© משפט ועסקים כח, תשפ״ג
(צפוי להתפרסם ב־2023), 53–121

האוכף האזרחי – על התובע הסדרתי המשתמש בתובענה הייצוגית ככלי לשינוי חברתי

גיא יצחק סנדר,* גיא אלון, מוראד ח׳ליליה*****

מאמר זה טוען כי אין כל מקום להתייחס לעברו של בעל דין המבקש לעשות שימוש בזכותו החוקתית לגישה לערכאות. טענתנו, אשר נבחנה בראי הליך התובענה הייצוגית, היא כי אף אם כבר הגישו בעל דין או בא כוחו תובענות בעבר, אין כל מקום לגזור מכך היסק לשלילה נגד מי מהם. למעשה, נהפוך הוא: פעמים רבות עברו של בעל הדין – הוא אותו ״תובע סדרתי״ – כמו גם עברו של בא כוחו עשויים להוות דווקא ממצא חיובי המחזק את טענותיהם. אגב דיון זה יערוך המאמר הבחנה מתודולוגית, הן תיאורטית והן מעשית, בין סוגי התובעים הסדרתיים. בתוך כך נבקש להתמקד בתובע הסדרתי העושה שימוש תדיר במכשיר התובענה הייצוגית. התמקדות זו תביאנו לכלל מסקנה כי יש לכונן ולהעמיד ישות משפטית נוספת הנוהגת לפקוד את בתי המשפט כדבר שבשגרה, אשר נכנה אותה ״אוכף אזרחי״. מדובר בתובע סדרתי שיש תועלת חברתית אובייקטיבית בפועלו, הגם שלצידה צומחת לאותו אוכף תועלת אישית, המוכרת בדין. המאמר ימחיש כי סדרתיותו של האוכף האזרחי מיטיבה עם הציבור בכללותו, ולפיכך מצדיקה דווקא את עידוד פעילותו, תוך נקיטת משנה זהירות מפני תיוגו באופן שלילי או מהסקת מסקנות שליליות מחמת סדרתיותו. כל זאת על מנת להבטיח קיומו של תובע ראוי ומיומן שיוכל לממש את תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות בצורה שתיטיב עם הקבוצה המיוצגת באופן המקיף והראוי ביותר.

---

* עורך דין, דוקטור (Ph.D.) מטעם הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** עורך דין, תלמיד במסלול הישיר לתואר שלישי במשפטים, אוניברסיטת חיפה.

*** עורך דין, תלמיד לתואר שני LL.M. במשפטים, אוניברסיטת חיפה.

אנו מבקשים להודות לפרופ׳ דורון מנשה, לעו״ד זיו גלסברג, לעורכות כתב העת זיו בוגוסלבסקי ושירה תימור, לחברת המערכת יעל סירקיס וכן לעורך הלשוני גיא פרמינגר. האחריות לכתוב במאמר מוטלת, כמובן, עלינו.

מבוא

פרק א: התובע הסדרתי – על ההבחנה המתבקשת בין התובע הטרדן ללוחם הצדק

1. על טענת התובע הסדרתי
2. התובע הטרדן
   (א) התובע הטרדן – קווים לדמותו
   (ב) התמודדותם של בתי המשפט עם התובע הטרדן
3. לוחם הצדק
   (א) לוחם הצדק – קווים לדמותו
   (ב) על לוחם הצדק הציבורי ועל לוחם הצדק הפרטי

פרק ב: האוכף האזרחי בהליכים משפטיים (ובציבור הרחב)

1. האוכף האזרחי והקושי בהגדרתו
2. על הממצא השלילי הגלום בתיוג ״תובע סדרתי״
3. יחסו של בית המשפט אל התובע הסדרתי

פרק ג: התובענה הייצוגית כמקרה בוחן

1. הבסיס לשימוש בכלי התובענה הייצוגית: חתירה לטובת הכלל והבטחת תועלת כלכלית ליוזם ההליך
2. על הטענות המועלות נגד יוזמי ההליך הייצוגי
   (א) על אודות רצונו של התובע הסדרתי בהליך הייצוגי להתעשר על חשבון חברי הקבוצה
   (ב) על סדרתיותו של התובע הייצוגי כעילה לדחיית בקשתו לאישור התובענה כייצוגית
   (ג) על הימנעותו של התובע משימוש בכלי הפנייה המוקדמת
3. תביעות ייצוגיות מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – על מקרה הבוחן שבמקרה הבוחן

פרק ד: דיון – על הסיווג הראוי של האוכף האזרחי

1. דרך הסיווג הראויה של התובע הסדרתי: ציר התובעים הסדרתיים
2. על הנסיונות ליצור אפקטים מצננים כלפי התובעים הסדרתיים בהליכי התובענה הייצוגית
3. על חשיבותו של האוכף הציבורי והצורך בעידודו
4. הצעתנו: הכרה באוכף האזרחי כמרוץ לפסגה בין התובעים הסדרתיים

סוף דבר

מבוא

מערכת המשפט הישראלית ייחודית במספרם הגבוה (וההולך ומתעצם) של עורכי הדין שבה. מספר עורכי הדין לנפש במדינת ישראל הוא הגבוה בעולם.[1] בהתאמה, ראוי לציון היקף העבודה הגדול שנוצר בערכאות השיפוטיות. מדינת ישראל מדורגת במקום הראשון בעולם ביחס בין מספר התיקים לגודל האוכלוסייה.[2] נטל זה מתגבר עוד יותר כאשר ״התובע הסדרתי״ שם פעמיו לבית המשפט בתדירות גבוהה.[3]

התובע הסדרתי הינו בעל דין המרבה לפקוד את שערי בית המשפט באופן חוזר ונשנה. אלא שהתיאור האמור אינו ממצה כלל ועיקר, שכן קיימים סוגים שונים של תובעים סדרתיים, אשר מונעים מאינטרסים שונים ובהתאם לכך מבקשים להשיג סעדים מגוונים באמצעות הכלים החוקיים העומדים לרשותם. התובעים הסדרתיים מסווגים ככלל לשתי קטגוריות עיקריות ומנוגדות. מן העבר האחד ניצב התובע הסדרתי הידוע בכינויו ״**התובע הטרדן**״. התובע הטרדן, כמשתמע משמו, מבקש להטריד הן את מערכת המשפט והן את הנתבעים הפוטנציאליים, וזאת תוך שימוש לרעה בהליכי משפט ונקיטת הליכי סרק. מן העבר האחר ניצב תובע סדרתי שנכנה אותו ״**לוחם הצדק**״. לוחם הצדק, אף שגם הוא פוקד את הערכאות באופן סדרתי, אינו נחשב תובע טרדן. למעשה, בניגוד מובהק לו, לוחם הצדק מבקש לעשות שימוש ראוי בהליך המשפטי כאמצעי לאכיפת הדין ולהגשמת עקרונות וערכים חשובים.

מאחר שיש סוגים רבים של בעלי דין סדרתיים, ומאחר שלעיתים קיים עירוב מונחים בין סוגיהם השונים של התובעים הסדרתיים, אנו סבורים כי יש מקום לערוך מיפוי מקיף שבמסגרתו נבקש להצביע על מהותו וטיב פועלו של כל אחד מסוגי התובעים הסדרתיים. אגב הבחנה זו נבקש לעמוד על היחס הראוי שיש ליתן לאותם תובעים סדרתיים. לאחר ההבחנה והמיפוי הנדרשים בכוונתנו לערוך סקירה עיונית שתסייע להשיב על השאלה באילו מקרים ראוי להתייחס לעברו של בעל דין: **מתי יהיה נכון לאפשר העלאת טענה בנוגע לסדרתיותו של בעל דין, ומהו ההיסק שיש להסיק בעקבות עברו זה?**

---

1 נטע זיו, תמר קריכלי־כץ ואיסי רוזן־צבי ״החלום ושברו – דפוסי אי־שוויון וריבוד בקרב בוגרי משפטים בישראל בפתח המאה העשרים ואחת״ **מעשי משפט** ט(1) 99 (2017).

2 להרחבה ראו גלי אביב ודליה ארנטל **עומס העבודה השיפוטית במערכת בתי המשפט בישראל** (הרשות השופטת, מחלקת מחקר 2021). עוד ראו רענן סוליציאנו־קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה־גדות **העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו״ח מסכם** (המרכז לניהול ולמדיניות ציבורית 2007).

3 ראו, לדוגמה, אילן וענונו ״הפרקליטות נלחמת בתובעים הסידרתיים״ **אוביטר** (12.2.2020) https://obiter.co.il/15916. יוער כי כיום, וחרף הצעות חוק בנושא, אין איסור מפורש בחוק לתבוע באופן חוזר וסדרתי, וזאת בשים לב לחשיבותה של זכות הגישה לערכאות, שהיא זכות יסוד בשיטת המשפט הישראלית.

שאלתנו זו בנוגע לסדרתיותו של התובע עולה ונשאלת לנוכח תופעת התובעים הסדרתיים, אשר מעוררת בציבור עניין רב וחילוקי דעות. כיום המחשבה העולה בשגרה למשמע המונח ״תובע סדרתי״ היא כי מדובר בתובע העושה שימוש לרעה בהליכי משפט,[4] וכי יש להגביל על כן את גישתו לערכאות.[5] ההתייחסות לתובע זה הינה חשדנית, והדבר מתבטא לא אחת גם בפסיקת פיצוי מופחת אף שאותו תובע הצליח להוכיח את תביעתו.[6] לעיתים, וללא קשר לתוצאת ההליך, בתי המשפט מטילים הוצאות משפט מוגדלות לשם צינון והרתעה של תובע הנוקט הליכים באופן חוזר ונשנה.[7]

לגישתו של מאמר זה, **אין ליתן משקל שלילי לטענה המתייחסת לעברו של בעל דין, קרי להיותו ״תובע סדרתי״, כשהיא עומדת בפני עצמה.** טענתנו היא כי נדרשת בחינה מדוקדקת של כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו בטרם יהא אפשר להסיק ממצא שלילי מעברו של בעל הדין. בחינת סדרתיותו של התובע כשלעצמה, מבלי להידרש לנסיבות העניין שעל הפרק, אינה מדויקת, ועלולה לגרום לפגיעה משמעותית בזכויותיו הדיוניות והמהותיות של התובע המבקש לממש את זכותו בהליך המשפטי. בתמצית מזוקקת, המאמר מבקש להעלות את קרנו של האוכף האזרחי, הוא התובע הסדרתי אשר עושה שימוש ראוי בכלים העומדים לרשותו במסע האכיפה הפרטית התדירה. בהמשך לכך יבקש המאמר להכיר במוסד חשוב זה כחלק מן הנוף המקובל **והרצוי** באולמות בתי המשפט. תמרור האזהרה שנבקש להציב יפה ביתר שאת לנוכח עירוב המונחים והאנדרלמוסיה שנוצרת לעיתים בין סוגיהם השונים של התובעים הסדרתיים, וכן לנוכח הניסיון אשר נעשה לא אחת על ידי נתבעים להכתים את התובע בתיוג שלילי אך משום סדרתיותו.

---

4 וזאת חרף קביעתו של בית המשפט כי ״עצם העובדה שתובע מגיש מספר תביעות בנוגע לחוק ואף מצליח בהן ונפסקים לטובתו פיצויים, אינה פוגעת כשלעצמה בתום ליבו. משמע – המונח ׳תובע סדרתי׳ **אינו** צריך לעורר הקשר שלילי אינטואטיבי״. ראו ע״א (מחוזי ת״א) 2434-12-13 **תמיר נ׳ ישר–אובוז נכסים ואחזקות בע״מ**, פס׳ 8(ט) (נבו 28.10.2014) (ההדגשה הוספה).

5 לדיון נרחב בסוגיית התובע הטרדן הנוקט הליכים באופן סדרתי (vexatious litigant) ראו אבישי אדד **שימוש לרעה בהליכי משפט: הגנה דיונית מפני ניצול לרעה של זכות הגישה לערכאות** 249–301 (2013).

6 ראו, לדוגמה, ת״צ (מחוזי ת״א) 55501-05-20 **ברזילי נ׳ גרין ריהוט ועיצוב הגן בע״מ** (נבו 30.9.2020); ת״צ (מחוזי ת״א) 55200-05-20 **ברזילי נ׳ קהלת יבוא בע״מ** (נבו 24.8.2020) (להלן: עניין **ברזילי נ׳ קהלת**); ת״צ (מחוזי ת״א) 57323-05-20 **ברזילי נ׳ פייר גליו** (נבו 24.8.2020); ת״צ (מחוזי ת״א) 57145-05-20 **ברזילי נ׳ ד.ס רהיטי יוקרה (2001) בע״מ** (נבו 30.9.2020) (להלן: עניין **ברזילי נ׳ ד.ס**).

7 בתי המשפט מבטאים את מורת רוחם מתובעים סדרתיים על ידי פסיקת הוצאות משפט מוגדלות. ראו רע״א 197/16 **קיס נ׳ ק.צ. יחסי ציבור ויזמות בע״מ** (אר״ש 26.1.2016) (להלן: עניין **קיס בעליון**); ע״א (מחוזי ת״א) 17537-05-14 **ק.צ. יחסי ציבור בע״מ נ׳ קיס** (נבו 3.8.2015) (להלן: עניין **קיס במחוזי**); ת״ק (תביעות קטנות חי׳) 65532-11-15 **שקולניק נ׳ ויטרינה כל מה שחדש על המדף בע״מ** (נבו 19.5.2016); עניין **ברזילי נ׳ קהלת**, לעיל ה״ש 6. ראו גם גיל גן־מור ״עמרי קיס לוחם שוויון [?]: בעקבות ת״א (קר׳) 62451-11-15 קיס נ׳ גאטו – קפה מסעדה בע״מ״ **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 92, 5 (2019) (להלן: גן־מור ״קיס לוחם שוויון [?]״).

עמדה זו קיבלה ביטוי בדין זה כבר, וזאת באותם חוקים המאפשרים לפרט לקיים אכיפה פרטית, לרבות חוק תובענות ייצוגיות.[8] משאלה פני הדברים, אין הסבר המניח את הדעת לשאלה מדוע יש לצנן תובע סדרתי מהגשת תביעות נוספות אך ורק לנוכח היבט הסדרתיות, אף שזו מתבקשת לנוכח הוראות הדין. הדברים נכונים ביתר שאת בהינתן שפעמים רבות תביעותיו של אותו בעל דין סדרתי מצביעות בזו אחר זו על הפרות חוק, וממחישות כי פנייתו לערכאות הינה מוצדקת בפועל.

רבות נדונה חשיבותו של ההליך המשפטי ככלי לשינוי חברתי וכאמצעי אפקטיבי לאכיפה אזרחית.[9] הדברים נכונים בבחינת קל וחומר כאשר עסקינן בתובענות ייצוגיות, אולם הם נכונים בכל תביעה אזרחית המניבה תועלת ציבורית.[10] כאן המקום לציין כי המונח ״תביעה אזרחית המניבה תועלת ציבורית״ מבקש להתייחס לכל תביעה שבה מתאפשר לתובע, לפי הוראות המחוקק, לקבל פיצוי בשיעור גבוה מהנזק שנגרם לו,[11] וזאת במטרה לתמרצו להגישן. פיצוי זה, הקרוי ״פיצויים לדוגמה״ או ״פיצויים ללא הוכחת נזק״, מלמד על תועלת נוספת הגלומה בהגשת התביעה, שעיקרה הרתעת מעוולים פוטנציאליים ועידוד אכיפה אזרחית של חוקי המדינה על ידי הניזוקים הפוטנציאליים. מכך ניתן ללמוד כי הוראות הדין מבקשות לעודד נקיטת הליכים כאלה. בכך ניכר הדמיון שבין תביעות אזרחיות אלו, המביאות לידי הגשמתה של תועלת ציבורית, לבין התובענות הייצוגיות, ובהתאמה עולה הצורך במיפוי מקיף ומעמיק של התובעים העושים שימוש בכלים אלו – כלי האכיפה האזרחית של הוראות הדין.

מאמר זה יבקש להפנות את הדיון ליוזמי ההליכים בתביעות אלו שבמסגרתן מתקיימת אכיפה אזרחית, ולדון בפועלם של ״השחקנים החוזרים״. המאמר יעסוק, בפרט, בשחקנים בתחום התובענות הייצוגיות והתביעות האזרחיות המניבות תועלת ציבורית אשר נתקלים בטענות המייחסות להם תיוג שלילי אך משום עברם. המאמר יציע הסתכלות מחודשת על המסקנות שיש לגזור מסדרתיותו של תובע המגיש תובענות שמטרתן חשיפת מחדלים ביישום הוראות החוק.[12] בתוך כך יוצגו היתרונות הגלומים

---

8 חוק תובענות ייצוגיות, התשס״ו־2006. מלבד חוק זה קיימות הוראות חוק נוספות בדבר פיצויים לדוגמה או פיצויים ללא הוכחת נזק, שניתן ללמוד מהן על המגמה לעודד תובעים פוטנציאליים לעשות שימוש בהליך המשפטי: ס׳ 31א לחוק הגנת הצרכן, התשמ״א־1981; ס׳ 30א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ״ב־1982 (להלן: חוק התקשורת); ס׳ 5(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס״א־2000 (להלן: חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים); ס׳ 14(1) וכן ס׳ 19נא(ב) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ״ח־1998; ס׳ 29א לחוק הגנת הפרטיות, התשמ״א־1981; ס׳ 13(א) לחוק עוולות מסחריות, התשנ״ט־1999 ועוד.

9 ראו, לדוגמה, אסף פינק ״תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי״ **מעשי משפט** ו 157 (2014).

10 מדובר באותן תביעות שבמסגרתן המחוקק מאפשר קבלת פיצויים ללא הוכחת נזק.

11 וזאת בניגוד למצב הדברים הרגיל, שבו קבלת פיצוי מעל לגובה הנזק מהווה התעשרות לא כדין. ראו ס׳ 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל״ט־1979.

12 הדברים שונים, כמובן, כאשר מדובר בתובע סדרתי המגיש תביעות חוזרות ונשנות בגין תאונות

בפעילות סדרתית זו, אשר מצדיקים הכרה באוכף האזרחי וקיום דיון מעמיק בחשיבות פעילותו בשדה המשפטי.

כבר עתה יצוין: הוראות הדין הרלוונטיות ממחישות כי לגישתו של המחוקק קיימים סוגים מסוימים של תובעים סדרתיים אשר לא זו בלבד שאין זה ראוי לגנותם או להגביל את גישתם לערכאות, אלא נהפוך הוא. כפי שנדגים להלן, לפי הפרשנות התכליתית של הדין יהא זה אך ראוי ונכון לפעול לתמרצם, שכן פעילותם טומנת בחובה תועלת חברתית וציבורית, המגשימה את תכלית המחוקק ואת האינטרס הציבורי.[13] תובעים אלו, הפונים בסדרתיות לבית המשפט בבקשות מוצדקות לאכוף את הוראות הדין, יכונו על ידינו ״אוכפים אזרחיים״. האוכפים האזרחיים פועלים בעיקר בתחום התובענות הייצוגיות, אולם ניתן למצוא אותם, כפי שיומחש להלן, בכל תביעה אזרחית המניבה תועלת ציבורית.

סדר מאמרנו יהא כדלקמן. **בפרק הראשון** נעמוד על ההבחנה בין שתי קבוצות הקיצון המוכרות כיום. נראה את הפער בין ״התובע הטרדן״ לבין ״לוחם הצדק״ (כפי שיוגדר על ידינו להלן, בהרחבה המתבקשת). העמידה על הקצוות מהווה ראשיתו של דיון במנעד של בעלי הדין הסדרתיים. היא תמחיש כי קיימים סוגים רבים של סדרתיות, וכי יש מקום להכיר בשוני ביניהם. אגב כך נבחן אם המצב כיום, שבו תובע סדרתי נתקל ככלל ביחס שלילי מצד בתי המשפט, הוא מוצדק וראוי, בפרט בתובענות הנושאות עימן תועלת ציבורית.

בפרק השני נמחיש כיצד התובע הסדרתי נתפס כאשר מועלית טענה הנוגעת בעברו, ובפרט טענה המתייחסת לסדרתיותו כממצא שלילי. עוד נמחיש כי היחס לסדרתיותו של התובע הוא יחס מצנן, המחליש ככלל את עילת התביעה של התובע, לעיתים אף מבלי להידרש לעילה לגופה. מצב דברים זה מעורר קשיים בשים לב לכך שלגישת המחוקק יש לפעול לעידוד הגשתן של תובענות כאלה.[14]

בפרק השלישי נבקש להרחיב את סקירתנו על בסיס מקרה הבוחן של מאמרנו זה, הוא המקרה של תובע סדרתי הנוהג לעשות שימוש במכשיר התובענה הייצוגית. זאת, הואיל וסקירת הדין ממחישה כי במסגרת תובענות ייצוגיות עולות טענות הנוגעות בהיותו של התובע סדרתי או חסר תום לב, וזאת כמעט בכל תובענה שבה עניין לנו בתובע שפקד בעברו את שערי בית המשפט. טענות כאמור מועלות, באופן מפתיע, אף כלפי בא כוחו של התובע, שאותו רואים פעמים רבות כ״יוזם ההליך״.[15] במסגרת

דרכים או נגד שכניו או מכריו. תובענות אלו אינן מוכרות על ידי המחוקק כמניבות תועלת ציבורית, ובהתאמה, לא מוענק במסגרתן פיצוי לדוגמה או פיצוי ללא הוכחת נזק.

13 האמור אף עולה בקנה אחד עם הכתיבה הענפה העוסקת בחשיבותם של מכשירים חוקיים בשדה האזרחי ככלים לשינוי חברתי וכאמצעי אפקטיבי לאכיפה אזרחית. ראו אסתר חיות ״התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית־ציבורית״ **משפט ועסקים** יט 935 (2016).

14 אותו ״עידוד״ מצוי כאמור במתן האפשרות לקבל פיצויים לדוגמה או פיצויים ללא הוכחת נזק.

15 במקומות מסוימים במאמר, שבהם נקודה זו תהא רלוונטית, נעשה שימוש במונח ״יוזם ההליך״, שכן בהליך הייצוגי, להבדיל מהליכים רגילים, לעיתים קרובות יוזם ההליך הוא דווקא בא כוח הקבוצה, ולא בהכרח התובע עצמו.

סקירתנו נמחיש את היחס שניתן על ידי בית המשפט לתובעים הסדרתיים השונים, לרבות יוזמי ההליך, ונראה כי במציאות יש קטגוריות רבות של תובעים סדרתיים. נסיק כי אי־אפשר להסתפק בשתי קטגוריות הקיצון שהוצגו בפרקים הקודמים, אלא נדרש סיווג קטגורי מעודן, במיוחד כאשר עסקינן בהליך הייצוגי.

בפרק הרביעי נבקש לדון בממצאינו. בפרט נבקש לדון בסוגים השונים של התובעים הסדרתיים הנוהגים לפקוד את בתי המשפט. נמחיש כי יש בפועל חמש קטגוריות שניתן לשייך אליהן את התובעים הסדרתיים. כמו כן נדגים כי בלי התייחסות לתת־קבוצה המסוימת שהתובע משתייך אליה יש חשש מהותי לפגיעה בזכויותיו הדיוניות ואף המהותיות. בסיומו של הפרק תוצג הצעתנו לפתרון הראוי. הצעתנו תבקש להכיר בקטגוריה חדשה של תובע סדרתי שנכנה ״האוכף האזרחי״. לפי הצעתנו זו, ככל שתובע סדרתי יוכיח כי הוא ראוי להיות משויך לקטגוריה של אוכפים אזרחיים, הוא יהיה ״חסין״ מטענות שליליות הנוגעות בסדרתיותו ובעברו. מדובר בטענת ״מגן״ המבקשת ליתן לתובע הגנה מפני טענות שהנתבע עלול להעלות כלפיו. למעשה, אף למעלה מכך – אם יוכיח האוכף האזרחי את השתייכותו לקבוצת האוכפים האזרחיים, ייתכן שיהא זה נכון אף ליתן משקל מוגבר לטיעוניו.

פרק א: התובע הסדרתי – על ההבחנה המתבקשת בין התובע הטרדן ללוחם הצדק

1. על טענת התובע הסדרתי

בשנים האחרונות אנו עדים לעלייה בטענות הנוגעות בעברו של בעל דין.[16] טענות אלו מועלות בדרך כלל על ידי גופים גדולים ותאגידים מסחריים – רובם ״נתבעים סדרתיים״

16 ראו להלן רשימה מדגמית בלבד של הליכים מן השנים האחרונות שבהם הועלתה הטענה כי התובע הוא מתדיין סדרתי. יוער כי סקירה זו כוללת אך ורק תביעות אזרחיות המניבות תועלת ציבורית בהתאם להוראות הדין: תא״מ (שלום הר׳) 21442-07-14 **פלוני נ׳ ספיר שבה** (נבו 10.9.2014), שם נטען כי יש לחשוף את זהות התובע מכיוון שהוא בבחינת מתדיין סדרתי; עע״מ 2978/13 **מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע״מ נ׳ יונס** (אר״ש 23.7.2015), שם טענה המערערת כי בא כוח המשיב הוא תובע סדרתי שהגיש לפחות שמונה בקשות לאישור תובענה כייצוגית נגד המשיבה – טענה אשר נדחתה בסופו של דבר בדנ״מ 5519/15 **יונס נ׳ מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע״מ** (אר״ש 17.12.2019) (להלן: דנ״מ **יונס**); ת״צ (מחוזי ת״א) 31650-07-19 **ביטון נ׳ כ.נ מחסני השוק בע״מ** (נבו 7.1.2021); ע״ע (ארצי) 33793-12-16 **אביגל – באג מולטיסיסטם בע״מ** (נבו 6.12.2020), שם טענה המשיבה כי מי שעומד מאחורי הגשת התובענה הנדונה הוא ״תובע ייצוגי סדרתי״, לאחר שהגיש בעברו ארבע בקשות לאישור תובענה כייצוגית; ת״צ (מחוזי ת״א) 30284-10-01 **דבוש נ׳ קונקטיב גרופ בע״מ** (נבו 30.3.2011), שם נטען כי המבקש הוא תובע סדרתי אשר הגיש בעברו שלוש בקשות לאישור תובענה כייצוגית, אך בית המשפט דחה את הטענה ואישר את

– כלפי יוזמי ההליכים, קרי, התובעים ובאי כוחם. כך, לא אחת, אגב קריאת כתבי טענות המוגשים לבתי המשפט, ניתן להיווכח בטענות שגורסות כי מדובר בתובע סדרתי שיוזם הליכים רבים, וממצא זה מהווה מבחינת הנתבעים מעין קרדום לחפור בו. כך, לפי הגישה שנהפכה לחזון נפרץ, הנתבעים טוענים כי יש לקבוע ממצא שלילי נגד התובע, וזאת מבלי שהם מצביעים על קשר סיבתי בין סדרתיותו לבין טענותיהם.

בהעלותם טענה זו, הנוגעת בעברו של בעל הדין, הנתבעים מבקשים להראות כי עניין לנו בתובע חסר תום לב. פעמים רבות הטענה בדבר סדרתיותו של התובע מועלית על מנת להוכיח כי המטרה הבלעדית שבבסיס התביעה היא הרצון של יוזם ההליך להתעשר על חשבונם של הגופים הנתבעים.[17] נתבעים אלו מצביעים בדרך כלל על החשש שמא אותו תובע סדרתי הגיש את התביעה כמנוף לחץ על הצד שכנגד על מנת להגיע לפשרה בלתי מוצדקת. סדרתיותו של התובע מוצגת אפוא כמיזם כלכלי, ומבקשת להפוך בכך את תביעתו מדרישה מוצדקת לקבלת פיצוי לפי דין למעין ניסיון ״לסחוט״ כספים מכיסה העמוק של הנתבעת. טענה זו מבקשת למעשה ״לצבוע״ את התביעה כך שתיראה כמיזם עסקי בלתי ראוי (ולפיכך ככזה שיש להוקיעו) וכניצול ציני של ההליך המשפטי.[18]

נראה כי המטרה העיקרית מאחורי הטענה הנוגעת בעברו של התובע היא להשחיר או לקעקע את אמינותו של יוזם ההליך ולתייגו כמי שמרבה להגיע לערכאות ממניעים פסולים שאינם נובעים מפגיעה אותנטית שאירעה לו, תוך ניסיון להסיט את תשומת הלב מגופו של עניין אל גופו של המבקש.[19] ספק רב אם טענה זו עולה בקנה אחד עם מבחני הרלוונטיות,[20] אולם נראה כי יש טעם מסוים מבחינת הגוף הנתבע בהעלאתה. זאת, הואיל וכיום אדם המרבה לתבוע וליזום הליכים נתפס לא אחת על ידי הציבור – בצדק או לא בצדק – כחסר תום לב וכמי שמבקש לעשות שימוש לרעה

הבקשה; ע״א (מחוזי ת״א) 1201-11-11 **קרימן נ׳ ניזורו ישראל בע״מ** (נבו 28.5.2014), שם טענה המשיבה כי המערער הוא תובע סדרתי, אשר מפיץ את תמונותיו ברשת ולאחר מכן מחפש באמצעות תוכנה אקטיבית היכן משתמשים בתמונות אלו על מנת לדרוש פיצוי כספי, אך הערעור התקבל והמשיבה חויבה לשלם למערער פיצוי כדרישתו; תא״מ (שלום ב״י) 65990-10-18 **רז נ׳ מועלם (קליקה בסטורס)** (נבו 14.1.2021), שם נדרש בית המשפט לטענה בדבר סדרתיותו של התובע וציין כך: ״טענה בנוגע להיותו של תובע **׳סדרתי׳** אינה מתמלאת מחולייתה, אלא יש לבחון באספקלריה של כל מקרה לגופו את מכלול השיקולים היפה לנסיבותיו, לרבות בדבר מידת חוסר תום הלב, אם נתגלתה, והשלכתה על שאלת הפיצוי.״ שם, בפס׳ 20 (ההדגשה במקור).

17 לדוגמה המלמדת על אודות המנעד הרחב שהנתבעים מייחסים לסדרתיותו של התובע ולממצאים שיש להסיק בגינה, ראו את התגובה על הבקשה לאישור תובענה כייצוגית בת״צ (שלום חי׳) 2016-05-20 **מוחתסב נ׳ רפי את רפי בע״מ** (נבו 6.8.2020).

18 לדוגמה אחת מני רבות ראו את תשובתם של משיבים 1–9 לבקשה לאישור התובענה כייצוגית בת״צ (מחוזי מר׳) 30911-04-12 **רוזנפלד נ׳ אנג׳ל** (נבו 23.10.2012).

19 יוער כי עניין זה נכון גם לתובענות קלסיות, ולא רק לתובענות ייצוגיות. ראו, למשל, תא״מ (שלום ת״א) 18352-04-13 **חסוי נ׳ פרופורציה פי.אם.סי. בע״מ** (נבו 30.4.2015).

20 על דרישת הרלוונטיות הקבועה בס׳ 1 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל״א־1971, נדון להלן.

בהליכי משפט,[21] ובהמשך לכך אף בית המשפט העניק לכך לא אחת חשיבות מסוימת בפסיקותיו.[22]

אלא שלגישתנו, בניגוד לסברה הרווחת בציבור ובחלק מהקהילה המשפטית, ובניגוד לרטוריקה המצויה כאמור בבסיסם של כמה פסקי דין בנדון, אין זה ראוי להכתים כל תובע סדרתי באשר הוא בתיוג שלילי, ואין לייחס לו ממצא שלילי כלשהו אך לנוכח היותו סדרתי. תיוג כזה, שלפיו הגשת תביעות קודמות מצמיחה כשלעצמה ממצא שלילי, כמוהו כדעה קדומה על בעל הדין, מבלי שידועים לנו הטעמים וההצדקות שהובילו לסדרתיותו, וזאת בניגוד להוראות הקבועות בדיני הראיות.[23] הסתכלות מעין זו, המסווגת את התובעים הסדרתיים כמקשה אחת לאותה קבוצה תוך הכתמתם בתיוג שלילי, היא הסתכלות שטחית ושגויה החוטאת לתכליות ואינטרסים חשובים העומדים בבסיס פועלם של רבים מן התובעים הסדרתיים. יתר על כן, אנו סבורים כי אין כל מקום להתייחס לטענת הסדרתיות כל עוד לא הוכחה נפקותה להליך הקונקרטי העומד לפתחו של בית המשפט.

עיון בפסיקה מלמד כי נכון למועד כתיבתן של שורות אלו קיימת קבוצה של תובעים סדרתיים שהם בגדר ״שחקנים חוזרים״.[24] חרף השתייכותם לאותה קבוצה, היא קבוצת ״התובעים הסדרתיים״ (מבחינת תדירות פנייתם לערכאות), נראה כי שאיפותיהם של חברי הקבוצה והאינטרסים שהניעו אותם לנקוט את ההליכים המשפטיים מצויים על מנעד רחב: החל באינטרס כלכלי צר ועד לאינטרס ציבורי־חברתי רחב. מנעד זה מעלה צורך בשרטוט קווי מתאר של כל אחד ואחד מאותם ״תובעים סדרתיים״, על כלל מאפייניהם וטיב פועלם.

בהמשך לכך, ובהתאמה, בתת־פרק הבא נעמוד על המקרה הקיצוני ביותר של תובע סדרתי, הוא התובע הטרדן, ובתת־פרק שלאחריו נציג את ההופכי של התובע הטרדן, הוא לוחם הצדק, אשר לגישתנו יש לעודד את פועלו ככל שתביעותיו מגלות במבט ראשון עילה ראויה. לנוכח מנעד רחב זה של תובעים סדרתיים, בחינת התובע צריכה

---

21 ראו אלעד מן ״האם תובע סדרתי הוא פושע סדרתי?״ **TheMarker** (20.12.2006) https://www.themarker.com/law/2006-12-20/ty-article/0000017f-eceb-d4cd-af7f-edfb7e3a0000; טובה צימוקי ״לעצור את הנודניקים: החוק נגד תובעים סדרתיים״ **ynet** (14.6.2018) https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5286364,00.html; חיליק ברקוביץ ״מכת הייצוגיות: התובע הסדרתי ייתבע על ידי הנתבעות״ **ביזנעס** (6.7.2020) /מכת-הייצוגיות-התובע-הסדרתי-ייתבע-על-יד/https://bizzness.net.

22 ראו, לדוגמה, תא״ם (שלום פ״ת) 43971-05-18 **מאירי נ׳ ברנע** (נבו 16.2.2021). כן ראו עניין **ברזילי נ׳ ד.ס**, לעיל ה״ש 6, שם הפחית בית המשפט את הפיצוי שנפסק עקב סדרתיותו של התובע.

23 למארג השיקולים העומד בבסיס קבלת עדות בנוגע לעברו של בעל דין ראו דורון מנשה ״אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים״ **התיאוריה של דיני הראיות** 115 (גיא יצחק סנדר עורך 2017) (להלן: מנשה ״אידיאל חשיפת האמת״).

24 מארק גאלאנטר ״מדוע ׳אלה שיש להם׳ נוטים להצליח: הרהורים על גבולות השינוי המשפטי״ **מעשי משפט** ד 15 (2011).

להיעשות לעולם באופן אובייקטיבי,[25] וכבר עתה ברור כי אין להתייחס לסדרתיות כשלעצמה כאל ממצא שלילי.

2. התובע הטרדן

משאביה של מערכת המשפט – בעולם בכלל ובמדינת ישראל בפרט – מוגבלים.[26] כתוצאה מכך מערכת המשפט מתמודדת עם עומס רב, הגורם להתמשכות הטיפול בהליכים. בכך יש משום פגיעה (עקיפה) בזכות הגישה לערכאות של ציבור המתדיינים וכרסום במלאכת עשיית הצדק.[27] בנסיבות אלו יש חשיבות יתרה לכך שהמערכת השיפוטית תגן על עצמה מפני אלה המבקשים לעשות בה שימוש לרעה, החוטא למטרות שלשמן היא נוסדה. תופעת התובע הטרדן היא תופעה אשר גוזלת זמן רב מבית המשפט, בשל הצפתו בתביעות סרק הנעדרות כל ביסוס בדין או בעובדה.[28] להלן נעמוד על מאפייניו של התובע הטרדן ועל הקושי הגלום בהימצאותו בשדה המשפטי.

(א) התובע הטרדן – קווים לדמותו

התובע הטרדן (Vexatious Litigant) מוגדר כבעל דין המרבה לנקוט הליכי סרק, דהיינו, הליכים שאינם מגלים עילה. מבחינת התובע הטרדן, ההליך המשפטי הוא המטרה, ולא האמצעי למימושה. התובע הטרדן אינו בוחל להביא לפתחו של בית המשפט עניינים שסיכויי הצלחתם נמוכים. בבסיס התנהגותו של התובע הטרדן שלושה טעמים עיקריים: הטעם הראשון והמרכזי הוא הפרעה לצד שכנגד והטרדתו (ומכאן כינויו); הטעם השני הוא ניסיון לדחות את הקץ במקרה שהתקבל נגדו פסק דין שאינו מקובל עליו, על ידי ערעור חוזר ונשנה על תוצאותיו;[29] הטעם השלישי נעוץ בסיפוק שהתובע הטרדן חש,

---

25 יוער כי בחינת התובע תיעשה לעולם באופן אובייקטיבי על פי אופי פעולותיו ועל פי עברו, כפי שהוא נתפס על ידי הציבור.

26 להרחבה בעניין זה ראו ורד דשא **מערכת המשפט בישראל** (2019).

27 ראו אביב וארנטל, לעיל ה״ש 2. ראו גם אליהו מצא ״העומס בבתי המשפט פוגע בציבור״ **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (22.2.2011) https://www.idi.org.il/articles/9380; משה בר ניב (בורנובסקי) ורן לחמן ״הרפורמה בבתי־המשפט בפרספקטיבה של זמן: עמדות עורכי הדין״ **הפרקליט** מו 44 (2002).

28 הקושי האמור הוביל להגשת הצעת חוק המבקשת לשלול את גישתם לערכאות של אותם תובעים טרדניים. ראו הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס׳ 95) (תובע טרדן), התשע״ח־2018, ה״ח 1218 (להלן: הצעת חוק תובע טרדן).

29 ראו, למשל, בש״א 7886/20 **כוכבי נ׳ כוכבי** (אר״ש 19.11.2020). לשתי דוגמאות, מני רבות, של הליכים שהגיש אותו בעל דין ראו בג״ץ 5710/20 **כוכבי נ׳ בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו** (אר״ש 15.9.2020); דנג״ץ 8690/19 **כוכבי נ׳ כונס הנכסים הרשמי** (אר״ש 28.1.2020).

כמי שמתאפיין כנראה בדחף פנימי להתדיין.[30] כאמור, עצם הפנייה לערכאות היא מטרה בעלת ערך מבחינת התובע הטרדן, בהתעלם מתוצאותיה האופרטיביות.

על רקע טעמים אלו התובע הטרדן מנהל הליך אחר הליך, משל היה בית המשפט במה שמטרתה הצפת כל מטרד המעסיק אותו. חייו של התובע הטרדן סבים סביב בעיות שהוא ניפח ותרגם לתיקים נגד הסובבים אותו – יהיו אלה שכניו, מעסיקיו, עורכי דינו (שייצגוהו בהליכים קודמים), שופטים[31] – וזאת בלא כל תכלית או תועלת.[32] פעמים רבות התובע הטרדן בוחר לנסח את כתבי הטענות בלשון משתלחת שאינה הולמת את ההליך המשפטי, ולעיתים הוא מתנהג בבוטות ובזלזול באולם בית המשפט.[33] למטרה ולתוצאה יש מכנה משותף יחיד: הטרדה, פגיעה בנתבע וגריעה מזמנו של בית המשפט, שהוא משאב ציבורי יקר.[34] במקרים רבים התובע הטרדן אדיש לתוצאת ההליך המשפטי; אף אם תידחה תביעתו, עצם ההטרדה מהווה רווח בעיניו.[35] במקרים רבים אפילו שימוש בסנקציות על ידי בית המשפט אינו מרתיעו מהמשך התנהלותו,[36] ואף לא דחיית בקשתו או השתת הוצאות עליו,[37] והוא ממשיך בדפוס פעולתו.[38]

---

30 על מתדיינים סדרתיים שסיגלו לעצמם אורח חיים של התדיינות חוזרת ונשנית ראו בהרחבה אצל אדד, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 251.

31 ראו, למשל, תמ״ש (משפחה י-ם) 25202-09-10 **ר״י נ׳ ע״י** (נבו 20.3.2011), שם ביקשה התובעת, בתו של הנתבע, להוציא ״צו חוסם״ שימנע את אביה מלנקוט הליכים משפטיים בקשר למאסרו בגין עברות מין שביצע בה. באותו מקרה נפסק כי ״מבית הכלא מגיש הנתבע פעם אחר פעם כנגד אנשים שונים תביעות, מצרף את פסק הדין הפלילי בו הורשע, את ההליכים פותח כנגד כל מי שסובב את בתו – התובעת – קורבן מעשיו הנפשעים, הנתבעים המפורטים הם שכנים בכל שכונה בה מתגוררת התובעת, כאשר גם כשעוברת לשכונה אחרת על מנת להימלט ממעשיו מוצא אותה התובע ומגיש תביעותיו כנגד השכנים החדשים...״ (שם, בעמ׳ 3).

32 ראו, למשל, בג״ץ 4676/03 **עם שלם נ׳ ליפשיץ** (אר״ש 27.5.2003), שם הגיש העותר מספר רב של עתירות סרק לבית המשפט העליון נגד שופטים, מנהל בתי המשפט, המזכירה הראשית של בית המשפט העליון, נשיא המדינה, ראש הממשלה, שר המשפטים, מדינת ישראל, עורכי דין ועוד.

33 ראו, למשל, בג״ץ 668/14 **ואן קול נ׳ מדינת ישראל** (אר״ש 14.8.2014) (להלן: עניין **ואן קול בעליון**).

34 להרחבה ראו רע״א 646/14 **אשטרום חברת קבלנות בע״מ נ׳ ניו קופל בע״מ**, פס׳ 9 (אר״ש 8.5.2014) (להלן: עניין **אשטרום**), שם נפסק כי ״מהלך כאמור גורם לעומס מיותר על מערכת המשפט ולפגיעה באותם מתדיינים המנהלים הליכים לגיטימיים והממתינים ליומם בבית המשפט, כשהטיפול בעניינם משתהה ונדחה נוכח הצורך לעסוק בהליכי סרק. זו המשמעות האמיתית של הביטוי השחוק ׳זמנו היקר של בית המשפט׳, שלאמיתו של דבר הוא זמנו היקר של ציבור המתדיינים ולא של בית המשפט, שאינו אלא נאמנו של ציבור זה, וזמנם של אותם בעלי דין נמסר כפקדון בידיו ואין הוא רשאי למחול בשמם על השחתתו לשווא״.

35 ראו אדד, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 249–252.

36 כך, למשל, השתת הוצאות מוגדלות על התובע הטרדן או דחיית בקשה לפטור מעירבון אינן מצננות את פועלו. ראו בשג״ץ 4748/06 **שקד נ׳ תפוחי**, פס׳ 10 (אר״ש 2.8.2006).

37 שם; אריאל נתן ״הגבלת זכות הגישה לערכאות כאינטרס ציבורי: על תובעים טרדניים וצווים חוסמים״ **משפט מפתח** 5, 146 (2019).

38 יודגש: התובע הטרדן אינו תובע העושה שימוש לרעה בהליכי משפט לשם השגת יעד טקטי

אין בכל אחת מדרכי ההתנהלות שתוארו כדי ללמד שתובע פלוני הוא בעל דין טרדן, אך הצטברות המאפיינים, כולם או חלקם, יש בה כדי לחזק את המסקנה כי בעל דין הוא תובע טרדן העושה שימוש לרעה בהליכי משפט.

(ב) התמודדותם של בתי המשפט עם התובע הטרדן

כאמור, תופעת התובע הטרדן גורמת להשחתה של זמן שיפוטי יקר ולבזבוז משאבים.[39] קשיים אלו הצמיחו צורך להרתיע תובעים כאלה מפנייה לערכאות ולתת בידי בית המשפט אמצעי אפקטיבי להתמודדות עם התופעה בדמות הוצאת ״צו חוסם״ שימנע תובעים אלו מלהגיש תובענות. אולם הצעה זו מעוררת מתח בין זכות הגישה לערכאות, שהיא זכות על־חוקית, לבין האינטרס הציבורי בשמירה על התקינות והטוהר של ההליך השיפוטי ועל האינטרסים הלגיטימיים של הנתבעים.[40]

לנוכח האינטרסים הנוגדים, ומתוך הכרה בחשיבות זמנו של בית המשפט, חוקקו מדינות רבות ברחבי העולם חוקים שהעניקו כלים לבתי המשפט לבלום תובעים המנהלים באופן עקיב הליכי סרק שאינם מגלים עילה ראויה. כך עשו, לדוגמה, אנגליה,[41] קליפורניה,[42] פלורידה,[43] אוסטרליה,[44] סקוטלנד[45] ועוד. הסדרים אלו מאפשרים לבתי המשפט להכריז על בעל דין כתובע טרדן ולהוציא נגדו צו חוסם שימנע אותו מליזום הליכים נוספים.

במסגרת הליך קונקרטי מתוך חוסר תום לב דיוני. עניינו בתובע שאימץ דפוס פעולה טרדני ושיטתי בשם זכות הגישה לערכאות. ראו ארנה רבינוביץ׳־עיני ודורון דורפמן ״שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט־אדברסרי למודל ייצוג מסורתי״ **ספר שלמה לוין** 255 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים 2013).

39 כך תיאר הנשיא אורנשטיין את דפוס ההתדיינות של תובע טרדן: ״התובע נוהג להגיש באופן שגרתי ואוטומטי לצד תביעותיו, בקשות למתן פטור מאגרה בשל מצבו הכלכלי. למרות שבקשות אלו נדחות ברובן, בוחר התובע לא לשלם אגרה וחלף זאת מגיש תביעה חדשה שגם בה הוא מבקש פטור מאגרה... ובכך ממשיך ההליך להתנהל ׳יש מאין׳ כאשר נוספות עוד ועוד תביעות בגין אותו עניין.״ ת״א (מחוזי ת״א) 58988-12-16 **פלוני נ׳ מדינת ישראל** 3–4 (נבו 20.3.2017) (להלן: עניין **ואן קול במחוזי**).

40 ראו משה בר־עם ״הליכי סרק אזרחיים״ **עלי משפט** ו 135, 160 (2007); נתן, לעיל ה״ש 37; עניין **שקד**, לעיל ה״ש 36, בפס׳ 15. ראו גם רע״א 83/01 **וייס נ׳ מרדכי**, פ״ד נה(3) 730, 732 (2001): ״...שום מערכת שיפוטית לא תוכל לשאת משיכת הליכים שיפוטיים ללא סוף תוך ניצול לרעה של סדרי הדין ובזבוז של משאביה. תהליך עשיית הצדק איננו שייך רק למתדיין בודד במנותק מהאינטרסים של יריביו, וזכות הגישה לבית־המשפט אינה כוללת בחובה את הכוח לפגוע מעבר למידה הראויה באינטרסים לגיטימיים של בעל־הדין שכנגד.״ כן ראו ע״א 733/95 **ארפל אלומיניום בע״מ נ׳ קליל תעשיות בע״מ**, פ״ד נא(3) 577 (1997).

41 Senior Courts Act 1981, § 42 (UK), https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/42.

42 CAL. CIV. PROC. CODE § 391 (1963).

43 FLA. STAT. § 68.093 (2000).

44 Vexatious Litigants Act 1981 (Qd); Vexatious Proceedings Act 2008 (NSW).

45 Vexatious Actions (Scotland) Act 1898.

כיום אין הסדר בדין הישראלי המעניק לבית המשפט סמכות ליתן צו חוסם נגד בעל דין טרדן. בבית המשפט העליון[46] נפסק כי ״גם לטרדנים שמורה זכות הגישה אל בתי־המשפט, ולא על דעת עצמנו ננעל בפניהם את השערים״.[47] אלא שבשנים האחרונות חל שינוי מסוים,[48] וזאת מתוך הבנה שיש צורך במענה למקרי קיצון.[49] בהתאם לכך הוגשה הצעת חוק המבקשת להתמודד עם תופעת התובעים הטרדנים.[50] על פי ההצעה, בית המשפט יוסמך להורות כי לא יתקבלו לרישום תובענות של בעל דין טרדן, לאחר שניתנה לו הזדמנות להשמיע את טענותיו.

סוגיה זו הגיעה לאחרונה לפתחו של בית המשפט העליון בפרשת **סימון**,[51] שם נדון עניינם של בני זוג שניהלו הליכים משפטיים רבים שהתגלו כהליכי סרק. במסגרת פסק הדין נפסק לראשונה כי לבית המשפט נתונה סמכות להוציא מתחת ידו צו חוסם לבעל דין טרדן אם הפגיעה בזכות הגישה לערכאות הינה מידתית. בכך, הלכה למעשה, ״קיבל״ בית המשפט את הצעת החוק המבקשת להתמודד עם תופעת התובעים הטרדנים.

---

46 ראו ע״א 183/75 **אלון נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד כט(2) 124 (1975). באותו מקרה נדון עניינו של בעל דין ש״נודף ממנו ריח טורדנות״ ואשר הוצא נגדו צו חוסם בבית המשפט. על החלטת בית המשפט המחוזי הוגש ערעור, שבו בוטל הצו.

47 שם, בעמ׳ 126. הלכת **אלון** נותרה בעינה שנים רבות, באשר בית המשפט הישראלי לא היה מוסמך להוציא צו חוסם נגד בעל דין טרדן. ראו עניין **שקד**, לעיל ה״ש 36, בפס׳ 13.

48 עניין **ואן קול בעליון**, לעיל ה״ש 33; עניין **ואן קול במחוזי**, לעיל ה״ש 39; ע״א 1091/15 **רוזנפלד נ׳ Dolphin Fund Limited**, פס׳ פה לפסק הדין של השופט רובינשטיין (אר״ש 13.7.2016) (״ככל שנקבע שלבית המשפט סמכות טבועה ליתן צו המונע מאדם הגשת תובענות לערכאות **זרות**, הדברים נכונים גם באשר למתן צו חוסם נגד ניהול הליכים בערכאות המקומיות...״ (ההדגשה במקור)). ראו גם עת״א (מנהליים ב״ש) 15166-07-11 **סלע נ׳ שירות בתי הסוהר** (נבו 4.8.2011), שם נקבע הסדר מיוחד לטיפול בעתירותיו של עותר סדרתי לשם מניעת ניצול לרעה של הליכי משפט וצינון התנהלותו של העותר, אשר הגיש מאות הליכים. ההסדר הגביל את המצבים שבהם העותר רשאי להגיש עתירה ובצידה בקשה לפטור מאגרה. בית המשפט העליון ביטל לאחרונה את ההסדר הדיוני בשל העדר סמכות לתיתו וכן בשל העדר המידתיות בין זכות הגישה לערכאות לבין האינטרס הציבורי למנוע ניצול בלתי ראוי של ההליך השיפוטי. ראו רע״ב 8411/16 **סלע נ׳ שירות בתי הסוהר** (אר״ש 17.7.2018).

49 בעניין **ואן קול בעליון**, לעיל ה״ש 33, בפס׳ 4, הורה בית המשפט למזכירות כי ״**לא תקבל מכאן ואילך בקשות מטעם העותר בהליכים שהסתיימו**. כמו־כן, בית המשפט לא ייזקק להליכים שיגיש העותר אשר ינוסחו בלשון בלתי ראויה, שיש בה משום השתלחות בבית המשפט או ניסיון להלך אימים״ (ההדגשה במקור).

50 ראו את ההגדרה של ״בעל דין טרדן״ בס׳ 75א(ז) שהוצע להוסיף לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ״ד־1984, במסגרת ס׳ 1 להצעת חוק תובע טרדן, לעיל ה״ש 28: ״בעל דין המגיש הליכים שאינם מגלים עילה, באופן עקבי ושיטתי, לבית משפט אחד או לבתי משפט שונים, נגד אותו בעל דין או נגד בעלי דין שונים, באופן שיש בו משום שימוש לרעה בהליכי משפט״.

51 ע״א 1062/20 **מדינת ישראל נ׳ סימון** (אר״ש 11.11.2021). ראו גם אלון רודס ושיר טולדנו ״צו חוסם לתובע טרדן: סוגיות שהוכרעו ושאלות לעתיד לבוא״ **הפרקליט** נה 269 (2022).

כיום הולך וגובר במחוזותינו השימוש במונח ״תובע סדרתי״. תיוג זה נעשה, כך אנו למדים, על מנת ליצור נרטיב שלילי אשר יאפוף את התובע ויפגע במהימנותו ובתביעתו כולה, וזאת אף שאין מדובר במקרים של תובע טרדן.[52] תיוג שלילי זה יוצר בפועל חפיפה בין המונח ״תובע סדרתי״ לבין המונח ״תובע טרדן״, הגם שאין כל השקה בין שתי הגדרות אלו כלל ועיקר. חפיפה דה פקטו זו ממחישה את הצורך בדיון המקיף שהמאמר מבקש לקיים, ובתוך כך בעריכת ההבחנה המתודית – אשר טרם נערכה עד היום – בין כלל התובעים הסדרתיים. עתה, ובראי צורך זה, נעמוד על ההופכי של התובע הטרדן, הוא התובע הסדרתי ה״חיובי״, קרי, לוחם הצדק.

3. לוחם הצדק

בתת־פרק הקודם עסקנו בצד אחד של ״ציר התובעים הסדרתיים״, הוא התובע הטרדן. אלא שבכך לא סגי. כאשר דנים בתובעים סדרתיים, חשוב לתת את הדעת גם לתובע הסדרתי המצוי בצידו הנגדי של הציר, אשר נעניק לו כינוי שטרם נעשה בו שימוש בדין או בספרות המשפטית – ״לוחם הצדק״.[53]

לוחם הצדק, בדומה לתובע הטרדן, הוא שחקן חוזר הנוהג לפקוד את בתי המשפט כדבר שבשגרה. אלא שפניותיו של לוחם הצדק לערכאות נעשות מטעמים שונים (ולעיתים הפוכים) מהטעמים שבבסיס פניותיו של התובע הטרדן. למעשה, לוחם הצדק מבקש להביא אל בית המשפט תביעות ראויות. הוא מבקש להעלות על סדר היום נושאים ציבוריים וחברתיים על ידי ייזום הליכים משפטיים לשם אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו. פעילותו של לוחם הצדק, הגם שהיא סדרתית בטבעה, מתמצית באכיפה פרטית־אזרחית. היא נעוצה ברציונלים של אכיפת הדין, הרתעה מפני הפרתו וכן הגשמת תכליות ויעדים ציבוריים וחברתיים. בניגוד לתביעותיו של התובע הטרדן, אשר נדחות ככלל ולכן מוליכות למסקנה כי אין כל מקום לבזבז משאבים שיפוטיים על בירורן, דומה כי תביעותיו של לוחם הצדק ראויות להידון בבתי המשפט, וכי יש לכל הפחות ערך ציבורי וחברתי בבירורן עד תום. למעשה, אף במצבים שבהם תובענות אלו נדחות, שכן

---

52 התופעה של השחרת שמו של בעל דין ויצירת ״אפקט משחד״ נגדו בקרב השופטים היושבים לדין הובילה ליצירת הכלל האוסר את הצגת עברו של בעל הדין לפני בית המשפט. ראו דורון מנשה ״״זה לא זה״: הרהורים נוספים בעקבות הרשעת אולמרט בפרשת הולילנד״ **עלי משפט** יב 107, 126–127 (2016) (להלן: מנשה ״זה לא זה״). אומנם מדובר בכתיבה המתייחסת להליך הפלילי, אולם את ההיגיון המשפטי – של איזון בין התועלת שבהצגת עברו של בעל הדין לבין הנזק הגלום באפקט המשחד הנובע מהצגת עבר זה – ניתן (ואף מוכרחים) ליישם גם בענייננו אנו.

53 עם זאת, תיאורים דומים הובאו בעבר בספרות המשפטית הישראלית. ראו, לדוגמה, עלי בוקשפן ״תובענות ייצוגיות, תכלית החברה ותפיסת בעלי העניין בעידן התאגידי המודרני – הקרן למימון תובענות ייצוגיות כזכוכית מגדלת״ **משפט ועסקים** כד 111, 120 (2021) (להלן: בוקשפן ״תובענות ייצוגיות״): ״התובע הייצוגי משמש מעין זרז, אשר אלמלא יוזמתו לא היו מובאים לפני שעריו של בית המשפט מקרים הראויים להתברר כתובענות ייצוגיות. באמצעותו של התובע, כמעין ׳רובין הוד׳ דיוני, מוגשמות המטרות הציבוריות השונות העומדות בבסיסו של מכשיר זה.״

לא בהכרח כל אחת ואחת מהתובענות המוגשות על ידי לוחמי הצדק מתקבלת, נראה כי בדיון בהן, כשלעצמו, טמון ככלל ערך חיובי לחברה.[54] אותו ערך חיובי הנוצר כתוצאה מפנייתו של לוחם הצדק לבית המשפט ממחיש את השוני (המובהק) בין שני הסוגים הללו של תובעים סדרתיים.

יוצא אפוא שהמכנה המשותף היחיד (ואולי הטכני) בין התובע הטרדן ללוחם הצדק הוא הסדרתיות. בצד מכנה משותף אחד ויחיד זה קיימים ביניהם פערים תהומיים, ויש לראותם כשני הפכים מוחלטים. אף על פי כן, פעמים רבות לוחמי צדק נתקלים בטענות אשר לקוחות מדוקטרינת ״התובע הטרדן״ ומבקשות להכתימם בתיוג שלילי. יתר על כן, הגם שאין כל דמיון בין התובע הטרדן לבין לוחם הצדק מלבד הסדרתיות, בית המשפט נמנע, בהתייחסו לטענות הללו, מההבחנה המתבקשת על בסיס טיב ההיסטוריה של התובע.[55]

(א) לוחם הצדק – קווים לדמותו

כאמור, לוחם הצדק הוא סוג נוסף של תובע סדרתי. בניגוד לתובע הטרדן, לוחם הצדק מבקש להגיש את תביעותיו על מנת להיטיב עם האינטרסים (הצודקים) שהוא מייצג. ככלל, אינטרסים אלו עולים בקנה אחד עם האינטרס הציבורי ועם תכלית המחוקק.

פנייתו לערכאות של לוחם הצדק נובעת משני אינטרסים עיקריים. **האינטרס האחד**, והבסיסי ביותר, הוא ״**תיקון עולם**״,[56] קרי, מניעיו האלטרואיסטיים של לוחם הצדק

---

54 ראו, לדוגמה, ת״צ (מחוזי ת״א) 21485-10-15 **אבני נ׳ ישרוטל בע״מ** (נבו 28.7.2017). לפירוט בעניין זה ראו להלן ה״ש 62. טענתנו זו, שלפיה עצם הדיון בתביעתו של לוחם הצדק הוא חיובי, בהתעלם מהשאלה אם התביעה התקבלה או נדחתה, לא תהיה נכונה בכל המקרים. החריג לטענתנו זו, שהוא בבחינת היוצא מן הכלל, הוא המצב שבו עלויות ההליך כולו גרמו נזק כלכלי גדול יותר מהתועלת שהניבה התובענה. ראו Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, 26 J. LEGAL STUD. 575 (1997). בשנים האחרונות גדלו עלויות הליטיגציה עד כדי כך שחלק גדול מתקציביהם של חברות, ארגונים ומוסדות מופנים, בעל כורחם של אלה, למימון עלויות משפטיות. ראו לעניין זה BRIAN J. OSTROM & NEAL B. KAUDER, EXAMINING THE WORK OF STATE COURTS, 1994: A NATIONAL PERSPECTIVE FROM THE COURT STATISTICS PROJECT 20 (1996). עלויות גבוהות אלו הובילו למסקנה כי כמות ההתדיינות המשפטית מופרזת מבחינה חברתית, וכי ייתכן שיהיה נכון לפעול למיתונה. זאת, בניגוד לטענתנו כי גם לתובענה שנדחית עשוי להיות ערך חיובי לחברה. ראו לעניין זה WALTER K. OLSON, THE LITIGATION EXPLOSION: WHAT HAPPENED WHEN AMERICA UNLEASHED THE LAWSUIT (1991). עמדה דומה הובעה בבית המשפט העליון. ראו עניין **אשטרום**, לעיל ה״ש 34, בפס׳ 9. עם זאת, יש לציין כי עיקר הטיעונים הללו נוגעים בהתדיינות משפטית שמתייחסת להיבטים פרטיים, ולאו דווקא להיבטים ציבוריים, ולפיכך, לגישתנו, אין להם נפקות ממשית לענייננו אנו, המבקש להציף אינטרסים ציבוריים.

55 יצוין כבר כעת כי לאמירה זו יש כמה חריגים, דוגמת ת״צ (מחוזי חי׳) 19036-10-15 **בלייס נ׳ חב׳ אלמשהדאוי למסחר ושיווק בע״מ** (נבו 8.8.2016), שבו נדון בהרחבה בחלק ג2(ב) להלן.

56 ראו לעניין זה בבלי, גיטין לב, ע״א. ראו בהקשר זה אביעד הכהן ״וכי זכין לאדם שלא בפניו?׳ – עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי״ **שערי משפט** ד 153, 186 (2005):

ושאיפתו לתקן את הפרות הדין שהוא רואה סביבו. בקשתו היא לעשות שימוש בהליך המשפטי ככלי לשינוי חברתי, ככלי לקידום זכויותיהן של אוכלוסיות מוחלשות, ולעיתים ככלי לקידום טובת הכלל.[57] לנוכח האמור, ולנוכח הפרות הדין הרבות המתרחשות בחברה, אין מנוס מבחינתו של לוחם הצדק מלפנות לבית המשפט באופן חוזר ונשנה בבקשה לקבלת סעד, ומכאן סדרתיותו. **האינטרס האחר** שמניע את לוחם הצדק לפנות לערכאות נוגע בדרישתו הבלתי־מתפשרת לעמוד על הזכויות שלו ושל הציבור שהוא מייצג. במסגרת זאת לוחם הצדק מבקש לפנות לבית המשפט במטרה **לעמוד על קיום הוראות החוק**. פנייתו תיעשה כאשר נראה לו שמתרחשת הפרת חוק, וכאשר הפרה זו נראית לו כבעלת השלכות רחבות היקף.

הכלי הקלסי העומד לרשות לוחמי הצדק המבקשים להגשים את האינטרס השני הוא כלי התובענה הייצוגית.[58] מטרת התובענה הייצוגית היא, בין היתר, הגשת תביעה בעילה שלא משתלם לתבוע בגינה באופן עצמאי ויחידני,[59] שכן מדובר בעוולה קטנה יחסית, להבדיל מעוולות שמצדיקות עתירה לבג״ץ. אל הרִיק הזה – של הפרות חוק שאינן נאכפות במידה מספקת – נכנס לוחם הצדק חמוש בנשק התובענה הייצוגית.[60]

לא אחת ניתן לראות עירוב בין שני האינטרסים המתוארים לעיל, ולעיתים אף שילוב של הכלים השונים העומדים לרשותם של לוחמי הצדק. כך, במסגרת עתירה לבג״ץ ניתן למצוא לעיתים דיונים על אודות עניינם האישי והכלכלי של קבוצה מסוימת של בעלי אינטרס מסוים,[61] ולעומת זאת, במסגרת אחת התובענות הייצוגיות נדונה תביעתם של

״...האפשרות לנקוט דרך דיונית מיוחדת זו נועדה, בין השאר, להיות ׳עזר כנגדו׳ של הפרט בריבו עם מעוולים אמיצי כוח ורבי עצמה, לשמש תרופה למצבים של תת אכיפה מצד הרשויות ולהעלות את רמת התפקוד של המעוולים הפוטנציאליים. יש בה גם חשיבות רבה ביותר לשם הרתעת מעוולים פוטנציאלים ול׳תיקונו של עולם׳, בלי קשר לתובע הספציפי. עיקרון זה, של ׳תיקון העולם׳, הוא אחד הכללים ה׳לבר משפטיים׳ החשובים במשפט העברי. לעתים, יש בו כדי לאפשר סטייה מסדרי הדין הרגילים.״

57 ראו, לדוגמה, בג״ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד נט(2) 481 (2005), שם ביקשה המועצה האזורית להגן על זכות הקניין של תושבי חבל עזה. ראו גם גיל גן־מור ״הפליה במבחן: הפעלת בוחנים (טסטרים) לחשיפת הפליה בידי ארגונים לשינוי חברתי״ **מעשי משפט** ט(2) 207 (2018) (להלן: גן־מור ״הפליה במבחן״).

58 כפי שהותווה בחוק תובענות ייצוגיות.

59 בדברי המבוא להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס״ה־2005, ה״ח הכנסת 232, נאמר כי ״מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות״.

60 וביתר פשטות: אלמלא מכשיר התובענה הייצוגית לא הייתה כל אפשרות כלכלית להגיש תביעות אלו, לנוכח העלויות הגבוהות הכרוכות בהגשתן ובניהולן בבית המשפט, ומכאן החשיבות בקיומם של לוחמי צדק הממשים את זכויות הציבור אגב פנייתם לערכאות, תוך נטילת סיכון שתביעתם תידחה.

61 ראו, לדוגמה, בג״ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ׳ כנסת ישראל** (אר״ש 6.8.2017), אשר עסק בהתנגדותם של בעלי דירות למיסוי דירה שלישית.

אנשים עם מוגבלות (ובפרט חירשים) להנגשת שידורי הספורט כך שתוגשם הלכה למעשה זכותם החוקתית לשוויון בחברה.[62] למעשה, בבסיסה של כל תובענה ייצוגית עומד אינטרס ציבורי־חברתי רחב אשר ייתכן שיהיה משיק ואף חופף לשאיפה ל״תיקון עולם״ ולשימוש בכלי המשפטי ככלי לתיקון חברתי.[63]

ברם, על אף האמור, וחרף היתרונות הרבים הגלומים בפעילותו של לוחם הצדק, קיימות גישות אשר מעלות חששות מסוימים בנוגע לאכיפה פרטית־אזרחית בהשוואה לזו הציבורית. **טעמי המתנגדים נחלקים לשלושה נדבכים עיקריים**.

ראשית, המתנגדים חוששים שמא אכיפה פרטית־אזרחית תביא לידי שיבוש סדר העדיפויות החברתי (להלן: רציונל סדר העדיפויות הציבורי). בדרך כלל ההחלטה לנקוט הליכים לאכיפת הדין נגד גופים מפֵרי חוק נתונה לרשויות המוסמכות, אשר מקבלות את ההחלטה על בסיס שיקולים מקצועיים וכן בהתאם לסדרי עדיפויות הבאים לידי ביטוי בחוקים ובהחלטותיה של הרשות המבצעת או בהתאם לצרכים ציבוריים וחברתיים. לשון אחר, הבסיס לאכיפה האזרחית מצוי, בין היתר, בהוראותיהן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. לעומת זאת, אדם פרטי אינו מחויב לפעול בהתאם לסדרי עדיפויות אלו, ועומדת לו האפשרות ליזום הליכים בהתאם לנוחיותו, לצרכיו האישיים, למומחיותו או לאידיאולוגיה שלו,[64] וזאת, לפי החשש, בניגוד לרציונל סדר העדיפויות הציבורי.

שנית, לגישת המבכרים את האכיפה הציבורית, ניהול ההליך על ידי הגופים המוסמכים לכך על פי החוק יביא לידי ניהול יעיל ומבוקר של ההליך המשפטי בהשוואה לניהול ההליך באופן פרטי, אשר עלול להיות בזבזני ויקר.[65] כמו כן, כאשר הליך שמטרתו להגשים תכלית ציבורית מוגש על ידי הרשות המוסמכת לכך, יש להניח כי המידע שברשותה רחב, מעמיק ומקצועי יותר מזה שיש לאדם פרטי הנוקט דרך פעולה זהה (להלן: רציונל היעילות והמקצועיות).

שלישית, המתנגדים חוששים כי אדם פרטי עלול להיות מושפע מהתועלת הכלכלית שתצמח לו מההתדיינות, ובשל כך לקבל החלטות לא רצויות מנקודת מבט ציבורית, רק

---

62 ראו עניין **ישרוטל**, לעיל ה״ש 54. בקשה זו לאישור תובענה כייצוגית, הגם שנדחתה, החלה במילים ״בקשות האישור שלפני עוסקות בנושא חברתי חשוב, בראי הדין הישראלי״ (שם, בעמ׳ 3). מעניין שחרף עמדת המשיבות כי אין להן כל חובה להנגיש את שידורי הטלוויזיה, הן החליטו לפעול ולאפשר צפייה בכתוביות הסמויות, וכיום במלונות של המשיבות אכן ניתן לצפות בכתוביות סמויות. מכך אנו למדים שגם בקשות שלא התקבלו עשויות להוליד שינוי חברתי.

63 להרחבה על מכשיר התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה של זכויות אזרחיות מנקודת מבט היסטורית ראו ברק אתירם ״תובנות מבראון: ההיסטוריה החברתית של התובענה הייצוגית״ **משפט וממשל כ** 47 (2019).

64 תמר קלהורה **אכיפת חוק ציבורית־אזרחית: תביעות נזיקין מטעם המדינה בשל פגיעה באינטרס ציבורי** 50–55 (2018).

65 ראו, למשל, Richard A. Posner, *Regulation (Agencies) Versus Litigation (Courts): An Analytical Framework*, *in* REGULATION VERSUS LITIGATION: PERSPECTIVES FROM ECONOMICS AND LAW 11 (Daniel P. Kessler ed., 2011).

משום שהן כדאיות עבורו.[66] בהקשר זה ניתן לטעון כי מאחר שיוזם ההליך הוא אדם פרטי, יש לו ככלל אינטרס אישי. יתר על כן, אותו אינטרס אישי, להבדיל מן האינטרס הציבורי, הוא שמקבל משקל בכורה בהשפעה על ההליך המשפטי וניהולו, החל בהחלטה ליזום אותו וכלה בהחלטה לסיימו או להתפשר, ובכלל זה על תנאי הפשרה (להלן: החשש מבעיית הנציג).[67]

לגישתנו, שלושת נדבכי החשש – הן רציונל סדר העדיפויות הציבורי, הן רציונל היעילות והמקצועיות והן החשש מבעיית הנציג – מקבלים מענה בחוק תובענות ייצוגיות, ובפרט בהוראת סעיף 18(ג) לחוק, אשר מורה כי ככל שהוגש הסדר פשרה שאין מקום לדחותו על הסף, יפורסם הסדר הפשרה הן בעיתונות הכתובה והן בדרך של משלוח אישי ליועץ המשפטי לממשלה וכן לגופים ציבוריים נוספים.[68] בפרוצדורה זו – אשר חלה גם על בקשות הסתלקות, המהוות אף הן מעין הסדר פשרה,[69] ובכך למעשה חלה על כל הסדר והסדר שמוביל לסיום הליך של תובענה ייצוגית – ניתן לראות התמודדות של המחוקק עם כל אחד מנדבכי החשש.

למעשה, מאחר שבכל הסכמה דיונית בין הצדדים – הן של פשרה והן של הסתלקות – מתבקש פרסומה לציבור ומתבקשת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, ניתנת התייחסות ציבורית להסכמה שבין הצדדים, הן על ידי הציבור עצמו והן על ידי יועץ של נבחרי הציבור. לשון אחר, מרגע שעמדת היועץ המשפטי לממשלה מתבקשת לגבי כל הסדר פשרה, כל הליך ציבורי שמוגש באופן פרטי – דהיינו, כל הליך של אכיפה פרטית – נהפך באבחת חרב להליך ציבורי, המתנהל תחת עינו הפקוחה והמקצועית של היועץ המשפטי לממשלה, שאינו נגוע בניגוד עניינים או בבעיית נציג, ואשר ניחן במומחיות של ממש.

לגישתנו, מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה ממתנת באופן ממשי כל אחד ואחד מטעמי המתנגדים לאכיפה הפרטית, באשר היא הופכת את ההליך כולו למעין אכיפה ציבורית. נוסף על כך יש להביא בחשבון אף את מעורבותו המוגברת של בית

---

66 הדברים נכונים גם לגבי פשרות בהליך המשפטי. לאדם פרטי עשוי להיות מניע להתפשר גם כאשר לציבור בכללותו לא כדאי להתפשר באותו מקרה. קיימות כמובן סיבות רבות לכך שהאינטרס הציבורי מורה על ניהול משפט ללא פשרה. כך, לדוגמה, קיים אינטרס בפיתוח המשפט ובניהול ההליך עד תום לשם בירור סוגיה משפטית או חברתית או בשל החשיבות בקביעת תקדימים שישפיעו על נורמות חברתיות וציבוריות.

67 בעיה ידועה ומרכזית של התובענה הייצוגית היא בעיית הנציג. להרחבה על אודות בעיה זו ראו אלון קלמנט ״פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית״ **משפטים** מא 5, 10–12 (2011) (להלן: קלמנט ״פשרה והסתלקות״).

68 וזו לשון ס׳ 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות: ״הוגשה לבית המשפט בקשה לאישור הסדר פשרה ולא מצא בית המשפט טעם לדחות אותה על הסף, יורה על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה לפי הוראות סעיף 25, וכן על משלוח ההודעה כאמור, בצירוף העתק מהבקשה, מההסדר ומהתובענה, ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט, ולכל גוף או בעל תפקיד אחר שיקבע השר, ורשאי בית המשפט להורות על משלוח כאמור גם לאדם אחר כפי שיורה...״

69 ראו לעניין זה ס׳ 11 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש״ע־2010.

המשפט בבוחנו את הסדר הפשרה שהושג במסגרת האכיפה הפרטית. בית המשפט מהווה בכך מעין מפקח נוסף, המקפיד להגן על האינטרס הציבורי, ובפרט על האינטרס של חברי הקבוצה התובעת. פעמים רבות בית המשפט מתייחס לתפקידו הייחודי בבואו לאשר הסכם פשרה בתובענה ייצוגית. יפים לעניין זה דבריה הבאים של השופטת רות רונן:

> ״...כאשר בית המשפט נדרש לאשר הסכם פשרה בתביעה ייצוגית, עליו להביא בחשבון אינטרס של ׳צד׳ שאיננו נמצא בפניו, ואיננו מעלה טענות מטעמו – כאשר ׳צד׳ זה כולל את יתר חברי הקבוצה אותה בקש התובע הייצוגי לייצג.״[70]

על טעמים אלו – קרי, מעורבות הציבור והיועץ המשפטי לממשלה וכן תפקידו הייחודי של בית המשפט בהליך הייצוגי – יש להוסיף טעם מעשי המצדיק הכרה באכיפה הפרטית וחיזוק שלה: העדר היכולת של הרשות הציבורית לקיים אכיפה מקיפה וממצה בהיקף שבו היא נעשית באופן פרטי. כך, לדוגמה, העיר בית המשפט העליון:

> ״אכן, הרשויות צריך שיעשו מלאכתן כפי שהטיל עליהן המחוקק בפיקוח ובאכיפה. ואולם, כבדותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח פתח ל׳אכיפה אזרחית׳, כך שהאזרח האיכפתי המבקש לשמור את בריאותו ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרבים.״[71]

משאלה פני הדברים – קרי, הן לנוכח היותה של האכיפה הפרטית מעין־ציבורית והן לנוכח חוסר היכולת המעשית לקיים אכיפה אפקטיבית בלי האכיפה הפרטית – אנו סבורים כי אין מנוס מהכרה באכיפה הפרטית כאכיפה **העיקרית**, ובהתאם לכך להעניק

---

70 ת״א (מחוזי ת״א) 1697/06 **גלניק נ׳ הראל בע״מ – חברה לבטוח**, פס׳ 3 (נבו 8.11.2007). לנוכח הרלוונטיות של דברי בית המשפט, נביאם במלואם: ״...במסגרת תביעה ייצוגית, קיים ניגוד אינטרסים מובנה בין התובע הייצוגי ובא כוחו, לבין יתר חברי הקבוצה בשמה מבוקש להגיש את התביעה ייצוגית. קיים חשש כי התובע הייצוגי יגיע להסכמה עם הנתבע – מכוחה הוא יקבל תגמול בדרך כזו או אחרת, ואז ״יזנח״ את עניינם של יתר חברי הקבוצה. מאחר שפסק הדין במסגרת הפשרה עשוי לחסום את יתר חברי הקבוצה כמעשה בית דין, ולהגביל אותם מהגשת תביעות נוספות בגין אותה עילה, בית המשפט צריך לוודא כי עניינם של חברי הקבוצה נבחן, וקבל התייחסות ראויה והוגנת במסגרת הפשרה. **תפקידו זה של בית המשפט הוא תפקיד חריג, שבית המשפט איננו רגיל בקיומו** – בית המשפט (בשיטה האדוורסרית הנהוגה בישראל), נוהג להכריע בין טענות של שני צדדים הניצבים בפניו. ואולם, כאשר בית המשפט נדרש לאשר הסכם פשרה בתביעה ייצוגית, עליו להביא בחשבון אינטרס של ׳צד׳ שאיננו נמצא בפניו, ואיננו מעלה טענות מטעמו – כאשר ׳צד׳ זה כולל את יתר חברי הקבוצה אותה בקש התובע הייצוגי לייצג״ (ההדגשה הוספה). ראו גם גיל אוריון וזיו שוורץ ״מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי״ **עלי משפט** ט 147 (2011).

71 רע״א 9615/05 **שמש נ׳ פוקצ׳טה בע״מ**, פס׳ ה(4) (אר״ש 5.7.2006) (ההדגשה הוספה).

לה מגננות דיוניות שיסייעו לה. נעמוד עתה על הפער בין לוחם הצדק הציבורי (האוכף הציבורי) לבין לוחם הצדק הפרטי (שנכנה אותו ״האוכף האזרחי״).

(ב) על לוחם הצדק הציבורי ועל לוחם הצדק הפרטי

כפי שהומחש לעיל, קיימים פערים קוטביים בין התובעים הסדרתיים השונים. כולם אומנם בעלי דין הנוהגים לפנות לבית המשפט באופן חוזר ונשנה, תוך שעברם עומד להם לא אחת לרועץ,[72] אלא שבעוד התובע הטרדן מבקש להסב נזק לנתבעיו (כמו גם לחברה), תוך גרירת הנתבעים לערכאות בתביעות חסרות בסיס וניצול לרעה של זכות הגישה לערכאות, לוחם הצדק מבקש להגיש תביעות ראויות ומבוססות, שקבלתן עשויה להיטיב עם החברה.

אלא שחלוקה זו בין תובע טרדן ללוחם צדק אינה מספקת. עיון מעמיק ממחיש כי יש למעשה **שתי קבוצות** של לוחמי צדק המבקשות להגשים את שני האינטרסים המכוננים שבבסיס אותה ״לחימת צדק״. לקבוצה האחת נקרא ״**לוחמי הצדק הציבוריים**״. לקבוצה זו משתייכים ארגונים ציבוריים הנוהגים כדבר שבשגרה לפנות לבתי המשפט השונים בעילות ציבוריות שונות ומגוונות.[73] קבוצה זו היא העדיפה לגישתם של אלה המבכרים אכיפה ציבורית על זו הפרטית.

לקבוצה האחרת נקרא ״**לוחמי הצדק הפרטיים**״. לקבוצה זו משתייכים אנשים פרטיים אשר פונים גם הם לערכאות באופן חוזר ונשנה, בדומה ללוחמי הצדק הציבוריים. את הקבוצה הזו יש לחלק לשתי תת־קבוצות. **תת־קבוצה אחת** היא קבוצת לוחמי הצדק המבקשת לעמוד על ענייני יושרה וטוהר המידות בנושאים ציבוריים מובהקים. את האנשים המשתייכים לתת־קבוצה זו – של פלונים המבקשים לדווח על הפרה של חוק, תקנון או הסדר, או על איום הנשקף לאינטרס הציבורי כתוצאה ממעשה מרמה, שחיתות או הפרת תקנות – נהוג לכנות ״**חושפי שחיתויות**״.[74]

התת־קבוצה האחרת, שבה יעסוק עיקר מחקרנו, תכונה על ידינו ״**אוכפים אזרחיים**״. אותם אוכפים אזרחיים מבקשים לקיים דבר אחד ויחיד: עמידה צודקת ובלתי מתפשרת על זכותם שלהם ושל הציבור שהם מייצגים ליהנות מהוראות המחוקק המבקשות להיטיב עימם. אותם אוכפים אזרחיים, בדומה ללוחמי הצדק, מבקשים לקדם תיקון עולם וצדק חברתי, אולם בד בבד הם מבקשים לקבל הכרה ותגמול בשל פועלם המיטיב

---

72 רבות נכתב על הסוגיה של הצגת עברו של בעל דין לפני בית המשפט, בפרט בדין הפלילי. ראו MIKE REDMAYNE, CHARACTER IN THE CRIMINAL TRIAL 64–65, 67 (2015). על הקשיים בהצגת עדות אופי בשלב הבירור העובדתי עמד מנשה. ראו, לדוגמה, דורון מנשה **הכלל הפוסל ראיה אודות התנהגותו השלילית של הנאשם והחריגים של ״שיטה״ ו־״מעשים דומים״** 292–301 (עבודת גמר לקראת התואר ״מוסמך במשפטים״, אוניברסיטת תל אביב 1994).

73 דוגמה לגוף כזה היא המועצה הישראלית לצרכנות.

74 ראו את חוות דעתו המקיפה של מבקר המדינה הבוחנת את האמצעים הנדרשים לשם מתן הגנה לעובדים שחשפו מעשי שחיתות במקום עבודתם. מבקר המדינה **חוות דעת: הגנה על חושפי מעשי שחיתות** (2007); דורון נבות ״חושפי שחיתות: מה חושף סבלם על הניצול לרעה של עוצמה בארגון ועל מבנה הכוח בחברה?״ **משפט ועסקים** כא 229 (2018).

עם הציבור. זכותם זו לקבלת תגמול (המתבטא בערך כלכלי) בגין פועלם ומאמצם מעוגנת בדין הישראלי וכן בפסיקת בית המשפט העליון.[75]

יפים לעניין זה דבריו של בוקשפן, אשר נכתבו בקשר לכלי שנעשה בו כאמור שימוש שכיח על ידי האוכף האזרחי: ״אכן, התובענה הייצוגית נובעת לרוב מאינטרס אישי של עשיית רווח מצד התובע המייצג, אך לא רק שהאינטרס הציבורי הטמון בתובענה לא נעלם עקב כך, **אלא הוא אף מוגשם בעזרת תמריץ זה.**״[76]

הנה כי כן, אנו למדים כי לוחם הצדק הפרטי – הוא האוכף האזרחי – הינו סוג נוסף של לוחם צדק, המצפה לקבל הטבה כספית בעבור פועלו. עיון מעמיק בדין ממחיש כי קיים קונסנזוס באשר ללגיטימיות של אותה יזמות של האוכף האזרחי, אשר ננקטת, בין היתר, לצורך גריפת רווחים כספיים. לא זו אף זו, קביעתו של בית המשפט העליון בעניין **פריניר** אף הגדילה והדגישה כי היוזמה, כשלעצמה, אינה מהווה חוסר תום לב, והספרות המשפטית ממחישה כי שאיפה זו לגמול כספי היא שמגשימה הלכה למעשה את האינטרס הציבורי הגלום בתובענה הייצוגית.

אמרו מעתה: **ההטבה הכלכלית הגלומה באכיפה האזרחית של החקיקה היא שנותנת את התמריץ לאותם אוכפים אזרחיים לפעול.** ניתן להמשיל זאת, אפוא, לאותו שכר חודשי המשולם לשוטר בתמורה לאכיפת החוק. הן הגמול שמשולם לתובע הייצוגי והן השכר החודשי שמשולם לשוטר משטרת ישראל הם בבחינת תמריץ ראוי שיבטיח אכיפה מיטבית של חוקי המדינה. כאן המקום לציין כי הרציונל האמור מתייחס אומנם לאוכף האזרחי – הוא התובע – אולם הוא עשוי להתייחס, מטבע הדברים, גם לבא כוחו.[77]

בשולי הדברים יצוין כי החלוקה לתת־קבוצות – הן של לוחמי הצדק הציבוריים והן של לוחמי הצדק הפרטיים – עולה בקנה אחד עם האינטרסים המכוננים שבבסיס פנייתם לערכאות, הנוגעים ב״תיקון עולם״ אל מול אותה דרישה בלתי מתפשרת למילוי הוראות החוק. תרשים 1 מציג את החלוקה באופן חזותי.[78]

---

75 ראו ע״א 8037/06 **ברזילי נ׳ פריניר (הדס 1987) בע״מ**, פ״ד סז(1) 410, פס׳ 87 לפסק הדין של השופט מלצר (2014) (להלן: עניין **פריניר**): ״...אין במניעיו של התובע היוזם את ההליך הייצוגי, המבקש לזכות ברווח, כדי לשלול את תום ליבו ולהכשיל את בירור תביעתו כייצוגית (כפוף להתקיימותם של יתר התנאים הנדרשים).״ ראו, לעומת זאת, את הסתייגותו של השופט רובינשטיין, שם, בפס׳ יא. ראו גם ס׳ 22 לחוק תובענות ייצוגיות.

76 בוקשפן ״תובענות ייצוגיות״, לעיל ה״ש 53, בעמ׳ 120 (ההדגשה הוספה).

77 זאת, בשים לב לכך שבפועל פעמים רבות עורך הדין הוא שיוזם ומניע את ההליך.

78 יודגש כי מדובר בחלוקה פשטנית, שאינה מתיימרת למצות, שכן לא אחת יהיה אפשר לראות כל אחד ואחד מהגופים כמשתייך דווקא למשבצת אחרת במסגרת התרשים. מדובר אפוא בכללי בררת מחדל.

תרשים 1: חלוקת לוחמי הצדק לפי סוגיהם והאינטרסים המניעים אותם

ודוק: תצוגה חזותית זו אינה מתיימרת למצות את כלל הגורמים הנוהגים לפקוד את בית המשפט באופן חוזר ואת שלל האינטרסים המניעים אותם. לא זו אף זו, גם החלוקה לקבוצות ולתת־קבוצות לעולם לא תהא מדויקת לחלוטין, שכן ניתן לראות עירוב בין האינטרסים השונים ובין הגופים השונים בכל תובענה. לפיכך סיווג התובע ייעשה ככלל בכל מקרה לגופו. למעשה, גם פניית האוכף האזרחי – אשר מבקש, אגב עמידה על הוראות החוק, לגרוף רווח אישי – נושאת עימה ״תיקון עולם״, ולא אחת הגדילו בתי המשפט וציינו כי האכיפה האזרחית, הנעשית ככלל למטרות כלכליות, משפרת את החברה בכללותה, ויש לעודד אכיפה פרטית זו.[79]

חרף המגבלה המתוארת, והגם שאין כל אפשרות מעשית או עיונית לערוך הפרדה קטגורית מוחלטת בין התובעים הסדרתיים, נדגיש כי מאמרנו זה עתיד לעסוק מעתה והלאה באוכף האזרחי, אשר ראוי להגדירו כך: תובע סדרתי המבקש להביא לידי אכיפה מיטבית של הדין בהליכים שהגשתם נושאת עימה תכלית ציבורית־חברתית, ואגב הליכים אלו מבקש לקבל גמול על פועלו הציבורי, אשר מיטיב עם החברה.

---

79 ראו, לדוגמה, ת״צ (מחוזי ת״א) 26204-08-10 **מוחיילוב נ׳ יינות ביתן בע״מ**, פס׳ 16 (נבו 8.7.2011): ״אמת המידה הבולטת, המטה את הכף לעבר פסיקת גמול ושכר טרחה ממשיים, היא תרומתן הציבורית של התובענות. לטעמי, יש לעודד את הגשתן של תביעות ייצוגיות מסוג אלו שלפנינו, אשר עניינן באכיפה ׳אזרחית׳ של דיני הגנת הצרכן על רשתות המזון.״ בשולי הדברים יוער כי לעיתים ניתן אף לראות מצבים שבהם אותם אוכפים אזרחיים מוותרים על גמול התובע שהם זכאים לו, ומבקשים להפנותו לתרומות. ראו ת״צ (שלום חי׳) 7123-12-19 **ארבל נ׳ ארקפה (ישראל) בע״מ** (נבו 8.9.2020); ת״צ (שלום חי׳) 14811-12-19 **טנוס נ׳ אינגליש קייק בע״מ** (נבו 17.11.2020); ת״צ (שלום חי׳) 18750-11-19 **טנוס נ׳ שבירו ריהוט גן בע״מ** (נבו 12.3.2020).

הגם שאפשר לטעון כי בפועלו של האוכף האזרחי יש משום תיקון עולם, נצא מנקודת הנחה שמרנית כי שאיפתו של האוכף האזרחי היא עמידה על מילוי הוראות החוק, תוך שהאכיפה האזרחית של הדינים השונים על ידיו נושאת עימה תמריץ (ואף שאיפה) לרווח כספי.[80] הסיבה להסתפקותנו בנקודת הנחה זו היא פשוטה: לנוכח התועלת הגלומה בפועלו של האוכף האזרחי, אין רבותא רבה בהתחקות אחר הטעם המדויק לפועלו, יהא זה תיקון עולם או עמידה על מילוי הוראות החוק.

ראוי שהאוכף האזרחי ייתפס כגוף חיובי בחברה, המבקש לקדם חברה צודקת, הוגנת ושומרת חוק. אנו למדים זאת לנוכח תכליות החקיקה הישראלית, המעודדת פנייה מעין זו לערכאות, ומכך שבתי המשפט הגדילו והכירו בכך שיש לתמרץ את אותו אוכף אזרחי, לרבות באופן כספי, על מנת להבטיח את המשך פועלו וכדי להימנע מהרתעת יוזמות פרטיות אלו, הנושאות עימן תועלת חברתית.[81] ישאל את עצמו הקורא: האם תיתכן סלידה מפועלו של שוטר משטרת ישראל המבקש לאכוף את חוקי המדינה? ובהינתן תשובה שלילית: מהו ההבדל בינו לבין האוכף האזרחי? אולם חרף האמור,

---

80 יוער כי גישה זו עולה בקנה אחד, בין היתר, עם הספרות המשפטית ההשוואתית, שם התובע הייצוגי מכונה לעיתים ״התובע הציבורי־הפרטי״ או private attorney general. לא אחת אף תואר אותו תובע סדרתי כ״לוחם ציבורי״. ראו לעניין זה רע״א 2904/14 **גלסברג נ׳ קלאב רמון בע״מ** (אר״ש 27.7.2014). ראו גם פינק, לעיל ה״ש 9. עורכי הדין המבקשים לייצג תובעים ייצוגיים בתובענות ייצוגיות מכונים, כמצוין לעיל, private attorney general, ויש הרואים בהם מעין ״שלוחה״ של המְאַסדר הארצי והמדינתי. ראו לעניין זה John H. Beisner, Matthew Shors & Jessica Davidson Miller, *Class Action "Cops": Public Servants or Private Entrepreneurs?*, 57 STAN. L. REV. 1441 (2005); Bryant Garth, Ilene H. Nagel & S. Jay Plager, *The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation*, 61 S. CAL. L. REV. 353 (1988). בשולי הדברים יצוין כי תיאורים דומים הופיעו גם בפסיקה הישראלית שעסקה בתובענה ציבורית־פרטית. ראו ת״א (שלום קר׳) 38969-12-16 **תנו לחיות לחיות עמותה רשומה נ׳ י.ע.ר שווק (ע.א.ש) בע״מ** (נבו 21.11.2018).

81 ראו את חוות דעתו של השופט דנציגר בע״א 1834/07 **קרן נ׳ פקיד שומה גוש דן**, פ״ד סה(3) 636, פס׳ 19 (2012): ״אם כן, כיצד ניתן לאפיין את תפקידו של התובע המייצג? סבורני כי הדרך הטובה ביותר לעשות כן יהא בכינוי התובע המייצג **מעין יזם** ('quasi promoter'); התובע המייצג ׳מניע׳ את התביעה – מוציא אותה לדרכה, מקדמה – במטרה להיטיב את נזקו וכן לזכות בגמול בעבור פועלו... מעניין להעיר כי בדיונים בחקיקת החוק כינו חברי הכנסת את הליך התובענה הייצוגית הליך ׳מעין יזמי׳, אך ציינו כי עורך הדין הינו היזם העיקרי... בהחלט אפשר לומר כי התובע המייצג הוא־הוא שבחר ליטול על עצמו את התפקיד ולקדם למען עצמו ולמען שאר חברי הקבוצה את התובענה על כל המשתמע מכך – כאשר ברקע ניצבת האפשרות (אשר בעקבותיה קמה הציפייה הלגיטימית) לעשיית רווח כלכלי בדמות הגמול האמור... אכן, מסכים אני כי – במובנים רבים – ׳האינטרס האישי של התובע המייצג הוא שמניע את גלגלי התובענה הייצוגית, ובלעדיו היא לא הייתה מוגשת׳״ (ההדגשה במקור). ראו גם אלון קלמנט ״קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס״ו־2006״ **הפרקליט** מט 131, 149 (2006) (להלן: קלמנט ״קווים מנחים״): ״...הרצון לעשות רווח באמצעות התובענה הייצוגית הוא ממהותו ועיקרו של מכשיר זה״. לעניין קידום אינטרסים ציבוריים בשם רווחים אישיים ראו DEBORAH R. HENSLER ET AL., CLASS ACTION DILEMMAS: PURSUING PUBLIC GOALS FOR PRIVATE GAIN (2000).

ובאופן מפליא ביותר, לא אחת ניתן להיווכח בטענות המועלות נגד האוכף האזרחי, אשר נתפס כחסר תום לב המונע מבצע כסף, וככזה שיש להוקיעו ולשלול ממנו את זכותו להציג את עניינו (ואת עניינה של הקבוצה הנפגעת) לפני בית המשפט.[82]

זהו אפוא הטעם להתמקדותנו באוכף האזרחי: אותו דיסוננס בין פועלו החיובי לחברה לבין האופן שבו הוא נתפס. כך, והגם שאין חולק כי יש אינטרס ציבורי רחב היקף בבסיס פנייתו של האוכף האזרחי לערכאות,[83] האוכף האזרחי מוצא את עצמו מותקף אישית ומוצג כתובע סדרתי המונע ממניעים כלכליים צרים. יש לתהות כיצד ייתכן מצב שבו קיים תובע שפנייתו היא חיובית, מחד גיסא, ובד בבד בתי המשפט השונים מאפשרים העלאת טענות שליליות בנוגע לפועלו החיובי הזה, מאידך גיסא.[84] הלכך, מעתה והלאה נבקש לעמוד על פער בלתי מוסבר זה, תוך התמקדות **באוכף האזרחי**.[85]

פרק ב: האוכף האזרחי בהליכים משפטיים (ובציבור הרחב)

בפרק הקודם עמדנו על הפערים על גבי ״ציר התובעים הסדרתיים״ בין התובע הטרדן, מחד גיסא, לבין לוחם הצדק, מאידך גיסא. בהמשך הפרק ביקשנו לסווג את התובעים הסדרתיים, על כלל רובדיהם, לקטגוריות ולתת־קטגוריות, וזאת בשים לב לאינטרסים המכוננים שבבסיס התנהלותם. עתה, בפרק זה, נמחיש כיצד האוכף האזרחי נתפס בעיני בית המשפט וכן בעיני הציבור הרחב, וזאת בשים לב למנעד הרחב של הנכללים בקטגוריה של ״תובעים סדרתיים״, שאליה נהוג לשייכו. על קושי זה בהגדרת האוכף האזרחי ומהותו, להבדיל מהתובעים הסדרתיים האחרים, נעמוד להלן. נדגיש כי סקירתנו, רובה ככולה, תעסוק בנושאים חברתיים וצרכניים או בנושאים שבהם לציבור יש אינטרס בבירור התובענה,[86] שאם לא כן אין כל תכלית ציבורית או ״אכיפה אזרחית״ בבסיס פנייתו החוזרת והנשנית של אותו ״אוכף אזרחי״.

---

82 ראו, לדוגמה, עניין **בלייס**, לעיל ה״ש 55.

83 ודי אם נשוב ונפנה לעניין **ישרוטל**, לעיל ה״ש 54, ולתיאורו לעיל בה״ש 62.

84 ראו, לדוגמה, את הטענות שנטענו שם, בפס׳ 27.

85 התמקדותנו זו אך טבעית בשים לב לכך שכמעט כל התובעים (99.3%) הם אנשים פרטיים בעלי עילת תביעה אישית. ראו לעניין זה קרן וינשל־מרגל ואלון קלמנט ״יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית״ **משפטים** מה 709, 729–730 (2016).

86 במונח ״אינטרס״ כוונתנו לכל סוג אינטרס שהוא – בין ישיר, בדמות פיצוי כספי, ובין עקיף, ברמת המדיניות. בכל הנוגע בשינוי מדיניות ראו לדוגמה, אך לאחרונה, ת״צ (מחוזי מר׳) 63471-12-17 **שרגני נ׳ איזובר בתי קפה בע״מ** (נבו 2.6.2021), שם העלה התובע את הטענה כי הנתבעת, מפעילת מסעדה, מפלה לרעה צעירים מתחת לגיל עשרים וחמש כאשר היא מונעת מהם את האפשרות להזמין מקום במסעדה משעה 20:00 ואילך.

1. האוכף האזרחי והקושי בהגדרתו

בטרם נידרש לאופן שבו האוכפים האזרחיים נתפסים, נעמוד על הקושי בהגדרת האוכף האזרחי. על מנת להמחיש את הקושי האמור, וכן לצורך האתגר המחשבתי, נציב את השאלה הבאה: כיצד ראוי לסווג אדם פרטי הנוהג להגיש באופן עקיב תובענות בגין הפרת איסור ההפליה הקבוע בחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים? האם ראוי לסווגו כאוכף אזרחי המבקש לעמוד על הוראות החוק, תוך הגשמת האינטרס הציבורי שבתכלית החוק, או שמא כתובע טרדן ואף סדרתי (במובן השלילי) המבקש להסב נזק אגב פנייה חוזרת ונשנית לערכאות? סוגיה זו עלתה בעניין **קיס**, על גלגוליו השונים.[87]

בעניין **קיס** נדונו לא פחות מעשרים וחמש תביעות שונות שהוגשו על ידי אותו תובע. עילת התובענות הייתה זהה: התובע טען כי הופלה בניגוד לחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים. תביעותיו כולן הוגשו נגד בתי עסק (ובפרט מועדוני לילה) אשר סירבו להכניסו, לטענתו, מאחר שהוא ״ערבי ו/או כהה עור ו/או זכר״.[88]

בעניין **קיס** הקורא עשוי להתלבט אם אכן מדובר בפועלו המובהק של אוכף אזרחי, המבקש להביא לידי תיקון העוולות שהוא נחשף אליהן, או שמא מדובר במי שבצע כסף מניע אותו, בשים לב למספר הרב של התובענות שהוא הגיש. אכן, את שתי הגישות השונות והקוטביות הללו ניתן למצוא גם ביחסו של בית המשפט אל קיס.[89] הצגת עמדות מקוטבות אלו, כפי שהובעו בפסיקה, אך ממחישה את הקושי בהגדרתו של האוכף האזרחי.

כך, מן העבר האחד, תיאר בית משפט השלום בתל אביב את קיס:

> ״החוק נועד למנוע, או לצמצם ככל האפשר את התופעה של הפליית מגזרים שונים בחברה הישראלית בכניסה למועדונים ומקומות ציבור נוספים, והחלטתו של התובע לעמוד על זכויותיו בעניין זה בכל פעם שהוא סבור שהוראות החוק מופרות, לא רק שאינה ראויה לגנאי, אלא להפך. **הוא משמש לכאורה כתובע ייצוגי, נושא דגל המאבק בהפליה עבור אחרים**, לצורך עניינו, ערבים, שאולי מוצאים עצמם לעתים מבוזים ומושפלים בשערי מועדונים, אך בוחרים להרכין ראש ולא לעמוד על זכויותיהם.״[90]

---

87 ראו עניין **קיס במחוזי**, לעיל ה״ש 7. יצוין כי ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה, והחלטת בית המשפט המחוזי נותרה בעינה. ראו עניין **קיס בעליון**, לעיל ה״ש 7.

88 עניין **קיס במחוזי**, לעיל ה״ש 7, בפס׳ 2.

89 שתי הגישות וההשוואה ביניהן הובאו אצל גן־מור ״קיס לוחם שוויון [?]״, לעיל ה״ש 7.

90 תא״ם (שלום ת״א) 20135-01-13 **קיס נ׳ השם יעזור בע״מ**, פס׳ 200 (נבו 15.3.2014) (להלן: עניין **קיס בשלום (ת״א)**) (ההדגשה הוספה). ראו גם גן־מור ״קיס לוחם שוויון [?]״, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 10–11.

וכך, לעומת זאת, באופן מנוגד ממש, קבע מותב אחר של בית משפט השלום, הפעם בהרצליה:

> ״מדובר בתובע סדרתי שהגיש עד עתה כ־25 תביעות על פי החוק. מעדותו של התובע עלה, כי התובע אינו עובד מזה שנים וככל הנראה מצא לו התובע את החוק כקרדום לחפור בו לייצור הכנסות. **בית המשפט מוצא לנכון להביע מורת רוחו מהתנהלותו של התובע, העושה שימוש ציני בחוק על מנת לייצר הכנסות.** סבורני, כי זהו המקום שבו על בית המשפט לשקף באמצעות פסיקת הוצאות ראויה את הסתייגותו מהתנהלותו של התובע...״[91]

המקרה של קיס ממחיש כי גם תובענה הנחזית כראויה ואף נתפסת ככזו בעיני מותב אחד, דוגמת עניין **קיס בשלום (ת״א)**, עשויה להיתפס על ידי מותב אחר כתביעה טרדנית שיש לדחות, דוגמת עניין **קיס בשלום (הר׳)**. המקרה אף ממחיש כי בין שני צידי הקיצון – התובע הטרדן מזה ולוחם הצדק מזה – קיים מנעד רחב של תובעים הפונים לבית המשפט בסדרתיות, ואין מנוס מבחינת כל מקרה לגופו.[92]

בהינתן מצב דברים זה, נדמה כי מן הראוי להציע מבחן אחיד שבאמצעותו יהיה אפשר למקם את התובע על גבי ״ציר התובעים הסדרתיים״. כך נוכל להבנות את שיקול הדעת השיפוטי שינחה את בית המשפט בבואו לדון ולהכריע בטענה הנוגעת בסדרתיותו של תובע פלוני.[93] תכליתו של מבחן זה היא אפוא למנוע פערים בלתי רצויים בין קביעותיהם של בתי המשפט, כפי שהומחשו לעיל.

2. על הממצא השלילי הגלום בתיוג ״תובע סדרתי״

כפי שנמחיש להלן, טענה בנוגע לסדרתיותו של התובע נטענת, באופן קבוע כמעט, כל אימת שמוגשת תובענה על ידי אדם שההליך המשפטי אינו זר לו לחלוטין. כמעט בכל מקרה כזה ניתן להיווכח במעין ״טענות רקע״ המבקשות להפנות את הזרקור אל התובע,

---

91 תא״ם (שלום הר׳) 48644-06-13 **קיס נ׳ א ס קוביס בע״מ**, פס׳ 19 (נבו 26.12.2015) (להלן: עניין **קיס בשלום (הר׳)**) (ההדגשה הוספה). השוואה זו נעשתה כאמור על ידי גן־מור ״קיס לוחם שוויון [?]״, לעיל ה״ש 7.

92 יודגש: מאמרנו אינו מתיימר לקבוע מסמרות, לחיוב או לשלילה, בנוגע לפועלו של קיס. מדובר בדוגמה הממחישה את הקושי בהבחנה בין הסוגים השונים של התובעים הסדרתיים.

93 להבניית שיקול הדעת השיפוטי תוך התייחסות להיסטוריה של בעל הדין או של הפסיקה ראו, לדוגמה, תום דרומי־חכים וגיא סנדר ״מאגרי המידע המשפטיים האינטרנטיים״ **שיפוט בעידן דיגיטלי** 39, 51 (שולמית אלמוג ותמר נאות־פרי מנחות 2013). לשימוש בכלים סטטיסטיים על מנת להבנות את שיקול הדעת השיפוטי ואת אופן ההכרעה השיפוטית ראו, לדוגמה, גיא אלון ״העלבה מרשיעה – הרשעה מעליבה? על רשויות התביעה והכרעות בתי המשפט ביחס לעברה של העלבת עובד ציבור״ **משפט ועסקים** כד 365 (2021).

במקום אל התובענה, וליצור מעין ״אפקט משחד״ נגדו,[94] חלף דיון לגופם של דברים. למעשה, לא זו בלבד שהטענה בדבר סדרתיותו של התובע נטענת באופן גורף ובלא כל בקרה, דומה שהיא נטענת מבלי להבחין בין הסוגים השונים של תובעים סדרתיים, ולעיתים נדמה כי העלאתה של טענת הגנה זו נהפכה לאוטומטית.

בתי המשפט מתחו ביקורת על היקף השימוש בטענות אלו בנוגע לסדרתיותו של בעל הדין.[95] העלאת טענות רקע כאמור ממחישה כי לשיטתם של הגופים הנתבעים, היות התובע סדרתי הינו ממצא שלילי, אשר עשוי להציגו באופן שלילי או לכל הפחות להפוך את תביעתו לתביעה צינית המבקשת לעשות שימוש לרעה בהליכי משפט ובהוראות החוק. טענות אלו בדבר סדרתיותו של התובע נטענות לעיתים (באופן מפליא) תוך התעלמות מוחלטת מן הטענות המשפטיות שהוא העלה בכתב טענותיו.[96]

כך, נראה כי כאשר עסקינן בתובעים סדרתיים – או למעשה בכל תובע שמצא את עצמו בעברו בין כותלי בית המשפט – טיעוני ההגנה משתנים ומופנים לגופו של אדם, במקום לגופו של עניין. המטרה היא פשוטה: כרסום באמינות התובע יביא לידי פגיעה באותנטיות של תביעתו, ועשוי לשנות בהתאם את יחסו של בית המשפט אליה. ניכר כי חלק מקו ההגנה של הנתבעים הוא תיוג התובע בתווית שלילית של ״תובע סדרתי״.[97] במסגרת אותו קו הגנה, הנתבעים מבקשים להתנגד לתובעים סדרתיים מפאת החשש שעניין לנו בניצול לרעה של זכות הגישה לערכאות, הואיל ובעל הדין הנפגע אינו ״נפגע אותנטי״, אלא בעל דין סדרתי אשר פועל באופן מתוחכם לחיפוש וייצור של עילות

---

94 ראו מנשה ״זה לא זה״, לעיל ה״ש 52. ראו גם דורון מנשה **הלוגיקה של קבילות ראיות** פרק שלישי (2008). יודגש כי מנשה עמד על הקושי הגלום בפער בין התועלת הראייתית שבהצגת ראיה שנפקותה מוטלת בספק לבין הנזק המשמעותי שהיא גורמת, בדמות האפקט המשחד.

95 ראו עניין **רז**, לעיל ה״ש 16, בפס׳ 5: ״כמו בתיקים רבים שבהם נידונות תביעות ׳spam׳, גם כאן מתקיימים בצדדים דברי החכם באדם ׳כמים הפנים לפנים׳ [משלי, כז׳, יט׳], כאשר כל אחד מהצדדים מתאר את יריבו ככזה שעסקו בהפיכת דואר זבל לזהב, וכמטריד סדרתי החותר להתעשר שלא כדין.״ יצוין כי טענות הנתבעת בעניין **רז** מעלות קשיים של ממש בשעה שעניין לנו באוכף אזרחי שמטרתו היא אחת: מיגור תופעת ״דואר הזבל״ (spam). לראיה ראו אוריאל רז המאושר ״חוק הספאם – כיצד להימנע מתשלום פיצויים – הדרכה מקיפה לבעלי עסקים ואנשי שיווק״ **יוטיוב** (31.10.2019) https://youtu.be/cLq-uWWB7SU. הדרכה זו מבקשת לסייע לעסקים למלא אחר הוראות החוק, ובדרך זו להימנע מתביעות נגדם לביקורות נוספות של בתי המשפט ראו גם (מבלי להתיימר למצות) ע״א 3022/08 **ליבל נ׳ נ.ד. יישום פתרונות פרקטיים בע״מ** (אר״ש 8.4.2010); בש״א 8652/14 **לוג טק תקשורת בע״מ נ׳ מאירי** (אר״ש 23.12.2014).

96 ראו, לדוגמה, הודעה בדבר הגשת סיכומים מטעם הנתבעת בס״ע (אזורי ת״א) 53819-09-11 **נבו – ש.י.ב חומרי בניין בע״מ** (נבו 1.4.2014), אשר נפתחה באמירה כי ״בפני בית הדין מונחת תביעתו של תובע סדרתי אשר עשה לו למנהג מגונה לתבוע מעסיקיו בסיום עבודתו וזאת בגין אותם עילות תביעה״ (שם, בפס׳ 1). ראו גם סיכומי טענות הנתבעת בת״א (שלום ת״א) 28749-05-11 **אתיקה השקעות בע״מ נ׳ דן־אל שיווק והפצה** (נבו 9.4.2013).

97 ראו, לדוגמה, רע״א 1868/16 **רז נ׳ האפרתי** (אר״ש 19.6.2016); עניין **קיס בעליון**, לעיל ה״ש 7.

תביעה.[98] לפיכך, לפי הנתבעים, אף עולה החשש שתובע כזה עושה שימוש באמצעים מכשילים, כגון טמינת פח,[99] והכל לא בתום לב ותוך שימוש לרעה בהליך המשפטי. אלה פני הדברים כאשר עניין לנו בתובע סדרתי, ולמרבה הפליאה אלה פני הדברים – ועל כך עוד נעמוד להלן – כאשר מדובר בכל תובע עם עבר כלשהו, בין אם סדרתי ובין אם לאו, עד כדי כך שכיום טענת התובע הסדרתי נטענת באופן אוטומטי (כמעט), וממילא במנוגד לדרישת הרלוונטיות שבדיני הראיות, המהווה תנאי סף לקבילותה של ראיה או של כל טענה שהיא.[100]

העלאתן של טענות אלו, אשר מנוגדות על פני הדברים לדרישת הרלוונטיות, קשורה למגמה המסתמנת בדיני הראיות של מעבר מכללי קבילות לכללי משקל תוך הגמשת שיקול הדעת השיפוטי.[101] בהמשך למגמה זו, בתי המשפט נוטים לא לפסול ראיות ועדויות על אודות עברו של בעל דין, גם כאשר אלה אינן עומדות בדרישת הרלוונטיות, תוך שהם מדגישים כי כל קושי בדבר ראיה כלשהי יבוא לידי ביטוי במשקל שיינתן לה, וייתכנו מצבים שבהם משקלה בפועל של הראיה יהיה אפסי.[102]

---

98 ראו, לדוגמה, התייחסות לתובע הייצוגי הסדרתי כאל ״טרול ייצוגיות״ אצל אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 277 (2017): ״במובן מסוים אפשר להשוות את התנהלותו של התובע הייצוגי הסדרתי לתופעה בתחום הקניין הרוחני המכונה בארה״ב ׳טרול פטנטים׳ (Patent Troll או Patent Assertion Entity). טרול פטנטים הוא כינוי לאדם או תאגיד אשר אינו מפתח מוצרים חדשים משל עצמו, ומתרכז באכיפה אגרסיבית של פטנטים ישנים, אשר בדרך כלל נרכשו על ידיו רק לצורך הגשת עשרות תביעות. אותם ׳טרולים׳ נוהגים לרכוש פטנט ישן ולהגיש עשרות תביעות בגין הפרת פטנט כנגד חברות שעומדות לפני סיכון גדול אם התביעה תתקבל, או שאין להן משאבים מספיקים לנהל הליך מורכב שכזה, במטרה להגיע אתן לפשרה כספית מהירה... התנהגותו של התובע הייצוגי הסדרתי – והכוונה אינה לתובע ייצוגי שמגיש שתיים או שלוש בקשות לאישור תובענה ייצוגית, אלא לתובע שעוסק בפס ייצור של תביעות – אינה שונה מהתנהגותו של אותו ׳טרול פטנטים׳, ובמובן מסוים ניתן לכנותו ׳טרול ייצוגיות׳.״

99 להרחבה ראו גן־מור ״הפליה במבחן״, לעיל ה״ש 57. המאמר דן בהצדקות לבחינות יזומות המיועדות לחשיפת הפליה ולמיגורה, ובחשיבותן לשיפור אכיפתם של דיני איסור הפליה. זאת, אף כאשר חושף ההפליה אינו נפגע ״אותנטי״.

100 ס׳ 1 לפקודת הראיות.

101 מגמה זו משקפת מעבר מכללים נוקשים של קבילות ראיות אל גישה גמישה המבכרת מהימנות ושיקול דעת. להרחבה על אודות מגמה זו ראו טליה פישר ״דיני הראיות בראי התיאוריה״ **עיוני משפט** לט 107 (2016); מנשה ״אידיאל חשיפת האמת״, לעיל ה״ש 23. לעומת זאת, יש מי שהתריעו מפני מגמה זו ונטישתם של כללי הקבילות. ראו ע״א 8423/06 **שדה נ׳ לוינזון**, פסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (אר״ש 10.8.2010): ״התנערות מכללי הקבילות מגמישה את שיקול הדעת של השופט עד למחוזות רחוקים. יש להישמר מכך.״

102 לדיון בסוגיה זו ראו אלכס שטיין ״סעיף 10א לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית־המשפט העליון״ **משפטים** כא 325, 350 (1992). יובהר כי קיימות הוראות מפורשות בחוקים שונים אשר אוסרות העלאת טענות בנוגע לעברו של בעל דין. ראו, לדוגמה, ס׳ 28 לחוק הגנת הפרטיות. אולם הערכאות השונות מתעלמות מהוראות אלו ואינן אוכפות אותן.

במצב דברים כזה מתאפשר לכל נתבע להעלות כל טענה, בין אם היא רלוונטית ובין אם לאו, ואך בסופו של ההליך יידרש בית המשפט לשאלת המשקל הראוי של הראיה. אולם לשיטתנו, כאשר עסקינן בהליכים ״מעין־ציבוריים״,[103] אין להתיר את הרסן על ידי קבלת טענה לממצא שלילי בדבר סדרתיות של יוזם ההליך, ויש להיזהר פן תיהפך הטענה לפרמטר שיש להידרש אליו בכל הליך ״מעין־ציבורי״ אשר מונע על ידי יוזם פרטי או ננקט על ידי האוכף האזרחי, וזאת משני טעמים עיקריים.

הטעם האחד הוא **התכלית הציבורית** הגלומה בפנייתו של התובע בהליכים מעין אלה. כל אחד מן ההליכים המעין־ציבוריים טומן בחובו תכלית ציבורית־חברתית רחבת היקף. תכלית זו תוגשם באמצעות פנייה אל הערכאות וניהול הליך משפטי. בהליכים אלו להכרעה השיפוטית יש משמעות רבת פנים. ראשית, יש בהכרעה זו משום אמירה נגד כל מי שמפר את החוק, בפרט נגד הגוף הנתבע בהליך הנדון. שנית, הכרעה זו מחייבת יישום של הדין וחדילת הפרתו על אתר, תוך מתן פיצוי לנפגעים. שלישית, הכרעה זו צופה פני עתיד, ויש לה כוח הרתעתי הפועל כלפי הנתבעים הפוטנציאליים, בבחינת ״ראו הוזהרתם״. רביעית, ההחלטה השיפוטית מהווה הכרה בפועלו של יוזם ההליך, ועשויה להבטיח מתן הטבה כלכלית, אשר תתמרץ ותעודד את האכיפה הפרטית. במצב דברים זה מובן שכל תביעה ותביעה אשר מוגשת בהליכים מעין־ציבוריים הינה יוזמה ברוכה שיש לעודדה למען הציבור בכללותו, באשר היא מהווה הרתעה בכוח של נתבעות פוטנציאליות, שיֵדעו כי אם יפעלו בניגוד לחוק, הן עתידות להיתבע שוב ושוב. תכלית ציבורית זו מצדיקה הגנה על אותו תובע המבקש להשיגה.

בהמשך ישיר לטעם האמור, הטעם האחר נוגע בשאיפה למימוש התכלית שהציב המחוקק **לצמצם את פערי הכוחות** בין הגופים הגדולים הפועלים במשק לבין הציבור. ברוב ההליכים הללו שהגדרנו ״מעין־ציבוריים״ העניק המחוקק אפשרות לקבל פיצוי גם ללא הוכחת נזק.[104] כלומר, לפי המחוקק, די בהצבעה על הפרה של אותם חוקים שמכוחם ניתן להגיש תובענה בהליכים ״מעין־ציבוריים״ על מנת להצדיק מתן פיצוי כאמור. אותו פיצוי ללא הוכחת נזק הוא הסכום שראוי ליתן ליוזם ההליך לנוכח החלק שנטל בהרתעת המעוולים, אשר דרושה על מנת להביא לידי חדילת הפרת החוק. פיצוי כאמור ללא הוכחת נזק הוא בבחינת הצהרה של המחוקק כי אין כל פסול בכך שהתובע ישפר את מצבו הכלכלי כתוצאה מתביעתו.

לפיכך מובן עתה מדוע לא יהא זה נכון לייחס חשיבות לשיקול הכלכלי של האוכף האזרחי. לשון אחר, מאחר שהמחוקק מכיר בתמריץ הכלכלי כראוי, ברי כי אין לראות את הציפייה לקבלת הטבה כלכלית כמצמיחה ממצא שלילי נגד מאן דהוא. זאת, כמובן,

---

103 קרי, בהליכים שמקורם בהתנהלות נתבעת שיש לה השלכה ציבורית, כגון תביעה בגין הפרת חוק הגנת הצרכן, תביעה בגין הפרת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תביעה בגין הפרת חוק התקשורת, תביעה בגין הפרת חוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, תביעה בגין הפרת חוק ניירות ערך, התשכ״ח־1968, ועוד (להלן: הליכים מעין־ציבוריים).

104 חוק תובענות ייצוגיות.

להבדיל מטענות אחרות – המועלות לעיתים כמקשה אחת עם הטענה בדבר סדרתיותו של התובע – שאכן עלולות, במקרים מסוימים, להוות ממצא שלילי.[105]

3. יחסו של בית המשפט אל התובע הסדרתי

בהמשך לדיון לעיל בטענות הרקע בדבר סדרתיותו של התובע, ראוי לציין כמה קביעות של בתי משפט בקשר לטענות רקע אלו. סקירה מעמיקה מעלה כי בית המשפט מפגין לרוב יחס חשדני ומסויג כלפי התובעים הסדרתיים,[106] המוביל לבחינת תובענותיהם ביתר קפדנות וזהירות. עיון מעמיק בהחלטות השונות מוביל למסקנה כי בית המשפט אינו מעודד הגשת תביעות באופן סדרתי,[107] וכי הכרה בממצא החיובי הגלום באוכף האזרחי נעדרת מהכרעותיו.

דומה כי הסיבה ליחסו החשדני של בית המשפט כלפי התובע הסדרתי נעוצה בטעמים שבבסיס הגשת התביעה. כך, להבדיל מהתובע המזדמן, זה הסדרתי נתפס כתובע מתוחכם אשר יוזם את ההליך,[108] מכביד על הנתבעים ואף משתמש בהליך המשפטי כדרך עיסוק של ממש.[109] המינוח העיקרי המשמש את בית המשפט בבואו

---

105 כך, לדוגמה, מצבים שבהם הסדרתיות מלמדת על חוסר תום לב או על חשש שמדובר בתובענות סרק. ראו לעניין זה חלק ג2(ב) להלן.

106 כאמור, יש חשיבות למילה ״לרוב״ במשפט לעיל, שכן יש פעמים שבהן התובע הסדרתי נתפס כמיומן וככזה שישרת את האינטרס של הקבוצה בצורה מיטבית. ראו, לדוגמה, עניין **קלאב רמון**, לעיל ה״ש 80, בפרט בפס׳ יג–יד.

107 ראו, לדוגמה, עניין **האפרתי**, לעיל ה״ש 97; עניין **לוג טק תקשורת**, לעיל ה״ש 95; עניין **ברזילי נ׳ קהלת**, לעיל ה״ש 6. במקרה האחרון הגיעו הצדדים להסדר שלפיו מעתה ואילך תתקן המשיבה את מחדליה ותרענן את נהליה באשר לפרסום הסדרי הנגישות, כמתחייב מן הדין. אלא שבית המשפט קיבל את ההסדר באופן חלקי בלבד, והתערב בשיעורי הגמול למבקש ושכר הטרחה לבא הכוח, אף שסכומים אלו סוכמו מראש בין הצדדים. בהקשר זה עמד בית המשפט על עברם של המבקש ובא כוחו כמגישי תובענות נגישות חוזרות ונשנות. מעובדה זו הסיק בית המשפט כי לא הושקעו מאמצים מיוחדים בניהול ההליך, שהיה בבחינת ״העתקה חוזרת של כתבי טענות באותו עניין, ומשנמצא כי עד כה נפסקו לטובת המבקש ובא כוחו סכומים ניכרים במסגרת הסתלקויות שאושרו בתיקים זהים... ומשנמצא כי המבקש, בדומה לעוד אחרים, משמש כתובע סדרתי באותו עניין, אינני רואה עוד לנכון לאשר למבקש גמול בשיעור המבוקש״. שם, בפס׳ 18.

108 ולעיתים אף ככזה שמציב ״מכמונות״ לנתבעות פוטנציאליות.

109 ראו להלן דוגמאות להליכים שבהם הועלתה הטענה כי התובע הוא בעל דין סדרתי שהפך תביעות מסוג מסוים לעיסוק וליזמות: ע״א 7193/13 **ש.א. פתרונות בע״מ נ׳ ברנע** (אר״ש 22.9.2014); ת״צ (מחוזי מר׳) 38266-09-13 **ABB Ltd. נ׳ חנא** (נבו 28.5.2015); ת״צ (מחוזי חי׳) 40072-01-16 **רפול נ׳ קבוצת אורמוש בע״מ** (נבו 3.1.2017); ת״צ (מחוזי חי׳) 58006-01-20 **וולפנר נ׳ BOIRON** (נבו 23.4.2020); ת״מ (מנהליים ת״א) 101/09 **לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נ׳ מרכז השלטון המקומי בישראל** (נבו 15.11.2010). ראו גם פלינט ווינִיצקי, לעיל ה״ש 98, בעמ׳ 276–278.

לקבוע בפסק דינו ממצא שלילי נגד התובע מתמקד בחוסר תום ליבו של התובע הסדרתי, בהשוואה לתובע שאינו סדרתי.[110]

אולם מה נפקותה של העובדה שמדובר בתובע סדרתי? מה ניתן ללמוד מאותה סדרתיות? האם ניתן לגזור ממנה ממצא חיובי כלשהו על אודות הנתבעת? וחשוב מכל: האם ניתן לומר כי משקלה של הפרת החוק קטן יותר כאשר עסקינן בתובע סדרתי? כפי שצוין לעיל, בנסיבות כאלה טענה בנוגע לסדרתיותו של התובע מנוגדת למעשה לדרישת הרלוונטיות, המהווה תנאי סף להצגת כל ראיה,[111] וברוב המקרים ככולם היא אינה מחלישה את טענות התביעה בנוגע להפרת החוק שבוצעה.[112]

טלו, לדוגמה, את מצב הדברים הבא: פלוני הגיש תובענה בגין הפרת חוק התקשורת. בכתב תביעתו הוא ממחיש כי הנתבעת הפרה את הוראות החוק בכך ששלחה לו, לא כדין, מסרים פרסומיים. נניח, לצורך הדיון, כי אכן נשלחו לתובע מסרים פרסומיים בניגוד להוראות הדין. האם תיתכן נפקות כלשהי לעובדה שהתובע כבר תבע בעברו בגין חוק התקשורת? האם פועלו של התובע בעבר, יהא אשר יהא, גורע מעילת התביעה הבסיסית, היא הפרת חוק התקשורת? חרף התשובה המתבקשת לשאלות רטוריות אלו, פעמים רבות – ולמעשה ברוב המקרים הללו – מוגשים כתבי טענות הכוללים התייחסות לעברו של התובע, מתוך שאיפה שהדיון יוסט לכיוון עברו, חלף דיון לגופו של עניין בהפרת החוק. טענות כאמור מועלות כדבר שבשגרה, ובאופן מפתיע אף מקבלות משקל בפסיקותיו של בית המשפט.[113] כפי שניתן ללמוד מהרטוריקה בפסקי הדין, המסקנה המתבקשת מסדרתיותו של התובע היא חוסר תום ליבו.[114]

לשיטתנו, יחסו של בית המשפט וקביעתו בנוגע לתום ליבו של התובע הסדרתי פוגעים בשני ההיבטים העיקריים של חקיקה כגון דא, שהיא למעשה ״פרטית־

---

110 ראו לדוגמה, אך לאחרונה, רע״א 4704/20 **בן־עמי נ׳ FACEBOOK IRELAND LTD.** (אר״ש 9.2.2021) (להלן: עניין **פייסבוק**). מינוח זה, הידוע מאז ומתמיד, מבקש להאיר ״נורה אדומה״ משנתקלים בתובע סדרתי. ראו לעניין זה ת״א (מחוזי ת״א) 2532/99 **עמותת קו חם לצרכן נ׳ טרנס וורלד איירליינס אינק** 3 (נבו 3.7.2000).

111 ראו לעניין זה ס׳ 1 לפקודת הראיות.

112 עמדה זו מקבלת תמיכה גם בקהילה האקדמית. להרחבה ראו אלון קלמנט ונעמה הדסי ״על יישומן הראוי של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות בתובענות ייצוגיות״ **פורום עיוני משפט** מה 1, 24 (2021): ״...לאור מטרות חוק תובענות ייצוגיות הקבועות בסעיף 1... [על בית המשפט] להבחין בין ריבוי התביעות, אשר בו כשלעצמו אין פגם (שכן הוא עשוי להעיד על ריבוי ההפרות בידי נתבעים רבים), לבין התנהלות לא־ראויה של התובעים המייצגים או של עורכת הדין שלהם...״

113 ראו, לדוגמה, עניין **קלאב רמון**, לעיל ה״ש 80; עניין **פייסבוק**, לעיל ה״ש 110.

114 בשולי הדברים יוער כי ייתכנו מצבים מסוימים שבהם אכן יהא מקום לקבל טענה זו. לדוגמה, ייתכן מקרה שנסיבותיו הספציפיות מצמיחות מסקנה מתבקשת אחת והיא שהמבקש אכן תכנן בקפידה את הגשת התביעה. ראו ת״צ (שלום חי׳) 35317-08-16 **חטיב נ׳ קבוצת בי.פי.אי בע״מ** (נבו 19.3.2017). להרחבה ראו להלן ה״ש 233.

ציבורית״:[115] ראשית, הוא פוגע בתמריץ הישיר שהמחוקק מעניק לתובע – הפיצויים לדוגמה;[116] שנית, הוא פוגע (בעקיפין) בתמריץ של האוכף האזרחי לנקוט הליכים משפטיים שבאמצעותם יוכל להביא לידי חשיפת הפרות חוק ותיקונן. ככל שיהא ידוע לו, לאוכף האזרחי, כי לכל תובענה שיגיש תתלווה תקיפה אישית שתנסה לצבוע אותו ואת פועלו החיובי בחוסר תום לב, ייתכן שהוא יבכר לחדול מהאכיפה האזרחית.

אל מול גישה זו, המתבוננת על התובע הסדרתי במבט חשדני ותופסת אותו כשחקן חוזר הראוי ליחס שלילי ומצנן, קיימת בפסיקה גם גישה שונה, הרואה את התובע הסדרתי כגוף חיובי. לפי גישה זו, נסיונו של התובע הסדרתי יכול ללמד על מיומנויותיו בניהול ההליך לטובת הקבוצה המיוצגת, ועל כן יש לעודד את פועלו ואת פנייתו לערכאות.[117] את דיוננו זה מצאנו לנכון לחתום בדבריו של השופט פוגלמן בעניין **קיס בעליון**, המציגים את האיזון הראוי בין הגישות השונות הקיימות בפסיקה:

> ״...יש לעודד הגשת תביעות באותם מקרים שאכן התרחשה הפליה אסורה. מכאן, כי יש להיזהר מסיווגו של מי שהגיש כמה תביעות מכוח החוק כ׳תובע סדרתי׳ ולראות בכך כשיקול העומד לחובתו, וממילא יש להקפיד ולבחון כל תביעה לגופה... בצד זאת, מובן כי אם אכן יווכח בית המשפט כי במקרה הפרטני שלפניו לא עמד התובע בנטל להוכיח את תביעתו, ובנוסף התרשם כי מדובר בתובע אשר שב ומגיש תביעות נעדרות בסיס, יוכל הוא לעשות שימוש בכלים המקובלים, לרבות פסיקת הוצאות.״[118]

השופט פוגלמן קובע אם כן שלוש קביעות: ראשית, יש לעודד הגשת תביעות בסוגיות ציבוריות בעלות ערך; שנית, אין מקום לייחס ערך שלילי לתובע אך לנוכח היותו סדרתי (בפרט בסוגיות ציבוריות או מעין־ציבוריות, כמתואר מעלה), אלא יש לבחון כל תובענה לגופה; ושלישית, על מנת לתחום את הקביעות האמורות ולגדרן בקשת המקרים המתאימים, במצבים שבהם ייווכח בית המשפט כי מדובר בתובע המגיש תביעות חסרות בסיס באופן חוזר ונשנה, יעמדו לבית המשפט אותם כלים מקובלים שמטרתם לצנן את זכות הגישה לערכאות. יודגש: כלים אלו יבואו לידי ביטוי אך באותו מצב אחד ויחיד – תביעות חוזרות ונשנות שכולן נעדרות בסיס.[119] כפי שהובע לא אחת בפסיקתם של בתי המשפט, תביעות קודמות שאינן נעדרות בסיס עשויות להצביע דווקא

---

115 בהקשר זה הפנינו לעיל (בין היתר) לחוק איסור הפליה במקומות ציבוריים, לחוק הגנת הצרכן ולחוק התקשורת, כחוקים הממחישים תכלית מעורבת זו. כפי שהמחשנו לעיל, מדובר בתובענות שלציבור יש תועלת בהגשתן, והמחוקק מבקש לתמרץ תובעים לעשות שימוש בסעדים המוקנים להם בהוראות חוק אלו.

116 על חשיבות ההגנה על התמריצים שבבסיסה של חקיקה זו עמד בית המשפט העליון. ראו, לדוגמה, עניין **קלאב רמון**, לעיל ה״ש 80, בפס׳ יד.

117 עניין **בלייס**, לעיל ה״ש 55.

118 עניין **קיס בעליון**, לעיל ה״ש 7, בפס׳ 5.

119 שם.

על ניסיון ומיומנות של יוזם ההליך הנוכחי, ולפיכך ניטה אולי אף להעדיפו על תובע אחר, חסר ניסיון.[120]

בסיומו של פרק זה נותרנו עם תהיות בנוגע לטעמים שיצדיקו ייחוס ממצא שלילי לתובע אשר פונה באופן חוזר ונשנה לבית המשפט בעילות מבוססות. על תהיות אלו נבקש להשיב באמצעות מקרה הבוחן, הוא תחום התובענות הייצוגיות, המהווה את הממשק האידיאלי שבין הפרטי לציבורי.

פרק ג: התובענה הייצוגית כמקרה בוחן

בפרקים הקודמים עמדנו על ההבחנה שבין שני סוגי התובעים הסדרתיים. הראינו כי להבדיל מהתובע הטרדן, בנוכחותו של האוכף האזרחי יש ערך חיובי. ערך חיובי זה גדֵל לנוכח התעצמות מעמדם של התאגידים המסחריים והשפעתם על חיינו בעידן המודרני.[121] אל מול גופים חזקים אלו יש צורך באותו תובע אקטיביסט שיפעל למימוש זכויות הכלל. הצורך באותו תובע אקטיביסט עוגן, ברחל בתך הקטנה, בחוק תובענות ייצוגיות, שהכיר בצורך להתמודד עם אותם גופים המבקשים לְמָרֵב את רווחיהם גם על חשבון האזרח הפשוט.[122] חוק תובענות ייצוגיות עיגן את המכשיר הדיוני של התובענה הייצוגית, שבאמצעותו אדם יחיד יכול להגיש בקשה לאשר את תביעתו בשם קבוצה גדולה של נפגעים.

התובענה הייצוגית מאפשרת מתן סעד ראוי תוך מתן זכות גישה לערכאות לנפגעים באותם מצבים שבהם אין לכל אחד מאותה קבוצה תמריץ כלכלי או יכולת מעשית לנהל את ההליך באופן עצמאי – הן לנוכח שיעור הנזק הנמוך, אשר עומד לעיתים על אגורות או שקלים ספורים לנפגע, והן לנוכח מורכבות ההליך והעלויות הכרוכות בניהולו. התובענה הייצוגית משרתת את האינטרס הציבורי על ידי קידום התכלית של אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו על ידי חברות וגופים חזקים במשק, ״הסומכים על הפסיביות של היחיד והמנצלים לרעה את כוחם, תוך פגיעה בקבוצות לא מאוגדות שונות כגון צרכנים או משקיעים ביירות ערך״.[123] לעיתים עצם הגשת התביעה הייצוגית מובילה

---

120 עניין **בלייס**, לעיל ה״ש 55, בפס׳ 18.

121 ALFRED D. CHANDLER JR., THE VISIBLE HAND: THE MANAGERIAL REVOLUTION IN AMERICAN BUSINESS (1977). ראו גם עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 427 (2007); בוקשפן ״תובענות ייצוגיות״, לעיל ה״ש 53, בעמ׳ 126–127.

122 רע״א 3126/00 **מדינת ישראל נ׳ א.ש.ח. ניהול פרוייקטיים וכוח אדם בע״מ**, פ״ד נז(3) 220 (2003) (להלן: עניין **א.ש.ח.**); משה בר־ניב (בורנובסקי) ״גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית״ **עיוני משפט** יט 251 (1994).

123 ע״א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי נ׳ עזבון ראבי**, פס׳ 21 (אר״ש 4.12.2011).

לכך שהנתבע משנה את התנהגותו,[124] אף לפני דיון בתובענה לגופה, וכוח ההרתעה מוביל למצב שבו גם מעוולים פוטנציאליים משנים מדרכם בעוד מועד על מנת לא להיחשף לתביעה ייצוגית בעתיד.[125]

נוסף על כך, התובענה הייצוגית מאפשרת ניהול יעיל וחסכוני של הליך משפטי אחד, חלף מספר רב של תביעות, כחלק מהדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית. מדובר בכלי יוצא דופן שמאפשר חיסכון במשאבים וגם תורם לתוצאה אחידה, שכן הוא מונע מצב של קביעות שיפוטיות סותרות באותו עניין עובדתי. בימינו אי־אפשר כמעט להעלות על הדעת מצב שבו אין בנמצא מוסד דיוני מעין זה.

למעשה, ההליך הייצוגי הוא האכסניה העיקרית שבה מתגוררות להן עיקר התובענות הנוגעות באכיפה אזרחית־פרטית מקום שקיימת תת־אכיפה בתחומים מרכזיים בחברה או במקרים שבהם הסנקציות הפליליות אינן נותנות מענה ראוי להפרות החוק ולהרתעת המעוולים, שהם בעלי הון וגופים חזקים. התובענה הייצוגית הינה כלי דיוני ייחודי אשר נועד לצמצם את פערי הכוחות בין ״האזרח הקטן״ לבין הגופים הגדולים במשק.[126] המחוקק הישראלי היה ער לצורך בהסדרת הכלי של תובענה ייצוגית בחוק מקיף, בפרט לאחר קריאתו של בית המשפט העליון להסדרת הנושא.[127] המחוקק הציב בסעיף 1 לחוק את מטרותיו ותכליותיו או למצער את עיקריהן:

> ״(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.״[128]

מקריאת מטרות החוק אנו למדים כי אלה מצויות בקשר אינהרנטי עם האוכף האזרחי. המחוקק עמד על הצורך במתן גישה לערכאות במקרים שבהם אין תכלית כלכלית לגישה כיחידים, וכן במתן גמול לאותו תובע ייצוגי, שהוא בבחינת החזר על התועלת שהובאה לציבור כתוצאה מנקיטת ההליך הייצוגי, והכל על מנת לפעול לאכיפת הדין ולהרתעה מפני הפרתו.[129] החשיבות במתן גמול לתובע המייצג, כ״דלק״ המניע

---

124 לדוגמה אחת, שאינה ממצה, ראו ת״צ (שלום חי׳) 27426-02-21 **דגש נ׳ מיניסו ישראל בע״מ**, פס׳ 7 (נבו 6.6.2021): ״על פני הדברים, הגשת הבקשה היא שהביאה לביצוע ההתאמות הנדרשות וגם הצעדים בהם התחייבה המשיבה לנקוט כמפורט בבקשה, מסבים תועלת מסוימת לחברי הקבוצה ולציבור הצרכנים בכללותו.״ יודגש כי פסק הדין ניתן אף בטרם השיבה המשיבה על בקשת התובע.

125 ראו דברי המבוא להצעת חוק תובענות ייצוגיות.

126 ראו עניין **א.ש.ח.**, לעיל ה״ש 122, בעמ׳ 236.

127 שם.

128 יוער כי קיימות תכליות ומטרות רבות בבסיס התובענה הייצוגית אשר לא עוגנו בסופו של יום בס׳ 1 לחוק תובענות ייצוגיות. אחת הדוגמאות הבולטות היא המטרה של שלילת רווחי המפר. להרחבה ראו פלינט ווויניצקי, לעיל ה״ש 98, בעמ׳ 82–83.

129 המחוקק עצמו הגדיל וקבע קשר ישיר בין התועלת שצמחה לציבור כתוצאה מפעולתו של התובע המייצג לבין סך הגמול שיש ליתן לו לנוכח פעולתו. האמור ממחיש, שוב, כי המחוקק רואה באוכף

את ההליך כולו, בא לידי ביטוי בפסיקותיו השונות של בית המשפט העליון.[130] במסגרת החוק אף הגדיל המחוקק וקבע רשימה סגורה של מקרים שבמסגרתם יהיה נכון לתמרץ את האוכף האזרחי.[131] הלכך נותר אך להסיק כי באותה רשימת מקרים סגורה יש מקום ליתן הגנות לאוכפים האזרחיים המבקשים לממשן, בין היתר תוך גריפת רווח אישי,[132] וזאת בשל העובדה שתביעותיהם מיטיבות עם החברה בכללותה, ובפרט מגשימות את תכלית המחוקק. על אופייה הציבורי של התובענה הייצוגית ניתן ללמוד מגישת החוק, ובפרט מהנוכחות המשמעותית בו של גורמים ציבוריים שמטרתם היא, בין היתר, להבטיח שימוש אפקטיבי בכלי התובענה הייצוגית.[133]

בראי רשימת המקרים הסגורה הקבועה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, נבקש לבחון את האופן שבו האוכף האזרחי נתפס. זאת, בשים לב להוראות ולתכליות של חוק תובענות ייצוגיות, המבקשות לעודד אכיפה אזרחית תוך שימוש במנגנונים הקבועים בו,[134] ובשים לב לכך שמדובר במקרה המובהק ביותר שבו בא לידי ביטוי פועלו החיובי של האוכף האזרחי. בהקשר זה יש לציין כי פעמים רבות, לנוכח תכלית החוק ולנוכח המנגנונים הקבועים בו, יוזם ההליך הוא למעשה בא כוח הקבוצה, המאתר

האזרחי גוף חשוב ובעל ערך שיש לתמרצו כך שיפעל לְמָרֵב את התועלת המצרפית. ראו ס׳ 22(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, המונה רשימה של שיקולים שיש להידרש אליהם אגב פסיקת הגמול לתובע הייצוגי. שיקולים אלו נוגעים, בין היתר, בטרחה הגלומה בהגשת התביעה, בתועלת שהושגה לציבור ובחשיבות הציבורית הגלומה בתביעה. הגמול שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות הוא אינהרנטי עד כדי כך שהמחוקק קבע כי ייתכנו מצבים מסוימים שבהם חרף העובדה שהתובענה לא אושרה כייצוגית, יזכה התובע בגמול.

130 ראו לעניין זה רע״א 3698/11 **שלמה תחבורה (2007) בע״מ נ׳ ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע״מ**, פס׳ מד לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ׳) רובינשטיין (אר״ש 6.9.2017) (להלן: עניין **שלמה תחבורה**): ״נדמה שאין חולק, וציינו זאת בפתח הדברים, כי עצם קיומו של תמריץ כלכלי של התובע המייצג או בא הכוח הוא אינהרנטי למנגנון התובענה הייצוגית, ולכן אינו מצביע לכשעצמו על פגם. כפי שמצוין בדברי ההסבר להצעת החוק, ׳התובע המייצג ועורך הדין המייצג נוטלים אחריות לרכושם של אחרים והם עושים זאת על פי רוב בשל התמריץ הכלכלי הקיים בצד תובענות אלה׳... כדבריו של חבר הכנסת ר׳ חן בדיון במליאת הכנסת באישור חוק תובענות ייצוגיות מיום 1.3.06, ׳התגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לעורך הדין הם הדלק שיניע או יחניק את התביעות האלה׳. זוהי גם עמדת המלומדים... וכך גם נקבע בשורה ארוכה של פסיקות של בית משפט זה, הן לפני חקיקת החוק... והן לאחריו...״ ראו גם ת״צ (מחוזי ת״א) 32754-11-18 **תיסר נ׳ סונול ישראל בע״מ** (נבו 14.1.2020).

131 ראו ס׳ 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות וכן התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, שם מנה המחוקק רשימה סגורה של עילות המצדיקות בקשה לאישור תובענה כייצוגית.

132 על ההגנות שראוי ליתן לאוכף האזרחי נעמוד בפרק ד להלן.

133 ראו לעניין זה התוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם בוקשפן ״תובענות ייצוגיות״, לעיל ה״ש 53, בעמ׳ 122.

134 ס׳ 22(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

תובע ייצוגי פוטנציאלי,[135] ולפיכך טענותינו בנוגע לאופן שבו ראוי להגדיר את האוכף האזרחי ולהגן עליו רלוונטיות אף לבא כוח הקבוצה כיוזם ההליך.[136]

1. הבסיס לשימוש בכלי התובענה הייצוגית: חתירה לטובת הכלל והבטחת תועלת כלכלית ליוזם ההליך

התובענה הייצוגית היא נשק חשוב שנועד למשטֵר התנהגות לא ראויה של תאגידים ענקיים, אשר לפועלם יש השלכה רחבת היקף על חלקים גדולים בחברה.[137] היא הכלי החשוב ביותר להטמעת נורמות התנהגות ראויות בעולם התאגידי.[138] התביעה הייצוגית מוגשת ככלל בגין עוולות בשיעור מיליוני שקלים,[139] ומטרתה היא להרתיע את אותם תאגידים גדולים המתעשרים אגב הפרת החוק על חשבון הציבור, ולתקן את דרכיהם.[140] התובענה הייצוגית היא כלי שמאפשר העברה ישירה של כספים מידי המעוול לידי הנפגעים, וזאת בניגוד לכלים אחרים, כגון קנסות מנהליים, אשר הכספים הנגבים במסגרתם אינם מגיעים לידיהם של הניזוקים. השימוש בתובענה הייצוגית מונע על ידי שילוב של חתירה לטובת הכלל, שהיא הבסיס להצדקת השימוש בכלי התובענה הייצוגית (מעין ״תיקון עולם״, כהגדרתנו), עם גמול כלכלי שניתן לתובע הייצוגי ולבא כוחו, הם יוזמי ההליך, אשר מהווה, מטבע הדברים, תמריץ נוסף לעשות שימוש במכשיר זה. לשון אחר, התובענה הייצוגית חותרת לטובת הכלל באמצעות מתן גמול כלכלי שיתמרץ יזמים פוטנציאליים לעשות שימוש במכשיר זה.[141] שילוב זה – של

---

135 ראו לעניין זה קלמנט ״קווים מנחים״, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 157: ״...יש לראות בהליך התביעה הייצוגית הליך מעין יזמי, **שהיזם העיקרי בו – עורכת הדין** – פועלת על מנת למקסם את רווחיה״ (ההדגשה הוספה).

136 לשון אחר, ולפי קלמנט, שם, ניתן לראות את בא כוח הקבוצה בתביעה הייצוגית כ״תובע הייצוגי״ האמיתי, אשר ביחס אליו, מטבע הדברים, עשויות לעלות טענות בנוגע לסדרתיותו.

137 תפיסה זו אוזכרה אצל רדיש: Martin H. Redish, *The Liberal Case Against the Modern Class Action*, 73 VAND. L. REV. 1127 (2020) (להלן: Redish, *The Liberal Case*). לדיון בספרות המשפטית הישראלית הנוגעת בהפרת זכויות יסוד על ידי תאגידים ראו עופר סיטבון ״על בני אדם, תאגידים ומה שביניהם – האם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך לחול על תאגידים?״ **קרית המשפט** ח 107 (התשס״ט).

138 בוקשפן ״תובענות ייצוגיות״, לעיל ה״ש 53, בעמ׳ 139–140. כן ראו Eric De Brabandere & Maryse Hazelzet, *Corporate Responsibility and Human Rights: Navigating Between International, Domestic and Self-Regulation*, *in* RESEARCH HANDBOOK ON HUMAN RIGHTS AND INVESTMENT 221 (Yannick Radi ed., 2018); Eli Bukspan & Asa Kasher, *Human Rights in the Private Sphere: Corporations First*, 40 U. PA. J. INT'L L. 419 (2019).

139 לפיכך מקבילים אותה לא אחת ל״פוקר בסכומים גבוהים״. ראו לעניין זה Nan S. Ellis, *The Class Action Fairness Act of 2005: The Story Behind the Statute*, 35 J. LEGIS. 76, 89 (2009).

140 שם.

141 ראו ס׳ 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

חתירה לטובת הכלל אגב חתירה לרווח כלכלי מסוים – הוא הרציונל המכונן המצוי בבסיס פועלו של האוכף האזרחי וכן בבסיסו של חוק תובענות ייצוגיות.[142]

לנוכח האפקטיביות שלו גדל השימוש בכלי הייצוגי בארצות הברית ואף הוכפל בעשור האחרון.[143] יישומו של כלי זה אכן מניב הרתעה יעילה ומשמש תמריץ לתאגידי־על לפעול בהתאם להוראות החוק.[144] הפגיעה הכלכלית הישירה בכיסו של המעוול יוצרת לעיתים הרתעה משמעותית ומהירה יותר בהשוואה לכלים אחרים.[145] האמור ממחיש כי לא זו בלבד שאינטרסים כלכליים פרטיים אינם עומדים בסתירה לקידום מטרות חברתיות ״ציבוריות״, הם עשויים אף להיות מתועלים לקידומן.[146]

ודוק: לגמול הניתן לתובע הייצוגי ולשכר הטרחה המשולם לבא כוחו יש תכלית כפולה. התכלית האחת היא מתן תמריץ לעשות שימוש בכלי זה, והתכלית האחרת היא צמצום פערי הכוחות בין הצדדים. פסיקת הגמול מבטיחה למעשה כי בא כוח הקבוצה יפעל במסירות ובנאמנות, ללא לאות ותוך השקעת הזמן הנדרש, לייצוג האינטרס של הקבוצה בצורה המקיפה והממצה ביותר.[147] כאשר ידוע לו, למייצג הפוטנציאלי, כי

---

142 ראו עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה״ש 130.

143 ראו לעניין זה את הנתונים כפי שפורסמו בשנת 2021: 2021 CARLTON FIELDS CLASS ACTION SURVEY (2021), https://classactionsurvey.com/pdf/2021-class-action-survey.pdf. ראו גם Bruce Moyer, *Class Actions Move to Federal Court*, 52 A.P.R. FED. LAW. 10 (2005). כמו כן, ובבחינת למעלה מן הצורך, יצוין כי בשנת 2020 הגיעו הוצאות ההתגוננות מפני תובענות ייצוגיות בארצות הברית לשיא של כל הזמנים – 2.9 מיליארד דולר. בהתאמה עלה מספר התובענות הייצוגיות הממוצע לחברה נתבעת ל־9.3, לעומת 4.4 תובענות ייצוגיות לחברה נתבעת בשנת 2011.

144 כך נפסק בארצות הברית: "[T]he consumer class action is an essential tool for the protection of consumers against exploitative business practices." State of California v. Levi Strauss & Co., 41 Cal. 3d 460, 471, 715 P.2d 564, 570, 224 Cal. Rptr. 605, 611 (1986).

145 יתר על כן, כאשר הנתבעת היא חברה ציבורית, היא מחויבת בדיווח לבורסה כבר עם הגשת התובענה, בלא קשר לפיצוי שבו היא תחוב אולי בסופו של הליך. כמו כן עליה להתייחס לתובענה זו בדוח הכספי השנתי שלה, ובמקרים מסוימים היא מחויבת בהפרשת כספים מראש למקרה שבו תתקבל התובענה נגדה.

146 עניין **קרן**, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 684. כן ראו פלינט ווייניצקי, לעיל ה״ש 98, בעמ׳ 274. ראו גם עניין **פריניר**, לעיל ה״ש 75, בפס׳ 93 לפסק הדין של השופט מלצר: ״לאור התמקדותו של המחוקק בדרישת תום הלב בייצוג ובניהולה של התובענה, ולא בהגשתה, הרי מניעיו האישיים של עורך הדין (או של התובע) בהגשת התובענה הייצוגית אינם צריכים אפוא להכריע את גורל הבקשה לאישור התובענה כייצוגית לשבט... הרצון לקבל שכר טרחה או גמול באמצעות התובענה הוא ממהותו של מכשיר זה ומעיקרו. לפיכך הגשת התובענה ממניעים של עשיית רווח, אין בה כשלעצמה כדי להעיד על חוסר תום ליבו של עורך הדין המייצג...״

147 באשר לאופן שבו נפסק שכר הטרחה של בא כוח הקבוצה שייצוגה מתבקש בבקשת אישור התובענה כייצוגית ראו ע״א 2046/10 **עזבון שמש נ׳ רייכרט**, פ״ד סה(2) 677 (2012).

שכרו ההולם יובטח על ידי בית המשפט אם יגיש תובענה ייצוגית שתישא עימה תועלת ממשית לציבור,[148] הוא ייטה ליזום הליכים כאמור.[149]

מעתה נבקש לבחון את פועלם של האוכפים האזרחיים שנולדו בעיקר לאחר כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות,[150] כלומר, לאחר שהמדינה מצאה לנכון לעגן את ״הפרטת״ הטיפול בעוולות המוניות לציבור הרחב.[151] עוד נציין כי בארצות הברית מתקיימת פרקטיקה נוספת המשיקה למערכת התובענות הייצוגיות, והיא תביעות של המדינה באמצעות עורכי דין פרטיים, או במילים אחרות – הפרטה של מלאכת האכיפה שהרשות המוסמכת נדרשת לבצע. הפרטה זו, ההופכת את האכיפה הציבורית לאכיפה פרטית, נולדה כתוצאה מהבנת הרשויות כי אין להן המשאבים הנדרשים על מנת לפעול בכל ההיבטים של אכיפת החוק. לפיכך, לשם אכיפת הוראות חוק מסוימות, לרבות בתחומי הנזקים מטבק והפרת חוקי איכות הסביבה, רשויות המדינה שוכרות עורכי דין מהשוק הפרטי לצורך הגשת תובענות. מדובר באכיפה ציבורית באמצעות עורכי דין פרטיים, והיא מהווה מעין יצור כלאיים היברידי בין אכיפה ממשלתית קלסית לבין אכיפה אזרחית.[152] יודגש כי לשימוש בעורכי דין פרטיים לצורך אכיפה ציבורית,

---

148 שם. בית המשפט העליון קבע כי שכר הטרחה של בא כוח הקבוצה ייגזר מגובה הפיצוי שהושג לציבור. בכך מוגשמת תכליתה של התובענה הייצוגית – פיצוי מרבי לציבור. ראו לעניין זה את דבריו של הנשיא גרוניס, שם, בפס׳ 7: ״...קיים קשר ישיר בין התגמול המגיע לחברי הקבוצה לבין שכרו של עורך הדין. קשר זה מתמרץ את עורך הדין לפעול להשאת טובתה של הקבוצה, תוך שהוא פועל אף להשאת שכרו שלו...״

149 למסקנה כאמור ניתן להגיע גם על דרך ההיפוך, כלומר, אם לא יובטח גמול לתובע הייצוגי ושכר טרחה לבא כוחו, מובן שהתמריץ להגשת התביעה מבחינת יוזם ההליך יצטמצם עד כדי יתאיין לחלוטין. בהתאמה, הפערים בין הנפגע הפוטנציאלי ששוקל לייצג את הקבוצה הנפגעת, ביודעו כי עליו לשכור עורך דין במימונו האישי, לבין תאגידי־העל, המצוידים במיטב עורכי הדין, ייוותרו גדולים ואף ילכו ויתעצמו.

150 ראו לעניין זה חיות, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 937, שם מצוין כי מספר הבקשות לאישור תובענות כייצוגיות בשנת 2012 היה גדול פי שלושים כמעט מאשר בשנת 2007. בכל הנוגע בפועלם של האוכפים האזרחיים מדגישה חיות ״כי בעצם ההפרטה של הטיפול בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית וחברתית ובעצם עידודה של היזמות הפרטית שהצמיח מוסד התובענות הייצוגיות אין בהכרח פסול, וכי אין לראות את התנהלותם של התובעים הייצוגיים הפוטנציאליים ועורכי־הדין, התרים אחר עילות לתובענות ייצוגיות ומשקיעים בכך משאבים, כהתנהלות לא־הולמת״ (שם, בעמ׳ 939).

151 ראו שם. להרחבה בעניין היזמות הפרטית כמשלימה את האכיפה הציבורית ראו Beisner, Shors & Davidson Miller, לעיל ה״ש 80, בעמ׳ 1442: "Because the government has limited resources, private parties need to pick up the slack. Our entire system of government is based on private initiatives, and class actions are no different... The government can only do so much in policing corporate wrongdoing—*society needs private attorneys general to assist in protecting victims' rights*" (ההדגשה במקור).

152 ראו Martin H. Redish, *Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals*, 2003 U. CHI. LEGAL F. 71, 80–82 (להלן: Redish, *Class Actions*). יצוין כי כמו בתובענות ייצוגיות, גם בתביעות נגד חברות הטבק

כמתואר לעיל, יש טעם רב. מחקרים שנערכו המחישו באופן אמפירי כי בהקשר זה עורכי הדין האזרחיים הם המתאימים ביותר, וחשוב מכך – הם היעילים ביותר באכיפת הדין.[153] דומה כי הפרקטיקה האמורה שהרשויות בארצות הברית נוקטות מצביעה על אותה מסקנה בדיוק.

2. על הטענות המועלות נגד יוזמי ההליך הייצוגי

בפרקים הקודמים הדגשנו את פועלו החיובי של האוכף האזרחי ואת הטעמים העיוניים והמעשיים לעידוד פועלו. המחשנו כי כלי התובענה הייצוגית, כפי שבא לידי ביטוי בחוק תובענות ייצוגיות, הוא הכלי האידיאלי לאכיפה האזרחית, וכי חקיקת החוק היא בבחינת קריאה לאוכפים האזרחיים – הן לתובעים הפוטנציאליים והן לבאי כוחם – לפעול למימוש זכויותיהם של ציבור הנפגעים, תוך יצירת תמריץ כלכלי שיניע את גלגלי ההליך. עתה נעמוד על הטענות המועלות נגד האוכפים האזרחיים.

(א) על אודות רצונו של התובע הסדרתי בהליך הייצוגי להתעשר על חשבון חברי הקבוצה

אל מול הגישה שהצגנו לעיל, הרואה במכשיר התובענה הייצוגית כלי להקטנת הפערים בחברה, קיימת גישה סותרת, שבה אוחזים בעיקר הגופים החזקים במשק (שהם הנתבעים העיקריים).[154] לפי גישה זו, השימוש בכלי התובענה הייצוגית הוא ציני רובו ככולו, ואינו מיועד כלל למטרות ציבוריות, אלא רק לגריפת רווחים לתובע ולבא כוחו, כמעין יוזמה כלכלית שאין בינה לבין טובת הציבור דבר.[155]

בארצות הברית שכרם של עורכי הדין הפרטיים מבוסס על הצלחה. ראו גם Howard M. Erichson, *Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tobacco, and the Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation*, 34 U.C. DAVIS L. REV. 1, 39 (2000).

153 ראו Gary S. Becker & George J. Stigler, *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, 3 J. LEGAL STUD. 1 (1974); William M. Landes & Richard A. Posner, *The Private Enforcement of Law*, 4 J. LEGAL STUD. 1 (1975). בשולי הדברים נציין כי אכיפה אזרחית מסוג אחר קיימת בארצות הברית בנושא הכשרות. מי שמבצע אכיפה בתחום זה הם ארגונים חוץ־ממשלתיים. ראו Brian T. Fitzpatrick, *Deregulation and Private Enforcement*, 24 LEWIS & CLARK L. REV. 685, 690 (2020).

154 Redish, *The Liberal Case*, לעיל ה״ש 137.

155 זרמים מסוימים בדין האמריקני אף הגדילו וטענו כי הגשת בקשות לאישור תובענה כייצוגית משולה ל״סחיטה בחסות החוק״. ראו, לדוגמה, Bruce Hay & David Rosenberg, *"Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy*, 75 NOTRE DAME L. REV. 1377 (2000). ראו גם Allan Kanner & Tibor Nagy, *Exploding the Blackmail Myth: A New Perspective on Class Action Settlements*, 57 BAYLOR L. REV. 681 (2005). בשולי הדברים יצוין כי חששות כאמור בנוגע לטיב השימוש בכלי התובענה הייצוגית הובעו גם בישראל. ראו קלמנט ״פשרה והסתלקות״, לעיל ה״ש 67, בעמ׳ 16–19.

הבסיס לטענה זו בדבר שימוש ציני בהליך הייצוגי ורצונם של יוזמי ההליך להתעשר,[156] אף על חשבון חברי הקבוצה,[157] הוא פשוט: פעמים רבות התביעה הייצוגית מתייחסת לעוולה המהווה ״זוטי דברים״ כאשר בוחנים את הנזק לכל אחד מהנפגעים בנפרד,[158] ורק הנופך הציבורי שלה, ובפרט גודל הקבוצה הנפגעת, מצדיקים את ניהול התובענה. כך, לא אחת מוגשות בקשות לאישור תובענות כייצוגיות ששוויין, אל מול העלות הגלומה בניהולן, מצמיחה חוסר יעילות. במצב דברים כזה, שבו הנזק שגרמה העוולה ועלות ניהול התובענה דומים במונחים כלכליים מבחינת הנתבעת,[159] יש תמריץ **לשני הצדדים** לסיים את ההליך בפשרה שבמסגרתה ההטבה לציבור – אשר אמורה להיגזר, מטבע הדברים, מהיקף הנזק שגרמה הפרת החוק של הנתבעת – מצויה על הרף הנמוך. ככל שהצדדים מגלים כי אלה פני הדברים, קרי שמדובר במצב שבו הפיצוי הצפוי לקבוצה אינו גבוה ועתיד להיות דומה לעלויות של ניהול ההליך, הם מגבשים הסדר שבמסגרתו ההטבה שניתנת לקבוצה מתמצה בתיקון ההפרה,[160] ומלבד תיקון ההפרה ועמידה בהוראות החוק – חובה אשר ממילא מוטלת על הנתבעת – הציבור אינו זוכה בהטבה כספית כלשהי.[161] השתלשלות זו, שבה מוגשת תובענה

---

156 ראו רע״א 4556/94 **טצת נ׳ זילברשץ**, פ״ד מט(5) 774, 791 (1996), שם נפסק כי ״יש להבטיח כי התובענה הייצוגית לא תיהפך למכשיר של סחטנות במסווה החוק. יש למנוע סחטנות בדמות התובענה הייצוגית (strike suit); יש להכיר בסכנה הטמונה בשימוש בלתי ראוי במכשיר של התובענה הייצוגית״.

157 מדובר בטענה אשר נדונה רבות בדין האמריקני. להרחבה ראו Ellis, לעיל ה״ש 139; Katherine Pankow, *Advocates for the Disabled, or Extortionist Vampires? Chapter 383 Attempts to Prevent Plaintiffs' Attorneys from Bleeding Small Businesses Dry*, 44 MCGEORGE L. REV. 559 (2013).

158 עם זאת, לא למותר לציין כי עקרון זוטי הדברים אינו מייתר את התובענה הייצוגית. נהפוך הוא, עיקרון זה עומד פעמים רבות בבסיס ההחלטה להגיש תובענה ייצוגית חלף תביעה אישית. ראו ע״א 10262/05 **אביב שירותים משפטיים בע״מ נ׳ בנק הפועלים בע״מ, ההנהלה הראשית**, פס׳ 10 (אר״ש 11.12.2008).

159 לצורך הדוגמה וההמחשה, טלו מצב שבו לפתחו של בעל עסק מונחת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדו בגין נזק שגרם לקבוצה שגובהו הכולל, לפי התשתית העובדתית שנפרשה בבקשת האישור, הוא 25,000 ש״ח. במצב זה בעל העסק ניצב בפני שתי אפשרויות: האפשרות האחת היא לשלם לבא כוח התובע ולתובע סך של 25,000 ש״ח; ואילו האפשרות האחרת היא לשכור שירות משפטי על מנת להתגונן מפני התובענה הייצוגית, בעלות דומה לעלות המבוקשת במסגרת האפשרות הראשונה. אלא שבמסגרת אפשרות זו אין בעל העסק יכול לדעת מה יהא הסכום שבו הוא יחויב בסופו של ההליך. במקרה כזה כל חישוב כלכלי מושכל יובילו למסקנה שמוטב לו לקנות סיכון בדמות 25,000 ש״ח חלף ניהול הליך בבית המשפט.

160 Erica W. Rutner & Corey K. Brady, *Heads Plaintiffs Win, Tails Defendants Lose: The Asymmetrical Reality of Serial Class Action Relitigation*, 38 REV. LITIG. 69 (2018).

161 לעניין הצורך בפיצוי ישיר לקבוצה ראו ת״צ (מחוזי ת״א) 24675-10-13 **הררי נ׳ צבאן בכור – תכשיטים בע״מ** (נבו 30.8.2020). במסגרת אותו עניין עמד השופט כבוב על הצורך במתן פיצוי

ייצוגית המסתיימת מבלי שיינתן פיצוי ישיר לציבור, הגם שלכאורה קיימת עילת תביעה, מהווה חריג מנקודת מבטו של חוק תובענות ייצוגיות.[162] הקושי הרעיוני הגלום בכך שתביעה ייצוגית מניבה פיצוי כספי לתובע הייצוגי, מחד גיסא, אולם אינה מניבה פיצוי כספי לציבור שהוא ביקש לייצג, מאידך גיסא, הוא אפוא הבסיס להתנגדות הקיימת בקרב פלחים שונים בקהילה המשפטית להסדר זה.[163]

לשיטתנו, המחוקק העניק מענה מקיף לקושי האמור, בקובעו שני מבחנים שלאורם תיקבע ההצדקה למתן תגמול בצד ההסתלקות מהתובענה הייצוגית:[164] המבחן האחד עוסק בשאלה אם התובענה הראתה עילה, ולו לכאורה; והמבחן האחר עוסק בתועלת שצמחה לקבוצה. כלומר, על מנת להצדיק תגמול בצד הסתלקות, יש להוכיח כי למרות אותה הסתלקות צמחה תועלת מסוימת לקבוצה, שהיא בדרך כלל תיקון הפרת החוק וחידוד הנהלים. בלא תועלת כאמור, יוזם ההליך, שביקש לייצג את הקבוצה, לא העניק לה כל הטבה בפועל.

קיימת אפוא תועלת משמעותית לציבור כתוצאה מקיומם של הסדרי הסתלקות מתוגמלת באותם מצבים שבהם אין חולקין כי התובענה הראתה עילה וכי צמחה תועלת מסוימת לקבוצה. **התועלת שצומחת לציבור** כתוצאה משימוש בהסדרי ההסתלקות המתוגמלת **מתחלקת לארבעה נדבכים עיקריים. ראשית**, הגשת בקשה להסתלקות עם תגמול בצידה חוסכת משאבים שיפוטיים רבים שאותם היה בית המשפט עתיד להשקיע לצורך הדיון בתובענה. ייעול ההליך מאפשר הגעה מהירה לפשרה מבלי להשקיע משאבים אלו ותוך חיסכון משמעותי בעלויות עבור הצדדים. בהקשר זה אף ציין בית המשפט המחוזי כך:

> ״דחיית בקשות להסתלקויות מתוגמלות כדבר שבשגרה עלול [כך במקור] ליצור אפקט שלילי הפוך, המעודד דווקא הימנעות מהסתלקויות ומיצוי ההליכים עד תומם, גם כאשר מן הראוי היה לסיים את ההליכים מחוץ

לקבוצה בדרך של החזר כספי ישיר, וזאת חלף הטבה בדרך של ״שוברים״, אשר מאלצת את הצרכן לבצע עסקה נוספת עם הנתבעת על מנת לקבל את הפיצוי.

162 ראו ס׳ 16 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי במקרה של הסתלקות מבקשת אישור או מתובענה ייצוגית, ״מבקש, תובע מייצג או בא כוח מייצג... לא יקבל, במישרין או בעקיפין, טובת הנאה מהנתבע או מאדם אחר בקשר להסתלקותו כאמור, **אלא באישור בית המשפט**״ (ההדגשה הוספה). כאן המקום לציין כי אותו חריג, הנקרא בעגה הרווחת ״הסתלקות מתוגמלת״, הוא תוצר מאוחר של הפרקטיקה, שבמסגרתו לתובע הייצוגי ולבא כוחו ניתן תגמול מסוים בעוד ההטבה העיקרית שצומחת לציבור היא תיקון הפרת החוק וחידוד הנהלים הקשורים לאותה הפרה. ראו רונן עדיני ״גם זו דרך לסיים – על הסדרי הסתלקות בתובענה ייצוגית״ **הפרקליט** נב 629 (2013).

163 ראו לעניין זה ת״צ (מחוזי ת״א) 1469-02-13 **לוי נ׳ פסטה נונה בע״מ**, פס׳ 14 (נבו 26.11.2014).

164 ראו ס׳ 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

לכותלי בית המשפט ובאופן שמביא לבזבוז משאבים ולבזבוז זמן שיפוטי יקר.״[165]

שנית, ההסתלקות אינה יוצרת מעשה בית דין לגבי הקבוצה, ולפיכך אינה גורעת מזכותו של מי מחברי הקבוצה לדרוש פיצוי, אם וכאשר ימצא לנכון לפנות לבית המשפט בבקשה מתאימה.[166] **שלישית**, הסדר ההסתלקות המתוגמלת מממש גם תכלית נוספת: שלילת רווחי המפר,[167] אשר ההכרה בה ובחשיבותה היא בבחינת העמדה הרווחת כיום.[168] **רביעית**, וכאן עיקר טענתנו: הסדר של הסתלקות מתוגמלת – על

---

165 ת״צ (מחוזי חי׳) 15843-01-15 **סנקוב נ׳ ארד הרצל בע״מ**, פס׳ 8 (נבו 1.3.2015). עוד נקבע שם כי ״המחוקק מצא להסמיך את בית המשפט לאשר למבקש ולבא כוחו קבלת טובת הנאה בקשר להסתלקות, בנסיבות המצדיקות זאת. סבורני, כי מתן פרשנות אחרת להוראת החוק הנ״ל תרוקן מתוכן את החלק בסעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, המסמיך את בית המשפט לאשר הסתלקויות מתוגמלות במקרים המצדיקים את הדבר. ככל שהמחוקק סבר כי אין מקום ככלל לאשר תשלום גמול ושכר טרחה היה ביכולתו לקבוע זאת במפורש, משלא עשה כן, חזקה היא כי בית המשפט רשאי לאשר תשלום כאמור בנסיבות המתאימות״. קביעה זו של בית המשפט המחוזי עולה בקנה אחד עם פסיקות רבות בנדון. ראו לעניין זה ת״צ (מנהליים מר׳) 4742-06-11 **מוושר נ׳ עיריית רמלה** (נבו 19.2.2012); ת״צ (מחוזי מר׳) 54483-06-13 **צבעוני נ׳ שופרסל בע״מ** (נבו 1.7.2014); ת״צ (מחוזי מר׳) 13306-06-14 **ציון נ׳ יפאורה–תבורי בע״מ** (נבו 10.3.2015). ראו גם קלמנט ״פשרה והסתלקות״, לעיל ה״ש 67, בעמ׳ 87–88: ״בקשה לאישור תובענה ייצוגית שנמחקה לא עשתה באופן פורמלי דבר למען זכויותיהם של חברי הקבוצה המיוצגת או לקידום מטרה אחרת ממטרות התובענה הייצוגית... [לעומת זאת,] **יש מקרים שבהם הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית הביאה לשינוי בהתנהגותו של הנתבע** ואף גרמה לו לפצות את מי שנפגע ממעשיו או מחדליו נשוא הבקשה. במקרים כאלה אין בדרך כלל הצדקה לאישור תובענה ייצוגית אלא אם יש צורך בקביעת מעשה פסוק בנדון. דווקא משום כך יש לתגמל את התובע המייצג ואת עורך־הדין, שבהגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית הביאו את הנתבע לשנות את התנהגותו ולפצות עבור הנזקים שגרם. **כאשר הבקשה הביאה לשינוי בהתנהגות הנתבע ולפיצוי הנפגעים, התובע ועורך־הדין זכאים לגמול ושכר טרחה עבור זמנם, הוצאותיהם והיוזמה לפעולה כנגד הנתבע**״ (ההדגשות הוספו).

166 יודגש כי הבסיס לכל בקשת הסתלקות באשר היא, ואחד הטעמים העיקריים לקבלתה (אם לא העיקרי שביניהם), הוא העדרו של מעשה בי־דין, כך שלא נשללת ממי מחברי הקבוצה המיוצגת זכות תביעה עתידית. אכן, במסגרת כל פסק דין המאשר הסדר הסתלקות, בית המשפט נדרש לסוגיה זו של אי־היווצרות מעשה בי־דין. ראו לעניין זה שתי דוגמאות מני רבות: ת״צ (שלום חי׳) 48569-10-20 **למברגר נ׳ מחלבת רג׳ב בע״מ** (נבו 7.2.2021); ת״צ (מחוזי חי׳) 14839-12-20 **דגש נ׳ ב.א. זול סטוק הפצה בע״מ** (נבו 28.3.2021).

167 להרחבה ראו פלינט ווויניצקי, לעיל ה״ש 98, בעמ׳ 82–83.

168 ראו לעניין זה את ההפניה בס׳ 19 לבקשה מוסכמת ומשותפת להסתלקות מבקשת אישור התובענה כייצוגית בת״צ (מחוזי חי׳) 24862-02-22 **סנדר נ׳ שופרסל בע״מ** (17.11.2022) אל דברי השופטת אסתר שטמר ״הסתלקויות ופשרות – נקודת מבט עכשווית״ (הרצאה במסגרת השתלמות שנערכה בלשכת עורכי הדין, 18.10.2021): ״בתביעות תקנים, בענייני צרכנות כמובן... הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא לא בשמיים, [אבל] יש חשיבות רבה מאוד דווקא לעמוד על הבקשות האלה כדי לתקן לעתיד. ואז, למרות שאנחנו חושבים מראש שמדובר בתביעה שמטרתה היא הסתלקות, בעיניי

יעילותו ועל המהירות שבה הוא מביא את ההליך לידי סיום – מאפשר לאותו פלוני, שתיארנו אותו לעיל כ״אוכף אזרחי״, לפנות לבית המשפט בבקשות מתאימות לעיתים קרובות יותר, ולעמוד על תיקון הפרות החוק שהוא נחשף אליהן. בסדרתיות זו גלום ערך לחברה בדמות **הרתעת הרבים**. כל תביעה שמוגשת גורמת להרתעה הן של החברה הנתבעת, לאמור **הרתעה פרטנית**, והן של כל הסובבים אותה, לאמור **הרתעה כללית**, ויוצרת **מעגלי הרתעה**. אותו ציבור שהשמועה בדבר האכיפה האזרחית מגיעה לאוזנו מהווה מעגלים הולכים ומתרחבים, אשר מעלים את המודעות לסוגיות החשובות ומגבירים את הציות לחוק, ולו מפאת החשש הגובר מפני הפרתו. עם כל הגשה של בקשה לאישור תובענה כייצוגית, גם גופים וחברות שאינם קשורים בהכרח לגוף הנתבע יפעלו לאלתר לתיקון ההפרה. בכך לא זו בלבד שההסתלקות המתוגמלת מניבה תועלת מסוימת לחברי הקבוצה שייצוגה מתבקש, היא מיטיבה גם עם הציבור כולו.

הלכך אנו סבורים כי מתאיינת לה הטענה הראשונה נגד האוכפים האזרחיים, הגורסת כי סיום ההליך בדרך של הסתלקות ותגמול בצידה מנביע היסק שלילי שיש לגזור לחובתם. טענתנו זו אף עולה בקנה אחד עם פסיקתו האחרונה של בית המשפט העליון, שהכיר בחשיבותן של ההסדרה העתידית ושל ההטבה שהיא צפויה להניב לציבור כמצדיקה פסיקת גמול ושכר טרחה בשיעורים גבוהים.[169]

(ב) על סדרתיותו של התובע הייצוגי כעילה לדחיית בקשתו לאישור התובענה כייצוגית

על מנת להמחיש את מהות הטענה בדבר חוסר תום ליבו של התובע הסדרתי בהליך הייצוגי, יובא עניינה של **בלייס**,[170] אשר פנתה לבית המשפט בבקשה לאישור תובענה כייצוגית שבמסגרתה הצביעה על הפרת הוראות של תקנות בריאות הציבור בתחום המזון.[171] חלף התייחסות לטענותיה לגופן, ביכרו המשיבות להגיש בקשה לסילוק על הסף אשר הטעמים העיקריים בבסיסה נגעו למעשה בעברה של התובעת. כך, במסגרת בקשת המשיבות לסילוק התובענה נטען כי אין זה ראוי לאשר את בקשת המבקשת הואיל והיא ״תובעת סדרתית״ (כלשון הבקשה). תשובת המשיבות החלה ב״רשימה״ של ההליכים הקודמים שהגישה התובעת, ומכך ניתן ללמוד על החשיבות הרבה שהוענקה לעברה. לגישת המשיבות, עצם הגשתן של בקשות אישור קודמות אלו מצדיקה את דחיית בקשתה על הסף. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת המשיבות לסילוק על הסף, תוך שהוא קובע כדלקמן:

זה בסדר גמור לאשר את אותה הסתלקות משום שאם היא מביאה, למשל, לעמידה בחוק מכאן ולהבא, אז השגנו הישג... אלה תביעות שבהן, אדרבה, זה בסדר גמור גם להגיש את התביעה, גם להסתלק וגם לבקש גמול ושכר טרחה כי באמת יש חשיבות בזה״.

169 ראו, אך לאחרונה, ע״א 2398/22 **שולץ נ׳ הוט מובייל בע״מ** (נבו 30.11.2022).

170 עניין **בלייס**, לעיל ה״ש 55.

171 תקנות בריאות הציבור (מזון) (איסור ייחוס סגולת ריפוי למצרך מזון), התשל״ח־1978; תקנות בריאות הציבור (מזון) (סימון תזונתי), התשנ״ג־1993.

״קודם להגשת בקשה זו הגישה המבקשת כטענת המשיבות 4 בקשות לאישור תביעות יצוגיות. המשיבות לא טענו שמדובר היה בבקשות סרק אלא שמדובר בהרבה בקשות. אינני מוצא פגם בכך שאדם יגיש מספר תביעות יצוגיות. אין הדבר עושה אותו בלתי ראוי להגשת בקשות לאישור תביעות יצוגיות, אלא אולי להיפך. אולי זה עושה אותו מיומן בניהול תביעות יצוגיות.״[172]

על החלטה זו בעניין **בלייס** הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, אך זה הותיר את החלטת בית המשפט המחוזי על כנה.[173] על פני הדברים, למקרא פסיקותיהם של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון ניתן להסיק כי בתי המשפט נמנעים מדיון בעברם תובעים סדרתיים.[174] פסיקת בית המשפט העליון בעניין **בלייס** ממחישה את הגישה הכללית כלפי טענות הנוגעות בעברם של בעלי הדין בהליך הייצוגי, אשר מבכרת, ככלל, הימנעות מקביעת ממצאים עובדתיים אך ורק לנוכח סדרתיותו של התובע.[175]

---

172 עניין **בלייס**, לעיל ה״ש 55, בפס׳ 18.

173 ראו רע״א 7682/16 **אלמשהדאוי למסחר ושיווק בע״מ נ׳ בלייס**, פס׳ 3 (אר״ש 26.3.2017): ״בבקשת רשות הערעור טוענות המבקשות כי שגה בית המשפט קמא משלא דחה את בקשת האישור שהגישה המבקשת בשל היותה תובעת ייצוגית סדרתית. לטענת המבקשות, המשיבה מנצלת לרעה את כלי התובענה הייצוגית על מנת להוציא כספים מעסקים קטנים בגין עניינים של מה בכך וזאת בניגוד לרוחו ותכליתו של חוק תובענות ייצוגיות... לטענתן, יש לנקוט גישה המאזנת בין תכליותיו החשובות של חוק תובענות ובין יכולתם של אנשים ועורכי דין המנצלים טעויות בתום לב של עסקים קטנים ובינוניים על מנת להפיק לעצמם רווח כספי.״

174 זאת, פרט לכמה מקרים יוצאי דופן, המהווים חריג לכלל. ראו, לדוגמה, ת״צ (מחוזי ת״א) 7109-12-19 **ערמון נ׳ כל בו חצי חינם בע״מ**, פס׳ 21 (נבו 3.1.2022), שם נדחתה בקשת האישור תוך התייחסות, בין היתר, לסדרתיותם של יוזמי ההליך: ״אם עיון בפנקס יעלה כי מבקש בקשת האישור או בא כוחו הגישו תוך פרק זמן קצר, הליכים ייצוגיים רבים (עשרות), אזי תיטה הכף לראות בבקשת האישור בקשת סרק. זאת מאחר שהגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית מצריכה השקעת זמן ומשאבים בעריכת כתב בקשת האישור וכן באיסוף תשתית ראייתית ראשונית המבססת את הנטען בבקשת האישור והרי הגשת מספר גדול של הליכים תוך זמן קצר על ידי אותו אדם מלמדת כי בעריכת כל אחת מהבקשות שהוגשו הושקעה מידה קטנה של משאבים. ברי כי מצב זה אינו ראוי ולא רצוי, וחוטא למטרה החשובה של ההליך הייצוגי. לכך אוסיף כי לטעמי ניהול עשרות הליכים במקביל הם כמעט ׳משימה בלתי אפשרית׳ עבור מספר קטן של מבקשים או עורכי דין, ובהיעדר יכולת ממשית לנהל הליכים ייצוגיים באופן רציני כמתחייב, מתחזקת המסקנה כי ההליכים שהוגשו לא נועדו להתנהל אלא כדי להפעיל לחץ על המשיב או הנתבע להגיע לפשרה.״ קביעה זו, המנוגדת לרוב פסיקותיו של בית המשפט, ממחישה את האנדרלמוסיה השוררת בתחום זה ואת הצורך בקביעת קווים מנחים.

175 ראו דוגמאות אחדות, שאינן מתיימרות למצות: ת״צ (מחוזי חי׳) 18661-10-16 **טסלר נ׳ ש. שסטוביץ בע״מ**, פס׳ 37 (נבו 15.3.2018): ״אני דוחה את טענת המשיבה, שיש לדחות את הבקשה לאישור, שכן המבקש הוא מתדיין סדרתי. אכן, המבקש הגיש מספר רב של הליכים, אישיים וקבוצתיים, אך אין לומר שעצם הגשת ההליכים הוא שימוש לרעה בהליכי בית המשפט. יש לבחון כל הליך לגופו״; ת״צ (מחוזי חי׳) 13514-09-09 **כהן נ׳ סאן הצפון ייזום ופיתוח בע״מ** 10 (נבו 3.5.2011): ״...גם אם

קביעת בית המשפט בעניין **בלייס** עולה בקנה אחד עם הלכתו הידועה של בית המשפט העליון בעניין **טצת**, שם נקבע כי בחינת הטענה בנוגע להיסטוריה של בעל הדין מחייבת בדיקה מדוקדקת של תנאיהן, תוצאותיהן ונסיבותיהן של תביעותיו הקודמות.[176]

אלא שחרף קביעות אלו, סוגיית עברו של התובע והמסקנות שיש להסיק מעברו

היה מקום להסיק שהמבקשים הם בבחינת ׳תובעים סדרתיים׳, ולא שוכנעתי שכך הדבר, לא היה בעובדה זו כשלעצמה כדי לשלול את האפשרות לקבל את הבקשה ולאשר את התביעה כייצוגית...״; עניין **דבוש**, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 15: ״יצוין בשולי הדברים כי המשיבים טענו כי המבקש הוא ׳תובע סדרתי׳ שהגיש 3 תביעות ייצוגיות בשנה. אינני סבורה כי יש לקבל את הטענה. **אין פסול בהגשה של 3 תביעות ייצוגיות בשנה – אם אלה תביעות ראויות שיש מקום לאשר אותן.** שאלה זו צריכה להיבחן ביחס לכול אחת מהתביעות אותן הגיש המבקש בנפרד. מאחר שכפי שהובהר לעיל, הבקשה הנוכחית מתייחסת לתביעה ראויה, יש מקום לאשר אותה, כאמור, ללא כל קשר ליתר התביעות שהוגשו על ידי המבקש״ (ההדגשה הוספה); ת״צ (מחוזי מר׳) 44080-11-18 **לפינר נ׳ בנק הפועלים בע״מ**, פס׳ 58 (נבו 1.11.2020): ״סבורני כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב. לא מצאתי בטענה כי מדובר בתובע המגיש באופן סדרתי תובענות ייצוגיות, תוך שהוא מדקדק בנוסחי התעריפון על מנת לאתר גביית עמלות שלא כדין, או בטענה כי תכליתה של התובענה הייצוגית דנן אינה לקדם אינטרס ציבורי אלא אינטרס אישי כספי של התובע המייצג ובאי כוחו, בין אם הן טענות נכונות ובין אם לאו, כדי להוות הצדקה שלא להיעתר לבקשה, וזאת עת הגעתי למסקנה כי קיים בסיס לכאורי לתובענה וכי העמלה בה מדובר נגבית בניגוד להוראות התעריפון המלא״; ואך לאחרונה ת״צ (מחוזי ת״א) 1947-04-16 **אספרל נ׳ אוניברסיטת תל אביב**, פס׳ 22(4) (נבו 27.5.2021): ״בכל הנוגע לדרישת תום הלב הרי שבהתאם להלכה הפסוקה, הרצון לקבל גמול ושכר טרחה אינו פסול או חסר תום לב כשלעצמו. עם זאת, כאשר רצון זה גורם לתובע הייצוגי לפעול באופן שעשוי להזיק לקבוצת הנפגעים, שאז פעולתו מהווה נקיטת הליך בחוסר תום לב והדבר עשוי להצדיק את דחייתו של ההליך על הסף... העובדה שמדובר בתובע סדרתי או מקצועי, לא בהכרח משפיעה על תום לבו. אלא שלעתים, דווקא תובע מנוסה, אשר הגיש תביעות רבות בעבר, יוכל לדאוג באופן מיטבי לאינטרס של הקבוצה...״. בעניין **טצת**, לעיל ה״ש 156, בעמ׳ 790, נפסק כי ״לא די בעצם הגשתן של תביעות ייצוגיות בעבר, אלא יש לבחון את תנאיהן, תוצאותיהן ונסיבותיהן״. כך נקבע גם בעניין **ישר–אובוז נכסים ואחזקות**, לעיל ה״ש 4. כן ראו ע״א 2718/09 **״גדיש״ קרנות גמולים בע״מ נ׳ אלסינט בע״מ**, פס׳ 47 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ׳) ביניש (אר״ש 28.5.2012), שם בית המשפט דווקא מעודד את בעלי הניסיון והידע להגיש תובענות ייצוגיות, באומרו כי ״משקיעים מוסדיים הנם תובעים ייצוגיים מתאימים וראויים... למשקיעים המוסדיים המשאבים והידע הנדרשים לצורך ניהול התובענה הייצוגית. כמו כן, יתרונם של הגופים המוסדיים נעוץ באינטרס ארוך הטווח שיש להם בשוק ההון ובהתנהלותו התקינה, אשר מעודד אותם לברור את ההליכים המשפטיים אותם הם מנהלים ולהתפשר רק במקרים ובתנאים הראויים לכך״. ראו גם ת״צ (מחוזי חי׳) 44664-03-15 **זילברג נ׳ מפעל הפיס (חל״צ)**, פס׳ 91 (נבו 26.1.2016), שם נפסק כי ״ככל שנטען כי המבקשים... מגישים תביעות רבות, אין בכך כדי להצביע על חוסר תום לב, ומנגד, הדבר עשוי להצביע על כך שמדובר במבקש בעל נסיון, דבר שיועיל לחברי הקבוצה״.

176 עניין **טצת**, לעיל ה״ש 156, בפס׳ 14: ״...מקובל עליי כי היסטוריה של תביעות ייצוגיות עשויה להצביע על היעדר תום־לב. אך לעניין זה לא די בעצם הגשתן של תביעות ייצוגיות בעבר, אלא יש לבחון את תנאיהן, תוצאותיהן ונסיבותיהן.״

מועלות לפני בית המשפט כדבר שבשגרה. פעמים רבות מועלות טענות מן הגורן ומן היקב בנוגע להיסטוריית ההליכים המשפטיים של המבקש, במטרה ללמד על חוסר תום ליבו של יוזם ההליך. אכן, תנאי לקבלת בקשה לאישור תובענה כייצוגית הוא שאותו תובע ייצוגי פוטנציאלי יוכיח את תום ליבו. אולם עיון בפסיקה מלמד כי היסטוריה של הגשת תביעות ייצוגיות על ידי מאן דהוא, כשלעצמה, אינה מלמדת על חוסר תום לב, אף לא בדוחק.[177]

ללמדנו כי טענת הסדרתיות, כשלעצמה, אינה עומדת בדרישת הרלוונטיות[178] ואינה תורמת לבירור ההליך, ומטרתה, כך נראה, ליצור אפקט משחד נגד התובע.[179] ניסיון ליצור אפקט משחד אין להתיר.

(ג) על הימנעותו של התובע משימוש בכלי הפנייה המוקדמת

טעם נוסף, הקשור אף הוא לחוסר תום ליבו של התובע הסדרתי, נוגע באופן שבו הוגשה בקשת האישור. פעמים רבות תובעים מבכרים להגיש את תביעתם מבלי לשלוח לגוף הנתבע פנייה מוקדמת לפני פתיחת ההליך. פנייה כזו עשויה, לגישת הטוענים, לייתר את הגשת התובענה, ואף למנוע את ההכבדה הכלכלית המוטלת על הנתבעים הפוטנציאליים בניהול ההליך.[180] לפי המצדדים בגישה זו, הימנעות של תובעים מפנייה מוקדמת, שעשויה להניב תוצאה דומה או זהה לזו שתושג לאחר ניהול הליך משפטי, אך ממחישה כי מטרתה של הגשת התובענה היא קבלת גמול ושכר טרחה ליוזמי ההליך – הא ותו לא.

אלא שגישה זו, הטוענת למעין ״חובת פנייה מוקדמת״, מנוגדת לרציונלים המכוננים שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות, לפסיקת בתי המשפט,[181] ולמעשה אף לשיטת המשפט הישראלית, היא השיטה האדוורסרית. בהתאם למנהג הידוע, רמת ההגינות המתבקשת בשיטה האדוורסרית היא זו של בעלי דין יריבים ״בתנאי קרב״.[182] מדובר ברמת הגינות נמוכה שנדרשת מהצדדים, וספק רב אם היא מלמדת על חובת פנייה מוקדמת. בהתאם לכך, העמדה בספרות המשפטית היא שפנייה מוקדמת אינה בבחינת חובה, ושהעדרה, כשלעצמו, אינו יכול ללמד על חוסר תום לב.[183]

---

177 ראו, לדוגמה, עניין **ש. שסטוביץ**, לעיל ה״ש 175.

178 ס׳ 1 לפקודת הראיות.

179 לעניין ההשלכות שיש לאפקט משחד ראו, לדוגמה, דורון מנשה ״פרדיגמה חדשה להבנת הידיעה השיפוטית, והשלכותיה בעידן המידע הדיגיטלי״ **משפט מפתח** 3, 51, 51–52 (2015).

180 ראו לעניין זה חמי בן־נון וטל חבקין ״היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?״ **עלי משפט** יב 7 (2016).

181 ראו לעניין זה ת״צ (מחוזי מר׳) 16-11-1577 **הורוביץ, אבן, אוזן ושות׳ נ׳ ג׳יטי גטאקסי סרוויסס ישראל בע״מ**, פס׳ 56 (נבו 3.9.2019): ״פנייה מוקדמת לא הייתה משיגה תכליות חשובות של מוסד התובענה הייצוגית, פיצוי לכל חברי הקבוצה וביטול מלא של התמריץ להתנהגות שלא כדין מצד הנתבעת. לכן איני מקבל את הטענה כי העדר פניה מוקדמת מבססת חוסר תום לב במקרה זה.״

182 ראו לעניין זה בן־נון וחבקין, לעיל ה״ש 180, בעמ׳ 27.

183 שם.

למעשה, לא זו בלבד שטענה זו – המבקשת לקשר בין חובת תום הלב לחובת הפנייה המוקדמת – מנוגדת לספרות המשפטית, היא מנוגדת, כפי שנמחיש, גם לרציונל המכונן הגלום בתכליתה של התובענה הייצוגית. הרי מוסד התובענה הייצוגית מבקש להביא לידי ניהול ההליך בדרך **ציבורית ופומבית**,[184] שתבטיח מתן סעד לחברי הקבוצה הניזוקים, וזאת אגב הרתעת המעוול, אשר יֵדע, בפועל או בכוח, כי לפועלו העוולתי יש מעין ״תג מחיר״. הפנייה המוקדמת מהווה, בניגוד מוחלט לכך, ניסיון לנהל את ההליך מבלי שיש לציבור כל גישה אליו. מכאן צומח חשש אינהרנטי שמא פנייה מוקדמת עובר להגשת תובענה ייצוגית תביא לידי סיומם של הליכים מבלי שחברי הקבוצה יקבלו פיצוי, וחמור מכך – מבלי שלציבור תהא גישה כלשהי לאותה פנייה.[185]

לא נותר אלא לתהות מהי אותה תכלית העומדת בבסיס הפנייה המוקדמת, ומדוע היא נדונה כה ארוכות בספרות המשפטית,[186] אולם מובן מאליו שפנייה לבית המשפט בהעדר פנייה מוקדמת, בבקשה לנהל את ההליך באופן פומבי וציבורי, אינה מלמדת על חוסר תום לב. למעשה, נהפוך הוא – **דווקא העדר פנייה מוקדמת מלמד על תום לב מוגבר מצידו של יוזם ההליך, המבקש להביאו, לאלתר, אל בין כותלי בית המשפט, ומכאן לציבור כולו.**[187]

הפנייה המוקדמת פוגעת למעשה במנגנון נוסף שהתווה המחוקק, הוא המנגנון להסדרת הגמול הראוי לתובע ולבא כוחו. כפי שהוסבר לעיל, כל תובענה ייצוגית – או פעולה אחרת שהביאה עימה תועלת לציבור במסגרת בקשה לאישור תובענה כייצוגית – מצדיקה ככלל מתן גמול לתובע ולבא כוחו.[188] אלא שמסלול הפנייה המוקדמת,

---

184 על מנת לממש רציונל זה נוסד, בין היתר, פנקס התובענות הייצוגיות, המאפשר גישה לכלל התובענות שהוגשו. ראו לעניין זה ״פנקס תובענות ייצוגיות״ **נט המשפט** https://www.court.gov.il/NGCS.Web.Site/SearchCase/RepresentativeRegistry.aspx.

185 יודגש כי הימנעות זו מהצפת ההליך באופן פומבי מונעת הן מהציבור והן מהיועץ המשפטי לממשלה, כמייצג האינטרס הציבורי, את האפשרות להתנגד להסדרים אלו או אחרים.

186 ראו, לדוגמה, בן־נון וחבקין, לעיל ה״ש 180. ראו גם, אף עובר לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, הלל סומר ״רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו׳ – האומנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית״ **דין ודברים** א 347 (2004).

187 בשולי הדברים לא יהא זה מיותר לציין כי ייתכנו תכליות אחרות בבסיס הפנייה המוקדמת, כגון בירור נתונים מסוימים שיסייעו למבקש להעריך את בקשתו בצורה נכונה ומדויקת יותר בטרם יגיש אותה, הבהרת שאלות עובדתיות או משפטיות שהוא אינו יכול לדעת בשלב הגשת הבקשה, וכדומה. עם זאת, אין בהימנעותו של המבקש מפנייה זו משום חוסר תום לב, אלא לכל היותר סיכון שהוא נוטל על עצמו שיתברר כי בקשתו אינה מדויקת מבחינה עובדתית או משפטית או כי קבוצת הנפגעים קטנה משהערכת. בין אם יוזמי ההליך יהיו נכונים ליטול את הסיכון האמור ובין אם לאו, לא תיתכן גזירת מסקנה בנוגע לתום ליבם בהקשר זה.

188 מתווה הגמול מפורט בס׳ 18 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו לעניין זה ת״צ (מחוזי ת״א) 29143-05-10 **בן בשט נ׳ גילרו בע״מ** 4 (נבו 17.2.2011), שם נקבע כי ״כאשר מוגשת בקשה שעל פניה, במועד הגשתה, היה בה ממש, והיא לא היתה תביעת סרק, יש מקום להורות על פסיקת גמול ושכר טרחה לתובע המייצג ולבאי כוחו״. האמור עולה בקנה אחד עם גישת ה״יזמות״, הרואה בשימוש בכלי התובענה הייצוגית מעין יזמות משפטית הנעשית תוך אכיפה פרטית של זכויות הכלל באמצעות בית

להבדיל מהמסלול הקלסי של תובענה ייצוגית, עלול להוביל למצב שבו ההסדר כולו, הן הכספי והן המעשי, יגובש במחשכים, בחדרי חדרים, ובלא כל פיקוח, כמעין ״הסדר חשאי״.[189] במציאות כזו ייתכנו מצבים שבהם התובע ובא כוחו נתקלו בעילת תביעה מוצקה ומבוססת, אשר ראוי שתתברר בדרך של תובענה ייצוגית כפי שהתווה המחוקק, אולם חלף הליך זה הם מבכרים לפעול בדרך של פנייה מוקדמת לנתבעת. הנתבעת, אשר לומדת כי פועלה מפר החוק התגלה, עשויה לעשות כל שלאל ידה על מנת שפועלה זה לא יגיע בסופו של יום אל אולם בית המשפט, ומשם אל הציבור כולו. במצב דברים כזה הנתבעת עלולה להגיע למסקנה כי עדיף לה, בניתוח כלכלי פשוט, לפעול למתן פיצוי גבוה במיוחד לתובע ולבא כוחו כמעין ״דמי שתיקה״.[190] כך, במקום לפעול למיצוי זכויותיה של הקבוצה, ישתפו הצדדים פעולה במסגרת הפנייה המוקדמת על מנת לממש מטרה אחרת: הימנעות מהעלאת הסוגיה לעיונו של הציבור הרחב ומֵרוּב הרווחים של הצדדים הספציפיים למשא ומתן.

מצב דברים כזה ממחיש כי הפנייה המוקדמת עלולה ליצור פעמים רבות ניגוד עניינים מובהק בין התובע הייצוגי לבין חברי הקבוצה. ניגוד עניינים זה – **וכאן עיקר הקושי** – אינו נתון לבקרה כלשהי, והאסדרה שביקש המחוקק להבטיח בחוק תובענות ייצוגיות מתרוקנת מתוכן.[191] במציאות זו, שהיא תולדת הפנייה המוקדמת, אנו עלולים להגיע למצב שבו לבית המשפט (וכן לציבור הרחב) אין כל אפשרות להתערב בנעשה בין הצדדים.[192]

המשפט. ראו גיא הלפטק ״תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק״ **משפט ועסקים** ג 247, 256 (2005); חיות, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 939.

189 אחת הבעיות שהובילו לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות הייתה הסדרים שנערכו במחשכים ומחוץ לעין הציבור מייד לאחר פנייה מוקדמת. החוק שהתקבל פתר במידת מה בעיה זו. יודגש: פעמים רבות בית המשפט מתערב בהסדרים שאליהם הגיעו הצדדים, בין הסדרי פשרה ובין הסדרי הסתלקות. בהקשר זה יודגש כי בדיקה אמפירית העלתה כי בכשליש (33%) מהסדרי ההסתלקות התערב בית המשפט והפחית את הסכום שהוסכם עליו. ראו עדיני, לעיל ה״ש 162, בעמ׳ 659.

190 שימוש לרעה בכלי הפנייה המוקדמת ניתן למצוא בעניין **ערמון**, לעיל ה״ש 174, בפס׳ 32, שם נפסק כי ״בטרם הוגשה בקשת האישור שלח ב״כ המבקש ׳פנייה מקדימה בטרם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית׳ אל חצי חינם... פנייה זו של המבקש ובאי כוחו משקפת לטעמי את המטרה האמיתית בהגשת בקשת האישור – הפעלת לחץ על חצי חינם להתפשר עמם, ואני סבורה כי יש בפנייה, למצער טעם לפגם״.

191 לעניין נדבכי האסדרה בחוק תובענות ייצוגיות ראו, לדוגמה, ס׳ 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, הנוגע במינוי בודק מקצועי שמטרתו עמידה על טיבו של הסדר הפשרה שאליו הגיעו הצדדים. ראו גם ס׳ 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, המעניק אפשרות לציבור, לארגונים שונים ואף ליועץ המשפטי לממשלה להתנגד לפשרה. כמו כן, מן הראוי לציין כי דיני התובענות הייצוגיות בישראל נגזרים מגודלה של אוכלוסיית המדינה, ובפרט מגודלה של קבוצת הזכאים לפיצוי. הואיל ואלה קטנים מאוד בהשוואה למדינות כארצות הברית, מן הראוי להבטיח ביתר שאת כי מנגנון התמריצים שבבסיס התובענה הייצוגית ייוותר בעינו. ראו בן־נון וחבקין, לעיל ה״ש 180.

192 באשר להתערבותו של בית המשפט בהסדרי הסתלקות ראו ס׳ 16 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם ת״צ (מחוזי ת״א) 14064-12-09 **ז׳טלני נ׳ בנק הפועלים בע״מ** (נבו 16.1.2011), שם דחה בית

בעיה זו, המהווה ״בעיית נציג״ מובהקת, אינה הבעיה היחידה הנובעת ממנגנון הפנייה המוקדמת. בעיות נוספות שעלו בספרות המשפטית עוסקות בחשש מפני תחרות מלאכותית בין תובענות ייצוגיות. תחרות זו עלולה להיווצר בשני מצבים: האחד, זליגה של עילת התביעה אל עובדי הנתבעת (שעלולים לפעול לאיתור תובע ייצוגי מטעמם);[193] והאחר, ניסיון של הנתבעת עצמה לאתר תובע ייצוגי חלופי שיהא נוח יותר עבורה.[194] כל אחד משני המצבים הללו אפשרי במקרה של פנייה מוקדמת, שבו עילת התביעה מתגלה לקבוצה סגורה של אנשים ואינה נחשפת לציבור בכללותו.

בשולי הדברים לא יהא זה מיותר להידרש לתכלית המעשית הגלומה בפנייה המוקדמת. קיימים שני טעמים מעשיים לפנייה המוקדמת. **הטעם האחד** הוא שאיפת התובע להימנע מהגשת תביעת סרק עקב פרשנות שגויה שלו או מידע שחסר לו. הפנייה המוקדמת מבטיחה כי בטרם תוגש התובענה הייצוגית יעמוד לרשות התובע הייצוגי מלוא המידע הרלוונטי, לרבות עמדתו המשפטית של הנתבע הפוטנציאלי. **הטעם האחר** נוגע בהיקף הנזק. הפנייה המוקדמת מאפשרת לתובע הייצוגי להגיש את תביעתו על בסיס מידע בנוגע לסוגיית הנזק והיקפו שהתקבל מהגוף המפר בטרם הוגש ההליך. כך יוכל התובע הייצוגי להציג לפני בית המשפט תמונה עובדתית מלאה.[195]

הפנייה המוקדמת עשויה אם כן לסייע לתובע לעמוד על מצב הדברים העובדתי, ואף מלמדת על טענות ההגנה של המבקשת, אשר עשויות להמחיש, בחלק מהמקרים, כי אין מדובר בהפרה כה חמורה. ברם, בהמשך לאמור לעיל, אין בטעמים אלו כדי לסתור את טענתנו כי הימנעות משימוש במנגנון הפנייה המוקדמת **אינה** מלמדת על חוסר תום לב.[196] לשיטתנו, המקום הראוי שבמסגרתו יש להידרש לסוגיית ההימנעות משימוש במנגנון הפנייה המוקדמת הוא אחד: שאלת ההוצאות בסיום ההליך, וזאת אך ורק במקרים שבהם מתגלה כי מדובר בתובענת סרק שאינה מגלה עילה כלשהי.

מנגנון הפנייה המוקדמת משמש אם כן מעין ״תעודת ביטוח״ לתובע הייצוגי בשאלת

המשפט הסדר הסתלקות שכלל גמול בשווי 365,000 ש״ח לבאי הכוח של התובע הייצוגי, בין היתר על מנת למנוע מצב של תמורה סמויה, שמהווה קנייה מוזלת של הסיכון של הנתבעת. להרחבה בסוגיה של קניית הסיכון ראו עדיני, לעיל ה״ש 162.

193 בן־נון וחבקין, לעיל ה״ש 180, בעמ׳ 21.

194 שם, בעמ׳ 21–22.

195 בראי הטעמים שלעיל ביקש המחוקק בשנת 2019 להטיל חובת פנייה מוקדמת. ראו הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – פניה מוקדמת), התש״ף־2019, פ/912/22 (להלן: הצעת חוק פנייה מוקדמת). במסגרת ההצעה הוצע להוסיף את ס׳ 4א לחוק, שבמסגרתו תידרש פנייה מוקדמת לפני הגשת תובענה ייצוגית. ההסדר שהוצע מתמצה בכך שעל פלוני המתכוון להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית מוטלת החובה, בטרם עשותו כן, לשלוח פנייה מוקדמת שתפרט את ״עילת התביעה, הקבוצה בשמה מוגשת הפניה והפיצוי או הסעד המבוקש עבור הקבוצה״ (כלשון ס׳ 4א(ג)(1) המוצע). **ההצעה לא התקבלה**.

196 זוהי העמדה בספרות המשפטית. ראו בן־נון וחבקין, לעיל ה״ש 180, בעמ׳ 27.

קיומה של עילת תביעה ובשאלת היקפה של עילה זו.[197] האפשרות לעשות שימוש באותה תעודת ביטוח שמורה לעולם לתובע הייצוגי ולבא כוחו, אך אין ללמוד מאי־מימושה דבר וחצי דבר בנוגע לתום ליבם.

כל הקשיים דלעיל – הן הסתירה בין הפנייה המוקדמת לבין דרישת הציבוריות שבהליך הייצוגי, הן החשש מפני בעיית נציג חמורה והן החשש מפני פעולות שעלולות ליצור תחרות מלאכותית בין תובענות ייצוגיות – מצמיחים מסקנה אחת ויחידה: **הפנייה המוקדמת מנוגדת לרציונלים המכוננים שבבסיסו של מוסד התובענות הייצוגיות, ויש להימנע ממנה במידת האפשר.**[198] אכן, כל אימת שהסוגיה של חובת הפנייה המוקדמת מגיעה לפתחו של בית המשפט, הוא משיב, באופן חד וחלק, כי אין חובת פנייה מוקדמת.[199]

3. תביעות ייצוגיות מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – על מקרה הבוחן שבמקרה הבוחן

בתת־פרק הקודם הראינו את מהות השימוש בכלי התובענה הייצוגית, ועמדנו על הטעמים לעידוד השימוש בכלי התובענה הייצוגית על ידי תובע סדרתי מסוג אוכף אזרחי, תוך התייחסות לטענות המועלות נגדו. עתה נידרש לסוג מסוים ומיוחד של תביעות ייצוגיות – אלה המוגשות בעילה של הפרת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (להלן: חוק השוויון).[200]

הסיבה להתמקדותנו בתובענות אלו היא **משולשת**. **ראשית**, המחוקק הדגיש את החשיבות שבשימוש בכלי הייצוגי בהקשר של הפרת חוק השוויון בהעניקו אפשרות למגיש תובענה ייצוגית כזו, להבדיל מכל תובענה ייצוגית אחרת, לזכות בפיצוי בשיעור של 50,000 ש״ח ללא הוכחת נזק.[201] המחוקק אף פטר תובענה ייצוגית בגין הפרת חוק השוויון מתשלום אגרה כלשהי. שתי עובדות אלו מלמדות על החשיבות שהמחוקק מייחס לתובענות מסוג זה. **שנית**, ובהמשך לסיבה הראשונה, דומה כי בעקבות התמריץ

---

197 להמחשת דברינו ראו, לדוגמה, ת״צ (מנהליים ת״א) 56225-01-20 **אברמוביץ נ׳ מדינת ישראל – רשות המסים**, פס׳ 13 (נבו 2.7.2021): ״מצאתי כי בענייננו הכף נוטה לחובת המבקש ובא כוחו שלא ביססו את בקשת האישור כנדרש – אם מחמת העדר ביצוע בדיקה הולמת ואם מחמת העדר פנייה מוקדמת.״

198 לא נותר אלא להניח כי טעמים אלו הם שהניאו את המחוקק מלקבל את הצעת חוק פנייה מוקדמת, לעיל ה״ש 195, שהונחה על שולחנו באופן חוזר ונשנה. בשולי הדברים נשוב ונפנה לסייג היחיד לכך, שעליו עמדנו לעיל, הוא אותו סייג הנוגע במידע הדרוש לתובע הייצוגי בטרם יוכל להגיש את תביעתו.

199 ראו, לדוגמה, ת״צ (מחוזי ת״א) 6423-05-20 **עקרבי נ׳ נטוויז׳ן סחר בינלאומי (2002) בע״מ**, פס׳ 14 (נבו 29.7.2020): ״...אין בחוק תובענות ייצוגיות או בתקנות תובענות ייצוגיות תש״ע־2010 הוראה המחייבת את המבקש בפניה מוקדמת בתביעות מסוג התביעה שבענייננו...״

200 ראו פרט 9 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

201 ראו ס׳ 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות.

שהעניק המחוקק, תובענות בגין הפרת חוק השוויון מוגשות באופן נרחב.[202] אכן, המודעות לנושא הולכת ומתפתחת בישראל ובעולם, והדבר ממחיש את ההשפעה והחשיבות שיש לאכיפה אזרחית על היבטים חינוכיים והרתעתיים חשובים.[203] **שלישית**, ענף התובענות הייצוגיות בגין הפרת חוק השוויון מתאפיין במספר מצומצם יחסית של תובעים, אשר נוהגים להגיש תובענות ייצוגיות נגד גופים רבים. כלומר, התובענה הייצוגית בגין הפרת חוק השוויון היא למעשה ההליך האידיאלי לאותו אוכף אזרחי המבקש לעמוד על הוראות החוק ולהגן על האוכלוסייה שהוא נמנה עימה – אנשים עם מוגבלות.

תובענות נגד עסקים בגין הפרת חובת הנגישות נדונו רבות בספרות המשפטית וכן בבתי המשפט, ותוארו בארצות הברית כעושות שימוש ציני באכיפת החוק באמצעות בית המשפט.[204] בארצות הברית תובענות בענייני הפרת חובת הנגישות מוגשות ככלל על ידי תובע סדרתי ובא כוח סדרתי,[205] אשר עובדים לעיתים בשיתוף פעולה עם ארגוני

---

202 זה המקום לציין כי שיעור התביעות בענייני נגישות עלה ב־2000%(!) מאז החלו בגביית אגרה בתובענות ייצוגיות – אגרה שתובענות בענייני נגישות פטורות ממנה. ראו גלי אביב ואסף שטיין **נתונים כמותיים על אודות אגרות בתובענות ייצוגיות** (הרשות השופטת, מחלקת מחקר 2019).

203 Helia Garrido Hull, *Vexatious Litigants and the ADA: Strategies to Fairly Address the Need to Improve Access for Individuals with Disabilities*, 26 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 71 (2016).

204 כפי שתיאר זאת בית משפט אמריקני, ״פרץ התביעות לפי חוק הנגישות האמריקני מונע על ידי הכלכלה, כלומר, כלכלת שכר הטרחה של עורכי הדין״. Rodriguez v. Investco, L.L.C., 305 F. Supp. 2d 1278, 1282 (M.D. Fla. 2004) (התרגום שלנו). יוער כי טרוניות כאלה עולות בקנה אחד, במידה רבה, עם הטענות הנטענות נגד כלל התובעים הסדרתיים בדבר שימוש ציני שנעשה בחוסר תום לב. בארצות הברית תובענות כאמור נתפסות כדרך לנצל עסקים ולהרוויח מיליונים, והליכים כגון דא אף מכונים ״התדיינויות משפטיות פוגעניות״. ראו, לדוגמה, Pankow, לעיל ה״ש 157. ראו גם Hoewischer v. Mardini, No. 3:12-cv-3-J-20JRK, 2012 U.S. Dist. LEXIS 186558 (M.D. Fla. Sept. 28, 2012). ראו גם Phoebe Joseph, *An Argument for Sanctions Against Serial ADA Plaintiffs*, 29 U. FLA. J.L & PUB. POL'Y 193 (2019). ראו לעניין זה גם רועי פדל ״אחריותם של שני אדונים: מודלים לחלוקת אחריות אופקית בין התובע הייצוגי לבין עורך הדין המייצג, ככלי לצמצום חוסר האיזון הכפול בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות״ **המשפט** כג 263 (2017).

205 נבקש להדגיש כי בארצות הברית רוב התביעות בנושא הנגישות אינן תובענות ייצוגיות, אולם ראינו לנכון לערוך את ההשוואה שכן הרציונלים המתקיימים בתביעת נגישות מן השורה בארצות הברית זהים לאלה של תובענה ייצוגית בתחום הנגישות בישראל, ושתיהן כאחת חוסות תחת המונח ״תביעה אזרחית המניבה תועלת ציבורית״, שעליו עמדנו במבוא לעיל. זאת ועוד, גם בארצות הברית יש תובענות ייצוגיות בעניין נגישות. ראו *New Trend in Accessibility Lawsuits: The Class Action Complaint*, FISHER PHILLIPS (7.2.2018), https://www.fisherphillips.com/news-insights/new-trend-in-accessibility-lawsuits-the-class-action-complaint.html.

זכויות של אנשים עם מוגבלות.[206] הדבר נכון גם בישראל,[207] אם כי באופן מתון יותר מאשר בשוק האמריקני,[208] הידוע כרווי ב״שחקנים חוזרים״.[209] על מנת לסבר את האוזן, בשנת 2013 **חמישה** עורכי דין וקומץ של תובעים הגישו כמעט **שני שלישים** מתוך כשבע מאות התביעות הייצוגיות שהוגשו באותה שנה בגין הפרת חובת הנגישות במחוז הדרומי של פלורידה.[210]

הגם שבישראל אי־אפשר לחזות בהיקפים דומים של תובענות המוגשות על ידי עורכי דין, קיימת עדיין התייחסות מסוימת לעורכי דין אשר מתבלטים במספר התובענות הייצוגיות שהם מגישים.[211] תחום הנגישות הוא הענף העיקרי שהוליד את המונח ״תובעים כמקצוע״, כלומר, תובעים ייצוגיים שמשקיעים משאבים רבים בהגשת תובענות ייצוגיות, כמקצוע של ממש. בישראל היכולת לטפל באורח בו־זמני בתובענות רבות המוגשות מכוח חוק תובענות ייצוגיות נשענת על האופן שבו ההליך מסתיים לרוב: בדרך של **הסתלקות מתוגמלת**,[212] קרי, בדרך שבה הפיצוי היחיד שניתן לציבור בגין הפרת החוק הוא לרוב תיקון ההפרה ועמידה בדרישות החוק, ופיצוי כספי ניתן לתובע ולבא כוחו בלבד.

---

206 Evelyn Clark, *Enforcement of the Americans with Disabilities Act: Remedying "Abusive" Litigation While Strengthening Disability Rights*, 26 WASH. & LEE J. CIV. RTS. & SOC. JUST. 689, 702 (2020).

207 מספר עורכי הדין המייצגים בתחום התובענות הייצוגיות בישראל הוא קטן יחסית. על כן הם מתויגים בנקל כסדרתיים לאחר תקופה קצרה יחסית של פעילות בענף זה. ראו ערן טאוסיג ״התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית – אליה וקוץ בה״ **הפרקליט** נג 393, 446–447 (2014).

208 ראו עניין *Rodriguez*, לעיל ה״ש 204, שם הגיש התובע 200 תביעות בגין הפרת חובת הנגישות. יצוין כי אין מדובר בתובענות ייצוגיות. להרחבה ראו לעיל ה״ש 205.

209 Clark, לעיל ה״ש 206.

210 Amy Shipley & John Maines, *South Florida Leads Nation in Controversial Disability Lawsuits*, SUN SENTINEL (Jan. 11, 2014), https://www.sun-sentinel.com/news/fl-xpm-2014-01-11-fl-disability-lawsuits-strike-sf-20140112-story.html.

211 ראו, לדוגמה, אלה לוי־וינריב ״יוחי גבע מגיש תביעות ייצוגיות זהות וסדרתיות כמו בפס ייצור״ **גלובס** (27.9.2018) https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001254440. יודגש כי כתבה זו נועדה להפנות זרקור לפועלו של עורך דין אשר הגיש 53 תובענות ייצוגיות בגין הפרת חובת הנגישות שמקורה בחוק השוויון. בהקשר זה יצוין כי אין מדובר בתופעה חד־פעמית. בתוך שבועיים במהלך שנת 2021 – מיום 15.7.2021 עד ליום 29.7.2021 – הגיש תובע בשם שלום בנמו לא פחות מ־40 תובענות ייצוגיות בגין הפרת חוק השוויון, כולן באמצעות אותו בא כוח, לבתי משפט מחוזיים ברחבי ישראל. ראו, לדוגמה, ת״צ (מחוזי ת״א) 58508-07-21 **בנמו נ׳ קבוצת עזריאלי בע״מ** (נבו 21.7.2021); ת״צ (מחוזי מר׳) 58619-07-21 **בנמו נ׳ שטראוס גרופ בע״מ** (נבו 21.7.2021); ת״צ (מחוזי ת״א) 44362-07-21 **בנמו נ׳ ישרוטל בע״מ** (נבו 21.7.2021).

212 מדובר בהסתלקות מהבקשה לאישור התובענה כייצוגית, כאשר בכפוף לאותה הסתלקות, ישולמו סכומים כאלה ואחרים על ידי הנתבעת, כהחזר עבור ההשקעה שהשקיעו התובע ובא כוחו בהצפת הסוגיה. ברוב הפעמים מדובר בסכום אשר מוסכם על ידי הצדדים כסכום המשקף את טרחת התובע ובא כוחו ועומד על אלפי עד עשרות אלפי שקלים.

על סמך עיון בפסיקה ובספרות המשפטית הגענו למסקנה כי קיימים שני טעמים עיקריים לסיום ההליך בדרך של הסתלקות ותגמול בצידה.[213] **הטעם האחד** הוא העובדה שככלל אין מדובר בתובענה שהוגשה לנוכח מחלוקת פרשנית או משפטית, אלא בתובענה שהוגשה כאשר קיימות ראיות מוצקות להפרת החוק.[214] **הטעם האחר** קשור לעלויות ההליך: ייתכן שיהיה זול יותר מבחינת הנתבע להגיע להסדר של פשרה או הסתלקות חלף ניהול ההליך, שכן בחירה בניהול ההליך עלולה להובילו למצב שבו הוא יצטרך לשלם סכומים גבוהים בהרבה הן לעורך דינו והן לתובע הייצוגי ולבא כוחו, ואולי אף לתת פיצוי משמעותי לחברי הקבוצה שייצוגה התבקש.[215]

סוגיית עלויות ההליך בתובענות נגישות בולטת במיוחד בארצות הברית, שם ניתן להיווכח בפערים ניכרים בין המדינות השונות בעלויות אלה.[216] עיקרי הפערים מצויים בסכומים שיש לשלם במסגרת פשרה אל מול העלויות של ניהול ההליך בבית המשפט.[217]

---

213 יודגש כי הדברים נכונים לכל תובענה ייצוגית באשר היא, אולם הם נכונים ביתר שאת לתובענות ייצוגיות המוגשות בגין הפרת חובה מן החובות המוטלות בחוק השוויון.

214 בכל הנוגע בדרישת ראיות לכאורה כתנאי לתגמול בצד ההסתלקות ראו ס׳ 16 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם ת״צ (מחוזי מר׳) 24356-04-10 **הר־עוז נ׳ כלל בריאות חברה לביטוח בע״מ** (נבו 22.12.2010).

215 Clark, לעיל ה״ש 206, בעמ׳ 709.

216 כמפורט לעיל, תובענות נגישות קלסיות בארצות הברית הן תובענות שאינן ייצוגיות, אולם תפוצתן הרחבה מקבילה לתפוצתן של התובענות הייצוגיות בענייני נגישות בישראל. כאמור לעיל, זוהי הסיבה להשוואה האמורה. לנוכח היקפו של שימוש זה, ועל מנת להתמודד עימו, החוק בקליפורניה קובע סף מינימום של 4,000 דולר, נוסף על שכר הטרחה של עורך הדין, במקרה של תביעה מוצדקת בגין העדר נגישות. ראו CAL. CIV. CODE § 52(a) (2015). יודגש כי חקיקה זו משתנה ממדינה למדינה, באשר כל מדינה מבקשת להידרש לסוגיה מהיבט אחר. כך, לדוגמה, בפנסילוניה נקבע רף מרבי של 10,000 דולר בגין תביעה דומה נגד עסק שאין נגדו תלונות קודמות (וזאת להבדיל מחקיקה המבקשת לקבוע רף מינימלי). ראו לעניין זה את החקיקה שנכנסה לתוקפה לאחרונה: 43 PA. STATE § 959 (2020).

217 בפלורידה, לדוגמה, פשרה ממוצעת עומדת על 16,000 דולרים, ואילו ניהול התיק עלול לעלות לנתבעת מאות אלפי דולרים, שאותם תשלם כשכר טרחה לבאי כוחה, וזאת בהתעלם מפסק הדין אשר ייפסק בסופו של יום, שעלול לחייבה בתשלום סכומים נוספים. עוד יצוין כי בפלורידה יש ריכוזיות בהגשת תביעות נגישות, ורבות מהן מוגשות על ידי עורך הדין ג׳ון מלה (John Mallah), אשר הגיש 740 תביעות נגד עסקים בענייני נגישות בתקופת זמן של ארבע שנים, בציינו כי ״עסקים לא ייהפכו לנגישים עד שלא יכריחו אותם לעשות כן״. כל תביעותיו של Mallah הוגשו בשם דודו הנכה, ורובן הוסדרו בפשרות בסכומים של 3,000 עד 5,000 דולר. להרחבה ראו Bob Van Voris, *South Florida's ADA Industry; Lawyer, Partners File 740 Suits on Behalf of Disabled*, NAT. L.J. (July 6, 2001). לשם השוואה, בקליפורניה (הידועה כמדינה שבה חקיקת הנגישות היא המפותחת ביותר) פשרה ממוצעת עומדת על 45,000 דולר, בעוד פסקי דין עשויים לחייב את הנתבעת בסכומים של עד 155,000 דולרים. מדובר בסכומים הגבוהים ביותר בארצות הברית, ובשל כך מספר התביעות בענייני נגישות בקליפורניה גבוה יותר מאשר בכל מדינה אחרת בארצות הברית. ראו לעניין זה Clark, לעיל ה״ש 206, בעמ׳ 702 ו־710. בולט בהקשר זה ג׳רק מולסקי

הנה כי כן, אנו למדים כי ההתדיינות המשפטית בענייני נגישות היא למעשה ״המגרש הביתי״ עבור התובע הייצוגי, שכן במקרים אלו, ככלל, העילות המשפטיות ברורות והראיות מוצקות. כל שנותר הוא לעמוד על הנזק שנגרם לציבור ועל גובה הפיצויים שיש להשית על הנתבעת בגין הפרת החוק, וכן לעמוד על תיקון ההפרה ועל הנגשת השירות. מכאן שהליך זה כרוך ככלל בבזבוז מינימלי של משאביו המוגבלים של בית המשפט.

ברם, חרף האמור, ועל אף התועלת המעשית (שעלותה הציבורית נמוכה ככלל), ניתן להיווכח כי בתי המשפט פועלים ליצירת אפקט מצנן כלפי תובעים סדרתיים המגישים תביעות בענייני נגישות. כך, לדוגמה, בארצות הברית התייחסו בתי המשפט לא אחת לעובדה שתובע הגיש תביעות זהות רבות כבסיס להיסק לחובתו[218] וכטעם להפחתת הפיצוי שייפסק לו.[219] מכאן שגם בארצות הברית קיימת התייחסות שלילית לסדרתיותו של התובע.

אלא שבכך לא מסתיים אותו אפקט מצנן. בהמשך להפחתת הפיצוי ניתן להיווכח בפסיקות של בתי המשפט האמריקניים שקבעו כי יש ליתן תחילה התראה לבתי עסק שאינם עומדים בתקנות.[220] דרישה זו למתן התראה לבתי העסק לפני נקיטת הליכים לא התקבלה בחקיקה ברמה הפדרלית, ואף לא ברוב המדינות בארצות הברית.[221] נטען כי

(Jarek Molski) – בוגר לימודי משפטים אשר נפצע בתאונת אופנוע והגיש כ־700 תובענות בגין הפרות נגישות שונות, שבעקבותיהן זכה בכינוי ״השריף״. להרחבה ראו Becker & Stigler, לעיל ה״ש 153. עוד בעניינו של מולסקי ראו להלן בה״ש 234 ובטקסט שלידה.

218 ראו, לדוגמה, Molski v. Evergreen Dynasty Corp., 500 F.3d 1047 (9th Cir. 2007). כמו כן, באריזונה קיבל בית המשפט המחוזי את בקשת התובע הכללי לאסור על ארגון הפועל לטובת נכים להגיש תביעות, ודחה 1,700 תביעות שהוגשו על ידיו. ראו *Serial Litigant Permanently Enjoined from Filing Frivolous ADA Lawsuits in Arizona*, COLLISIONWEEK (Dec. 16, 2017), https://collisionweek.com/2017/11/16/serial-litigant-permanently-enjoined-filing-frivolous-ada-lawsuits-arizona/. יודגש כי הפסיקה הוצגה כניצחון אדיר לבעלי העסקים הקטנים באריזונה, אולם ספק רב אם כך מוגשמת התכלית שהציב המחוקק האמריקני הנוגעת בהגנה על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות.

219 אחת הסיבות למתן פיצוי נמוך בתביעות מסוג זה היא ההשקעה המזערית הנדרשת לשם הגשת כל תובענה ותובענה. כתבי תביעה בנושאי נגישות מכונים לעיתים boilerplates (מושג מעולם התכנות שמשמעותו קטע קוד שחוזר על עצמו שוב ושוב) או cookie cutters (מושג מעולם הבישול המציין את חותכני העוגיות לצורות שחוזרות על עצמן), משום שמדובר בתביעות שבלוניות שבהן שמות העסקים הם הדבר היחיד שמשתנה והמחקר המשפטי מתייתר. במצב דברים כזה, נטען, יש לשמור על מתאם בין רמת ההשקעה הנדרשת לשם הכנת כתבי הטענות לבין הפיצוי שיינתן. ראו Clark, לעיל ה״ש 206, בעמ׳ 702.

220 שם. ודוק: אגב פסיקות אלו בית המשפט מתייחס לסוגיית שכר הטרחה, ובפרט לכך שתובענות מכוח הפרת חובת הנגישות הינן רווחיות במיוחד עבור עורכי הדין.

221 יודגש כי הצעות חוק שונות ביקשו לתת ארכה של שלושים או שישים ימים לתיקון ההפרה, כמעין ״תקופת חסד״ שבה לא יהיה אפשר לתבוע. במסגרת התקופה תידרש החברה המפֿרה להגיש תוכנית מפורטת לתיקון מפגעי הנגישות או לחלופין לבצע תיקון מלא של אותם מפגעים, ובזמן זה היא

דרישה זו תפגע בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות, באשר היא תאיין את התמריץ של עסקים לעמוד בתקנות הנגישות מיוזמתם.[222] החלטת הקונגרס לא לחייב בפנייה מוקדמת הגיעה אף לפתחם של בתי המשפט האמריקניים,[223] אשר קבעו בסופו של יום כי ההימנעות מפנייה מוקדמת אינה רלוונטית.[224] יוער כי גם הדין הישראלי נוקט גישה שלפיה אין ככלל חובת פנייה מוקדמת.[225] כל טענה בדבר חובה הקשורה לפנייה מוקדמת או בדבר נגזרת של חובה כאמור נדחתה מכל וכל על ידי בית המשפט העליון,[226] והדבר אף אושר על ידי פסיקות מנחות של בתי משפט מחוזיים.[227]

תהיה חסינה מפני הגשת תובענה נגדה בעניין. אולם הצעות אלו לא התקבלו על ידי המחוקק האמריקני. ראו, לדוגמה, ADA Notification Act, H.R. 3590, 106th Cong. (2000); ADA Notification Act, H.R. 914, 107th Cong. (2001); ADA Notification Act, H.R. 728, 108th Cong. (2003); ADA Notification Act, H.R. 2804, 109th Cong. (2005); ADA Notification Act of 2007, H.R. 3479, 110th Cong. (2007); ADA Notification Act of 2009, H.R. 2397, 111th Cong. (2009); ADA Notification Act of 2011, H.R. 881, 112th Cong. (2011); ADA Notification Act of 2013, H.R. 777, 113th Cong. (2013); ADA Education and Reform Act of 2017, H.R. 620, 115th Cong. (2018). יודגש כי יש לכך חריג: במדינת אריזונה (ובה בלבד) התקבלה חקיקה מסוג זה, שבעקבותיה יש להתרות תחילה בעסק ולאפשר לו תקופה של שלושים ימים לתקן את הפגם לפני הגשת התביעה. ראו Ariz. Rev. Stat. § 41-1492.08(E) (2017) (להלן: חוק הפנייה המוקדמת של אריזונה).

222 Hull, לעיל ה״ש 203, בעמ׳ 97.

223 ראו Doran v. Del Taco, 237 F. App'x 148 (9th Cir. 2007).

224 בשולי הדברים יוער כי יש לכך שני חריגים: האחד הוא חוק הפנייה המוקדמת של אריזונה, לעיל ה״ש 221; והאחר הוא התיקון לחוק שהתקבל במדינת קליפורניה בשנת 2015, אשר הוסיף את המונח ״תובע בתדירות גבוהה״, המוגדר כאדם ״העושה שימוש במשאבי בית המשפט בתביעות הצומחות מהפרות לכאורה הקשורות לנגישות בבנייה ברמה גבוהה עד כדי כך שראוי לנקוט אמצעי זהירות נוספים כדי להבטיח שהתביעות מוצדקות״. ראו Cal. Civ. Proc. Code § 425.55(b) (2015) (התרגום שלנו).

225 המקרה היחיד שבו מוטלת חובת פנייה מוקדמת הוא במצב שבו אתר במרשתת המופעל על ידי עוסק הינו מונגש אולם חרף הנגשה זו קיימים דפים או מסמכים (ספורים) שאינם מונגשים בהתאם לתקן המחייב. ראו ת״י 5568 ״קווים מנחים לנגישות תכנים באינטרנט״ (מאי 2021). במצב דברים כזה מוטלת חובה להתרות תחילה במפעיל האתר, ועל אותו מפעיל לתקן את ההפרה תוך שישים ימים לכל היותר. ראו ס׳ 35א(ד)(1) לתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות), התשע״ג־2013. להרחבה בעניין ראו יוסף־חי אביעזיז ״על נגישות אתרי אינטרנט ותובענות ייצוגיות״ **אוביטר** (26.7.2020) https://obiter.co.il/27557/.

226 ראו דנ״מ **יונס**, לעיל ה״ש 16, בפס׳ 41 לפסק הדין של הנשיאה חיות: ״...ההסדר החקיקתי הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות ביחס לתובענות המוגשות נגד רשות לפי פרט 11 לתוספת השנייה, ובראשו מנגנון החדילה הקבוע בסעיף 9 לחוק, משמיע לנו לדעתי **הסדר שלילי ככל שהדבר נוגע לחובת פנייה מוקדמת** אל הרשות בטרם יוגש נגדה הליך ייצוגי...״ (ההדגשה הוספה). פסיקת בית המשפט העליון התייחסה לרשויות מנהליות, אולם ניתן ללמוד ממנה, בבחינת קל וחומר, על העדרה של חובה כאמור גם כלפי גופים מסחריים.

227 ראו, לדוגמה, ת״צ (מחוזי חי׳) 44163-03-21 **יצחק נ׳ רמי לוי שיווק השיקמה 2006 בע״מ**, פס׳ 55

פרק ד: דיון – על הסיווג הראוי של האוכף האזרחי

חוק תובענות ייצוגיות מבקש לעמוד על שני יסודות אשר מנוגדים לעיתים זה לזה: השאיפה להגביר את האכיפה וההרתעה מפני הפרות חוק, תוך הבטחת זכות הגישה לערכאות ומתן פיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת, מחד גיסא, וכל זאת תוך ניסיון לשמור על יעילות דיונית, מאידך גיסא.[228] אולם קשה ללמוד על התכליות העומדות בבסיס פנייתו של תובע פלוני לבית המשפט בבקשה לאשר תובענה כייצוגית, ובפרט אם הוא אכן מבקש, באמת ובתמים, להביא לידי פיצוי הקבוצה שהוא מייצג או שמא מדובר בשימוש ציני בכלי התובענה הייצוגית.

בפרק זה נבקש לעשות מהלך שטרם נעשה בספרות המשפטית, והוא העמדת מעין ״ציר״ שעל גביו ימוקם כל אחד מאותם תובעים סדרתיים. הציר יימתח בין שתי קטגוריות הקיצון שנדונו לעיל: התובע הטרדן מזה ולוחם הצדק מזה. ציר זה יתבסס על חמש קטגוריות – שיתוארו להלן – אשר דרושות, לשיטתנו, לשם ניתוח נכון ומדויק יותר של מהות התובע העומד לפני בית המשפט. הקטגוריות בציר יתבססו על פסיקותיהם של בתי המשפט השונים, שמהן אנו למדים על התנהלותו של תובע פלוני, על התכלית שבבסיס פנייתו לערכאות, ובהתאם לכך על ה״קטגוריה״ שאליה יהיה נכון לסווגו.

1. דרך הסיווג הראויה של התובע הסדרתי: ציר התובעים הסדרתיים

לאחר עיון בספרות המשפטית ובפסיקותיהם של בתי המשפט השונים בנוגע לתובעים סדרתיים בהליכים מעין־ציבוריים, הגענו למסקנה כי הדרך הנכונה ביותר לבחון את מצב הדברים תהא באמצעות המשגה מתודית של התובעים הסדרתיים ומיקומם על גבי ציר המתחלק לחמש קטגוריות. תרשים 2 מציג את ״ציר התובעים הסדרתיים״.

(נבו 23.12.2021), שם נקבע כי ״לא הוטל ספק כלל שאין חובת פנייה מוקדמת בבקשה לאישור כנגד משיבים שאינם רשות. בניגוד לפסק הדין מושא הדיון הנוסף, שבו דובר על התועלת בפנייה מוקדמת, שאולי אפשר להקיש עליה גם לגבי גופים פרטיים, **הובהר בפסק הדין בדיון הנוסף, שאין יסוד לדרישה לפנייה מוקדמת קודם הגשת הבקשה, ללא תיקון בחקיקה**״ (ההדגשה הוספה).

228 ראו ס׳ 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

תרשים 2: ציר התובעים הסדרתיים

כפי שניתן ללמוד מההצגה החזותית, סקירת הדין ממחישה כי קיימות חמש קטגוריות שונות של תובעים סדרתיים. להלן נעמוד על כל אחת ואחת מהקטגוריות, מצידו הימני של הציר לצידו השמאלי, נרחיב עליה ונדגים אותה.

קטגוריה א היא קטגוריית הקיצון מן הצד האחד – **התובע הטרדן**. בקטגוריה זו מצוי התובע הפונה באופן חוזר ונשנה לערכאות בתובענות שאין לראותן אלא **כתובענות סרק**. לנוכח העובדה שפועלו הינו ככלל שלילי לחברה, ותביעותיו הן ככלל תובענות סרק, אנו סבורים כי אין כל מקום ליתן לו מגננה דיונית או מהותית מפני טענות הנוגעות בסדרתיותו, חרף העובדה שייתכן שהוא עצמו בטוח בצדקת טענותיו. כאמור לעיל, במסגרת עניין **סימון** הביע בית המשפט העליון את עמדתו בנוגע לתובע הטרדן,[229] ופסק כי לבית המשפט יש סמכות להוציא **צו חוסם** בנסיבות אלו, קרי, לתובע המצוי בקטגוריה א.

קטגוריה ב – התובע הסדרתי שעושה שימוש לרעה בהליכי משפט. קטגוריה זו כוללת תובעים סדרתיים בעלי ניסיון בהליך המשפטי (כגון תובעים שהם עורכי דין במקצועם או שהגישו מספר רב של תביעות) אשר התנהלותם מלמדת על שימוש לרעה בהליכי משפט, ולפיכך **סדרתיותם עלולה להוות פגם שיצדיק הסקה שלילית בעניינם**.[230] עיון בפסיקה מלמד על קיומם של שני הליכים עיקריים שבמסגרתם הורה בית המשפט על מחיקת מספר רב של תובענות על אתר, תוך התבטאות חריגה של בית המשפט נגד יוזם ההליך, עורך דין במקצועו.[231] תופעה זו, של שימוש לרעה בהליכי משפט על ידי תובע

---

229 עניין **סימון**, לעיל ה״ש 51.

230 ראו, לדוגמה, עניין **ערמון**, לעיל ה״ש 174.

231 ראו ת״צ (מחוזי מר׳) 36086-07-11 **חרסט נ׳ ידיעות אחרונות (שותפות רשומה)** (נבו 19.9.2012). פסק דין זה דן בשבע־עשרה תובענות שונות שמקורן בטענה אחת ויחידה: לפי התובע, הנתבעות, שהן בעלות אתרי מרשתת ועסקים שונים, שלחו הודעות דוא״ל פרסומיות מבלי שכללו בכותרתן את המילה ״פרסומת״, וזאת בניגוד להוראות חוק התקשורת. התנהלותו זו של המבקש, שבמסגרתה הגיש בעת ובעונה אחת שבע־עשרה בקשות לאישור תובענה כייצוגית, הובילה לקביעה כי מדובר בשימוש לרעה בהליכי משפט, והתובענה סולקה על הסף. ראו גם ת״צ (מחוזי מר׳) 40508-12-14 **פייסחוב נ׳ PayPal Pte. Ltd** (נבו 31.1.2016), שם הסתירו המבקשים במזיד מבאי הכוח המייצגים נתונים חשובים בנוגע להתנהלותם מול המשיבה, וכתוצאה מכך בקשת האישור שהוגשה בשמם

סדרתי בתחום התובענות הייצוגיות, הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בעניין **שלמה תחבורה**.[232] אגב אותו עניין עמד בית המשפט העליון בפסק דינו על הפער בין פגמים כאלה ואחרים בבקשה לאישור תובענה כייצוגית לבין פגמים המהווים שימוש לרעה בהליכי משפט.[233] בית המשפט בעניין **שלמה תחבורה** עורך את ההפרדה

לבית המשפט יצרה מצג מטעה. במצב דברים זה סולקה התובענה על הסף, תוך חיוב המבקשים בתשלום הוצאות. כן ראו ת״צ (מחוזי חי׳) 39317-02-17 **לב נ׳ אלקובי** (נבו 31.3.2020); ת״צ (מחוזי נצ׳) 45924-11-18 **רזק נ׳ עירית כפר סבא** (נבו 6.8.2020). יודגש כי בעניין **רזק** הורה בית המשפט המחוזי על מחיקת ארבעים ושמונה בקשות לאישור תובענה כייצוגית, תוך מתיחת ביקורת על התנהלות המבקשים, ובפרט על חוסר תום ליבם הקיצוני, שהתבטא ב״פורום שופינג״ ובהגשה מבוזרת של בקשות זהות בבתי משפט שונים ברחבי הארץ. חוסר תום ליבם של המבקשים היה קיצוני עד כדי כך שהוא קוטלג כ״שימוש לרעה בהליכי משפט״, בין היתר מאחר שהם מיאנו לגלות הליכים דומים שניהלו, אף שחובתם לעשות כן. בית המשפט סקר שורה של תקלות נוספות וכשלים בניסוח הבקשות, והסיק מכך כי הן אינן צפויות להתנהל בדרך הולמת, ולפיכך הורה על מחיקתן. ראו גם אבישי גרינצייג ומתן ברניר ״הייצוגיות בעניין נגישות לנכים, הטענות לסחיטה והמלחמה שהכריזו החברות הנתבעות״ **גלובס** (18.6.2020) https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001332667, שם מתואר, בין היתר, המקרה האבסורדי שבו תבע אדם ערבי את חברת ״דרך צדיקים, הדרך לגאולה״, העוסקת בארגון טיסות לקברו של רבי נחמן מאומן (ראו בקשה לאישור תובענה ייצוגית בת״צ (שלום י-ם) 2757-05-20 **מוחתסב נ׳ דרך צדיקים הדרך לגאולה בע״מ** (נבו 3.5.2020)).

232 עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה״ש 130. התנהלות חסרת תום לב זו הגיעה אף לעיתונות הכתובה. ראו לעניין זה אפרת נוימן ״פן תתפתח תעשייה׳: בית המשפט העליון מציב גבולות למגישי תביעות ייצוגיות״ **TheMarker** (7.9.2017) https://www.themarker.com/law/2017-09-07/ty-article/0000017f-ec6d-dc91-a17f-fcedf8750000. ראו גם איתמר לוין ״העליון במסר לבתי המשפט: יש למנוע ׳תעשיית תובענות ייצוגיות׳״ **News1** (7.9.2017) https://www.news1.co.il/Archive/001-D-394804-00.html.

233 וביתר פירוט, כך נקבע בעניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה״ש 130, בפס׳ מט לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ׳) רובינשטיין: ״...במצב העניינים הרגיל, אין בעצם קיומם של פגמים בתובענה הייצוגית כדי להביא בהכרח לדחייתה, ועל בית המשפט לבחון פתרונות מידתיים יותר, לרבות החלפת התובע המייצג או בא הכוח. ואולם, סבורני כי נוכח משקלם המצטבר של הפגמים שנפלו בעניינו היורדים לשורש העניין – ובעיקר, כאמור, ההגשה המבוזרת לשלושה מותבים, ללא רישום וללא יידוע המותבים המקבילים, תוך שבתי המשפט הגיעו לתוצאות סותרות – אין להסתפק בפתרון אחר שהוא פחות מאי־היעתרות לבקשות.״ מקרה נוסף ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **חטיב**, לעיל ה״ש 114. במקרה זה, חרף הסכמת הצדדים על גמול כספי לתובע ולבא כוחו, שלל בית המשפט לחלוטין את הגמול המדובר, בפוסקו כי ״תשלום הגמול הינו פרי של שימוש לא ראוי במכשיר הצרכני החשוב הנקרא תובענה ייצוגית, כאשר המשיבה מסכימה לתשלום בערכי מטרד, רק על מנת לחסוך את הצורך בהתייצבות לדיון הקבוע בפני. לא לשם כך נחקק חוק תובענות ייצוגיות, ואני רואה בתובענה כמיותרת וטרדנית, וככזאת, אין זה ראוי כי יאושר כל גמול בקשר עם ההסתלקות ממנה״ (שם, בעמ׳ 3). עוד נקבע בפסק הדין כי ״המוצר ׳המפר׳ נרכש לכאורה ביום 11.7.2016, כאשר כבר ביום 12.7.2016 נשלח מכתב התראה המופנה למשיבה, בשמם של 3 לקוחות אשר לכאורה רכשו את אותו מוצר (ללא שמו של המבקש), במסגרת אותו יום הספיק גם לבצע את הקניה, גם להשתמש במוצר, גם לבחון מוצרים אחרים מתחרים המשווקים עם הוראות שימוש, וגם לפנות

המתודית החשובה בין פגמים כשלעצמם, שאינם מצמיחים מסקנות כלשהן לגבי התובע הסדרתי, לבין פגמים שמהווים שימוש לרעה בהליכי משפט. אלה האחרונים יובילו לסיווגו של התובע הסדרתי לקטגוריה ב בציר התובעים הסדרתיים, אשר תצדיק קביעת ממצא שלילי נגד התובע הסדרתי בגין סדרתיותו. דוגמה נוספת לתובע מסוג זה נמצא בארצות הברית, שם תובע יחיד תבע מאות עסקים, בשיהוי ניכר, בטענה שהוא נפצע פיזית בכל אחד ואחד מהם, לעיתים אף באותו יום.[234]

לגישתנו, תובע המשתייך לקטגוריה ב הוא תובע סדרתי שהעלה חשש משמעותי בדבר יכולתו להתנהל בתום לב, במיומנות ובנאמנות, ולפיכך אין כל מקום ליתן לו מגננה דיונית או מהותית מפני טענות הנוגעות בסדרתיותו וגוזרות ממנה ממצא שלילי לגביו ולגבי תובענותיו.[235] לעיתים, ובנסיבות המתאימות, מלבד ממצא שלילי בנוגע להתנהלות של תובע סדרתי או של תובע בעל ניסיון, בית המשפט עשוי להורות על חיוב מוגבר שלהם בהוצאות אם יתגלה כי חרף נסיונם ומיומנותם הם פעלו בחוסר תום לב ובניגוד למצופה מאדם המבקש לאשר את תביעתו כתובענה ייצוגית.[236] חיוב מוגבר זה

לעו״ד – יחד עם שלושה אחרים אשר רכשו את אותו מוצר לכאורה, והכל תוך יום אחד? דומה כי מדובר במקרה דנן, לא בהטעייתו הנטענת של צרכן אשר איתרע מזלו ורכש מוצר תוך שגגה, אלא בהתנהגות והתנהלות שיש עמה קשר ישיר עם יצירתה של עילת תביעה, ובהתאם אני רואה את הסכמת המשיבה, לשלם תגמול כלשהו, ככניעה לפעולה שיש בה שימוש לרעה במכשיר של התובענה הייצוגית, מתוך החשש כי יבולע לה אם תנהל ההליך (שהינו על גבול הבלתי מוצדק), או מתוך תכנון ראוי של עלויות אלטרנטיביות, להליך אשר נגררה אליו״ (שם).

234 על מנת להמחיש את חוסר תום ליבו של אותו תובע, נציין כי משלוש מתביעותיו עולה כי ביום אחד בלבד הוא הספיק להגיע לשלוש מסעדות שונות ולהיפצע בשלושתן עקב הפרת חוק הנגישות והתקנות הרלוונטיות שמכוחו. לנוכח התמיהות שעלו ממסכת עובדתית זו, נדחתה תביעתו על ידי בית המשפט. בשולי הדברים יוער כי בית המשפט אף הגדיל וקבע כי התביעות נתפרו לצורכי קבלת פיצוי כספי. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט, אשר פסק כי אותו תובע, ג׳רק מולסקי, אינו אמין, וכי תובעים סדרתיים כמוהו הם בבחינת "professional pawn[s] in an ongoing scheme to bilk attorney's fees". להרחבה ראו Molski v. Mandarin Touch Restaurant, 347 F. Supp. 2d 860, 863 (C.D. Cal. 2004).

235 יודגש כי התובענה הייצוגית אינה הפורום היחיד שבו טענות בנוגע לחוסר תום ליבו של התובע מובילות פעמים רבות לשלילת זכותו המהותית. ראו רע״א 3025/21 **אנגל נ׳ בית הספר תגליות בע״מ** (אר״ש 18.7.2021). האמור אף עולה בקנה אחד עם הוראת תק׳ 42 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע״ט־2018, הקובעת כי אם ״סבר בית המשפט שבעל דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט רשאי הוא, מטעם זה בלבד, למחוק את כתב טענותיו כולו או מקצתו״. בכל הנוגע בתחולתם של דיני עשיית עושר אף לתחומים לבר־חוזיים ראו, לדוגמה, רונן קריטנשטיין ״מוסד הצוואות ההדדיות: בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט – עיון דוקטרינרי על רקע תיקון 12 לחוק הירושה״ **הפרקליט** נד 317, 332 (2016).

236 ראו לעניין זה ת״צ (מחוזי ת״א) 40883-03-20 **דקל נ׳ סקי־דיל בע״מ**, פס׳ 42 (נבו 27.2.2022): ״נוכח התוצאה אליה הגעתי, לא כל שכן נוכח התרשמותי בעניין השימוש שעשה המבקש בהליך התובענה הייצוגית, נראה כי יש מקום לפסוק הוצאות על הצד הגבוה. מנגד, עומדת לנגד עיניי ההלכה בעניין פסיקת הוצאות לחובת מבקש בקשת אישור תובענה כייצוגית, קרי, החשש שפסיקת הוצאות על הצד הגבוה תרתיע מבקשי אישור עתידיים מהגשת בקשות... בענייננו, נראה לי כי האיזון

מלמד על אפשרות נוספת של בית המשפט להביע את מורת רוחו מתובע סדרתי המסווג לקטגוריה ב.

קטגוריה ג היא **נקודת האיזון** (או ״**נקודת האפס**״) בציר. כאן עניין לנו בתובע סדרתי שאינו לוקה בחוסר תום לב, אולם אי־אפשר ללמוד מעברו או מסדרתיותו כל ממצא חיובי לזכותו.[237] במצב דברים כזה, שבו אי־אפשר לקבל אינדיקציה מובהקת מעברו של התובע, אין כל מקום לטעון טענה כלשהי הנוגעת בעברו, בין לחיוב ובין לשלילה, וזאת, בין היתר, עקב העדר רלוונטיות.[238] על מקרים אלו יש להחיל את קביעת בית המשפט העליון בעניין **טצת**,[239] שלפיה בעניינו של תובע סדרתי שאינו לוקה על פני הדברים בחוסר תום לב שומה על הטוען לקיומו של ממצא שלילי בהקשר זה להוכיח זאת לאחר בחינה מדוקדקת ומעמיקה של תנאיהן, תוצאותיהן ונסיבותיהן של תביעותיו הקודמות. ככל שלא נעשתה בחינה מדוקדקת כאמור, **משקל עברו של התובע יהא אפסי, לחיוב או לשלילה**.

קטגוריה ד היא ליבת נושאו של מאמרנו זה – **האוכף האזרחי**. האוכף האזרחי הוא למעשה תובע סדרתי הנוהג לפקוד את בתי המשפט לאחר שהוא נתקל בהפרה של הדין וחושף אותה. האינטרסים בבסיס פנייתו הם ״תיקון עולם״ וכן עמידה בלתי מתפשרת על זכויותיו.[240] בספרות המשפטית תואר האוכף האזרחי כמעין ״רובין הוד׳ דיוני״,[241] שבאמצעותו מוגשמות המטרות הציבוריות השונות העומדות בבסיסו של מכשיר התובענה הייצוגית. ככל שיהיה אפשר ללמוד מהתנהלותו או מעברו של התובע הסדרתי כי הוא אכן משתייך לקטגוריה ד, מצופה שבית המשפט יסיק אך מסקנות **חיוביות** לזכותו של אותו אוכף, המלמדות כי לכאורה עניין לנו בתובענה מוצדקת ומבוססת.

לאחרונה אנו עדים לקביעת ממצאים ברוח זו. כך, לדוגמה, בעניין **אוניברסיטת תל אביב** נקבע כי ״העובדה שמדובר בתובע סדרתי או מקצועי, לא בהכרח משפיעה על תום לבו. אלא שלעתים, דווקא תובע מנוסה, אשר הגיש תביעות רבות בעבר, יוכל לדאוג

בין שני שיקולים אלה מטה את הכף דווקא אל עבר הוצאות ריאליות... לאור כל זאת אני מחייבת את המבקש לשאת בהוצאות סקי־דיל בסך 50,000 ₪.״ יוער כי באותו עניין היה מבקש בקשת האישור עורך דין בעל מומחיות מיוחדת בתחום התובענות הייצוגיות.

237 קיימים תובעים סדרתיים רבים הנמצאים בקטגוריה זו, דוגמת בנקים, חברות ביטוח או למעשה כל בעל דין שיש לו זכויות רבות והוא עומד עליהן. מדובר כנראה בקטגוריה שבתי המשפט רואים הכי הרבה, והם אינם מייחסים לה חיוב או שלילה.

238 לשון אחר, הואיל ואי־אפשר ללמוד מסדרתיותו של התובע כל ממצא שהוא, לחיוב או לשלילה, מדובר בראיה שאינה רלוונטית להליך ואינה מעלה (או מורידה) את ההסתברות לקרות האירוע. לניתוח מעמיק של סוגיית הרלוונטיות בראי מודל שני העולמות ראו דורון מנשה ״שתיקת החפים׳ – עיון מחודש בהלכת מילשטיין״ **התיאוריה של דיני הראיות** 407 (גיא יצחק סנדר עורך 2017).

239 עניין **טצת**, לעיל ה״ש 156.

240 ראו לעיל תת־פרק ב1.

241 בוקשפן ״תובענות ייצוגיות״, לעיל ה״ש 53, בעמ׳ 120.

באופן מיטבי לאינטרס של הקבוצה״.[242] עמדה זו – שלפיה נסיונו של התובע הייצוגי בהליכים כאמור, או במילים אחרות היותו אוכף אזרחי, עשוי להוות, במקרים מסוימים, אינדיקציה חיובית בדבר יכולתו לנהל את ההליך – הועלתה זה כבר בפסיקתם של בתי המשפט השונים.[243]

קיימות שתי אינדיקציות עיקריות המלמדות כי עניין לנו בתובע סדרתי מסוג אוכף אזרחי, הראוי להגנה דיונית: ראשית, היסטוריה של בקשות אישור שמלמדות על קיומה של עילה לכאורה; שנית, אותה היסטוריה של תביעות הובילה, למצער, לתיקון הפרות הדין. לפיכך, ככל שיוכיח פלוני כי הגיש בעברו תובענות רבות שהצביעו על עילות לכאורה והובילו לתיקון מסוים, הוא יהא זכאי, לגישתנו, להגנה דיונית מתאימה.[244]

קטגוריה ה היא נקודת הקיצון מצידו האחר של הציר – קטגוריית **לוחמי הצדק**. מדובר בגופים הפונים לבית המשפט בהליכים פרטיים־ציבוריים, שבמסגרתם אין לגופים אלו כל מטרה זולת אינטרסים אלטרואיסטיים של תיקון עולם. לקטגוריה זו נכנסים הגופים אשר עוסקים במימוש אזרחי של זכויות ציבוריות, דוגמת ״נגישות ישראל״, ״המועצה הישראלית לצרכנות״ ו״נציבות שוויון זכויות בעבודה״. הגם שמאמרנו זה נמנע מדיון מעמיק בקטגוריה זו, אין מנוס מהצבת ״לוחמי הצדק״ – אותם שחקנים נוספים הפועלים בשוק התובענות הציבוריות־הפרטיות (ואף משתמשים בכלי התובענה הייצוגית) – כגוף נוסף ומרכזי ביותר על ציר התובעים הסדרתיים. לא זו אף זו, התחקות מעמיקה אחר התובענות הייצוגיות המוגשות על ידי לוחמי הצדק ממחישה כי מתקיים בהן דיון שונה בתכלית: חלף טענות הנוגעות בחוסר תום לב והעלאת טענות רקע שונות, הנתבעים מקפידים להפנות את טענותיהם לגופם של דברים, באופן שמאפשר קיום דיון יעיל והולם, ומעל לכל – כזה אשר נמנע מהשחתת המשאבים השיפוטיים לא לצורך. יש לקוות כי גופים כאלה יגבירו את פעילותם בשדה התובענה הייצוגית, על מנת להביא לידי יישום מיטבי של המטרות המונחות בבסיסו של מכשיר דיוני זה.[245]

---

242 עניין **אוניברסיטת תל אביב**, לעיל ה״ש 175.

243 ראו, לדוגמה, עניין **בלייס**, לעיל ה״ש 55. כן ראו לעיל ה״ש 175.

244 ראו תת־פרק ד4 להלן.

245 להלן דוגמאות אחדות לתובענות ייצוגיות מסוג זה: ת״צ (מחוזי ת״א) 2741-11-16 **המועצה הישראלית לצרכנות נ׳ קלאב אין אילת החזקות בע״מ** (נבו 22.11.2017); תגובת המשיבים 1, 3, 5, 6 ו־8 על הבקשה לאישור תובענה כייצוגית בת״צ (מחוזי ת״א) 29489-07-14 **המועצה הישראלית לצרכנות נ׳ איקיוטק דיגיטל וויז׳ן בע״מ** (נבו 9.3.2016); ת״צ (מחוזי ת״א) 61369-11-14 **המועצה הישראלית לצרכנות נ׳ תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע״מ** (נבו 16.6.2019); כתב תובענה ייצוגית בת״צ (מחוזי מר׳) 50932-01-14 **המועצה הישראלית לצרכנות נ׳ אייקון גרופ בע״מ** (נבו 24.12.2013); כתב תביעה בת״צ (מחוזי מר׳) 20330-06-09 **המועצה הישראלית לצרכנות נ׳ הד ארצי בע״מ** (נבו 23.6.2009).

2. על הנסיונות ליצור אפקטים מצננים כלפי התובעים הסדרתיים בהליכי התובענה הייצוגית

בתת־פרק זה נעמוד על הנסיונות ליצור אפקטים מצננים כלפי התובעים הסדרתיים. נסיונות אלו והשלכותיהם אך ממחישים מדוע מבחינה קונספטואלית יש ״לאחֵד״ את האוכף האזרחי (קטגוריה ד) עם לוחם הצדק (קטגוריה ה) בכל הנוגע בכלי התובענה הייצוגית. אותם אפקטים מצננים נוצרו, כפי שתואר לעיל, לנוכח הטענות הרבות נגד התובעים הסדרתיים בדבר חוסר תום ליבם ושימושם לרעה בהליכי משפט.

מצב דברים זה – שבו מועלות בדין ובספרות המשפטית טענות בנוגע לחוסר תום ליבם של התובעים העושים שימוש בכלי התובענה הייצוגית וכן בנוגע לריבוי התובענות הייצוגיות המהוות תובענות סרק[246] – הוביל להתערבות המחוקק, שביקש ליצור אפקטים מצננים להגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית. הגם שהוצעו הצעות חוק רבות בנוגע למכשיר התובענה הייצוגית ולדרכים האפקטיביות לצינון השימוש בו, רק שתיים מהן התקבלו, ובהן נעסוק עתה.

ההצעה הראשונה על ציר הזמן שהתקבלה נגעה בהסדרי פשרה והסתלקות, והועלתה בשנת 2015.[247] במסגרת ההצעה צוין כי קיימת בעיה כפולה: מצד אחד, תביעות ראויות המסתיימות בהסכמי פשרה שתועלתם לקבוצה נמוכה; ומצד אחר, ריבוי של תביעות סרק, אשר אף על פי שהן נטולות בסיס, ״נתבעים מסכימים להתפשר בהן כדי להסיר מעל עצמם את המטרד הכרוך בהתגוננות מולם״, כפי שנאמר בהצעת החוק.[248] לימים התקבלה הצעת החוק.[249] התיקון לחוק הוסיף מנגנונים לפיקוח על הסדרי הפשרה המוגשים לבתי המשפט, וכן מנגנון שיפוטי שמטרתו לפקח על הסדרי הסתלקות שנלווה אליהם תגמול מסוים. במסגרת אותו מנגנון, המבקש נדרש להוכיח עילת תביעה לכאורה וכן תועלת לקבוצה כתנאֵי סף למתן תגמול כלשהו לתובע הייצוגי.[250] מכאן אנו למדים על שאיפת המחוקק: שלילת תמריץ (ככל שיש כזה) להגשת תובענה ייצוגית בעילת סרק בתקווה שנתבעים פלונים יסכימו להתפשר רק כדי ״להסיר מעל עצמם את המטרד הכרוך בהתגוננות מולם״.[251]

אלא שבכך לא הסתיים פועלו של המחוקק בבקשו למתֵן את פועלו של האוכף האזרחי. החקיקה הנוספת הגדילה את האגרה שאותה ייאלץ המבקש לשלם עובר

---

246 ראו לעניין זה חיות, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 938: ״...מה שמטריד בתוצאות המחקר הוא שהסיבה השכיחה ביותר לסגירתם של תיקים כאלה במהלך תקופת המחקר הייתה הסתלקות התובעים מתביעתם בשל אי־קיום עילה מוצדקת להגשת התובענה או משום שסיכויי התובענה היו נמוכים.״

247 ראו הצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), התשע״ו־2015, פ/2149/20 (להלן: הצעת חוק פשרה והסתלקות).

248 שם, בעמ׳ 4.

249 חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס׳ 10), התשע״ו־2016, ס״ח 1079.

250 ס׳ 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות (לאחר תיקון מס׳ 10).

251 הצעת חוק פשרה והסתלקות, לעיל ה״ש 247, בעמ׳ 4.

להגשת בקשתו לאישור תובענה כייצוגית,[252] בתקווה שהדבר יביא לידי פגיעה בתמריץ להגשתה. זאת, תוך חתירה (מובהקת) תחת תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות.[253]

עתה, לאחר קבלתם של שני תיקוני חוק אלו, התובע הייצוגי מוצא את עצמו מחויב לשלם אלפי שקלים,[254] ביודעו שלא יינתן לו כל פיצוי אם יתגלה כי מדובר בתובענת סרק. נוסף על כך הוא עלול למצוא את עצמו מחויב בהוצאות. תיקוני חוק אלו עוררו תהודה רבה בציבור. היו אף שתיארו את הטלת האגרה בסכומים של אלפי שקלים כ״גזירת מוות״ על התובענה הייצוגית.[255] עיון בתיקוני החוק עשוי להוביל למסקנה כי הם יביאו לידי הפחתת השימוש בכלי התובענה הייצוגית, על ריבוי תובענות הסרק שבכלי זה, ובכך יפחת אותו ״נטל״ המוטל על גופים שונים במשק. אולם עיון מעמיק בעיתונות הכתובה סמוך לאחר תיקון תקנות האגרות מלמד על ״קומבינה מאחורי גבם של בית המשפט והציבור: פשרות בין עורכי הדין לגופי הענק״.[256] אותה ״קומבינה״ מתוארת עֶסקה במשא ומתן המתנהל בין התובע הפוטנציאלי לבין הנתבעת הפוטנציאלית. ״קומבינה״ זו – היא הפנייה המוקדמת – הובילה להסדר בין הצדדים בלא פיקוחו של בית המשפט. זאת, בין היתר, עקב שאיפתו של אותו פלוני להימנע מתשלום אגרה לבית המשפט, וככל הנראה גם עקב שאיפתו להימנע מהמנגנון המפקח של בית המשפט, כפי שנקבע בחוק תובענות ייצוגיות.

מן האמור אנו למדים כי תיקון המחוקק, שהטיל אגרה כתנאי להגשת תובענה ייצוגית, גרם להתפתחות תעשייה של פניות מוקדמות חלף הגשת תובענות ייצוגיות, המתקיימות רחוק מעיניו של בית המשפט וגם מעיניו של הציבור. במסגרת תעשייה זו, שנוצרה בעקבות תיקון המחוקק, פלוני ובא כוחו פונים לנתבעת הפוטנציאלית לפני נקיטת הליך ייצוגי, ולעיתים – כך ניתן אך להניח – מגיעים להסדר של פשרה ו/או הסתלקות חשאיים בנוגע לאותה מסכת עובדתית. זאת, בלא פיקוח של בית המשפט, תוך עקיפת האסדרה הנוגעת בתשלום המשולם לפונים, ובניגוד לתכליתו של חוק תובענות

---

252 תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון), התשע״ח־2018, ק״ת 1748.

253 יודגש כי עם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות עמד המחוקק על שתי הוראות יסוד הנוגעות בהוצאות. האחת הייתה פטור מאגרה, מתוך התפיסה שהטלת אגרה תיצור אפקט מצנן (בלתי רצוי) בעניין מכשיר זה. האחרת נגעה בחיוב בהוצאות המבקש במקרים של דחיית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. חיוב כאמור, כך נקבע, יהא אך ורק במקרים חריגים.

254 ביתר פירוט, סך של 16,128 ש״ח בעבור בקשת אישור המוגשת לבית המשפט המחוזי, וסך של 8,064 ש״ח בעבור בקשת אישור המוגשת לבית משפט השלום.

255 אפרת נוימן ״׳גזירת מוות לתביעות ייצוגיות׳? המתווה החדש – 16 אלף שקל אגרה על הגשת בקשה למחוזי״ **TheMarker** (28.11.2017) https://www.themarker.com/law/1.4643436; קובי קול ״אגרה על תביעות ייצוגיות – מכת מוות להגנת הצרכן בישראל״ **כלכליסט** (27.7.2016) https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3694214,00.html.

256 ראו לעניין זה מתן ברניר ״בדיקת ׳גלובס׳: רפורמת התביעות הייצוגיות הצליחה, אבל אולי יותר מדי״ **גלובס** (20.1.2020) https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001315412.

ייצוגיות.[257] הנה כי כן, חלף יצירת אפקט מצנן על שימוש בהליך הייצוגי, יצר המחוקק אפקט מצנן על שימוש בהליך הייצוגי החשוף לבית המשפט ולציבור.

עתה אנו ניצבים בפני בעיית נציג חמורה, שכן שאיפת הצדדים במסגרת הפנייה המוקדמת היא לכאורה אחת: ניהול דין ודברים שיספק את שני הצדדים, דהיינו, קבלת פיצוי מרבי למייצג הפוטנציאלי, מחד גיסא, וויתור על טענותיו שהיו עשויות להניב בסופו של יום הטבה לקבוצה שהוא מתיימר לייצג, מאידך גיסא. לאחרונה עמד אף בית המשפט המחוזי בתל אביב על הקושי הגלום בפניות מוקדמות כאמור.[258] למיטב ידיעתנו, לא היה מקרה שבו הסתיימה פנייה מוקדמת, שמהווה לכאורה פנייה בשם קבוצה שניזוקה מהתנהלות כזו או אחרת, בדרך של מתן פיצוי לציבור. ובלשון פשוטה: פנייה מוקדמת שמסתיימת מחוץ לכותלי בית המשפט מבטיחה דבר אחד ויחיד – לא יינתן כל פיצוי לקבוצה בגין ההפרה, אלא רק לפונה ולבא כוחו.[259] מתן פיצוי לתובע ולבא כוחו לא באישור בית משפט, ותוך הימנעות מהמנגנונים הקבועים בחוק, חוטא תחת מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, שהיא פיצוי חברי הקבוצה שנפגעו.

הנה כי כן, יצירת תעשיית ה״קומבינות״ של הפניות המוקדמות, שמקורה בשאיפה להימנע מתשלום אגרה, היא תולדה של תיקוני המחוקק, אשר ביקש לצנן את אותם תובעים סדרתיים. תופעה זו מחזקת וממחישה את הצורך בהכרה באוכף האזרחי ובאימוץ העקרונות המותווים על ידי ציר התובעים הסדרתיים. אלה, ורק אלה, יסייעו לבית המשפט להתמודד עם כל תובע ותובע המגיע לפתחו של בית המשפט.

---

257 כלשון הכתבה, שם, ״הבעיה המרכזית בפרקטיקה הזו קשורה יותר לעובדה שמגעים אלה נעשים רחוק מעיניו של בית המשפט. כך, בעוד שחוק תובענות ייצוגיות מחייב את בית המשפט לבחון ולאשר כל פשרה או הסתלקות בתביעה ייצוגית, כדי לוודא שהאינטרס של כלל הציבור זוכה להתייחסות ראויה במסגרת ההסדר המתגבש – כשמדובר בשלב שטרם הגשת ההליכים, אין כל גורם מפקח״.

258 ראו עניין **ערמון**, לעיל ה״ש 174, ואת הציטוט מתוכו לעיל בה״ש 190.

259 המצב הוא אפוא אחד משניים: פנייה מוקדמת שמבשילה לבקשת אישור תובענה כייצוגית, אשר בסופו של יום עשויה להניב פיצוי לציבור; ולעומתה פנייה מוקדמת שאינה מבשילה לבקשת אישור כאמור, ואשר אינה מיטיבה עם הציבור בכללותו (או למצער אין אינדיקציות ישירות בדבר הטבה כאמור). יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט המחוזי בעניין ת״א (מחוזי ת״א) 1065/05 **שאול נ׳ תדיראן מוצרי צריכה בע״מ**, פס׳ 69 (נבו 14.2.2008): ״לדעתי, אין להקפיד יתר על המידה בעניין פניה מוקדמת לנתבע בטרם הגשת תובענה ייצוגית, כאשר ברור כי פניה שכזו תביא לכל היותר לפיתרון הבעיה האישית של הפונה, ולא לפיתרון בעייתה של הקבוצה כולה. מטרת התובענה הייצוגית היא לאכוף את החוק בנוגע לכלל הקבוצה. פניה מוקדמת לנתבע הייצוגי, מעוררת חשש שהנתבע יזדרז להסיר מעל דרכו את העילה האישית של הפונה, שהיא בדרך כלל בסכום פעוט, על מנת למנוע את הגשת התובענה הייצוגית, ובכך תקופח זכותה של הקבוצה כולה...״

3. על חשיבותו של האוכף האזרחי והצורך בעידודו

עמדנו לעיל על השוני והפערים בין סוגי התובעים השונים הפזורים על גבי ציר התובעים הסדרתיים. עיון בציר מעלה לכאורה כי המחוקק והציבור אמורים לשאוף שהתובענות הייצוגיות, רובן ככולן, יוגשו על ידי לוחמי הצדק, קרי, על ידי אותם ארגונים ועמותות הפועלים אך ורק מתוך שאיפה לתיקון עולם. פעילות מוגברת של ארגונים כאמור מהווה ערובה לשמירה על האינטרס הציבורי ועל האינטרס של הקבוצה בהליך הייצוגי. ההנחה מאחורי טענה זו היא כי ארגונים חברתיים ורשויות ציבוריות לעולם יציבו את האינטרס הציבורי לנגד עיניהם, וכך יתאיין החשש מפני בעיית נציג חריפה בהליך הייצוגי.

אלא שבפועל, חרף האפשרות העומדת לאותם ארגונים רבים לעשות שימוש בהליך הייצוגי, נראה כי אחוזים ספורים בלבד מהתובענות הייצוגיות במדינת ישראל מוגשות על ידי ארגונים כאמור.[260] לפיכך ייחוד השימוש בתובענות ייצוגיות לגופים הציבוריים בלבד יפגע פגיעה אנושה בתכלית האכיפתית שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות. לא למותר לציין כי חוק תובענות ייצוגיות נחקק על רקע הפער בין יכולות האכיפה של רשויות אכיפת החוק לבין היקפן של הפרות החוק, כלומר, כתולדה של התת־אכיפה בתחום. לא אחת עולה בפסיקה הקושי הנובע מהפרות חוק נרחבות שנותרות בעינן בשל העדר אכיפה,[261] ובתי המשפט עצמם מבקשים את נוכחותו של ״האזרח האיכפתי המבקש לשמור את בריאותו ובריאות הציבור״.[262]

מצב הדברים המתואר מצמיח מסקנה אחת ויחידה: אין כל אפשרות להסתמך באופן בלעדי על לוחמי הצדק, ויש צורך אינהרנטי בנוכחותם של האוכפים האזרחיים כחלק ממערך האכיפה הגלום בחוק תובענות ייצוגיות, כתנאי בלעדיו אין להגשמת תכליותיו של החוק. שילוב האוכפים האזרחיים במערכת המשפט נדרש לשם אכיפת החוק, והענקת גמול כספי לאוכפים אלו אמורה להעניק להם תמריץ לכך.

ברם, לגישתנו, אותו תמריץ בדמות גמול כספי אינו מספק. על מנת לסייע לאוכף האזרחי ללמוד על אודות תפקידו, המעין־ציבורי באופיו, הוא זכאי להגנה דיונית

---

260 נכון לשנת 2016 רק 1% מהתובענות הייצוגיות הוגשו על ידי ארגונים. ראו וינשל־מרגל וקלמנט, לעיל ה״ש 85, בעמ׳ 728–729. במהלך שנת 2018 חל תיקון שהעניק פטור מאגרה לארגונים (ראו תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון)), ולאחריו השתפר המצב במעט. מיום 8.5.2018 עד ליום 28.4.2019 הוגשו 411 תובענות ייצוגיות, ומתוכן נמצאו 15 תובענות (3.65%) שקיבלו פטור מאגרה מסיבה זו. ראו אביב ושטיין, לעיל ה״ש 202, בעמ׳ 9. חלה אם כן עלייה מסוימת בשיעור בקשות האישור שהוגשו על ידי רודפי צדק, אך מדובר עדיין בשיעור נמוך מאוד ובלתי מספק.

261 ראו עניין **יינות ביתן**, לעיל ה״ש 79, בפס׳ 13: ״...המשיבות הפרו לכאורה את חובתן החוקית במשך קרוב לשנתיים. רשויות התביעה לא פעלו לאכיפתן של הוראות הדין על המשיבות. המשיבות החלו לקיים את הוראות הדין רק לאחר הגשתן של בקשות האישור והן מוכנות ליטול על עצמן חיוב פסוק לעשות כן גם בעתיד... כבדותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח פתח ל׳אכיפה אזרחית׳, כך שהאזרח האיכפתי המבקש לשמור את בריאותו ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרבים...״

262 שם.

נרחבת. ההכרה באוכף האזרחי והענקת הגנה דיונית בגין פועלו יתמרצו אוכפים אזרחיים נוספים, אשר יסייעו בתורם באכיפת הוראות החוק. במצב הדברים הנוכחי, כאשר לוחמי הצדק עושים שימוש דל בלבד בכלי התובענה הייצוגית, אין מנוס מפנייה לאפיק חלופי שיוכל לעמוד על תכלית החוק, ומכאן הצורך במתן תמריצים לאוכפים אזרחיים לעשות שימוש בהליך הייצוגי.

יודגש כבר עתה כי הצעתנו, כלשונה, מבקשת להעניק בעיקר הגנה דיונית לאוכף האזרחי. הגנה זו מבקשת להבטיח כי האוכף האזרחי יוכל לממש את מטרתו, היא האכיפה האזרחית, תוך שהוא מוגן מטענות המבקשות להסית את הדיון למחוזות שאינם ראויים. הצעתנו אינה מבקשת ליתן עדיפות לתובע אחד על רעהו או לבא כוח מסוים על אחר.[263] כל שאנו מבקשים, בתמצית מזוקקת, הוא להבטיח שעברו של בעל הדין לא יעמוד לו לרועץ. בהמשך לאמור, מובן שאין ליצור העדפה בין תובעים או באי כוח[264] בהתבסס על עברם.[265]

4. הצעתנו: הכרה באוכף האזרחי כמרוץ לפסגה בין התובעים הסדרתיים

״מרוץ לפסגה״ הינו מונח שנועד לתאר מצב שבו תחרות בין שני גופים או גורמים מובילה לשיפור האיכות של כל אחד מהמתחרים.[266] לגישתנו, על מנת להגיע למצב של מרוץ לפסגה, יש ליתן תמריץ שיניע תובעים ייצוגיים לפעול בהתאם לתכליתו של חוק תובענות ייצוגיות ובאופן שעולה בקנה אחד עם האינטרסים של הקבוצה שייצוגה מתבקש. כפי שנמחיש, מתן תמריץ כאמור יוביל למרוץ לפסגה בין תובעים סדרתיים שונים הנוהגים לעשות שימוש בהליך הייצוגי, ובכך ימתן את בעיית הנציג החריפה המאפיינת את ההליך. תמריץ זה, לשיטתנו, גלום בהענקת הגנה דיונית מפני טענות הנוגעות בסדרתיותו של תובע סדרתי כאשר מדובר באוכף אזרחי.

על פי הצעתנו, אם יצליח תובע ייצוגי להראות כי הוא משתייך לקטגוריה ד שעל ציר התובעים הסדרתיים, היא קטגוריית האוכף האזרחי, לא זו בלבד שלא יהא אפשר לעשות

---

263 זאת, בין היתר, בראי החשש שמא מתן משקל להצלחות קודמות עלול להעניק את הבכורה למספר מצומצם של תובעים ייצוגיים, אשר ״ישתלטו״ על התחום. השוו לדיון בעניין עורכי דין וניסיון קודם אצל קלמנט ״קווים מנחים״, לעיל ה״ש 81, בעמ׳ 147–148.

264 ראו לעניין זה שם, בעמ׳ 147: ״עורכת הדין נדרשת להראות שיש לה הכישורים הנדרשים לניהול התובענה הייצוגית באופן שישרת נאמנה את עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת. עם זאת, יש להדגיש שבית המשפט צריך רק לוודא שעורכת הדין המבקשת לייצג את הקבוצה עומדת בתנאי הסף הנדרשים, ואין הוא צריך לפסול אותה מלייצג רק משום שיש עורכי דין טובים או מנוסים ממנה.״

265 יודגש, למען הסר ספק, כי היסטוריה כזו או אחרת אינה מצדיקה, לגישתנו, מתן בכורה או העדפה למי מיוזמי ההליך – לא מנקודת מבט של תום הלב של התובע ולא מנקודת מבט של דרישת הייצוג ההולם הנדרשת בדין.

266 ראו, לדוגמה, Baomin Dong, Jiong Gong & Xin Zhao, *FDI and Environmental Regulation: Pollution Haven or a Race to the Top?*, 41 J. REGUL. ECON. 216 (2012).

שימוש בעברו כממצא שלילי, הוא עצמו יוכל לעשות שימוש בעברו זה כממצא חיובי, שעשוי אך לחזק את תביעתו או למצער להוכיח כי הוא תובע ראוי שיגן נאמנה על האינטרס של הקבוצה שייצוגה מתבקש,[267] תוך דחייה על אתר של טענות הנתבעת בנוגע לסדרתיותו.

על מנת ללמוד אם עניין לנו באוכף אזרחי אם לאו, יידרש הטוען לכך, הוא התובע הייצוגי, להוכיח כי הוא עומד בשלושה תנאים. **ראשית**, יהא עליו להוכיח היסטוריית תביעות קודמות בהליכים מעין־ציבוריים המלמדת על פועלו (להלן: דרישת הסדרתיות). **שנית**, ובהמשך לדרישה הקודמת, הוא יידרש להוכיח כי תביעות אלו היו בעלות תשתית ענפה, ולא תובענות סרק. על מנת למלא אחר דרישה זו, יהא על האוכף להוכיח כי רוב תביעותיו הצמיחו, למצער, עילה לכאורה המלמדת על הפרת הדין (להלן: דרישת העילה לכאורה); **שלישית**, יהא על האוכף להוכיח כי תביעותיו נשאו עימן תועלת מסוימת לציבור. על מנת למלא אחר דרישה זו, די שיַראה כי תביעותיו הביאו לידי תיקון הפרה. מובן שככל שהתועלת לציבור הייתה גדולה יותר כן תגבר הנטייה להכיר בו כאוכף אזרחי (להלן: דרישת התועלת לציבור).

ובתמצית מזוקקת: ככל שיצליח פלוני להוכיח תביעות עבר בהליכים מעין־ציבוריים (דרישת הסדרתיות) אשר העלו לכל הפחות עילה לכאורה (דרישת העילה לכאורה) ונשאו עימן תועלת מסוימת לציבור (דרישת התועלת לציבור), יהיה נכון לסווגו כאוכף אזרחי, ובהתאם לכך לייחס חשיבות יתרה לתביעתו הנוכחית, מתוך הבנה שנסיון העבר מלמד כי מדובר ככל הנראה בתובענה ראויה שיש לתמרץ ולעודד.

כאן המקום לציין כי כבר כיום ניתן להיווכח בניצנים לגישה זו, אשר מכירה בחשיבות העילאית של עברו של בעל הדין. ניתן ללמוד על חשיבות זו מהוראת תקנות סדר הדין האזרחי – אשר חלות גם על תובענות ייצוגיות[268] – שלפיה התובע **מחויב להציג**, כבר בראשית כתבי טענותיו, את ״דבר קיומו של הליך נוסף בבית משפט או בבית דין, בקשר למסכת עובדתית דומה שהתובע הוא צד לו או היה צד לו״.[269] דרישה זו מהתובע להציג את עברו כבר בראשית כתב טענותיו מלמדת על ייחוס חשיבות לעברו של בעל הדין, ועשויה להקל על בית המשפט בבואו לסווג את התובע כבר בראשית כתב הטענות, לפני שהוא נדרש לעומקם של דברים. כך, על פני הדברים, כבר מעיון בתחילת כתב הטענות שהגיש התובע ניתן ללמוד, למצער באופן לכאורי, אם עניין לנו בתובע שמשתייך לקטגוריה ד על ציר התובעים הסדרתיים או שמא לאחת הקטגוריות האחרות, על כל הנגזרות שיש להסיק מכך. כאמור, הדרישה היא לפירוט עברו של התובע כבר בראשית כתב הטענות, וניתן אך להניח כי היא עוצבה כך לא בכדי.[270]

---

267 היטיב לתאר זאת בית המשפט המחוזי בעניין **בלייס**, לעיל ה״ש 55, בפס׳ 18.

268 ס׳ 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות.

269 ס׳ 10(11) לתקנות סדר הדין האזרחי.

270 כאן המקום לציין כי נוסחן העדכני של תקנות סדר הדין האזרחי הינו תולדה של תיקון מס׳ 2 לתקנות. בעוד שנוסחן המקורי של התקנות ביקש מהתובע לפרט ״דבר קיומו של הליך נוסף בבית משפט או בבית דין, בקשר למסכת עובדתית דומה״ (תקנות סדר הדין האזרחי, התשע״ט־2018,

לגישתנו, אותה הגנה דיונית ואותו סיווג מקל עשויים לתמרץ תובעים סדרתיים רבים לפעול בהתאם לתכלית החוק ולְמָרֵב את התועלת שתצמח לציבור, והכל מתוך שאיפה לזכות באותו סיווג של אוכף אזרחי.[271] סיווג זה יגן עליהם מפני טענות הנתבעות, הנטענות חדשות לבקרים, בנוגע לשימוש ציני שהם עושים לכאורה במכשיר התובענה הייצוגית, ואף יאיר אותם באור חיובי ויעניק לתביעותיהם נופך מעין־ציבורי.[272] מעתה גם תובעים שאינם אוכפים אזרחיים יחתרו להגיע לסיווג של ״אוכף אזרחי״ על מנת לזכות באותה הגנה דיונית, וזאת על ידי התנהלות אכיפתית ראויה העושה שימוש נכון ורצוי בחוק תובענות ייצוגיות תוך מֵרוּב התועלת המצרפית לחברי הקבוצה – התנהלות שיש לתמרץ כאמור.

תמריץ כאמור יבטיח כי פעמים רבות המבקשים לאשר את תובענתם כייצוגית יהיו תובעים מיומנים ותמי לב, אשר טובתם היא טובת הקבוצה, ואשר שאיפתם אינה אך לזכות בגמול שהעניק להם המחוקק. כמו כן הוא עשוי למתֵן פעמים רבות את בעיית הנציג בין התובע הייצוגי לבין הקבוצה, וליצור ״תחרות חיובית״ בין תובעים שונים. התמריץ האמור הוא אפוא הצעתנו לפתרון.

הצעתנו זו מתבססת על מצב הדברים העובדתי כפי שפורט עד כה: כלי התובענה הייצוגית הינו כלי חשוב מאין כמותו, הנדרש לצורך הבטחת אכיפה יעילה שתבטיח הרתעה של תאגידים ענקיים וכן הגנה על זכויותיו של הציבור, כפי שהן מעוגנות בחוק. התובענה הייצוגית מתבססת על הצורך באכיפה אזרחית, אשר מופעלת הלכה למעשה בעיקר על ידי אזרחים פרטיים (בשיעור גבוה מ־90%). מובן שבהעדרה של אכיפה זו, ובהעדרם של תובעים ייצוגיים שיהיו נכונים ליטול על עצמם את הסיכון שבניהול התובענה הייצוגית, החוק, בראי אכיפת החֶסר הציבורית, עלול ליהפך להמלצה בלבד.

אם תיושם הצעתנו זו, אזי האכיפה האזרחית שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות תיהפך לאכיפה ״מעין־ציבורית״.[273] אותו תיוג של אוכף אזרחי, הנושא עימו הגנה דיונית לנוכח מעמדו המעין־ציבורי, יושג רק לאחר הוכחה כי עניין לנו באדם שטובת הכלל לנגד עיניו. בכך נלך צעד אחד קדימה לכיוון אכיפה טובה ויעילה יותר, נשיג מיתון משמעותי של בעיית הנציג הקיימת כיום, ואף נבטיח מרוץ לפסגה בין התובעים השונים. בדרך זו, של מתן הגנה לתובע הראוי אל מול השתת סנקציה על התובע הלא־ראוי, ייעשה שימוש ראוי בעיקרון הידוע של ״המקל והגזר״, ונגיע לשימוש ראוי ונכון יותר בכלי התובענה הייצוגית.

ק״ת 422), נוסחן של התקנות לאחר התיקון מתייחס באופן מפורש לדבר קיומו של הליך נוסף ״**שהתובע הוא צד לו או היה צד לו**״ (ס׳ 10(11) לתקנות סדר הדין האזרחי). הן הנוסח המקורי של התקנה והן נוסחה לאחר תיקון מס׳ 2 מלמדים על הגישה הרווחת שלפיה לעברו של בעל הדין עשויה בהחלט להיות נפקות לעניין הנדון.

271 כאמור, אנו סבורים שיהיה אפשר ללמוד על פוטנציאל לסיווג כאמור כבר ברישא של כתב הטענות, וזאת לנוכח ס׳ 10(11) לתקנות סדר הדין האזרחי.

272 בדומה לאכיפה הפרטית־הציבורית הנעשית בארצות הברית על ידי עורכי דין שמייצגים את המדינה. להרחבה ראו Redish, *Class Actions*, לעיל ה״ש 152.

273 בדומה להסדר הקיים בארצות הברית. ראו Erichson, לעיל ה״ש 152.

סוף דבר

מאמר זה התמקד באופן הניתוח הראוי של התובע הסדרתי בכלל ושל התובע הסדרתי העושה שימוש במכשיר התובענה הייצוגית בפרט. המאמר ערך הבחנה בין הסוגים השונים של התובעים הסדרתיים הנוהגים לפקוד את בתי המשפט, החל בתובע הטרדן ועד ללוחם הצדק, וזאת תוך כינון ״ציר תובעים סדרתיים״, שמטרתו להבנות את שיקול הדעת של השופט בבואו להידרש לסוגיית עברו של בעל הדין הניצב לפניו. המאמר התמקד בתובע סדרתי ייחודי שכינינו ״אוכף אזרחי״, והצביע על תרומתו במלאכת אכיפת הדין, בפרט באמצעות השימוש בכלי התובענה הייצוגית. אגב כך המחיש המאמר מדוע יש לדחות את הטענות – אשר מועלות כיום פעמים רבות – המציגות את הסדרתיות כשלעצמה כממצא שלילי. טענת המאמר הסתמכה על העמדה הרווחת בספרות המשפטית וכן בפסיקתם של בתי המשפט השונים, לרבות בית המשפט העליון. עמדה זו, כפי שהמחיש המאמר, גורסת כי טענת הסדרתיות היא טענת רקע נעדרת רלוונטיות ובעלת משקל אפסי. כפי שניתן ללמוד מציר התובעים הסדרתיים אשר מוצע ומפורט במאמר, הקשר היחיד שעל בית המשפט לבחון, ככל שברצונו לעמוד באופן מדויק ומהימן על אודות עברו של בעל הדין הניצב לפניו, הוא הקשר בין עברו של התובע לבין תום ליבו, ובהקשר של התובענה הייצוגית – יכולתו לייצג את הקבוצה. מאמרנו זה אומנם עמד על הקשר בין התובע הסדרתי לבין הליך התובענה הייצוגית, אולם ציר התובעים הסדרתיים שהוצע בו עשוי לסייע לבית המשפט בבואו לבחון כל טענה הנוגעת בסדרתיות – לא רק של התובע הייצוגי ושל בא כוחו, שהוא פעמים רבות יוזם ההליך, אלא גם של תובע בהליכים אחרים שעשויים להניב תועלת ציבורית.

לאחר דיון מקיף וממצה זה הגיע המאמר לכלל מסקנה כי הכרה בסטטוס המשפטי של **אוכף אזרחי** הוא־הוא הפתרון האידיאלי שיוכל להתמודד עם התופעות שאותן ביקש המחוקק להוקיע – תופעת תובענות הסרק ובעיית הנציג החמורה בין המבקש לבין חברי הקבוצה שייצוגה מתבקש. בסיומו המחיש המאמר כי רק באמצעות הכרה בסטטוס מיטיב זה של אוכף אזרחי, המקנה הגנה דיונית, ייווצר מרוץ לפסגה שייתן תמריץ חיובי לכל תובע לפעול בהגינות יתרה על מנת לזכות בסיווג כאמור. סיווגו של פלוני כאוכף אזרחי עשוי לחזק את תביעתו ולהקנות לו הגנה דיונית, ועברו הסדרתי בהקשר זה יוצג – לראשונה – לחיוב. אם תאומץ עמדתנו, אזי מעתה ואילך יוכל התובע הסדרתי המסווג כאוכף אזרחי להתגאות בסדרתיותו, המלמדת על נכונותו להשקיע מזמנו וממרצו לטובת הציבור הרחב.