, *Environmental Justice and Community Empowerment: Learning from the Civil Rights Movement* [comment], 48 AM. U. L. REV. 229, 264 n. 196 (1998).

57 ורנון ג'ונס נאלץ להתעמת דווקא עם מי שסבל כמוהו מאותם כללים מדכאים. ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 703.

58 שם, בעמ' 670.

59 שם.

שגרת חיים משפילה מסוג זה עלולה לגרום להטלת ספק בחשיבותם ובהשפעתם החברתית של הליכים משפטיים, אף אם מדובר בהליכים מכוננים כתיקי בראון.<sup>60</sup> עם זאת, אל מול הסטריאוטיפיזציה והפנמת הנחיתות שמלוות ומשעתקות מסגרות מדכאות,<sup>61</sup> ההליכים המעצימים בעניין בראון<sup>62</sup> הובילו לשינוי התודעה בקרב האוכלוסייה המוחלשת עצמה.<sup>63</sup> תחושת האמנציפציה של הקהילה האפרו-אמריקאית במונטגומרי, שהכירה את הליכי בראון ותמכה בהם,<sup>64</sup> תורגמה בחודשים שלאחר פסק-הדין לקריאות מפורשות לביטולה של ההפרדה הגזעית במערכת החינוך הציבורית.<sup>65</sup> במקביל לכך, וארבעה ימים לאחר מתן פסק-הדין בעניין בראון, הציגה ג'ו אן רובינסון (Jo Ann Robinson), מנהיגת ארגון הנשים WPC (Women's Political Council), דרישה לראש העיר גייל גייל (Gayle) שיערוך רפורמה בתחבורה העירונית של מונטגומרי.<sup>66</sup> לדרישה זו צורף איום מפורש במחאה חברתית ובהחרמת השימוש באוטובוסים על-ידי הקהילה האפרו-אמריקאית, אך נלווה אליה גם איום סמוי, בעקבות פסק-דין בראון, בתקיפת חוקתיותה של ההפרדה.<sup>67</sup>

- 60 לטענה כי פסק-דין בראון לא היה מהגורמים הישירים לביטול ההפרדה הגזעית ראו MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY 363–85 (2004). רבים אינם שותפים להערכה מוצממת זו בנוגע להשלכותיו של פסק-דין בראון. ראו MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE 15 (1998). כותב מרכזי שמבקש את צמצום השלכותיו החברתיות של פסק-דין בראון הוא דייוויד גרו, שגם כתב ביוגרפיה מפורסמת על מרטין לותר קינג. ראו David J. Garrow, *Hopelessly Hollow History: Revisionist Devaluing of Brown v. Board of Education*, 80 VA. L. REV. 151 (1994).
- 61 ראו Randall Kennedy, *Martin Luther King's Constitution: A Legal History of the King's Montgomery Bus Boycott*, 98 YALE L.J. 999, 1064 (1989). (להלן: *Constitution*).
- 62 על ההיבט המעצים של השתתפות קהילות מחולשות בהליכים משפטיים ראו שם.
- 63 שם.
- 64 על תחושת השחרור של הקהילה האפרו-אמריקאית בעקבות פסק-הדין ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 703.
- 65 לעניין זה נאמר: "The evidence of how *Brown* mobilized African-American civil rights supporters across Alabama is too copious for even the most single-minded scholar to ignore" ראו David J. Garrow, Book Review: "Happy" Birthday, *Brown v. Board of Education? Brown's Fiftieth Anniversary and the New Critics of Supreme Court Muscularity*, 90 VA. L. REV. 693, 719 (2004). (להלן: *Anniversary*).
- 66 רובינסון עצמה חוותה באחד הימים השפלה כתוצאה מכך שישבה בטעות במקום שיועד ללבנים, וכאשר נהג האוטובוס תקף אותה, היא קפצה בבהלה ממקומה, מפוחדת שמא הוא יכה אותה, וירדה מהאוטובוס מבושת ובתקווה שאיש מן הסטודנטים שלה לא ראה אותה. ראו *King's Constitution*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1019.
- 67 ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 672.

שינוי התודעה בקרב הקהילה האפרו-אמריקאית הוביל לפעולות מחאה פרטניות בשטח. קלודט קולווין (Claudette Colvin), תלמידה אפרו-אמריקאית צעירה בת חמש-עשרה, עלתה על אוטובוס עירוני בעיר מונטגומרי, וישבה בחלק המיועד לשחורים. באחד הימים עלה מספר גדול מן הרגיל של לבנים, ולכן דרש ממנה נהג האוטובוס לקום מכסאה.<sup>68</sup> קולווין, שהייתה חברת מועצת הנוער של ארגון ה-NAACP,<sup>69</sup> סירבה לפנות את מקום מושבה גם כאשר הגיעו השוטרים.<sup>70</sup> היא נאזקה כמובן ונגררה לבית-הסוהר,<sup>71</sup> אך במהלך פינויה האלים היא זעקה שזאת זכותה החוקתית לסרב לפנות את מקומה.<sup>72</sup> בהמשך הוגש נגדה כתב אישום, ולמרות נסיונותיו של עורך-דינה, פרד גריי (Fred Gray), לתקוף את חוקתיותה של הסגרגציה במדינת אלבמה ובתקנות העיר מונטגומרי,<sup>73</sup> היא הורשעה בהפרתן ובתקיפת השוטר שאזק אותה.<sup>74</sup>

מנהיגים בקהילה האפרו-אמריקאית חששו להשתמש במה שאירע לקולווין כבסיס למאבקם בהפרדה הגזעית, וזאת בשל יחסם של המשפט והחברה למי שהייתה תלמידה אפרו-אמריקאית צעירה אשר באותה תקופה גם הרתה מרומן אסור עם גבר נשוי.<sup>75</sup> הסכנה הגלומה בייצוג של קהילה רחבה היא שההתמקדות באדם יחיד, גם אם יפעל בתום-לב, תוביל למכבש של לחצים חברתיים וכלכליים נגדו, כמו-גם לצמצום ולרידוד העומק והמגוון של הטיעונים ודרכי הפעולה המשפטיות בהתאם לנסיבותיו של התובע הפרטני. אולם קולווין לא הייתה לבד, לשמחתה. אנשים נוספים סירבו להישמע לחוקי הסגרגציה, ביניהם מרי לואיז סמית (Mary Louise Smith) וכמובן רוזה פרקס (Rosa Parks).<sup>76</sup> האחרונה, שהייתה פעילה ותיקה ויועצת נוער בארגון ה-NAACP,<sup>77</sup> ואף

68 ראו *Bus Ride to Justice*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 740.

69 ראו Foehrenbach Brown, *Inside Voices: Protecting the Student-Critic in Public Schools*, 62 AM. U. L. REV. 253, 285 (2012).

70 ראו *Bus Ride to Justice*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 741.

71 שם.

72 *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 706.

73 ראו *Bus Ride to Justice*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 741.

74 בערעור אושרה ההרשעה בגין תקיפה, אך בוטלה ההרשעה בגין הפרת חוקי הסגרגציה. ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 672.

75 ראו Anders Walker, *A Horrible Fascination: Segregation, Obscenity, & the Cultural Contingency of Rights*, 89 WASH. U. L. REV. 1017, 1050 (2012); Kim D. Chanbonpin, "We Don't Want Dollars, Just Change": *Narrative Counter-Terrorism Strategy, an Inclusive Model for Social Healing, and the Truth About Torture Commission*, 6 NW. J.L. & SOC. POL'Y 1, 12 (2011).

76 האפשרות להעמיד את סמית בראשות המחאה נזנחה בשל בעיית האלכוהול שממנה סבלו בני משפחתה, ובמיוחד אביה. ראשי הקהילה האפרו-אמריקאית חששו שתומכי הסגרגציה יעשו שימוש בנתון זה כדי להסיט את הדיון מחוקי הסגרגציה ומהשלכותיהם. ראו Walker, שם.

77 ראו *Bus Ride to Justice*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 734.



גייסה כספים להגנתה המשפטית של קולוויץ, 78 סירבה גם היא בעקבותיה לפנות את מקום מושבה באוטובוס ציבורי. 79 כך, בדצמבר 1955, תשעה חודשים לאחר קולוויץ, ניצבה אישה נשואה, בעלת עבודה קבועה ומכובדת, בפני הליכים משפטיים בשל הפרת חוקי הסגרגציה בתחבורה העירונית. 80

פרד גריי, ששימש עורך-דינם של קולוויץ ופרקס, הבין שהם חייבים לצאת ממסגרותיהם של הליכים פרטניים. הוא וג'ו אן רובינסון<sup>81</sup> החליטו לפתוח בעקבות מעצרה של פרקס במחאה ציבורית, שכונתה לאחר-מכן Montgomery Bus Boycott (להלן: מחאת מונטגומרי), שבה תסרב הקהילה האפרו-אמריקאית לעשות שימוש באוטובוסים העירוניים לפחות יום אחד. 82 כדי להניע פעילות קולקטיבית רחבה, הם החליטו לגייס, כדובר המחאה, כומר צעיר ולא-מוכר בשם מרטין לותר קינג. 83 בסופו של יום מחאה מוצלח, שבו נמנעה הקהילה האפרו-אמריקאית משימוש בתחבורה העירונית, התבקש קהל בן 7,000 איש להכריע אם להמשיך את מחאת מונטגומרי מעבר לאותו יום. 84 בנאומו הראשון של קינג לפני קהל של אלפי אפרו-אמריקאים נחשפה חשיבות השילוב של פעילות קהילתית בשטח עם הליכים משפטיים קולקטיביים כתיקי בראון. 85 קינג הפנה בנאומו לפסק-דין בראון והבהיר:

We are not wrong in what we are doing. If we are wrong – the Supreme Court of this nation is wrong. If we are wrong – God Almighty is wrong!... If we are wrong – justice is a lie. And we are

78 *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 708.

79 גם את מחאתה הפרטית של פרקס ניתן לתלות בשינוי שחל בתודעתה של הקהילה האפרו-אמריקאית. אי-אפשר לנתק את הפעולה הפרטית של פרקס מרוח הקהילה באותה תקופה בעקבות ההליכים בעניין בראון. מרטין לותר קינג הסביר כי פרקס הגיבה למעשה על "both the forces of history and the forces of destiny. She had been tracked down by the Zeitgeist – the spirit of the time". ראו *Garrow, Brown's Fiftieth Anniversary*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 711. לחיפושים אחר מקרה מתאים לתקיפת חוקתיותה של ההפרדה הגזעית לאחר המקרה של קולוויץ ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 671–672.

80 לחשיבות הבחירה באדם ראוי כנציג המחאה ראו *King's Constitution*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1016–1017.

81 רובינסון חוותה בעיות דומות לאלה של קולוויץ בתחבורה הציבורית, ואף הייתה מעורבת בתיק שלה. *Bus Ride to Justice*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 741–742.

82 שם, בעמ' 743.

83 שם, בעמ' 744–746.

84 *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 674.

85 שם.

determined here in Montgomery – to work and fight until justice runs down like water, and righteousness like a mighty stream!<sup>86</sup>

מנהיגי הקהילה האפרו-אמריקאית ראו צורך ברור בשילוב פעילות מחאתית רחבה לצידם של הליכים משפטיים.<sup>87</sup> עם זאת, הם הותירו את אפשרות תקיפתה של חוקתיות ההפרדה הגזעית בבית-המשפט כאופציה אחרונה, שתינקט במקרה שחלופת המשא-ומתן תיכשל.<sup>88</sup> אכן, כאשר העירייה החליטה להקשיח עמדות ולהפסיק את ניהול השיחות עם נציגי הקהילה האפרו-אמריקאית, הוחלט לשלב את המחאה עם תקיפה חוקתית של ההפרדה הגזעית בבית-המשפט.<sup>89</sup> חמש נשים, ובמרכזן קלודט קולווין ומרי לואיז סמית, הגישו ב-31 בינואר 1956 תובענה ייצוגית נגד מועצת העיר ואגף התחבורה, בשמן ובשם כל מי שמצוי במצבן, בטענה שחוקי הסגרגציה בתחבורה העירונית עומדים בסתירה לתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית.<sup>90</sup> הפעילות הקולקטיבית התבררה כנחוצה יותר מתמיד כאשר לחצים שהופעלו על אחת התובעות הניעו אותה לפרוש ואף להאשים את עורך-דינה בהטעייתה,<sup>91</sup> מה שהוביל מייד להגשת כתב אישום נגדו ולמעצרו של 115 מוחים אפרו-אמריקאים.<sup>92</sup> מכיוון שהמחאה והתובענה לא התבססו על אדם יחיד, לחצים אלה לא צלחו, והמחאה, שהתבססה בעיקר על הימנעות משימוש באוטובוסים עירוניים, נמשכה והונהגה באחריות רבה וללא אלימות על-ידי קינג.<sup>93</sup> מחאה זו הסתיימה לאחר 381 ימים, עם כניסתה לתוקף של הכרעת בית-המשפט העליון בערעור שהגישה המדינה על הפסיקה בעניין **בראודר** וביטולה של ההפרדה הגזעית בתחבורה העירונית.<sup>94</sup>

86 ש.ם.

87 לרצון לשלב הליכים משפטיים עם מחאה ציבורית רחבה ראו שם, בעמ' 673.

88 *King's Constitution*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1049.

89 *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 681–682.

90 ראו עניין **בראודר**, לעיל ה"ש 6.

91 מכיוון שלא דובר בתובענה פרטנית, לא היה בלחצים אלה כדי לפגוע בתובענה. ניתן לכן לטעון כי התובענה הייצוגית, כתביעתם של רבים, גם פוגעת בתמריץ של החברה האזרחית להתעמר בתובע הפרטני כאשר ברור שהטענות שהוא מעלה בבית-המשפט רלוונטיות לרבים, כך שפגיעה אישית בו לא תעלים אותן ולא תפגע בהצלחת התביעה.

92 Recent Publications [The Montgomery Bus Boycott and the Women Who Started It: The Memoir of Jo Ann Gibson Robinson], 23 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 281, 285 (1988).

93 ראו Robert Jerome Glennon, *The Role of Law in the Civil Rights Movement: The Montgomery Bus Boycott, 1955–1957*, 9 LAW & HIST. REV. 59 (1991).

94 שם, בעמ' 86–87. ראו גם *Bus Ride to Justice*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 734.

למרות הלכות בראון ובראודר, ההפליה וההדרה על בסיס גזע המשיכו וממשיכו להתקיים בארצות-הברית בתצורות שונות ומורכבות.<sup>95</sup> עם זאת, לא יהיה נכון לומר נואש בנוגע להשפעתה ולהשלכותיה של מערכת המשפט, שכן תיקי בראון ובראודר מצביעים על שני נדבכים בעלי ערך בשיג-ושיח שבין החברה למערכת המשפט. ראשית, הליך המשפטי, במיוחד אם הוא מכיל את הקהילה המוחלשת ומעצים אותה, יכולה להיות השפעה חברתית חיובית נפרדת מהכרעת-הדין עצמה. הליך משפטי שמשפח קבוצות מוחלשות יכול לסייע לאותן קבוצות לפעול במלוכד, למצוא את קולן ולנטוש את תחושות הנחיתות והניכור שהן עלולות לחוש כלפי החברה האזרחית, רשויות השלטון והחוק.<sup>96</sup> שנית, הליך משפטי נגיש ומשתף יכול לשמש לאוכלוסיות מוחלשות נתיב ראוי להבעת מחאה חוקית ופורה,<sup>97</sup> שתאפשר להן להשמיע את זעקתן, לפרוק את כאבן, ובכך גם להרחיקן ממחאות אלימות ופורעות חוק שעלולות לחזק סטריאוטיפים מפלים ולהעמיק שסעים חברתיים. כדי להבין טוב יותר את האפשרויות הטמונות בהליך המשפטי עצמו, במנותק מתוצאתו הפורמלית, ינותחו בפרקים הבאים יתרונותיה של התובענה הייצוגית.

## ב. נקודות מפנה בהתפתחות התובענה הייצוגית

### 1. התובענה הייצוגית בארצות-הברית עד לשנת 1966

ככלל, עד לשנת 1966 לא היה ברור אם תביעה ייצוגית בשמם של פרטים יחידים ופזורים, שאינם חלק מקבוצה מאורגנת עובר להליך הקולקטיבי, תייצר מעשה בית-דין שיחייב גם את אלה שלא נטלו חלק בהליך. אומנם, בתי-הדין של יושר באנגליה, בפסקי-דין מרכזיים כ-*How v. Tenants of Bromsgrove* ו-*Brown v. Vermuden*,<sup>98</sup> הכריעו בהליך

95 מייד לאחר החלטת בית-המשפט העליון שחתמה את פרשת בראודר, סבלה הקהילה האפרו-אמריקאית מאלמות מילולית ופיזית, שכללה גם פגיעות ברכוש ובאנשים, הנחת מטעני-נפץ בבתים ובכנסיות, וירי צלפים. עם זאת, הנחישות והמשמעת שפיתחה הקהילה בעקבות המחאה וההליכים המשפטיים אפשרו לקהילה להתמודד כקהילה מאוחדת עם משוכות אלה ולהתגבר עליהן. ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 696.

96 השילוב של המחאה ברחוב וההליכים המשפטיים סייע לקהילה האפרו-אמריקאית במונטגומרי להינתק מהתלות בחברת האוטובוסים ולהתמודד יחדיו עם עוולות הסגרגציה והגזענות של אותה תקופה. על האופן שבו דאגה מחאה זו לשלב את האדם הפשוט במטרות המחאה ראו *King's Constitution*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1023.

97 שם, בעמ' 1034.

98 ראו *How v. Tenants of Bromsgrove*, 23 Eng. Rep. 277 (Ch. 1681); *Brown v. Vermuden*, 22 Eng. Rep. 802 (Ch. 1676).

קולקטיבי יחיד בנוגע לזכויותיהם ולחובותיהם של פרטים רבים.<sup>99</sup> הליכים אלה חיזקו את הסברה שמדובר בשלבים ראשונים בהתמודדותה של המערכת המשפטית עם תביעות מרובות המתבססות על סוגיות עובדתיות ומשפטיות משותפות,<sup>100</sup> ולכן בשלב התחלתי בהתפתחותה של התובענה הייצוגית המודרנית.<sup>101</sup> עם זאת, הליכים קולקטיביים של המאה השבע-עשרה – תקופה שבה זכויותיהם וחובותיהם של פרטים נבעו מהשתייכותם למעמד חברתי-תרבותי – אינם נשענים על אותו בסיס תיאורטי של התובענה הייצוגית של ימינו.<sup>102</sup> ההליכים הקולקטיביים באנגליה התבססו על מבנה קטגורי קבוצתי שהיה קיים עובר להגשתה של התביעה.<sup>103</sup> מכיוון שגם כך התבססו זכויותיו וחובותיו של אדם בתקופה זו על השתייכותו הקבוצתית,<sup>104</sup> בין אם רצה בכך ובין אם לאו, הליכים אלה לא נבעו מתפיסה טכנית של נוחות פרוצדורלית, יעילות או הרתעה. במקום זאת הם נשענו על תיאוריה מהותית ערכית הנוגעת בתפקידו ובהשלכותיו של המיצב החברתי (social status).<sup>105</sup>

את תחילתה של התובענה הייצוגית המודרנית אי-אפשר למצוא גם בכלל 23 לכללי סדר הדין האזרחי הפדרליים משנת 1938 (להלן: כלל 23), שאת מסגרתו עיצב פרופ' ג'יימס מור (James Moore).<sup>106</sup> נהוג לחלק כלל זה לשלושה סוגים של תביעות, וזאת בהתבסס על מאפייניה של הזכות הנתבעת.<sup>107</sup> בקטגוריה הראשונה של תובענות ייצוגיות, אשר כונתה "true class actions",<sup>108</sup> נאכפו בעיקר זכויות של פרטים שהיו חברים במבנה ארגוני נתון. הדוגמה הבולטת לכך היא תביעה של חברים בשם ארגון שלא הוכר על-ידי הדין כתאגיד בעל אישיות משפטית נפרדת. סוג אחר של תובענות

99 ראו ZECHARIAH CHAFEE, SOME PROBLEMS OF EQUITY 200–1 (1950).

100 שם, בעמ' 149.

101 שם.

102 לתפקידו של המעמד בתובענות קולקטיביות של המאה השבע-עשרה ראו Stephen C. Yeazell, *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, 77 COLUM. L. REV. 866, 871 (1977).

103 שם, בעמ' 877.

104 שם, בעמ' 871.

105 שם בעמ' 873.

106 פרופ' מור עצמו הושפע מעבודתו של ג'וזף סטורי (Joseph Story). ראו Benjamin Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, 81 HARV. L. REV. 356, 377 (1968) (להלן: Kaplan, 1966 Amendments).

107 ראו James Wm. Moore & Marcus Cohn, *Federal Class Action*, 32 ILL. L. REV. 307, 309–10 (1937); 3A JAMES WM. MOORE, MOORE'S FEDERAL PRACTICE ¶¶ 23.08–23.10 (2d ed. 1968).

108 קטגוריה זו עסקה בזכויות משותפות, כך שתביעה אחת הקנתה זכות אכיפה לכל יתר החברים. ראו 4 Fed. R. Civ. P. § 23(a)(1) (1938).

ייצוגיות – "hybrid class actions"<sup>109</sup> – עסק בתביעות שונות כנגד אותו נכס, כגון תביעות של נושים בהליך כינוס נכסים. אל הקטגוריה האחרונה בקבוצת התובענות הייצוגיות – "spurious class actions"<sup>110</sup> – היה נהוג לשייך תביעות של זכויות נפרדות אשר מוחזקות בצורה לא־מאורגנת ואף מקרית בידי אנשים שונים אך מתבססות על מאפיינים עובדתיים ומשפטיים משותפים.

למרות אי־הבהירות הרבה שהייתה בהגדרתם ובתיחומם של גבולות הגזרה בין הקטגוריות השונות, היה נהוג לייחס מעשה בית־דין – המחייב את אלה שנעדרו מההליך המשפטי – רק לתובענות הייצוגיות שהשתייכו לקטגוריה הראשונה, היא קטגוריית ה־true class actions<sup>111</sup>. לעומת זאת, התובענה הייצוגית השכיחה בימינו – זאת הנסמכת על קיומו של בסיס עובדתי ומשפטי משותף ולכן משתייכת לקטגוריית ה־spurious class actions – לא הייתה יכולה ליצור באותן שנים מעשה בית־דין שיחייב את מי שלא נטל חלק בהליך הקולקטיבי.<sup>112</sup> עם זאת, לכלל זה פיתחו בתי־המשפט חריג רחב בדמות התובענות לדה־סגרגציה בשנות החמישים והשישים.<sup>113</sup> לכאורה, בחינה דקדקנית של מאפייני התובענות לאכיפת זכויות אזרח הייתה מובילה למסקנה שמדובר בתביעות השייכות לקטגוריית ה־spurious class actions<sup>114</sup>. לכן, בהתאם לחלוקה המקובלת של כלל 23 משנת 1938, תביעות אלה אפשרו אומנם לחברים שהשתייכו לקבוצה להשתתף בהליך, אך לא יצרו מעשה בית־דין שחייב את יתר חברי הקבוצה.<sup>115</sup> עם זאת, ברוב

- 
- 109 זכויות אלה היו נפרדות אך נגעו באותו נכס. ראו 4 Fed. R. Civ. P. § 23(a)(2) (1938).
- 110 בקבוצה זו של מקרים הזכויות היו נפרדות אך הדיון בהן עירב שאלות משותפות של עובדה ומשפט. ראו 4 Fed. R. Civ. P. § 23(a)(3) (1938).
- 111 השלכותיה של החלוקה לקטגוריות השונות על יכולתה של התובענה ליצור מעשה בית־דין לא נכללו בחוק. ראו Ogletree, *From Dred Scott to Barack Obama*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 2. עם זאת, פרשנותו של פרופ' ג'יימס מור לעניין זה התקבלה בפסיקה כאילו נכתבה בחוק עצמו. ראו CHAFFEE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 251.
- 112 MARTIN H. REDISH, *WHOLESALE JUSTICE: CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF THE CLASS ACTION LAWSUIT* 8 (2009).
- 113 אף שתובענות אלה השתייכו לקטגוריה השלישית, הכירו בהן בתי־המשפט כיוצרות מעשה בית־דין כלפי צדדים נעדרים. ראו David Marcus, *Flawed but Noble: Desegregation Litigation and Its Implications for the Modern Class Action*, 63 FLA. L. REV. 657, 697 (2011).
- 114 במקרה שבו נדונה תביעה ייצוגית בגין פגיעה בזכויות אזרח הסביר בית־המשפט: "If a class action at all, it is what Professor Moore in his Federal Practice calls a Spurious Jinks v. Hodge, 11 F.R.D. 346, ראו Class Suit, which is a permissive joinder device" 347 (C.C. Tenn., 1951).
- 115 REDISH, לעיל ה"ש 112, בעמ' 8.

התביעות לאינטגרציה גזעית, ובמרכזן תיקי בראון, הכיר בית-המשפט בתביעה כייצוגית וכמחייבת מבלי להתייחס כלל לחלוקה המקובלת.<sup>116</sup>

התפתחותם של סדרי הדין בפסיקה השפיעה רבות על דיוניה של הוועדה המייעצת לכללי סדר הדין האזרחי הפדרליים בשנת 1966.<sup>117</sup> ועדה זו, שתיקנה את כלל 23, החליטה להינתק מההבחנות המיושנות בנוגע לזכויות הנתבעות,<sup>118</sup> שגם כך לא היו בהירות מספיק, כמו-גם מסוגי התובענות הייצוגיות והשלכותיהן על יכולתו של פסק-הדין לחייב צדדים נעדרים.<sup>119</sup> במקום זאת החליטה הוועדה לאשר הגשתה של תובענה ייצוגית בהתקיים כמה תנאים מצטברים, המצויים בכלל 23(a): המעשיות של הגשת תביעות פרטניות כאשר מדובר במספר משמעותי של תובעים;<sup>120</sup> קיימות שאלות של עובדה ומשפט אשר משותפות לכלל חברי הקבוצה;<sup>121</sup> הטענות או ההגנות של המייצגים טיפוסיות לטענות או להגנות של כלל חברי הקבוצה;<sup>122</sup> והמייצגים יגנו בצורה הולמת והוגנת על האינטרסים של כלל חברי הקבוצה.<sup>123</sup>

לאחר עמידה בתנאים מצטברים אלה על התובענה הייצוגית להשתייך לאחת מהקטגוריות המצויות בכלל 23(b). החשובות מביניהן לענייננו הן הקטגוריות השנייה והשלישית, המתמקדות באופיו של הסעד. בהתאם לקטגוריה השנייה, ניתן להגיש תביעה ייצוגית במקרים שבהם הצד הניצב כנגד הקבוצה פגע בקבוצה בשל פעולה או העדר פעולה, כך שסעד הצהרתי או צו מניעה יהיו בבחינת תרופה הולמת לקבוצה בכללותה.<sup>124</sup> אף שמדובר בשינוי חקיקתי דרמטי, קטגוריה זו ביקשה להיצמד להתפתחות הפסיקתית בתחום התובענות הייצוגיות לאכיפת זכויות אזרח. הקטגוריה השלישית, שהשימוש בה שכיח יותר בימינו, מאפשרת הגשת תובענה ייצוגית במקרים שבהם שאלות משותפות של עובדה ומשפט גוברות על שאלות אחרות הנוגעות בחברי קבוצה מסוימים, והתובענה הייצוגית עדיפה בייעילותה ובהגנותה על כלים אחרים

116 ראו CHARLES A. WRIGHT, LAW OF FEDERAL COURTS 271 (1963), מצוטט אצל Kaplan, *1966 Amendments*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 383.

117 להרכב הוועדה ראו Judith Resnik, *From "Cases" To "Litigation"*, 54 LAW & CONTEMP. PROBS. 5, 8-9 (1991).

118 ראו Moore & Cohn, לעיל ה"ש 107, בעמ' 309-310.

119 על סוגי התובענות הייצוגיות בכלל 23 משנת 1938 ראו MOORE, לעיל ה"ש 107, ס' 23.10-23.08.

120 על תנאי ה-*numerosity* ראו 4 Fed. R. Civ. P. § Rule 23(a)(1) (1966).

121 על תנאי ה-*commonality* ראו 4 Fed. R. Civ. P. § Rule 23(a)(2) (1966).

122 על תנאי ה-*typicality* ראו 4 Fed. R. Civ. P. § Rule 23(a)(3) (1966).

123 על תנאי ה-*adequacy of representation* ראו 4 Fed. R. Civ. P. § Rule 23(a)(4) (1966).

124 קטגוריה זו התמקדה בעיקר בתביעות לאכיפת זכויות אזרח. ראו 4 Fed. R. Civ. P. § Rule 23(b)(2) (1966).

להכרעה במחלוקת.<sup>125</sup> בתיקון משנת 1966 של כלל 23 העניק המחוקק לראשונה לתובענות ייצוגיות השייכות לקטגוריות אלה את האפשרות ליצור מעשה בית-דין שיחייב גם את אלה שלא נטלו חלק בהליך.<sup>126</sup> בתובענות השייכות לקטגוריה השלישית, להבדיל מאלה השייכות לקטגוריה השנייה, ביקשה הוועדה לחזק את ידיעת חברי הקבוצה בדבר הגשת התובענה הייצוגית באמצעות הדרישה למתן ההודעה הטובה ביותר האפשרית<sup>127</sup> – אפילו הודעה אישית, אם היא סבירה<sup>128</sup> – ובמקביל העניקה לחברי הקבוצה את הזכות להודיע על יציאה מהקבוצה.<sup>129</sup>

הנה כי כן, התובענה הייצוגית המודרנית – זאת שמלכדת תובעים מקריים שלא השתייכו לקבוצה מאורגנת עובר להליך הקולקטיבי, וזאת שמקימה מעשה בית-דין המחייב צדדים נעדרים שאולי אף אינם מודעים כלל לקיומה של התביעה – היא למעשה תופעה שהתגבשה בשנות החמישים והשישים בארצות-הברית בתיקים כגון **בראון ובראודר**.<sup>130</sup>

## 2. תיקון כלל 23 בשנת 1966

כאמור, עובר לשנת 1966 זכו התובענות לדה-סגרגציה במערכת החינוך הציבורית בבחינה מקילה של בתי-המשפט. בין אם הם קטלגו תביעות אלה כ-*true class actions* ולכן כמחייבות,<sup>131</sup> ובין אם הם התעלמו כליל מהחלוקה המקובלת, בתי-המשפט

125 ראו 4 Fed. R. Civ. P. § Rule 23(b)(3) (1966).

126 לעניין הקטגוריה השלישית עובר לתיקון משנת 1966 נאמר: "[I]n a class suit under clause (3) [i.e., a spurious class action], a judgment will not be res judicata for or against those of the class who do not intervene... judgment to be entered in favor only of those who do so within a reasonable time" ראו York v. Guaranty Trust Co., 143 F.2d 503, 529 (2d Cir. 1944).

127 לפני התיקון התייחסה דרישת ה-notice רק ל-*true class actions*. ביתר סוגי התובענה הייצוגית לא הייתה כל חובה למתן הודעה אלא אם כן דרש זאת בית-המשפט. ראו 4 Fed. R. Civ. P. § Rule 23(c) (1938).

128 ראו 4 Fed. R. Civ. P. § Rule 23(c)(2) (1966).

129 ש.ס.

130 ראו REDISH, לעיל ה"ש 112, בעמ' 10.

131 באשר למניעיו של בית-המשפט ביישום דין התובענה הייצוגית נטען כי "in order to allow the class members to enforce judgments intended to prohibit further discrimination, it was generally agreed that the actions should be classified as true class suits" ראו George M. Strickler, Jr., *Protecting the Class: The Search for the Adequate Representative in Class Action Litigation*, 34 DEPAUL L. REV. 73, 111 (1984).

הפדרליים הונעו מתפיסה מהותית ביישום דין התובענה הייצוגית.<sup>132</sup> סביר להניח שגמישותם של בתי-המשפט בהפעלת מנגנון התובענה הייצוגית נבעה מתפיסת התובענה הייצוגית בשנים אלה כמנגנון חיוני ואף הכרחי במאבקן של קהילות מוחלשות לשוויון במערכת החינוך הציבורית ולאכיפת זכויות האזרח בכלל.<sup>133</sup>

#### (א) השלכותיו הפרוצדורליות של פסק-דין בראון

פסק-דין בראון עשה יותר מאשר לפרוץ את הסכר להגשתן של תובענות ייצוגיות בכל תחומי זכויות האזרח.<sup>134</sup> התמקדות בפן הפרוצדורלי של פסק הדין, כמו-גם בחלקו האקטיבי של בית-המשפט העליון הפדרלי בהליך זה, חושפת תפיסה מהותית של הדין הפרוצדורלי. בהתאם לתפיסה זו, בית-המשפט ביקש להותיר פערים כלכליים וחברתיים מחוץ לכותלי בית-המשפט, ככל האפשר, ולקדם – למצער בהתדיינות המשפטית – "שוויון אדוורסרי" בין הצדדים להליך המשפטי. ככלל, בחינת מטרותיו ושיקוליו של בית-המשפט מתבססת בעיקר על הנמקות השופטים בפסק-הדין. עם זאת, בעניין בראון ניתן ללמוד רבות על שיקולי השופטים גם מן האופן שבו הם בחרו להשפיע על ההליך הפרוצדורלי עצמו. כאמור, בעניין בראון אוחדו תיקים משלושה מחוזות נפרדים, אך במקביל לדיון בתיקים אלה ביקש בית-המשפט העליון לצרף לדיונים אלה תביעה נוספת – תביעת בולינג נ' שרפ.<sup>135</sup> החלטה זו על צירוף תיק בולינג הייתה חסרת תקדים משתי בחינות: ראשית, להבדיל מיתר התיקים, שטענו להפרת התיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית, בתיק בולינג נטען להפרת הזכות להליך משפטי הוגן בהתאם לתיקון החמישי לחוקת ארצות-הברית; שנית, את הבקשה לצירוף תיק בולינג לדיונים בתיקי בראון יזם בית-המשפט עצמו.<sup>136</sup>

בתיק בולינג קבע בית-המשפט בערכאה הראשונה כי ההפרדה הגזעית במערכת החינוך הציבורית אינה סותרת את התיקון החמישי לחוקת ארצות-הברית. בעקבות החלטה זו החלו עורכי-דינם של התובעים, וביניהם פרופ' ג'יימס נבריט (James Nabrit) מאוניברסיטת הווארד, בהכנות קדחתניות להגשת כתב ערעור לפני בית-המשפט לערעורים. מהלכים אלה הופסקו כאשר פקיד בית-המשפט העליון האמריקאי יצר עימם

132 באשר לחשיבות מקומם של שיקולי מדיניות בנוגע לסדרי הדין בתובענות ייצוגיות ראו Comment, *The Class Action Device in Antisegregation Cases*, 20 U. Chi. L. Rev. 577, 577–78 (1953).

133 על כך נאמר כי "[t]he supreme court seemed willing to reverse a half-century of constitutional law in the name of racial equality" STEPHEN C. YEAZELL, FROM MEDIEVAL GROUP LITIGATION TO THE MODERN CLASS ACTION 243 (1987).

134 ראו Strickler, לעיל ה"ש 131, בעמ' 112: *Brown v. Board of Education* opened the floodgates for civil rights class actions" .

135 ראו עניין בולינג, לעיל ה"ש 39.

136 ראו McNeil, לעיל ה"ש 40, בעמ' 37–38.



במפתיע קשר טלפוני והבהיר להם כי בית-המשפט העליון מעוניין לשמוע את טיעוניהם כחלק מתיקי הסגרגציה בבראון נ' מועצת החינוך של טופיקה.<sup>137</sup> לפיכך הם התבקשו להגיש בקשה לצו בירור (petition for certiorari) לפני בית-המשפט העליון, ובכך למעשה לדלג על הכרעת בית-המשפט לערעורים אף לפני שהוגש הערעור.<sup>138</sup> התערבות זו של בית-המשפט העליון בהליך הדיוני המקובל מצביעה על תפיסה מהותית של הדין הפרוצדורלי.<sup>139</sup>

שופטי בית-המשפט העליון הפדרלי הכירו בהשלכותיה הרחבות של התובענה, כתובענה ייצוגית, על מיליוני תלמידים אפרו-אמריקאים בשבע-עשרה המדינות שבהן קיבעה חקיקה מנדטורית את הסגרגציה במערכת החינוך הציבורית.<sup>140</sup> הם הכירו לכן גם באחריות ובמחויבות של הליכים ייצוגיים אלה כלפי הקהילה המוחלשת. לכאורה, ההכרעה בעניין בראון הייתה צפויה להשליך בהכרח על כל מערכת החינוך הציבורית,<sup>141</sup> ולכן לא היה צורך ברור בצירופם של התובעים בעניין בולינג לדיונים בתיקי בראון.<sup>142</sup> עם זאת, ניתוח דיוני בית-המשפט העליון בתיקי בראון חושף את רתיעתם של שופטי בית-המשפט העליון הפדרלי מהעלויות ומהקשיים הצפויים להתלוות ליישומה של החלטה בעלת השלכות רחבות-היקף כביטול הסגרגציה. חשש זה גם הוביל את בית-המשפט העליון של אותה תקופה להעדפה כללית שההחלטה תינתן פה אחד, ולכן תיתפס, לפחות על-ידי הציבור, כאחראית ומבוססת יותר.<sup>143</sup> ייתכן מאוד שאותה אסטרטגיה של איחוד קולם של השופטים במטרה לחזק את החלטת בית-המשפט – אם לא מבחינה מהותית, אזי למצער מבחינה ציבורית – הובילה גם להכרה

---

137 ש.ם.

138 מדובר בהזמנה חסרת תקדים ובה-בעת שקולה ומחושבת. ראו Philip Elman, *The Solicitor General's Office, Justice Frankfurter, and Civil Rights Litigation, 1946–1960: An Oral History*, 100 HARV. L. REV. 817, 826 (1987).

139 על הזמנה זו של בית-המשפט העליון נאמר כי היא "was tantamount to an invitation to have certiorari granted, by-passing the court of appeals", ראו McNeil, לעיל ה"ש 40, בעמ' 38.

140 דיוני בית-המשפט מעידים כי שופטי בית-המשפט העליון, ובמיוחד השופט וינסון (Vinson), נרתעו מהעלויות הרבות שיישום החלטתם ייצור. ראו Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948–1958*, 68 GEO. L.J. 1 (1980).

141 כמורגם על תחומים ציבוריים אחרים שבהם נהגה סגרגציה גזעית.

142 נוסף על כך, בשל טענתם של התובעים בתיק בולינג להפרת התיקון החמישי לחוקה האמריקאית, ולא התיקון הארבעה-עשר, עולה שאלת הערך המוסף מצירופם לדיונים בהליך שעוסק בסוגיה משפטית שונה.

143 ראו McNeil, לעיל ה"ש 40, בעמ' 44.

באחריותיות שקמה עם ייצוג הקהילה המוחלשת ולכן גם למאמץ להעמיק ולהעשיר את הבסיס העובדתי והמשפטי שישמש את בית-המשפט בהחלטתו.<sup>144</sup> הנה כי כן, עוד לפני התיקון משנת 1966 הבינו בתי-המשפט, וביניהם גם בית-המשפט העליון הפדרלי, כי תופעות קולקטיביות כגון חוקי ג'ים קרואו והפרדה גזעית אינן יכולות להתברר בבית-משפט בפרספקטיבה פרטנית בלבד. הורה או תלמיד אפרו-אמריקאים יחידים אינם יכולים לשאת באחריות או בעלויות הכרוכות בתביעה משפטית התוקפת תופעות קולקטיביות כהפרדה גזעית. מעבר לכך, לא היה ברור כלל שהחברה האמריקאית תאמץ לחיקה החלטה רחבת-היקף המבוססת על עמדתו של אדם יחיד.<sup>145</sup> מנגנון התובענה הייצוגית התפתח לכן תוך הכרה ביכולתו לפתוח את שערי המשפט לפני קבוצות מוחלשות, אך זאת תוך קבלת האחריות הציבורית והמשפטית, של עורכי-הדין ובתי-המשפט, הכרוכה בייצוגם של קולות רבים ומגוונים בהליך יחיד בעל השלכות רחבות-היקף. כפי שנראה, יחסם של בתי-המשפט לתובענות ייצוגיות לאכיפת זכויות אזרח שימש המנוע המרכזי לעיצובו של כלל 23 בתיקון משנת 1966.

### (ב) הוועדה המייעצת לכללי סדר הדין האזרחי הפדרליים ותיקון כלל 23

#### (1) תובענות לדה-סגרגציה ותכליתה של עבודת הוועדה

המינוח של כלל 23 עובר לתיקון משנת 1966, כמו-גם הקטגוריות הקבועות בו, חסמו את הדין הנחוץ בשיקולי מדיניות ובהצדקות הערכיות לאישורה של תובענה ייצוגית.<sup>146</sup> מעבר לכך, אי-הבהירות שאפפה את הסעיף והקשיים בחלוקת התביעות

144 כאן חשוב לציין כי מעבר לתרומה האפשרית לדין המשפטי, לעצם ההשתתפות בהליכים משפטיים בעלי השלכות רחבות-היקף כל-כך, ואף במנותק מהחלטת בית-המשפט, יש ערך מעצים לאוכלוסייה שסובלת מהדרה ומדיכוי. ראו *King's Constitution*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1034.

145 מנהיגי האוכלוסייה האפרו-אמריקאית הכירו בתרומתה של התמיכה הציבורית ליכולתו של בית-המשפט להכריע בסוגיות חברתיות רחבות-היקף. ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 673. בהתאם לעמדה זו נטען: "Litigation is unlikely to help those most desperately in need... [J]ustices, reflecting broader social mores, are unlikely to side with litigants who lack significant social standing. Even once litigants secure Court victories they must have a certain amount of power in order to enforce them". ראו KLARMAN, לעיל ה"ש 60, בעמ' 463.

146 בשפתו של בנג'מין קפלן: "[I]t seemed reasonably clear... that right answers should not depend on the mere preservation of the categories or terminology of rule 23, but rather on the play of the intrinsic policies". ראו Kaplan, *1966 Amendments*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 384.

לקטגוריות השונות<sup>147</sup> הובילו לצורך ממשי בעריכת רפורמה לכלל 23. הוועדה המייעצת לכללי סדר הדין האזרחי הפדרליים נטלה על עצמה את המשימה לפשט את מנגנון התובענה הייצוגית, אך גם לעבות אותו בתובנות שהתקבלו מהפסיקה, במיוחד מזו שהתקבלה בתובענות שהוגשו בתחום ההפרדה הגזעית.

האקטיביות שבה נהגו בתי-המשפט הפדרליים בטפלים בתביעות לאכיפתן של זכויות אזרח לא נעלמה מעיני הוועדה. בנג'מין קפלן (Benjamin Kaplan), יועץ הוועדה,<sup>148</sup> ציין מפורשות כי תובענות דה-סגרגציה שייכות לקטגוריית ה-*spurious class actions* ואף-על-פי-כן אין ולו שופט אחד שיתייחס אליהן בצורה הזאת. כסמכות המשפטית הבכירה בוועדה, ביקש קפלן לא רק לתאר את המציאות המשפטית עובר לכינוסה של הוועדה, אלא גם ללמוד מגישתם המהותית הפרוגרסיבית של בתי-המשפט ולאמצה כחלק מרכזי במסגרת תיקונו של כלל 23. הסעיף שנבנה על בסיס התובענות הייצוגיות לדה-סגרגציה בפרט ולאכיפתן של זכויות אזרח בכלל הוא סעיף 23(b)(2), שמתמקד בתביעה לסעד הצהרתי או לצו מניעה.<sup>149</sup> ודוק: עובר לדיוני הוועדה לא הוגבלו תובענות אלה לסעד הצהרתי, ובנוסף הראשון של סעיף זה לא הפריד קפלן בין סעדים כספיים להצהרתיים.<sup>150</sup>

מטרתה העיקרית של הוועדה הייתה לייצר את האמצעים הדיוניים הנדרשים לאכיפתן האפקטיבית של זכויות השייכות לקבוצות של אנשים אשר קודם לכן, כפרטים, לא יכלו לעשות שימוש מעשי במערכת המשפט.<sup>151</sup> באופן מפתיע, הדוגמה שחזרה על עצמה שוב ושוב בדיוני הוועדה להמחשת הצורך במנגנון התובענה ייצוגית לא הייתה אחת התובענות המקובלות בימינו, קרי, תובענה בגין נזק המוני (mass tort), תובענה צרכנית או תובענה בענייני ניירות-ערך. להפך, חברי הוועדה הסבירו כי התובענה

147 על אי-הבהירות שאפפה את יישומו של כלל 23 ואת חלוקת המקרים לקטגוריות הקבועות בו ראו 629-630, *Proposed Rule 23: Class Actions Reclassified*, 51 VA. L. REV. 629, 630-636 (1965).

148 הרוח החיה מאחורי התיקון משנת 1966 לכלל 23 היה ללא ספק בנג'מין קפלן, אשר מוכר לרוב כמנסחם של כתבי האישום במשפטי נירנברג. קפלן שימש בוועדה הסמכות המשפטית המרכזית לתיקונו ולניסוחו מחדש של כלל 23, שהוא הבסיס לתובענה הייצוגית של ימינו. ראו 1345, *In Memoriam: Benjamin Kaplan*, 124 HARV. L. REV. 1345, 1357 (2011); 6 HARV. L. SCH. REC. 1, 4 (Tuesday, February 18, 1948); Arthur R. Miller, *Some Very Personal Reflections on the Rules, Rulemaking, and Reporters*, 46 U. MICH. J.L. REFORM 651, 652 (2013).

149 בהתאם לכלל 23(b)(2), ניתן להגיש תביעה ייצוגית אם היא קיימה את הדרישות של ס' 23(a) ונוסף על כך "the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole". ראו גם Kaplan, *1966 Amendments*, לעיל ה"ש 106, בעמ' 389.

150 ראו Marcus, לעיל ה"ש 113, בעמ' 704.

151 ראו Benjamin Kaplan, *A Prefatory Note*, 10 B.C. INDUS. & COM. L. REV. 497 (1969).

הנזיקית אינה ראויה להתברר במסגרת התובענה הייצוגית,<sup>152</sup> וזאת בשל השונות הרבה במאפייני הנזק הפרטני כמו גם החשש מפני השלכותיה של בעיית הנציג במקרים אלה.<sup>153</sup> חשש זה היה קל יותר בתובענות דה-סגרגציה הודות לשיתופה ולהכלתה של הקהילה בהליך המשפטי, כמו גם בזכות הפרסום הרב שבו זכו תיקים אלה.<sup>154</sup> אכן, התובענה ששימשה בוועדה דוגמה חוזרת לצורך בחידושו ובשינויו של כלל 23, מעבר להפשטת הקטגוריות, הייתה התובענה לדה-סגרגציה.<sup>155</sup>

לכאורה ניתן לסבור בטעות כי השפעת הפסיקה בתחום התובענות לדה-סגרגציה על הוועדה התמצתה בניסוחו של כלל 23(b)(2) ותו לא. יתר הכללים – ובמיוחד כלל 23(b)(3), העוסק בתביעות לסעד כספי המערבות שאלות משותפות של עובדה ומשפט – נראים בלתי-קשורים לאותן תובענות לרפורמה חברתית. עם זאת, התעמקות בדיוני הוועדה ממחישה כי שתי הקטגוריות הללו – 23(b)(2) ו-23(b)(3) – נובעות בצורה ישירה מהפרוגרסיביות של הפסיקה בתחום זכויות האזרח.<sup>156</sup> יותר מכך, השאלה בדבר נחיצות הוספתה של קטגוריה 23(b)(3) עלתה בדיוני הוועדה בעקבות ביקורת קשה שהושמעה נגד ניסוחה המופשט ונגד הרחבתו האפשרית של מנגנון התובענה הייצוגית לעוללות המוניות.<sup>157</sup> בתגובה על ביקורת זו חידד קפלן והבהיר כי אי-אפשר להפריד בין

152 בהתאם לדבריו של יועץ הוועדה קפלן: "I want to emphasize again that in my view the case of the mass accident will be, and probably ought to be, excluded from the class Benjamin Kaplan, Federal Civil Rules Advisory Committee Meeting (Nov. 1, 1963); Transcript of Session on Class Actions 10 (Oct. 31, 1963 – Nov. 2, 1963), 1, 1963); (להלן: דיוני הוועדה). (microformed on CIS-7104-53 (Jud. Conf. Records, Cong. Info. Serv.

153 בדיוני הוועדה עלו חששות אלה בצורה מפורשת בדבריו של ג'ון פול פרנק (John Paul): "[T]here are just more ways of cheating people with class actions than with (Frank any other rule that I've been able to put my finger on... [W]hen we take class (2), which are said to be segregation cases, I am satisfied... that the integration cases need to be class action". שם.

154 אכן, על הדרישה לאינטגרציה בתיקים אלה נמתחה גם ביקורת ערה, בעיקר בשל החשש שאידיאל האינטגרציה באותה תקופה יפגע ברווחת התלמידים. ראו Derrick A. Bell, Jr., *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 YALE L.J. 470, 470 (1976).

155 קפלן ראה את ההכרה בתובענה לדה-סגרגציה כמקרה הקלסי של הכרה בתובענה ייצוגית אשר עובר לתיקון של כלל 23 נכללה בקטגוריית ה-"spurious class actions". ראו דיוני הוועדה, לעיל ה"ש 152.

156 פרנק, חבר הוועדה המייעצת, התייחס להשלכותיה הרחבות של התובענה לדה-סגרגציה: "[C]ertainly we want the segregation cases covered somewhere here. However, in the course of covering the segregation cases, we have in lines 25–28, I think, covered the universe as well". שם.

157 מעניינים בהקשר זה דבריו של חבר הוועדה השופט תומסן (Thomsen), נשיא בית-המשפט הפדרלי במחוז מרילנד: "There are terrific pressures on the lawyer, on honesty... you got terrific local pride when the judge gets involved in a thing like

שתי הקטגוריות, וכי בהעדרו של כלל 23(b)(3) תיגדע גם ההתפתחות הפרוצדורלית בתחום התובענות לדה-סגרגציה.<sup>158</sup> עם זאת, לחברי הוועדה היה ברור כי תכלית הוועדה והחידוש העיקרי שלה הוא ביסוסה של התובענה הייצוגית החברתית, ובשפתו של חבר הוועדה ג'ון פול פרנק (John Paul Frank): "[T]he energizing force which motivated the whole rule... was the firm determination to create a class action system which could deal with civil rights..."<sup>159</sup> לעומת זאת, בכלל 23(b)(3) מצאו חברי הוועדה בעיות וסיכונים רבים, אלא שהם הניחו בטעות כי תחולתו של הכלל תצומצם למקרי-קצה פריפריאליים, ולא תקיף נזקים המוניים.<sup>160</sup>

(2) מהעצמת מוחלשים לייצוג מנוכר: עיגונה של התובענה החברתית בלשון החוק ותחילת סופה

במבט לאחור ייתכן שניסוחו של כלל 23(b) הוביל – בסתירה למטרתו המקורית ובניגוד לכוונת הוועדה – להחלשתן של התובענות החברתיות ולהטיית מנגנון התובענה הייצוגית כולו לכיוונה של התביעה הנזיקית. מאפייני התובענה הייצוגית החברתית עובר לשנת 1966, שכללו פעילות קהילתית מלמטה, השיתוף על מובילי התובענה עלויות נכבדות ללא תגמול כספי משמעותי. במהלך הנסיונות להרחיב את גבולות התובענה הייצוגית, השקיעו מובילי התביעה הייצוגית בשיתוף ובהכלה של חברי הקבוצה, אם בשל תחושת האחריות שנובעת מייצוג קהל רחב עם קולות שונים, ולעיתים מנוגדים, ואם בשל הצורך בלגיטימציה חברתית ומשפטית להרחבת גבולותיה של התובענה הייצוגית. החוק החדש משנת 1966, לעומת זאת, עיצב בכלל 23(b)(2) את התובענה לאכיפת זכויות אזרח כתובענה ייצוגית מנדטורית.<sup>161</sup> במילים אחרות, לאחר 1966 נשללה מחברי הקבוצה הזכות לצאת מתחולתה של התובענה הייצוגית (opt out), ולמובילי התובענה לא הייתה כל חובה ליידע את חברי הקבוצה בדבר קיומה

that... I'm just worried about whether the language of (3) is so general that it invites treating these mass accidents and negligence cases as class actions" שם.

158 בלשונו של קפלן: "[T]he very desegregation suits that are now being conducted are theoretically spurious class actions, but there isn't a judge in the world that's treating them that way, nor should they be treated that way... and when you put a negative to (b)(3) you are chopping off that development with a knife..." שם.

159 Patricia A. Seith, *Civil Rights, Labor, and the Politics of Class Action Jurisdiction*, 7 STAN. J. C.R. & C.L. 83, 89–90 (2011).

160 קפלן הניח כי כלל זה יחול רק במקרים החריגים שבהם מאפייניהם של חברי הקבוצה יהיו זהים כמעט לחלוטין – למשל, "[c]ommon fraud cases claimed by beneficiaries of a trust... or... private antitrust claims arising from a corporate dealing" הוועדה, לעיל ה"ש 152.

161 Seith, לעיל ה"ש 159, שם.

(notice).<sup>162</sup> אם בשנות החמישים והשישים היה אפשר למצוא מניע לשיתופה ולהכלתה של הקהילה, לאחר 1966 לא היה בכך כל צורך. נוסף על כך, התובענה הייצוגית הכספית, המצויה בכלל 23(b)(3), נהייתה אטרקטיבית יותר, אם בשל האפשרות לקבל סנקציה כספית, שהיא לעיתים משמעותית יותר מסעד הצהרתי, ואם בשל האפשרות לקבלת תגמול הולם בעבור עבודתם של עורכי-הדין. התובענה הייצוגית לאכיפת זכויות אזרח, לעומת זאת, הוגבלה לסעד הצהרתי, אשר במקרים רבות לקה בחוסר אפקטיביות, וגם לא תגמל בצורה נאותה את עורכי-הדין ומובילי התובענה. הפרדה זו בין הסעדים לא הייתה הכרחית, ובטיוטה הראשונה לכלל 23 לא הופרדו התובענות הייצוגיות על בסיס הסעד – הצהרתי או כספי.<sup>163</sup> מעבר לכך, ייעוד כלל 23(b)(2) לתובענות חברתיות שלל לכאורה את אפשרות השימוש בכלל 23(b)(3) למטרה זו, על-אף ניסוחו המופשט,<sup>164</sup> ההגנות הפרוצדורליות המצויות בו<sup>165</sup> והתפיסה הכללית שביקשה לא להיצמד לקטגוריות פורמליות סגורות.<sup>166</sup>

עם זאת, את המבנה של כלל 23 שעוצב בשנת 1966 יש להבין על רקע ההקשר התרבותי-המשפטי של אותה תקופה, ולא על בסיס התובענה הייצוגית המקובלת של זמננו. בשנות החמישים והשישים, אל מול התביעות לדה-סגרגציה והפסיקה האקטיביסטית בתחום זה, פעלה בארצות-הברית מערכת חברתית ומשפטית נחושה לא פחות לשימור הסטטוס-קו ולסיכול המאמץ לאינטגרציה גזעית. כך, במחוז הנסיך אדוארד בוורג'יניה נסגרו המוסדות הציבוריים, כך שנותרו רק מוסדות חינוך פרטיים.<sup>167</sup> מכיוון שמוסדות אלה קיבלו תלמידים על בסיס השתייכותם הגזעית, נמשכה ההדרה גם לאחר פסיקת בראון, אלא שהפעם גם לא היה ניסיון לקיים חזות חיצונית של נפרד אבל שווה. עד שפרשה זו הוכרעה בעניין גריפין בבית-המשפט העליון, בשנת

162 ש.ם.

163 ראו Marcus, לעיל ה"ש 113, בעמ' 704.

164 ראו Kaplan, 1966 Amendments, לעיל ה"ש 106, בעמ' 497.

165 יש לציין כי חברי הוועדה חששו מחוסר הבהירות של סעיף זה. חבר הוועדה ג'ורג' דאוב (George Doub), ששימש באותה תקופה עוזר לתובע הכללי, אמר כי ניסוחו המופשט של ס' 23 פותח "such an open door, and the members of the Committee... are just not clear where that door is going to take us". ראו דיוני הוועדה, לעיל ה"ש 152 ; Kaplan, 1966 Amendments, לעיל ה"ש 106, בעמ' 389–390.

166 לעניין ההיצמדות לקטגוריות פורמליות עובר לתיקון משנת 1966 הבהיר קפלן כי "right answers should not depend on the mere preservation of the categories or terminology of rule 23, but rather on the play of the intrinsic policies". שם, בעמ' 384.

167 מוסדות החינוך הפרטיים סובסדו על בסיס מספר התלמידים. עם זאת, בהעדר מוסדות חינוך פרטיים לתלמידים אפרו-אמריקאים, רק מוסדות חינוך לתלמידים לבנים נהנו מהתמיכה הציבורית. ראו Griffin v. County School Board of Prince Edward County, 377 U.S. 218, 222–23 (1964). (להלן: עניין גריפין).

1964, 168 נמנעה מתלמידים אפרו-אמריקאים הגישה למוסדות החינוך, ואף בצורה חריפה יותר מאשר לפני פסק-דין בראון.

במילים אחרות, המאבק החברתי והמשפטי לאכיפת זכויות האזרח ולביטול ההפרדה הגזעית לא הסתיים בפסק-דין בראון, וגם לאחר מה שנהוג לכנות "בראון 2"<sup>169</sup> – שבו דרש בית-המשפט ממוסדות החינוך הממשלתיים לערוך את השינויים הנדרשים ב"מהירות שקולה" (deliberate speed)<sup>170</sup> – נותר מאבק זה בשלביו הראשוניים בלבד. בהקשר זה ההשפעה של סעד הצהרתי בלבד עלולה להיות מינורית ואפילו שלילית, אם נביא בחשבון תגובות אפשריות בדמות נסיונות לעקוף את החלטת בית-המשפט.<sup>171</sup> עם זאת, כדי להבין את בחירת הוועדה, יש להעמיק חקור במשוכות המשפטיות המשמעותיות שהציבו מדינות הדרום בפני ה-NAACP – הארגון שיזם את רובן המכריע של התובענות הייצוגיות לדה-סגרגציה. כך, כדי לערער ולסכל את מעורבות ה-NAACP בהליכים משפטיים-חברתיים, נחקקו חוקים פליליים שהרחיבו את קטגוריית השידול הפסול של לקוחות כך שתכלול גם ארגונים שמעסיקים עורכי-דין בהליכים משפטיים שבהם אין לעורכי-הדין כל אינטרס כספי.<sup>172</sup>

מכיוון שעורכי-הדין שהועסקו על-ידי ה-NAACP וטיפלו ברוב התובענות החברתיות לא קיבלו שכר מלקוחותיהם וגם לא דרשו סעד כספי, החקיקה האמורה ביקרה למעשה את אחריותם ומחויבותם של עורכי-הדין של ה-NAACP ללקוחותיהם. כאשר חוקתיותה של חקיקה זו נבחנה בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית במסגרת עניין באטון, נחשפה מידת האיום שהציבה חקיקה זו בפני המשך הגשת התובענות לאכיפת זכויות אזרח.<sup>173</sup> השופט הרלן (Harlan), בביקורת חריפה, הסביר את

168 בפסק-דין זה דרש בית-המשפט ממחוז הנסיך אדוארד בוורג'יניה לגבות מיסים לצורך הקמתה של מערכת חינוך ציבורית. שם, בעמ' 234.

169 ראו עניין בראון 2, לעיל ה"ש 53.

170 בית-המשפט העליון הפדרלי החזיר את התיק לערכאות הדיוניות (district courts) ודרש כי יוציאו "such orders and decrees... as are necessary and proper to admit to public schools on a racially nondiscriminatory basis with all deliberate speed". שם, בעמ' 301. בפסק-הדין היצירתי שניתן בעניין גריפין קבע בית-המשפט העליון כי הזמן ל-"deliberate speed" אזל, וחייב את מחוז הנסיך אדוארד בוורג'יניה לפתוח מחדש באופן מידי את מערכת החינוך הציבורית. עניין גריפין, לעיל ה"ש 167, בעמ' 234.

171 דוגמה טובה לכך היא סגירת מערכת החינוך הציבורית במחוז הנסיך אדוארד בעקבות פסק-דין בראון, שחייבה פנייה נוספת למערכת המשפט. ראו שם.

172 עם המדינות שחוקקו חוקים כאמור נמנו מיסיסיפי, קרוליינה הדרומית וג'ורג'יה. ראו Susan D. Carle, *From Buchanan to Button: Legal Ethics and the NAACP (Part II)*, 8 VA. U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 281, 299 (2001). לדוגמה של חקיקה כאמור ראו CODE ANN. §§ 54-74, 54-78, 54-79, as amended by Acts of 1956, Ex. Sess., c. 33 (Repl. Vol. 1958).

173 NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 420 (1963) (להלן: עניין באטון).

הלגיטימיות של החקיקה האמורה, המקנה הגנה לאמון ולביטחון ביחסי עורך-דין – לקוח, כמו-גם את אחריותם של עורכי-הדין לבתי-המשפט שהם משרתים.<sup>174</sup> עורכי-הדין של ה-NAACP, כך הסביר, שירתו אינטרסים זרים ולעיתים אף מנוגדים לאלה של לקוחותיהם.<sup>175</sup> הרלן שיקף אומנם את עמדתה של דעת המיעוט, אך אלמלא שינוי של הרגע האחרון בהרכב השופטים בבית-המשפט העליון, הייתה דעתו נהפכת לדעת הרוב, וארגון ה-NAACP היה נחשף לסנקציות פליליות בגין עברות אלו.<sup>176</sup>

נראה שהנוסח של כלל 23 משנת 1966 מתכתב עם טלטלה משפטית משמעותית זו, בהגדירו את קטגוריית התובענות הייצוגיות לאכיפת זכויות אזרח כתובענות לסעד הצהרתי, ללא אינטרס כספי וללא ידיעתם או אפשרות יציאתם של חברי הקבוצה שהן משרתות. בכך כלל 23(b)(2) מצהיר על הלגיטימיות של ההתנהלות המיוחסת ל-NAACP בפסק-דין באטון, ולכן הוא גם מגן על תובענות אלה מפני תקיפות אפשריות נוספות שקשורות לאחריותם של עורכי-הדין כלפי לקוחותיהם. עם זאת, באמצע את העמדה המגננתית האמורה, לא נתן כלל 23(b)(2) מקום ראוי למאפייניה המיוחדים של התובענות הייצוגיות עובר לשנת 1966, ביניהם השיתוף, ההכלה וההעצמה של הקהילה המוחלשת סביב ההליך המשפטי. בנסיגה להגן על התובענה החברתית, החמיצו חברי הוועדה את מהותה, ובכך הביאו לידי שינוי הדרגתי באופייה. הכלל החדש משנת 1966 הקטין במידה משמעותית את התמריץ של יוזמי התובענות העתידיות לבחור בנתיב המפרך והיקר של ייצוג הכולל שיתוף, הכלה והעצמה של קהילות מוחלשות. ייצוג קהילות מוחלשות בתובענה ייצוגית לאחר 1966 לא דרש מעורכי-הדין לעבור מבית לבית באזורים מוחלשים, לראיין את המדוכאים, להתמודד עם הקשיים היומיומיים וסדרי העדיפויות המורכבים, לדון בקונפליקטים פנימיים, ולמצוא בעקבותיהם גם פשרות מורכבות ששומרות על לכידות קהילתית. אין זה מפתיע לכן שבניגוד לציפיתם של חברי הוועדה, רוב התובענות הייצוגיות בארצות-הברית בימינו הן תובענות בתחומי הצרכנות, ניירות-הערך והנזיקין.<sup>177</sup>

### ג. שוויון אדוורסרי והתובענה הייצוגית לרפורמה חברתית

למרות השפעתה הרבה של התובענה לדה-סגרגציה על פסיקתם של בתי-המשפט בשנות החמישים והשישים ועל נוסחם החדש של כללי סדר הדין משנת 1966, לא נאמר די

174 שם, בעמ' 461.

175 שם, בעמ' 462–463.

176 טיוטת החלטה הפוכה של בית-המשפט כבר נוסחה על-ידי השופט פרנקפורטר (Frankfurter). ראו Carle, לעיל ה"ש 172, בעמ' 299.

177 DEBORAH R. HENSLER ET AL., CLASS ACTION DILEMMAS: PURSUING PUBLIC GOALS FOR PRIVATE GAIN 520 (2000).



בבתי-המשפט או בדיוני הוועדה על חשיבותו של מנגנון התובענה הייצוגית לאכיפת זכויות אזרח מסוג זה. את האקטיביות השיפוטית בפיתוחם של סדרי הדין הפדרליים כמו-גם את השפעתה על דיוני הוועדה ניתן לייחס לחסרונותיה הרבים של התביעה הפרטנית בהתמודדות עם טענות של קבוצות רחבות בחברה האזרחית. בפרק זה אפרט ארבעה מחסרונותיה המרכזיים של התביעה הפרטנית.

### 1. מסגרת דיון צרה והעדר מחויבות לקהילה

המניעים לקיומה של הדרה במערכת החינוך הציבורית התבססו על מאפיינים קולקטיביים של זהות גזעית, ולא על מאפייניהם האישיים של התלמידים. לבתי-המשפט היה ברור לכן שתביעה פרטנית צפויה לצמצם את הדיון המשפטי למאפיינים וטיעונים פרטניים הרלוונטיים רק לתובע העומד לפני בית-המשפט.<sup>178</sup> כמו-כן היה ברור שתביעה פרטנית תאפשר לנתבע למצוא הצדקות פרטיקולריות להדרתו של התלמיד התובע, תוך הסטת הדיון מהתופעה הרחבה של הפרדה גזעית.<sup>179</sup> לבסוף, בית-המשפט עצמו עלול להעניק סעד במקרה הפרטני מבלי להתמודד עם התופעה הרחבה והשלכותיה ואף מבלי להכיר בהן.<sup>180</sup>

מכיוון שהמקרה הפרטיקולרי קשור בקשר בל-יינתק לתופעה קולקטיבית רחבה, לא יהא בסעד פרטני שיינתן כדי להתמודד עימה, ובסופו של יום הוא עלול אף לפגוע בתובע הפרטני.<sup>181</sup> כך, לדוגמה, קבלת הדרשה לרישום תלמיד אפרו-אמריקאי מסוים ללא הכרה בתופעה הרחבה של הדרה אתנית גזעית והתמודדות עימה תותיר את התלמיד להתמודד לבדו עם המופעים השונים של הדרה גזעית במוסד שבו הוא אינו רצוי. בהעדר הבנה של התופעה הרחבה לא יוכל בית-המשפט לשאול את השאלות הנכונות, ולכן גם

178 לתובענות הייצוגיות בתיקי בראון קדמו תביעות פרטניות שניסו להביא לידי ביטול ההפרדה הגזעית אך ללא הצלחה רבה. ראו Bibb v. Mayor of Alton, 233 Ill. 542, 84 N.E. 664 (1908) (במקרה זה ניתנה רק לתובע המסוים האפשרות להירשם לבית-הספר).

179 הותרת הדיון המשפטי במסגרתה של תביעה פרטנית הייתה לכן אסטרטגיה משפטית של תומכי הסגרציה הגזעית. ראו Donald A. Way & Richard M. Schulze, *What Remedies Are Available to Enforce the Supreme Court's Mandate to Desegregate and Who May Use Them* [comment], 9 HASTINGS L.J. 167, 177 (1958).

180 דוגמאות לתביעות לדה-סגרציה שהסתיימו בסעד לתובע הפרטני בלבד הן McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education, 339 U.S. 637 (1950); Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

181 בהתאם לכך נטען כי "[i]f segregation is a wrong, it is a group wrong, and the mode of redress must be group-wide to be adequate" ראו *The Class Action Device in Antisegregation Cases*, לעיל ה"ש 132, בעמ' 577.

לא יוכל לספק פתרונות מתאימים לאתרים השונים שבהם הדרה זו באה לידי ביטוי, כגון תוכני החינוך, הרכב המרצים, שיטות ההוראה ומאפיינים תרבותיים מוסדיים אחרים.<sup>182</sup> תרגוד מרשל, שייצג את התובעים בעניין בראון, הכיר בעיה זו מקרוב. אף שסיים את לימודיו באוניברסיטת לינקולן בהצטיינות, נמנעה ממנו האפשרות ללמוד משפטים באוניברסיטת מרילנד בשל צבע עורו ומדיניות הסרגוציה במערכת החינוך הציבורית.<sup>183</sup> במקום אוניברסיטת מרילנד, היחידה במדינה, למד מרשל באוניברסיטת הווארד. בהשתלשלות מפתיעה של אירועים, שנים ספורות לאחר חווייתו האישית, נטל מרשל חלק בייצוגו של סטודנט אפרו-אמריקאי בשם דונלד קרי, אשר מועמדו לאוניברסיטת מרילנד נדחתה גם היא בשל השתייכותו הגזעית. בתיק זכויות האזרח הראשון שלו, לצד מורו צ'רלס המילטון יוסטון, הוא תקף בהצלחה את חוקתיות ההפרדה הגזעית בבית-הספר למשפטים של מרילנד.<sup>184</sup> אולם הצלחת התביעה הייתה מוגבלת, שכן הסעד שניתן בעקבותיה הוגבל לפתיחת שערי האוניברסיטה לפני התובע היחיד דונלד קרי. זה האחרון זכה בכבוד המפוקפק להיות הסטודנט האפרו-אמריקאי הראשון אך גם היחיד באוניברסיטה.<sup>185</sup> מרשל ויוסטון הבינו במהרה שהצלחתם הייתה מוגבלת, ואוניברסיטת מרילנד הצליחה לשמר במשך שנים רבות את מדיניות ההפרדה הגזעית.<sup>186</sup> מעבר לכך, ולנוכח מוגבלותה של התביעה הפרטנית, אין זה ברור כלל שקבלתו של קרי למרילנד הייתה עדיפה על דחייתו של מרשל. זה האחרון זכה לפחות ללמוד בסביבת לימודים תומכת ותחת הנחייתו של יוסטון כמרצה וכדקן באוניברסיטת הווארד. מסלול זה פילס את דרכו לבית-המשפט העליון (ואף הוביל בסופו של יום לשינוי שמה של ספריית אוניברסיטת מרילנד לספריית תרגוד מרשל).<sup>187</sup>

על מגרעות אלה של התביעה הפרטנית יש להוסיף גם את משאביו המוגבלים של הפרט היחיד. העלות הכרוכה באיסוף נתונים, בעיבודם ובהצגת טענות על בסיס מקרה עובדתי נתון אינה משתווה לעלויות הכרוכות בהצגתן ובהוכחתן של טענות לפגיעה

182 בניסיון לחשוף את מורכבות ההשלכות של ההפרדה הגזעית במערכת החינוך הציבורית, טען דריק בל, לדוגמה, כי "...excluding black parents from meaningful participation in school policymaking [is] at least as damaging to black children as enforced separation". ראו Bell, לעיל ה"ש 154, בעמ' 487–488.

183 Mark Tushnet, *Thurgood Marshall as a Symbol*, 36 T. MARSHALL L. REV. 107, 109 (2011).

184 J. Clay Smith, ראו *Pearson v. Murray*, 182 A. 590 (Md. 1936) (להלן: עניין Murray). ראו J. Clay Smith, *Thurgood Marshall: An Heir of Charles Hamilton Houston*, 20 HASTINGS CONST. L.Q. 503, 511 (1993).

185 Bernard S. Meyer, *Is There Cause for Jubilee*, 50 MD. L. REV. 227, 228 (1991).

186 John K. Pierre, *History of De Jure Segregation in Public Higher Education in America and the State of Maryland Prior to 1954 and the Equalization Strategy*, 8 FLA. A & M U. L. REV. 81, 90–92 (2012).

187 Tushnet, לעיל ה"ש 183, בעמ' 125.

קולקטיבית, שיזדקקו גם לבסיס עובדתי רחב יותר. אין זה גם סביר לדרוש מאדם יחיד, כדרך סקוט או דונלד קרי, לשאת נטלים אלה ולייצג נאמנה את היקפן ומורכבותן של השלכות ההדרה הגזעית על רבדיה השונים של האוכלוסייה האפרו-אמריקאית. יותר מכך, מי שמבקש לייצג את סבלה וטענותיה של קהילה רחבה נושא גם באחריות חברתית ומשפטית לייצוג הוגן וראוי של מי שלא בחרו בו. כדי שיהיה ערך לדיון המשפטי ולטיעונים המועלים לפני שופטי בית-המשפט, ראוי שבהליכים מורכבים המערבים קהלים רחבים יתמודד בית-המשפט עם מיטב הטיעונים והזוויות הקיימות של הסכסוך הקולקטיבי. כך, בתיקי בראון נעשה שימוש נרחב ומעשיר במחקרים סוציולוגיים ופסיכולוגיים כמו גם בקולם ובתמיכתם הרחבה של חברי הקהילה המוחלשת.

## 2. העדר מחלוקת ממשית – The Mootness Doctrine

מלבד יצירתו של סעד מצומצם, תובענה הנסמכת על מקרה פרטיקולרי של אדם יחיד תידרש להתמודד עם משוכות משמעותיות במסלולה, העלולות אף למנוע את בית-המשפט מלדון בטיעוני התביעה. משוכה פרוצדורלית אופיינית לתביעה פרטנית הייתה חובתם של בתי-המשפט הפדרליים לא לדון בתיקים שנהפכו לחסרי חשיבות מעשית.<sup>188</sup> כך, לדוגמה, תביעה של תלמיד שביקש להירשם בבית-ספר ללבנים בלבד וטען נגד חוקתיות ההפרדה הגזעית נמחקה אם במהלך הדיון בבית-המשפט כבר נרשם אותו תלמיד לבית-ספר אחר או עבר למחוז אחר.<sup>189</sup> באותו אופן נאלץ בית-המשפט לסגור את התיק במקרים שבהם התלמיד נפטר, עבר את הגיל הרלוונטי ללימודים בבית-הספר או התקבל לבית-הספר המבוקש.<sup>190</sup>

מכיוון שהנתבע בתיקי דה-סגרגציה היה יכול להוביל בהתנהגותו להתרחשותן של חלק מהנסיבות האמורות, היה בדוקטרינה זו כדי לפגוע בצורה משמעותית באיזון של יחסי הכוחות המשפטיים בין כותלי בית-המשפט. כך, לדוגמה, הנתבע היה יכול לנקוט אסטרטגיות שונות שיביאו לידי הארכת הדיונים בערכאות בתי-המשפט, וזאת במטרה שהתובע, שנשאר בביתו כל אותה תקופה, ייאלץ להירשם ללימודים בבית-ספר אחר או יעבור את הגיל הרלוונטי לקבלה לאותו מוסד. במקרים מיוחדים, שבהם הבין הנתבע כי כלו כל הקיצין וכי בית-המשפט עשוי להכריע לטובתו של התלמיד, הוא היה יכול למנוע ביקורת אפשרית רחבה על המבנה וההשלכות של ההפרדה הגזעית על-ידי קבלת

188 U.S. CONST. art. III, §§ 1–2

189 ראו, למשל, DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974) (תביעתו של תלמיד אפרו-אמריקאי נגד ההפרדה הגזעית בבית-הספר למשפטים של וושינגטון נדחתה בשלב שבו הוא עמד לסיים את לימודיו ולכן התייתרה חשיבותו המעשית של הדיון המשפטי).

190 ראו *The Class Action Device in Antisegregation Cases*, לעיל ה"ש 132, בעמ' 578–579.

התלמיד היחיד ללימודים באותו מוסד. כאשר שנים של התדיינות משפטית הובילו לקבלתו של אדם יחיד, תוך הותרת ההפרדה הגזעית במערכת החינוך הציבורית כשהייתה, כדאיות הפעלתה של תביעה פרטנית נוספת הוטלה בספק.<sup>191</sup>

### 3. לחצים חברתיים-כלכליים

נוסף על אי-התאמתם של סעדי התביעה הפרטנית לתופעות קולקטיביות מערכתיות, ונוסף על המשוכות הפרוצדורליות שניצבו בדרכן של התביעות הפרטניות, הופעלו נגד אלה שביקשו להעמיד את ההפרדה הגזעית לביקורת שיפוטית לחצים כלכליים וקהילתיים נחרצים. על רקע המתח החברתי הגזעי של שנות החמישים והשישים בארצות-הברית, תובעים שביקשו לסדוק, באמצעות תביעות פרטניות, את החומה המפרידה בין אוכלוסיות על בסיס השתייכותן הגזעית נהפכו למטרה ראויה להפחדה, לאלימות פיזית וללחצים כלכליים וחברתיים. לחצים אלה ביקשו להניא את התובעים (כמו-גם תובעים פוטנציאליים) מלערער על המבנה החברתי הקיים, ולהניעם למשוך את תביעותיהם.<sup>192</sup> כפרטים המשתייכים לקהילה מוחלשת שסבלה מהפרדה ומהפליה בכל רבדיה של החברה האזרחית האמריקאית, היו תובעים אלה רגישים וחשופים במיוחד ללחצים שפגעו בפרנסתם ובמשפחתם. לעומת התובענה הפרטנית, התובענה הייצוגית, כפעילות קולקטיבית מאחדת, לפחות באופן שבו היא הופעלה באותן שנים, אפשרה לתובעים יחידים להתמודד עם לחצי הסביבה כקבוצה, ולא כפרט, שהיה גם עלול להיתפס כחריג וכאקסצנטרי בתוך קהילתו שלו.<sup>193</sup>

לחצים קהילתיים כלכליים ואלימות חריפה במיוחד הופעלו נגד אלה שהובילו את התביעה הייצוגית בפרשת **בריגס**.<sup>194</sup> כך, הארי בריגס ורעייתו, שהיו חלק מקבוצת התובעים המייצגים, פוטרו שניהם ממקום עבודתם עם פתיחתו של ההליך המשפטי, ותובעים נוספים נחשפו לאיומים נמשכים ולפגיעות משמעותיות ברכושם.<sup>195</sup> הכומר די ליינ, שפעל לארגון הקהילה האפרו-אמריקאית במחוז קלרנדון, פוטר גם הוא מעבודתו,

191 ראו Marcus, לעיל ה"ש 113, בעמ' 679.

192 לעומת התובענה הפרטנית, מנגנון התובענה הייצוגית הצליח גם כאשר תובעים רבים בחרו למשוך את ידיהם מההליך המשפטי. ראו Charles J. Ogletree, Jr., *Reflections on the First Half-Century of Brown vs. Board of Education – Part 1*, 28 CHAMPION 6 (2004).

193 תובע בתובענה ייצוגית, בהיותו חלק מפעולה קולקטיבית רחבה, לא נתפס באותה תקופה כחריג וכמשונה. ראו *The Class Action Device in Antisegregation Cases*, לעיל ה"ש 132, בעמ' 581.

194 ראו עניין **בריגס**, לעיל ה"ש 35.

195 ראו Ogletree, *From Dred Scott to Barack Obama*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 2.

יריות נורו לכיוונו, וביתו הוצת ונשרף כליל בנוכחותם של מכבי האש.<sup>196</sup> סביר להניח שתובע יחיד, ללא שותפים וללא האחריות הנובעת מייצוגם של רבבות רבות של אנשים, לא היה מצליח להתמודד עם לחצים אלה, ותביעות רבות למיגורה של ההפליה הגזעית היו מופסקות בתחילת דרכן או אף לא היו מוגשות כלל. בעניין בריגס, לעומת זאת, עמדו יחדיו שישים ושישה תובעים ייצוגיים ומאות מחברי הקהילה, שהמשיכו לתמוך בהליכים המשפטיים כקהילה מאורגנת ואל מול לחצים כלכליים חברתיים ואף איומים על חייהם.<sup>197</sup>

#### 4. אי-שוויון אדוורסרי

כאשר עסקינן בקבוצות מוחלשות, פערי הכוחות הקיימים בחברה האזרחית משועתקים להליכים האדוורסריים המשפטיים ואף מחריפים בהם.<sup>198</sup> מעבר לדיון המוכר בדבר הטייתה של המערכת השיפוטית לטובתם של שחקנים חוזרים,<sup>199</sup> דיון פרטני בתופעה קולקטיבית מציב את הפרט המוחלש בפני משוכה בלתי-אפשרית.

ככלל, בתיקי הדה-סגרגציה עמד האזרח מול שחקן חוזר חזק במיוחד, והוא הרשות השלטונית. במקרים אלה הפרט התובע נמצא בעמדת נחיתות חריפה, הבאה לידי ביטוי בשלושה מאפיינים מרכזיים של ההליך האדוורסרי. האחד הוא אי-שוויון ביכולותיהם הכלכליות של הצדדים. לעומת הרשות, פרטים שאינם מאורגנים יתקשו לשתף פעולה ולגייס את המשאבים הדרושים הן לאיסוף ולעיבוד של חומרי התביעה והן להוכחתם בבית-המשפט.<sup>200</sup> מאפיין שני הוא שנאת הסיכון של התובע היחיד, אשר צפוי לשאת בעלויות הנכבדות של ההליכים על כתפיו הדלות ולכן נמצא בעמדת חיסרון משמעותית מול איתנותן הכלכלית של רשויות השלטון. נחיתות כלכלית זו צפויה להשפיע על ניהול המשפט וכן על עיצובה האפשרי של פשרה מוסכמת.<sup>201</sup> המאפיין השלישי הוא אי-

196 Stephen E. Gottlieb, *Brown v. Board of Education and the Application of American Tradition to Racial Division*, 34 SUFFOLK U. L. REV. 281, 282 (2001).

197 ראו עניין בריגס, לעיל ה"ש 35.

198 לכן אי-אפשר לנתק את האסטרטגיה הדיונית מזהות הצדדים להליך המשפטי. ראו Lynn M. LoPucki & Walter O. Weyrauch, *A Theory of Legal Strategy*, 49 DUKE L.J. 1405, 1472 (2000).

199 להבחנה בין שחקנים חד-פעמיים לשחקנים חוזרים ראו Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

200 על אי-שוויון הכלכלי בתביעות פרטניות הנשענות על בסיס עובדתי משפטי זהה נגד נתבע משותף ראו Rosenberg, לעיל ה"ש 1, בעמ' 393–394.

201 על שנאת סיכון בליטיגציה משפטית של שחקנים מוחלשים ראו Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950, 975–77 (1979).

השוויון בערך הזמן. הפרט ניצב בפני לוח־זמנים דחוק להוכחת טענותיו, שכן הוא מבקש להביא לידי שינוי במצב הקיים וליהנות מתוצאות ההליך בעצמו. הרשות, לעומתו, מעוניינת בהימשכות הדיונים, שכן זו מיטיבה את מצבה. כשחקנית חוזרת יעדיה של הרשות הם ארוכי־טווח, והיא גם אינה מבקשת לשנות את המצב החברתי הקיים.<sup>202</sup>

על כך יש להוסיף את אי־השוויון ביכולת הגישה של הצדדים למידע רלוונטי.<sup>203</sup> מידע הוא כוח, ובתביעות מסוג זה הרשות מחזיקה במידע עדיף במיוחד בשל כך שמדובר בתופעה קולקטיבית. בעוד תביעות פרטניות לוקות בהעדר תיאום ובפזור השקעות,<sup>204</sup> לרשות יש מאגר נתונים עדיף הן באשר למספרם ולמאפייניהם של התלמידים השונים במערכת החינוך הציבורית והן באשר לבקשות השונות שהוגשו לקבלה לבתי־הספר ולסיבות המגוונות לדחייתן.<sup>205</sup>

#### ד. תוכנות מפרשת בראון והתובענה הייצוגית בישראל

המאבקים המשפטיים לדה־סגרגציה ותיקונו של מנגנון התובענה הייצוגית בשנת 1966 הונעו על־ידי הנסיבות החברתיות־התרבותיות של אותה תקופה, שהיו שונות כמובן מאלה השוררות בארצנו כיום. כך, לדוגמה, אי־אפשר לנתק את הצלחת התובענות לדה־סגרגציה מהשפעותיה הרחבות של מלחמת־העולם השנייה על יחסה של החברה האמריקאית לגזענות ולהפליה ועל החיילים האפרו־אמריקאים וממוצא מקסיקאי שחזרו לביתם ודרשו אותו צדק שלמענו הם לחמו מחוץ לגבולות המדינה.<sup>206</sup> עם זאת, ועל־אף

202 על ההבחנה בין יעדים ארוכי־טווח ליעדים קצרי־טווח בליטיגציה משפטית ראו Galanter, לעיל ה"ש 199, בעמ' 100–103.

203 על כך יש להוסיף שהליך איסופו ועיבודו של המידע הוא בבחינת מאגר משותף לחברי קבוצת התובעים, ולכן יצירתו לוקה בבעיית הטרימפיסט. על כשליה של בעיית הפעולה המשותפת ראו MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS 33–34 (1965); Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968).

204 לעומת המשאבים המבוזבזים בתביעות פרטניות, נאמר כי התובענה הייצוגית מתגברת על בעיות הפעולה המשותפת, וביניהן בעיית הטרימפיסט. ראו Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1, 8 (1991).

205 התובענה הייצוגית, כפי שהתפתחה בשנות החמישים והשישים, ביקשה לקדם מסגרת דיון קולקטיבית, ולכן גם התבססה על שיתוף, איסוף ותייעוד של הפרות החוק כלפי החברים באוכלוסייה המוחלשת. ראו לעניין זה את הדיון לעיל בתת־פרקים 2 ו-3ב.

206 על השלכותיה של מלחמת־העולם השנייה לעניין זה ראו CHARLES WOLLENBERG, ALL DELIBERATE SPEED: SEGREGATION AND EXCLUSION IN CALIFORNIA SCHOOLS, 1855–1975, 120 (1976); Philippa Strum, *Our Children Are Americans: Mendez v.*

הנסיבות השונות, מחקר היסטורי על התפתחותה של התובענה הייצוגית מספק כר נרחב לרפלקסיה על המציאות הנוכחית, תוך חשיבה מחודשת וביקורתית על הבסיס התיאורטי והעובדתי לתופעות שהכו שורשים עמוקים בחברה ובמשפט בישראל. על כך יש להוסיף שמנגנון התובענה הייצוגית בישראל התפתח תוך השוואתו לדין האמריקאי, ובעיקר לתקנת-משנה 23(b)(3), אשר נתפסה בטעות כחידוש המשמעותי של הוועדה המייעצת בשנת 1966,<sup>207</sup> וזאת מבלי שהובנו דיים חלקו ותפקידו של הדין הפרוצדורלי כמו-גם ההקשר המיוחד של המאבקים לשינוי חברתי בארצות-הברית. מטרת חלק זה של המאמר היא לבחון מחדש את הבסיס ההיסטורי התיאורטי למבנה התובענה הייצוגית בישראל לאור מאפייני התובענה הייצוגית ששירתה את המאבקים החברתיים בארצות-הברית ושילובה עם המחאות החברתיות לשוויון זכויות. חלק זה מבקש להעמיד חלופה משפטית משלימה ומעשירה להליכים ייצוגיים שמעריכים קהילות מוחלשות, להבדיל מהליכים ייצוגיים בתובענות העוסקות בתחומי הצרכנות, הנזיקין וניירות-הערך.

## 1. החלופה הישראלית לתובענה ייצוגית לאכיפת זכויות אזרח

החל בהלכת פרנקישה,<sup>208</sup> והרבה לפני שחוקק חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, התחבטה המערכת המשפטית בישראל בשאלת קליטתה של התובענה הייצוגית. על כפות המאזניים עמדו, מחד גיסא, יתרונותיה הרבים, ביניהם אכיפת הדין המהותי, הרתעה, מניעת החלטות סותרות ויעול הטיפול בתיקים, ומאידך גיסא, חסרונותיה הלא-מעטים, הכוללים את בעיית הנציג ואת החששות מתביעות-סרק, מסחטנות, מפשרות נמוכות ומקונניה.<sup>209</sup> עם זאת, ככל שנקף הזמן התבהרה נחיצותה של התובענה הייצוגית, כמו-גם אפשרות יצירתם של מנגנונים מתאימים לפיקוח ולצמצום הסכנות

*Westminster and Mexican American Rights, in THE PURSUIT OF RACIAL AND ETHNIC EQUALITY IN AMERICAN PUBLIC SCHOOLS: MENDEZ, BROWN, AND BEYOND* 9 (Kristi L. Bowman ed., 2015).

207 סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416, 419–420 (1979).

208 ע"א 79/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (1969) (להלן: הלכת פרנקישה) (שם שלל בית-המשפט העליון את קליטתה של התובענה הייצוגית לדין הישראלי דרך תק' 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג–1963, אך ציין כי ייתכן שהיה אפשר להגיש תביעה ייצוגית באותו מקרה אילו הסעד שנתבע לכל אחד מן המעוניינים היה זהה).

209 ראו, לדוגמה, את דברי הנשיא ברק ברע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 785 (1996).

הטמונות בה.<sup>210</sup> שאלת קליטתה של התובענה הייצוגית הוחלפה לכן בשאלת אופן קליטתה בדין הישראלי – אם בצורה מוגבלת, וזאת באמצעות הסדרים פרטניים בחוק שקלטו את התובענה הייצוגית לתחומים ספציפיים,<sup>211</sup> ואם בדרך של הסדר כולל שיעוגן בפרשנות מרחיבה של תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: תקנה 29).

למרות הגישה המצמצמת של בית-המשפט העליון בהלכת **פרנקישה**,<sup>212</sup> ועל-אף חקיקתן של הוראות חוק פרטיקולריות שקלטו את התובענה הייצוגית לתחומים ספציפיים, הלכו וגברו הקולות שקראו להרחבת יישומה של תקנה 29 כמקור להסדר כללי להגשת תובענות ייצוגיות.<sup>213</sup> בהתאם לכך, בתי-המשפט המחוזיים, הגם שלא תמיד דיברו בקול אחד, אפשרו במקרים רבים הגשה של תובענות ייצוגיות גם על בסיס תקנה 29, לצד הכרה בתובענות ייצוגיות מכוח החקיקה הפרטיקולרית.<sup>214</sup> כאשר נדרש בית-המשפט העליון לדון בהרחבת השימוש בתקנה 29 מחוץ לגבולותיה של הלכת **פרנקישה**, התקבלה ההחלטה לא להכיר בתקנה 29 כבסיס ראוי לקליטת התובענה

210 את החשש משימוש פסול בתובענה הייצוגית ניתן לצמצם באמצעות כלים של פיקוח ובקרה. ראו סטיבן גולדשטיין "עוד בעניין תביעת-ייצוג-קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי" **משפטים** יא 412, 431 (1981).

211 דוגמאות מרכזיות לחקיקה זו, עובר לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, הן: ס' 54א–ד לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968 (פרק זה הוסדר לאחר-מכן במסגרת ס' 207–218 לחוק החברות, התשנ"ט–1999, ס"ח 189, אשר בוטלו מאוחר יותר); ס' 35א–35 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981; ס' 46א–46 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988; חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב–1992.

212 כאמור, בהלכת **פרנקישה** הבהיר בית-המשפט העליון כי אי-אפשר להגיש תובענה ייצוגית על בסיס תק' 29, אך קבע כי יכול שהדבר יתאפשר במקרים שבהם התובענה קוראת לסעד הצהרתי.

213 אחד התומכים הגדולים בכך היה המשפטן סטיבן גולדשטיין, שגרס כי חשיבותה הרבה של התובענה הייצוגית עולה על חסרונותיה. ראו גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?", לעיל ה"ש 207, בעמ' 439.

214 בתי-המשפט המחוזיים שאבו במקרים רבים השראה מהחקיקה הפרטיקולרית למילוי תק' 29 בתנאים הדרושים להפעלתה. ראו ת"א (מחוזי י-ם) 109/94 **התאחדות הסטודנטים בישראל נ' האוניברסיטה העברית בירושלים** (פורסם בנבו, 3.6.1996); ת"א (מחוזי ת"א) 535/96 **שדה נ' טלגרף תקשורת בע"מ** (לא פורסם). חלק מבתי-המשפט אף הכירו באפשרות להגיש תובענה ייצוגית גם כאשר הסעד הכספי המבוקש אינו אחיד. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1553/95 **אופנהיים נ' פז גז בע"מ** (פורסם בנבו, 8.2.1996); ת"א (מחוזי ת"א) 1259/01 **גולן נ' אתרים ירוקים בע"מ** (פורסם בנבו, 27.8.2001). באופן מפתיע, ולמרות הלכת **פרנקישה**, רוב התובענות הייצוגיות שאושרו הוגשו על בסיס תק' 29. ראו סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" **שערי משפט** ד 9, 38 (2005).



הייצוגית.<sup>215</sup> עם זאת, בית־המשפט העליון הכיר בחשיבות יצירתו של הסדר כללי להפעלת התובענה הייצוגית, ולכן פנה למחוקק בדרישה שיפעל לשם כך.<sup>216</sup> בסופו של תהליך הוכרעה כף המאזניים לטובת יתרונויה של התובענה הייצוגית, והמחוקק קיבל את פניית בית־המשפט העליון וקבע מסגרת כללית להגשה של תובענות ייצוגיות בחוק.<sup>217</sup>

עם זאת, במסלול היסטורי זה של קבלת מנגנון התובענה הייצוגית לחיקו של שדה המשפט בישראל, ביקשה המערכת המשפטית לקדם בעיקר את המקבילה הישראלית לתקנת־משנה 23(b)(3) לסדר הדין האזרחי הפדרלי בארצות־הברית,<sup>218</sup> כלומר, תובענה המייצגת תביעות לסעד כספי הנשענות על רקע עובדתי ומשפטי משותף, כזה הגובר על השונות שבין התביעות הפרטניות. בהתאם לכך, המסגרת הקבועה בחוק להגשתן של תובענות ייצוגיות של אוכלוסיות מוחלשות נגד רשויות המדינה, כמו אלה שהוגשו בתובענות **בראון ובראודר**, מצומצמת במיוחד.<sup>219</sup> חוק תובענות ייצוגיות מגביל את אפשרות הגשתן של תובענות ייצוגיות לרשימה סגורה של עילות שמצויה בתוספת השנייה לחוק,<sup>220</sup> ואף קובע כי לא יהיה אפשר להגיש תובענה ייצוגית שעילתה הפעלה,

215 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003) (להלן: רע"א א.ש.ת.). (בית־המשפט – ברוב דעות של השופטים אנגלרד, ביניש ולוין כנגד עמדתם של השופטת שטרסברג־כהן והנשיא ברק – קבע כי תק' 29 אינה בסיס ראוי לקליטתו של הסדר כללי לתובענות ייצוגיות, וקרא למחוקק לפעול לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות כללי).

216 שם, בעמ' 275. כחודש לפני ההכרעה בדיון הנוסף, ביום 26.7.2005, התפרסמה הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה–2005. בהתאם לכך הוחלט לא לשנות מתוצאת הערעור ולהמתין לדברו של המחוקק. ראו דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196, 207–208 (2005) (להלן: דנ"א א.ש.ת.).

217 ראו חוק תובענות ייצוגיות.

218 במסגרת ניתוח הצורך בשינוי הלכת **פרנקישה** נאמר: "מפסק הדין הזה יוצא, שבהשוואה לסדר הדין האמריקני תקנה 29 מאפשרת הגשת תביעות־ייצוג־קבוצתיות מסוג תקנת המשנה 23(ב)(1) (הדומה לחוק האנגלי) וייתכן שגם מסוג 23(ב)(2) הנוגע לפסקי דין הצהרתיים וצווי מניעה, אבל לא מסוג 23(ב)(3) שהוא הסוג החשוב ביותר בשימוש בתביעות־ייצוג־קבוצתיות" (ההדגשה הוספה). ראו גולדשטיין "תביעות־ייצוג־קבוצתיות – מה ועל שום מה?", לעיל ה"ש 207, בעמ' 435.

219 המגבלות שהוטלו על תובענות ייצוגיות נגד רשויות השלטון תוארו כפשרה בין חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט לבין נציגי משרד המשפטים. ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006" הפרקליט מט 131, 132 (2006). תקיפת חוקתיותן של מגבלות אלה נדחתה בבג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.2011). בית־המשפט הבהיר אומנם כי חוק תובענות ייצוגיות הרחיב את אפשרויות השימוש בכלי התובענה הייצוגית בהשוואה לדין הקודם, אך טענה זו מחמיצה את השימוש הנרחב שנעשה בפסיקה המחוזית בתק' 29 כמסגרת כללית להגשתן של תובענות ייצוגיות.

220 ראו ס' 3 לחוק תובענות ייצוגיות.

הסדרה או אכיפה של סמכויות הפיקוח של המדינה ביחס לצדדים שלישיים.<sup>221</sup> למעשה, העילה העיקרית שמאפשרת הגשת תובענה ייצוגית נגד רשויות השלטון היא תובענה להשבת כספים שהרשות גבתה לא כדין.<sup>222</sup> עם זאת, בבוחנו את הבקשה להגשת התובענה, ישקול בית-המשפט גם את הנזק הצפוי לציבור מניהול ההליך,<sup>223</sup> וגם אם היא תאושר, חיוב הרשות בגין עילה זו יוגבל לשנתיים שקדמו להגשת הבקשה.<sup>224</sup> אם בכך אין די, לרשות יש הכוח למנוע את אישור התובענה אם היא תודיע כי היא חדלה מהגבייה שבגינה הוגשה הבקשה.<sup>225</sup> בהתאם לכך, התובענה לאכיפת זכויות אזרח, שהשפיעה רבות על יצירתה של התובענה הייצוגית המודרנית, אינה קיימת כמעט במחוזותינו.<sup>226</sup>

יש מי שמטילים ככלל ספק בתועלת החברתית של תובענות ייצוגיות נגד רשויות השלטון.<sup>227</sup> נטען כי חזקה היא שהרשות פועלת משיקולים של טובת הציבור, ולכן אין צורך ממשי בהתערבות משפטית לשיפור תמריציה.<sup>228</sup> כן נטען כי סנקציות כספיות, אשר משולמות בסופו של יום מכספי המיסים, עלולות לפגוע בוודאות התקציבית ובתפקודה של הרשות, אך אינן צפויות להשפיע על התנהגותה בהקשר שבו הוגשה נגדה התביעה.<sup>229</sup> עוד נטען כי תובענות אלה יסתכמו בהעברת כספים בין חברי אותו ציבור, ללא רווח ברור ועם עלויות העברה ניכרות.<sup>230</sup> על טעמים אלה ואחרים נשענו המשוכות שהחוק מציב בפני תובענות נגד רשויות השלטון.<sup>231</sup> עם זאת, על חלקן של התובענות

221 ש.ס.

222 ראו ס' 11 לתוספת השנייה בחוק תובענות ייצוגיות. לדברי חמדני וקלמנט, "החוק מאפשר לנהל תובענה ייצוגית נגד רשות בעיקר לצורך השבה של תשלומים שנגבו שלא כדין, וגם תובענות אלה כפופות למגבלות רבות". ראו אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים לח 445, 445 (2008).

223 ס' 8 (ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

224 ש.ס, ס' 21.

225 ש.ס, ס' 9 (ב).

226 פחות מ-2% מהתובענות הייצוגיות שהוגשו בשנת 2014 עוסקות באיסור הפליה ובשוויון זכויות. ראו אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבלוס ורוני אבישר-שדה **תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית** (הרשות השופטת – מחלקת מחקר, 2014).

227 כך, לדוגמה, הוטל ספק ביכולתן של תביעות אלה להניע את רשויות המדינה "להשקיע בהבטחת דיוק בדרישות התשלום". ראו חמדני וקלמנט, לעיל ה"ש 222, בעמ' 469.

228 ש.ס.

229 ש.ס, בעמ' 469–470.

230 בהתאם לכך נטען כי "במקרה הטוב מדובר בהעברת כספים בתוך אותו ציבור ללא תועלת ממשית ובעלות ההעברה". ראו סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו–2006" **עלי משפט** ו 7, 11 (2007).

הייצוגיות נגד רשויות השלטון במאבקים לרפורמה חברתית בשנות החמישים והשישים בארצות-הברית נכתב מעט מאוד, וגם כאשר הן אוזכרו, הוקהתה תרומתן.<sup>232</sup> השיח המשפטי הישראלי בחר לפסוח על העושר המשפטי והאינטלקטואלי הטמון בהיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית, וכך גם על הערך החברתי שיכול להיות טמון בתובענות מסוג זה. במקום זאת התמקדה הכתיבה המשפטית בארץ, כמעט לגמרי, בסוג התובענות של תקנת-משנה 23(b)(3), שגם נתפס כאמור, על בסיס מידע חסר, כחידוש העיקרי והחשוב יותר של התיקון משנת 1966 בדין האמריקאי.<sup>233</sup> בהעדר ניתוח היסטורי מתאים, התבססה העמדה של התובענה הייצוגית לאכיפת זכויות אזרח יש מגנונים חלופיים – בעיקר העתירה לבג"ץ והעתירה לבית-המשפט לעניינים מנהליים – שהם יעילים יותר, מורכבים פחות וכרוכים בהוצאות נמוכות יותר.<sup>234</sup> מגנונים אלה, כך נטען, יצרו מעין תובענה ציבורית ייצוגית, אך במתכונת משופרת מזאת האמריקאית.<sup>235</sup> זאת, כמובן, ללא כל מחויבות, בפועל או בכוח,

231 יש מי שראה בהגבלות המוטלות על תובענות ייצוגיות נגד רשויות השלטון משום "איזון נכון ורצוי בין האינטרסים המנוגדים בנדון... ההסדר מדגיש, ובצדק, שתפקידה העיקרי של התובענה הייצוגית איננו לפצות יחידים על נזקם המזערי אלא לאכוף את המשפט המהותי". שם, בעמ' 13.

232 בהתייחס לסוג התובענות הייצוגיות שמצוי בתקנת-משנה 23(b)(2) נכתב: "רוב השימוש בתקנת המשנה 23(b)(2) בארצות הברית הוא בתחום זכויות האזרח כגון **תביעות שהגישו תושבים כושים נגד רשויות ממלכתיות בקשור עם מיוזג בתי-ספר**. אבל תקנת המשנה 23(b)(2) אינה מוגבלת רק לענייני זכויות האזרח והיא מאפשרת, לדוגמה, גם הגשת תביעת-ייצוג-קבוצתית נגד ספק על-ידי קבוצה של בעלי חנויות במטרה למנוע מן הספק למכור את מוצריו במחירים העולים על אלה החוקיים". ראו גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?", לעיל ה"ש 207, בעמ' 419–420 (ההדגשה הוספה). יש לעומת זאת התייחסות מעטה וכללית מדי לאפשרות השימוש בתובענות ייצוגיות לאכיפת זכויות אזרח, וזאת מבלי לנתח את מאפייניהן של התובענות הייצוגיות של שנות החמישים והשישים ואת השפעתן על התיקון משנת 1966. ראו אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ו 157 (2014).

233 לעניין זה נאמר כי "החידוש החשוב והגדול שבתקנה 23 נמצא בתקנת משנה (ב)(3)". גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?", לעיל ה"ש 207, בעמ' 420.

234 אל מול הגישה המעמידה את ההליך האמריקאי אל מול זה הישראלי נטען כי "אפשרות העתירה לבג"ץ אינה מייטרת את השימוש בתביעה ייצוגית נגד המדינה, שכן זו עתידה לעודד עורכי-דין פרטיים לחפש אחר עילות-תביעה, וכתוצאה מכך להגביר את הרתעתן של רשויות השלטון מפני מעשים ומחדלים שאינם ראויים". ראו אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים – בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" **מחקרי משפט** כא 417, 387 (2004).

235 השופטת ביניש מקבלת את אפשרות פתיחתו של מסלול משפטי נוסף להגנה על זכויות האזרח, אך בה-בעת מבהירה כי אין למעשה צורך במסלול זה, למעט בסוגיות של השבת כספים שנגבו לא כדין ושל פיצויים בגין פגיעה בקניין, שכן "רבים מההישגים החברתיים שהשיגו קבוצות מקופחות בארצות-הברית על דרך התובענה הייצוגית הוסדרו בשיטתנו

להעצמת הקהילה המוחלשת. היו, לעומת זאת, מי שגרסו כי הדיון בבג"ץ אינו מתאים תמיד לטיפול בעניינים בעלי אופי אזרחי מובהק, וכי לערכאה הדיונית יש כלים טובים יותר לביורור עובדתי של התובענה.<sup>236</sup> אלא שבעוד יתרונותיהם ומאפייניהם של המנגנונים הישראליים גלויים לכל, חלקה ההיסטורי של התובענה הייצוגית בהעצמת קהילות מוחלשות (grassroots empowerment) נעדר כמעט כולו מהשיח המשפטי בישראל.<sup>237</sup> עם בסיס היסטורי ותיאורטי חסר יקשה על המבקש להשוות בין שיטות המשפט השונות לקבוע אם המנגנון הישראלי עדיף או נחות, בהקשר זה או אחר, בהשוואה לתובענות האמריקאיות של שנות החמישים והשישים.<sup>238</sup> ובכלל, ייתכן מאוד שניתן ללמוד על המנגנונים הקיימים, לאתגר אותם, לשפרם ולהוסיף עליהם גם על בסיס ניתוח רפלקטיבי של מוסדות אחרים, אף אם אלה האחרונים נשענים על מבנה חברתי ותרבותי אחר.

## 2. אדני התובענה הייצוגית לרפורמה חברתית

בדעת המיעוט ברע"א א.ש.ת. הבהירה השופטת שטרסברג-כהן כי לתובענה ייצוגית המתנהלת בבתי-משפט אזרחיים יש כמה יתרונות על הליכים המתנהלים בבג"ץ. מעבר למגוון התחומים שמצויים בסמכותם של בתי-המשפט האזרחיים, היא מציינת כי בתי-המשפט האזרחיים אווזים בכלים דיוניים טובים יותר לביורור העובדתי של התביעה מאלה המצויים בידי בג"ץ.<sup>239</sup> כך, לדוגמה, בהעדר נסיבות מיוחדות אין מתירים העדת עדים או חקירת מצהירים מטעם המדינה בהליכים שיפוטיים המתנהלים לפני בג"ץ

בדרך אחרת שהיא מורכבת פחות, יעילה יותר וזולה יותר". רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 215, בעמ' 272 (ההדגשה הוספה). השופטת ביניש חזרה על עמדה זו בדיון הנוסף כאשר ציינה כי "לא למותר לציין שעניינים אשר בארצות הברית למשל באו על פתרונם באמצעות הכלי של התובענה הייצוגית, טופלו בשיטתנו באמצעים אחרים, יעילים לא פחות, ואולי אף יותר". דנ"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 216, בעמ' 202. ראו גם את עמדתה בעניין כהן, לעיל ה"ש 219, בעמ' 19.

236 רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 215, בעמ' 254–255.

237 כך, לדוגמה, השיח המשפטי הישראלי לא בחן כמעט את הפסיקה המרכזית בתחום זה, את האופן שבו היא נוצרה, את חלקם של פסיקה זו ושל המאבקים החברתיים בארצות-הברית בעיצובם של סדרי הדין הפדרליים, ובעיקר את הסיבות שבגינן נדרש השימוש בתובענות ייצוגיות כדי לקדם מאבקים חברתיים לשוויון ולדה-סגרגציה.

238 ההתעלמות מהפן הפרוצדורלי מפתיעה במיוחד לנוכח השפעת הדין האמריקאי על המשפט החוקתי בישראל של שנות החמישים. ראו Uriel Gomey, *American Precedent in the Supreme Court of Israel*, 68 HARV. L. REV. 1194 (1955).

239 בשפתה: "פעמים רבות כרוך בירורה של התובענה בביורור עובדתי, שבידי הערכאה הדיונית כלים טובים יותר לשם עריכתו". רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 215, בעמ' 255.

ובתי-המשפט המנהליים.<sup>240</sup> היו גם מי שטענו כי לכללים אלה יש השלכות רחבות-היקף, שכן ההלכה המשפטית אין לה להישען אלא על מסכת עובדתית רלוונטית, ובהעדר כלים מתאימים לברור אותן נסיבות, הליכים אלה עלולים לפעור תהום בין ההלכה הכתובה למציאות בשטח.<sup>241</sup> ביקורת זו מוכרת וחשובה, אך אין בה כדי לחשוף את תרומתה הייחודית של התובענה הייצוגית לאכיפת זכויות אדם.

בחלק זה יתמקד המאמר ביתרונותיה המיוחדים של התובענה הייצוגית המכילה – זאת שהתפתחה במאבקים לשוויון זכויות של שנות החמישים והשישים בארצות-הברית. יתרונות אלה יכול שיוסיפו גם לדיון בהקשר הישראלי, במיוחד לנוכח מיעוט השימוש בתובענות ייצוגיות לאכיפת זכויות אזרח בישראל<sup>242</sup> והשימוש הנרחב בתובענה הייצוגית כמכשיר להפקת רווחים מהירים באמצעות פשרות מהירות, לעיתים תוך הגשת תביעות-סרק וסחטנות.<sup>243</sup> בעיקר יובלטו בחלק זה יתרונותיה החברתיים של מעורבות הקהילה המוחלשת בהליכים המבקשים לאכוף את זכויותיה. עם יתרונות אלה ניתן למנות את העצמת הקהילה המוחלשת, את העשרת הדיון בין כותלי בית-המשפט, את הגברת הלגיטימיות של הדיון השיפוטי, ואת ליכודן של קהילות מוחלשות במאבק המתמשך לאכיפת החלטות בית-המשפט לנוכח תגובות כלכליות וחברתיות על ההליכים המשפטיים. מובן שיש למעורבות זו גם חסרונות, שכן הקהילה המוחלשת עלולה להתנגד ולהכיל קולות סותרים, מה שיחייב הליך מקדמי של פעילות חברתית מאחדת. אולי ראוי על-כן שבית-המשפט יפתח עם הזמן כלים יצירתיים לשיתוף הקהילה המוחלשת, לצד ההתמודדות עם השונות והאינטרסים השונים ששיתופה והכלתה של הקהילה המוחלשת מעוררים. עם זאת, דבר אחד שהתובענות הייצוגיות של שנות החמישים הבהירו הוא שבית-המשפט אינו יכול להוביל לשינוי חברתי לבדו – שינוי

240 ראו עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מנהליים" עיוני משפט לה 151 (2012).

241 בלשונו של יצחק זמיר: "המציאות הקימה מחסום בין ההלכה לבין העובדות. הקושי להוכיח את העובדות עלול לסכל את החלת ההלכה". יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 297 (1993).

242 נשיאת בית-המשפט העליון אסתר חיות הוסיפה אף את אכזבתה מכך שנוסף על מיעוט השימוש בתובענות לאכיפת זכויות אזרח בקרב עורכי-הדין, גם רשויות ציבוריות, כנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, אינן משתמשות במנגנון התובענה הייצוגית, וזאת על-אף הגדרתן בחוק כ"מבקש ציבורי". ראו אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935, 939 (2016).

243 הנתונים האמפיריים, ובראשם אחוז ההסתלקויות מתביעות בגין העדר עילה או בגין סיכויי זכייה נמוכים, מאששים את החשש שנעשה שימוש-סרק במנגנון התובענה הייצוגית לגריפת רווחים באמצעות פשרה מהירה או סחטנות. ראו שם, בעמ' 938. על חשש זה ראו גם אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 9–16 (2011); ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פס' טו–טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנוב, 4.9.2014).

חברתי עמוק מחייב את תמיכתה ומעורבותה של הקהילה המוחלשת בהליכים שיובילו לאכיפת זכויותיה.

#### (א) העצמה פרטנית וקהילתית

בין התובענה הייצוגית בגין נזק המוני לבין זאת הנאבקת לאכיפת זכויות אזרח קיים הבדל משמעותי במאפייני הפגיעה בתובע היחיד. במקרים רבים של הפרת זכויות אזרח, כגון סגרגציה גזעית במערכת החינוך הציבורית, הפגיעה בתובע עשויה להיות משמעותית דייה ולכן להצדיק פנייה להליכים משפטיים גם ללא שינוי סדרי הדין הקיימים באמצעות התובענה הייצוגית. עם זאת, במקרים המתאפיינים בפגיעה שיטתית של רשויות הציבור בזכויות אדם, דוגמת הגזענות בתקופת ג'ים קרואו, המערכת האדוורסרית לוקה באי־שוויון קיצוני ביחסי הכוחות בין הצדדים.<sup>244</sup> מעבר לחולשתו של האזרח הפשוט הניצב מול חוסנה של הרשות השלטונית,<sup>245</sup> במקרים של הפליה על בסיס גזעי או אחר החברה האזרחית ואף המערכת המשפטית עצמה עלולות ללקות בהטיות פסיכולוגיות חברתיות באשר להשלכותיה של ההפליה ואף באשר לעצם קיומה.<sup>246</sup> כך, לדוגמה, בשעת הגשתן של תובענות בראון לקתה המערכת המשפטית האמריקאית בהעדר ייצוג קיצוני של האוכלוסייה האפרו־אמריקאית.<sup>247</sup> עובדה זו לבדה עלולה להוביל להטיות פסיכולוגיות רציונליות בקרב שופטי בית־המשפט, כמורגם בקרב החברה האזרחית, או לכל־הפחות להטמיע בליבו של התובע את החשש שהטיות כאמור חדרו אל תוככי המערכת המשפטית.<sup>248</sup> חשש זה עלול להניא גם תובעים שיש באמתחתם עילה מוצדקת מלנקוט הליכים משפטיים לאכיפת זכויותיהם.<sup>249</sup>

244 במובן זה ייתכן מאוד שתוחלת התביעה, קרי מכפלת שווי התביעה בהסתברות הצלחתה, אינה מצדיקה את הגשת התביעה.

245 לחוסר האיוון בין כוחותיהם הדיוניים של התובעים לבין אלה של רשויות השלטון ראו מיכאיל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים: בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים א' 449, 503 (2004).

246 זאת, במיוחד כאשר השופטים נטועים במבנה חברתי־תרבותי שמבקש לשמר את הסטטוס־קוו.

247 בהקשר זה תנאי הלימוד הנחותים של האוכלוסייה האפרו־אמריקאית הקטינו מאוד את סיכוייהם לרכוש השכלה ראויה ולהשתלב בתפקידי־מפתח בחברה האמריקאית.

248 על הפליה סטטיסטית והשפעתה על הפליה רציונלית של בני קבוצת המיעוט ראו Edmund S. Phelps, *The Statistical Theory of Racism and Sexism*, 62 AM. ECON. REV. 659 (1972).

249 מרטין לותר קינג סבר כי הכניסה אל בין כותלי בית־המשפט תעניק לכוחות המדכאים את השליטה בצורת מאבקם של הנדכאים, ולכן קידם פעילות המונית (mass action). ראו Christopher W. Schmidt, *Conceptions of Law in the Civil Rights Movement*, 1 UC IRVINE L. REV. 641, 664 (2011).

על כך יש להוסיף שלהבדיל מתחומים שונים של תובענות ייצוגיות, כתובענות ייצוגיות בתחומי ניירות-הערך או הצרכנות, התובענות לדה-סגרגציה בשנות החמישים והשישים עסקו באוכלוסיות מוחלשות במיוחד, שסבלו מיכולת גישה ירודה מאוד למוסדות החברה בכלל ולמערכת המשפט בפרט. שנים של אלימות כלכלית וחברתית, גזענות, סגרגציה והפליה יצרו בקרב קהילות אלה חוסר אמון במערכת המשפט כמו-גם הפנמה של נחיתותן החברתית. כל זאת לצד העדר מודעות בסיסית שלהן לזכויותיהן ולדרך שבה הן יכולות לאכוף אותן, וכמובן משוכות כלכליות וחברתיות גבוהות שפוגעות בצורה משמעותית ביכולת הגישה שלהן לבתי-המשפט.<sup>250</sup> בכל הנוגע בקהילות אלה, התובענה הייצוגית של שנות החמישים והשישים עשתה יותר מאשר להעלות את האינטרסים או הטענות שלהם בבית-המשפט; היא אפשרה להן למצוא את הכוח הקולקטיבי שהן היו זקוקות לו כדי להשמיע את קולן ולשטוח את טענותיהן בבית-המשפט בעצמן, תוך שהן שוברות חסמים פסיכולוגיים וחברתיים.<sup>251</sup>

למעשה, עובר לשימוש בתובענה הייצוגית לדה-סגרגציה בארצות-הברית נעשו נסיונות רבים וכושלים לתקיפת ההפליה החברתית באמצעות הגשת תביעות פרטניות לאכיפתן של זכויות האזרח.<sup>252</sup> לעומת תביעות אלה, יתרונותיה והצלחתה של התובענה הייצוגית לא נותרו מוגבלים לשדה המשפטי, אלא חדרו גם לשדה הפוליטי-החברתי, וזאת בין אם במשפט עצמו וזתה התובענה ובין אם לאו. מחקרים רבים הכירו בהשפעה זו של השדה המשפטי על הליכים חברתיים לשינוי חברתי. מייקל מקן (Michael McCann) מסביר את השימוש התכוף בהליכים משפטיים בשמן של קבוצות מוחלשות, גם אם הם מסתיימים בכישלון, כאסטרטגיה לניעות חברתית.<sup>253</sup> במילים אחרות, ההליך המשפטי הוא רק חלק מאסטרטגיה מורכבת שנועזרת בטיעונים ובשיח שנוצרים בהליכים המשפטיים כבסיס הראתי לפעילות פוליטית וחיקיקתית של תנועות חברתיות.<sup>254</sup> על-פי פרספקטיבה זו, להליך המשפטי עצמו, במנותק מהחלטת בית-המשפט בסופו, יש השלכות עקיפות חשובות, כגון הגדלת החשיפה התקשורתית לסוגיה החברתית, העלאת המודעות לטענות ולשיח שנוצרים בהליך והגברת הלגיטימציה שלהם, האצת תהליכים

250 על בעיות ביכולת הגישה של קהילות מוחלשות למערכת המשפט ראו יובל אלבן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" **עלי משפט** ג 497 (2003).

251 *King's Constitution*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1064.

252 דוגמה בולטת לכך היא התביעה שהגיש דונלד קרי נגד אוניברסיטת מרילנד – ראו עניין Murray, לעיל ה"ש 184 – אשר צלחה אומנם במקרה הפרטני אך לא חוללה כל שינוי במדיניות הסגרגציה של האוניברסיטה. ראו גם *Williams v. Zimmerman*, 172 Md. 563, (1937); *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938); 192 A. 353 (1937). למעשה, תביעת **בראון** הייתה התביעה השתים-עשרה שהוגשה בקנוס על בסיס גזעי.

253 ראו Michael W. McCann, *Social Movements and the Mobilization of Law*, in SOCIAL MOVEMENTS AND AMERICAN POLITICAL INSTITUTIONS 201 (1994).

254 ש.ם.

חברתיים של התארגנות פוליטית והרחבת מקורות המימון שלה.<sup>255</sup> על כך יש להוסיף שלקבוצות מוחלשות החסרות כוח והשפעה בזירות הפוליטיות המסורתיות בתי- המשפט משמשים חלופה פוליטית נגישה יותר,<sup>256</sup> בין היתר בשל העדר דרישה שיפוטית להוכחת איכות הייצוג של הקבוצה המוחלשת או האותנטיות שלו.<sup>257</sup> לצד התרומה הסימבולית של הליכים משפטיים לשינויים חברתיים ופוליטיים, מחקרים רבים חשפו את ההשלכות השליליות של מעורבות גדולה מדי של מערכת המשפט בתהליכים של שינוי חברתי. מייקל קלרמן (Michael Klarman), לדוגמה, מטיל ספק ביכולתו המוסדית של בית-המשפט לשנות בהחלטות מהפכניות תפיסות ציבוריות רחבות ולהוביל לשינוי חברתי.<sup>258</sup> לטענתו, במקרים שבהם הקדים בית-המשפט את זמנו ופעל בניגוד לתפיסות החברתיות של אותה תקופה, כפי שנהג בפסק-דין **בראון** לדוגמה, הוא עורר תנועה נגדית חזקה, חברתית ופוליטית, שהובילה להקצנה של המתונים ולנסיגה בכוחו של המאבק החברתי, גם אם בטווח הקצר, ובעקבות זאת גם לפגיעה בזכויותיהן של אותן אוכלוסיות מוחלשות שעליהן ביקש בית-המשפט להגן.<sup>259</sup> מחקרים חשובים נוספים הבהירו כי התמקדות יתרה של מאבקים חברתיים לשינוי חברתי בתהליכים משפטיים, אשר ככלל אינם מבוססים על ייצוג דמוקרטי או שיתופי, עלולה להוביל לקונפליקטים פנימיים ולפרגמנטציה של האוכלוסייה המוחלשת,<sup>260</sup> להשטחת המורכבות והמגוון של האפשרויות הפתוחות לפניה, וכן להשתקת קולות המתנגדים המצויים בקרבה.<sup>261</sup>

יש אף מי שטען כי תהליכים עמוקים של שינוי חברתי וליטיגציה משפטית – המבוססת לרוב על קבוצות חזקות בקרב האוכלוסייה המוחלשת (top-down litigation)

- 
- MICHAEL W. MCCANN, RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF 255  
LEGAL MOBILIZATION 144–45 (1994)
- JOEL F. HANDLER, SOCIAL MOVEMENTS AND THE LEGAL SYSTEM: A THEORY OF LAW 256  
REFORM AND SOCIAL CHANGE 22 (1978)
- William B. Rubenstein, *Divided We Litigate: Addressing Disputes Among Group* 257  
*Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns*, 106 YALE L.J. 1623, 1650 (1997)
- Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, 104 MICH. L. REV. 431, 258  
482 (2005)
- “By outpacing public opinion on issues of social reform, such rulings : **בשפתו (שם)** 259  
mobilize opponents, undercut moderates, and retard the cause they purport to  
advance” Michael J. Klarman, *How Brown Changed Race Relations: The גם*  
*Backlash Thesis*, 81 J. AM. HIST. 81, 82–83 (1994)
- Douglas NeJaime, *The Legal Mobilization Dilemma*, 61 EMORY L.J. 663, 665–66 260  
.(2012)
- Douglas NeJaime, *Constitutional Change, Courts, and Social Movements*, 111 MICH. 261  
L. REV. 877, 895 (2013); Risa L. Goluboff, *We Lives in a Free House Such as It Is:*  
*Class and the Creation of Modern Civil Rights*, 151 U. PA. L. REV. 1977, 2015–17  
.(2003)



– מצויים במתח מתמיד.<sup>262</sup> טומיקו בראון-נגין (Tomiko Brown-Nagin) מאירה זווית ביקורתית חשובה, אשר נעדרת יחסית מהמחקר המשפטי בישראל, על האופן שבו ליטיגציה משפטית עלולה לחבל במטרותיהן של תנועות חברתיות. הכניסה להליכים משפטיים, היא מבהירה, מרסנת את יכולתן של תנועות חברתיות לאתגר מדיניות קיימת, מכיוון שהיא מחייבת אותן להגדיר את טענותיהן ומטרותיהן במסגרת השיח המקובל במשפט החוקתי, ובכך להתמסד ולמתן את עמדותיהן.<sup>263</sup> יתר על כן, מכיוון שייצוגן של קבוצות מוחלשות בליטיגציה חוקתית לאכיפת זכויותיהן אינו מחייב את שיתופן, הליכים משפטיים לשינוי חברתי יכולים להתנהל ללא כל מפגש בין קבוצות-אינטרס חזקות – שיבחרו את היעדים השונים, סדרי העדיפויות והדרך להגיע לאותם יעדים – לבין קהילות המוחלשות, וזאת אף תוך מניעת קולות חולקים בקרב האוכלוסייה המוחלשת מלחדור אל בין כותלי בית-המשפט.

בראון-נגין, שבחנה את תרומתם של עורכי-דין חברתיים בארצות-הברית שאתגרו את התמקדות-היתר של ה-NAACP בדה-סגרגציה במערכת החינוך, מחדדת שתהליכי-עומק חברתיים בהיסטוריה האמריקאית ששולבו עם ליטיגציה משפטית נשענו על עבודה קהילתית מלמטה.<sup>264</sup> בין שמדובר בפגישות עם קהילות מוחלשות ולמידה על חיי היומיום של חברי הקהילה, בעיותיהם וסדרי העדיפויות שלהם, ובין שמדובר בפעולות חינוכיות להשתחררות מהשלשלאות המנטליות של ג'ים קרואו וללמידת האפשרויות השונות לאכיפת זכויות האזרח, העצמת האנשים מלמטה ביקשה לבנות הון חברתי ופוליטי מקומי שיוכל להנהיג בעצמו את המאבקים לאכיפת זכויותיו האזרחיות.<sup>265</sup> בראון-נגין מסיקה מכך שתהליכים חברתיים, ששילבו באותה תקופה ליטיגציה משפטית, יכולים להתעצם ואף להתפתח לכיוונים טובים יותר אם יאפשרו לביקורות פנימיות ולדעות חולקות בקרב הקהילה המוחלשת – במיוחד אם הן נשענות על ניסיון בשטח – ליטול חלק בהליכים המשפטיים-החברתיים.<sup>266</sup> טענות אלה, בדבר יתרונות שיתופן של דעות חולקות פנימיות בהליכים משפטיים, מקבלות משנה תוקף כאשר מדובר בעורכי-דין המייצגים קהילה מוחלשת, אשר גם כך סובלת מדחיקת קולה בספרות הפוליטיות המסורתיות.<sup>267</sup>

Tomiko Brown-Nagin, *Elites, Social Movements, and the Law: The Case of Affirmative Action*, 105 COLUM. L. REV. 1436, 1442 (2005). ראו גם שם, בעמ' 1489.

שם, בעמ' 1511.

TOMIKO BROWN-NAGIN, *COURAGE TO DISSENT: ATLANTA AND THE LONG HISTORY OF THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT* 431–41 (2011).

שם, בעמ' 264–266.

שם, בעמ' 440.

Frederick P. Aguirre, *Mendez v. Westminster School District: How It Affected Brown v. Board of Education*, 4 ORANGE COUNTY LAWYER 321, 321–322 (2005); Scott L. Cummings, *How Lawyers Manage Intragroup Dissent*, 89 CHI.-KENT L. REV. 547 (2014).

## (1) מנדז, בראון ובראודר

המחקרים האמורים לא התמקדו בסדרי הדין, אולם יש בהם כדי ללמד על מניעה ויתרונותיה של התובענה הייצוגית בשלביה הראשונים, שבהם שולבו לצד ההליכים המשפטיים התארגנות חברתית ומחאות קולקטיביות מהשטח.<sup>268</sup> אחת הדוגמאות הראשונות לשילובה של התארגנות חברתית סביב הגשתה של תובענה ייצוגית, עובר להליכי בראון, היא מאבקה של משפחת מנדז נגד ההפרדה האתנית של מקסיקאים במערכת החינוך הציבורית בקליפורניה.<sup>269</sup> כאשר אחותו של גונזלו מנדז, סולדד וידאורי, ביקשה לרשום את ילדיה ואת ילדי אחיה לבית־הספר הקרוב למקום מגוריהם, התברר לה שילדיה של אחיה, להבדיל מילדיה, לא יוכלו ללמוד בבית־ספר וסטמינסטר שבקליפורניה, וזאת בשל צבע עורם הכהה ושם משפחתם המקסיקאי.<sup>270</sup> גונזלו פנה לעורך־דין יהודי בשם דייוויד מרקוס, שהבהיר לו כי הפרדה זו מבוססת על נוהג, וכי אין לה כל בסיס בחוקי קליפורניה.<sup>271</sup> מרקוס הציע למנדז לאחד כוחות עם משפחות נוספות ממחוזות נוספים בקליפורניה ולהגיש יחדיו תביעה ייצוגית פדרלית בגין הפרת התיקון הארבעה־עשר לחוקה.<sup>272</sup> כדי לבסס את התובענה הייצוגית, ובמקביל אליה, החלו מרקוס ומנדז לחזק את ההתארגנות הקהילתית סביב ההליך המשפטי.<sup>273</sup> הם עברו מעיר לעיר, ראינו משפחות מקסיקאיות, בחנו את האופן שבו הן מתמודדות (אם בכלל) עם ההפרדה האתנית במערכת החינוך, ביקשו לשכנע אותן לאזור אומץ ולנקוט הליכים משפטיים, וגם ארגנו מפגשים קהילתיים שבהם דנו באי־הצדק שההפרדה יוצרת.<sup>274</sup>

268 החבירה לפעילות קולקטיבית מסייעת לפרט להשמיע את קולו ולהשתתף בתהליכי קבלת ההחלטות, אך גם לרכוש ביטחון, ידע וניסיון. על העצמה בחבירה לפעילות קולקטיבית ראו מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק "העצמה במשפט" *העצמה במשפט* 9, 14, 21–29 (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

269 *Mendez v. Westminster School District*, 64 F. Supp. 544 (S.D. Cal. 1946), *aff'd*, 161 F.2d 774 (9th Cir. 1947) (להלן: עניין מנדז).

270 Richard R. Valencia, *The Mexican American Struggle for Equal Educational Opportunity in Mendez v. Westminster: Helping to Pave the Way for Brown v. Board of Education*, 107 TCHR. C. REC. 389, 399 (2005).

271 באותה תקופה חייבו חוקי קליפורניה סגרגציה במערכת החינוך הציבורית רק של יפנים, אינדיאנים, סינים ומונגולים. ראו Aguirre, לעיל ה"ש 267, בעמ' 31. טענת ההגנה העיקרית של הנתבעים לא הייתה הפרדה גזעית, כי אם הפרדה על בסיס רמת ידיעת השפה האנגלית. ראו Toni Robinson & Greg Robinson, *Méndez v. Westminster: Asian-Latino Coalition Triumphant*, 10 ASIAN AM. L.J. 161, 172–73 (2003).

272 Frederick P. Aguirre et al., *Mendez v. Westminster: A Living History*, 2014 MICH. ST. L. REV. 401, 404–5.

273 שם, בעמ' 405.

274 שם.

ההתארגנות הקהילתית והקשרים החברתיים שהיא יצרה בין האזרחים המקסיקאים הפכו את המאבק לשינוי ממאבק של יחידים למאמץ קולקטיבי, ובכך מנעו נסיונות אפשריים לסיכול התביעה באמצעות שינוי ההחלטה הנוגעת בקבלת ילדיו של מנדז לבית-הספר.<sup>275</sup> העצמה קהילתית זו, נוסף על האומץ והקול שהיא העניקה לאותן משפחות, גם הגדילה את כוחם הפוליטי של האזרחים וסייעה להם לפעול ליישום החלטתו של בית-המשפט הפדרלי לאחר הזכייה בתובענה הייצוגית.<sup>276</sup> מעורבותה של הקהילה ותמיכתה הרבה בהליכים המשפטיים הגדילו גם את הנראות הציבורית שלהם, והובילו לשיתופי-פעולה עם ארגונים כ-NAACP,<sup>277</sup> JACL וה-American Jewish Congress, ששלחו את חוות-הדעתם בשלב הערעור כידידי בית-המשפט.<sup>278</sup> יהיו גם מי שיגידו כי מעורבות זו, לצד גורמים אקסוגניים נוספים כמוכן, הובילה בסופו של יום להחלטתו של ארל וורן (Earl Warren), מושל קליפורניה באותה תקופה ולימים נשיא בית-המשפט העליון האמריקאי בתיק **בראון**, להביא לידי ביטולם של חוקי הסגרגציה בקליפורניה.<sup>279</sup>

ההיסטוריה של התובענה הייצוגית בתיקי **מנדז**, **בראון** ו**בראודר** מציגה סינרגייה מוצלחת בין פעילות קהילתית להליכים משפטיים.<sup>280</sup> בעניין **בראודר** הצליחה קהילת מונטגומרי להתמודד עם תגובת-הנגד על פסיקת בית-המשפט, שבה מתמקדת ביקורתו של קלרמן,<sup>281</sup> בעיקר בשל הבחירה במסלול משפטי-חברתי שנשען על ליכוד וחידוק של הקהילה המוחלשת המקומית. במילים אחרות, שילובה של התובענה הייצוגית עם פעילות קהילתית מהשטח סייע לחברי הקבוצה להתמודד עם התגובות הצפויות על

Maria Fleming, *A Tale of Two Schools*, in *A PLACE AT THE TABLE: STRUGGLES FOR EQUALITY IN AMERICA* 90, 94 (Maria Fleming ed., 2001)

Jared Wallace, *Mendez et. al v. Westminster et. al's Impact on Social Policy and Mexican-American Community Organization in Mid-Century Orange County*, 4 VOCES NOVAE 125, 129 (2013): "The success of the case proved that the community organization... was starting to have an influence on policies in Orange County, but these groups still had many challenges to overcome. Their first challenge was to ..remind the districts that they had been ordered to desegregate"

אחד המעורבים מארגון זה בהכנת חוות-הדעת לעניין **מנדז** הוא תרגוד מרשל. שם, בעמ' 128.

לניתוח חוות-הדעת ראו Robinson & Robinson, לעיל ה"ש 271, בעמ' 175–179. שם, בעמ' 181.

על סינרגייה זו נאמר: "[T]hese two strategies – the boycott and the litigation – interacted, each shaping and reinforcing the other... [T]he two strategies of the Montgomery protest created a synergy that was the key to bringing about changes on the buses". ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 663. היו גם שטענו כי הצלחת ה-NAACP נבעה בעיקר משיתוף הציבור הרחב במאבקים המשפטיים-החברתיים. ראו Nieman, לעיל ה"ש 18, בעמ' 2136–2137.

ראו לעיל ליד ה"ש 258–259.

ההליכים המשפטיים. אך מעבר לתגובת-הנגד, חיזוק הדימוי העצמי של הקהילה ושחרורה מהקיבעון הפסיכולוגי של תקופת ג'ים קרואו, ייצרו ערך נפרד להליכים המשפטיים-החברתיים, במנותק מתוצאותיהם הסופיות. ערך חיובי זה גם הוביל בסופו של יום לפיתוחו של הון פוליטי מקומי ולביסוס הנהגה מתאימה שתמשיך את המאבק המשפטי-החברתי מעבר לגבולותיו ולמסגרתו של הליך משפטי פרטני.

## (2) קול ברמה

כאן חשוב להבהיר כי בימינו אין זה נהוג לשלב פעילות קהילתית מכילה – כזאת שמאפשרת לחברי הקבוצה המדוכאת או הנפגעת ליטול חלק בהליך ולהשמיע את קולם – אף אם מדובר בתובענה ייצוגית לאכיפת זכויות אזרח. ודוק: שיתופן של עמותות ציבוריות או הרחבת השימוש במוסד ידיד בית-המשפט אינם תחליף לשיתופו ולהשמעת קולו וזעקתו של הנפגע, אלא הם יכולים לשמש מנגנונים משלימים, כפי שהיה בעניין **מנדו**.<sup>282</sup> פרופ' דריק בל (Derrick Bell), שהיה פעיל ב-NAACP והמרצה האפרורי אמריקאי הראשון שהתקבל להרווארד, אף טען כי אי-שיתופה של הקהילה המוחלשת במנגנון קבלת ההחלטות חמור בדיוק כמו הסגרציה עצמה.<sup>283</sup> יש כמובן דרכים רבות ומורכבות להעצמה ולשיתוף של הקהילה המוחלשת, כפי שהעידו ההליכים בעניין **בראון** ובעניין **בראודר**, ואין לרדדן להצבעת רוב. דרכים אלה כוללות פעולות חינוכיות בקרבה, הכרה מעמיקה של מאפייני הקהילה, של צרכיה היומיומיים ושל סדרי העדיפויות שלה, מפגשים קהילתיים, מחאות וצעדות ברחוב, ומתן פתח לשחרור קיטור ולהשמעת זעקה של כאב בגין עוולות חברתיות.<sup>284</sup> ניתן אף לחשוב שבעידן של רשתות חברתיות יהיו אפשרויות ההכלה והשיתוף של הקהילה המוחלשת רחבות ונוחות יותר.

282 על כך יש להוסיף כי הצהרות כלפי חוץ על סדר-יום ציבורי שישרת את הקהל כולו, ובתוך כך גם את קבוצת המוחלשים, עלולות להסוות אינטרסים צרים ואף מנוגדים לאלה של הקהילה המוחלשת. על שימוש בשיח שעטוף במטרות ציבוריות בצורה שפוגעת באוכלוסיות מוחלשות, אם כי בתחום הפקעות המקרקעין, ראו Barak Atiram, *The Wretched of Eminent Domain: Holdouts, Free-Riding and the Overshadowed Problem of Blinded-Riders*, 18 BERKELEY J. AFR.-AM. L. & POL'Y 52 (2016). על קונפליקטים פנימיים בייצוג של קבוצות מוחלשות כידיד בית-משפט ראו Robinson & Robinson, לעיל ה"ש 271, בעמ' 179–180.

283 כך, בהקשר של ההפרדה הגזעית במערכת החינוך הציבורית, טען בל כי "...excluding black parents from meaningful participation in school policymaking [is] at least as damaging to black children as enforced separation". ראו Bell, לעיל ה"ש 154, בעמ' 488–487. על בל, שפונה "Rosa Parks of legal education", ראו Caroline M. McKay, *Derrick Bell, First Tenured Black Professor at HLS, Dies*, HARV. CRIMSON (Oct. 7, 2011), <https://www.thecrimson.com/article/2011/10/7/law-school-bell-black/>.

284 ניתן רק לדמיין כיצד השימוש האפשרי בתובענות ייצוגיות קהילתיות היה יכול להשפיע על זעקות כאב אמיתיות שלא זכו במענה משפטי ראוי, ואולי גם לספק חלופה לגיטימית למחאה חברתית ומשפטית. אחד המקרים הבולטים לזעקה ראויה שלא מצאה מענה

בפרשת קולך הוגשה תובענה ייצוגית חברתית ראויה וחשובה בשמן של נשים המשתייכות לזרם החרדי-הספרדי נגד תחנת הרדיו "קול ברמה", שנקטה מדיניות מוצהרת של אי-השמעת נשים בשידוריה.<sup>285</sup> עם זאת, ואף שהיה אפשר לפעול בקרב קהילת הנפגעות ולדאוג לכך שבהליך זה יישמע קולן,<sup>286</sup> לא שותפו חברות הקבוצה, וההליך התנהל ללא תובעת ייצוגית אחת מקרב אותו מגזר.<sup>287</sup> הנימוק לאי-שיתופן של חברות הקבוצה בהליך שנשא את שמן נשען על טענה לקיומם של קשיים קהילתיים ניכרים.<sup>288</sup> כך יצא שגם בהליך המשפטי שביקש לבקר הדרת נשים מקרב אותו ציבור חרדי-ספרדי, קולן של נשים המשתייכות לקהילה זו לא נשמע כלל, בשל הטענה שהן חוששות מהלחצים הקהילתיים שיופעלו כלפיהן. ייתכן שכך חשו כל חברות הקבוצה, אך ייתכן גם שהסיבה לאי-רצונן להשתתף בהליך היא שהן אינן מעוניינות בנצחון פירוס, קרי, בניצחון שיוביל לפגיעה בקהילה שהן משתייכות אליה ולקריסת התחנה שמספקת את צורכיהן הדתיים.<sup>289</sup> כמי שמעוניינות בחיזוק הקהילה אשר הן ומשפחותיהן ממשיכות לחיות בה, חברות הקבוצה התובעת עשויות לבכר פשרה שתייצר מערכת יחסים מתמשכת של דיאלוג וכבוד הדדי, במקום מסלול משפטי שיוביל להתנגשות ולפילוג.<sup>290</sup> אם כך הדבר, אזי ההליך המשפטי זקוק אף יותר לפעילות

---

משפטי מתאים היא מחאתם של עוזי משולם ואחרים בגין חטיפת ילדי תימן, המזרח והבלקן. המעבר להליכים פליליים שהתמקדו בפרט, ולא בקהילה, עמעם ואולי מסמס את הטענה לעוול חברתי קולקטיבי. הגם שהנושא עסק במניע לפעולותיהם של הפרטים, בחר הנשיא ברק להתמקד במנהיגותו של עוזי משולם, ולא במניע הקולקטיבי. ראו דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1 (1998).

285 בתובענה נטען כי תחנת הרדיו "קול ברמה" פעלה בניגוד לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. ראו רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (פורסם בנבו, 9.12.2015) (להלן: פרשת קולך).

286 השופט דנציגר ציין כי "מנתוני הסקר שהגישה קולך עלה כי 2.4% מהנשים שנשאלו הצהירו כי הן מוכנות לפעול משפטית לשינוי המצב, נתון אשר מלמד כי קיימות נשים – ולו מועטות – שאפשר והיו מוכנות להיות התובעות הייצוגיות". שם, פס' 44 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

287 בית-המשפט אישר את הגשת התובענה ללא תובעת ייצוגית בשל הקושי האינהרנטי הצפוי בעימות שבין התובעת המייצגת לבין קבוצת ההשתייכות החברתית-קהילתית שלה. אף-על-פי-כן ביקר השופט דנציגר את התבססותה של התובעת על הקושי האמור "בלא שניסתה להוכיח את אותו הקושי על ידי הצגת נתונים כלשהם המעידים כי היא פעלה 'בשקידה סבירה' כדי למצוא תובעת בעלת עילת תביעה אישית". שם.

288 ראו את החריג הקבוע בס' 4(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

289 במקרה זה סביר שסכום הפיצוי הכספי שנדרש בתובענה – 104,000,000 ש"ח – יקשה מאוד את המשך פעילותה של התחנה, אשר משרתת את צורכיהם של חברי הקבוצה התובעת. ראו פרשת קולך, לעיל ה"ש 285.

290 מחד גיסא, ניתן לטעון כי ככל שהליך זה יקדם דיאלוג והבנה בין חברי הקהילה החרדית-הספרדית כן יפחת הקושי המושת על התובעת הייצוגית. מאידך גיסא, מנגנון התובענה

קהילתית משלימה, אשר מחד גיסא תעניק לגיטימציה להליך המשפטי ומאידך גיסא תגביר את החינוך המשפטי בקרב הקהילה המוחלשת, תעצים את כוחה, תתמודד עם המורכבות והמגוון של הקולות בקרב הקהילה, ותעניק מזור למי שמבקשות להשמיע את זעקתן.

ההיסטוריה של התובענה הייצוגית מעמידה ביקורת פרוצדורלית על אי־שיתופן של קהילות מוחלשות בהליכים ייצוגיים. התובענה הייצוגית התעצבה ככלי משפטי שמאפשר למוחלשים להשמיע את קולם בתקופות קשות של גזענות ופגיעות כלכליות, חברתיות ופיזיות בקהילות מוחלשות. באקלים משפטי־חברתי זה סיפקה התובענה הייצוגית לפרט מִסְדָּת מתאימה להשמעת קולו, נוסף על הגנה יחסית הודות למעטפת הקולקטיבית של התובענה הייצוגית. בהליכים קולקטיביים אלה לא עמדו המוחלש או המוחלשת כאדם יחיד מול מערכת משפטית וחברתית מפלה. הם עמדו כקהילה שמוכנה להתמודד עם מורכבותו של ההליך המשפטי, למצוא לעצמה מטרות משותפות, להסתפק לעיתים גם בפשרות כואבות, ולהתכונן להתנגדות חברתית וכלכלית לתוצאות ההליך המשפטי. בתקופת ה"נפרד אבל שווה" הייתה השמעת קולן של אוכלוסיות מוחלשות הכרחית, מכיוון שהיה בה כדי להעצים וללכד את מי שגם כך יאתגרו את הסטטוס־קוו ויישאו בתגובות־הנגד החברתיות בעקבות ההליך המשפטי, בין אם ייטלו בו חלק ובין אם לאו. מעבר לכך, שילובן של אוכלוסיות מוחלשות בהליכים משפטיים הובילה למודעות אזרחית ומשפטית לנוכח תגובות־נגד בשטח שביקשו לרוקן את החלטות בית־המשפט מתוכן.<sup>291</sup>

למציאות מתמשכת של הפליה והדרה יש השלכות קשות על אוכלוסיות מוחלשות. מעבר לפגיעה בזכויותיהן הבסיסיות, קבוצות מוחלשות מפנימות סטריאוטיפים מפלים, פוחדות לערער על הסטטוס־קוו, לדרוש את זכויותיהן ואף להאמין ביכולתן לחולל שינוי חברתי אמיתי. כל עוד הקבוצה המוחלשת משועבדת לתפיסות מפלות ומשתקנות, אם מפחד ואם מהרגל, הליכים משפטיים שאינם נשענים על מעורבות חברתית עלולים לא לסייע – ואף לפגוע – במימוש מטרותיה של הקהילה המוחלשת.<sup>292</sup> בשפתו של

הייצוגית, כפי שהתפתח בארצות־הברית בשנות החמישים, התמודד עם חסמים ומשוכות חברתיות משמעותיות יותר. מעבר לכך, עדיף שאותן 2.4% מנשות הקהילה שמבקשות לאתגר את מדיניות ההדרה יעשו זאת במלוכד ובחסות המשפט, במסגרתה של תובענה ייצוגית, במקום בפעילות פרטנית שבה כוחן וחוסנן יפחת במידה משמעותית. יש לציין, עם זאת, כי הרשות השנייה בחרה במסלול של דיאלוג שהוביל להשמעת נשים ולהוספת תוכניות ושירותים לנשים בתחנת הרדיו, הגם שלא ברור עד כמה נשמע קולן של אותן נשים ביקורתיות בדיאלוג זה. ראו שם.

<sup>291</sup> במובן זה, תיקי **בראון** היו רק חוליה אחת ברצף של פעולות משפטיות ואזרחיות לאכיפתן של זכויות אזרח. בהתאם לכך, אי־אפשר לנתק את המחאה החברתית בהנהגת מרטין לותר קינג במונטגומרי מתיקי **בראון** ומשילובה של פעילות חברתית שורשית בהליכים משפטיים.

<sup>292</sup> ראו *King's Constitution*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1064.

צ'רלס המילטון יוסטון, מי שעיצב כאמור את מדיניות ה-NAACP בתיקי הדה-סגרגציה, "Jaw suits mean little unless supported by public opinion".<sup>293</sup> בית-המשפט לבדו אינו יכול לאכוף את החלטותיו, ובמקרים של שסעים חברתיים עמוקים ונסיונות חוזרים לעקוף את החלטות בית-המשפט, ארגון חברתי ומעורבות חברתית הם חלק בלתי-נפרד מההליך המשפטי. התובענות הייצוגיות של שנות החמישים והשישים עשו לכן שימוש בהליך המשפטי כחלק מפעילות חברתית מלמטה (grassroots empowerment), שמטרתה הייתה להפעיל ולהניע קהילות מוחלשות.<sup>294</sup> מרטין לותר קינג, שהבין היטב את מוגבלותם של ההליכים המשפטיים, תיאר את שיתוף הקהילה והמעורבות החברתית בהליכים משפטיים כמכשיר "for reaching out and activating the victim and challenging the victimizer".<sup>295</sup>

בדין הישראלי בית-המשפט יכול על-נקלה לעודד השתתפות פעילה של חברי הקבוצה התובעת. בהליך אישורה של התובענה כתובענה ייצוגית על בית-המשפט לבחון אם עניינם של החברים בקבוצה התובעת ייוצג וינהל בדרך הולמת.<sup>296</sup> ייתכן שבתיקים המערבים אוכלוסיות מוחלשות ראוי שבית-המשפט יעדיף גופים אשר פועלים בקרב אותה אוכלוסייה, מכירים היטב את שפתה ואת צרכיה, ודואגים לשיתוף ולשילוב של חברי הקבוצה בהליכים המשפטיים.<sup>297</sup> ודוק: ההיסטוריה של תיקי הסגרגציה מלמדת כי מעבר לקשיים ולמורכבות של ייצוג מגוון האינטרסים, הטענות והמטרות, להליך משפטי שמשלב ומשתף את חברי הקבוצה הנפגעת יש ערך מעצים אינהרנטי ואולי אף ערך מתקן.<sup>298</sup> למצער, בהליך שמאמץ שיתוף ושילוב של חברי הקבוצה הנפגעת, אלה שזכויותיהם נדחקו עד כה וקולם לא נשמע זוכים לעמוד בו כשווים אל מול אלה ששללו את זכויותיהם, בידיעה שרצונותיהם יהוו חלק מרכזי בגיבושה של

293 ראו Kenneth W. Mack, *Rethinking Civil Rights Lawyering and Politics in the Era Before Brown*, 115 YALE L.J. 256, 348 (2005).

294 בהתאם לכך נטען כי מטרת ההליכים המשפטיים בשנים אלה הייתה "to arouse and strengthen the will of the local communities to demand and fight for their rights" שם, בעמ' 347.

295 Winston P. Nagan, *The Struggle for Justice in the Civil Rights March from Selma to Montgomery*, 1(6) EURODICTION 8, 16 (2015).

296 ראו ס' 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

297 מהלך פרשני זה, המבוסס על לשון החוק ועל הבסיס התיאורטי ההיסטורי של דין התובענה הייצוגית, יעמיד אחריות לצד הכוח הרב שהתובענה הייצוגית מעניקה. עורכי-דין המבקשים לעשות שימוש במנגנון התובענה הייצוגית בשמן של אוכלוסיות מוחלשות יצטרכו לאפשר לחברי הקהילה המוחלשת להשתתף ולהשמיע את קולם. ההתפתחות הטכנולוגית והשימוש הנרחב ברשתות חברתיות מספקים כיום דרכים נוחות יותר לשיתוף, לשילוב ולהעצמה מאלה שהיו קיימים בתקופה של תיקי בראון ומחאת מונטגומרי.

298 ראו *King's Constitution*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1064.

פשרה מוסכמת או בהכרעת בית-המשפט.<sup>299</sup> בעצם שיתופם של עורכי-דין אפרו-אמריקאים בתקופה של הדרה והפליה, שבר ההליך המשפטי בפרשת **בראון** סטיגמות חברתיות, הרחיק את הקהילה המוחלשת מהפחד ומהסבילות, וכיוון אותה לפעילות קהילתית ומשפטית לגיטימית.

התובענות הייצוגיות של שנות החמישים והשישים אימצו מודל מכיל ותלוי-הקשר של שיתוף והכלה. כך, בתיקי **בראון** כלל שיתוף זה עשרות רבות של תובעים ייצוגיים, מאות שצובאים על דלתות בית-המשפט, וכן כנסים וסקרים. בעניין **בראודר**, לעומת זאת, כלל שיתוף הקהילה צעדות, מחאות ברחוב והתארגנות כלכלית חלופית לתחבורה העירונית. גם בדין הישראלי ובעידן הטכנולוגי של ימינו ניתן למצוא דרכים מורכבות, מגוונות ותלויות-הקשר לשיתוף הקהילה המוחלשת. אומנם, שיתוף והכלה וולונטריים יכולים להתקיים בכל הליך משפטי, אלא שלרוב לא יהיה תמריץ כלכלי ומשפטי לכך. לעומת זאת, הרקע ההיסטורי ליצירתה של התובענה הייצוגית האמריקאית מקים בסיס איתן לדרישה שיפוטית של שיתוף והכלה כתנאי לייצוג הולם בתובענות ייצוגיות שמבקשות לאכוף את זכויותיהן של קהילות מוחלשות.

#### (ב) אחריותיות (accountability) לקבוצת התובעים וקביעת מסגרת הדיון המשפטי

לתביעה פרטנית המוגשת על-ידי אדם יחיד ומתכנסת לפגיעה פרטית ולנסיבות פרטיקולריות יש מגרעות ברורות ככלי לניהול מאבק חברתי. יהיו מי שיראו אדם כזה המבקש להוביל לשינוי חברתי רחב על בסיס מקרה פרטיקולרי כמי שמנצל את הליכי בית-המשפט לרדיפה אחר פרסום מהיר או לקידום של סדרי-יום פוליטיים פרטיים המנותקים מרצונותיהם ומצורכיהם של הקהלים שבשמם הוא פועל לכאורה.<sup>300</sup> על כך יש להוסיף כי בית-המשפט עצמו עשוי לחשוש מהעדרה של לגיטימיות שיפוטית

299 כאן חשוב לציין כי חוק תובענות ייצוגיות מאפשר לחברי הקבוצה התובעת ליטול חלק בתובענה, אם על-ידי השתתפות בדיונים (ס' 15 לחוק) ואם על-ידי הגשת התנגדות לפשרה המוסכמת (ס' 18(ד) לחוק). עם זאת, העלויות המושטות על אדם הפועל ביוזמתו למעקב אחר ההליכים המשפטיים, להבנתם ולמימוש זכויותיו פוגעות בנגישותו של ההליך ומונעות אפשרות אמיתית לשיתוף. עלויות אלה יפחתו במידה משמעותית אם עורך-הדין והתובע המייצג, שמפוצים בגין פעולותיהם, ידאגו להנגשת ההליך ולשיתופם של חברי הקבוצה התובעת.

300 גם על העתירה לבג"ץ נטען כי היא לוקה באותן מגרעות, וכי "לצד העותרים 'הפרטיים' הרבים... (לעיתים בעניינים פעוטי חשיבות)... והגורמים הפוליטיים, שעשו להם מנהג קבוע לנצל את בית-המשפט כבימה להשגת פרסומת בעלות מינימלית וכאמצעי להבכת יריבים פוליטיים... התרגלנו כבר ל'ריטואל' הכמעט קבוע, שעם פרוץ שערורייה כלשהי... חולפות אך יממות ספורות עד שמתייצב הארגון הציבורי התורן או הגורם הפוליטי בעל העניין במזכירות של מדור בג"צים בבית-המשפט העליון, על-מנת להפוך את הגילוי הציבורי לנושא לדיון שיפוטי". ראו יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" **עיוני משפט** כ 93, 126 (1996).



ציבורית אם יבקש להחיל נורמה כללית על בסיס תביעתו של אדם יחיד, אשר מייצג כאמור את עצמו בלבד ואינו בקיא בהכרח בקשייה של הקהילה המוחלשת ובדרכים הנדרשות לפתרונם.<sup>301</sup> העדר זה של לגיטימיות עלול גם לסכל את יישום החלטותיו של בית-המשפט, להקים עליו ביקורות קשות ולפגוע בדימויו הציבורי, ולכן בית-המשפט נוטה להירתע במקרים כאלה מלבקר את רשויות השלטון והחברה האזרחית.<sup>302</sup> ניתן לסבור בטעות כי מה שהניע את בית-המשפט העליון האמריקאי לאפשר את מתיחת גבולותיהם של סדרי הדין הקיימים, ולהכיר בתביעת הדה-סגרגציה כתובענה ייצוגית שתקים מעשה בית-דין כלפי כלל האוכלוסייה, היא הדרישה הפשוטה יחסית לסעד הצהרתי. לכאורה, במקרים של הפרת זכויות חוקתיות נדמה כי הדרישה לסעד הצהרתי, שיכיר בהפרה ויקרא לתיקונה, היא דרישה בסיסית שתאחד בוודאי את כלל חברי הקבוצה הנפגעת.<sup>303</sup> אלא שהנחה זו מתעלמת מכך שההפרדה בין סוגי הסעדים נעשתה רק בתיקון כלל 23 בשנת 1966, וכי עובר לכך היו תביעות הדה-סגרגציה אמורות להיכלל בקטגוריית ה-*spurious class actions*, שאינה מקימה מעשה בית-דין ואינה מוגבלת לסעד הצהרתי.<sup>304</sup> על כך יש להוסיף כי המרחק בין תביעה כספית לתביעה הצהרתית אינו כה רב, וכי גם לסעד הצהרתי – כזה הקורא לאינטגרציה במערכת החינוך הציבורית – יש עלויות כספיות שישושו על רשויות השלטון בדרך כזאת או אחרת, ובאופן מפתיע אף על חלקים מאוכלוסיית הנפגעים. מעבר לכך, גם בתביעה לסעד הצהרתי בגין הפרתה של זכות חוקתית, כהפליה על בסיס גזעי במערכת החינוך הציבורית, ניתן למצוא בקרב הקבוצה הנפגעת ניגודי אינטרסים ומחלוקות פנימיות לרוב.<sup>305</sup>

301 זאת אף ביתר שאת אם בית-המשפט מבין כי יישום החלטתו יחייב גם פעילות בשטח ועמידה מול לחצים חברתיים של חברי הקבוצה התובעת.

302 על האופן שבו שיתוף ומעורבות של הקהילה האפרו-אמריקאית במחאת מונטגומרי מילאו תפקיד משמעותי ביישום החלטת בראודר ראו *Synergy in the Montgomery Bus Protest*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 665–666. את הרתיעה האמורה מהעדרה של תמיכה ציבורית מספקת וכן מתגובה חריפה אפשרית של המערכת הפוליטית ניתן למצוא גם בנסיונות של בג"ץ לגבש טכניקות של הימנעות מדיון בנושאים פוליטיים רגישים. דותן, לעיל ה"ש 300, בעמ' 131.

303 עמדה זו מתיישבת עם החזות האחידה של כלל 23(b)(2), שבו אין אפשרות לא להיכלל בקבוצה (opt out) או חובה ליידע את חברי הקבוצה בדבר עצם קיומם של ההליכים. ראו YEAZELL, לעיל ה"ש 133, בעמ' 247.

304 ראו 3B JAMES WM. MOORE, MOORE'S FEDERAL PRACTICE ¶¶ 23.10–23.11, at 23-2769 app. (2d ed. 1982).

305 דריק בל הציג את מורכבות היחסים בין עורך-הדין לבין התת-קבוצות השונות בתיק דה-סגרגציה כך: "How should the term 'client' be defined in school desegregation cases... How should civil rights attorneys represent the often diverse interests of clients and class in school suits? Do they owe any special obligation to class members... to advocate their divergent views?" ראו Bell, לעיל ה"ש 154, בעמ' 471.

כך, סביר שלצד הנסיונות המגוונים לעקיפת הדרישה לשוויון, גם האפשרויות לקידומו יהיו יצירתיות ומגוונות.<sup>306</sup> ניתן לדרוש, לדוגמה, אינטגרציה מיידית או הדרגתית, מלאה או חלקית, כוחנית או על בסיס תמריצים. לכל דרך שתיבחר יש השלכות חברתיות וכלכליות ייחודיות, וייתכן מאוד שדרכים שונות יעוררו התנגדויות פנימיות בקרב חברי הקבוצה התובעת. כך, לדוגמה, רבים מההורים האפרו-אמריקאים חששו לשלוח את ילדיהם לבתי-ספר ללבנים כמיעוט נרדף שייפול קורבן לאלימות מילולית ולשנאה על בסיס יומיומי. חלק מהם בוודאי העדיפו במקום זאת להשקיע כספים רבים יותר בשיפור בתי-הספר לשחורים באזור מגוריהם, בהגדלת מגוון הקורסים בהם, בשיפור התחבורה ובהרחבת ההכשרה של מורים אפרו-אמריקאים, שהייתה אז מצומצמת מאוד.<sup>307</sup> ההכרה בקיומן של מחלוקות פנימיות מחלישה את כוחו של תובע יחיד בתביעה פרטנית לתבוע את הדרך ה"נכונה" לכלל חברי הקבוצה הנפגעת ללא מעורבותם, רצונם או אף ידיעתם. לעומת זאת, התגברות על המחלוקות הפנימיות במסגרת תובענה ייצוגית ומציאת פשרה מוסכמת יעצימו את הלגיטימיות וההשפעה של התביעה, דווקא בשל הקושי בהתארגנות קולקטיבית לנוכח מחלוקות ושסעים פנימיים. התובענה הייצוגית המכילה, כפי שעוצבה בפסיקת שנות החמישים ובמיוחד בתיקי **מנדו, בראון ובראודר**, לא ביקשה להישען על עמדתו של עורך-דין אחד בתביעה פרטנית. במקום הישענות על מקרה פרטיקולרי, בחרה התובענה הייצוגית המכילה לשלב ולשתף חלקים רחבים בקהילה שראו באינטגרציה את האמצעי המרכזי לשיפור תנאי ההשכלה של ילדיהם.<sup>308</sup> בין שמדובר בגונזלו מנדו ובדייוויד מרקוס, שיזמו וארגנו פעילות משותפת לנוכח מחלוקות פנימיות,<sup>309</sup> ובין שהיו אלה די ליין ולוסינדה טוד בפרשת **בראון ומרטין** לותר קינג בפרשת **בראודר**,<sup>310</sup> התובנה המרכזית של התובענה הייצוגית של אותן שנים הייתה שפעולה פרטנית, גם אם מוצלחת, חשופה הרבה יותר להתעמרות של השלטון והחברה מאשר מחאה קולקטיבית שמצליחה להעצים את המוחלשים תוך התגברות על מחלוקות פנימיות.<sup>311</sup>

306 על כך יש להוסיף כי לא כל דרך תשפר בהכרח את מצבה של הקהילה המוחלשת. ראו Bell, לעיל ה"ש 154, בעמ' 488.

307 לדוגמאות של סדרי עדיפויות שונים של הורים אפרו-אמריקאים שביקשו לשפר את תנאי הלימודים של ילדיהם במציאות של גזענות והפליה ראו שם, בעמ' 482–487.

308 עם השנים השתנתה כמובן עמדה זו: "[In Brown] virtually all blacks assumed that integration was the best means of achieving a quality education for black children... [After a decade] many black parents [became] disenchanted with the educational results of integration". שם, בעמ' 492.

309 Aguirre et al., לעיל ה"ש 272, בעמ' 404–405.

310 Kolb, לעיל ה"ש 48, בעמ' 133; Blevins, לעיל ה"ש 47.

311 אחד המקרים הבולטים של אותן שנים היה היעלמותו של לוויד גיינס במהלך ההליכים המשפטיים שהתנהלו בסוף שנות השלושים בתביעתו נגד ההפרדה הגזעית. ראו Daniel T.

אילו התפיסה השלטת של התובענה הייצוגית באותה תקופה הייתה קרובה לזאת ששולטת בעתירות המנהליות או בתובענות הייצוגיות של ימינו, אזי היה אפשר כבר אז להסתפק באחד התיקים לייצוג הקהילה האפרו-אמריקאית, ולא היה צורך בכל חמשת תיקי בראון או בפעילות מחאתית בשטח ובשיתוף הקהילה המוחלשת בהליכים המשפטיים.<sup>312</sup> בוודאי לא היה צורך לפעול בצורה חסרת תקדים ולפנות בבקשה לתובעים בתיק בולינג להגיש את תיקם לביורר בבית המשפט העליון כחלק מתיקי בראון, ובכך גם לעקוף את ערכאת הערעור של מחוז קולומביה.<sup>313</sup> שילוב הקהילה בהליכים המשפטיים העניקה לבית המשפט בתיקי בראון ובראודר את הלגיטימציה השיפוטית והציבורית וגם את הפרספקטיבה הראויה ליצירתו של סעד קולקטיבי הולם שיתמודד עם מורכבות התביעה שניצבה לפניו, תוך הכרה בכך שלצידו של בית המשפט פועלת קהילה רחבה שתתמודד עם השלכות החלטתו ותיאבק ליישומה בשטח.<sup>314</sup>

אין זה ברור כלל שהשלכותיה של תובענה ייצוגית כאמור על הדין הישראלי יהיו זהות להשלכות של עתירה מנהלית או עתירה לבג"ץ. שוו בנפשכם שבג"ץ קעדאן המפורסם היה מנוהל כאותן תביעות לדה-סגרגציה בדין האמריקאי, ובמקום רצונו של אדם יחיד, עאדל קעדאן, להצטרף לאגודה השיתופית קציר, היו ניצבים עשרים או שלושים מקרים נפרדים של מועמדויות לקבלה ליישובים קהילתיים שונים.<sup>315</sup> הניחו עוד כי בדיוק כמו בפסקי-הדין בפרשת בראון, ההנמקות הפורמליות לדחיית המועמדים – אם על בסיס דת, זהות אתנית, מצב כלכלי, משפחתי או אחר – היו מתועדות, וכך גם המאפיינים המגוונים של היישובים הקהילתיים השונים שדחו את הבקשות.<sup>316</sup> לאחר איסוף ורישום של הנתונים השונים הייתה תובענה זו מבקשת לבסס את תופעת ההדרה הקולקטיבית, הסמויה או הגלויה, של המועמדים שנדחו, ולמעשה של כלל חברי הקבוצה המוחלשת, מיישובים קהילתיים היושבים על אדמות המדינה.

Kelleher, *The Case of Lloyd Lionel Gaines: The Demise of the Separate but Equal Doctrine*, 56 J. NEGRO HIST. 262 (1971)

312 על הצורך בבחינת חמשת התיקים נאמר: "The state cases all presented the issue of the application of the equal-protection-of-law clause of the Fourteenth Amendment, and the Court could have reached and decided that question in any one of them, but the wide geographical range gave the anticipated decision a national flavor and would blunt any claim that the South was being made a whipping boy" LOREN MILLER, THE PETITIONERS: THE STORY OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES AND THE NEGRO 345 (1966), מצוטט אצל Bell, לעיל ה"ש 154, בעמ' 474.

313 ראו לעיל ליד ה"ש 137–138.

314 לעניין חשיבות מעורבות הקהילה המוחלשת בהליכים לשינוי חברתי, ראו Leroy D. Clark, *The Lawyer in the Civil Rights Movement – Catalytic Agent or Counter-Revolutionary?*, 19 KAN. L. REV. 459, 470 (1971).

315 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

316 תיקי בראון כללו נתונים על מקרים רבים בנסיבות שונות, נוסף על שלושה-עשר ההורים בעיר טופיקה, קנזס. ראו את הדיון לעיל בתת-פרקים 2א ו-3א.

ניתן רק לשער כיצד היה בית המשפט העליון מתמודד עם תובענה ייצוגית על הדרה רחבת-היקף כזאת. אף-על-פי-כן, סביר להניח שלתובענה זו הייתה השלכה ברורה על מסגרת הדיון המשפטי. בעיקר לא היה אפשר להיאחז בנוסבותיו הפרטיקולריות של עאדל קעדאן ובפסילתו המפורשת בשל היותו ערבי,<sup>317</sup> והיה צריך לדון גם בהנמקות רכות ומתוחכמות יותר. במקביל לכך לא היה אפשר להישען על מאפייניו הלא-מייחדים של היישוב קציר, ומסגרת הדיון הייתה עוסקת גם בתופעה העמוקה יותר של הדרה במגוון עשיר של קהילות הנושאות מאפיינים ייחודיים יותר או פחות.<sup>318</sup> אך יותר מכך, שילובה של פעילות חברתית במאבק המשפטי המתמשך בוועדות הקבלה הייתה קושרת בין מקרי ההפליה הרבים, ביניהם מקרהו של קעדאן, לתגובות המחוקק, כבעניין סבת.<sup>319</sup> בכך היה כדי לאפשר פעולות חברתיות מהירות וערניות שייצמדו לתגובת המחוקק ולא ייחלשו בעקבותיה, מחד גיסא, והיה בכך גם כדי להבהיר בבית-המשפט כי מסגרתו העובדתית של הדיון היא מתמשכת וכי אין לקטוע אותה כל פעם מחדש על בסיס דוקטרינת הבעיה הבלתי-בשלה בעקבות תגובות המחוקק, מאידך גיסא.<sup>320</sup>

סביר שתובענה כאמור הייתה גוררת את בית-המשפט לדיון מורכב ורחב יותר בסמכויותיהן של ועדות הקבלה ביישובים הקהילתיים השונים, המחזיקים בידיהם חלק נכבד מהיצע הנדל"ן בישראל, וכן באופן שבו הופעלו עד כה סמכויותיהן של ועדות אלה, בין כלפי האוכלוסייה הערבית ובין כלפי אוכלוסיות אחרות, כגון נשים גרושות, נכים, זקנים, עניים, מזרחים וכיוצא בהם.<sup>321</sup> גם אם בית-המשפט אינו מעוניין במסגרת דיון זו, בירור תובענה זו בין כותלי בית-המשפט עדיף בוודאי על הותרתן של תחושות הניכור וההדרה ללא מענה ומחוץ למסלול המשפטי והלגיטימי.

דא עקא, שבדין הישראלי אי-אפשר להגיש תובענה ייצוגית נגד רשות שלטונית בשל פעולות שבוצעו על-ידי צד שלישי שהרשות פיקחה עליו או הסדירה את פעילותו.<sup>322</sup> לכן מקרים מסוג זה שנדון בפרשת קעדאן, שבהם הרשות מסדירה ומפקחת על

317 תביעתו של קעדאן נשענה על הדרה מוצהרת שלו בשל היותו ערבי. ראו פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 315, פס' 4 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

318 מסגרת הדיון בפרשת קעדאן הוגבלה להדרה ביישובים הנעדרים מאפיינים מובהקים של ייחודיות, ביישובים שבהם רמת הסולידריות והשיתוף היא נמוכה. עם זאת, בית-המשפט לא בחן כיצד ניתן לאמוד מובהקות זו של ייחודיות, ומדוע יש בה כדי למנוע כניסה של מי שמעוניין בסולידריות זו. נוסף על כך, בית-המשפט לא בחן כיצד מסגרת דיון זו עשויה להשפיע על ההתנהלות ביישובים המבקשים להמשיך להדיר קבוצות מוחלשות. ראו שם, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

319 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014).

320 לדוקטרינת הבעיה הבלתי-בשלה ראו שם, פס' 11–18 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

321 להגבלות הקבועות בחוק בנוגע לשיקוליהן של ועדות הקבלה ראו ס' 6 לפקודת האגודות השיתופיות.

322 ראו ס' 3 לחוק תובענות ייצוגיות והדיון לעיל בתת-פרק ד1.

התנהלותו של צד שלישי, לא יוכלו להתברר במסגרתה של תובענה ייצוגית. ניתן גם להניח כי מצב משפטי זה עשוי לתמרץ רשויות שלטון לבצע חלק ניכר מפעולותיהן בעקיפין, כלומר, בדרך של הסדרת פעולותיהם של צדדים שלישיים ופיקוח עליהן. לנוכח תרומתה של התובענה הייצוגית למאבקהן של אוכלוסיות מוחלשות נגד רשויות שלטון בארצות-הברית, ייתכן שראוי כי תובענה מסוג זה תמצא את מקומה בדין הישראלי. דרך אפשרית לקליטתה היא שלילת תחולתו של סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות במקרים שבהם הרשות מודעת לפסול שבפעילותו של הצד השלישי, שאותה היא מסבסדת או מתירה, ואף ניתן לה פרק-זמן מתאים להפעלת סמכויותיה לצורך תיקון המצב אך היא ממאנת לעשות כן. במקרים אלה פעילותה של הרשות חורגת מהסדרה או מפיקוח סתם, ויש לראותה כשותפות של ממש בפעילות הפסולה. ייתכן שראוי שבמקרים אלה יצמצם בית-המשפט את הסייג של סעיף 3 לחוק, ויאפשר הגשתה של תובענה ייצוגית.<sup>323</sup>

להבדיל מהתובענה הייצוגית המכילה של שנות החמישים והשישים, בימינו ניתן להגיש תובענה ייצוגית לאכיפת זכויות אזרח ללא כל דיון או שיתוף של חברי הקהילה המוחלשת.<sup>324</sup> מעבר לכך, העלויות הכרוכות בפעילות בשטח, והצורך להתמודד עם קולות סותרים ומתחים בקרב האוכלוסייה המוחלשת, עלולים להקטין במידה משמעותית את תמריציהם של עורכי-הדין לכתת את רגליהם בפעילות חברתית בשטח.<sup>325</sup> ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית מעמידה פרספקטיבה משפטית ייחודית ליחסי עורך-דין מייצג וקהילה מוחלשת. בבסיסה של פרספקטיבה זו ניצבות אחריותו ומחויבותו של עורך-הדין לחברי הקהילה שהוא מייצג,<sup>326</sup> כמו-גם ההכרה בכך שמעורבותה של הקהילה המוחלשת בהליכים המבקשים לשנות את סביבת חייהם היא כעיקרון חלק בלתי-נפרד מההליך הפרוצדורלי.<sup>327</sup>

## ה. סיכום

323 וזאת אם פעילותו של הצד השלישי נכללת בעילות התביעה המצויות בתוספת השנייה לחוק.

324 למעשה, התיקון משנת 1966, שאימץ את התובענה הייצוגית לאכיפת זכויות אזרח לסדר הדין האזרחי הפדרלי, לא כלל כל חובה של שיתוף או יידוע של חברי הקבוצה.

325 ראו Bell, לעיל ה"ש 154, בעמ' 471.

326 בהתאם לכך נטען כי במקרים שבהם עמדותיהם של חברי הקהילה המוחלשת מגוונות, על בית-המשפט לאפשר את ייצוגן הראוי. שם, בעמ' 506–507.

327 בשפתו של בל: "[E]ven successful school litigation will bring little meaningful change unless there is continuing pressure for implementation from the black community." שם, בעמ' 514.

בשיח המשפטי של ימינו תובענות ייצוגיות נתפסות כמכשיר חיוני לשמירה על רמה מיטבית של הרתעה, וזאת באמצעות איגודן של תביעות פרטניות רבות שתוחלתן בנפרד נמוכה.<sup>328</sup> השדות המשפטיים העיקריים שמטרה זו מיושמת בהם הם תחומי הצרכנות, ניירות-הערך, הבנקאות והעבודה.<sup>329</sup> ברוב המקרים מטרה זו מוגשמת בדרך של פשרה,<sup>330</sup> אשר מושגת בפעולתו הנמרצת של עורך-הדין, ללא מעורבותם או אף ידיעתם של חברי הקבוצה התובעת. בשיח משפטי זה לאדם ברחוב אין כל חלק פעיל בקידומה ובהצלחתה של התובענה הייצוגית, גם אם הוא חבר בקבוצה התובעת. פרדיגמה רווחת זו של התובענה הייצוגית חולשת גם על לימודי התיאוריה וההיסטוריה של דין התובענה הייצוגית בישראל. כך, אי-אפשר למצוא בלימודים אלה אירועים מכווננים כקריאתו של מרטין לותר קינג לפעולה המונית סבילה ברחובות מונטגומרי או כסירובן של קלודט קולווין ורוזה פרקס לציית לכללי ההפרדה הגזעית בתחבורה הציבורית. מעטים גם יקשרו בין התובענה הייצוגית של ימינו לצעד המחאה של יותר מארבע מאות תלמידים, ביניהם ברברה רוז ג'ונס, מחוץ לתיכון מוטון, וירג'יניה, לביטול ההדרה במערכת החינוך הציבורית. ההיבט הקהילתי המעצים של התובענה הייצוגית ותרומתם ההיסטורית של צ'רלס המילטון יוסטון, מרטין לותר קינג ותרגוד מרשל לשילובם של הליכים משפטיים עם מחאה קהילתית עומצמו ונשכחו. כיום נדמה שהתובענה הייצוגית זקוקה אך לעורך-דין נמרץ ולהחלטת בית-משפט כדי להגשים במלואם את יעדי ההליך המשפטי.

לעומת שיח זה של ימינו, בשנים הראשונות של התהוות התובענה הייצוגית המודרנית – בתקופה שבה דין התובענה הייצוגית לא הפריד בין תובענות ייצוגיות על בסיס הסעדים המבוקשים (הצהרתיים או כספיים) – שימשו רוב התובענות הייצוגיות לאכיפת זכויות אזרח, במיוחד בתחומי הדה-סגרגציה. בשנים אלה נטלו רבים מחברי הקבוצה התובעת חלק פעיל ומעצים בהליכים המשפטיים והחברתיים לאכיפת זכויותיהם האזרחיות. במקביל לכך, ובמנותק מהצלחתה או מכשלונה של התובענה בין כותלי בית-המשפט, היה בהליכים אלה כדי לשנות את תודעתם של חברי הקבוצה הן באשר לזכויותיהם בחברה האזרחית האמריקאית והן באשר לדרכים שבהן ניתן לפעול להגשמת זכויות אלה. במובן זה שילבה התובענה הייצוגית את ההתארגנות הקהילתית בשטח עם ההליכים הקולקטיביים בסדרי הדין האזרחי, כמנגנון שנשען על פעילות

328 *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 338, 344 (7th Cir. 1997), cited at *ראו* *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997).

329 על חלקם הקטן יחסית של תובענות ייצוגיות לסעד הצהרתי לעומת יתר התובענות הייצוגיות *ראו* Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993–2008*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 248, 262 (2010).

330 על חסרונות הפשרה *ראו* John H. Beisner et al., *Class Action "Cops": Public Servants or Private Entrepreneurs?*, 57 STAN. L. REV. 1441, 1445 (2005); Susan P. Koniak & George M. Cohen, *Under Cloak of Settlement*, 82 VA. L. REV. 1051, 1103–4 (1996).

קהילתית הן עובר להליך המשפטי, הן במהלכו והן לאחריו. היה זה הליך משפטי-קהילתי ששבר סטיגמות נושנות, שהגביר את החינוך המשפטי בקהילה המוחלשת, ואשר העניק צוהר להשמעת קולם ומחאתם של אלה שקולם לא נשמע לפני כן, וכל זאת בדרך לגיטימית ומעצימה. ניתן אף לטעון כי בזכותה של התובענה הייצוגית לאכיפת זכויות אזרח, קיבלו בתי-המשפט הפדרליים על עצמם את האחריות, הזכות והלגיטימציה לקיים דיון מעמיק מכיל ויסודי בשאלות המרכזיות של החברה האמריקאית של אותה תקופה.

פרק היסטורי זה, של המאבקים לאכיפת זכויות אזרח בשנות החמישים בארצות-הברית, יכול לשמש מקור להשראה ולחשיבה מחדש על הבסיס התיאורטי וההשלכות המעשיות של התובענה הייצוגית המודרנית. התמקדות באופן שבו התפתחה התובענה הייצוגית לאכיפת זכויות אזרח בארצות-הברית ממחישה ביתר שאת את הקשר הבל-יינתק שבין סדרי הדין לבין אכיפתן של זכויות מהותיות. בהתאם לכך, הכרת בית-המשפט בהפרת זכויות האזרח בעניין **בראון** ובעניין **בראודר** התאפשרה הודות למתיחת גבולותיהם של סדרי הדין האזרחי ולקידומו של שוויון דיוני (אדוורסרי). אך יותר מחשיבותה של הפרוצדורה ליישום הדין המהותי, ההיסטוריה של התובענה הייצוגית בארצות-הברית חושפת גם את הערך המופק משילובם של הליכים קולקטיביים משפטיים עם מעורבות והכלה של קהילות מוחלשות. התארגנות קהילתית והליכים קולקטיביים משפטיים אינם תופעות נפרדות בהכרח, ובמקרים מסוימים קיומם המשולב אף הכרחי.