

נגישות למשפט בפשרות בתובענות ייצוגיות: תובנות אמפיריות על תפקיד היועץ המשפטי לממשלה

ערן גורן, ארנה רבינוביץ'-עיני ויאיר שגיא*

המאמר בוחן את ההשפעה של מנגנון ההתנגדות של היועץ המשפטי לממשלה להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות המובאים לאישור בית המשפט, על הנגישות למשפט. להתנגדויות היועמ"ש להסדרי פשרה שכאלה תפקיד מרכזי בהבטחת הנגישות למשפט, שכן הפשרה עלולה להוות חסם בפני מימוש הזכויות של קבוצה רחבה של תובעים פוטנציאליים. כך, כאשר מאושרת פשרה בלתי ראויה, הופך מנגנון התובענה הייצוגית ממכשיר שנועד לחזק את הגישה של קבוצות רחבות לבית המשפט, לכלי לחסימתן של תביעות. הרציונל העומד בבסיס ההסדר הוא כי בקרה מצד היועמ"ש, אשר הינו שחקן חוזר חיצוני להתדיינות, עשויה להתגבר על האינטרס המשותף לתובע ולנתבע בתובענה ייצוגית בסיום מהיר של התביעה בפשרה. המאמר עורך בחינה אמפירית של כלל הסדרי הפשרה בתובענות ייצוגיות משנת 2006 (מועד תחולת חוק תובענות ייצוגיות) ועד לשנת 2013. הבחינה מעלה תמונת מצב מורכבת מנקודת ראות של נגישות למשפט. במבט ראשון, נדמה שהתנגדויות היועמ"ש הן בעלות השפעה מוגבלת, שכן בתי המשפט נוטים לאשר באופן גורף את הפשרות ובכ-50% מן המקרים דוחים את התנגדות היועמ"ש. מבט מעמיק יותר מגלה שלצד ההתנגדויות ה"פורמליות" של היועמ"ש, בהתאם לסמכותו על פי חוק, פיתח היועמ"ש מנגנון של התנגדויות "א-פורמליות", אשר נוגע לסוגיות שהן בעלות חשיבות פחותה בעיני אנשיו. ההתנגדויות הא-פורמליות הפכו לשכיחות יותר מן ההתנגדויות הפורמליות והן מתקבלות על ידי בתי המשפט בשיעורים גבוהים יותר מן ההתנגדויות הפורמליות. כך נוצר מצב פרדוקסלי בו ההערות שנתפסות בעיני היועמ"ש כחשובות פחות להסדרי הפשרה, הן אלה שסיכויי הקבלה שלהן על ידי בית המשפט הם הגבוהים ביותר. המגמה של ירידה בהתנגדויות פורמליות, לצד שיעור הדחייה הגבוה של התנגדויות פורמליות על ידי בתי המשפט, עשויה

* ערן גורן – עורך דין העוסק בתחום התובענות הייצוגיות; ארנה רבינוביץ'-עיני – מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה; יאיר שגיא – מרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. במסגרת ערכת המחקר למאמר קיימו המחברים כמה ראיונות עם גורמים שונים, אשר היו מקור למידע חיוני. המחברים מודים מקרב לב לכל המרואיינים על הזמן שהקדישו ועל הטרחה שטרחו לבקשתם. בתוך כך המחברים מבקשים להדגיש כי העמדות המוצגות במאמר ופרשנויות הממצאים המובאות בו הן שלהם בלבד. כמו כן תודת המחברים נתונה לערן טאוסג ולמשתתפי הסדנה במשפט אמפירי של הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות תל-אביב ובר-אילן על הערותיהם המועילות, וכן לדורון דורפמן, לזאב מוגילבסקי, לרות אסתר בן-דוד ולצחי גולד על עזרתם במחקר.

להצביע על ירידה באפקטיביות של מנגנון ההתנגדויות של היועמ"ש. המאמר מציע הסבר ליחסם של בתי המשפט להתנגדויות הפורמליות של היועמ"ש ועומד על פתרונות אפשריים למצב הקיים, אשר עשויים לחזק את הנגישות למשפט של חברי הקבוצה בתובענה ייצוגית.

א. מבוא. ב. פשרה בתובענות ייצוגיות, מימוש זכויותיהם של חברי הקבוצה ונגישות המשפט; 1. תובענות ייצוגיות ונגישות המשפט; 2. מנגנוני הבקרה על פשרות בתובענות ייצוגיות; 3. היועץ המשפטי לממשלה. ג. מבט אמפירי על מנגנוני הבקרה החלים על פשרות בתובענות ייצוגיות; 1. הערות מתודולוגיות ומתווה המחקר; 2. התנגדויות היועמ"ש להסדרי פשרה. ד. ניתוח ומסקנות. ה. סיכום.

א. מבוא

מוסד התובענה הייצוגית מזוהה במיוחד עם הרצון להנגיש ערכאות שיפוטיות לקבוצות רחבות של מתדיינים.¹ סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 קובע במפורש כי החוק נועד לשפר את "ההגנה על זכויות, ובכך לקדם" (בין השאר) את "מימוש זכות הגישה לבית המשפט" ו"מתן סעד הולם לנפגע מהפרת הדין".² בפועל מסתיימות רובן המכריע של התובענות הייצוגיות בפשרה.³ מצב דברים זה מאתגר מנקודת ראות של נגישות למשפט, שכן בעיית הנציג⁴

1 ראו להלן חלק ב במאמר.
 2 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 (להלן: החוק).
 3 למשל: ניתוח של נתוני תובענות ייצוגיות בארץ בשנים 2007–2009 מראה כי רוב הבקשות לאישור פשרות והסתלקויות הוגשו טרם אישור התובענה, וכ-56% מתוך כל הבקשות היו לאישור הסדרי פשרה (אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" משפטים מא 5, 6, 35 (2011)); מרבית התובענות הייצוגיות מסתיימות בפשרה (אלון קלמנט "הייצוגית הולמת, הפשרה לא תמיד" עורך הדין 2, 3 (2010)); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 352–353 (2012); יסמין גואטה "ייצוגית משתלמת: כל קבוצה קיבלה 18 מיליון שקל – עורך הדין קיבל 3 מיליון" הארץ – The Marker 1.1.2014 1.2204717 www.themarker.com/law/
 4 לבעיית הנציג בתובענות ייצוגיות ראו למשל ויצנבליט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 358; ערן טאוסג "הערעור בתובענות ייצוגיות" חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 631, 639–643 (2012); ע"א 7809/12 חזאן נ' קלאב הוטל אינטרנשיונלס, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 31.12.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 2786/07 ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ (פורסם בנבו, 30.8.2011); Christopher Leslie, *The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements*, 59 FLA. L. REV. 71, 77–83 (2007). מבין הספרות הגדולה על בעיית הנציג ראו Terry M. Moe, *The New Economics of Organizations*, 28 AM. J. POL. SCI. 739 (1984); Pauline T. Kim, *Beyond Principal-Agent Theories: Law and the Judicial Hierarchy*, 105 Nw. U. L. Rev. 535, 541–552 (2011).

בתובענות ייצוגיות מוחרפת בשלב הפשרה, וקיים חשש ממשי לגיבושן של פשרות לא ראויות,⁵ הפוגעות באינטרסים ובזכויות של חברי הקבוצה המיוצגת. על מנת למנוע פגיעה מעין זו גובש במסגרת החוק מנגנון מפורט, המאפשר בין היתר ליועץ המשפטי לממשלה ("היועמ"ש") להתנגד להסדר הפשרה בתובענה הייצוגית.⁶

חרף קיומם של מנגנונים שונים להבטחת איכות הפשרה – בקרה מצד בית המשפט, חברי הקבוצה המיוצגת, ארגונים ורשויות שונים והיועמ"ש⁷ – זכה מוסד הפשרה בתובענות ייצוגיות לקיתונות של ביקורת.⁸ הביקורות נגעו במגוון סוגיות, ובהן השלב המוקדם שבו זוכות הפשרות לאישור, מיעוט ההתנגדויות מן הציבור בשלב אישור הפשרה ואי־מינוי בודקים על ידי בתי המשפט כנדרש בחוק.⁹ על רקע זה אף עברה לאחרונה בקריאה טרומית הצעה לתיקון החוק, שמתמקדת במנגנון הפשרה וחותרת להרחיב את מעגל המתנגדים הפוטנציאלי לפשרות כפתרון

5 החששות המרכזיים שעליהם הצביעה הספרות הם, מחד, מפני קנוניה בין התובע הייצוגי ובא כוחו לבין הנתבע, תוך פגיעה בשאר חברי הקבוצה, ומאידך מפני פשרות סחטניות בתובענות סרק. לדיון בנושא ראו להלן, הטקסט ליד ה"ש 39–46.

6 ס' 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות. לפי לשון ס"ק זה, אלה רשאים להגיש התנגדות כאמור: "אדם הנמנה עם הקבוצה שבשמה הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה, רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית, ארגון, שאישור השר לעניין זה, הפועל לקידום מטרה ציבורית כאמור, וכן היועץ המשפטי לממשלה...".

7 ס' 18(ג)–18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.

8 ס' 18(ג)–18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו למשל קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3; ויצנבליט, לעיל ה"ש 3. יש לציין כי לרוב נערך בספרות הדיון בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות בצמידות לדיון בהסדרי הסתלקות בתובענות ייצוגיות, בין השאר כיוון שהן מעוררות בעיות דומות (למשל את בעיית הנציג הנזכרת לעיל בה"ש 4 ולהלן בטקסט ליד ה"ש 39–42). הסדרי הסתלקות, שבמסגרתם התביעה מסולקת מבלי שיווצר מעשה בית דין, מוסדרים בס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות. כפי שהסביר הנשיא גרוניס בע"א 4714/13 דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטור בע"מ, פס' 7 לפסק דינו (פורסם בנבו, 29.9.2013): "הסתלקות מהליך ייצוגי אינה מקימה מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה וככלל אינה אמורה להשפיע על זכויותיהם של צדדים שלישיים (במובחן מהסדר פשרה ייצוגי)". להברלים בין הסדרים, ראו גם רע"א 6808/13 קפה סעדי בע"מ נ' קנפו, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 20.10.2013); קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", שם, בעמ' 31; רונן עדיני "גם זו דרך לסיים – על הסדרי הסתלקות בתובענה ייצוגית" הפרקליט נב 3, 8–10 (2012).

9 לדיון בכך ראו להלן, הטקסט ליד ה"ש 59–64. עוד בנושא מינוי בודק בהליכי אישור פשרות בתובענות ייצוגיות: קלמנט "הייצוגית הולמת, הפשרה לא תמיד", לעיל ה"ש 3, בעמ' 5; בש"א (מחוזי ת"א) 8288/06 פלד נ' שטראוס-עלית אחזקות בע"מ, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.8.2008), בפס"ד זה קבע בית המשפט, בהסתמך על דברי ההסבר לחוק, כי "הבודק אמור לסייע בידי בית המשפט – שבאופן הרגיל נחשף רק לאותו מידע שהצדדים בחרו להציג בפניו – לבצע פיקוח מוגבר" על הסדר פשרה, על מנת לוודא כי הסדר זה אינו מיטיב עם התובע על חשבונם של חברי הקבוצה"; ת"א (מחוזי ת"א) 1953/06 אשר נ' אסם תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 13.3.2008).

לחלק מן הכשלים שהתגלו בהסדר הקיים.¹⁰ בהמשך להצעה זו מתמקד גם מאמר זה במנגנון ההתנגדויות בחוק, אולם תשומת לבנו נתונה במיוחד לתפקיד שממלא היועמ"ש בבקרה על איכות הפשרות בתובענות ייצוגיות.

עד כה לא הייתה בספרות התייחסות של ממש לתפקיד היועמ"ש במסגרת הבקרה על פשרות בתובענות ייצוגיות.¹¹ על כן בחרנו להתמקד במוסד ההתנגדויות של היועמ"ש כנדבך נוסף וחיוני להשלמת התמונה באשר לאפקטיביות של מנגנוני הבקרה השונים הפועלים בזירה. אחד מיתרונותיה של התמקדות זו נעוץ בנקודת המבט הרחבה והייחודית שיש ליועמ"ש, בהיותו שחקן חוזר ומשתתף פוטנציאלי בכל הסדרי הפשרה, על איכות הפשרות, על הכשלים בהליך ועל התפקיד שממלאים השחקנים השונים (לרבות בית המשפט) במעמד אישור הפשרות לאורך השנים.

בהתבסס על נתונים אמפיריים חלוציים המשקפים כמעט את כל תקופת חיי החוק, בוחן המאמר לראשונה את מידת האפקטיביות של מנגנון ההתנגדות של היועמ"ש כאמצעי בקרה על פשרות בתובענות ייצוגיות. הסיפור שמתגלה מורכב. במבט ראשון נדמה כי מנגנון ההתנגדויות של היועמ"ש הוא בעל הצלחה מוגבלת בביצוע בקרה על פשרות. הגם שעלה בידי נציגי היועמ"ש לגרוף הצלחות נאות במהלך השנים, במובן זה שהצליחו להשפיע על תוכנם של הסדרי פשרה לא מעטים, הנתונים מראים כי בתי המשפט מאשרים, אישור כמעט גורף, פשרות גם כאשר מוגשת התנגדות מצד נציג היועמ"ש.¹² למעשה, ההתנגדויות של היועמ"ש נדחו בכ- 50% מן המקרים.¹³

במבט נוסף, מעמיק יותר, מתגלים רבדים נוספים בדבר התערבות היועמ"ש באישור הסדרי הפשרה. כפי שעולה מהמחקר שערכנו, מנגנון ההתנגדויות ה"פורמליות" על פי החוק מבטא רק חלק מהסיפור המלא על התפקיד שממלא היועמ"ש בעבודתו עם בתי המשפט בבקרה על הסדרי הפשרה. לצד ההתנגדויות הפורמליות בוחר היועמ"ש לא אחת להעלות בפני בית המשפט סימני שאלה במסגרת חלופית מבלי להתנגד להסדר לפי המסלול שנקבע בחוק (אנו נכנה נוהג זה כ"התנגדות א-פורמלית").¹⁴ בתי המשפט הגיבו באופנים מגוונים להתנגדויות הא-פורמליות של

10 הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ד–2014, פ/2409/19. ראו גם קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 58–56 (על הצורך בהרחבת מעגל המתנגדים להסדרי פשרה).

11 ואולם ראו ערן טאוסגי "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית – אליה וקוץ בה" הפרקליט נג 413–407, 393 (2014). יוער כי מאמר זה, אשר פורסם לאחר השלמת מחקרנו, מתייחס לכלל אפיקי ההתנגדות להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות.

12 ראו להלן פרק ג.

13 שם. כמסבר בהמשך הטקסט, כוונתנו כאן ל"התנגדות פורמלית" (ראו להלן ה"ש 16). חשוב לציין ששיעור הדחייה של התנגדויות היועמ"ש עדיין נמוך בהרבה מזה של התנגדויות המוגשות מן הציבור, שעל פי הנתונים שלנו הוא כ-70%.

14 ראו להלן טקסט ליד ה"ש 102. שם מוסבר כי במינוח המקובל על היועמ"ש הכוונה היא ל"השגות [להסדר הפשרה] ללא התנגדות" שמביאים נציגי היועמ"ש בפני בית המשפט. אכן, אין במינוח "התנגדות א-פורמלית" כדי לרמוז שעמדות היועמ"ש המוצגות במסגרת זו אינן חוקיות, חורגות

היועמ"ש, משינוי ההסדר וקבלת העמדה שהביע היועמ"ש ועד לנזיפה גלויה ביועמ"ש ודחיית עמדתו.¹⁵ אך כפי שיהיה ניתן לראות בנתונים הסטטיסטיים, בסך הכול עמדות היועמ"ש המובעות במסלול הא-פורמלי מתקבלות בשיעורים גבוהים בהרבה מאלה המובעות באפיק ההתנגדויות הפורמלי.¹⁶ בנוסף, לאורך השנים חלה עלייה במספר ההתנגדויות הא-פורמליות.¹⁷ תוצאת השילוב של שתי ההתפתחויות – עמדה חיובית יותר של בתי המשפט כלפי התנגדויות א-פורמליות והגידול במספר ההתנגדויות הא-פורמליות – היא שבתי המשפט נוטים לקבל כיום את הביקורת של היועמ"ש על הסדרי פשרה יותר משעשו זאת בעבר כאשר המסלול הפורמלי היה היחיד.

מה אנו למדים מנתונים אלה על האפקטיביות של התנגדויות היועמ"ש כמנגנון בקרה על פשרות בתובענות ייצוגיות? אף שתמונת המצב המלאה מראה מידות מעורבות והצלחה גבוהות של היועמ"ש בביצוע הבקרה על הסדרי הפשרה (בעיקר במסלול הא-פורמלי), נדמה שגם יש סיבה לדאגה. לשיטת אנשי הפרקליטות ומשרד המשפטים, ההבחנה בין התנגדות פורמלית לבין התנגדות א-פורמלית איננה סמנטית או שרירותית. היא מייצגת מדרג היררכי בעצמת ההתנגדות של היועמ"ש להסדר הפשרה (כלומר, התנגדויות חזקות יותר לטעמו יופנו למסלול הפורמלי), ועל כן הנטייה ההולכת ופוחתת להגיש התנגדויות פורמליות מצד היועמ"ש בשילוב הנטייה הגוברת של בתי המשפט לדחות התנגדויות פורמליות עלולה בסופו של דבר להצביע על ירידה באפקטיביות של מנגנון בקרה זה.¹⁸

האפקטיביות של היועמ"ש בביצוע בקרה חיונית להבטחת הגישה למשפט של חברי הקבוצה המיוצגת בתובענה הייצוגית. בהתחשב במרכזיות הסדרי הפשרה בתובענות ייצוגיות ובבעייתיות האינהרנטית הכרוכה בהם שופכים ממצאי המאמר אור על חסם נעלם מן העין אך חשוב, העומד בפני כלל בעלי הזכויות בתובענות ייצוגיות ובמיוחד אלה שאינם עומדים בפני בית המשפט, ומעמידים בשאלה את מידת הצלחתו של מנגנון התובענות הייצוגיות בהגברת הנגישות למשפט. במציאות שבה בתי המשפט בוחנים הסדרי פשרה ומאשרים אותם בהיקף נרחב מאוד, לרוב עוד לפני שאישרו את התביעות כייצוגיות,¹⁹ גובר החשש לפגיעה באינטרסים של חברי הקבוצה

ממסגרת התפקיד שהוטל עליו בגדר החוק או חסרות חשיבות של ממש; מדובר במינוח שמטרתו להבחין בין מסלול ההתנגדות הקבוע בחוק לבין מסלול כזה להעלאת השגות, אשר מנקודת ראותם של אנשי הפרקליטות ומשרד היועמ"ש אין בהם כדי להביא לדחיית ההסדר. ראו עוד להלן ה"ש 115 ותת-פרק ג.1.ב. למאמר.

15 ראו להלן, הטקסט בסמוך לה"ש 135.

16 ראו להלן פרק ג.

17 שם.

18 שם.

19 קלמנט "הייצוגית הולמת, הפשרה לא תמיד", לעיל ה"ש 3, בעמ' 4 ("בשלב שלפני האישור גבוהים יותר החששות מפני תביעת סרק ומפני קיפוח חברי הקבוצה. בפועל, רוב הפשרות מוגשות לאישור דווקא בשלב זה"); ס' 8 לחוק תובענות ייצוגיות. כן ראו את הדוח המקיף והמרשים: אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבלוס ורוני אבישר-שדה "תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" 21 (הרשות השופטת – מחלקת המחקר, 2014) (להלן: "תובענות ייצוגיות בישראל").

שאינם על ידי התובע הייצוגי ובא כוחו, לאור העובדה שחברי הקבוצה אינם משתתפים בהליך באופן ישיר. במציאות זו גובר החשש במיוחד לפגיעה בנגישותם למשפט של כלל חברי הקבוצה המיוצגת, תוך סיכול מטרתו המוצהרת של החוק לחזק את זכות הגישה. במצב דברים זה יש חשיבות יתרה למעורבות ניכרת של גורמי הבקרה השונים, ובהם היועמ"ש, על מנת להבטיח את מימוש זכויותיהם של חברי הקבוצה.

זהו מהלך המאמר: בחלק ב של המאמר נעמוד על המאפיינים הייחודיים של פשרה בתובענה ייצוגית מנקודת מבט של גישה למשפט. הממצאים האמפיריים הנוגעים למעורבות היועמ"ש בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות יובאו בחלק ג של המאמר וינתחו בחלק ד שלו. בחלק ה נסכם.

ב. פשרה בתובענות ייצוגיות, מימוש זכויותיהם של חברי הקבוצה ונגישות המשפט

1. תובענות ייצוגיות ונגישות המשפט

בשנת 2006 התקבל חוק תובענות ייצוגיות בכנסת לאחר שנים של ניסיונות לגבש הסדר כולל בתחום.²⁰ בעשורים שקדמו לחוק הוכרו תביעות ייצוגיות מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, ובהמשך גם מכוח הסדרים שנוספו לדברי חקיקה ספציפיים בתחומים דוגמת הגנת הצרכן, דיני נירות ערך ודיני ביטוח.²¹ לאורך השנים ספג ההסדר המבוזר ביקורת. החוקים השונים לא היו זהים בנוסחם, והבדלים אלה, חלקם מכוונים וחלקם לא, הביאו לריבוי פרשנויות בפסיקה, חלקן סותרות.²² באותם מקרים שבהם לא הצליחו תובעים למקם את עילת התביעה שלהם במסגרת הסדרי החקיקה הספציפיים הם ניסו את מזלם דרך תקנה 29 הנ"ל. עלתה השאלה אם תקנה ותיקה זו, אשר הותקנה עוד לפני צמיחת המוסד של תובענות ייצוגיות, אכן מספקת מענה ראוי למורכבויות הרבות הכרוכות בהגשתה של תביעה מעין זו.²³ בסופו של דבר החליט בית המשפט העליון לחסום את האפשרות, שהייתה מוגבלת ממילא, להגשת תובענות ייצוגיות באמצעות תקנה 29, בתוך שהוא קורא למחוקק לפעול ולאמץ חוק כולל שיספק הסדרה ראויה,

שם נמצא כי בתקופת הדוח (אפריל 2006 – אוגוסט 2012) הסתיימו 206 תובענות ייצוגיות בהסדר פשרה לפני אישורן כייצוגיות, בעוד שרק ארבע (!) תובענות הסתיימו בפשרה לאחר אישורן כייצוגיות.

20 קלמנט "הייצוגית הולמת, הפשרה לא תמיד", לעיל ה"ש 3, בעמ' 2.

21 סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א 27, 28–29 (1999); הלל סומר "רימון-יד שנצרתו נשלפה מגופו" – האומנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" דין ודברים א 347, 352 (2004).

22 סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות תשס"ו–2006" עלי משפט 6, 8 (2007).

23 מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים" דין ודברים א 449, 458–459, 467 (2004).

מקיפה ואחידה לניהולן של תובענות ייצוגיות.²⁴ קריאה זו זכתה למענה בסופו של דבר עת התקבל חוק תובענות ייצוגיות, שמכוחו הותקנו בהמשך גם תקנות.²⁵ ההכרה באפשרות להגשת תובענה ייצוגית בדין הישראלי, עוד לפני חקיקת החוק, היוותה מהפכה של ממש בכל הקשור למימוש הדין המהותי ולשיפור הנגישות למשפט של מי שזכויותיו נפגעו. יש סיבות רבות ומגוונות בשלן נמנעים אנשים שזכויותיהם נפגעו מהגשת תביעה גם מקום שבו החוק מכיר פורמלית בעילת תביעה בגין הפגיעה שחוו. במקרים מסוימים עלויות ניהול התביעה – בעיקר שכירת שירותי עורכי דין ותשלום האגרה בגין ניהול המשפט – הופכות את ההליך המשפטי ללא כדאי, בייחוד במציאות של סחבת בבתי המשפט ועיכובים ניכרים.²⁶ במקרים אחרים החשש מניהול תביעה בפומבי, במסגרת הליך אדוורסרי לוחמני, הוא שיקול מכריע כנגד הגשת תביעה, ודאי כזו הנוגעת לנושאים אינטימיים או רגישים.²⁷ בנוסף, יש לא מעט הקשרים שבהם אנשים אינם מודעים כלל לפגיעה שחוו, אם בשל היותה זניחה (למשל פגיעות בהיקף של שקלים בודדים) ואם בשל קיומם של גורמים מערפלים המקשים על זיהוי הקשר בין הגורם הפוגע לבין הנזק שנגרם.²⁸ ככל המצבים הללו ובדומים להם יש חסמים – כלכליים, רגשיים, פסיכולוגיים ואחרים – המונעים את הגשתן של תביעות בגין הפגיעות שספגו אותם נפגעים.

תובענה ייצוגית היא כלי רב עצמה, המאפשר לתובעים לממש את זכויותיהם ביעילות רבה יותר מאשר בעמדם לבדם, בתוך השגת הרתעה יעילה כלפי הנתבעים. תובענה ייצוגית יכולה לסייע להתגבר על חלק מן החסמים שתוארו לעיל באפשרה לתובע להגיש תביעה בשם קבוצת

- 24 שם; דנ"א 5161/03 א.ש.ת ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 1.9.2005). לניתוח פסק הדין 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 402 (2004).
- 25 תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010; תקנות תובענות ייצוגיות (סדרי עבודתה של הנהלת הקרן למימון תובענות ייצוגיות), התש"ע-2010. עם זאת יש לשים לב כי תובענות ייצוגיות נגד המדינה משקפות תמונת מצב מורכבת מנקודת ראות של נגישות המשפט. מצד אחד קובע חוק תובענות ייצוגיות במפורש וחד-משמעית שהוא חל על המדינה (ס' 29 לחוק), ומן הצד האחר קובע החוק שורה של הגנות והקלות במקרים שבהם הנתבעת היא גוף "ציבורי". לעניין תובענות ייצוגיות נגד רשויות מנהל: אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" משפטים לה 445 (2008); בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.2011).
- 26 יובל אלבשן זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל 43–46 (2005). לעומס על בתי משפט ראו להלן ה"ש 124.
- 27 Mary P. Rowe, *People Who Feel Harassed Need a Complaint System with Both Formal and Informal Options*, 6 NEG. J. 161 (1990).
- 28 William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. & SOC'Y. REV. 631 (1980–1981) ומיכל שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" שנתון משפט העבודה ו 287 (1996); דפנה ברק-ארוז "מזיהוי עוול לסעד משפטי: בעקבות Naming, Blaming, Claiming" מעשי משפט ג 33 (2010).

תובעים פוטנציאליים מבלי שהללו ייפו את כוחו לשם כך.²⁹ על פי רוב תובענות ייצוגיות מוגשות במקרים שבהם הגשת תביעה אישית איננה כדאית, או כאשר התובעים הפוטנציאליים אינם מודעים לפגיעה.³⁰ במרבית המקרים הנזקים מפוזרים על פני מספר רב של נפגעים, כאשר הנזק הנגרם לכל נפגע הוא קטן, ואפילו זניח.³¹ כאשר התביעות האישיות אינן מוגשות, המשמעות היא שהגורם הפוגע נהנה מאי־אכיפת זכויות הנפגעים בידיהם, והוא אינו מפנים את העלויות הכרוכות בהתנהגות פוגענית מצדו.³² המכשיר של תובענה ייצוגית באמצעות איחודן של עילות תביעה אישיות ונפרדות תחת קורת גג אחת הופך את ניהול התביעה לכדאי כלכלית עבור התובע הייצוגי מחד, ולמרתיע מנקודת הראות של הנתבע מאידך.³³ כפי שנאמר באחד מפסקי הדין, "ביסוד כלי התובענה הייצוגית מצויה ההנחה כי 'כל אחד מאיתנו הוא אור קטן וכולנו אור איתן'".³⁴ התובע הייצוגי אמנם נושא בעלויות ניהול התביעה, אולם הוא זוכה לגמול ייחודי המתוסף אל הסעד שאותו הוא תובע ושמתמרץ אותו להגיש את התובענה הייצוגיות.³⁵ חשוב לא פחות הוא שכר הטרחה שניתן לעורך דינו של התובע הייצוגי, שעל פי רוב משמש זרז להגשתן של תובענות ייצוגיות בתוך שעורך הדין עוסק בחיפוש ובאיתור תובעים ייצוגיים ראויים.³⁶

- 29; MARJORIE MAYO ET AL., ACCESS TO JUSTICE FOR DISADVANTAGED COMMUNITIES 24 (2014) גולדשטיין, לעיל ה"ש 22, בעמ' 13.
- 30 חמדני וקלמנט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 449-450. מנקודת ראות כלכלית התובענות הייצוגיות מאפשרות ליחידים להגיש תביעות שלא היו מגישים כתביעה אישית בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בניהול הליך משפטי ובשל סיכויי זכייה לא גבוהים.
- 31 גולדשטיין ועפרון, לעיל ה"ש 21, בעמ' 30-31; סומר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 355. למעשה, כפי שציינה השופטת פלפל, אם לא היה נוצר המסלול של תובענה ייצוגית, ייתכן מאוד שתביעות אלו היו נמחקות בבתי המשפט הרגילים בשל היותן de minimis באותם מקרים שבהם התגברו התובעים על חסמי הכניסה ובחרו להגיש תביעות על פגיעות בסכומים קטנים (בש"א 2373/03 (מחוזי ת"א) משעול נ' סהר ציון חברה לביטוח (פורסם בנבו, 14.3.2005)). ואולם, קיימים מקורות המעמידים בשאלה את התפיסה הרווחת שלפיה תובענות ייצוגיות מתאימות למקרים שבהם הנזק הוא פעוט ערך (להלן ה"ש 50).
- 32 Bernard Murphy & Camille Cameron, *Access to Justice and the Evolution of Class Action Litigation in Australia*, 30 MELB. U. L. REV. 399, 402-403 (2006)
- 33 על כן נתפסו התובענות הייצוגיות ככלי רגולטורי המאפשר אכיפה פרטית של הדין. ראו Samuel Issacharoff, *Class Actions and State Authority*, 44 LOY. U. CHI. L.J. 369 (2012-2013); גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" עלי משפט ט 147, 149 (2011); משה טלגם "התובענה הייצוגית – שיקולים בקביעת שכר וגמול" שערי משפט ד 227, 228 (התשס"ה).
- 34 ת"א (מחוזי ת"א) 2405/04 בן עמי נ' הדר חברה לביטוח בע"מ, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.4.2011). עם זאת יש להבהיר שוב (ראו לעיל ה"ש 31) כי בניגוד לרושם העלול להתקבל מציטוט זה, בתי המשפט בארץ הכירו בכך שכלי התובענה הייצוגית עשוי להתאים גם למקרים של ריבוי תובענות שכל אחת מהן היא בעלת "אור איתן", קרי בעלת ערך כספי ניכר. ראו להלן ה"ש 50.
- 35 אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301, 319 (2004).
- 36 שם, בעמ' 320-321.

לצד היתרונות הגלומים בה מציבה הפשרה בתובענה ייצוגית אתגרים גדולים לניסיון להגביר את הנגישות למשפט באמצעותה.³⁷ המישורים שבהם פשרה בתובענה ייצוגית מאתגרת את הנגישות למשפט נובעים מבעיית הנציג ומקיומן של תביעות סרק. בהקשר של בעיית הנציג, אשר מוחרפת במצב של פשרה, החשש הוא כאמור שתאושר פשרה שמיטיבה עם התובע הייצוגי על חשבון חברי הקבוצה. כלומר, החשש המרכזי הוא שבשל מערכת התמריצים של השקנים השונים תתקבל פשרה נמוכה מדי בתובענה בעלת סיכויי הצלחה.³⁸ התובע הייצוגי אשר נושא בהוצאות ההתדיינות, יתפתה לסיים את ההליך בשלב מוקדם, כאשר הגמול שלו ושכר הטרחה של בא כוחו מובטחים להם גם במצב שבו התמורה לחברי הקבוצה קטנה מזו שאלו עשויים היו לקבל בתום הליך מלא. לחברי הקבוצה אין יכולת לבקר את איכות הפשרה ולהעריכה בשל פערי מידע בתיק הספציפי והיעדר מומחיות והיכרות עם הסדרים בתביעות דומות לאורך זמן.³⁹ לנתבעת יש כמובן אינטרס להסכים לפשרה שמספקת פיצוי נמוך לחברי הקבוצה וכך נוצרת זהות אינטרסים בין התובע הייצוגי לבין הנתבעת.⁴⁰ נגישות המשפט נפגעת, שכן חברי הקבוצה, אשר ויתרו על זכות התביעה האישית שלהם והכפופים למעשה בית דין שהוא תוצאת פשרה נמוכה מדי, אינם זוכים לייצוג יעיל והוגן של האינטרסים שלהם ולמימוש זכויותיהם המהותיות במצב דברים זה.⁴¹ לבסוף, גם כאשר הפשרה עצמה היא הוגנת, יכול מערך התמריצים הלקוי לפגוע במימושה בשל היעדר פיקוח על אכיפתם של הסדרי פשרה מרגע שבית המשפט מצא

37 בהקשר זה מעניין כי בארצות הברית יש מקרים שבהם בית המשפט יכול להכיר בפשרה ייצוגית מקום שבו אין אפשרות לניהול תובענה ייצוגית. במצב דברים זה ניתן לטעון כי פשרות מגבירות דווקא את הגישה למשפט. ראו: (1997) 521 U.S. 591, 609–12 *Amchem Prods. Inc. v. Windsor*; Roger H. Transgrud, *Introduction: Class Actions and Access to Justice*, 82 GEO. WASH. L. REV. 595, 602 (2014). לסקירת מנגנון ההתנגדות להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות בארה"ב ראו טאוסג' "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 11, בעמ' 426–443.

38 אוריון ושוורץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 147.

39 ויצנבליט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 352–353; עניין ישראלי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 8, בפסק דין זה נאמר: "המנגנונים שקובע החוק מדגישים את החשיבות בבחינה מעמיקה של ההסדר באמצעות גורמים ייצוגיים, אובייקטיביים שיוכלו לשפוך אור על ההסדר, ולהעמיד את האינטרסים של הקבוצה המיוצגת בפני בית המשפט...למעשה מטרתם של המנגנונים הללו היא להבטיח כי הסדר הפשרה הינו לטובת הקבוצה שבשמה מוגשת הבקשה [לאישור הסדר הפשרה]". ראו גם אוריון ושוורץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 153. אוריון ושוורץ מתארים את מנגנון הבקרה של בית המשפט על פשרות בתובענה כייצוגית כמעניק לבית המשפט כלים מעין-אינקוויזיטוריים. הכלים המעין-אינקוויזיטוריים נדרשים כיוון שאין בענייננו הליך אדוורסרי קלאסי. ראו קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 7–10; עניין אשר, לעיל ה"ש 9, בפס' 7–8.

40 אוריון ושוורץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 153. מסיבה זו מקובל לדבר בהקשר הנדון על החשש מפני קנוניה בין התובע ובא כוחו לבין הנתבעת. לעניין זה ראו גם Alon Klement, *Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers*, 21 REV. LITIG. 25 (2002); John C. Coffee Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343, 1373–1384 (1995).

41 ויצנבליט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 366–367.

שאלה ראויים והוגנים ואישר אותם,⁴² וכך בפועל הם אינם מיושמים, וזכויות חברי הקבוצה מאוינות.

בהקשר של תביעות סרק הסכנה היא שתאושר פשרה בתביעת משוללת יסוד תוך שיבוש המסרים של אכיפה והרתעה שהתובענה הייצוגית אמורה לשרת. במקרים אלה יש לנתבעת, גם כאשר היא סבורה שהתביעה משוללת יסוד, אינטרס לשלם סכום שיביא לסילוקה המהיר. תמריץ מעוות זה נגרם בשל הסיכון להכרעה מוטעית בתובענה (סיכון שגובר ככל שהמצב המשפטי הוא מובהק פחות), העומס והסחבת שעלולים לאפשר לתביעה לא מבוססת להתגלגל במסדרונות מערכת המשפט זמן לא מבוטל, והנזק שיש בחשיפה ציבורית בעקבות עצם הגשת הבקשה לאישור תביעה ייצוגית.⁴³ מצב דברים זה יכול להתרחש הן בפשרה והן בהסתלקות. ההבחנה בין פשרה להסתלקות נעוצה בכך שבפשרה חברי הקבוצה מקבלים תמורה, והיא מקימה מעשה בית דין כלפיהם. לעומת זאת בהסתלקות אין תמורה לחברי הקבוצה, אך לעתים בכל זאת מקבל התובע הייצוגי גמול ובא כוחו זוכה לשכר טרחה, ולא נוצר מעשה בית דין.⁴⁴ חרף שוני זה יש מקרים שבהם קשה להבחין בין המצבים, ובשניהם כאמור אפשר שיתעורר החשש שהתובע הייצוגי משתמש במנגנון של התביעה הייצוגית כדי לסחוט תמורה שלא כדין מנתבעת המבקשת להסיר מעליה את מטריד התביעה גם אם מדובר בתביעה משוללת בסיס.⁴⁵ כלומר, התמריץ החזק

42 קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 50–52; אוריון ושוורץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 148, 161–173. בנוסף, היקף הפשרות בתובענות ייצוגיות חושף תחום זה לביקורת הכללית המושמעת נגד פשרות. ביקורת זו מופנית כלפי התנהלות בתי המשפט במציאות הנוכחית, כאשר הם מאמצים אפיקים לסיום מהיר של הליכים, בין היתר על דרך של פשרה, תוך פגיעה בערכים שההליך השיפוטי נועד לקדם (Hazel Genn, *What is Civil Justice For? Reform, ADR* (2012) 24 YALE J. L. & HUMAN. 397, 397–398). הליך הפשרה זכה לקיתונות של ביקורת עוד בשנות השבעים של המאה הקודמת, מפני שהוא מכרסם ביכולתו של בית המשפט לפתח את הדין, להיות מעורב בחלוקת המשאבים בחברה ולהכריז על ערכי החברה כפי שהם באים לידי ביטוי בעולם המשפט (Owen Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984); David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619 (1995)). כלומר, לפי הטענה, גם מי שהצליח להתגבר על החסמים העומדים בפני הגשת תביעה, במקרה זה בקשה לאישור תובענה ייצוגית, לא יוכל לברר את תביעתו במלואה ולקבל פסק דין, אלא יאלץ להסתפק בגיבוי של בית המשפט לפשרה (הכספית על פי רוב) שאליה הגיעו הצדדים. התובע אמנם זכה "להיכנס" אל בין כותלי בית המשפט ולקבל תרופה, אולם נשאלת השאלה אם "צדק מהיר" מעין זה אכן מספק נגישות של ממש למשפט. עם זאת נטען כנגד, בין השאר, שהיכולת לסיים בזריזות חלק מן ההליכים היא שמאפשרת לבתי המשפט לנהל הליכים מלאים ומקיפים בהקשרים אחרים (CARRIE MENKEL-MEADOW ET AL., *DISPUTE RESOLUTION: BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL* 225 (2nd ed. 2011)).

43 קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 14–16.
44 עדיני, לעיל ה"ש 8, בעמ' 8–10; קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 8.

45 עדיני, לעיל ה"ש 8, בעמ' 6, 8–9, 13–15. ראו עוד להלן, הטקסט הצמוד לה"ש 96; Eran B. Taussig, *Broadening the Scope of Judicial Gatekeeping: Adopting the Good Faith Doctrine in Class Action Proceedings*, 83 ST. JOHN'S L. REV. 1275, 1279–1290 (2010).

של נתבעות בתובענה ייצוגית להגיע לפשרה מגביר את הסיכוי להגשת תביעות סרק בתובענות ייצוגיות לעומת הליכים "רגילים". מנקודת ראות של נגישות המשפט תרחיש זה הוא בעייתי כיוון שהוא מעודד הגשת תביעות סרק ומביא לכך שהמערכת המשפטית העמוסה ממילא תקדיש משאבים ניכרים לבירורן של תביעות לא ראויות על חשבון העיסוק בתביעות שיש בהן ממש.⁴⁶ בנוסף, וחשוב לא פחות, הכרעה לטובת מי שהגיש תביעת סרק עלולה לפגוע לא רק בגישה לערכאות שיפוטיות של צדדים להתדיינויות אחרות, אלא גם לסכל את מימוש של הצדק המהותי בין הצדדים לתביעות משוללות יסוד.

בשל חששות אלו קבע המחוקק הליך דו־שלבי שבמסגרתו מוגשת תחילה בקשה לאישור תובענה ייצוגית לבית המשפט. על מגיש בקשה זו להראות שאכן מדובר בתביעה שעילתה משותפת למספר גדול של תובעים, אשר מצריכה שימוש בכלי ייחודי ורב עצמה זה, ושהתובע הייצוגי ועורך דינו הם המתאימים לניהול התביעה ולייצוג שאר חברי הקבוצה.⁴⁷ רק לאחר שעוברת התביעה את שלב האישור מגדיר בית המשפט את קבוצת התובעים שעליהם חלה התובענה הייצוגית.⁴⁸ הגדרת הקבוצה היא בעלת חשיבות רבה, שכן היא קובעת מי יהיה זכאי לסעד במקרה של זכייה או פשרה, וחשוב לא פחות מכך, היא חוסמת את דרכם של חברי הקבוצה להגשת תביעה אישית בעתיד בגין אותה עילת תביעה.⁴⁹

אם כן, עינינו הרואות שתובענות ייצוגיות ממלאות תפקיד מורכב מנקודת ראות של נגישות המשפט – מצד אחד הן מסירות חסמים ומאפשרות ניהול תביעות אשר לא היו מוגשות כפי הנראה אלמלא קיומו של מנגנון זה, ומצד אחר הן באות במחיר של חסימת הגישה למשפט בפני מתדיינים אינדיווידואלים. באותם מקרים שבהם הנזקים שבגינם מוגשת התביעה הם בקנה מידה קטן יחסית, אזי נראית הפגיעה באפשרות להגיש תביעה אישית כדאית, בשל התרומה של המנגנון לאכיפת זכויות מהותיות במישור הרחב יותר.⁵⁰ באותם מקרים שבהם הנזקים הם בהיקף גדול יותר או שיש סיבות אחרות לחשוב שחסימת התביעות האישיות עלולה לגבש פגיעה קשה יותר, יכול בית המשפט שלא לאשר את הגשתה של תובענה ייצוגית. לחלופין, יש בידי בית

46 בשג"ן 4748/06 שקד נ' תפוחי, פס' 7-8 לפסק דינו של השופט מרזל (פורסם בנבו, 2.8.2006); משה בר-עם "הליכי סרק אזרחיים" עלי משפט ו 135, 138-135, 188 (2007); ארנה רבינוביץ-עיני ודורון דורפמן "שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל ייצוגי מסורתי" ספר שלמה לויץ 255, 260, 277 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

47 ס' 8 לחוק תובענות ייצוגיות.

48 ס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות.

49 ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות.

50 ויצנבליט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 357. ואולם ראו קלמנט "בעקבות פס"ד א.ש.ת.", לעיל ה"ש 24, בעמ' 393-398, המסיט את הדגש משאלת שיעור הסכום הנתבע לתוחלת הנזק, בהתבסס על הטענה כי יש לא מעט תביעות מבוססות, על סכומים נכבדים, שבמסגרתן עשוי התובע להירתע מהגשת התביעה בשל הסתברות נמוכה, אם כי לא זניחה, לזכייה בתביעה; קרייני, לעיל ה"ש 23, בעמ' 469. כן ראו את הניתוח שנערך בת"צ (מחוזי מרכז) 14144-05-09 איפקס חיתום וניהול הנפקות בע"מ נ' הראל ניהול קרנות בע"מ (פורסם בנבו, 3.10.2010).

המשפט להשתמש בנסיבות אלה במנגנון של היפוך בררת המחדל הקבועה בחוק תובענות ייצוגיות ולקבוע כי רק מי שהסכים מפורשות לתובענה ישתייך לקבוצת התובעים ותיחסם בפניו האפשרות להגיש תביעה אישית בעתיד.⁵¹ לצד דברים אלה המציאות מלמדת אותנו שהאתגר המרכזי לגישתם של חברי הקבוצה למשפט אינו חסימת זכות התביעה האישית שלהם אלא בעיית הנציג והחשש להגשת תביעות סרק. בעיות אלה מחייבות פיקוח הדוק של בית המשפט על פשרות המושגות במסגרת תובענות ייצוגיות ולא רק סינון מראש של הגורם המייצג ובדיקת עילת התביעה בשלב אישור התובענה, כמפורט בחלק הבא.

2. מנגנוני הבקרה על פשרות בתובענות ייצוגיות

בשל הבעייתיות הקיימת בתובענות ייצוגיות בהסתלקות ובפשרה, גובש במסגרת סעיפים 16, 18 ו-19 לחוק תובענות ייצוגיות מנגנון שנועד להקטין את הסכנות הקשורות בבעיית הנציג. בהסתלקות, על בית המשפט לאשר בקשת הסתלקות, ונאסר על התובע המייצג ועל בא כוחו לקבל טובת הנאה בתמורה להסתלקות.⁵² בהליך של פשרה נקבע מבחן כללי שבמסגרתו על בית המשפט להפעיל שיקול דעת ולבחון אם הסדר הפשרה "ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה".⁵³ לפיכך אם לא דחה בית המשפט את הבקשה להסדר על הסף,⁵⁴ עליו לקבל חוות דעת מטעם בודק בעל מומחיות בתחום,⁵⁵ לפרסם הודעה על הסדר הפשרה וליידע גורמים שונים, ובהם היועמ"ש, על אודות הבקשה וההסדר.⁵⁶ חברי הקבוצה, רשות ציבורית הפועלת בתחום שבו עוסקת התובענה⁵⁷ והיועמ"ש רשאים להגיש לבית המשפט התנגדות מנומקת להסדר הפשרה בתוך 45 יום מן הפרסום.⁵⁸

בפועל הוכחו מנגנוני הבקרה הקבועים בחוק כלא מספקים, במידה רבה בשל אי-עמידה על קיומם הדווקני מצד בתי המשפט. במיוחד ראוי לציון העובדה שבמקרים רבים בתי המשפט נמנעים מלמנות בודק.⁵⁹ לפי סעיף 19(ב)(1), "בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא לאחר שקיבל חוות דעת מאדם שמינה לשם כך, שהוא בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית (בסעיף זה – בודק), אלא אם כן סבר בית המשפט שחוות הדעת

51 ס' 12 לחוק תובענות ייצוגיות.
 52 ס' 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות.
 53 ס' 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות.
 54 ס' 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.
 55 ס' 19(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. החוק קובע כי אין צורך במינוי בודק אם סבר בית המשפט "שחוות הדעת אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו" (ס' 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות).
 56 ס' 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.
 57 כמופיע בתוספת הראשונה לחוק. לדיון מפורט בגורמים הרשאים להגיש התנגדות, לצד היועמ"ש, ראו טאוסיג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 11, בעמ' 402–422.
 58 ס' 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.
 59 קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 44–52; אוריון ושוורץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 158.

אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו...". בתי המשפט נמנעים מלמנות בודק אף על פי שנקבע בחוק, כאמור, שהם רשאים להימנע מכך רק מטעמים מיוחדים שיירשמו,⁶⁰ ואף שהייתה לבודקים תרומה של ממש להגנה על האינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת במקרים שבהם כן הורו בתי המשפט על מינוים.⁶¹ בתי המשפט מבססים את מדיניותם זו לרוב על חששם מכך שמינוי בודק יאריך שלא לצורך את הליכי התובענות הייצוגיות וייקר את עלות ההתדיינות.⁶² גם התצהירים שמגישים הצדדים בתמיכה לבקשה לאישור הסדר פשרה הם לרוב "קצרים ולקוניים ולא [עומדים] בדרישות הגילוי" על פי החוק.⁶³ השילוב של כל הבעיות שתוארו לעיל מחריף את הקשיים הקיימים ממילא בהערכת סיכויי התובענה הייצוגית, יתרונויה ומגבלותיה במציאות שבה רוב התביעות מסתיימות בפשרה בשלב מוקדם מאוד של התביעה, פעמים רבות טרם אישור התובענה כייצוגית.⁶⁴

החשיבות המוגבלת שמייחסים, הלכה למעשה, בתי המשפט למנגנוני האישור שפורטו לעיל נלמדת גם מהמקרים שבהם בית המשפט מציע את הפשרה. בעניין סבו קבע בית המשפט העליון כי כאשר בית המשפט מציע את הפשרה, אזי אין צורך למלא אחר הוראות סעיף 18 לחוק, שכן אין חשש לבעיית נציג.⁶⁵ בקבעו זאת התעלם בית המשפט העליון מכך שהמנגנון הקבוע בחוק

60 לעיל ה"ש 55.

61 עניין ישראלי, לעיל ה"ש 4; ת"א (מחוזי ת"א) 1646/04 יובל נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.11.2006). בפסק דין זה מציינת השופטת שטמר את הדברים הנוקבים אלה: "בא כוח המבקש בתובענה ייצוגית נושא באחריות כבדה לפעול לטובת הקבוצה כולה. במקום שעולה החשש שמא הפיצוי המוצע אינו עונה על מלא הנזק שנגרם לכל חברי הקבוצה – ראוי שישתמש בכלים שמעמיד לרשותו חוק תובענות ייצוגיות, בעיקר עתירה למינוי בודק, שהיא דרך המלך לפי החוק. בהסכם ההסתלקות נקבעה קבוצת העדכון האקטיבי ונמנו בה 1,426 מנויים. רק לאחר שנדחתה הבקשה להסתלקות, וההסכם נקרא הסכם פשרה, ומונה בודק ששני הצדדים סברו שאין צורך בבדיקתו, נמצא כי הקבוצה גדולה פי שבעה כמעט: 9,745 מנויים, והתשלום לפי ההסכם לקבוצה זו יהיה 269,246 ש"ח במקום 23,349 ש"ח, שהצדדים הסכימו עליו בהסדר ההסתלקות. כלומר, לאחר שנתקבלה חוות דעתו של הבודק התברר כי ההסתלקות המוסכמת הייתה עלולה לעלות בזכויותיהם של מרבית חברי הקבוצה הרלוונטית, ובדיעבד ברור שהיה על בא כוחן של המבקשות לפעול בעצמו לשם מינוי בודק ולא להסכים להסדר שימנע מינוי כזה".

62 ת"א (מחוזי ת"א) 1953/04 שכטר נ' כרמל – אגוד למשכנתאות והשקעות בע"מ, פס' 6 לפסק דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 15.7.2007). במקרה זה לא היה צורך במינוי בודק אשר יעכב את ביצוע הסדר הפשרה ויביא להוצאות נוספות, בלא שצפויה מזה תועלת של ממש; ת"א (מחוזי ב"ש) 5101/08 פרי נ' אלוניאל בע"מ, פס' 23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.3.2011); ת"צ (מחוזי מרכז) 17466-12-09 גינר נ' מגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ, פס' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.7.2013). בפסק הדין ציינה השופטת כי "לא מצאתי לנכון למנות בודק להערכת ההסדר. אופי הפשרה אינו מחייב עריכת חישובים, שכן אין בו תשלום בפועל. ההסדר כורך טיעונים עובדתיים גלויים לעין הקורא וטעוניהם משפטיים, והערכתו אינה דורשת מומחיות מלבד זו של בית המשפט". אך ראו מנגד למשל את עניין אשר, לעיל ה"ש 9.

63 קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 43.

64 שם, בעמ' 7, 16–30.

65 רע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 15.12.2008); אוריון ושוורץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 159–160 (ראו ההסבר שם על הבלבול שיצרה פסיקה זו בהמשך דרכה של

נועד להבטיח פשרה מספקת כאשר ההליך אינו אדוורסרי, ולבית המשפט אין כלים אינקוויזיטוריים לניהולו.⁶⁶ גם כאשר היזמה היא של בית המשפט, ואין חשש שההסדר הוא תוצר של קנוניה בין הצדדים, יכולות להתעורר בעיות. למשל, בקבעו את סכום הפשרה יכול בית המשפט להיות מושפע מטיב המידע שהוצג בפניו, שהוא לעתים חלקי או מטעה.⁶⁷ הניסיון מראה שבתי המשפט נמנעים מלבקר הסדרי פשרה המערבים תחליפי תשלום בדמות קופונים או תרומות, אף שהספרות העלתה שהם עלולים להיות לא מספקים.⁶⁸ במקרים אחרים, תמונת המצב הנפרסת בפני בתי המשפט היא חלקית, כיוון שלא נשמעו התנגדויות מצד גורמים רלוונטיים שאינם נמנים עם אלו המנויים בחוק.⁶⁹ לבסוף, נראה כי העומס שעל כתפי בית המשפט והתמריצים הניכרים לסגירת תיקים, מייצרים לחץ אדיר על השופטים לאשר פשרות ללא עיכובים ובמהירות האפשרית.⁷⁰

כפי שראינו, בית המשפט אינו יכול להבטיח את נאותות הפשרות בכוחות עצמו בהיעדר הליך אדוורסרי ומבלי שמוקנים לו כלי פעולה אינקוויזיטוריים. עם זאת מנגנוני הבקרה של התנגדויות מטעם הציבור ומינוי בודק פועלים ומופעלים רק לעתים נדירות, ועל כן אינם ממלאים תפקיד חשוב בהבטחת איכות הפשרות בתובענות ייצוגיות.⁷¹ על רקע זה מקבלת מעורבותו של היועמ"ש במעמד אישור פשרות בתובענות ייצוגיות משנה חשיבות.

3. היועץ המשפטי לממשלה

היועמ"ש חובש כמה כובעים: הוא ראש התביעה הפלילית במדינה, ובמסגרת זו מסורות בידו סמכויות רבות עצמה;⁷² הוא מופקד על מתן ייעוץ משפטי לרשויות השלטון בעניינים שונים

הפסיקה); קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 72–84 (הפרכת הטענה כאילו יש בעלויות הכרוכות בהפעלת המנגנונים הקבועים בס' 18–19 לחוק כדי להרתיע מפני הגעה לפשרה ואף מפני הגשת תובענה ייצוגית ראויה).

66 טאוסיג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 11, בעמ' 398–400.

67 קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 72–81; עמירם בנימיני "יש לנו על מי להישען" עורך הדין 23, 68 (2014). לסוג ההטיות שיכולות להשפיע על בחינת הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות על ידי בית המשפט ראו גם Brian Wolfman, *Judges! Stop Deferring to Class-Action Lawyers*, 2 MICH. J. L. REFORM 80, 81–82 (2013). המאמר חושף ששופטים בארצות הברית נוטים לאשר פשרות בתובענות ייצוגיות על סמך היכרותם עם עורכי הדין המייצגים בתיק.

68 קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 3, בעמ' 47. במקרים אלה אף נטו בתי המשפט לסבור שאין מדובר בעניין חשבונאי הדורש הערכת מומחה אלא בנושאים המצויים בתחום מומחיותו של בית המשפט.

69 ראו את דברי ההסבר להצעת החוק הנזכרת לעיל בה"ש 10.

70 ראו להלן המקורות הנזכרים בה"ש 120–122.

71 שם.

72 ס' 11–12, 231 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982.

(והוא אף הפרשן המוסמך של הדין עבורן);⁷³ והוא אחראי על ייצוג רשויות המדינה בבתי המשפט.⁷⁴ נוסף על כל אלה, מוסמך היועמ"ש לייצג את האינטרס הציבורי בפני בית המשפט.⁷⁵ במסגרת זו פועל היועמ"ש במגוון רחב של נושאים, על פי הסמכויות שהוענקו לו ברשימה ארוכה של חיקוקים ועל פי סמכותו הכללית שהוענקה לו בחוק, לעתים ביזמה עצמית ולעתים בהתייעבות או בהצטרפות כבעל דין במסגרת הליך קיים.⁷⁶ היועמ"ש מתייצב בהליך קיים כאשר תוצאת הדיון יכולה להשליך על האינטרס הציבורי, אשר אינו מיוצג כראוי על ידי הצדדים להליך. על דרך הכלל זוהי סמכות שברשות. עם זאת בסוגים שונים של הליכים החוק מחייב להזמין את היועמ"ש להתייצב בהליך על מנת שהלה יביע את עמדתו, במיוחד כשהצדדים להליך יכולים להחזיק בעניין משותף ולהסתיר עובדות מבית המשפט.⁷⁷ בהקשר שלנו קיבל היועמ"ש תפקיד ייחודי וחשוב במסגרת חוק תובענות ייצוגיות והתקנות שהותקנו מכוחו. כאמור, במסגרת החוק יש לשלוח ליועמ"ש עותק מכל תובענה ייצוגית שמוגשת לבית המשפט,⁷⁸ ומחובתו לקבל ולבדוק את דוח הבודק שממנה בית המשפט לצורך בחינת הסעדים שלהם זכאי כל אחד מחברי הקבוצה ודרכי חלוקתם.⁷⁹ לצד תפקידים אלה ניתנה

- 73 כידוע, על פי הלכת בג"ץ, "היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת" (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אורחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' רה"מ, פ"ד מז(5) 475, 441 (1993)). בנוסף ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות 996 (2005): "ליועמ"ש הסמכות לקבוע – באופן המחייב את הממשלה ואת רשויות השלטון השונות – מהו המצב המשפטי בסוגיות שונות". לביקורת חריפה על גישה זו ראו דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 166–174 (2013).
- 74 סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין (המדינה כבעל דין), התשי"ח–1958; פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], התשכ"ח–1968.
- 75 לניתוח מעמיק על תפקידו של היועמ"ש כמייצג האינטרס הציבורי ועל ההבחנה (ואף המתח) בין תפקידו זה כמייצג לתפקידו כמייצג המדינה ראו איתן לבונטין ייצוג המדינה בבית המשפט (חיבור לקבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2009), בייחוד שם, פרק 5.
- 76 כך, למשל, לפי ס' 64 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט–1969, היועמ"ש זכאי לערער על החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לאשר רשימת מועמדים, ולפי ס' 86 הוא רשאי לערער על תוצאות הבחירות לכנסת. יש רשימה ארוכה ביותר של חיקוקים נוספים שבהם נתונה ליועמ"ש סמכות דומה, למשל בענייני אימוץ ילדים, חוזים אחידים, עמותות ועוד. ראו למשל ס' 153 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965: "בכל ענין המסור לפי חוק זה לבית המשפט, רשאי לפנות אליו כל מי שמעוניין בדבר; וכן רשאי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו, אם הוא סבור שיש בדבר ענין לציבור, לפתוח בכל הליך משפטי לפי חוק זה, לרבות ערעור, להתייצב ולטעון בכל הליך כזה".
- 77 למשל בהליכים לקביעת מעמד. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1297/57 רחמן נ' היועץ המשפט לממשלה, פ"מ טו 68, 70–72 (1957); ע"מ (מחוזי ת"א) 1037/04 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 18.10.2004).
- 78 תק' 16 לתקנות תובענות ייצוגיות.
- 79 ס' 20(ב) לחוק תובענות ייצוגיות ותק' 14 לתקנות תובענות ייצוגיות.

ליועמ"ש סמכות משמעותית, העומדת במרכז מאמר זה, להגיש התנגדות מנומקת בכתב לבקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית.⁸⁰

מה הופך את סמכות ההתנגדות של היועמ"ש במסגרת הפשרה בתובענה ייצוגית לחשובה כל כך? כפי שהראה הדיון בחלק הקודם, קיים חשש כי לצדדים להסכם (התובע הייצוגי ובאי כוחו מחד, והנתבע המזיק מאידך) לא יהיה אינטרס להציג בפני בית המשפט את הפגמים או החסרונות שבהסכם. למעשה, יש לצפות כי תמיד תהיה עמדתם כי ההסכם "ראוי, הוגן וסביר".⁸¹ לפיכך חשוב כי ההסכם יבדק בידי גורמים חיצוניים שתפקידם לכל הפחות הוא להצביע בפני בית המשפט על פגמים שנפלו בהסדר, אם יש כאלו, או על היות התביעה משוללת בסיס. עם זאת, כפי שראינו, שאר מנגנוני הבקרה הקיימים בחוק אינם אפקטיביים דיים, ולכן מקבלת עמדת היועמ"ש משנה חשיבות. במסגרת תפקיד זה אמור היועמ"ש לספק לבית המשפט תמונה מלאה ואובייקטיבית ככל הניתן על אודות הנסיבות שבבסיס התובענה שעל הפרק ובאשר לשאלה אם יש בהסדר כדי להביא לפתרון אמתי והולם של הבעיה שהועלתה לדיון, או שמא יש בו כדי להיטיב בעיקר עם התובע הייצוגי ובאי כוחו. הן היועמ"ש והן הבודק נתפסים כגורמים אובייקטיביים שנעדרים כל עניין אישי בהליך, כשההנחה היא שהדבר יקל עליהם לבחון בחינה מאוזנת את ההסדר הנדון, להצביע על פגמים בו ולהצביע בפני בית המשפט על התוצאה הרצויה.⁸² בתי המשפט ממעטים, כאמור, למנות בודקים, וכך נותר היועמ"ש הגורם האובייקטיבי היחיד העומד בפני בית המשפט. עם זאת יצוין שחרף תפקידו המרכזי של היועמ"ש במסגרת זו של הערכת הפשרות בתובענות ייצוגיות לא הותקנו עד כה תקנות אשר יתור את אופן הפעלת שיקול דעתו בבחינת ההוגנות של הסדרי פשרה, כדי שמעורבותו תהיה מוסדרת כולה בגדרי החוק.

סמכויותיו של היועמ"ש במסגרת חוק תובענות ייצוגיות מעניקות לו מרחב פעולה גדול, שכן באפשרותו להביע עמדה בכל הסדר פשרה (או הסתלקות) שמוגש לאישור בית המשפט. עמדה זו אינה מוגבלת לנוסח מסוים או לתחומי עניין מסוימים בלבד, אלא יש ליועמ"ש אפשרות להביע את תמיכתו בהסדרי פשרה או את הסתייגותו מהם מכל סיבה הנראית לו.⁸³ בחינה של הסדרי הפשרה והתערבויות היועמ"ש בהליכי אישורם מראה כי הסיבות שבגינן מביע היועמ"ש את

80 ס' 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות. מעניין שאף כי תקנות תובענות ייצוגיות קובעות חובה לקבל את חוות דעתו של היועמ"ש גם במקרה של הסתלקות (ראו תק' 11(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות), בפועל הם אינם עושים זאת, אולי בשל הסתירה בין הדרישה בתקנות לבין לשון החוק עצמו ואולי מסיבות אחרות. ראו עדיני, לעיל ה"ש 8, בעמ' 10-13.

81 ס' 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות. לגבי חשש זה ראו רני נויבואר ומרב זוהר "על התנגדות בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפט מפתח – כתב העת של פרקליטות המדינה 126, 127-128 (2014).

82 ראו ויצנבליט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 403-410.

83 טאוסג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 11, בעמ' 404, "החוק אינו מגביל את ההתנגדות מבחינת תוכנה, וניתן להגיש התנגדות להסדר פשרה מכל סיבה שהיא כל עוד ההתנגדות מוגשת מטעמים סבירים ולא מטעמים פסולים".

התנגדותו כוללות בעיקר התייחסות לאי-מינוי בודק,⁸⁴ הוגנות ההסדר⁸⁵ ושיעור הגמול ושכר הטרחה שנקבעו לתובע הייצוגי ובא כוחו.⁸⁶ אנשי משרד המשפטים והפרקליטות האמונים על ההתנגדויות להסדרי הפשרה רואים את עיקר תפקידם במסגרת זו בהגנה על שני עניינים: האינטרס של חברי הקבוצה בפיצוי הולם על הפגיעה בהם והאינטרס הציבורי הרחב יותר להבטחת האכיפה של החוק והרתעה מפני הפרות עתידיות.⁸⁷

כיצד מתגבשת עמדת היועמ"ש בדבר הסדרי הפשרה? כאמור, התנהלותו של היועמ"ש בהקשר זה איננה מוסדרת במסמכים פורמליים פומביים. מראיונות שערכנו עם נציגים מהפרקליטות השונות וממחלקת ייעוץ וחקיקה עולה שמחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי) במשרד המשפטים מרכזת את הטיפול בעמדות היועמ"ש בתובענות ייצוגיות.⁸⁸ מחלקה זו עובדת עם פרקליטות המדינה, עם פרקליטים מהמחוזות הרלוונטיים לתובענה שעל הפרק וכן עם משרדי ממשלה וגופים ציבוריים האמונים על התחום שלו נוגעת התובענה. לאחר ביצוע המחקר הפנימי וגיבוש טיוטת חוות דעת מועבר המסמך לאישור סופי של היועמ"ש עצמו, כאשר מדובר בהתנגדות.⁸⁹ בסופו של דבר מתגבשת החלטה, בתיאום בין גופים רבים, בלוח זמנים מוגבל המעורר לעתים קשיים.⁹⁰ ריכוז הטיפול בפשרות בתובענות ייצוגיות בידי מחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי) נועד לאפשר לאנשי היועמ"ש לפתח נקודת מבט רחבה ומומחית נושאת לאורך השנים, החורגות מן המתרחש במחוז זה או אחר או להתנהלות של בתי משפט מסוימים, מתוך רצון להטמיע את הוראות החוק, לשפר את הטיפול בהן ולהבטיח אחידות בין המחוזות

- 84 ת"צ (מחוזי ת"א) 1745-04-11 אלבינצר נ' כלל מימון אשראי צרכני בע"מ, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.1.2013); גינר, לעיל ה"ש 62, בפס' 7.
- 85 ת"צ (מחוזי י-ם) 2168-08 דניאל נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.4.2013); ת"צ (מחוזי מרכז) 2437-07-11 רבפוגל נ' א.מ.ב. חווה חקלאית ירדן בע"מ, פס' 15-20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.1.2013).
- 86 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1957/08 זימרן נ' דרך ארץ הייוויז בע"מ, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 28.8.2013); ת"צ (מחוזי חי') 6334-07-12 גלוצברג נ' שטראוס גרופ בע"מ, פס' טו(3) לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.10.2013).
- 87 נויבאר וזוהרי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 127.
- 88 לצורך המחקר ערכנו שלושה ראיונות ממושכים עם אלה: עו"ד רוני נויבאר, ראש תחום (אזרחי) ועו"ד לירן חשין-ברוש ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי) שנערך בתאריך 4 בנובמבר 2014 (עותק שמור אצל המחברים); עו"ד ליאב ויינבאום, ראש המחלקה המסחרית, פרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי) שנערך בתאריך 16 בספטמבר 2014 (עותק שמור אצל המחברים); עו"ד רשף חן, שהיה ממחוקקי החוק, שנערך בתאריך 21 באוקטובר 2014 (עותק שמור אצל המחברים).
- 89 מתוך הריאיון עם עו"ד רוני נויבאר, ראש תחום (אזרחי) ועו"ד לירן חשין-ברוש ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי); מתוך הריאיון עם עו"ד ליאב ויינבאום, ראש המחלקה המסחרית, פרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי).
- 90 מתוך הריאיון עם עו"ד רוני נויבאר, ראש תחום (אזרחי) ועו"ד לירן חשין-ברוש ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי); מתוך הריאיון עם עו"ד ליאב ויינבאום, ראש המחלקה המסחרית, פרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי).

השונים. בפועל ציפיה זו הוכיחה את עצמה, לראיתם של אנשי ייעוץ וחקיקה.⁹¹ בנוסף, כפי שנראה בהמשך, אפשר המעמד של היועמ"ש כשחקן חוזר בהליך ההתנגדויות לפתח אסטרטגיה ארוכת טווח שבמסגרתה נציגיו מגישים התנגדויות אפורמליות לצד ההתנגדויות הפורמליות לפי החוק.⁹²

בחנינת ההסדר הישראלי מלמדת אפוא כי ליועמ"ש מוקנה – לכל הפחות להלכה – תפקיד מרכזי במערך האישור של הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, שכן הוא נתפס כגורם אשר ביכולתו לתרום תרומה ניכרת להליכי אישורם של הסדרי פשרה. ואולם, כפי שנראה בחלק הבא, בתי המשפט הישראליים נוטים בכמחצית מהמקרים שבהם התנגד היועמ"ש להסדר הפשרה שלא לקבל את עמדתו ולעתים אף להביע תרעומת על התנגדויות שהוא מעלה.⁹³ לאחר שנפרס את תמונת המצב האמפירית בחלק הבא, נבחן את השלכות המצב ונציע הסברים אפשריים למגמה זו בהמשך המאמר.

ג. מבט אמפירי על מנגנוני הבקרה החלים על פשרות בתובענות ייצוגיות

1. הערות מתודולוגיות ומתווה המחקר

(א) הערכים שנבדקו במחקר

במחקר זה בחרנו לבחון את מנגנון ההתנגדויות של היועמ"ש להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות. התמקדותנו ביועמ"ש נבעה מהרצון למלא חלל בספרות. בנושא תובענות ייצוגיות והאפקטיביות של מנגנוני הבקרה האחרים שאומצו בחוק קיימת כתיבה רבה, אך דווקא מעורבותו של היועמ"ש לא זכתה, נכון למועד ביצוע המחקר, לתשומת לב. המחקר התבסס על איסוף נתונים על ההליכים המשפטיים מתוך המאגרים, כמפורט להלן, ועל ראיונות עם אנשי מפתח אשר ממלאים (או מילאו בעבר) תפקיד בעיצוב מנגנון ההתנגדויות ובקבלת החלטות במסגרתו. איסוף הנתונים לא הונחה על פי תאוריה אם כי היו לנו כמובן השערות מוצא כמפורט במסגרת הממצאים בהמשך. הממצאים וראיונות הרקע חשפו שלשון החוק איננה מתארת נכוחה את אופן התנהלותם של נציגי היועמ"ש; הם חשפו את קיומם של שני אפיקי התנגדות מצד היועמ"ש והצמיחו את ההסברים התאורטיים ליחסם של בתי המשפט להתנגדויות היועמ"ש המפורטים בחלק ד למאמר.

על מנת לשפוך אור על מנגנון ההתנגדויות של היועמ"ש לפשרות בתובענות ייצוגיות בנינו מאגר של כלל הסדרי פשרה,⁹⁴ שניתנו בשנים 2006–2013.⁹⁵ המאגר כלל 272 הליכים

91 מתוך הריאיון עם עו"ד רוני נויבאר, ראש תחום (אזרחי) ועו"ד לירן חשין-כרוש ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי); נויבאר וזוהרי, לעיל ה"ש 81, בעמ' 127.
92 להגדרה של סוגי ההתנגדויות המוגשות על ידי היועמ"ש ראו להלן, תת-פרק ג.1. (ב).
93 להלן ה"ש 103.
94 שיטת מחקר זו ידועה כשיטת "מפקד אוכלוסין". כפי שמוסבר במאמר "תובענות ייצוגיות בישראל", לעיל ה"ש 19, בעמ' 10, השימוש בשיטה זו מאפשר "בחינה סטטיסטית מעמיקה...

משפטיים, ובהם הסדרי פשרה וכמה בקשות הסתלקות שבמסגרתן פנו בתי המשפט וביקשו את תגובת היועמ"ש לבקשות ההסתלקות.⁹⁶ הנתונים במאגרנו מסתמכים על מאגר נבו, שהוא מאגר מידע מקיף של ההחלטות בנושא תובענות ייצוגיות, שכן התיקים המופיעים בו לקוחים הן מפנקס התובענות הייצוגיות והן ממקורות נוספים.⁹⁷ החיפוש בנבו נעשה באמצעות מחרוזות חיפוש, אשר נועדו לאתר בתקופה הרלוונטית את כלל ההליכים בתובענות ייצוגיות שהביאו לסיום ההליך שלא על דרך פסק דין של בית משפט (דהיינו הסכם פשרה או הליכים דמויי פשרה) ואשר במסגרתם התבקש היועמ"ש לחוות את דעתו.⁹⁸ את תוצאות החיפוש במאגר נבו השלמנו בהסתמך על רשימת התיקים שתועדו במחלקת ייעוץ וחקיקה במסגרת טיפולה של המחלקה בעמדות היועמ"ש בתובענות ייצוגיות.⁹⁹

הנתונים האלה נאספו וקודדו בנוגע לאותם 272 תיקים שנותרו במאגר:

- ומקנה יכולת הסקת חזקה, תוך הידרשות מינימאלית למבחני מהימנות הנדרשים בבדיקות מדגמיות". כן ראו C.R. KOTHARI, RESEARCH METHODOLOGY: METHODS AND TECHNIQUES 55 (2nd ed. 2004).
- 95 גם הסדרי הפשרה שניתנו בשנת 2006 היו כפופים למנגנון של סעיף 18 בחוק שנכנס לתוקף ב-12.3.2006.
- 96 לא כללנו את כל בקשות ההסתלקות שבהן נתבקשה עמדת היועמ"ש, אלא רק את אלו שיש בהן סממנים של הסדר פשרה. בהמשך לאמור לעיל בה"ש 45, במקרים מסוימים פונים בתי המשפט ליועמ"ש כשמוגשות אליהם בקשות הסתלקות אף שהחוק אינו מחייבם לעשות כן, כשהם חוששים כי למעשה מונחים בפניהם הסכמי פשרה במסווה של בקשות הסתלקות. ראו למשל בש"א (מחוזי ת"א) 24959/05 לביא נ' דלקול בע"מ, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.9.2008), שם מציינת השופטת ברוך כי "לנוכח האמור בבקשת ההסתלקות, סברתי כי מן הראוי כי זו תועבר [ליועמ"ש]... משום שמצד אחד ביקש התובע להסתלק מבקשות האישור ומאידך גיסא ביקש שבית המשפט יפסוק לו ולבא-כוחו תשלום בסכום לא מבוטל – ובכך יש לכאורה משום סממנים של הסכם פשרה". גם מסיבה זו ראוי לכוון יחדיו במסגרת הניתוח הנערך במאמר זה את בקשות ההסתלקות שעשויות להיות מסווה להסדר פשרה ושנעשתה בהן פנייה (ברשות) ליועמ"ש עם מאגר הסכמי הפשרה (שבהם נעשתה פנייה שבחובה אליו).
- 97 משיחה טלפונית עם גב' חופית דביר, מחלקת תוכן של מאגר "נבו", בתאריך 30 באוקטובר 2014.
- 98 חיפוש ראשון: (בקשה לאישור הסכם פשרה או בקשה לאישור הסדר פשרה) וגם (תובענה ייצוגית או בתובענה ייצוגית או תביעה ייצוגית) וגם (היועץ המשפטי לממשלה או היועמ"ש) בסדר כלשהו, מרחק בין מילים 0, מורפולוגיה: מדויק.
- חיפוש שני: (הסתלקות או ההסתלקות או להסתלקות) וגם (תובענה ייצוגית או בתובענה ייצוגית או תביעה ייצוגית) וגם (היועץ המשפטי לממשלה או היועמ"ש), בסדר כלשהו, מרחק בין מילים 0, מורפולוגיה: מדויק.
- חיפוש שלישי: (חדילה או החדילה או לחדילה) וגם (תובענה ייצוגית או בתובענה ייצוגית או תביעה ייצוגית) וגם (היועץ המשפטי לממשלה או היועמ"ש) בסדר כלשהו, מרחק בין מילים 0, מורפולוגיה: מדויק.
- 99 את מספרי התיקים שקיבלנו ממחלקת ייעוץ וחקיקה אשר לא עלו בחיפוש המקורי במאגר "נבו" ניסינו לאתר בחיפוש במאגרים ובאתר נט המשפט. את מרבית התיקים הצלחנו לאתר, אולם שישה תיקים לא הוכנסו למאגר כיוון שלא איתרנו את כל התיקים, כיוון שהיה חסר מידע מספק, או שהתיקים לא היו גלויים לעיון בנט המשפט.

טבלה 1 : הערכים שנבדקו

משתנה	ערכים
1 מספר הליך	מספר סידורי + זהות הצדדים + התאריך שבו ניתנה ההחלטה
2 בית משפט	בית המשפט שדן בהליך והמחוז שבו הוא שוכן
3 עלילת התביעה	הפריט בתוספת השנייה לחוק שמכוחו הוגשה התביעה (1-13)
4 עיתוי הפשרה	לפני/אחרי אישור התובענה הייצוגית
5 תוכן הפשרה	היחס בין שיעור/איכות הפשרה לבין הנזק שנגרם לקבוצה: האם חברי הקבוצה אינם מקבלים פיצוי כלל/האם הפיצוי הוא חלקי (פחות מ-50% משיעור הנזק שנגרם לקבוצה) או עקיף (כגון תרומה לציבור)/האם הקבוצה מקבלת פיצוי ישיר וגבוה (50% ומעלה משיעור הנזק שנגרם לה).
6 עמדת היועמ"ש	התנגדות פורמלית/התנגדות א-פורמלית/אינו מתנגד
7 מישור ההתנגדות של היועמ"ש	מינוי בודק/סכום שכר טרחת עורך דין וגמול לתובע/הוגנת ההסדר/אחר
7 באילו מישורים מקבל בית המשפט את התנגדות היועמ"ש?	מינוי בודק/סכום שכר טרחת עורך דין וגמול לתובע/הוגנת ההסדר/אחר
8 האם הוגשו התנגדויות בידי גורמים חיצוניים (כלומר גורמים שאינם היועמ"ש)?	כן/לא
9 האם מונה בודק?	כן/לא
10 האם בית המשפט מאשר את הסדר הפשרה?	כן/מאשר בשינויים/לא ¹⁰⁰
11 האם בית המשפט מקבל את עמדת היועמ"ש?	כן/לא/חלקית
12 האם בית המשפט מקבל את התנגדות הגורמים החיצוניים?	כן/לא/חלקית

למחקר זה, כמו למחקרים אמפיריים אחרים, יש כמובן מגבלות. ראשית, המחקר התבסס בעיקרו על ניתוח ההחלטות השיפוטיות שאישרו את הסדרי הפשרה, לרוב מבלי לקרוא את התנגדויות היועמ"ש עצמן, את תגובות הצדדים להן ופרוטוקולים של דיון בנושא ההתנגדות אם התקיים. שיטת מחקר זו עשויה לספק תמונה חלקית, מה גם שבמקרים חריגים המשמעות הייתה הוצאת התיק מן המאגר כיוון שלא הופיע בהחלטה השיפוטית די מידע על מנת שנוכל לקודד את

100 סיבוב ראשון/שני: בתיקים שבהם היו שני "סיבובים" של התנגדויות מצד היועמ"ש (פורמליות או א-פורמליות) ולאחר מכן דחייה או אישור של ההסדר בידי בית המשפט, נעשה הקידוד כך: התייחסו להתנגדות מצד היועמ"ש, בין שנעשתה בסיבוב הראשון ובין שנעשתה בסיבוב השני, כ"התנגדות" וקודדנו את יחס בית המשפט לפי תוצאתו הסופית של ההליך (כלומר, בחנו באיזו מידה נענו הערותיו של היועמ"ש במסגרת הסדר הפשרה הסופי) גם אם הצדדים אימצו וולונטרית את הערות היועמ"ש.

הנתונים הרלוונטיים למחקר. שנית, המאגר שבנינו התבסס על מאגר נבו. כיוון שההנחה שלנו הייתה שקיימים הסדרים שלא עלו במחרוזות החיפוש שלנו, ביקשנו ממחלקת ייעוץ וחקיקה את מספרי כלל התיקים שבהם התבקשו להביע את עמדתם על הסדרי פשרה, ואת מרביתם¹⁰¹ של התיקים הללו הוספנו למאגר שבנינו לצורך המחקר. בכך ניתן מענה לבעיות הקשורות לחלקיות מאגרי המידע ולמגבלות החיפוש בהם. מגבלה שלישית קשורה לצורך להבטיח קידוד מדויק ואחיד לגבי המאגר כולו. לשם כך בוצעו קריאת התיקים, תיעוד הנתונים הרלוונטיים וקידודם בידי שני אנשים שונים, ודגימה של התיקים נבדקה בידי שני קוראים נוספים. לבסוף, על מנת להשלים את התמונה ערכנו ראיונות שטח עם גורמים בפרקליטויות השונות המעורבים בהליך גיבושן של עמדות היועמ"ש ועם עו"ד רשף חן, מיוזמי החוק, שסיפק רקע היסטורי על תהליך החקיקה ועל ההחלטה על מתן סמכות התנגדות ליועמ"ש. בכך ניתן, לטעמנו, מענה מספק למגבלות המחקר.

(ב) קידוד עמדת היועמ"ש ותגובת בית המשפט

קידוד עמדת היועמ"ש נחלק לשלושה סיווגים – התנגדות פורמלית, התנגדות אפורמלית והיעדר התנגדות.¹⁰² ההבחנה בין הקטגוריות נעשתה כך: כאשר נאמר בחוות הדעת שהוגשה מטעם היועמ"ש כי הוא מתנגד להסדר הפשרה, סווגה התנגדותו (ללא קשר למישור שלו נגעה: שכר טרחה וגמול, מינוי בודק, הוגנות ההסדר, או אחר) כפורמלית. במסגרת זו נכללו גם מקרים שבהם לא הוגשה התנגדות בכתב מטעם היועמ"ש, אולם בא כוחו של היועמ"ש, כאשר התייצב לדיון בהסדר הפשרה, הצהיר במפורש בפני בית המשפט כי הוא מתנגד להסדר הפשרה.¹⁰³

101 לא הוספנו את התיקים הללו, שכן חלקם הוכרעו מחוץ לטווח הזמן של המחקר, וכיוון שבמספר מצומצם של מקרים לא עלה בידנו להשיג מידע מספק כדי לקודד אותם.

102 נזכיר שוב, בהמשך לאמור לעיל בה"ש 14, כי הבחירה במינוחים "התנגדות פורמלית" ו"התנגדות אפורמלית" הייתה שלנו. אנשי מחלקת ייעוץ וחקיקה בחרו במינוח שונה. מה שאנו כינינו "התנגדות פורמלית", הם יכנוהו "התנגדות", ואילו מה שכינינו אנו "התנגדות אפורמלית" הם כינו "הערות ב"כ" או "השגות ללא התנגדות".

103 כך קרה, למשל, בבש"א (מחוזית"א) 25786/06 אפשטיין נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (פורסם בנבו, 23.2.2009). כמתואר בפס' 10 לפסק הדין, היועמ"ש לא הגיש כל תגובה להסכם הפשרה שנדון שם, "ואולם, לישיבה שהתקיימה בפניי... הופיעה נציגת [היועמ"ש] – אשר הסבירה את התייצבותה בכך שאף על פי ש[היועמ"ש] בחר שלא להביע התנגדות פורמלית לאישור ההסכם, הוא מצא לנכון לציין בפני בית המשפט כי הסדר הפשרה מעורר לטעמו בעיה צרכנית מסוימת". בהמשך פסק הדין (פס' 16–19) דן בית המשפט בהרחבה רבה בעמדת היועמ"ש. בית המשפט דוחה את עמדת היועמ"ש לגופה וכן מותח ביקורת נוקבת על "התנהלותו [של היועמ"ש] בנסיבות המקרה דנן". לדברי בית המשפט בפס' 17: "דעתי היא כי ככל שבחר [היועמ"ש] שלא להגיש לבית המשפט התנגדות פורמלית לאישור הסדר הפשרה – לא היה מקום לכך שיבקש "לחדד את הבעיה הצרכנית" שעולה לדעתו מהסדר הפשרה. התחושה היא כי בעשותו כן, ביקש [היועמ"ש] לפרוס לעצמו "רשת ביטחון": מצד אחד לא להיתפס כמי שתקע מקלות בגלגלי הסדר הפשרה, אך מצד שני גם לא כמי שתומך באישורו. התנהלות מעין זו... מסרבלת שלא לצורך את הליך האישור של הסדרי פשרה ראויים; ויתרה מכך, היא אינה הולמת בנסיבות המקרה דנן – כאשר הוברר שעסקינן בהסדר פשרה שאין ראוי ממנו. לא זו אף זו, בהמשך למדיניות 'הזהירות היתרה' שבה נקט, הגדיל [היועמ"ש] לעשות והביע דעתו כי יש למנות בודק – שייחן את הדעת על הבעיה

הקטגוריה של התנגדות א-פורמלית כללה את כל אותם מקרים שבהם לא הוגשה התנגדות מטעם היועמ"ש, אך בא כוחו של היועמ"ש העלה השגות בדבר ההסדר. התנגדויות מסוג זה באו לידי ביטוי באופנים שונים: למשל, במקרה אחד נאמר שהיועמ"ש "בחר שלא להביע התנגדות פורמאלית לאישור ההסכם, הוא מצא לנכון לציין בפני בית המשפט כי הסדר הפשרה מעורר לטעמו בעיה צרכנית מסוימת".¹⁰⁴ במקרה אחר תיאר בית המשפט את העמדה שהציג היועמ"ש בפניו כך: "[היועמ"ש] הודיע כי הוא מותיר את אישור ההסדר לשיקול דעת בית המשפט, אך הוסיף מספר הערות".¹⁰⁵ או, כדוגמה נוספת, באחד המקרים נאמר כי היועמ"ש הודיע "כי אינו מתנגד להסדר, ואולם ככל שבית המשפט יסבור כי נגרם נזק כספי לקבוצה, ראוי כי הסעד יכלול השבה כספית".¹⁰⁶ לבסוף, בכל אותם מקרים שבהם לא נמצאה תגובה מצד היועמ"ש, או כאשר צוין כי הוא אינו מתנגד או משאיר את אישור ההסדר לשיקול דעתו של בית המשפט, סווגה עמדת היועמ"ש כ"לא מתנגד". המטרה הייתה לבחון מה היקף ההתנגדויות שמגישים היועמ"ש ונציגיו, מהם הדפוסים שלובשות התנגדויותיהם, ועל רקע מה הם מתנגדים להסדרי פשרה, כמו גם שינויים בדפוסי ההתנגדות לאורך השנים.

על מנת למפות בשיטתיות את נימוקי ההתנגדות של היועמ"ש סווגו ההתנגדויות מצדו, בין פורמליות ובין א-פורמליות, לארבעה מישורים שונים: (1) דרישה למינוי בודק; (2) השגות בדבר הוגנות ההסדר; (3) השגות בדבר סכום הגמול ושכר הטרחה; (4) כל הטעמים האחרים להתנגדות היועמ"ש (כגון פגמים פרוצדורליים, הערות סמנטיות, הערות בדבר צורך במנגנון פיקוח ובקרה על ביצוע ההסכם וכיוצא באלה).¹⁰⁷ בקטגוריה השנייה הכוונה לכל אותם מקרים שבהם יש ליועמ"ש השגות בדבר שיעור הפיצוי, זהות מקבל הפיצוי (פיצוי לחברי הקבוצה לעומת תרומה או פיצוי לציבור בכללותו), השגות לעניין "פשרות קופונים" המאלצות את חברי

הצרכנית העולה מן ההסכם, כלשונו. אלא שכבר הוברר כי בנסיבות המקרה דנן הסדר הפשרה אינו מעורר בעיה צרכנית כלשהי, וממילא אין צורך במינוי בודק – לא לשם פתורנה ולא בכלל".

104 שם.

105 ת"צ (מחוזי מרכז) 1988-06-10 קובובסקי נ' שירביט חברה לביטוח בע"מ, פס' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.8.2013). ראו בדומה לזה למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 37460-11-12 נאוגאוקר נ' סודהסטרים ישראל בע"מ, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.9.2013); ת"צ (מחוזי מרכז) 28848-02-12 גולדברג נ' גליקסמן שיווק ביצים (1994) בע"מ, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.10.2013); ת"צ (מחוזי חי') 16360-06-12 איליה נ' נתיב אקספרס תחבורה ציבורית בע"מ, פס' ג' לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.5.2013); ת"צ (מחוזי חי') 6334-07-12 גלזוברג נ' שטראוס, פס' טו לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.10.2013); ת"א (מחוזי ת"א) 2636/07 בנדק נ' מוצרי עוף טוב (2001) בע"מ, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.2.2013); ת"צ (מחוזי מרכז) 12118-03-12 מרגי נ' אגד תעבורה בע"מ, פס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.7.2013).

106 ת"צ (מחוזי מרכז) 24865-05-11 פרמינגר נ' חברת סלקום ישראל בע"מ, פס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.5.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 26342-05-12 גפן נ' קיוסקאי שיווק (2004) בע"מ, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.5.2013), שם סבר היועמ"ש ש"לא התנגד להסדר הפשרה המוצע, והותיר את ההכרעה לשיקול דעתו של בית המשפט... כי סכום הפיצוי המוצע צריך להיות גבוה יותר".

107 ת"א (מחוזי ת"א) 2252/04 דשא השכן בע"מ נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.1.2006), שם ציין נציג היועמ"ש כי בקשת האישור לא נתמכה בתצהירי הצדדים, למרות האמור בסעיף 18(ב) לחוק.

הקבוצה או הציבור בכללותו להמשיך ולרכוש מוצרים מאת הנתבעת כדי להיות זכאים להטבה המוצעת במסגרת ההסדר ועוד. מובן שבמקרים מסוימים ההתנגדות היא על רקע כמה מישורים. כאשר ההתנגדות הייתה על רקע כמה מישורים, קודד כל אחד ממישורי ההתנגדות בנפרד. החלוקה למישורי התנגדות נועדה לאפשר לנו לזהות אם סוגי התנגדויות מסוימים מנותבים לאפיקים שונים (פורמלי לעומת א-פורמלי) או זוכים ליחס שונה מצד בתי המשפט (אם נוטים לקבל את עמדת היועמ"ש כאשר ההתנגדות נוגעת למשל לשיעור שכר הטרחה יותר מכשהיא נוגעת לשאלת מינוי הבודק וכדומה) או שתי האפשרויות גם יחד.

בהמשך לדברים אלה בחנו את היחס שבין נטיית בתי המשפט לאשר, או לדחות, הסדרי פשרה לבין קיומן או היעדרן של התנגדויות מצד היועמ"ש. בהקשר זה בחנו אם בית המשפט מקבל את עמדת היועמ"ש כאשר זה מביע התנגדות פורמלית או א-פורמלית (כלומר בית המשפט דוחה את הסדר הפשרה על רקע הבעיות שהציף היועמ"ש), או דוחה אותה (משמע, בית המשפט מאשר את הסדר הפשרה חרף ההתנגדות מצד היועמ"ש). יצרנו גם קטגוריית ביניים של "מקבל חלקית" את הסדר הפשרה עבור כל אותם מקרים שבהם בית המשפט מתקן, או דוחה, את הסדר הפשרה על רקע חלק מהביקורות שהועלו בהתנגדות מטעם היועמ"ש. את המקרים שבהם שינו הצדדים את ההסדר בשל התנגדות היועמ"ש ובית המשפט אישר את ההסדר, סיווגנו כמקרים שבהם קיבל בית המשפט את עמדת היועמ"ש.

מטרתה של בדיקת היחס של בית המשפט להתנגדויות היועמ"ש הייתה לזהות עד כמה מנגנון ההתנגדויות של היועמ"ש הוא אמצעי בקרה אפקטיבי על הסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות. הבדיקה נעשתה הן באופן כללי והן תוך התמקדות במישור הדינוני, כשהבחינה היא אם מסלול ההתנגדות – פורמלי או א-פורמלי – משפיע על יחס בתי המשפט כלפי עמדת היועמ"ש.

2. התנגדויות היועמ"ש להסדרי פשרה

(א) היקף ההתנגדויות לאורך השנים

בשל הבעייתיות האינהרנטית בהסדרי הפשרה המובאים לאישור בית המשפט ההשערה שלנו הייתה שהיועמ"ש ירבה להתנגד להסדרי הפשרה המובאים לאישור לפי המתווה שנקבע בחוק. ציפינו ששיעור ההתנגדויות הגבוה יישמר לאורך השנים, היות שמדובר בשנים הראשונות להתגבשותו של חוק צעיר יחסית, וטרם נקבעו אמות מידה ברורות בדבר המותר והאסור בהסדרי פשרה.

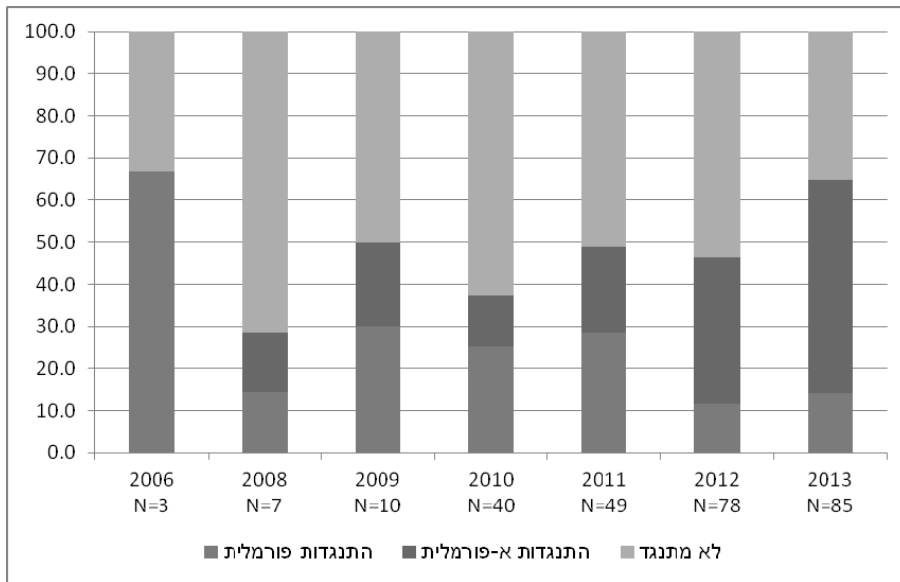
להפתעתנו, השערותנו הופרכה, והממצאים הראו שהיועמ"ש התנגד (התנגדות פורמלית) להסדרי הפשרה בשנים 2008–2011 בשיעור של כ-30% מהתיקים, ובשנים 2012–2013 ירד שיעור ההתנגדות במידה ניכרת, לשיעור שנע בין 15% ל-30%.

לאור מידע שקיבלנו בראיונות עם אנשי הפרקליטויות השונות, שלפיו אלו מעלים חלק מההשגות שלהם שלא דרך מסלול ההתנגדויות הקבוע בחוק,¹⁰⁸ קודדנו את ההשגות

108 ריאיון עם עו"ד רוני נויבאר, ראש תחום (אזרחי), עו"ד לירן חשין-ברוש ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי) ועו"ד ליאב ויינבאום, ראש המחלקה המסחרית, לעיל ה"ש 88.

כ"התנגדויות א-פורמליות"¹⁰⁹. בחינת מכלול התשומות מצד היועמ"ש מגלה כי לצד הירידה בהתנגדויות הפורמליות חלה לאורך השנים עלייה בהתנגדויות הא-פורמליות. בשנים 2008–2011 נע שיעור ההתנגדויות הא-פורמליות בין 10% ל-20%, ובשנים 2012–2013 עלה שיעור זה במידה ניכרת, לכ-30% ולכ-50%, בהתאמה. תמונת המצב הכוללת של התנגדויות פורמליות וא-פורמליות מטעם היועמ"ש חושפת אפוא שיעורי התנגדות שלמך 2009 הם לפחות 40% ועוברים בשנת 2013 את רף ה-60%. שיעור ההתנגדויות המצטבר גבוה בהרבה מזה של ההתנגדויות הפורמליות בפני עצמן ומשקף שימוש הולך וגובר במנגנון של התנגדויות א-פורמליות.

גרף 1: עמדתו של היועמ"ש (התנגדות פורמלית/התנגדות א-פורמלית/לא מתנגד) לאורך השנים¹¹⁰



מעניין לראות ששיעורן של ההתנגדויות מן הציבור לכל אורך השנים האחרונות הוא בכ-10% בלבד מהתיקים.¹¹¹

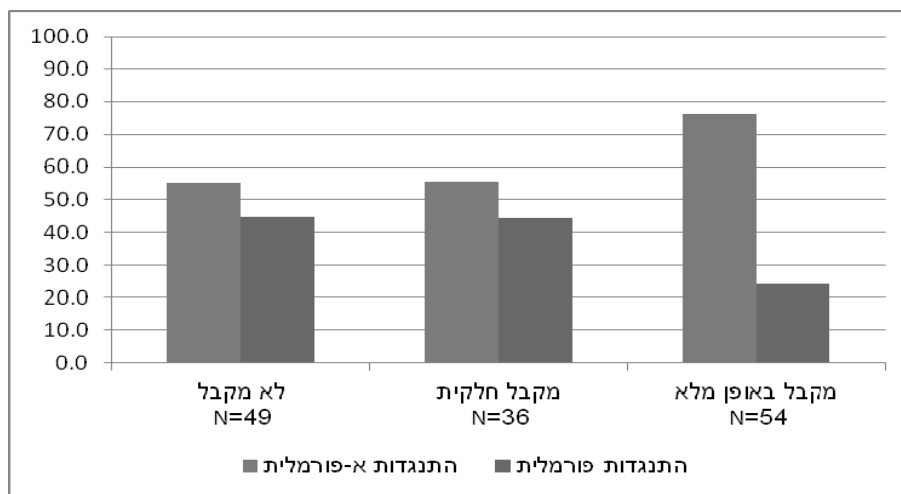
109 ראו לעיל ה"ש 14.
 110 בשנים הראשונות לחוק היה מספר התיקים קטן יחסית. בשנת 2006 התנגד היועמ"ש בכל התיקים, ובשנת 2007 לא התנגד כלל. כיוון שמאז שנת 2008 גדל נפח התיקים, ניתן להתחיל ולזהות מגמות בדפוסי ההתנגדות של היועמ"ש למן שנה זו.
 111 כן ראו טאובסיג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית", לעיל ה"ש 11, בעמ' 414 ו-417, המציין את מיעוט ההתנגדויות שמגישים חברי קבוצה, רשויות ציבוריות וארגונים רלוונטיים.

(ב) יחס בתי המשפט אל דפוס ההתנגדות של היועמ"ש – התנגדות פורמלית וא-פורמלית

טרם המחקר סברנו שבתי המשפט יתייחסו ביתר רצינות להתנגדויות פורמליות וייטו יותר לקבלן, בחלקן או במלואן, ושידחו לעתים קרובות יותר את ההתנגדויות הא-פורמליות, אשר הן בעלות משקל פחות בהיותן, לפחות לכאורה, בגדר "הערה לסדר" בלבד. השערה זו הופרכה. מצאנו כי נטייתם של בתי המשפט לקבל את התנגדויות היועמ"ש במלואן גבוהה במידה ניכרת כאשר מדובר בהתנגדות א-פורמלית (יותר מ-70% מן ההתנגדויות הא-פורמליות, לעומת כ-25% מהמקרים כאשר מדובר בהתנגדות פורמלית). גם כאשר מדובר בקבלה חלקית של ההתנגדות, ידן של ההתנגדויות הא-פורמליות על העליונה, אם כי במקרה זה הפערים קטנים יותר (כ-55% מההתנגדויות הא-פורמליות מקבל בית המשפט את ההתנגדות חלקית לעומת כ-45% מההתנגדויות הפורמליות). הפער בין אחוזי הדחייה של ההתנגדויות הפורמליות לאלה של הא-פורמליות הינו מתון עוד יותר, אם כי מגמתו זהה (רק כ-45% מההתנגדויות הא-פורמליות נדחו, וכ-55% מההתנגדויות הפורמליות).

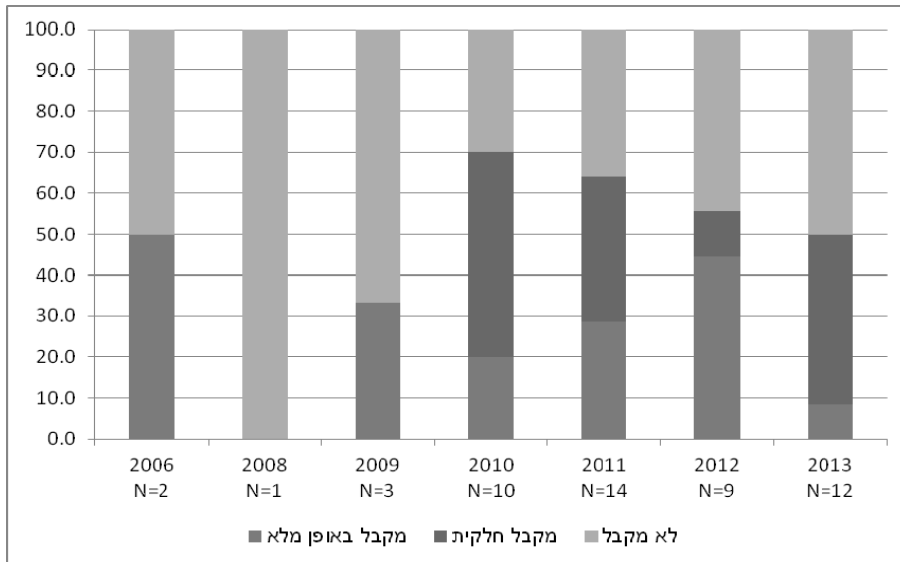
לבסוף, עולה מהנתונים כי בסך-הכול קיבלו בתי המשפט (באופן מלא או חלקי) את עמדת היועמ"ש (בין שהיא הובעה פורמלית ובין שהובעה א-פורמלית) בכ-65% מהמקרים (כלומר כ-90 מתוך 139 התיקים שבהם הובעה התנגדות פורמלית או א-פורמלית). משמע, בכ-35% מהמקרים שבהם הובעה התנגדות (49 מתוך 139) לא התקבלה כלל עמדת היועמ"ש.

גרף 2: יחסם של בתי המשפט להתנגדויות הפורמליות והא-פורמליות של היועמ"ש (לא מקבל/מקבל חלקית/מקבל באופן מלא את עמדת היועמ"ש):

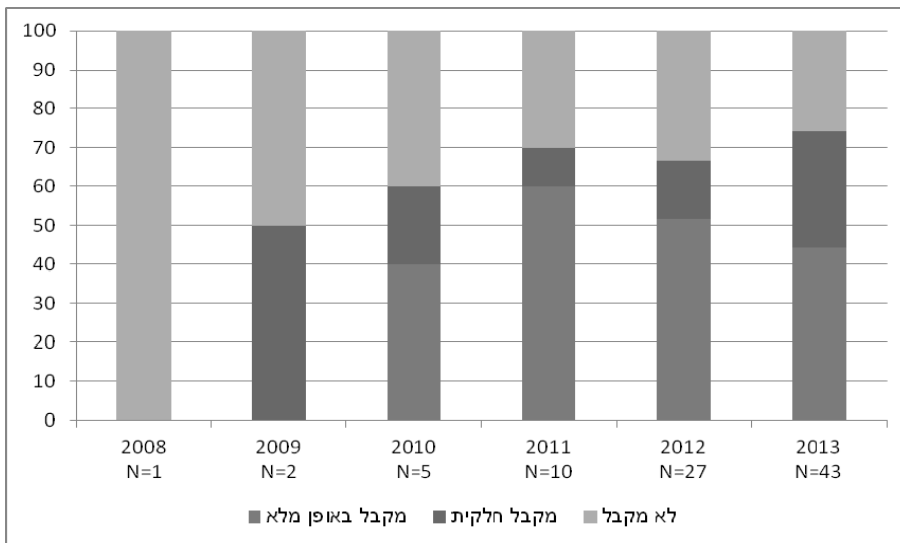


כפי שניתן לראות מצמד הגרפים הבאים, למן שנת 2010, שבה עלה שיעור ההתנגדויות, קיימת מגמה הולכת וגוברת של בתי המשפט לדחות התנגדויות פורמליות של היועמ"ש. שיעור דחייתן של התנגדויות פורמליות של היועמ"ש הגיע בשנת 2013 לשיעור של 50%, לעומת כ-25% מההתנגדויות הא-פורמליות שדחו בתי המשפט באותה שנה.

גרף 3: דחיית בתי המשפט את ההתנגדויות הפורמליות של היועמ"ש



גרף 4: דחיית בתי המשפט את ההתנגדויות הא-פורמליות של היועמ"ש

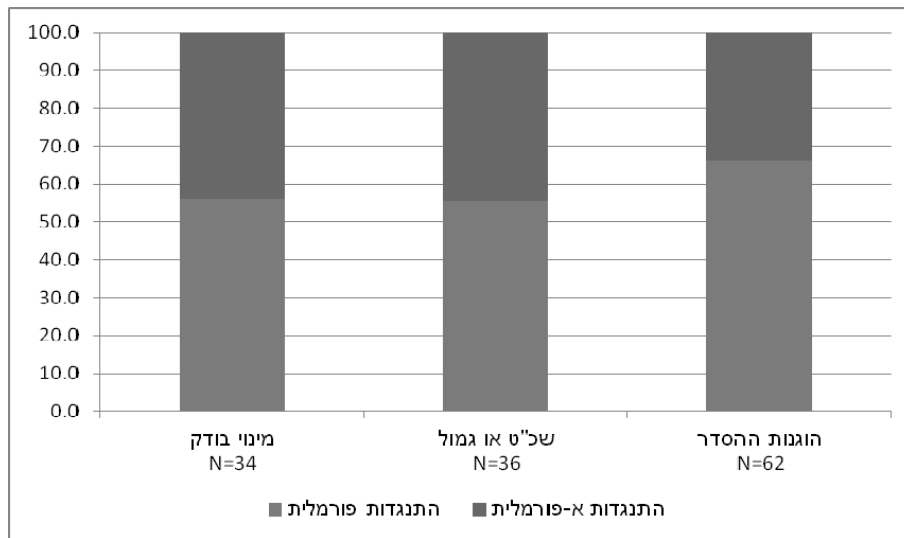


(ג) תוכן ההתנגדויות של היועמ"ש

ההשערה שלנו הייתה שנמצא שוני בתכני ההתנגדויות שיופנו למסלול הפורמלי לעומת הא-פורמלי.

שיערנו שקיים מתאם בין עצמת ההשגות של היועמ"ש לבין המסלול הפרוצדורלי שבמסגרתו יבחר היועמ"ש להתנגד. בעיקר ציפינו שההתנגדויות בנוגע להוגנות ההסדר ייוחדו למסלול הפורמלי, ושהשגות שעניינן שכר טרחה וגמול יעלו כמעט בלעדית באפיק הא-פורמלי. השערה זו התבססה על ראיונות שערכנו עם הפרקליטויות השונות ועם מחלקת ייעוץ וחקיקה, שבה נאמר לנו שההשגות החמורות יותר מופנות למסלול של התנגדות, ואילו השגות חמורות פחות מועלות בדרך של "השגות ללא התנגדות" (קרי, במינוחיו של מאמר זה, "א-פורמלית").¹¹² השערה זו הופרכה חלקית. מבדיקה של תכני ההתנגדויות הפורמליות והא-פורמליות מצאנו שהתכנים השונים מופיעים בשיעורים דומים במישורי ההתנגדות הפורמלי והא-פורמלי, אם כי ניכר שמרבית ההתנגדויות במישור של הוגנות ההסדר אכן הועלו במסגרת פורמלית.

גרף 5: הפניית התנגדויות במישורים שונים (הוגנות ההסדר, שכ"ט או גמול, מינוי בודק) למסלול התנגדות פורמלי או א-פורמלי

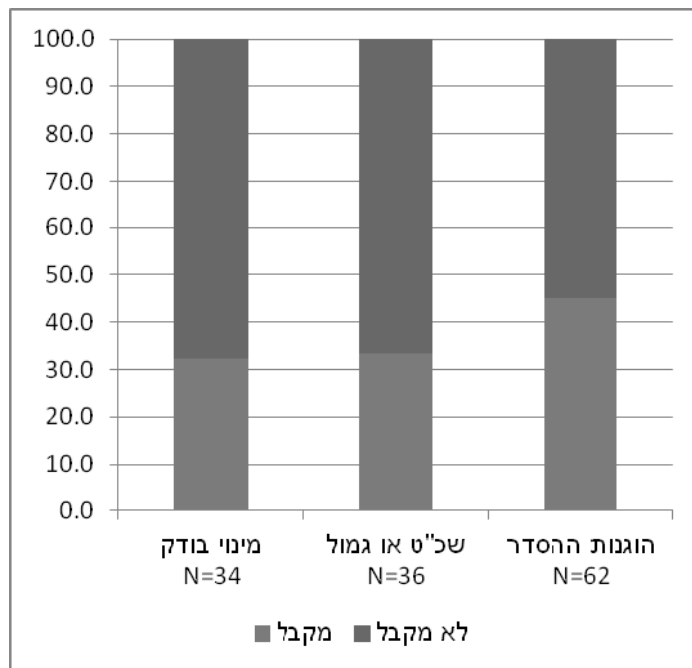


112 מריאיון שערכנו עם עו"ד רוני נויבאר, ראש תחום (אזרחי) ועו"ד לירן חשין-ברוש ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי), לעיל ה"ש 88.

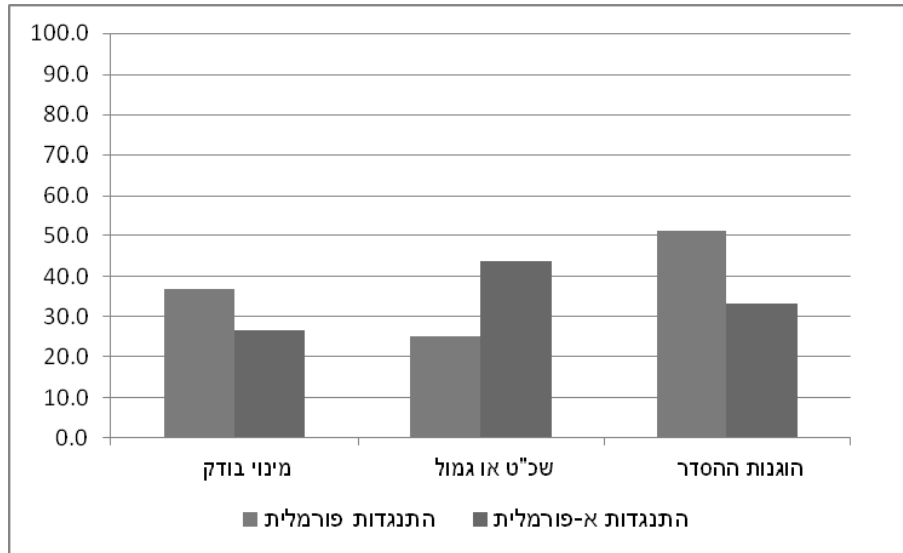
(ד) יחס בתי המשפט אל תוכן ההתנגדויות של היועמ"ש

ההשערה שלנו הייתה שלא יהיה פער ניכר בנטייתם של בתי המשפט לדחות או לקבל התנגדות מטעם היועמ"ש בין המישורים התוכניים השונים – שאלת הוגנות ההסכם, מינוי בודק או שיעור שכר הטרחה והגמול לתובע הייצוגי. השערה זו הופרכה חלקית. מחד, נטיית בתי המשפט לקבל התנגדויות מצד היועמ"ש הנוגעות לשאלת מינויו של בודק (שהייתה כ-32%) הייתה כמעט זהה לנטייתם לקבל התנגדויות מצדו בנוגע לשיעור שכר הטרחה (כ-33%), ומאידך בתי המשפט נטו לקבל התנגדויות הנוגעות להוגנות ההסכם בשיעור גבוה יותר – כ-45%. בכל המקרים מדובר בהתנגדויות של היועמ"ש המובעות הן פורמלית והן א-פורמלית.

גרף 6: נטייתם של בתי המשפט לקבל או לדחות את התנגדויות היועמ"ש (פורמליות וא-פורמליות) לפי מישור ההתנגדות (הוגנות ההסדר, שכ"ט או גמול, מינוי בודק)



גרף 7: נטייתם של בתי המשפט לקבל את התנגדויות היועמ"ש לפי למישור ההתנגדות (הוגנות ההסדר, שכ"ט או גמול, מינוי בודק) בתוך השוואה בין התנגדויות פורמליות ללא-פורמליות



כפי שניתן לראות, כשמדובר בהתנגדויות שנושאן מינוי בודק זכו ההתנגדויות הפורמליות ליתרון בשיעור של כ-10% לעומת האפיק הא-פורמלי, וכאשר עסקינן בהוגנות ההסדר הפער לטובת האפיק הפורמלי עלה והיה כ-20%. לעומת שני אלה, כאשר מדובר בהתנגדויות הנוגעות לשכר טרחה וגמול לא רק שהתגלתה מגמה הפוכה אלא שאף שיעורה היה גבוה יותר: נמצא שלאפיק הא-פורמלי שיעור הצלחה גבוה במידה ניכרת (כ-55%) מלמסלול הפורמלי (כ-25%). להבנת ממצאים אלה יש להזכיר כי גרף זה מתייחס רק למקרים שבהם בית המשפט מקבל את עמדת היועמ"ש. וכך לדוגמה ההתפלגות באפיקי ההתנגדות של היועמ"ש בשל אי-מינויו של בודק מתייחסת רק לאותם כ-30% מהתיקים שבהם התייחס בית המשפט בחיוב לבסיס התנגדות זה (כמפורט לעיל בגרף 6).

ד. ניתוח ומסקנות

הנתונים האמפיריים על תפקוד היועמ"ש כאמצעי בקרה על פשרות בתובענות ייצוגיות מציינים תמונת מצב מורכבת. מצד אחד נראה כי הירידה בשיעור ההתנגדויות הפורמליות של היועמ"ש ושיעור הדחייה הגבוה יחסית שלהן מצביעים על תרומה מוגבלת של מוסד זה להבטחת איכות

הפשרות.¹¹³ כפועל יוצא מכך יכול היועמ"ש להציע חיזוק מוגבל לנגישות למשפט של חברי הקבוצה המיוצגת, אם כי רב מזה המושג דרך התנגדויות מן הציבור.¹¹⁴ לצד דברים אלה מראים הנתונים שהיועמ"ש, כשחקן חוזר בעל פרספקטיבה ארוכת טווח, סלל לאורך השנים מסלול של התנגדות א-פורמלית שאליו הוא נדרש במידה הולכת וגוברת, ואשר במסגרתו מועלות הערותיו לחלק מהסדרי הפשרה. כיום היקפו של השימוש במסלול זה גדול בהרבה מזה של המסלול הפורמלי, ויחסו של בית המשפט להערות המועלות במסגרת הא-פורמלית חיובית הרבה יותר. לאמור, לעומת הערוץ הפורמלי, שיעור גבוה יחסית מהערות א-פורמליות של היועמ"ש מתקבלות בבית המשפט ומביאות הלכה למעשה לשינוי הסדרי הפשרה. אין ספק כי מדובר בהתפתחות חשובה ביותר. ראשית, כיוון שיש בה כדי להשפיע ישירות על האופן שבו החוק מיושם. יתרה מזאת, התפתחות זו נוגעת לדרכי הפעולה של שניים מהמוסדות המרכזיים ביותר במשטר החוקתי בישראל – היועמ"ש ובתי המשפט – ולמשק שביניהם. במיוחד יש לציין כי התפתחות זו מובילה למצב הפרדוקסלי שבו ההערות שנתפסות בעיני היועמ"ש כחשובות פחות – ולכן הוא מפנה אותן לנתיב הא-פורמלי – סיכוין להתקבל בבתי המשפט ולהשפיע על זכויות חברי הקבוצה המיוצגת גבוה מזה של ההערות הנתפסות בעיניו כחשובות יותר – המוצאות דרכן למסלול הפורמלי, שבו זוכה היועמ"ש להצלחה פחותה.¹¹⁵ נקודת המוצא לניתוח שיערך בחלק זה היא הטענה המוכרת שלפיה במעמד אישור הסדר הפשרה נוצרת אחידות אינטרסים בין התובע הייצוגי (ובא-כוחו) לבין הנתבע, במובן זה שהם שותפים לשאיפה לקבל את אישורו של בית המשפט להסדר שאליו הגיעו גם אם זכויותיהם של שאר חברי הקבוצה המיוצגת לא באו בהסדר לידי ביטוי מספק. במילים אחרות, שני הצדדים מבקשים לסיים את עיסוקם היקר (בעיקר עבור התובע) והמטריד (בעיקר עבור הנתבע) בתובענה הייצוגית ולחזור לשגרת פעילות. לשאיפה זו מצטרף שחקן משפטי נוסף, אם כי הספרות הרלוונטית ממעטת לדון בו בהקשרו. מדובר כמובן בבית המשפט. אף הוא מבקש להביא את הדיון בתיק לידי סיום מהיר ולהתקדם לתיק הבא המונח על שולחנו. קל להבין כיצד במציאות זו

113 אם כי ניתן לחלוק על עמדה זו. בריאיון שערכנו עם עו"ד רשף חן, לעיל ה"ש 88, העלה עו"ד חן בפנינו את האפשרות שהירידה במספר ההתנגדויות הפורמליות יכולה להצביע על האפקט המצנן שיש למנגנון זה על התנהגות הצדדים מלכתחילה (אקס אנטה) כאשר הם מגבשים את הסדר הפשרה. עם זאת שיחותינו עם אנשי ייעוץ וחקיקה העלו שלהתרחשותם הבעייתיות בהסדרי הפשרה איננה נעלמת: לא רק שכשלים מסוימים שבים ומופיעים בהסדרי הפשרה, אלא שמעת לעת צצות ועולות בעיות חדשות בהסדרי שכאלה.

114 זאת משום שהתנגדויות מטעם הציבור מוגשות לעתים רחוקות יותר מהתנגדויות היועמ"ש, ובתי המשפט נוטים לקבלן פחות משהם נוטים לקבל את התנגדויות היועמ"ש, כפי שעולה מן הנתונים בידינו. הממצאים על מיעוט התנגדויות מן הציבור ועל נטיית בתי המשפט לדחות התנגדויות מועטות אלה תואמים גם את המצב בארצות הברית. ראו Leslie, לעיל ה"ש 4.

115 מובן שהסיווג לפורמלי וללא-פורמלי אינו נקי, ויכולים להיות מקרים שנויים במחלוקת או גבוליים. עם זאת התרשמנו שאנשי הפרקליטות וייעוץ וחקיקה מונחים מן הרצון להפנות את הסוגיות החשובות יותר בעיניהם לאפיק הפורמלי ולהפך.

יכול היועמ"ש להיראות – גם בעיני בית המשפט – כגורם מפריע התוקע מקלות בגלגלי ההסדר.¹¹⁶

בהמשך לאמור ובמבט כללי יותר, מפתיע לגלות שהחוק, אשר יצר מנגנון מרשים להתמודדות עם מערך התמריצים של השחקנים השונים במעמד הסדרי הפשרה, לא הביא בחשבון את תמריציו ואילווציו של בית המשפט.¹¹⁷ דרך אחת להציג את הדילמה שעל הפרק היא זו: אם, כפי שראינו, ייטו בתי המשפט לראות ביועמ"ש גורם [ה]מסרב לא לצורך את הליך האישור של הסדרי פשרה ראויים,¹¹⁸ עולה השאלה באילו נסיבות עשויה נטייה זו של בתי המשפט להתחזק או להיחלש. כיצד ניתן להסביר כי חרף נטייה כללית זו מגלים בתי המשפט יחס חיובי (יותר) להתנגדויות א-פורמליות של היועמ"ש? מטבע הדברים, הנתונים האמפיריים אינם יכולים לספק מענה ברור לשאלה. עם זאת אנו מבקשים להציע שלושה הסברים אפשריים, אשר יש בהם, יחד ולחוד, כדי להאיר את הדינמיקות שמעצבות את היחסים שבין בית המשפט ליועמ"ש, כשחקנים חוזרים במעמד אישור פשרות בתובענות ייצוגיות. במיוחד יש בהסברים אלה כדי לזרות אור על יחסם של בתי המשפט להתנגדויות היועמ"ש – פורמליות וא-פורמליות. ההסברים שנציע להלן חלים בשלושת מישורי הפעולה האלה של בתי המשפט: הארגוני, המוסדי והפסיכולוגי.¹¹⁹

שלוש נקודות המבט הללו – הארגונית, המוסדית והפסיכולוגית – מקיפות שלוש גישות יסוד בתורת הארגונים. שלוש נקודות המבט מתבססות על ההכרה שבתי המשפט הם, במובנים רבים וחשובים, "ארגונים" במשמעות המקובלת בספרות תורת הארגונים למונח זה ("ארגון/ארגונים"). לפי המשגה זו, נקודת המבט הראשונה שתידון להלן, הארגונית, עניינה במנהלו הפנימי של הארגון הנקרא "בית המשפט" ובניסיונותיה של הנהלת הארגון להשליט מדיניות מסוימת בתוכו; נקודת המבט הבאה שתידון להלן, המוסדית, מתרכזת בתחום יחסי

116 ראו למשל עניין אפשטיין, לעיל ה"ש 103, בפס' 17, שם מבקר בית המשפט את היועמ"ש על שהתנהלותו במקרה דנן: "מסרבלת שלא לצורך את הליך האישור של הסדרי פשרה ראויים". כן ראו – 901, 912 U. CHI. L. REV. 82 Mathew Tokson, *Judicial Resistance and Legal Change*, 913 (2015).

117 הרצון לברר תיקים ביעילות ולקדם פשרות מאפיין את כלל התיקים שבהם דנים בתי המשפט ולא רק תיקי תובענות ייצוגיות, אולם הליכי אישור פשרות בתובענות ייצוגיות הם חריגים בנוף בהיותם מחייבים את בתי המשפט לעבור הליך מובנה שבמסגרתו מתקבלת חוות דעתם של גורמי חוץ. על כן היה ראוי במסגרת החקיקה לתת את הדעת למערך התמריצים הכללי שמאפיין את פעולת בתי המשפט במסגרת אישור פשרות.

118 עניין אפשטיין, לעיל ה"ש 103, בפס' 17.

119 ניתן כמובן להציע הסברים רבים ושונים לממצאים. עם זאת, כפי שראינו, נימוקים משפטיים "טהורים" אינם יכולים להסביר מדוע בתי המשפט נענים להתנגדויות פורמליות יותר משהם נענים להתנגדויות הא-פורמליות, וכפי שמוסבר בחלק זה, אנו סבורים שיש בהסברים במישורים שאנו מציעים, הנשענים על תורת הארגונים, זיקה חזקה במיוחד לפעילותם של בתי המשפט.

החוץ של הארגון דנן עם ארגונים הנמצאים בסביבתו; נקודת המבט השלישית שתוצג להלן, הפסיכולוגית, נוגעת לתחום החשוב של קבלת החלטות בארגונים.¹²⁰ לפי הגישה הארגונית, בתי המשפט הם ארגון, ובחינת דרכי התנהלותם מנקודת מבט ארגונית יכולה להאיר פנים שונים של פעילותם ואת המניעים שמאחוריה. הפרספקטיבה הארגונית תמקד את תשומת הלב באורגן חשוב ביותר במערך של בתי המשפט מזווית ארגונית – הנהלת בתי המשפט – ותשוף את העובדה שעקרון המדיניות המארגן את פעולתם של בתי המשפט בשנים האחרונות, בניצוחם של הנהלת בתי המשפט ושופטים בכירים (בראשם נשיאי בית המשפט העליון בעשורים האחרונים), הוא הרצון לייעל את המערכת.¹²¹ השאיפה לייעול מתורגמת בראש ובראשונה לניסיונות להביא לסגירה מהירה ככל הניתן של תיקי בית משפט, תוך צמצום בעלויות ניהול התיקים ותפעול מערכת בתי המשפט.¹²² עקרון מדיניות זה מחלחל אל כל מישורי העבודה של השופטים, בכל הערכאות.¹²³ במסגרת זו הפכה הפשרה לנורמה המקובלת שלאורה מתנהלים שופטים רבים הסובלים מעומס רב, מסדר יום דחוס ומלוחות זמנים דוחקים.¹²⁴

אין חולק שהשאיפה לקידום יעילות מערכתית מצאה את דרכה גם אל תחום התובענות הייצוגיות והביאה לקידום הסדרי פשרה, הסתלקויות וחדילה. אמנם אחת המטרות המוצהרות של החוק היא לקדם "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות",¹²⁵ אולם נראה כי היעילות שבית

120 יאיר שגיא "למנצח שיר מזמור? לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל" משפט וממשל טז 65 (2014).

121 ראו לאחרונה, למשל: עידו באום "כך תיראה הרפורמה שתשנה את כל התביעות האזרחיות בישראל" הארץ – The Marker 26.11.2014 www.themarker.com/law/1.2495731.

122 ראוי לציון מיוחד בהקשר זה מכרו שפרסמו בשנת 2010 הנהלת בתי המשפט ומשרד האוצר כדי "לבחון ולבצע הליכי התייעלות במערכת המשפט... ולהיעזר לשם כך בחברה המתמחה בניתוח ובביצוע שינויים ארגוניים ועסקיים בארגונים מורכבים או במוסדות ממשלתיים מרכזיים" (מכרו פומבי מס' 21/10 שירותי ייעוץ ותכנון אסטרטגי לקידום ולשיפור מערכת בתי המשפט (11.10.2010) elyon1.court.gov.il/heb/dover/html/michraz/2110.pdf).

123 עדות ברורה לחדירת השיח הארגוני למנהל בתי המשפט מצויה למשל בת"א (שלום ת"א) 44579/08 כהן נ' איילון בע"מ – חברה לביטוח (פורסם בנבו, 29.12.2012). כן ראו את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 121–122.

124 על העומס בבתי המשפט בישראל ראו הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל דו"ח הוועדה 15–19, 150 (1997); פרוטוקול ישיבה מס' 340 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (14.2.2011): "התאבדותו של שופט בשל עומס העבודה" (ישיבה זו כונסה לאחר התאבדותו של השופט מוריס בן-עטר ז"ל); שחר גולדמן הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט: יתרונות מול חסרונות (1999); רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות (2007); חן מענית "נתונים מדאיגים לגבי מערכת המשפט הישראלית" NRG 27.11.2014 www.nrg.co.il/online/16/ART2/650/824.html; אורית נינאי-קליין ואורן פרז "על פרוצדורה, תכלית ושיקול דעת שיפוטי בדיני נזיקין: בחינת ההסדרים למינוים ולחקירתם של מומחים רפואיים בתביעות נזקי גוף" דין ודברים ז 369, 386–387, 403–406 (2014).

125 ס' 4(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

המשפט חותר אליה בתחום דנן טמונה באותו מערך תמריצים שבתי המשפט כפופים לו ככלל, ולכן אין בסעיף המטרות של חוק זה כדי לקדם בפועל גישה חלופית בסוגיה הגדולה של יעילותם של הליכים שיפוטיים.¹²⁶

חתירה אחר יעילות בפשרות בתובענות ייצוגיות – קרי השאיפה להגביר את קצב "סגירת" התיקים הממתינים להכרעה – עולה בקנה אחד עם גישה חיובית כלפי ההתנגדויות הא-פורמליות ועם גישה שלילית כלפי ההתנגדויות הפורמליות. בפשרות אין לבית המשפט יכולת לכפות הסכמה על הצדדים, והוא תלוי בנכונות הצדדים לאמץ את השינויים שהוא מציע. כאשר בית המשפט שוקל את המשמעות של כל אחת מן ההתנגדויות, הוא רואה לנגד עיניו תרחיש טיפוסי שונה, העשוי לנבוע מאימוץ הסתייגותיו של היועמ"ש. קבלה של התנגדות פורמלית יכולה להוביל לסירוב של הצדדים לתקן את הפשרה ולניהול מלא של הדיון בתיק בבית המשפט. זוהי תוצאה לא רצויה בעליל מפרספקטיבה ארגונית ששואפת לקדם את היעילות המערכתית ולהביא לידי סיום מהיר של ההליכים במסגרת פשרה המקובלת על הצדדים. לעומת זאת קבלה של הערותיו של בא כוח היועמ"ש, המובאות במסגרת התנגדות א-פורמלית, אמורה להיות כרוכה בעריכת תיקון קל יחסית בהסדר המוצע או בהותרת ההסדר המוצע על כנו. מכל מקום, בדרך כלל אין היא כרוכה בקיום של הליך מלא בתיק. בשל כך, במקרה זה הסיכוי שהטמעת הערות היועמ"ש תוביל לקריסת בסיס ההסכמה בין הצדדים ולניהול מלא של התיק באולם בית המשפט קטן יותר. לבסוף, ניתן להעריך כי השפעתו של שיקול ארגוני זה מועצמת לנוכח נטייתו הטבעית של השופט להעדיף סגירה מהירה של תיקים על פני התמשכות הליכים.¹²⁷

המישור המוסדי יש בו כדי לספק אף הוא הסבר אפשרי ליחס של בתי המשפט להתנגדויות של היועמ"ש, ובייחוד לנכונותם הגבוהה יותר של בתי המשפט לקבל את התנגדותיו הא-פורמליות של היועמ"ש. בהקשרנו, מישור זה עוסק בניתוח אופן פעולתם של מוסדות וארגונים בעיקר דרך הפריזמה של יחסי הגומלין שלהם עם מוסדות קרובים, הפועלים לצדם, בשיתוף פעולה עמם או בתחרות עמם.¹²⁸

במקרה שלנו, הן בתי המשפט והן היועמ"ש ממלאים פונקציה דומה של הפעלת שיקול דעת, הנשען על כלים וידע משפטיים בהערכת איכות הפשרה. חוות דעתו של היועמ"ש, בניגוד לזו של הבודק,¹²⁹ אמורה להתבסס על כלים ועל ניתוח משפטיים של האינטרס הציבורי. למשל,

126 ריאיון עם עו"ד רשף חן, לעיל ה"ש 113.

127 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 116.

128 שגיא, לעיל ה"ש 120, בעמ' 95–97.

129 כפי שמודגש, למשל, בעניין אשר, לעיל ה"ש 9, פס' 8, הבודק אמר לאמת את בסיס הנתונים הרלוונטיים להסדר הפשרה ולבחון את כדאיות ההסדר עבור חברי הקבוצה מנקודת ראות כלכלית. אנשי ייעוץ וחקיקה רואים את תפקיד הבודק בעיקר בחשיפתם ובאימותם של נתונים רלוונטיים לנזק ולהערכת שווי הסעד, שלא יעמדו בפני בית המשפט בדרך אחרת בשלב שבו התובענה הייצוגית כבר אינה בשלב העומתי שלה אלא בשלב שבו הצדדים כבר סיכמו ביניהם את סיום הסכסוך. ריאיון עם עו"ד רוני נויבאר, ראש תחום (אזרחי) ועו"ד לירן חשין-ברוש ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי), לעיל ה"ש 88.

באחד מפסקי הדין נאמר שעמדת היועמ"ש בנושא הפשרה משקפת "תפקיד ציבורי בהגנה על הקבוצה וכי'ועץ' לבית המשפט".¹³⁰ על פני הדברים נוצרת כפילות של תפקיד היועמ"ש מזה ושל תפקידו של בית המשפט מזה, שהרי בית המשפט מקבל לידי את התנגדות היועמ"ש לאחר שהוא עצמו בחן, מנקודת מבט משפטית, את הסדר הפשרה והחליט שלא לדחותו על הסף ולפרסמו ברבים.¹³¹ נראה כי כפילות זו היא תוצר מכוון של החקיקה, אשר ביקשה להצמיח כמה שכבות של הגנה שיפעלו בו-זמנית להבטחת הוגנות ההסדר, גם במחיר של חפיפה בין גורמי הפיקוח השונים.¹³² דברים אלה קיבלו אישור מעו"ד רשף חן, שהיה מיוזמי החוק כאשר שימש חבר כנסת בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. עו"ד חן ציין בשיחה שקיים עמנו שכפילות זו הייתה מכוונת, והיא באה להבטיח בקרה נאותה על הסדרי הפשרה. הכוונה הייתה להעביר את הסדר הפשרה בקרה שיפוטית הן על ידי בית המשפט והן על ידי היועמ"ש מתוך הבנה שבמעמד אישור הסדר הפשרה מופעלים לחצים רבים לאישור ההסדר שבעטיים יש לייצר לחצי-נגד כבדי משקל.¹³³

ראויה ככל שתהיה כוונה זו, ייתכן שהיא הביאה בסופו של דבר ליצירתה של יריבות מוסדית בין היועמ"ש לבין בתי המשפט בהקשר זה. ייתכן שהחפיפה ה"טריטוריאלי" ¹³⁴ הקיימת בין בתי המשפט ליועמ"ש במישור המוסדי בתחום התובענות הייצוגיות היא שעומדת מאחורי הלשון הבוטה ודברי הביקורת הנוקבים שמשמיעים לעתים בתי המשפט בדחותם את התנגדויות היועמ"ש.¹³⁵

130 ת"צ (מחוזי מרכז) 164-12-07 שרייר נ' מהדרין בע"מ, פס' 23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.2.2009). אם כי בת"א (מחוזי ת"א) 2386/09 דנה נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ, פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.1.2010), מודגש כי היועמ"ש "אינו מופיע לדיון [בבית המשפט] כנציג של הרגולטור או של משרד ממשלתי כזה או אחר".

131 ס' 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

132 תע"א 12803/08 רומן נ' מרחב אבטחה שמירה ניקיון ושרותים בע"מ, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.10.2013), שם קובע בית הדין האזורי לעבודה כי "עמדת [היועמ"ש] חשובה ביותר באשר יש בה כדי לסייע לבית הדין, בבחינת גורם אובייקטיבי, בנוסף על בית הדין". בית הדין עוד מוסיף כי "מכיוון שההסכמים כולם מועברים לאישור היועמ"ש, הרי שיש לו קנה מידה לבחון את סבירות ההסכמים". עם זאת ניתן לטעון כי לפחות חלק מבתי המשפט מפתחים אף הם נקודת מבט רחבה על התחום, שכן רבים מפסקי הדין שניתנו בבתי המשפט המחוזיים בתובענות אלה הם פרי מלאכתם של מספר מצומצם למדי של שופטים.

133 ריאיון עם עו"ד רשף חן, לעיל ה"ש 88.

134 השוו ליצחק גל-נור מינהל ציבורי בישראל: התפתחות, מבנה, תפקוד ורפורמות 81 (2007), שם מדבר הכותב, בהקשר דומה, על "טריטוריאליזם ארגוני".

135 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 2446/06 רוטשילד נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.4.2011), שם מאשר בית המשפט את הסדר הפשרה חרף התנגדות היועמ"ש ומציין "שגישתו של היועמ"ש בנדון מרוקנת מתוכן את המנגנון של הסדר פשרה בתובענות ייצוגיות"; עניין אפשטיין, לעיל ה"ש 103, פס' 17, שם דוחה בית המשפט את עמדת היועמ"ש מכול וכול ומעביר ביקורת על אופן התנהלותו בציינו כי לגישת היועמ"ש "אין אחיזה כלשהי בלשונו של חוק תובענות ייצוגיות". כן ראו בדומה את דבריו הביקורת של בית הדין האזורי

סוג אחר של הסברים לשוני ביחס של בתי המשפט להתנגדויות פורמליות לעומת א-פורמליות, אפשר שקשור לתפיסה הפסיכולוגית של הסיטואציה. בעולמן של הפסיכולוגיה החברתית והקוגניטיבית קיים מחקר עשיר שמראה כי האופן שבו מידע מוצג ונתפס על ידי מקבלי החלטות משפיע על תוכנן של החלטות המתקבלות.¹³⁶ בהקשר זה, הטיות קוגניטיביות, מעין קיצורי דרך שיטתיים שמפעיל המוח, גורמות לנו פעמים רבות להתייחס באופן שונה למצבים דומים.¹³⁷ בנוסף, תופעת ה-*agency* יש בה כדי להסביר מדוע יבכרו שופטים הערות א-פורמליות, שאינן מכרסמות בתחושה כי הם שקיבלו את החלטה בנושא. הספרות בתחום זה מראה לנו כי אנשים מעדיפים לקבל החלטות שמעצימות את תחושת ה-*agency* שלהם, כלומר את התחושה שהם יכולים להשפיע על העולם דרך קבלת החלטה מצדם.¹³⁸ למעשה, מדובר בדינמיקה דומה לזו שתיארנו במישור המוסדי, אולם כאן היא מתרחשת במישור האישי, במישור הפעולה של השופטים השונים מתוקף היותם מקבלי החלטות בנושא איכות הפשרה. דוגמה אפשרית נוספת לסוג הדינמיקות שעשוי לאפיין את תהליך קבלת החלטות אצל שופטים בהקשר שלנו היא של "reactance" – תופעה שבה מקבלי החלטות דוחים מידע שנראה בעיניהם מאיים על חופש הבחירה שלהם.¹³⁹ בהקשר שלנו יש בתופעה זו כדי להביא לדחיית ההתנגדויות הפורמליות בשל התחושה הפסיכולוגית (הלא מודעת) שהן מאיימות על חופש הבחירה וההכרעה של השופטים.

לבסוף, ייתכן שהתפיסה הפסיכולוגית של מקבלי החלטות מושפעת לא רק מאופן הצגת הדברים אלא גם מהשלב שבו הם מועלים וכן מהחלופות שמקבל החלטות רואה לנגד עיניו בשלב החלטה, כפי שצוין לעיל. בהקשר שלנו דברים אלה מחזקים את הסברה שייתכן שהתנגדותו של היועץ מ"ש מגיעה בשלב מאוחר מדי (לאחר שבית המשפט בחן כבר את הסדר

לעבודה בתע"א (אזורי ת"א) 4921/10 ארכיב נ' דינמיקה שירותים 1990 בע"מ (פורסם בנוב, 10.4.2013).

136 HERBERT A. SIMON, לספרות קבלת החלטות בתחום תורת הארגונים, ראו המקורות האלה: ADMINISTRATIVE BEHAVIOR: A STUDY OF DECISION-MAKING PROCESSES IN ADMINISTRATIVE ORGANIZATION (3rd ed. 1976); RICHARD M. CYERT & JAMES G. MARCH, A BEHAVIORAL THEORY OF THE FIRM 118–119 (1963); David J. Hickson, *Decision-Making at the Top of the Organization*, 13 ANN. REV. SOC. 165 (1987).

137 מבין הספרות הרלוונטית העצומה בנושא זה ראו מיה בר הלל ואוריאל פרוקצ'יה "כלכלה התנהגותית" הגישה הכלכלית למשפט 71, 75–112 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); נינאי-קליין ופרז, לעיל ה"ש 124, בעמ' 385–382; Carol A. Heimer, *Social Structure, Psychology, and the Estimation of Risk*, 14 ANN. REV. SOC. 491 (1988); Cass Sunstein, *Group Judgments: Statistical Means, Deliberation, and Information Markets*, 80 N.Y.U. L. REV. 962 (2005) לסיכום מאיר עיניים על אופן השפעתן של הטיות ממין זה על יחסם של שופטים לשינויי דוקטרינה משפטית ראו Tokson, לעיל ה"ש 116, בעיקר בעמ' 913–925.

138 לתופעה זו ראו למשל Albert Bandura, *Human Agency in Social Cognitive Theory*, 44 AM. PSYCHOL. 1175 (1989).

139 "motivational state directed toward the reestablishment of (a) threatened or eliminated freedom" JACK BREHM, A THEORY OF PSYCHOLOGICAL REACTANCE (1966) ראו

הפשרה בעצמו), ושהחלופות השונות העומדות לנגד עיני בית המשפט כאשר הוא שוקל אם לקבל, או לדחות, התנגדות פורמלית (משפט לעומת הסדר) לעומת א-פורמלית (הסדר שהציעו הצדדים לעומת הסדר מתוקן קלות) הן שמחזקות את נכונותו של בית המשפט לקבל התנגדויות א-פורמליות ולדחות התנגדויות פורמליות.¹⁴⁰

ה. סיכום

בעשורים האחרונים אנו עדים לשתי התפתחויות מקבילות במערכת המשפט הישראלית, אשר לשתייהן השפעה מכרעת על הנגישות למשפט: המעמד ההולך ומתחזק של זכות הגישה לערכאות והשימוש ההולך וגובר בפשרות במערכת השיפוטית להגברת היעילות המערכתית. שתי המגמות הללו עומדות במרכז מאמר זה, העוסק בפשרות בתובענות ייצוגיות. מצד אחד, תובענות ייצוגיות וניהול יעיל שלהן, לרבות כאלה שמסתיימות בפשרה, אמורים לקדם נגישות למשפט של קבוצות אוכלוסייה רחבות, הנהנות בדרך זו מהכרה רחבה בזכות הגישה לערכאות. מצד אחר, פשרות כאלה, כאשר אינן נתונות לבקרה מספקת, עלולות לקדם את האינטרסים של הצדדים הישירים לתביעה ואת היעילות המערכתית על חשבון הזכויות המהותיות של חברי הקבוצה המיוצגת. הבטחת גישה למשפט בעידן שבו המשפט הוא החרוג והפשרה היא הכלל, מחייבת התמקדות במנגנוני הבקרה הקיימים על פשרות. חוק תובענות ייצוגיות קבע מנגנונים שונים שמטרתם להבטיח בקרה נאותה על פשרות ונגישות למשפט של חברי הקבוצה, ובהם גם מנגנון ההתנגדות של היועמ"ש. לאורך השנים נחשפו כשלים בפעולת מנגנוני הבקרה השונים על פשרות בתובענות ייצוגיות, כשלים שהצמיחו הצעת חוק חדשה, אשר מבקשת לתת מענה לבעיות אלה בעיקר דרך הרחבת מנגנון ההתנגדויות מן הציבור. במסגרת הדיון העשיר בפשרות בתובענות ייצוגיות והבעיות שנתגלו בהן זכה מנגנון ההתנגדויות של היועמ"ש, העומד במוקד מחקרנו, לתשומת לב מועטה ביותר. במאמר זה ביקשנו לבחון את האפקטיביות של מנגנון ההתנגדויות של היועמ"ש – עד כמה מתנגד היועמ"ש לפשרות המובאות בפניו בתי המשפט, על איזה רקע, ואיזו השפעה יש להתנגדויות שלו על ההחלטה של בתי המשפט אם לאשר את ההסדר שהושג בין הצדדים. לימוד מעמיק של מנגנון זה מגלה תמונת מצב מורכבת שבמרכזה מערכת היחסים שבין בתי המשפט ליועמ"ש.

140 נקודה זו העלה בפנינו עו"ד רשף חן במהלך הריאיון עמו כמחשבה לאחר מעשה. ריאיון עם עו"ד רשף חן, לעיל ה"ש 88. בנוסף, עשויה ההטיה של ה-"Framing Effect" לספק הסבר למקרה שלנו. ההטיה מצביעה על כך שהאופן שבו המידע מוצג משפיע על הבחירות וההעדפות של אנשים, גם במצבים בהם הבחירה הרציונלית לא היתה אמורה להיות מושפעת מאופן הצגת המידע. ראו את המקורות הנזכרים בה"ש 137, וכן את מאמר היסוד הזה: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211 SCIENCE 453 (1981). עם זאת ייתכן שההבדלים בין סוגי המקרים שמופנים לכל אחד ממסלולי ההתנגדות הם שעומדים מאחורי השוני בתגובת בית המשפט, ואז סוג ההסבר הזה מתאים פחות.

החוק מתמקד באינטרסים של הצדדים, אך אין הוא מתייחס למערך התמריצים של בתי המשפט, והוא מתעלם מהיותו של היועמ"ש שחקן חוזר, הפועל בבתי המשפט גם בהקשרים אחרים. מציאות זו הוכחה כמאתגרת עבור היועמ"ש, אך גם אפשרה לו לפתח לאורך זמן אסטרטגיות פעולה אשר שחקנים חד-פעמיים לא היו יכולים לנקטן.

חרף היצירתיות בעבודת היועמ"ש וההשפעה שלה הוא זוכה, בין היתר בתיקונים הרבים הנכללים בהסדרי פשרה עקב התערבותו טרם אישורם, אנו רואים שכאשר מדובר בהתנגדויות פורמליות, שבהן הוא רואה חשיבות רבה, ייטו בתי המשפט לדחות את עמדתו לעתים קרובות מאלה שבהן ידחו התנגדויות א-פורמליות, שהן מוגבלות בהיקפן. למעשה, מדובר במצב פרדוקסלי שבו מצליח היועמ"ש לשכנע את בית המשפט לעתים מזומנות יותר בצדקת עמדתו דווקא באותם הקשרים שנראים לו חשובים פחות. במציאות שבה ההתנגדויות מן הציבור הן מועטות ביותר, ובתי המשפט אינם נוטים למנות בודקים, זהו ממצא חשוב ומדאיג. הצענו הסברים אפשריים לפרדוקס זה, ובהם דינמיקות ארגוניות, מוסדיות ופסיכולוגיות הגורמות לבתי המשפט לדחות לעתים תכופות יחסית את התנגדות היועמ"ש כאשר מדובר בהתנגדות פורמלית על פי החוק ולקבלה לעתים תכופות יחסית כאשר מדובר בהסתייגות א-פורמלית מן ההסדר. כפי שראינו, אין די בקיומם של מנגנוני הביקורת על הפשרה עלי ספר, כיוון שאינטרסים, תמריצים ולחצים הפועלים במישורים שונים עשויים להביא לידי אי-הפעלתם של המנגנונים או לשינוי דרסטי באופן פעולתם. כדי להבטיח את יעילותם של מנגנונים אלה, יש לוודא כי מערך התמריצים של כלל השחקנים הפועלים במסגרת הסדרים אלה יעודד הפעלה מלאה ועניינית של מנגנוני הבקרה. בשונה מהקשרים רבים אחרים שבהם הסדרי הפשרה נותרים סודיים ומידת הבקרה עליהם מועטה ביותר, קובע הליך אישור הסדרי הפשרה בתובענות ייצוגיות מנגנון פתוח שבו מוקנה לבתי המשפט ולגופים ציבוריים תפקיד מפתח באישור ההסדר. פתיחות זו היא שמאפשרת ללמוד מן הניסיון בתחום ולשפר את אופן פעולתם של מנגנונים אלה להבטחת הפוטנציאל הגלום בתובענות ייצוגיות להגברת נגישותו של המשפט.