

תובענה ייצוגית כנגד רשות שלטונית: לית דין ולית דיין

דקלה צרפתי ויוסי כפרי*

א. מבוא: כמה מילים על תובענה ייצוגית

ב. הדין עובר לפרשת א.ש.ת.

ג. פרשת א.ש.ת.

ד. הרהורים על טענות המדינה ודעת שופטי הרוב

(1) חלופות: בג"ץ ובתי דין מנהליים

(2) חלופות: טענת ה-Test Case

(3) חקיקת משנה הסותרת חקיקה ראשית

(4) חקיקה שיפוטית

ה. שיקולים תקציביים

ו. שלטון החוק ואמון הציבור במערכת: שיקולים שנשכחו משופטי הרוב בפרשת א.ש.ת.

ז. אחרית דבר

א. מבוא: כמה מילים על תובענה ייצוגית

מסורת היא בשיטת המשפט בישראל כי דלתותיו של בית המשפט פתוחות בפני האזרח בריבו עם הרשות^[1]. שיטת המשפט הישראלית הכירה משכבר הימים בתפקידה הייחודי של הרשות השופטת בהגנה על זכויות הפרט גם במחיר העמסת המערכת בתביעות שבסופו של יום נדחות מטעמים שונים. בכך התפתח בישראל שיח משפטי פורה בין מרכיביה השונים של מערכת המשפט – עורכי הדין, אנשי האקדמיה, השופטים בערכאות השונות והמחוקקים - שיח שחשיבותו לשימור שלטון החוק ברורה. על רקע זה המצב המשפטי הקיים בעניין אישור תובענה ייצוגית כנגד המדינה^[2] תמוה. בעקבות חילוקי דעות בין הערכאות השונות^[3] העדיף בית המשפט

* סטודנטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. תודנתו נתונה למתן גולדבלט, לד"ר יששכר רוזן-צבי ולד"ר אמנון רייכמן אשר הנחו וסייעו רבות בהכנת מאמר זה.

[1] לעניין זה ראו למשל רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ ואח', פ"ד נו(3) 220, 272. (להלן: פרשת א.ש.ת.); בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429; בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441.

[2] עסקינן בתובענה ייצוגית מכוח תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן "תקנה 29" או "התקנה").

[3] במקרים אחדים הציבו בתי המשפט גבולות מובהקים וחד-משמעיים לקבלת אישור לתובענה ייצוגית מכוח תקנה זו. ראו: ת"א (מח' י-ם) 109/94 התאחדות הסטודנטים בישראל ואח' נ' האוניברסיטה העברית בירושלים ואח' (לא פורסם); ת"א (מח' ת"א) 1429/97 פשיגודה נ' מדינת ישראל ואח' (לא פורסם). לעומת זאת, במקרים אחרים סבר בית המשפט כי לתקנה זו אין גבולות מלבד גבול השכל הישר. ראו: בר"ע 305/80 שילח

העליון בפרשת א.ש.ת., שלא לפסוק ובכך העביר את ההכרעה אל פתחו של המחוקק. כל עוד לא אמר המחוקק את דברו, נותרה מערכת המשפט בישראל חסרה בסוגיה חשובה זו, בבחינת לית דין ולית דיין. הארה זו תעסוק בפרשת א.ש.ת. ובמקצת השלכותיה. לשם כך נפרוס תחילה בקליפת האגוז את הגיונה של התובענה הייצוגית. לאחר מכן נתמודד עם טיעוני דעת הרוב בא.ש.ת. ונבדוק את החלופות השונות.

תובענה ייצוגית היא הליך תביעה שבמסגרתו לפחות אדם אחד תובע את נזקו בשם קבוצה גדולה יותר, שכל המשתתפים בה נפגעו באורח דומה. לקבוצה יש עילה משפטית משותפת, וחבריה אינם מסוימים במספרם ובזהותם. לתובע אין זכות מוקנית להגשת התובענה בשם הקבוצה אלא עליו להגיש בקשה לבית המשפט. אם הבקשה נדחית, אין מניעה שהמשתתפים האחרים יתבעו את המעוול על בסיס אישי. אם הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מתקבלת, תהא הכרעת בית המשפט מעשה בית דין לכל חברי הקבוצה הרחבה, למעט אלו שבחרו להוציא עצמם בדרך זו או אחרת מקבוצת התובעים. ההליך מעודד את אותו היחיד או קבוצת יחידים לתבוע בשם כל הנפגעים באמצעות תגמול כספי בדמות פיצוי נוסף הנגזר מגובה הנזק שנגרם לסך התובעים[4].

הליך התובענה הייצוגית נחלק לשלוש קטגוריות[5]. **הקטגוריה הראשונה** מתייחסת למצב שהנזק שסבלו התובעים הוא כה מוערי עד שאין בהגשת תביעה אישית בגינו כדאיות כלכלית. התובענה הייצוגית מכפילה את הנזק שסבל הפרט במספר התובעים הפוטנציאליים, וכך נוצר סכום פיצויי שבעבורו כדאי להגיש תביעה משותפת. כזה הוא, למשל, מצב שנגבו שקלים בודדים ביתר עבור אגרה מסוימת. במצב זה הנזק ליחיד הוא קטן, אך הנזק המצטבר או הרווח שנוצר שלא כדין (סך כל השקלים שנגבו מכל האנשים) עשוי להיות גדול ביותר. היות שבדרך כלל לא ניתן לאתר במדויק את הנפגעים הרבים, לא כל שכן לאגדם לקבוצה שבה אפשר לקבל החלטות מעשיות, הדין מאפשר לנפגע אחד או יותר לתבוע בשם כל אחד ואחד מפרטי הקבוצה. הרציונל המרכזי העומד בבסיס קטגוריה זו הוא הרתעת המזיקים, ולא דווקא הצורך בפיצוי, שכן מלכתחילה הנזק לכל פרט ופרט הוא מוערי. **הקטגוריה השנייה** מתייחסת למצב שהנזק ראוי ובר-תביעה ברמת היחיד, אולם כיוון שמדובר במספר רב של תובעים שנגרם להם נזק דומה, ראוי לאחד את התובענות להליך אחד. בכך אנו מקלים את הנטל המוטל על כתפי הרשות השופטת ועל בעלי הדין[6]. מלבד הקטנת העומס ההליכי משרת גם את אחידות הפסיקה, ועל ידי כך נשמר אמון הציבור במערכת. מכיוון שכאמור, הנזק לכל פרט בקטגוריה זו אינו זניח, הסעד הכספי מקבל משנה תוקף לצד התכלית האחרת שבתביעה הייצוגית, קרי: הרתעה. כבר בשלב זה נציין כי נסיבות פרשת א.ש.ת. מצויות בגבולות קטגוריה זו. **הקטגוריה השלישית** נוגעת במצב שהתובעים הם חברי קבוצת מיעוט הסובלת מאפליה ומבקשת לתבוע את זכויות האזרח של חבריה בדרך של תובענה ייצוגית. קטגוריה זו אינה מוכרת במשפט הישראלי, שכן היא מטופלת ברוב המקרים בבג"ץ, ולפיכך הארה זו לא תעסוק בה.

הצורך בתביעה ייצוגית קם, בין השאר, לאור פערי הכוחות הניכרים בין הפרט ובין התאגיד. במישור זה קיים דמיון בין התאגיד הכלכלי ובין המדינה. הליכי קביעת מדיניות או תהליכי קבלת החלטות המיושמים באופן נשנה וסדרתי במקרים פרטניים על ידי שני הגופים עלולים להחצין סיכון שיטתי לנזק או להסב נזק שיטתי לקבוצה גדולה של ניוזקים פוטנציאליים[7]. גם רשות שלטון עשויה לגבות מהפרט שלא כדין סכום כסף, אם פעוט ואם ניכר, המצטבר לרווחים גדולים הנובעים מהיקף התלויים בשירותיה[8]. ואולם יש הסוברים שיש להבחין בין פעולת

נ' רצקובסקי ואח', פ"ד לה(3) 449 (השופט (כתוארו דאז) ברק בדעת מיעוט); ה"פ (מח' ת"א) 1712/97 קיבוץ גבעת ברנר ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי ואח' (לא פורסם).

4[4] א' כהנא-קסטנר תובענות ייצוגיות צרכניות בדין האזרחי (תשס"ב) 5:7.

5[5] שם, בע' 6:9.

6[6] לאחר הפרשה הוגשו לבתי המשפט ברחבי הארץ כמה ועשרים תביעות פרטניות באותו עניין, שהיו נחסכות אם היה ההליך הייצוגי מאושר. ראו דבריה של ט' שטרסברג-כהן בכנס "תובענות ייצוגיות לאן? בעקבות פסקי-הדין בעניין א.ש.ת. וברוני" (פורסמו ב- http://law.haifa.ac.il/events/event_sites/class_actions/abstracts/s-cohen.pdf).

7[7] G Halfteck The Class Action Enterprise: A General Economic Theory of Mass-Produced 7[7]
Law Enforcement (S.J.D. thesis, Harvard Law School, 2003) 22 (להלן: הלפטק).

8[8] כהנא-קסטנר, לעיל הערה 4, בע' 633.

הרשות כנושאת אופי מנהלי לבין פעולה הנושאת אופי פרטי^[9]. הבחנה זו רלוונטית מכיוון שאם תקבל, תיתכן טענה כי דין תובענה ייצוגית כנגד רשויות שלטון יחול רק בפעולה במסגרת המשפט הפרטי, שכן רק במצב כזה יש הקבלה בינה לבין גוף פרטי. לטעמנו, הבחנה זו בעייתית משום שפעולת הרשות נושאת תמיד גוון ציבורי מעצם היותה רשות שלטונית. עובדה היא שגם בפעולותיה במישור הפרטי גרידא, אין הרשות השלטונית מתנערת מהחובות המוטלות עליה מכוח המשפט הציבורי^[10]. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שכשמדובר ברשות שלטונית, קיימים שיקולים נוספים שבהם יש להתחשב, כגון השיקול התקציבי ושלטון החוק, ואליהם נתייחס בהמשך. יתרה מכך, אנו נטען כי למרות השיקולים, יש להכיר בתובענה ייצוגית כנגד הרשות, מאחר שלדעתנו, ההצדקות לה גוברות על ההצדקות שביסוד ההבחנה בין הפרטי לציבורי בעניין זה. כמו כן, ננסה לשכנע את הקוראים כי בכל הקשור בהגשת תובענות כנגד רשויות שלטון עת עסקינן בנוק פעוט ערך, אין כלי אחר היכול לשמש את הפרט שנפגע מלבד התובענה הייצוגית, וכי הפתרונות המוצעים בפסק דין א.ש.ת אינם ישימים לעובדות המקרה. בכל הנוגע בנוזקים בני תביעה (הקטגוריה השנייה), יש פתרונות אחרים, ואולם נטען שהפתרון הרצוי, גם אם אינו הכרחי, הוא שימוש בהליך התובענה הייצוגית.

ב. הדין עובר לפרשת א.ש.ת

תקנה 29 היא המקור הנורמטיבי הראשוני להליך התובענה הייצוגית^[11]. בשנות השישים הוגשה תביעה מכוח התקנה על ידי סוחרים. התביעה נידונה בבית המשפט העליון בפרשה הידועה כפרשת פרנקישה, ובה צומצם השימוש בתקנה למצב שהתובעים (הקבוצה הרחבה) דורשים סעד זהה. סעד זהה משמעותו סעד הצהרתי או צו מניעה, ולא סעד כספי, שמטבעו שונה לכל פרט ופרט^[12]. בכך הפכה התקנה לאות מתה, למעשה. בהיעדר הסדר משפטי כולל נחקקו הסדרים פרטניים להגשת תובענות ייצוגיות^[13]. ההבדל הבולט ביותר בין התקנה ובין ההסדרים הפרטניים הוא הלשון העמומה המאפיינת תקנה זו, להבדיל מהחוקים האחרים, שהתנאים להפעלתם ברורים יותר^[14]. שיקול הדעת בחוקים הפרטניים מגודר סביב התנאים להחלתם, לעומת תקנה 29, שאינה קובעת מהו שיקול הדעת הראוי להחלתה. הבדלים אלו מעלים שאלות לגבי היחס בין ההסדרים השונים, כגון: מה כוחה של תקנה 29 כעת מול ההסדרים הפרטניים; האם יש להקיש מהתנאים להגשת תובענה ייצוגית הנדרשים בהסדרים הפרטניים אל תקנה 29^[15]; האם הסדרים פרטניים מעידים על הסדר שלילי להגשת תובענות ייצוגיות

[9] להרחבה ראו י' גלעד "האחריות בנוזקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 55; ד' פרידמן "תחולתן של חובות מהמשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטים ה (תשל"ד) 598; המ' (מח' ת"א) 71 14/96 זיתוני ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

[10] פרידמן, לעיל הערה 9, בע' 600.

[11] 11

(א) היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול, יכולים מקצתם - לבקשת תובע אם הם תובעים, או לבקשת תובע או נתבע אם הם נתבעים, וברשות בית המשפט או הרשם - לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים; לא ידעו המעוניינים האחרים על דבר התובענה, יודיע להם בית המשפט או הרשם על הגשתה בהמצאה אישית, או במודעה פומבית אם ההמצאה האישית אינה מעשית מכל סיבה שתיראה לבית המשפט או לרשם, ככל שיוורה בית המשפט או הרשם בכל מקרה ומקרה.

(ב) כל מי שמיוצג בתובענה כאמור בתקנת משנה (א) רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לעשותו בעל דין בה.

[12] ע"א 69/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ, פ"ד (כג) 645.

[13] 13 חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, פרק ו'; חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, פרק ו'; חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996, סעיף 11; חוק החברות, התשנ"ט-1999, חלק חמישי, פרק שלישי, סימן ב'; חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, סעיף 10; חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, סעיף 41; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, פרק ג'.

[14] כהנא-קסטנר, לעיל הערה 4, בע' 26.

[15] בש"א (מח' ת"א) 8430/01 עמותת קו חם לצרכן ואח' נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (לא פורסם).

מכוח תקנה 29 באותם ענפים; האם במקום שאין הסדר פרטני נשתמש בתקנה או נעדיף להמתין למחוקק עד שישלים את ההסדרים.

לשאלות אלו השלכות גם על האפשרות להגיש תובענה ייצוגית כנגד פעולה מנהלית של הרשות. מאחר שתקנה 29 אינה חולשת על תחום ספציפי, אלא משמשת כמעין עילת סל, ומכיוון שאין הסדר פרטני המאפשר הגשת תובענה ייצוגית כנגד הרשות, הרי שאי-הכרה בתקנה כמקור נורמטיבי להגשת תביעות ייצוגיות מאיינת את האפשרות לנהל הליך תביעה ייצוגית כנגד רשות שלטונית.

פסיקת בתי המשפט המחוזיים בהקשר של תקנה 29, משמעותה וגבולותיה לא הייתה אחידה. גישה אחת סברה כי עצם הימצאות הסדרים פרטניים מקים הסדר שלילי להגשת תובענות ייצוגיות בתחומי משפט שלא הוסדרו על ידי המחוקק^[16]. לעומתה, גישה אחרת גרסה שתקנה 29 עודנה חיה וקיימת, וכאשר אין עילה לפי הסדר פרטני, ניתן לעשות בזה שימוש^[17]. כאשר קיים הסדר פרטני, נטתה הפסיקה לא לאפשר שימוש בתקנה 29 כאמצעי לטיעון חלופי^[18]. בניגוד לעמדה זו, יש הטוענים כי אם העילה באותם תחומים מוסדרים התגבשה לפני החוקים הפרטניים, יש עילת תביעה גם מכוח התקנה^[19]. פסיקה אחרת קבעה שלתקנה זו אין גבולות, למעט אלו המוכתבים על ידי השכל הישר, וכי התקנה תיבחן לאור עקרון תום הלב^[20].

אי-האחידות האמורה הביאה לחוסר ודאות משפטית, הלוא הלכת בית משפט מחוזי אינה מחייבת בית משפט מחוזי אחר. לפיכך פרשת א.ש.ת. הייתה הזדמנות חשובה ליתן הלכה מחייבת בתחום^[21].

ג. פרשת א.ש.ת.

פרשת א.ש.ת. עסקה בתובענה ייצוגית שהוגשה על ידי חברות כוח אדם, קבלנים ומעסיקים פרטיים שנדרשו על ידי המדינה להפקיד ערבויות להמצאת רישיון להעסקת עובדים זרים. התובעים טענו שהדרישה להעמדת ערבויות לא היתה מוסמכת, ואף החילוט הגורף של הערבויות אינו סביר. התובעים ביקשו מבית המשפט סעד הצהרתי כי אין תוקף לדרישת הערבויות וחילוטן, וכן דרשו את השבת כספיהם ופיצוי על הנזקים שנגרמו להם.

בית המשפט המחוזי אישר את הגשת התובענה הייצוגית נגד הרשויות מכוח תקנה 29. מנגד הגישה על כך המדינה בקשת רשות ערעור. הערעור נידון בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט לערעורים אזרחיים. לענייננו חשובות עמדות השופטים בהתייחסם לשתי שאלות: הראשונה, האם תקנה 29 מתאימה לשמש הסדר כללי להגשת תובענות ייצוגיות בתחומים שלא הוסדרו על ידי המחוקק; השנייה, האם ראוי לאפשר הליך תובענה ייצוגית גם כנגד רשות שלטונית. אמנם השאלה השנייה נגזרת מהתשובה לשאלה הראשונה, אך הארתנו תעסוק רק באפשרות הגשת תובענה ייצוגית כנגד רשויות שלטון.

דעת הרוב בפסק הדין (המשנה לנשיא לוין והשופטים ביניש ואנגלרד) קבעה כי לא ניתן לעשות שימוש בתקנה 29 להגשת תובענות ייצוגיות אלא רק בחקיקה פרטנית. השופטת ביניש פונה למחוקק בבקשה שיסדיר את נושא התביעה הייצוגית תוך קביעת תנאי סף אחידים ותיחום התובענה הייצוגית כנגד המדינה, ומציינת כי רק אם יקפא

[16] 16 ת"א (מח' ת"א) 1426/00 גרייבר ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם).

[17] 17 ת"א 2328/99, בש"א (מח' ת"א) 55845/99 טיומןקין נ' עיריית תל אביב יפו (לא פורסם); המ' (מח' חי') 4017/95, 442/96 חן ואח' נ' בנק איגוד לישראל בע"מ ואח' (לא פורסם).

[18] 18 ת"א (מח' חי') 1318/99 אלסינט בע"מ ואח' נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ ואח' (לא פורסם).

[19] 19 ת"א 970/97 רוזין ואח' נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ ואח' (לא פורסם).

[20] 20 בש"א (מח' ת"א) 59203/99 בורבסקי נ' מגורה בע"מ (לא פורסם).

[21] 21 כהנא-קסטנר, לעיל הערה 4, בע' 302.

המחוקק על שמריו, יתערב בית המשפט ויקבע הסדר באמצעות חקיקה שיפוטית^[22]. עד אז מציעה השופטת ביניש לאזרח פתרונות אחרים בדמות בג"ץ ובתי המשפט המנהליים^[23]. על רקע הקשיים הטמונים בהליך התביעה הייצוגית גם השופט אנגלרד מותיר את סוגיה להסדרת המחוקק. הוא סבור כי בבסיס החקיקה הפרטנית קיים הסדר שלילי לשימוש בתקנה 29^[24]. המשנה לנשיא לוין הוסיף כי אפשרות הגשת תובענה ייצוגית בגדרי המשפט המנהלי עלולה לזעזע את "אמות הסיפין" של ענף משפטי זה^[25]. בדעת המיעוט חברו הנשיא ברק והשופט שטרסברג-כהן. שניהם סבורים כי יש להחיל את דין התובענה הייצוגית על המדינה ועל רשויות ציבור. השופט שטרסברג-כהן התייחסה לחשיבות כלי התובענה הייצוגית, ולתקנה 29 בפרט^[26]. ללא תקנה זו חסומות מבחינה טכנית האפשרויות להגשת תובענות ייצוגיות בתחומים שאין הסדר פרטני, כגון: קניין, עשיית עושר ולא במשפט, נזיקין, ולענייננו התחום המנהלי - תובענות כנגד רשויות שלטון. השופטת שטרסברג-כהן מתעמתת חזיתית עם טענות המדינה בהצגה פתרונות לקשיים שהתקנה מעוררת^[27]. הנשיא ברק מותח ביקורת על נימוקי שופטי הרוב בציינו שבית המשפט יכול להבטיח בדרך שיפוטית אחידות, יציבות והעמדת עקרונות מרסנים לתובענה הייצוגית^[28]. הנשיא ברק מוסיף כי למחוקק ניתנה שהות מספקת להסדיר נושא זה, אך הוא בחר להתממה. לפיכך, לשיטתו, אין מנוס מפיתוח דיני התובענה הייצוגית שמירה על מסגרת נורמטיבית והתמודדות עם חסרונותיה^[29]. בכך יינתן מענה לצורכי החיים המשתנים תוך הבטחת גמישות^[30].

ד. הרהורים בדבר טענות המדינה ודעת שופטי הרוב

עמדת המדינה בפסק הדין היא כי גם אם ניתן להגיש תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29, לא ניתן לעשות כן כנגד רשויות השלטון. הטעם הראשון לכך הוא קיום כלים חלופיים לתקיפת פעולות שלטוניות. כלי חלופי אחד הוא הליך משפטי שיתנהל בבג"ץ או בבתי דין מנהליים. האחר הוא ניהול תביעה אישית ואחריה החלת החלטת בית המשפט כולי עלמא, משל היה המקרה הראשון מקרה מבחן.

(1) חלופות: בג"ץ ובתי דין מנהליים

השופטת ביניש מעלה חלופות עדיפות או לכל הפחות מספקות בהשוואה להליך הייצוגי. אך על מנת לאתר אופציות חלופיות לתקנה 29 נדרש שהן יציגו פתרון לשלוש הקטגוריות שבהן משמש ההליך הייצוגי. כאמור לעיל,

[22] פרשת א.ש.ת. לעיל הערה 1, בע' 275.

[23] שם, בע' 272.

[24] שם, בע' 279.

[25] שם, בע' 283.

[26] שם, בע' 263-262.

[27] שם, בע' 285.

[28] שם, בע' 266-232.

[29] שם, בע' 288-287.

[30] הנשיא ברק מציין שאין להתעלם מכך שהסדר מצוי בחקיקת משנה, ולכן היכולת להתאימו לשינויים אפשריים רבה יותר. שם, בע' 286.

החלופות המוצגות על ידי השופטת ביניש משמשות כבר היום כחלופות הולמות למקרים הבאים בגדרי הקטגוריה השלישית - טיפול בקבוצות מיעוט מקופחות - ואף לשאלות הנוגעות בסמכות המנהלית. ניתן להכיר (אפילו אין זה רצוי) גם בהליכים המתנהלים בבתי דין מנהליים כחלופות הולמות אף לעניין הקטגוריה השנייה - ריבוי נזקים בני תביעה. ואולם אפילו השופטת ביניש מסכימה כי חלופות אלו אינן מספקות מענה הולם לסוגיות העולות במסגרת הקטגוריה הראשונה - נזקים פעוטי ערך^[31]. למרות זאת היא בוחרת בסופו של יום שלא להעניק לכך משקל בציננה שהגישה לערכאות פשוטה הן מבחינת ההליך וזכות העמידה והן מבחינת העלויות הנמוכות למדי^[32].

סברה זו לוקה בכמה קשיים. בג"ץ אינו עוסק בתביעות בעלות אופי אזרחי. הסמכות לדון בתביעות אלו, לרבות תביעות נגד המדינה, נתונה לערכאות אזרחיות, ולא בכדי. בתביעות אזרחיות נדרש בירור עובדתי מעמיק, והערכאות הדיוניות אוחזות במאגר כלים טוב יותר^[33]. זאת ועוד: הפניית התובע הייצוגי הפוטנציאלי לפתחם של בג"ץ והערכאות המנהליות מגמדת מהמעלות שבתובענה הייצוגית, לדוגמה, השמירה על אחדות הפסיקה והקטנת הנטל על הרשות השופטת ועל בעלי הדין באמצעות איחוד התביעות האישיות^[34]. מעלה נוספת שבהליך הייצוגי היא הענקת תמריץ לתבוע גם בעבור נזק פעוט ערך. תמריץ זה לא יינתן בבג"ץ או בבית משפט מנהלי. מבחינת הפרט המדינה היא ככל גוף אחר המפיק לעניין זה רווחים לא ראויים, ולכן "קשה לדמיין את התובע הייצוגי מתרוצץ באותו המרץ במסדרונות בית המשפט העליון כשבתו כבית משפט גבוה לצדק, כפי שמציעה כבוד השופטת ביניש, רק משום שמי שגרם את העוול הוא המדינה ולא גוף פרטי"^[35].

השופטת ביניש סבורה שאם ניתן לאתר את הנפגעים, ונגרם להם נזק בר-תביעה, הם יוכלו לפנות להליך אישי. כדוגמה היא מציינת כי במקרה דנן הוגשו תובענות אישיות רבות על ידי תובעים שסברו שמוצדקת הגשת תביעה עצמאית, ולא יהיה צורך להחיל עליהם את תוצאת ההליך הייצוגי^[36]. דוגמה זו דווקא מחזקת את טענתנו כאמור לעיל לאור עלויות המערכת הרבות הן לתובעים, הן לבתי המשפט והן למדינה ולאור החשש מפסיקות סותרות. לעניין טיעון הצדק ההליכי, לדעתנו, ניתן לראות בעצם הגשת התובענות העצמאיות הוראה מכללא שמשמעותה הוצאת התובעים הללו מגדר ההליך הייצוגי הספציפי (opt out), ומכאן שאין צורך בהחלת תוצאת התביעה הייצוגית עליהם.

(2) חלופות: טענת ה-Test Case

טענתה השנייה של המדינה היא כי במקרה שפסק בית המשפט בשאלות עקרוניות שהן בגדר "מקרה מבחן", המדינה מחילה את הדין על כל שאר המקרים הדומים או הזהים למקרה הראשוני. למרות זאת קיים חשש כי המדינה תאבחן בין המקרים ובכך תימנע מהחלת הדין הפטוק. השופטת ביניש טוענת כי עת נמנעת המדינה מהחלת פסיקה בדרך זו, ניתן יהיה לעתור נגדה בהליכים משפטיים אחרים^[37]. בית המשפט המחוזי ציין בענייננו כי יש מצבים שלא ינוהלו תביעות אישיות היות שקיימים גופים התלויים בחסדה של הרשות השלטונית

[31] 31 "רבים מההישגים החברתיים שהשיגו קבוצות מקופחות בארצות הברית על דרך התובענה הייצוגית הוסדרו בשיטתנו בדרך אחרת שהיא פחות מורכבת, יותר יעילה ויותר זולה. אמנם, כפי שציננה השופטת שטרסברג-כהן: "ישנם תחומים שאינם זוכים כיום למענה הולם. כזה הוא למשל התחום של השבת כספים שנגבו על ידי הרשות שלא כדין, או מיצויים בגין פגיעה בקנין - אשר בנסיבות מתאימות ראוי כי ינוהלו בדרך של תובענה ייצוגית. אולם בתחומים רבים אחרים נוצרו אצלנו מנגנונים חלופיים נוחים...". שם, בע' 272 (ההדגשה הוספה).

[32] 32 שם, שם.

[33] 33 שם, בע' 255.

[34] 34 לתועלת זו נוספת תועלת כלכליות, כמפורט בסעיף 5.

[35] 35 ד' כהן "פס"ד א.ש.ת - חוסר הבנה כלכלי של בית המשפט העליון" עורך הדין 40 (2003) 54.

[36] 36 פרשת א.ש.ת, לעיל הערה 1, בע' 278.

[37] 37 שם, בע' 272.

ובשל כך יימנעו אלו מהגשת תובענה. כמו כן, חלק לא מבוטל מהציבור אינו מודע כלל לזכויותיו, וייתכן שכלי התובענה הייצוגית והפרסום הכרוך בה ייטעו בציבור את המודעות החסרה[38].

לטעמנו, ככל שהפתרון המוצע על ידי השופטת ביניש ישים, הוא רלוונטי אך ורק לקטגוריה השנייה, שבה הנזק ראוי אף לתביעה אישית. מקום שהתנהגותם של פרטים מודרכת על ידי שיקולי עלות ותועלת פרטיים, הפרטים חפצים להגדיל את סך רווחתם האישית. ניכר כי במקרים שהנזק קטן (הקטגוריה הראשונה), לא יטרחו הפרטים להגיש תובענה אישית כלל גם בשל עלויות הגשת התובענה שככל הנראה עלולות על הנזק והזמן והסיכון הכרוכים בכך. במקרים מסוג זה לא ניתן להשיג פיצוי והרתעה בלא האפשרות להגיש תובענה ייצוגית[39].

זאת ועוד, אחד הרציונלים העומד בבסיס התובענה הייצוגית הוא חיזוק מעמדם של התובעים אל מול הנתבע החזק, אם באמצעות איחוד כוחות ואם באמצעות איתור פרקליטים טובים יותר. החלת עקרון "מקרה המבחן" יותיר את התובע בודד ובמקרים רבים אף ללא פרקליטים טובים בהיעדר תמריץ כלכלי מספיק. בכך תיפגע יכולת התובע להשתוות ליכולות הנתבע[40]. לא זו אף זו, בהיעדר מעשה בית דין הנתבע חשוף להמשך תביעות, שכן לא ברור כי "מקרה המבחן" יכול לשמש גם לקביעת העדר חבות או ראוי לשמש לכך. תובענה ייצוגית מונעת מצב זה. חשיבותם של דברים אלו מתעצמת שעה שעוסקים ברשויות שלטון, שמימון הגנתן ניטל מהקופה הציבורית. שיקול זה מהותי גם לעניין מראית פני הצדק בכל הנוגע באחידות הפסיקה.

(3) חקיקת משנה הסותרת חקיקה ראשית

המדינה טוענת שתקנה 29 פוגעת הן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והן בחוק השליחות, התשכ"ה-1965, שכן בהיעדר הסכמה מפורשת נאלצים תובעים פוטנציאליים שאינם מעוניינים בתביעה בהכרח, לחסות תחת יחסי שליחות ולוותר על זכותם הקניינית[41]. כידוע, אין חקיקה משנית סותרת ראשית, לא כל שכן חוקי יסוד.

השופטת שטרסברג-כהן מתייחסת לטענת המדינה ועונה כי, לדידה, אפשרות ה-opt out מלמדת על יצירת יחסי שליחות. ההודעה המפורשת על פתיחת הליך תביעה ייצוגית מקימה הנחה, שכל התובעים הפוטנציאליים מודעים להליך, ומי מהם שלא הודיע במפורש על חוסר רצון להיכלל בקבוצה, מוחזק כמי שהסכים להיות מיוצג[42]. השופטת שטרסברג-כהן מדגישה שאמנם הסדר זה שונה מההסדר שבתביעות אישיות, אך אינו עומד בניגוד לחוק בשל כך. חיזוק לכך ניתן לראות בכך שהסדר ה-opt out קבוע במרבית החוקים החדשים[43], והמדינה אינה תוקפת אותו. זאת ועוד, יצירת יחסי שליחות מכללא ולא במפורש מוכרת בשיטת משפטנו בכלל, ובדיני השליחות בפרט[44].

לכך אפשר להוסיף כי במקרים של תביעה כנגד המדינה קיימת אפשרות לדרוש מן התובע מאמץ סביר להודיע לנתבעים על קיום ההליך, בין השאר על ידי משלוח הודעות לנתבעים לפי מאגר הנתונים הקיים בידי המדינה, מיד

[38] ת"א (מח' ת"א) 1478/99 א.ש.ת ניהול פרויקטים וכח אדם בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

[39] 39 הלפטק, לעיל הערה 7, בע' 51.

[40] מ' קרייני "מעשה בית דין והתביעה הייצוגית: של מי העגלה ושל מי הסוס", דברים בכנס "תובענות ייצוגיות לאן? בעקבות פסקי-הדין בעניין א.ש.ת. וברוני" (פורסמו ב-http://law.haifa.ac.il/events/event_sites/class_actions/abstracts/krayni.pdf).

[41] 41[41] השוו ב"א (ב"ש) 9197/00 מילר נ' משרד התחבורה, רשות הרישוי, פ"מ תשס"א (2) 337, 342[342] (דחיית טענה דומה).

[42] 42[42] כהנא-קסטנר, לעיל הערה 4, בע' 17.

[43] 43[43] ראו, למשל, סעיף 211(ב) לחוק החברות. וסעיף 41 לחוק השקעות משותפות בנאמנות (שמפנה אליו, בין היתר); סעיף 16 לחוק הבנקאות (שירות לקוח); סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים.

[44] 44[44] פרשת א.ש.ת, לעיל הערה 1, בע' 250.

לאחר אישור ההליך כתובענה ייצוגית (כמובן בהנחה שההודעות אינן מטילות יתר נטל על התובע בגין עלות איתור הנתבעים וסכום הנוק הפעוט לכל אדם). בכל הנוגע בטענה הקניינית, לכל הפחות, במקרים שהנוק הכלכלי הנגרם הוא פעוט, הטענה מוקשית. בתביעות מסוג זה הפגיעה הלכאורית בזכות הקניין ממילא מתמצית בסכום כספי זניח, ובשל כך היא עניין של זוטות^[45]. האם במצב כזה נעדיף את ההגנה על זוטי קניין - אם בכלל הגנה היא, שכן לא ברור אם תוגש בפועל תביעה לפיצוי - או שמא נבחר בדרך של העדפת העניין הציבורי בדמות אכיפת שלטון החוק?

(4) חקיקה שיפוטית

השופטת ביניש מסיימת את פסק דינה בקריאה למחוקק שישלים את ההסדר בדיון כך שהתובענה הייצוגית "תיכנס לשיטתנו המשפטית בדרך המלך ולא בדלת האחורית"^[46]. אם יתמהמה המחוקק ויימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עשוי בית המשפט להכריע בעניין ולהביא להסדרת התובענה הייצוגית בדרך של חקיקה שיפוטית "על אף מגרעותיה". יצוין כי תוך כדי כך דחה פסק הדין על הסף כמה תובענות ייצוגיות ויצר לגביהן מעשה בית דין, ובעתיד לא יהיה ניתן להעלותן בשנית^[47].

לשיטתנו, ללא קשר לסגולות התובענה הייצוגית והכרחיותה בעיקר בקטגוריה הראשונה (נוק פעוט ערך), קביעת הלכה שצפויה להשתנות אם לא ישלים המחוקק את מלאכתו^[48] מביאה לחוסר ודאות משפטית. במצב דברים זה דומה כי עדיף לבחור בדרכים שנקט בית המשפט בעבר, והן פיתוח ההלכה או עיכוב מתן פסק דין מחייב במקרה ספציפי וקריאה למחוקק להגיב. הדרך שבחר בית המשפט העליון בפרשת א.ש.ת. אינה הכרחית. המשפט המקובל מבוסס על פיתוח הלכה שיפוטית, שאליה יגיב המחוקק. אם מטרת השופטת ביניש הייתה לתת למחוקק שהות מספקת לצורך השלמת מלאכתו בנושא, מן הראוי היה לעכב את מתן פסק הדין לתקופה מסוימת או לפסוק כי תקנה 29 מאפשרת אישור תובענה ייצוגית כגון זו תוך עיכוב תוצאות פסק הדין לתקופה שתאפשר למחוקק להשלים מלאכתו. עיכוב זה היה מקפיא את המצב המשפטי הקיים. אם לא השלים המחוקק את מלאכתו, ניתן היה לחדש את הדיון בעתירות ואז לקבוע כללים ראויים באמצעות חקיקה שיפוטית^[49].

ייתכן שהשיקול שהנחה את בית המשפט היה הרצון להימנע מעימות מיותר עם הרשות המחוקקת. אפשר שבית המשפט ראה פרשה זו כמקרה שבו לא ראוי לנקוט אקטיביזם שיפוטי^[50]50. אם כך הדבר, יש לציין כי יש בכך סטייה מגישתו של בית המשפט בתחומים אחרים, שבהם לא חשש לפתח דין^[51]51]. זאת ועוד, משמעות ההימנעות כאן היא פגיעה בתובע הקטן שלגביו אין פתרון אחר מלבד התובענה הייצוגית (קטגוריה ראשונה). נוסף ונציין כי אפילו במדינת ניו יורק, שבה בתי המשפט נמנעים מלאשר תובענה ייצוגית כנגד רשויות השלטון,

45[45] קרייני, לעיל הערה 40.

46[46] פרשת א.ש.ת. לעיל הערה 1, בע' 275.

47[47] ת"א (מח' ת"א) 2589/02 נוה יהושע נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל בע"מ (א.ק.ה) (לא פורסם).

48[48] פרשת א.ש.ת. לעיל הערה 1, בע' 275.

49[49] בג"ץ 2390/96 ואח' קרטיק ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נה(2) 625.

50[50] ה' בר-מור "עוצמת התובענה ייצוגית וחולשתה" (פורסם באתר "פסקדין - אתר המשפט הישראלי":

http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?filename=/Sada/Public/art_btkq.htm; ראו לעניין זה י' זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט 10 (תשנ"ב-ג') 647. חיזוק אפשרי לשאלות אלו ניתן למצוא בדברי השופטת ביניש כי אם יתמהמה המחוקק, עשוי הנושא להיפתר בדרך של חקיקה שיפוטית.

51[51] השוו, למשל, בג"ץ 1635/90 ז'רו'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה(1) 749.

מאשרים בתי המשפט הגשת תובענה כזאת כאשר מדובר בתביעה קטנה מאוד שקיים חשש שלא תוגש כלל, אלא באמצעות כלי זה^[52].

ה. שיקולים תקציביים

שיקול חשוב בהטלת חובת פיצוי על רשות ציבורית הוא שהכסף מגיע מכספי הציבור. לא פעם הדבר מרתיע את בית המשפט מלהטיל אחריות שכזאת על הרשות שמא ייתפס כמתערב יתר על המידה בתקציבה^[53]. זאת ועוד, בתובענה ייצוגית שבה התובעים מבקשים בעיקר השבת כספים ופיצוי, ולא תיקון פגמים למפרע, נוצר החשש שייפגמו הוודאות והסופיות החיוניות לניהול תקציבי רשות, בייחוד מאחר שגם ניהול ההליכים כרוך בהשקעת משאבי ציבור על חשבון מטלות אחרות^[54]. נשאלת השאלה אם ראוי כי הוודאות התקציבית השלטונית תושג על חשבון כספים שנגבו מהפרט שלא כדין. הלוא על מה סומך תקציב זה? מלכתחילה אין רשויות השלטון יכולות להסתמך על כספים שהושגו מתוך עשיית עושר ולא במשפט.

טענה שלובה בעניין התקציבי היא הטענה כי הפיצוי הניתן על ידי הרשות השלטונית מגולגל על האזרחים בדמות מסים או אגרות, ובעצם, המפצה האמתי הוא הציבור בכללותו. אולם עד כמה שטענה זו נכונה, אי-אפשר להתעלם גם מהבבואה שלה. יש עלויות חברתיות כלכליות לא מבוטלות הכרוכות בהגשת תביעות אישיות. כלי התובענה הייצוגית מצמצם את העלויות^[55]. צמצום זה משפיע באופן חיובי על רווחתם האישית של הפרטים אם בהקלת נטל המס ואם בהקצאת המשאבים לשימושים אחרים ראויים יותר^[56]. שימוש נכון בתובענה הייצוגית מביא לאכיפת חוק מיטבית ועל ידי כך יוצר הרתעה יעילה. הרתעה זו יוצרת הפנמת עלויות אצל הגופים יוצרי הנוק, והללו נוקטים אמצעי זהירות *ex ante*, וכך בכירור מתמעטים נזקים, והרווחה החברתית המצרפית גדלה^[57].

יש הסוברים כי אישור תובענה ייצוגית כנגד רשויות שלטון מביא להעברת משאבים מכלל הציבור אל קבוצה מסוימת. חשוב לזכור כי מדובר בהפרש בין סך הנוק לבין סכום הפיצוי שנפסק. רוצה לומר, הפיצוי המוטל על כלל הציבור הוא התגמול שניתן לתובע היציג ולעורך דינו. אנו סבורים כי חשיבות התובענה הייצוגית מצדיקה את התגמול, כי בלעדיו יעדיף התובע הראשון לשבת בחיבוק ידיים. אין זו אכיפה נכונה, ואין זו מטרתנו. בכל זאת, לא נעלים עין מן הקושי ונציע פתרון בדמות קביעת תקן מסוים לפיצוי בתביעה נגד רשות, שיהיה נמוך ממה שהיה נפסק במקרה של תובענה ייצוגית כנגד תאגיד כלכלי אימתני, אך לעומת זה יהא הפיצוי גבוה דיו כדי להשיג את

[52] 52 כהנא-קסטנר, לעיל הערה 4, בע' 274.

[53] 53 במובן זה הפיצוי בתובענה הייצוגית מקביל לפיצוי הנוזקי. הניסיון מלמד כי כשהמוזק הוא רשות ציבורית, בית המשפט נרתע מהטלת הסנקציה הכספית. לעניין רתיעת בית המשפט מחיוב רשות שלטונית בפיצוי הגורע מהקופה הציבורית, ראו ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מח(3) 749; בג"ץ 1163/98, רע"ב 5984/98, 814/99 שדות ואח' נ' שרות בני הסוהר, פ"ד נה(4) 817.

[54] 54 פרשת א.ש.ת. לעיל הערה 1, בע' 328 329. יש לציין כי קושי זה מקבל משקל יתר בצל החשש העולה בהליך מסוג זה מבעיית התובע הקנטרן, תובע המליץ מטעמי סחטנות, ולא צדק. החשש מהפיצוי הכבד שיוטל על הגוף הנתבע אם תתקבל התובענה מביא נתבעים רבים בתובענות ייצוגיות להתפשר גם עם תובע כזה. עם זאת, לדעתנו, חזקה על בית המשפט שיוכל להתמודד עם בעיית התובע הקנטרן בדרך של זיהוי מטרותיו, של העמדת חסמים להגשת תביעה ייצוגית או של הטלת הוצאות כלכליות.

[55] 55 אחת מתכליותיו החשובות של הכלי שאנו עוסקים בו היא הקלת הנטל המוטל לפתחה של הרשות השופטת. יתרה מזו, הדבר מביא לאחדות פסיקתית; הוא מונע ריבוי תביעות ובכך מקל על הרשות השופטת ואף על התובעים. כפועל יוצא הקלת הנטל מביאה להיסכון בעלויות גדולות. השתלשלות העניינים לאחר פסק דין א.ש.ת. ממחישה גם את חשיבות היתרון הזה. לאחר הפרשה הוגשו לבתי המשפט ברחבי הארץ כמאה עשרים תביעות פרטניות באותו עניין, שהיו נחסכות אם היה ההליך הייצוגי מאושר, ויש לשער כי הן גררו אחריהן עלויות כלכליות בסכומים ניכרים. ראו שטרסברג-כהן, לעיל הערה 7.

[56] 56 הלפטק, לעיל הערה 7; ראו גם האמור לעיל בהערה 55.

[57] 57 הלפטק, לעיל הערה 7, בע' 15.

מטרת ההרתעה ואת כיסוי נזקיהם של התובעים. הנחתנו היא כי קיים תמריץ מספיק לעורכי דין להגיש תביעות מהסוג הזה, ולו בדמות המוניטין שיצברו להם.

ו. שלטון החוק ואמון הציבור במערכת: שיקולים שנשכחו משופטי הרוב בפרשת א.ש.ת

אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית, ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו ברשויות השלטון הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים. יש ליתן משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור, כי משרתיו אינם אדוניו, וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר וניקיון כפיים. אכן, טוהר השירות והשורות עומד בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי.^{58[58]}

רשויות שלטון, ככל שחקן במשק, עלולות לגרום נזקים. במצבים שהנזקים חסרי ערך (*de minimis*), דהיינו מהקטגוריה הראשונה, התובענה הייצוגית היא הכלי היחיד לאכיפה החוק. ביטול ההסתמכות על תקנה 29 ובמקביל הימנעות מהשלמת החסר באמצעות חקיקה שיפוטית מעגנים מצב משפטי שאינו מאפשר הגשת תובענה ייצוגית כנגד רשות שלטונית ומעניק "חיסיון בלתי מוצדק לגופים אלו מפני תביעות ייצוגיות במקום שבו הן ראויות כן"^{59[59]}. כשהמדינה זוכה לחסינות בכל הקשור בתביעות ייצוגיות בשל הימנעות בית המשפט העליון מהתמודדות עם הסדר חקיקתי חסר, מצב כזה אינו תורם לאמון הציבור במערכת. אין לנו אלא להסכים עם דעתו של הנשיא ברק כי יש להצר על כך שדעת הרוב מותירה חלל עצום ומביאה לאי-אכיפה של תחומים רבים במשפט המנהלי^{60[60]}. התובענה הייצוגית באה, בין השאר, להוות מכשיר יעיל להתמודדות עם אכיפת חוק תת-מיטבית. לגישתנו, על המדינה לתמוך בהליך זה ולו רק כדי לשדר מסר כי חל דין שווה כלפי המדינה ומוסדותיה וכלפי הפרט. מן המדינה מצופה שתפעל לפיתוח מנגנוני אכיפת החוק ולשימורם, ולא לצמצומם^{61[61]}.

ז. אחרית דבר

בהארה זו התמקדנו בהליך התובענה הייצוגית כנגד רשות שלטונית תוך התייחסות לפסק דין א.ש.ת. תחילה הצגנו בקצרה את מוסד התובענה הייצוגית ואת חלקיו. ניסינו להראות כי במקרה של נזק מזערי שנגרם על ידי רשות שלטונית, אין דרך אחרת מלבד הליך התובענה הייצוגית, והפתרונות שהועלו בפרשת א.ש.ת. על ידי המדינה ועל ידי שופטי הרוב אינם ישימים בפועל למקרה זה. לא פסחנו גם על נזק בר-תביעה. אמנם נזק כזה יכול להיות מטופל בבג"ץ, בבית דין מנהלי או בכל ערכאה אזרחית בדרך של תביעה אישית, אולם כדי להשיג את מעלות התובענה הייצוגית המוזכרות לעיל רצוי לאפשר ניהול תביעה ייצוגית גם במקרה הזה.

^{58[58]} בג"ץ 6163/92 יואל איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד (2) 229, 267.

^{59[59]} פרשת א.ש.ת, לעיל הערה 1, בע' 266.

^{60[60]} שם, בע' 288.

^{61[61]} קרייני, לעיל הערה 40.

בית המשפט העליון יידרש בקרוב לסוגיה זו בשנית[62]. אנו וכמונו אזרחים שסבלו מנזק שערכו הכלכלי פעוט אך ערכו המשפטי רב, מצפים כי בית המשפט יעניק משקל ראוי למלוא השיקולים וייתן פתרון משפטי הולם לסוגיה. לדעתנו, אין מדובר בחקיקה שיש לה פרשנות חד-משמעית מבחינה לשונית שאותה בית המשפט מתבקש לעקוף[63]. מדובר בשתיקה רבת שנים של המחוקק, שתיקה מבחירה[64]. אנו שותפים לתקווה כי המחוקק אכן יתפנה לטיפול בבעיה[65]. עד אז מן הראוי כי בית המשפט ימלא חלל משפטי זה.

62[62] דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם; החלטה מיום 22.10.2003).

63[63] בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נו(1) 419, 467.

64[64] בפרשת א.ש.ת, לעיל הערה 1, בע' 285-286, הנשיא ברק מציג בפסק דינו את השתלשלות העניינים. לטענתו, המחוקק נמנע במודע מהסדרת דין כללי לתובענות ייצוגיות. הלכת פרנקישה צמצמה את השימוש בתקנה 29 כאמצעי להגשת תובענה ייצוגית. נוצר חלל שהותיר פתח לתגובת המחוקק, ואולם הלה לא עשה דבר. בשנות השמונים קודמה יזמה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי בניסיון לאמץ את ההסדר המצוי בדין האמריקני, ברם יזמה זו לא הגיעה לכלל מימוש. עם חקיקתם של ההסדרים הפרטניים דילג המחוקק על הסדרת תקנה 29. לבסוף, התקווה להסדרת התחום נגוזה עם דחייתה של הצעת חוק שהועלתה על ידי ח"כ חיים אורון בשנת 1993. הנשיא ברק מציין כי בית המשפט העליון של קנדה עמד בפני מצב דומה ובחר לפעול באמצעות חקיקה שיפוטית. גישה זו אומצה גם בדין האוסטרלי.

65[65] ראוי לציין כי ביוני 2003 הוגשו שתי הצעות חוק פרטיות בנושא. האחת הוגשה על ידי ח"כ אופיר פינס-פז (הצעת חוק פ/928), והאחרת הוגשה על ידי ח"כ רשף חן, רוני בריוון, אילן שלגי, אתי לבני, גדעון סער, זהבה גלאון וחיים רמון (הצעת חוק פ/890). הצעות אלו הוגשו כמענה לפסיקה בפרשת א.ש.ת, ואולם בשל ניסיון העבר, בשל אופי ההצעות ובשל השלבים המוקדמים שבהם הן מצויות, בחרנו שלא להתייחס אליהן.