

גלגל המזל: כיצד לחלק את קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות?

מאת
שי נ' לביא*

תקציר

כיצד יש לחלק את קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות? זוהי בעיית-יסוד בתובענות ייצוגיות. מקורה בכך שסכומי הפיצוי האישיים קטנים לעיתים מכדי להצדיק מתן פיצוי אישי לכל חבר בקבוצת התובעים. האתגר של חלוקת קופת הפיצוי העסיק את בתי-המשפט בשנים האחרונות, והמחוקק הישראלי נזקק לו בתקנון את חוק תובענות ייצוגיות בשנת 2016. מאמר זה בוחן את השיטות הקיימות להתמודדות עם הבעיה ומציע דרך חלופית. למאמר שלוש מטרות עיקריות. ראשית, הוא מציע מסגרת תיאורטית לבחינת דילמות קיימות בתובענות ייצוגיות. חוק תובענות ייצוגיות מונה תכליות מגוונות: גישה לבית-המשפט, הרתעה, סעד וניהול יעיל. המאמר מנתח תכליות אלה ומראה כי ניתן לבטאן באמצעות שתי גישות לתובענות ייצוגיות – ציבורית ודיונית. לשתי הגישות יש הדים בפסיקה ובחקיקה, אולם המאמר מראה כי החוק ביקש להגשים בעיקר את הגישה הציבורית, ולפיכך את תכלית ההרתעה.

שנית, המאמר סוקר באופן מקיף את הפתרונות הקיימים לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי. פתרון נפוץ הוא תרומה לעמותות דרך בית-המשפט. במסגרת פתרון זה העבירו בתי-המשפט בשנים האחרונות מאות מיליוני שקלים לגופים שונים. המאמר מראה כי פתרון זה ואחרים לוקים בחסרונות – חלקם אינם יעילים מנהלית, חלקם פותחים פתח לשרירות שיקול-הדעת, וחלקם מובילים להרתעת-חסר. במסגרת הפתרונות הקיימים המאמר דן גם בתיקון האחרון לחוק תובענות ייצוגיות – תיקון אשר חשוף לקשיים תיאורטיים ואף אינו מקוים במלואו.

שלישית, המאמר מציע פתרון חדש – הגרלת קופת הפיצוי בין קבוצת התובעים. באמצעות מתן פיצוי גבוה יותר למספר קטן של ניזוקים ניתן לחסוך את העלויות המנהליות של העברת הכסף. השיטה המוצעת מתקנת ליקויים אחרים בפתרונות הקיימים. היא מפצה את קבוצת התובעים ומגשימה את מטרת ההרתעה. השימוש בחלוקה אקראית מחסן מפני שרירותיות שיקול-הדעת, ומבטיח יחס שווה לכל חברי קבוצת התובעים. אף שהמשפט סולד ככלל משימוש בהגרלות, המאמר מראה כי חלוקה אקראית של קופת הפיצוי עולה

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. על תרומה לגיבוש הרעיונות המופיעים במאמר תודתי נתונה לאורי אהרונסון, ליועד הלברסברג, לקתי ספיאר, ללואיס קפלו, לאלון קלמנט, לביל רובנסטיין, להיוויד רוזנברג, לאדם שנער, לג'ניפר שקבטור, לחברי מערכת עיוני משפט ולמשתתפים בכנס השנתי של האגודה הישראלית למשפט וכלכלה.

בקנה אחד עם פרקטיקות שיפוטיות קיימות. המאמר מציע קווים מנחים ליישום שיטת ההגרות הלכה למעשה, ומונה את סוגי התיקים שבהם קל יותר ליישמה. לנוכח תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות מוצע כי יש לפנות לפתרון ההגרות כנקודת מוצא בכל תובענה ייצוגית שבה מתעוררת בעיית החלוקה של קופת הפיצוי. פתרונות אחרים, ובמיוחד פתרון התרומות הנפוץ, אינם ראויים.

מבוא

א. התובענה הייצוגית – תכליות

1. נקודת־מבט ציבורית ונקודת־מבט דיונית

2. מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות

ב. בעיית החלוקה של קופת הפיצוי

ג. פתרונות קיימים

1. החזרת הפיצוי לנתבע

2. החזרת הפיצוי לחברי הקבוצה באופן יחסי לנזקם

3. העברת הפיצוי למדינה

4. קרן "גמישה" והסדרי הנחות

5. ביצוע בקירוב ותרומות

6. פיצוי תת־קבוצה מסוימת

7. קרן ייעודית

ד. פתרון מוצע – הגרות

1. תיאור כללי

2. העדיפות של פתרון ההגרות על הפתרונות הקיימים

ה. ביקורת ומגבלות אפשריות וקווים מנחים ליישום

1. הגרות במשפט

2. תביעות קטנות ותביעות גדולות

3. שילובה של הצעת ההגרות בדין הקיים

(א) עלויות מנהליות

(ב) פרשנות החוק

ו. הערות מסכמות

1. פתרון ההגרות כמענה לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי

2. כיוונים עתידיים – פיצויים מנהליים

מבוא

תובענות ייצוגיות הן מכשיר אפקטיבי לאכיפת זכויות. הן מאפשרות לתובעים רבים להתאגד תחת תובע ייצוגי ועורך־דינו, שמקבלים גמול כספי על פועלם, ומאזנות את הפרשי הכוח בין הנתבע לחברי הקבוצה. במיוחד, תובענות ייצוגיות מאפשרות גישה לבתי־משפט במקרים שבהם חברי קבוצת התובעים לא היו מגישים תביעה כיחידים – למשל, בתביעות צרכניות רבות. באופן טיפוסי אלה מקרים שבהם העילה האישית מינימלית – שקלים ספורים – אך העילה הקבוצתית עשויה להגיע למיליוני שקלים. בעולם ללא תובענות ייצוגיות לא ייאכפו הפרות דין הגורמות נזקים אישיים מזעריים. האפשרות להגיש תביעה בשם הקבוצה להשבת מיליוני שקלים שנגבו לא כדין מעורדת פנייה לבתי־המשפט. על־כן תובענות ייצוגיות, בפרט בסכומים אישיים קטנים, הן כלי מדיניות חשוב שמחייב את הנתבעים להחזיר לקבוצה את הנזק שנגרם לה. בכך הן מגשימות את המטרות העיקריות המנויות בחוק תובענות ייצוגיות (להלן: החוק) – הרתעת הנתבעים מפני הפרות דין ומתן סעד לקבוצת התובעים.¹ למרות חשיבותו, מכשיר התובענה הייצוגית זר לשיטת משפט אדוורסרית, שבה ברגיל מתייצב תובע יחיד מול נתבע יחיד. התאמת מכשיר התובענה הייצוגית לשיטת המשפט הקיימת יוצרת כמה אנומליות. עניינו של מאמר זה באחת מאנומליות אלה – בעיית החלוקה של קופת הפיצוי.

הבה נניח שתובענה ייצוגית הגיעה לשלב הגמר, ונקבע – בפסק־דין או בפשרה – כי הנתבע ישלם לקבוצת התובעים את נזקם. הגם שהנזק האישי לכל תובע עשוי להיות אפסי, קופת הפיצוי הכללית יכולה להגיע לסך של עשרות מיליוני שקלים. במקרים רבים, עקב הנזק האישי הנמוך – המסתכם לעיתים בשקלים ספורים או אף פחות – חלוקת קופת הפיצוי לכל תובע ותובע אינה אפקטיבית. שורש הבעיה הוא העלות המנהלית הגבוהה יחסית של חלוקת הפיצוי לכל ניזוק. העלויות הכרוכות באיתורו של כל תובע, בהעברת הכסף אליו ובמימוש הפיצוי עולות במקרים רבים על סכום הנזק האישי. אכן, באופן שגרתי בתי־המשפט נותרים עם קופות פיצוי ובהן מיליוני שקלים שאי־אפשר לחלקן בדרכים המקובלות.

פתרון פופולרי לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי הוא תרומת הכסף לצד ג – בדרך־כלל עמותה כלשהי.² פתרון זה זכה בתמיכתו של בית־המשפט העליון הישראלי,³ ויושם במקרים רבים. כך, התובענה הייצוגית שצמחה מהוספת הסיליקון לחלב תנובה הסתיימה בבית־המשפט העליון בתרומה של 38.5 מיליון שקלים לטובת קרן מחקרים ומלגות בתחום המזון ולחלוקת

1 ראו ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

2 נתונים אמפיריים מראים כי סעד התרומות, בסך של מיליוני שקלים, נהפך למעשה ל"סעד הנפוץ ביותר... בתיקי תובענות ייצוגיות". אלון קלמנט, קרן וינשל־מרגל, יפעת טרבלוס ורוני אבישר־שדה "תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" (מחלקת מחקר של הרשות השופטת, יוני 2014). elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc%5C25122014.pdf (להלן: דוח הרשות השופטת).

3 למשל, בעניין ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: עניין תנובה). ראו גם להלן ה"ש 104 והטקסט שלידיה.

חלב לנזקקים;⁴ בסופה של תביעה צרכנית נגד חברת שטראוס נתרמו מוצרים של החברה הנתבעת, בשווי מאות אלפי שקלים, לבית-החולים "העמק" בעפולה;⁵ ובתובענה ייצוגית בגין שליחת "דואר זבל" ("ספאם") לרוכשי דירות פוטנציאליים נתרמה קופת הפיצוי למרכז הבינתחומי הרצליה.⁶ שיטה זו לחלוקת קופת הפיצוי – שיטת התרומות – מעוררת קשיים רבים. מבחינה מעשית היא נותנת כוח בידי עורכי-הדין לחלק את קופת הפיצוי, ועל-כן מעוררת חשש ממשי לקנוניה בין הצדדים לבין העמותות.⁷ ככל שיעדי התרומה נקבעים על-ידי השופט, ולא על-ידי הצדדים, מתבקש לשאול מדוע מתפקידו של השופט לחלק מיליוני שקלים כרצונו. מה מותר בית-החולים "העמק", למשל, מבית-החולים "הדסה" או מעמותת "יד שרה"? הביקורת הציבורית על פתרון התרומות הובילה לתגובה חקיקתית. בתיקון שעבר בחודש יולי 2016 הביע המחוקק את אי-שביעות-רצונו מפתרון התרומות.⁸ עם זאת, מטרת התיקון טרם הוגשמה במלואה, וחלק מבתי-המשפט ממשיכים לחלק כספי תובענות ייצוגיות באמצעות תרומות.

מדוע, על-אף מגרעותיו, שופטים בוחרים לחלק את כספי התובענה הייצוגית באמצעות מנגנון התרומות? הסיבה היא שבמנגנון זה יש היגיון מסוים. תובענות ייצוגיות יוצרות אנומליות, ושופטים שנתקלים בבעיית פיזורם של כספי התובענה הייצוגית לנמענים שנזקם קטן יחסית נאלצים לפנות לפתרון שנראה בעיניהם כפתרון הגרוע פחות. אומנם, פותחו גם שיטות אחרות לחלוקת כספי התובענה הייצוגית, אשר מבוססות ככלל על העברת היתרה הבלתי-מנוצלת של קופת הפיצוי לנתבע, לחלקים מקבוצת התובעים או למדינה. אך כפי שמאמר זה מראה, גם שיטות אלה מעוררות קשיים – חלקן מאפשרות לנתבע לשלם פחות מהנזק שגרם, חלקן אינן מפצות את קבוצת התובעים, וחלקן אינן משיגות יעילות מנהלית. מאמר זה מציע כיוון חשיבה חדש – חלוקה על-ידי הגרלת סכום הפיצוי בין חברי הקבוצה.⁹ הרעיון המונח בבסיסו של פתרון ההגרלה פשוט. שורש בעיית החלוקה של קופת הפיצוי הוא העלות המנהלית הגבוהה יחסית שבחלוקת הפיצוי לכל ניזוק. כדי לחסוך עלויות אלה, שיטת ההגרלה מציעה לפזר את כלל קופת הפיצוי בקרב חלק מחברי הקבוצה, אשר ייבחרו בצורה אקראית. בדרך זו יוענק פיצוי גבוה יותר לנמענים מעטים יותר. במקום לשלם חמישה שקלים לכל חבר קבוצה, למשל, יינתנו 100 שקלים לאדם אחד שייבחר באופן אקראי מבין כל עשרים חברים בקבוצה. היתרונות הגלומים בשיטה פשוטה זו ברורים. מכיוון שהעלויות המנהליות של העברת הכסף משולמות בעבור כל חבר קבוצה שמקבל פיצוי, צמצום מספר המפוזים בפועל מקטין עלויות אלה. בעוד אלה שעלו בגורל

4 עניין תנובה, לעיל ה"ש 3, פס' 60.

5 ת"צ (מחוזי חי') 29191-09-13 אבידור נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 3.2.2015) (להלן: עניין אבידור).

6 ת"צ (מחוזי ת"א) 15954-04-12 עמי נ' אור סיטי נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו, 7.7.2013) (להלן: עניין אור סיטי).

7 לדוגמות קונקרטיות לחששות כאלה ראו להלן ה"ש 121-122 והטקסט שליידן.

8 ראו דיון בחלק ג' להלן.

9 עיקריו של פתרון זה הוצגו על-ידי במאמר שפרסמתי לפני שנים מספר בכתב-עת אמריקני: Shay, *Reverse Sampling: Holding Lotteries to Allocate the Proceeds of Small-Claims* (Lavie, *Reverse Sampling: Holding Lotteries to Allocate the Proceeds of Small-Claims*, 79 GEO. WASH. L. REV. 1065 (2011)).

מקבלים פיצוי גבוה מכפי נזקם, החלוקה האקראית מבטיחה שכל חברי הקבוצה יצפו מראש לקבל פיצוי דומה.

חלק א מציג בקצרה את המטרות העומדות בבסיס התובענה הייצוגית. חלק ב מציג את בעיית החלוקה של קופת הפיצוי. חלק ג סוקר את השיטות הקיימות לחלוקת קופת הפיצוי, תוך התבססות על הדין הישראלי ועל הדין האמריקני. במסגרת השיטות הקיימות לפתרון, חלק ד מציג את תיקון החקיקה משנת 2016 ואת תגובתם של בתי-המשפט עליו. חלק ד מציג את הפתרון המוצע – פתרון החלוקה האקראית באמצעות הגרלה – ומראה מדוע פתרון זה עדיף על הפתרונות הקיימים. חלק ה מתמודד עם מגבלות אפשריות בפתרון החלוקה האקראית, כגון הרתיעה השיפוטית מהטלת מטבע, ומציע "כללי אצבע" ליישום. חלק ו מסכם ומציע כיווני חשיבה ליישום פתרון דומה לפתרון ההגרלות גם מחוץ לעולם התובענות הייצוגיות.

למאמר זה יש כמה מטרות. ראשית, הוא מנתח את קשת הפתרונות לאחד האתגרים המשמעותיים בתובענות ייצוגיות – חלוקת קופת הפיצוי – תוך סקירת הדין והפסיקה העדכניים בישראל ובארצות-הברית. כחלק ממטרה זו, מאמר זה סוקר את תיקון החקיקה משנת 2016 ואת הפסיקה שניתנה לאחר התיקון. שנית, המאמר מציע פתרון חדש ועדיף – פתרון ההגרלה – ודן בקווים מנחים ליישומו. שלישית, מאמר זה מציע מסגרת תיאורטית לשקילת היתרונות והחסרונות של הפתרונות השונים. מוצע כי במקרים שבהם חלוקת קופת הפיצוי לכל תובע אינה ישימה יש לפנות, כנקודת מוצא, לפתרון ההגרלות. פתרונות אחרים, ובמיוחד פתרון התרומות הנפוץ, אינם ראויים.

א. התובענה הייצוגית – תכליות

מהן התכליות העומדות בבסיס התובענה הייצוגית? שאלה זו נראית על פניה פשוטה, אולם התשובה לה מורכבת. חלק זה מציג בקצרה שתי נקודות-מבט על תובענות ייצוגיות, ודן בהשתקפות שלהן במטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות.

1. נקודת-מבט ציבורית ונקודת-מבט דיונית

ניתן לחשוב באופן גס על שתי נקודות-מבט על תובענות ייצוגיות. גישה אחת, שניתן לכנותה *ציבורית* או *פונקציונלית*, רואה במכשיר התובענה הייצוגית כלי ייחודי להגשמת מטרות מדיניות, במיוחד הרתעת מעוולים.¹⁰ לכאורה, את המטרה הזו אפשר להשיג גם בכלים הדיוניים ה"רגילים", ללא תביעה ייצוגית. כך, דיני הנזיקין מטילים אחריות על המזיק, וכופים אותו להפנים את הנזק החברתי שגרם;¹¹ ורשויות המנהל אוכפות את הדין,

10 המייצג המובהק ביותר של גישה זו הוא דייוויד רוזנברג. ראו, למשל: David Rosenberg, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, 115 HARV. L. REV. 831 (2002) (להלן: רוזנברג "תביעות ייצוגיות מנדטוריות"); David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 849 (1984) (להלן: רוזנברג "סיבתיות בתביעות המוניות").

11 ראו, באופן כללי, אריאל פורת "דיני נזיקין" הגישה הכלכלית למשפט 271 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

באמצעים פליליים ומנהליים, ומאלצות מזיקים שחמקו מתביעה אזרחית לשלם על מעשיהם. עם זאת, בעולם המודרני כלים אלה כושלים לעיתים קרובות. ללא תובענה ייצוגית, ניוזקים נתקלים בחסמי כניסה להליך המשפטי,¹² ובמקרים רבים הם מבכרים לא לתבוע את המזיק. במקרי־קיצון, כאשר הנזק האישי נמוך מעלות התביעה, קשה לצפות שמערכת המשפט תעודד ולו הרתעה כלשהי של המזיקים. גם כאשר הנפגעים בוחרים להשתמש במערכת המשפט, לעיתים קרובות ניצב מולם נתבע סדרתי, שיש לו יתרונות מובנים בכל עימות משפטי כזה.¹³ סיטואציות שבהן תובעים עומדים לפני נתבע סדרתי נפוצות בכל תחומי החיים: מוצרים פגומים, עוולות צרכניות, דיני ניירות־ערך ועוד. בעולם ללא תובענה ייצוגית, אם כן, אכיפת הדין דרך בתי־המשפט רחוקה מלהיות מושלמת. זאת ועוד, במקרים רבים אין בכוהן של רשויות המנהל להשלים את החסר. הן חשופות ללחצים פוליטיים ולוקות במחסור כרוני במשאבים. לכן אין באפשרותן לאכוף את הדין בצורה מיטבית. את החלל שנוצר ממלאת התובענה הייצוגית. התובענה הייצוגית, לפי הפרספקטיבה הציבורית, "מפריטה" את האכיפה ורותמת את הפרט לאכיפת הדין בשם קבוצה גדולה של ניוזקים. היא עושה זאת על־ידי הבטחת תגמול כספי למייצגי הקבוצה, שיינתן עם השלמת התובענה הייצוגית בהצלחה. מילותיו של יושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט אוריאל לין ממחישות את נקודת־המבט הציבורית־פונקציונלית:

"מדוע אנחנו צריכים חוק זה? משום שרשויות המדינה אינן מבצעות את תפקידן כמו שצריך, משום שרשויות המדינה מגלות אוזלת יד, משום שהן בירוקרטיות, משום שהן חוששות מגורמים בעלי השפעה, משום שהן אינן מסוגלות לפעול ולעשות את המעט שצריך לעשות כדי להגן על תושבי המדינה ואזרחיה מפני מפגעים... מהסיבה הזו יש הכרח להעביר את הכוח לאלה שנפגעים בעצמם ולאפשר הגשת תביעה ייצוגית."¹⁴

הגישה הציבורית תדגיש אם כן את המטרות שהתובענה הייצוגית נועדה למלא בהינתן הפגמים במסלולים החלופיים. ככלל, נקודת־מבט זו תיטה להדגיש את התכלית של אכיפת הדין – או במילים אחרות, הרתעה – ותיתן משקל נמוך לשיקולים אחרים. באופן דומה, הפרספקטיבה הציבורית רואה בתובענה הייצוגית פונקציה להגשמת מטרות, ולכן נוטה להתעלם מהגבלות פרוצדורליות בדין הקיים, אשר עוצבו בעולם ללא תובענות ייצוגיות. על רקע התת־אכיפה ללא תובענות ייצוגיות, והרצון למלא את החסר באמצעות התובענה

12 ראו, למשל: William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming Claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1980–81).

13 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).
סדרתי כזה ראו: Shay Lavie, *The Malleability of Collective Litigation*, 88 NOTRE DAME L. REV. 697, 703–13 (2013). (להלן: Lavie, *Collective Litigation*).

14 ד"כ התשנ"ב 3820 (הדברים נאמרו בהקשר של החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, שהעניק זכות מצומצמת לתביעה ייצוגית, אך הם יפים מקל וחומר גם לתביעה ייצוגית כללית יותר).

הייצוגית, נקודת-המבט הציבורית תיטה ככלל להרחיב את היקף התובענה הייצוגית.¹⁵ כך, מנקודת-המבט הציבורית יש לאפשר תובענה ייצוגית גם כאשר ניהולה מחייב סטייה מעקרונות משפטיים מסורתיים. באופן דומה, נקודת-המבט הציבורית תתמוך בהגמשת העקרונות המשפטיים המוכרים כדי לשפר את הטיפול בתובענות ייצוגיות קיימות.¹⁶ כנגד הפרספקטיבה הציבורית ניתן להציב נקודת-מבט אחרת, שניתן לכנותה *דיונית* או *מסורתית*. פרספקטיבה זו רואה בתובענה הייצוגית הרחבה של מכשירים פרוצדורליים קיימים, ולא מכשיר ייחודי לאכיפת הדין. כך, תקנות סדר הדין מאפשרות צירוף של תובעים נוספים בהסכמתם,¹⁷ והתובענה הייצוגית היא למעשה צירוף של חברי הקבוצה כתובעים, אשר את הסכמתם המשתמעת ניתן להסיק מן העובדה שנשלחה אליהם הודעה בדבר ניהול ההליך הייצוגי והם בחרו לא לצאת מהקבוצה.¹⁸ התובענה הייצוגית, לפי נקודת-מבט זו, משקפת למעשה אפשרות להשתמש בכללים הקיימים באופן אפקטיבי יותר. נקודת-המבט הדיונית תדגיש אם כן כי על מכשיר התובענה הייצוגית לשמר את הזכויות המהותיות והפרוצדורליות שיש לצדדים לפי הדין הקיים, ובפרט את הסעד האישי שכל חבר בקבוצה זכאי לו. מאותה סיבה נקודת-המבט הדיונית עוינת מטבעה שימוש במכשירים דיוניים חדשניים לניהול התובענה הייצוגית, שכן מכשירים אלה פורצים את המסגרת הדיונית הקיימת.¹⁹ בכובלה את התובענה הייצוגית לכללים הפרוצדורליים הרגילים, נקודת-המבט הדיונית נוטה לצמצם את היקף התובענה הייצוגית. כך, מנקודת-מבט דיונית אין לאפשר לקבוצת תובעים לקיים הליך ייצוגי כאשר ניהול ההליך יחייב פריצה משמעותית של המסגרת הקיימת. באופן דומה, גם כאשר תכיר הגישה הדיונית בקיום הליך ייצוגי, היא תיטה להגביל את קשת הפרוצדורות המותרות לניהולו.

דיון מקיף בהבחנה בין שתי נקודות-מבט אלה חורג מהיקפו של מאמר זה, אך ניתן לומר שהמדיניות כלפי תובענות ייצוגיות משקפת מציאות מורכבת, שבה ניתן לזהות את שתי נקודות-המבט במעורב: ראשה של התובענה הייצוגית בעקרונות של רגולציה מיטבית, תוך שימוש בתמריצים כספיים להפרטת האכיפה הציבורית, אך רגליה נטועות בכללים

15 אך לא בהכרח; במצבים מסוימים הגישה הציבורית עשויה דווקא לצמצם את היקף התובענה הייצוגית. לדוגמה ראו: Shay Lavie, *Tiered Certification*, 19 THEORETICAL INQUIRIES L. (forthcoming 2018).

16 כך, למשל, דייוויד רוזנברג דוגל בהחלשת דרישות הסיבתיות ובאיון הזכות להליך פרטני ככלי לניהול אפקטיבי יותר של תביעות ייצוגיות. רוזנברג "סיבתיות בתביעות המוניות", לעיל ה"ש" 10; רוזנברג "תביעות ייצוגיות מנדטוריות", לעיל ה"ש" 10.

17 תק' 21 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. ראו גם את התקנות האמריקניות: FED. R. Civ. P. 19-20.

18 ראו, באופן כללי: Phillips Petroleum Co. v. Shutts, 472 U.S. 797 (1985). זוהי כמובן פיקציה משפטית, שכן אין דרישה שההודעה תינתן לכל חבר וחבר בקבוצה (ס' 25(ה) לחוק תובענות ייצוגיות), ולנוכח הסכומים הקטנים, מקבלי ההודעה אינם צפויים להביע באופן מפורש את בחירתם להישאר בקבוצה.

19 ראו להלן ה"ש" 42 (התנגדות לשימוש בשיטות סטטיסטיות לניהול תובענה ייצוגית).

הפרוצדורליים המסורתיים.²⁰ במידה רבה ניתן להציג את הדילמות שהתובענה הייצוגית מציגה לשופטים ולקובעי מדיניות כהתנגשות בין שתי נקודות-מבט אלה. דוגמה טיפוסית, שאינה מעניינת של מאמר זה, היא הקונפליקט שבין הרתעת המזיק לבין מתן סעד אישי לכל נזוק, כלומר, מצבים שבהם באמצעות תובענה ייצוגית ניתן לקבוע את חבות המזיק בזול, וכך להשיג הרתעה, אך קשה לקבוע את היקף הנזק המדויק של כל נזוק. במצבים אלה, מנקודת-המבט הדינית תובענות ייצוגיות רצויות פחות מאשר מנקודת-המבט הציבורית.²¹

2. מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות

איזו נקודת-מבט משתקפת בצורה החזקה ביותר בחוק תובענות ייצוגיות? סעיף 1 לחוק מגדיר ארבע מטרות:

- (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.

בפסקות הבאות אנסה לצקת תוכן בארבע מטרות אלה. לצורך הדיון אבחין בין תביעות ייצוגיות שבהן העילות האישיות "גדולות" מספיק, כך שהן היו מוגשות לבית-המשפט גם בעולם ללא תביעות ייצוגיות, לבין תביעות ייצוגיות שבהן העילות האישיות קטנות, כך שהן לא היו מגיעות לבית-המשפט בעולם ללא תביעות ייצוגיות.²²

זכות הגישה לערכאות – על פניה תכלית זו מהדהדת את הגישה הדינית, שכן היא מדגישה את האפשרות הגלומה כתביעה הייצוגית להרחיב את הזכות להליך משפטי. עם זאת, מטרה זו אינה ברורה מאליה. קשה לראות איך התביעה הייצוגית תורמת למימוש זכות הגישה לערכאות באותן תביעות "גדולות" אשר ממילא היו מגיעות למשפט.²³ נמצא אם כן

20 כך, המקור החוקי לתביעה הייצוגית בארצות-הברית הוא תקנות סדרי הדין הפדרליים – Fed. R. Civ. P. 23. בישראל נחקק אומנם חוק תובענות ייצוגיות, אך התקנות שהותקנו מכוחו קובעות כי בהעדר הוראה מיוחדת, "בכל עניין של סדר דין בבקשה לאישור או בתובענה ייצוגית, יחולו תקנות סדר הדין האזרחי, בשינויים המחויבים...". תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010, ס' 19(א).

21 לדיון בהתנגשות שבין עקרונות הסעד לבין עקרונות ההרתעה ראו, למשל, רוזנברג "תביעות ייצוגיות מנדטוריות", לעיל ה"ש 10.

22 מובן שהבחנה זו אינה חדה, אך היא מאפשרת לערוך דיון עמוק יותר בתכליתו של חוק תובענות ייצוגיות. ככלל, דוגמות לתביעות ייצוגיות "גדולות" הן עוולות המוניות שבהן ניזוקים שונים סבלו נזקי גוף שונים עקב מעשה נזיקי דומה (ראו, למשל, את התביעה הייצוגית בעניין נזקי האסכסט: *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997)). תביעות ייצוגיות בעילות אישיות "קטנות" הן התביעות הייצוגיות הקלסיות, שעניינן, למשל, בנזק ממוני בשיעור נמוך יחסית שנגרם למחזיקי ניירות-ערך או לרוכשי מוצר מסוים.

23 להפך, ההליך הייצוגי פוגע בזכויות הדיניות הפרטניות של אותם ניזוקים שכעת מאוגדים במידת-מה תחת מטרייה אחת.

שמטרה זו רלוונטית רק לתביעות ייצוגיות "קטנות", אשר לא היו מגיעות למשפט בעולם ללא תביעות ייצוגיות.²⁴ עם זאת, זכות הגישה לערכאות אינה רק הזכות לכניסה להליך; מקופלות בה גם זכויות אחרות, כגון הזכות "לכירור הולם והוגן של טענות הצדדים, ולמתן הזדמנות נאותה להפעיל זכויות דיוניות שונות".²⁵ זכויות אלה באות לידי ביטוי באופנים שונים במסגרת של תובענה ייצוגית. כך, למשל, עד כמה נרצה לתת לכל חבר בתובענה ייצוגית את האפשרות להביע את דעתו ולהשתתף בהליכים באופן פעיל?²⁶

סעיף המטרות בחוק תובענות ייצוגיות אינו מספק כלים להבנת היקפה הרצוי של זכות הגישה לערכאות. בפרט, לא ברור אם נעדיף "כמות" של גישה לערכאות על "איכות", כלומר, אם נעדיף תובענה ייצוגית שנותנת גישה לערכאות לניזוקים רבים אך מעניקה זכויות דיוניות פחותות לכל חבר קבוצה או דווקא תובענה ייצוגית שמכילה מספר מצומצם של חברים אך מעניקה לכל חבר זכויות דיוניות רחבות. נקודת-מבט ציבורית תראה את הזכויות הדיוניות כמשניות למטרת ההרתעה, ועל-כן תשאף לצמצמן ככל שהן מקשות את ניהול התובענה הייצוגית. לעומת זאת, מנקודת-מבט דיונית יש לשאוף להשוות את הזכויות הדיוניות הניתנות במסגרת תובענה ייצוגית לזכויות הדיוניות הניתנות בהליך אזרחי רגיל. על פני הדברים, לשון הסעיף מדגישה את ה"כמות", כלומר, את ראיית התביעה הייצוגית כמכשיר המאפשר להכניס לבית-המשפט תביעות שלא היו מגיעות לערכאות באופן אחר.²⁷ ניהול יעיל – במבט ראשון נדמה שניהול יעיל פירושו חיסכון במשאבי בית-המשפט. עם זאת, ראייה מעמיקה יותר תבהיר כי תובענה ייצוגית, לפחות בעילות אישיות "קטנות", מעמיסה על בית-המשפט בהשוואה לעולם ללא תובענות ייצוגיות, שכן בעולם כזה תביעות אישיות קטנות אינן מגיעות כלל לבית-המשפט. ניתן לתהות לכן, לפחות בהקשר של תביעות ייצוגיות בעילות אישיות קטנות, אם תכלית הניהול היעיל היא תכלית עצמאית או שמא היא משרתת תכליות אחרות.²⁸ כך או כך, נדמה ש"תכלית" הניהול היעיל מתיישבת טוב יותר עם נקודת-המבט הציבורית, שכן משתמע ממנה שמכשיר התובענה הייצוגית דורש פרוצדורות מיוחדות, יעילות וממצות, ושניהול של תביעה ייצוגית דרך הפרוצדורות הרגילות הוא לא-אפקטיבי.

אכיפת הדין והרתעה – תכלית זו מתיישבת באופן ברור עם נקודת-המבט הציבורית. על התובענה הייצוגית לאכוף את הדין היכן שגורמים חלופיים – כגון רשויות המנהל

24 אכן, ס' 1(1) לחוק תובענות ייצוגיות מציין במפורש "סוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים".

25 רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פ"ד סה(1) 438, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2011).

26 השוו לשיקול-הרעת הניתן לשופט בס' 15(א) לחוק תובענות ייצוגיות: "בית המשפט רשאי להתיר לחבר קבוצה שבשמה מנוהלת תובענה ייצוגית... להשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית, אם מצא כי הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית, וכך... לשם הגנה על ענינו של אותו חבר קבוצה".

27 ראו לעיל ה"ש 24.

28 בתביעות "גדולות" ניתן להכיר בתכלית עצמאית של ניהול יעיל. מדובר בתביעות שממילא היו מגיעות לבית-המשפט, לפי ההנחה, ומכשיר התובענה הייצוגית יכול לאפשר דיון יעיל יותר בהן.

ודיני הנזיקין הרגילים – כשלו. יודגש כי התביעה הייצוגית יכולה לשפר את ההרתעה הן בתביעות "גדולות" והן בתביעות "קטנות", שכן הנתבע נהנה מיתרון לגודל גם כאשר העילה האישית גבוהה דייה להביאה לבית-משפט בהליך רגיל.²⁹ מנקודת-המבט הציבורית עולה גם שההרתעה המושגת על-ידי תובענות ייצוגיות אינה צריכה להיות מרבית, אלא מיטבית.³⁰ על-כן, בעולם שבו מושגת הרתעה מיטבית אין מקום לתובענה ייצוגית.

סעד הולם לנפגעים – תכלית זו עולה בקנה אחד עם הגישה הדינונית: התביעה הייצוגית, על-פי גישה זו, היא שלוחה של הפרוצדורות הרגילות, ומכאן שהנפגע אמור לקבל אותו סעד שהיה מקבל בתביעה שאינה ייצוגית. הגישה הציבורית, לעומת זאת, תראה את מטרת הסעד, ברוב המקרים, כאינסטרומנטלית למטרת ההרתעה.

בהקשר הייצוגי ניתן לחשוב על כמה ביטויים של "סעד הולם". טלו תובענה ייצוגית שבה ניתן לזהות שתי תת-קבוצות שוות בגודלן: בתת-קבוצה א הנזק הוא 40 לכל ניזוק, ואילו בתת-קבוצה ב הנזק הוא 80 לכל ניזוק. קביעה שלפיה כל ניזוק מתת-קבוצה ב יפוצה ב-120, ואילו הניזוקים מתת-קבוצה א לא יפוצו כלל, פוגעת בעקרון הסעד. באופן דומה, פסיקה שתפצה את כל חברי הקבוצה ב-60, ללא קשר להשתייכותם לתת-קבוצה א או ב, פוגעת גם היא בעקרון הסעד. מובן שבמקרים רבים מטרת הסעד ההולם עלולה להתנגש במטרת ההרתעה.³¹ שאלה אחרת היא אם מטרת הסעד ההולם פירושה "החזרת המצב לקדמותו", באופן מילולי ודוקוני, לגבי כל ניזוק וניזוק.³² בהמשך אטען כי לשם הגשמת הסעד ההולם די בכך שכל ניזוק יפוצה בכסף או בשווה-כסף.³³

מהי אם כן מטרת-העל של חוק תובענות ייצוגיות? איזו תפיסה בנוגע לתובענות ייצוגיות הוא משקף? ראינו כי המטרות שהחוק מציין סותרות במידה מסוימת, וכי החוק עמום לגבי המדרג ביניהן, אולם דומה שהחוק מתיישב טוב יותר עם הגישה הציבורית. דיון מקיף בשאלה זו חורג מהיקפו של מאמר זה, אולם אציין בקצרה שני נימוקים לטענתי:

29 ראו לעיל ה"ש 13 והטקסט שלידה. ראו גם את דבריו של השופט גרוסקופף בת"צ (מחוזי מר') 11-11-38620 הדר תעשיות דפוס בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 13.11.2014) ("ממגוון סיבות, גם כשהנזק למבקש הוא משמעותי, עלולה להיווצר אכיפת חסר ... ואכן, בתנאים שהציב המחוקק לניהול תובענה ייצוגית לא ניתן למצוא את התנאי של העדר כדאיות לניהול תביעה אישית").

30 פורת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 273 ("דיני הנזיקין מבקשים ליצור הרתעה אופטימלית ולא הרתעה מקסימלית. הרתעה מקסימלית מיועדת למנוע נזקים לחלוטין. הרתעה אופטימלית... מיועדת להביא את הפעילות יוצרת-הנזקים לנקודת האופטימום, שבה מניעה נוספת של הנזק אינה כדאית מבחינה חברתית").

31 ראו לעיל ה"ש 21 והטקסט שלידה. שתי האפשרויות שהוצגו בדוגמה שקולות מבחינת תכלית ההרתעה, שכן בשתייהן הנתבע משלם את מלוא הנזק – 60 בממוצע לניזוק.

32 גישה כזו עשויה לנבוע מעקרונות של צדק מתקן, המחייבים "שהצדק בין המזיק לבין הניזוק ייעשה תוך התמקדות באינטראקציה שביניהם". פורת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 272.

33 ראו להלן ה"ש 172-174 והטקסט שלידן.

הראשון עניינו בהיסטוריה החקיקתית. החוק מבוסס על שתי הצעות חוק, ממשלתית ופרטית,³⁴ ודברי ההסבר של שתייהן מראים בבירור כי מדובר בהסדר מיוחד בעל חשיבות ציבורית. הצעת החוק הממשלתית מציינת במפורש כי "ההליך הייצוגי נחזה לאו דווקא כהסדר דיוני של ניהול תביעות, אלא בראש וראשונה ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים", וכי החוק משקף "תפיסה זו".³⁵ הצעת החוק הפרטית קובעת באופן דומה כי "מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי... אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות".³⁶ בעוד דברי ההסבר לשתי ההצעות חוזרים ומדגישים את מטרת ההרתעה, הם אינם מתייחסים למטרת הסעד.

השני, והחשוב יותר בעיניי, הוא קיומם של הסדרים ספציפיים בחוק שבהם מודגשת מטרת ההרתעה, גם על-חשבון מטרת הסעד. ההסדר הבולט ביותר נמצא בסעיף 20(ג)(1) לחוק:

"מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה... אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר... לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון..."

סעיף זה מבטא באופן מובהק את עדיפותה של מטרת ההרתעה על מטרת הסעד, לפחות בסיטואציות שבהן פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי (למשל, כאשר העילות האישיות קטנות). הסעיף מדריך את בתי-המשפט להעביר, על-פי שיקול-דעתם, את הסעד הכספי המגיע לחברי הקבוצה למטרה חיצונית לקבוצה, ובלבד שהכסף יצא מכיסו של הנתבע, כלומר, תושג הרתעה.³⁷ באופן דומה, סעיפים אחרים בחוק מונעים מחברי הקבוצה סעד שמגיע להם על-פי דין בתביעה אישית – למשל, פיצויים ללא הוכחת נזק.³⁸ הסיבה לכך היא החשש מפני הרתעת-יתר, או כלשון הצעת החוק הממשלתית – החשש שפסיקת פיצויים כאלה עלולה "להעניש" את הנתבע יתר על המידה.³⁹

המסקנה שחוק תובענות ייצוגיות מבטא גישה ציבורית פונקציונלית מתחזקת כאשר מביטים על ההסדר הקיים בארצות-הברית. ראשית, בניגוד מוחלט לרטוריקה של הצעת החוק הישראלית, התקנה האמריקנית ודברי ההסבר לה נמנעים מלהזכיר את החשיבות הציבורית

34 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 133 (2006).

35 דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממלה 256, 257 (להלן: הצעת החוק הממשלתית). באופן דומה נאמר בדברי ההסבר כי "התובענה הייצוגית היא כלי חשוב להגברת האכיפה של זכויות... [ו]להרתעת [מעוולים] מפגיעה בזכויות של רבים" (שם, בעמ' 256).

36 דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח הכנסת 232.

37 סעיף זה הוא העיגון הדוקטרינרי לפתרון התרומות. ראו להלן ה"ש 103-104 והטקסט שלידן.

38 "בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן [ככלל] לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק..." (ס' 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות).

39 ראו הצעת החוק הממשלתית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 285.

של התובענה הייצוגית ואת פונקציית ההרתעה שהיא ממלאת.⁴⁰ שנית, תובענות ייצוגיות בארצות-הברית מוסדרות, ככל כלל דיוני אחר, במסגרת כללי סדר הדין האזרחי הפרדליים (כלל 23), ולא בחוק נפרד. ככללים דיוניים, תובענות ייצוגיות אינן יכולות, לפי הדין הפרדלי, לשנות זכויות מהותיות.⁴¹ אכן, ברוח הגישה הדיונית, ובשל הכבילה למסגרת הפרוצדורלית הקיימת, הגבילו בתי-המשפט האמריקניים את האפשרות להשתמש בתובענות ייצוגיות.⁴²

* * *

ניתן להתייחס למכשיר התובענה הייצוגית ולתכליות העומדות בבסיסו כאופנים רבים. חלק זה הציג שתי נקודות-מבט על התובענה הייצוגית – גישה ציבורית פונקציונלית וגישה דיונית. חוק תובענות ייצוגיות מצהיר על כמה מטרות, אך הן עמומות וסותרות, ואינן מסייעות בהבנת התכלית העומדת בבסיס החוק. עם זאת, לנוכח ההיסטוריה החקיקתית וכמה סעיפים שבהם החוק מבכר הרתעה על סעד, נראה שהגישה הציבורית בולטת יותר בחוק. על רקע זה ניתן לפנות לשאלה שבמוקד מאמר זה – כיצד יש לחלק את קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות?

ב. בעיית החלוקה של קופת הפיצוי

בתביעות רגילות כל תובע מקבל את הפיצוי המגיע לו. תביעות ייצוגיות נותנות מענה למצבים שבהם התובע אינו טורח להגיש תביעה אישית. אך תביעות ייצוגיות קלסיות אלה, שבהן הסכומים האישיים קטנים, מעוררות בעיה אחרת – כיצד לחלק את הפיצוי לחברי הקבוצה? מכיוון שהפיצוי זעום, העלויות המנהליות הכרוכות בפיצוי אישי עלולות לעלות על הפיצוי עצמו. חלק זה מתאר בקצרה את בעיית החלוקה של קופת הפיצוי ואת ההקשרים הטיפוסיים שבהם היא עולה.

רוב תיקי התובענות הייצוגיות שבהם חברי הקבוצה זוכים בפיצוי מסתיימים בפשרות.⁴³ כבתיקים רגילים, פשרות בתביעות ייצוגיות משקפות את התועלת (והעלות) לחברי הקבוצה

40 ראו, למשל: Zachary D. Clopton, *The Global Class Action and Its Alternatives*, 19 THEORETICAL INQUIRIES L. *3 (forthcoming 2018).

41 ראו את החוק המסדיר את האפשרות לחוקק כללי פרוצדורה, ובלבד שהם לא ישנו זכויות מהותיות: Rules Enabling Act, 28 U.S.C. § 2072(b) (1934). לכן כלל המונע מחברי הקבוצה סעד המגיע להם לפי דין, דוגמת זה המוצג לעיל בה"ש 38-39 ובטקסט שליידן, לא יהיה חוקי בארצות-הברית.

42 ראו, למשל: Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338, 367 (2011) (דחיית תובענה ייצוגית בשל שוני בין חברות הקבוצה – עוברות של הנתבע אשר הופלו לכאורה בשל מינן – וכן דחיית השימוש בהיסקים סטטיסטיים לקביעת אחריותו של הנתבע בתובענות ייצוגיות בשל החשש משינוי זכויות מהותיות דרך תובענה ייצוגית). ברוח זו נשמעה בספרות הטענה הקיצונית יותר שתובענות ייצוגיות משנות את מערך הזכויות המהותיות ולכן מעלות במתכונתן הנוכחית קשיים חוקתיים רציניים. MARTIN H. REDISH, *WHOLESALE JUSTICE: CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF THE CLASS ACTION LAWSUIT* (2009).

43 קרן וינשל-מרגל ואלון קלמן "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים מה 709, 741-738 (2016) (במאגר הנתונים של הכותבים, 9 תיקי תובענות ייצוגיות

ולנתבע מהמשך ההתדיינות בבית-המשפט.⁴⁴ הן נגזרות מן הצפי של הצדדים לגבי סכום הפיצוי שיקבע בית-המשפט לכלל חברי הקבוצה.⁴⁵ הסכום שאותו הסכים הנתבע לשלם – סכום הפשרה – מהווה לכן את קופת הפיצוי הקבוצתית. נוסף על קופת הפיצוי, הפשרה צריכה לכלול גם הצעה למנגנון שבאמצעותו יחולק הפיצוי לחברי הקבוצה. פשרה בתביעות ייצוגיות, בניגוד לתיקים רגילים, כפופה בחוק לאישור מהותי – "בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם כן מצא, כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בענינם של חברי הקבוצה".⁴⁶ מכאן שעל בית-המשפט לאשר לפי אמות-מידה אלה הן את סכום הפשרה – קופת הפיצוי – והן את המנגנון המוצע לחלוקת קופה זו.

שאלת חלוקתה של קופת הפיצוי נראית על פניה שאלה צדדית ביחס לשאלה המהותית יותר של גובה הסכום שיופקד בקופת הפיצוי. עם זאת, בשל אופיין המיוחד של תובענות ייצוגיות כמכשיר לאגרגציה של תביעות אישיות קטנות, שאלה זו מעוררת קשיים תיאורטיים ומעשיים רבים. מקור הבעיה בכך שהעלויות המנהליות הכרוכות בהעברת הכסף לכל תובע ותובע גבוהות ביחס לעילה האישית, כך שמתן פיצוי אישי לכל תובע נראה בלתי-מוצדק.⁴⁷

הסתיימו בפסק-דין לטובת הקבוצה, ואילו כ-150 הסתיימו בפשרות).

44 ראו, למשל, אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 16 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות").

45 מכיוון שבאופן טיפוסי קשה לשום את הנזק הפרטני של כל חבר בקבוצת התובעים, כלל הנזק נקבע במקרים רבים כמכפלת הפיצוי האישי הממוצע במספר חברי הקבוצה. ראו, למשל, עניין תנובה, לעיל ה"ש 3, פס' 54-55 (חישוב הנזק לקבוצה לפי סך של 250 ש"ח בגין פגיעה באוטונומיה לכל חבר קבוצה, בהתעלם מההבדלים בין חברי קבוצת התובעים).

46 ס' 19(א) לחוק תובענות ייצוגיות. נוסף על כך, ס' 19(ד) מגדיר את התנאים והפרוצדורה לאישורו של הסדר פשרה, ובפרט מאפשר לבתי-המשפט להוביל לשינוי בהסדר הפשרה, באמצעות התנאת אישורו בשינוי המוצע.

47 מכיוון שקופת הפיצוי בפשרה היא כלל הסכום שאותו הסכים הנתבע לשלם, איני רואה חשיבות בשאלה אם הסכם הפשרה מטיל את העלויות המנהליות על הנתבע או שהעלויות המנהליות מקוזזות מקופת הפיצוי. כך או כך, הנתבע מתפשר בשים לב לכלל ההוצאות הצפויות לו, כך שאם הצדדים יקבעו בפשרה שהעלויות המנהליות מוטלות על הנתבע, הסכום שאותו יסכים הנתבע לשלם יהיה נמוך יותר. בכל מקרה, הפתרון שמצאו הצדדים לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי צריך לעבור את ביקורתו של בית-המשפט.

שאלה אחרת היא הרלוונטיות של בעיית החלוקה של קופת הפיצוי למקרים הלא-טיפוסיים שבהם ניתן פסק-דין לטובת הקבוצה (ראו לעיל ה"ש 43). ככל שבית-המשפט פסק סכום כולל שעל הנתבע לשלם, סכום זה צריך לכלול גם את העלויות המנהליות של חלוקת הכסף, כפי שנעשה בהסכמי פשרה. אפשרות אחרת היא שבית-המשפט יפסוק סכום כולל, ונוסף על כך יטיל על הנתבע את העלויות המנהליות של פיזור הכסף. גם במקרים אלה מתעוררת בעיית החלוקה של קופת הפיצוי, אם כי באופן חלש יותר. ראשית, גם כאשר העלויות המנהליות מוטלות על הנתבע, סביר להניח שיוותרו חלקים בלתי-מנוצלים מקופת הפיצוי שבית-המשפט יצטרך לקבוע את אופן חלוקתם. ראו ה"ש 55-58 להלן והטקסט שלידין. שנית, סביר להניח שבתי-משפט ישאפו לא להטיל על הנתבע עלויות מנהליות גבוהות מדי, כדי לא לגרום להרתעת-יתר, למשל. השוו לס' 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות ("הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית... לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית... רשאי הוא... להורות [על חלוקת הכסף]...)

ניתן לזהות כמה הקשרים טיפוסיים שבהם העלות המנהלית של פיזור קופת הפיצוי לא תצדיק העברת פיצוי אישי לכל תובע ותובע.

ההקשר הראשון הוא מצב שבו עלויות הטיפול בהעברת הכסף גבוהות יחסית לעילה האישית. בהסדר הפשרה בעניין רויאל גרדן נ' סלקום, למשל, נקבע כי חלק מחברי קבוצת התובעים – לקוחות-עבר של סלקום – יקבלו את הפיצוי בצורת צ'ק דרך הדואר.⁴⁸ מכיוון ששיטת פיצוי זו גוררת עימה עלויות טיפול של שקלים אחדים לכל תשלום,⁴⁹ מתן פיצוי אישי בדרך זו לתובעים שנזקם קטן משקלים ספורים אינו כדאי.⁵⁰

ההקשר השני הוא מצב שבו איתור התובעים יקר באופן יחסי לנזקיהם האישיים. בעיה זו עלתה, למשל, בעניין אינטרדייט נ' פלאפון,⁵¹ שם התעורר הצורך לאתר חלק מחברי קבוצת התובעים שכתובתם אינה ידועה, אך התברר "שעלותה של שאילתא אחת ממרשם האוכלוסין היא 20 ש"ח".⁵² מובן כי לגבי תובעים שנזקם קטן יחסית אין הצדקה להוציא את עלויות החיפוש, ולכן תובעים כאלה לא יקבלו את המגיע להם.⁵³ במקרים רבים אחרים יהיו זיהוים ואיתורים של התובעים מורכבים אף יותר.⁵⁴

ההקשר השלישי הוא מצב שבו העלויות של מימוש הפיצוי גבוהות באופן יחסי לעילה האישית. בניגוד לשני המצבים הקודמים, העלויות של מימוש הפיצוי מוטלות באופן ישיר על חברי הקבוצה. קבלת הפיצוי כרוכה פעמים רבות בעלויות, כגון העלויות הכרוכות בפדיון צ'ק, בפנייה לנתבע לשם קבלת הפיצוי⁵⁵ או אפילו במילוי טופס תביעה לשם הוכחת הנזק

ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין ("וכן לה"ש 30 לעיל ולטקסט שלידה. במקרה זה שוב עולה השאלה כיצד יש לחלק את קופת הפיצוי לניזוקים בהינתן העלויות המנהליות הגבוהות.

48 ת"צ (מחוזי ת"א) 38200-07-10 רויאל גרדן נדל"ן בע"מ נ' סלקום ישראל בע"מ, פס' 7 (פורסם בנבו, 26.8.2014) (להלן: עניין רויאל גרדן).

49 מעטפה מבולית עולה לכל-הפחות 2.4 ש"ח. ראו "מארז 10 מעטפות מבויללות מאורכות" אתר רשות הדואר www.israelpost.co.il/Mall.nsf/prodsbycode/455.

50 לכן באותו עניין החליט בית-המשפט שרק תובעים שנזקם גדול מ-20 ש"ח יקבלו פיצוי (הפיצוי לאלה שנזקם קטן מ-20 ש"ח הועבר כתרומה לעמותות). ניתן להניח כי תובעים לא-מעטים נמצאו מתחת לרף זה, שכן הפיצוי החציוני היה כ-40 שקלים. עניין רויאל גרדן, לעיל ה"ש 48.

51 ת"צ (מחוזי ת"א) 42526-03-12 אינטרדייט בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2014) (להלן: עניין אינטרדייט).

52 שם, פס' 14.

53 באותו עניין הציב בית-המשפט את רף הנזק המצדיק חיפוש אישי והפקת שאילתה על 100 ש"ח. שם.

54 תביעות ייצוגיות צרכניות הן דוגמה טובה. על פניו אין זה בלתי-אפשרי לאתר רוכשים של מוצר מסוים, אך הרבר כרוך לרוב בעלויות יקרות מאוד ביחס לעילה האישית.

55 השוו לעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 58097-10-13 שר נ' פלס – החברה הכלכלית בע"מ (פורסם בנבו, 4.2.2016), שבו אישר בית-המשפט הסדר פשרה שקבע כי כדי לקבל את ההטבה יהא על חברי הקבוצה להגיע פיזית למשרדי הנתבע.

האישי.⁵⁶ הניסיון מלמד שתובעים רבים נמנעים מלפרות את המגיע להם.⁵⁷ לתופעה זו יש הסבר פשוט – כאשר ההטבה האישית נמוכה והעלות שכרוכה במימושה גדולה מהתועלת הטמונה בה, ההטבה לא תיפדה.⁵⁸

בעיית החלוקה של קופת הפיצוי מתעוררת אם כן בנסיבות שונות.⁵⁹ הבעיה יכולה להתעורר ביחס לכלל חברי הקבוצה – ואז בית-המשפט צריך להכריע כיצד לחלק את כל קופת הפיצוי; והיא יכולה להתעורר רק ביחס לחלק מהקבוצה – למשל, כאשר יש חברים בקבוצת התובעים שקשה לאתרם בשיטות המקובלות. לב הבעיה הוא הפיצוי האישי הנמוך, אשר אינו מצדיק את ההוצאות המנהליות הכרוכות בחלוקתו לפחות לחלק מחברי הקבוצה. יוער כי ההתקדמות בטכנולוגיה מחלישה את בעיית החלוקה של קופת הפיצוי. כאשר הנתבע מחזיק בידיו את פרטי האשראי, כתובת הדוא"ל ומספר הטלפון הנייד של חברי הקבוצה, עלויות האיתור פוחתות; וכאשר ניתן לאתר את חברי הקבוצה כאמור, לעיתים קרובות ניתן גם להעביר להם את הפיצוי האישי באמצעים דיגיטליים. עם זאת, נכון לעכשיו בעיית החלוקה של קופת הפיצוי היא עדיין בעיה רווחת בתובענות ייצוגיות שבהן הפיצוי האישי

56 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 12-04-1937 הבר נ' תדיראן הולדינגס בע"מ, פס' ב (פורסם בנבו, 14.8.2015) ("חברי הקבוצה שיפנו למשיבות בבקשה לקבלות|הפיצוי| יהיו זכאים לכך כנגד הצגת חשבונית, קבלה או תעודת משלוח המעידים [על המוצר הפגום שנרכש]. בהעדר איזו מהאסמכתאות הללו יהיו חברי הקבוצה זכאים להטבה לאחר חתימה על הצהרה בנוסח שאישר בית המשפט...").

57 מקרה לדוגמה הוא רע"א 4467/10 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' אלוני (פורסם בנבו, 2.3.2014) (להלן: עניין אלוני), שבו ניתנה לקבוצת התובעים חבילת הטבות המותנית בפנייה לנתבעת. מספר הפונים בפועל היה זעום ביחס להערכות הראשוניות. לדוגמה זו ולדוגמות נוספות ברוח זו ראו אלון קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" משפט ועסקים כ 1 (2017) (להלן: קלמנט "קופונים").

58 בלשונו של השופט פוזנר: "many people won't bother to do the paperwork necessary to obtain \$10, or even a somewhat larger amount". ראו: *Mirfasihi v. Fleet Mortg. Corp.*, 356 F.3d 781, 783 (7th Cir. 2004).

59 הקשר אחר הוא מצב שבו עלויות הבירור של הנזק האישי גבוהות באופן יחסי לנזק. הניחו כי לצרכני חלב עמיד נגרמה פגיעה באוטונומיה כתוצאה משתיית חלב שהוסף לו סיליקון, ללא ידיעתם, וכי הנזק נאמד ב־250 ש"ח לכל נפגע (בדומה לנסיבות של עניין תנובה, לעיל ה"ש 3). עם זאת, הקבוצה אינה אחידה, ולצרכנים שונים נגרמה פגיעה שונה באוטונומיה עקב רגישויות שונות. היה אפשר לברר את הנזק של כל נפגע, ומכאן את הנזק הכללי, על-ידי עריכת משפט-זוטא לכל תובע ותובע. אולם העלות של בירור עובדתי פרטני כזה עולה באופן טיפוסי על הנזק האישי. עניינו של מאמר זה הוא במצבים שבהם קופת הפיצוי נתונה אך קשה לחלקה, כאמור בשלושת ההקשרים שנזכרו בטקסט. כאשר קשה לקבוע את הנזק האישי, כבדוגמת החלב העמיד, תתעורר בעיה בכימות הנזק הקבוצתי, כלומר, בקביעת קופת הפיצוי. בעיה בקביעת הנזק הקבוצתי חורגת מעניינו של מאמר זה. לדיון קצר בבעיה של כימות הנזק הקבוצתי כאשר אוכלוסיית התובעים אינה הומוגנית ראו *Lavie, Collective Litigation*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 748-751. השוו גם לעניין *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996). שבו נקבע הנזק הקבוצתי על-ידי סדרה של משפט-זוטא לחלק מחברי הקבוצה, שנבחרו בצורה אקראית.

נמוך.⁶⁰ בשנים האחרונות הובילה בעיה זו לחלוקה של עשרות מיליוני שקלים לגורמים שאינם משתייכים לקבוצה.⁶¹ כפי שיודגם להלן, לבעיה זו ניתנו כמה פתרונות. בטרם אפנה לפתרון המוצע – הגרלות בין חברי הקבוצה – אסקור בחלק הבא את הגישות הקיימות להתמודדות עם בעיית החלוקה של קופת הפיצוי בראי המטרות המנויות בחוק תובענות ייצוגיות, ואראה כי כל הפתרונות הקיימים חסרים.

ג. פתרונות קיימים

חלק זה בוחן שבעה פתרונות קיימים לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי, לרבות פתרון שהוצג בחקיקה ישראלית חדשה. כל הפתרונות הללו מתבססים, בווריאציות שונות, על החזרת הפיצוי לנתבע, לקבוצת התובעים או לגופים שלישיים. הפעלתם של מנגנונים אלה כרוכה בקשיים תיאורטיים ומעשיים: חלקם אינם מגשימים את מטרות ההרתעה והסעד, חלקם אינם משיגים יעילות מנהלית, ואחרים מערבים הליך שאינו הוגן ופותחים פתח לשרירות. חלק זה יבחן את המנגנונים הקיימים בראי מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות – בפרט מטרות ההרתעה, הסעד והניהול היעיל⁶² – ואת האפשרות הדוקטרינרית לעגן פתרונות אלה בחוק.

1. החזרת הפיצוי לנתבע

פתרון אחד הוא החזרת קופת הפיצוי לנתבע. באופן טיפוסי פתרון זה מתממש כאשר חלקים מקופת הפיצוי לא נוצלו על-ידי התובעים, וסכומים אלה פשוט נותרים בידי הנתבע. במובן מסוים פתרון זה משקף גישה דיונית מסורתית לתובענות ייצוגיות, שכן הוא מאפשר רק לניזוקים עצמם לקבל פיצוי, ושולל פתרונות יצירתיים לחלוקת העודפים הבלתי-מנוצלים של קופת הפיצוי.

דוגמה אקטואלית היא פשרות שבהן קופת הפיצוי מחולקת לחברי הקבוצה באמצעות הטבה – "קופון" – שמימושה כרוך בעלויות לא-מבוטלות ביחס לשווייה.⁶³ לעיתים קרובות חלק נכבד מחברי הקבוצה אינם טורחים לממש את הקופון,⁶⁴ כך שנותר סכום משמעותי בקופת הפיצוי ברמות הטבות שלא נגבו. חלק מבתיה המשפט פסקו כי במצבים כאלה הנתבע פטור

60 לא בכל תובענה ייצוגית ניתן לאתר בקלות את כל חברי הקבוצה (חשבו, למשל, על תביעתם של צרכני חלב עמיד, כבמקרה תנובה, לעיל ה"ש 3). גם אם ניתן לאתר את חברי הקבוצה ועלויות ההעברה אפסיות, עדיין סביר להניח שיהיו עלויות מימוש מסוימות. השוו לרע"א 2220/14 אף אס אם שירותי קרקע בע"מ נ' אורן (פורסם בנבו, 17.9.2015). בעניין זה, לאחר שנחתם הסכם הפשרה, יצר הנתבע קשר באמצעים אלקטרוניים עם חברי הקבוצה (לקוחות של שירות אופניים ציבורי, ביניהם כותב מאמר זה), אך כדי לממש את הפיצוי האישי נדרשו חברי הקבוצה למלא טופס אלקטרוני עם פרטי כרטיס האשראי. סביר להניח שרבים מחברי הקבוצה לא מימשו את זכאותם לנוכח הסכומים הנמוכים.

61 להלן ה"ש 159.

62 מטרת הגישה לערכאות נראית רלוונטית פחות לשאלת החלוקה של קופת הפיצוי, שכן כל חברי הקבוצה כבר השתתפו בהליך שקבע את קופת הפיצוי הקבוצתית.

63 ראו את הדיון לעיל בה"ש 55–58 ובטקסט שלידן.

64 לדיון בפשרות כאלה ראו קלמנט "קופונים", לעיל ה"ש 57.

מתשלום בעבור ההטבות שלא מומשו. המשמעות של קו מחשבה זה היא שעודפי הפיצוי הבלתי-מנוצלים חוזרים לנתבע, כך שהנתבע למעשה משלם פחות מקופת הפיצוי שעליה הוסכם.⁶⁵ לנוכח ריבוי התובענות הייצוגיות שהסתיימו בפשרות קופון,⁶⁶ פתרון זה אינו נדיר. הפתרון שלפיו חלק מקופת הפיצוי חוזר לנתבע פשוט ליישום, אך הקשיים בו ברורים – הנתבע משלם פחות מכפי שנפסק שעליו לשלם. בהנחה שקופת הפיצוי מגלמת את הנזק שגרם הנתבע,⁶⁷ פתרון זה יוצר תת-הרתעה.⁶⁸ במקביל, קבוצת הניזוקים אינה זוכה במלוא הסעד המגיע לה. בראי סעיף המטרות של חוק תובענות ייצוגיות, אם כן, פתרון החזרת הפיצוי לנתבע אינו מקיים את מטרות ההרתעה והסעד, אם כי הוא יעיל מבחינה מנהלית. מבחינה דוקטרינרית, לפתרון זה אין עיגון ברור בחוק תובענות ייצוגיות. עם זאת, ולמרות ביקורת אקדמית,⁶⁹ חוק תובענות ייצוגיות אינו אוסר החזרה של יתרת פיצוי בלתי-מנוצלת לנתבע, וכאמור, מדובר בפרקטיקה קיימת.⁷⁰

2. החזרת הפיצוי לחברי הקבוצה באופן יחסי לנזקם

הפתרון השני הוא החזרת הפיצוי לחברי הקבוצה באופן יחסי לנזקם. לפתרון זה יש תמיכה מוסדית חזקה – זו עמדתו של ה־American Law Institute (להלן: ALI) בהמלצותיו המשפיעות למודל של ניהול תובענה ייצוגית.⁷¹ פתרון ה־ALI השפיע, בין היתר, על בתי-

65 ראו, למשל, עניין אלוני, לעיל ה"ש 57, שבו שילם הנתבע פחות מכפי שנקבע בהסדר הפשרה מכיוון שהסכומים שלא נדרשו חזרו למעשה לידיו. ראו גם קלמנט "קופונים", לעיל ה"ש 57, בעמ' 15-16.

66 ראו דוח הרשות השופטת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24 (כשליש מהתיקים שבהם נפסק סעד של פיצוי כללו הסדרי הנחות/קופונים).

67 מאמר זה אינו עוסק בשאלת קביעתה של קופת הפיצוי, ומניח כי קופת הפיצוי משקפת נכונה את הנזק שעל הנתבע לשלם. ראו גם לעיל ה"ש 59.

68 ראו לעיל ה"ש 57 בנוגע להתפתחויות בעניין אלוני. כן ראו באופן כללי יותר את מאמרו של קלמנט הנזכר שם.

69 קלמנט "קופונים", לעיל ה"ש 57. חשש קשור הוא שסכום הקופון מפצה בחסר גם את חברי הקבוצה שפרדו את הקופון. שם. אולם כאמור לעיל בה"ש 67, הדיון בטקסט יוצא מנקודת-ההנחה שהקופון, אם ייפדה, יפצה כראוי את חבר הקבוצה שפדה אותו.

70 לא זו אף זו, קיים חשש שעקב תיקוני החקיקה האחרונים יפנו שופטים ל"קופונים" כדרך להימנע מקיום כוונת המחוקק. ראו להלן סביב ה"ש 167.

71 ראו ס' 3.07(b) ל־The Am. Law Inst., Principles of the Law of Aggregate Litigation (2010) (להלן: עמדת ה־ALI).

המשפט האמריקניים⁷² וכן על הוועדה הרפורמה בתקנות סדר הדין הפדרליות, אשר הציעה, בנקודת זמן מסוימת, לאמץ פתרון דומה לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי.⁷³

פתרון ה-ALI נגזר מהתפיסה הדיונית-המסורתית לתובענות ייצוגיות, שלפיה – בדומה לתביעות אישיות – יש לנסות להעניק לכל חבר קבוצה את הפיצוי המגיע לו, קטן ככל שיהיה. מבחינה מעשית, למודל זה יש שתי השלכות על מנגנון החלוקה. ראשית, על בית-המשפט לנקוט את האמצעים הדרושים כדי לנסות להעביר פיצוי למספר מרבי של תובעים. באופן טיפוסי מדובר בכמה סבבי חלוקה שבהם ננקטות דרכים שונות על-מנת לאתר את חברי הקבוצה שלא נמצאו ו/או לא פדו את הכסף בסכבים קודמים. שנית, ככל שיישארו בכל-זאת סכומים בלתי-מנוצלים, יש לחלק יתרה זו בין חברי הקבוצה שדרשו את נזקם בסכבים הקודמים, באופן יחסי לעילת הפיצוי של כל אחד מהם.⁷⁴

פתרון ההחזרה היחסית מגשים את מטרת ההרתעה, שכן הוא כופה על הנתבע לשלם את מלוא קופת הפיצוי. הוא גם מגשים במידה רבה את מטרת הסעד, שכן נעשה מאמץ לפצות כל חבר קבוצה באופן אישי, והסכומים שלא נדרשו חוזרים לקבוצה (אם כי רק לחברי הקבוצה שכבר פדו את הפיצוי).⁷⁵ מגרעתו העיקרית של מנגנון ההחזרה היחסית היא אי-יעילותו, או במילים אחרות – חוסר ההתאמה למטרת הניהול היעיל. שיטת ה-ALI מבוססת על כמה נסיגות לאיתור התובעים ולחלוקת הכסף, תוך שימוש במנגנונים שונים ככל סבב חלוקה. הפרקטיקה האמריקנית כוללת באופן טיפוסי שליחת מכתבים אישיים כשלב ראשון; לאחר-מכן פרסום ברשות הציבור – למשל, בעיתון; ולבסוף שימוש בשיטות מתוחכמות יותר, כגון פנייה לאגרי מידע ושכירת חברות המתמחות באיתור תובעים.⁷⁶

דוגמות מקבילות קיימות בישראל. בעניין אינטרדייט, שנזכר לעיל, דובר בשני סבבי חלוקה: הסבב הראשון כלל שליחת המחאה בדואר לפי הכתובת שהופיעה ברשימות הנתבע; והסבב

72 ראו את הדברים האמורים בהצעת הרפורמה בתקנות סדר הדין האמריקניות: ADVISORY COMMITTEE ON CIVIL RULES, RULE 23 SUBCOMMITTEE REPORT 132–33 (Nov. 5–6, 2015), www.uscourts.gov/rules-policies/archives/agenda-books/advisory-committee-rules-civil-procedure-november-2015 (להלן: הצעת הרפורמה האמריקנית, נובמבר 2015).

73 ראו את הצעת הרפורמה: ADVISORY COMMITTEE ON CIVIL RULES, RULE 23 SUBCOMMITTEE REPORT 263–71 (Apr. 9–10, 2015), www.uscourts.gov/rules-policies/archives/agenda-books/advisory-committee-rules-civil-procedure-april-2015 (להלן: הצעת הרפורמה האמריקנית, אפריל 2015). יוער כי בהצעות הרפורמה המתוקנות הוסרו הסעיפים המתייחסים לבעיית קופת הפיצוי (הצעת הרפורמה האמריקנית, נובמבר 2015, לעיל ה"ש 72; ADVISORY COMMITTEE ON CIVIL RULES, RULE 23 SUBCOMMITTEE REPORT 64–65 (Apr. 14–15, 2016), www.uscourts.gov/sites/default/files/2016-04-civil-agenda_book_0.pdf).

74 לדוגמה של יישום קונקרטי ראו: SEC v. Bear, Stearns & Co., 626 F. Supp. 2d 402 (S.D.N.Y. 2009).

75 להשוואה בין פתרון ההחזרה היחסית לקבוצה לבין פתרון ההגרלות המוצע בהיבט של מטרת הסעד ראו להלן ה"ש 178 והטקסט שלידה.

76 לתיאור הפרקטיקה ראו, למשל, Lavie, *Reverse Sampling*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1090–1091.

השני, לאלה שלא פדו את ההמחאה, חייב איתור כתובת עדכנית באמצעות שאילתה למשרד הפנים ושליחת ההמחאה מחדש.⁷⁷ סבבים אלה כרוכים בעלויות לא-זניחות. פתרון ה-ALI מנסה אם כן לשאוף לאידיאל של פיצוי אישי לכל תובע, במגבלות הקיימות. פתרון זה מגשים במידה רבה את מטרות ההרתעה והסעד, אך לוקה באי-יעילות מנהלית. לגישה זו יש הדים גם בדין הישראלי. העמדה הרואה בחברי הקבוצה הנמען הראשון לפיצוי גם במצבים שבהם העילה האישית קטנה משקפת את המטרה של "סעד הולם לנפגעים" שמגויה בחוק.⁷⁸ לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, "החוקן רואה בסעד של פיצוי לחברי הקבוצה כקודם במעלה לכל סעד... אחר."⁷⁹ אכן, פסקי-דין אחדים שדנו בבעיית החלוקה של קופת הפיצוי צעדו בכיוון זה, תוך שהם עומדים על ניסיון לחלק את הפיצוי האישי למספר גבוה ככל האפשר של חברי קבוצה, לפחות עד גבול מסוים, תוך שימוש בכמה סבבי חלוקה.⁸⁰ בעוד פסיקה ישראלית זו מבטאת את נקודת-המבט הדיונית ככל הקשור לניסיון לפצות כל חבר קבוצה, היא אינה מגשימה את החלק השני של עמדת ה-ALI – פיזור עודפי הפיצוי בין חברי הקבוצה שכבר קיבלו את נזקם בסבבים קודמים.⁸¹ ניתן להסביר עמדה זו בסעיף 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות. הרישא של החלק הרלוונטי בסעיף מורה כי "בית-המשפט רשאי... להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיוותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו". הוראה זו עולה בקנה אחד עם עמדת ה-ALI, אולם המשך הסעיף אוסר פיזור הכסף בין חברי הקבוצה שאותרו מעבר "למלוא הפיצוי או הסעד המגיע" לכל תובע. החוק הישראלי מביע אם כן עמדה דומה לעמדת ה-ALI, אך רק באופן חלקי, עד גבול נזקם של אלה שכבר קיבלו פיצוי.⁸²

הווריאציה הישראלית של פתרון ה-ALI פותחת מחדש את שאלת החלוקה של קופת הפיצוי, שכן מספר סבבי החלוקה מוגבל, ובתי-המשפט מוצאים את עצמם, שוב, עם עודפי פיצוי לא-מבוטלים שאין להם דורש. מדוע בחר המחוקק הישראלי בפתרון חלקי כזה? ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף אינה נותנת מענה לשאלה. תשובה אפשרית, שהובעה בפסקי-דין אמריקניים, היא מניעת "מתת-שמים" (windfall) לא-ראויה מאלה שנזקם כבר

77 עניין אינטרדייט, לעיל ה"ש 51, פס' 14. שני סבבים אלה היו רלוונטיים רק ללקוחות-עבר של הנתבע, שלא היה אפשר לזכותם בצורה אלקטרונית.

78 ס' 1(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

79 ס' 8 לעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בת"צ (מחוזי מר') 47395-11-10 מינוף ויזמות בע"מ נ' חברת דרך ארץ היוויז (1997) בע"מ (התקבלה ב-1.9.2013) / index.justice.gov.il/Publications/News/Documents/derecherez.pdf (ההדגשה במקור).

80 ראו את פסקי-הדין בעניין רויאל גרדן, לעיל ה"ש 48, ובעניין אינטרדייט, לעיל ה"ש 51, שבהם הועמד רף הפיצוי התחתון על 20 שקלים ו-100 שקלים, בהתאמה.

81 למשל, בפסקי-הדין בעניין רויאל גרדן, לעיל ה"ש 48, ובעניין אינטרדייט, לעיל ה"ש 51, פיצוי בשל עילות אישיות מתחת לרף שזוכר לעיל הועבר לתרומה.

82 השוו לת"צ (מחוזי ת"א) 1821/08 יצחקי נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 19.6.2016) (אישור הסדר פשרה ובו שני סבבי חלוקה, כאשר בסבב השני תחלק יתרת הפיצוי בין אלה שאותרו בסבב הראשון, אך רק עד גובה נזקם, והיתרה תועבר לתרומה לעמותה).

הוטב.⁸³ היא ההסבר אשר יהא, מדיניות המגבילה את הפיצוי האישי לתקרת הנזק האישי, גם במצבים שבהם אי-אפשר להעניק סעד לכל חבר קבוצה, פוגעת באפשרות לתת פתרונות יצירתיים לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי. מדיניות זו אף דחפה בתי-משפט לפתרון של חלוקת קופת הפיצוי לגופים שלישיים – פרקטיקה שיצרה בעיות רבות, אשר יידונו להלן. לנוכח שיקולים אלה, ובהעדר סיבת מדיניות טובה לא לחרוג מתקרת הנזק האישי, יש מקום להשמיט את ההגבלה של פיצוי רק עד "מלוא... הסעד" האישי. לפי שעה, בהעדר תיקון חקיקה באופן, ניתן לפרש את סעיף 20(א)(3) בצמצום: תקרת הסעד האישי – "הסעד המגיע" לכל חבר – יכולה להיחשב כסעד הנטען בתובענה הייצוגית, אשר סביר להניח שהוא גדול מהנזק האמיתי (בשל נטייתם של תובעים "לנפח" את סכום התביעה).⁸⁴

3. העברת הפיצוי למדינה

הפתרון הראשון העביר את יתרת הפיצוי לנתבע, והשני החזירה לקבוצת התובעים. פתרון שלישי הוא ניתוב הכסף למדינה. רעיון ההשבה למדינה נסמך על עקרונות משפטיים מוכרים. חוק השבת אבידה, למשל, קובע כי בתנאים מסוימים נכס שאין לו דורש עובר לקניין המדינה.⁸⁵ ניתן לחשוב על כמה וריאציות של רעיון ההשבה למדינה. בתי-המשפט יכולים, באופן הפשוט ביותר, להעביר למדינה את כל קופת הפיצוי.⁸⁶ אפשרות אחרת, שהייתה מעוגנת בחוק תובענות ייצוגיות עד יינוי החקיקה של 2016, היא להעביר למדינה רק יתרות פיצוי בלתי-מחולקות.⁸⁷ בשתי הווריאציות סכום ההשבה יכול לעבור לקופת האוצר לצורך חלוקה לפי שיקול-דעתה של המדינה (כפי שהיה בנוסח הקודם של החוק) או למטרה ייעודית.⁸⁸ מבט ראשון פתרון ההשבה למדינה יעיל ואלגנטי. הוא מקיים את מטרת היעילות המנהלית, שכן ניתן לבצעו על-ידי העברה פשוטה וחד-פעמית של כספים מהנתבע למדינה. פתרון זה משקף תפיסה ציבורית פונקציונלית: מטרת ההרתעה מוגשמת, שכן הנתבע משלם את מלוא קופת הפיצוי בשל מעשיו. מטרת הסעד אומנם אינה מוגשמת במידה מלאה, שכן

83 ראו, למשל: *In re Folding Carton Antitrust Litig.*, 557 F. Supp. 1091, 1107 (N.D. Ill. 1983), *aff'd*, 744 F.2d 1252 (7th Cir. 1984).

84 לדיון דומה ראו: *In re BankAmerica Corp. Sec. Litig.*, 775 F.3d 1060, 1065–66 (8th Cir. 2015). כן ראו הצעת הרפורמה האמריקנית, אפריל 2015, לעיל ה"ש 73, בעמ' 267 ו-270. הפרקטיקה של "ניפוח" סכום התביעה אינה ראויה כשלעצמה, ומקורה בכך שתובעים ייצוגיים, בניגוד לתובעים בתביעות רגילות, אינם משלמים אגרות לפי הסעד הנטען.

85 ס' 4 לחוק השבת אבידה, התשל"ג-1973.

86 להצעה ברוח זו ראו: Goutam U. Jois, *The Cy Pres Problem and the Role of Damages in Tort Law*, 16 VA. J. Soc. POL'Y & L. 258 (2008).

87 נוסחו הקודם של ס' 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות נתן לכתי-משפט את האפשרות להורות על חלוקה פנימית של יתרת הפיצוי בין חברי הקבוצה שאותרו או להעביר את יתרת הפיצוי הבלתי-מחולקת לאוצר המדינה.

88 ראו את ההצעה להעביר את עודפי הפיצוי לקרן למימון תובענות ייצוגיות – ס' 20(ב)(2) להצעת החוק הממשלתית, לעיל ה"ש 35.

הכספים אינם חוזרים לניזוקים, אולם ניתן לטעון כי היא מוגשמת בצורה עקיפה, שכן חזקה על המדינה שהיא תדאג לכל אזרחיה, ובכלל זה לניזוקים.⁸⁹

פתרון ההעברה למדינה עדיף בעיניי על פתרונות אחרים, ובמיוחד על פתרון התרומות, שיידון להלן. אך גם פתרון זה חשוף לבעיות לא-מעטות. ראשית, פתרון זה מנוגד למטרת הסעד ולעיקרון שלפיו קופת הפיצוי צריכה לעבור לניזוקים.⁹⁰ בניגוד לטענה שהוצגה לעיל, אין זה ברור שהניזוקים אכן ייהנו באופן עקיף מפירות התובענה הייצוגית אם אלה יעברו לידי המדינה, שכן אפשר שהניזוקים אינם אזרחי המדינה או תושביה כלל.⁹¹ אפשר שהניזוקים סבורים כי העברה לאוצר המדינה פירושה שכספם ירד לטמיון.⁹² מעבר לכך, העברת כספם של חברי הקבוצה למדינה שקולה להטלת מס. מס זה מוטל על כל הניזוקים – שהם באופן טיפוסי צרכנים – בצורה שווה. מדובר אם כן במס גרסיבי, על כל המשתמע מכך. יודגש כי מדובר בסכומי כסף גבוהים – לעיתים, כבמקרה תנובה, עשרות מיליונים בתביעה ייצוגית אחת – שאמורים לעבור למדינה לפי פתרון זה.⁹³ העברת סכומי כסף נכבדים כאלה למדינה, במיוחד כאשר אופן חלוקתם מסור לשיקול-דעתה, מעוררת חשש להטיית שיקול-הדעת. חשש זה בולט במיוחד במצבים שבהם המדינה היא צד ישיר לתביעה – למשל, כנתבעת. במצבים כאלה החזרת פירות התביעה הייצוגית למדינה פוגמת במטרת ההרתעה. אך החשש להטיית שיקול-הדעת של המדינה קיים גם כאשר היא צד עקיף להליך. ניתן לחשוב על מצבים שבהם המדינה – דרך הרשות הרלוונטית – לא תפקח כראוי על תחומים מסוימים מתוך הנחה שהפרות חוק יסתיימו בתביעות ייצוגיות, ולכן בהעברת מיליונים (שלא יהיה אפשר להחזירם לחברי הקבוצה) לאוצר המדינה. כך, יישום מנגנון המעביר למדינה כספי תובענות ייצוגיות משמעו שהמדינה נהנית מעוולות צרכניות, שבהן באופן טיפוסי קשה לאתר את חברי הקבוצה. נמצא, אם כן, שסעד ההעברה למדינה אינו מקיים באופן מלא את מטרת הסעד ועלול לפגום במטרת ההרתעה. אפשר ששיקולים אלה תרמו לכך שסעד

89 ראו, למשל, Jois, לעיל ה"ש 86.

90 אכן, בניגוד למיטלטלין אבודים שבעליהם לא התגלו (המצב המוסדר בס' 4 לחוק השבת אבידה), הבעלים של קופת הפיצוי – קבוצת התובעים – ידועים וניתנים לאיתור, באופן עקרוני.

91 ראו, למשל, את התביעה הייצוגית שהוגשה בשםם של עובדים זרים בשל הטעיה בכרטיסי חיוג: רע"א 6142/14 חברת בזק בינלאומי בע"מ נ' Myrna Mandap (פורסם בנבו, 9.12.2014).

92 אכן, המשמעות המילולית של "טמיון" היא "אוצר הממשלה" – ראו "טמיון" אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן – מחדש ומערכך לשנות האלפים כרך שני 651 (משה אור עורך ראשי, 2003).

93 השוו לנתון המספרי להלן בה"ש 159. לשם השוואה, תקציב הקרן למימון תובענות ייצוגיות – אחד היעדים שהוצעו לחלוקת קופת הפיצוי – הוא כמיליון ש"ח בשנה. ראו, למשל, "דו"ח פעילות הקרן למימון תובענות ייצוגיות לשנת 2014" (2015) index.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/ (2015) TovanoTiztuziyot/Documents/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%A4%D7%A2%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%A7%D7%A8%D7%9F%202014.pdf.

ההעברה למדינה הוא ככלל סעד נדיר – הן בארצות-הברית⁹⁴ והן בישראל.⁹⁵ כיום, בעקבות שינוי החקיקה, האפשרות הדוקטרינרית היחידה להשבת הפיצוי למדינה, אשר תידון בנפרד, היא לקרן ייעודית בפיקוחו של האפוטרופוס הראשי.⁹⁶

4. קרן "גמישה" והסדרי הנחות

פתרון יצירתי רביעי הוא תיעול הפיצוי לקבוצה אחרת הדומה לקבוצה המקורית. במקרה אמריקני ידוע, שבו גבתה חברת מוניות מחיר גבוה מן המותר, נמצא כי זיהוי קבוצת הניזוקים בלתי-אפשרי. הפתרון היה הקמת קרן פיצוי "גמישה" ("fluid fund"), שתפצה לא את הלקוחות שנפגעו, אלא לקוחות עתידיים.⁹⁷ הדרך לעשות כן הייתה חיובה של חברת המוניות להפחית את המחיר לתקופה מסוימת. על פני הדברים זוהי שיטת פיצוי אלגנטית המאלצת את הנתבע לשלם את מלוא קופת הפיצוי בגין מעשיו. ככל שהסדרי הנחות מחושבים כראוי, שיטה זו מגשימה את מטרת ההרתעה. פתרון יצירתי זה מתרחק מהסדרים דינמיים רגילים, ומשקף גישה ציבורית פונקציונלית לתובענות ייצוגיות. הוא אינו מפצה אומנם את כל התובעים, אך מטרת הסעד מוגשמת במידת-מה, שכן יש להניח שקיימת חפיפה מסוימת בין קבוצת לקוחות-העבר לבין קבוצת לקוחות-העתיד. חוק תובענות ייצוגיות אינו מזכיר במפורש הסדרי הנחות, אך הוא גם אינו אוסר הסדרים כאלה. הלכה למעשה, הסדרי הנחות הם מחזה רגיל בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות, בין היתר בדמות "קופון" הנחה למוצרי הנתבע.⁹⁸ עם זאת, בתי-משפט נתקלו בקשיים לא-מעטים ביישום פתרון ההנחות. ראשית, ייתכן שההנחות המוצעות במסגרת הסדר הפשרה היו ניתנות ממילא כחלק ממהלכי העסקים של הנתבע.⁹⁹ ככל שההנחות ניתנות ללא קשר לפשרה, מטרת ההרתעה נפגמת. באופן דומה, אם ההנחות ניתנות על-דרך קופונים, קיים חשש מפדיון-חסר של הקופון ומכך שעלות

- 94 ראו, למשל: State v. Levi Strauss & Co., 715 P.2d 564, 572 (Cal. 1986).
- 95 מתוך מאות תיקים של תובענות ייצוגיות שקודרו, שלושה בלבד הסתיימו בהעברת יתרה בלתי-מנוצלת לאוצר המדינה. דוח הרשות השופטת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25 (ה"ש 66). נתונים אלה מתייחסים לדין הקודם, עובר לתיקוני החקיקה של שנת 2016.
- 96 ראו להלן חלק ג.
- 97 Daar v. Yellow Cab Co., 433 P.2d 732 (Cal. 1967).
- 98 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מר') 44751-0-0 בן סימון נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 22.7.2015). בתביעה ייצוגית זו, שהוגשה בשם לקוחות-עבר של הוט, חלק מקופת הפיצוי ניתן דרך הטבות בעין, כגון הוספת ערוץ ללא תשלום למנויים קיימים.
- 99 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 791-09-14 קלרון נ' ק.א. שוקולד בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.2015) (להלן: עניין קלרון), שם הוסכם על הסדר הנחות בשיעור של 15% על מוצרים מסוימים. בהערותיו של היועץ המשפטי לממשלה על הסדר הפשרה עלתה השאלה אם "ההנחות שיינתנו לצרכנים אינן ניתנות על ידי המשיבות ממילא". כפתרון "הוצע כי יוגש תצהיר בדבר המחיר הממוצע של המוצרים שיוצעו בהנחה לעומת מחירים בתקופת ההטבה". ספק בעיניי אם הגשת תצהיר כזה אכן מבטיחה כי הסדרי ההנחות ניתנים רק כחלק מהסדר הפשרה, במיוחד לנוכח היכולת המוגבלת והעדר התמריצים של מייצגי קבוצת התובעים לפקח על המימנותו של התצהיר.

הקופון לחברה נמוכה ואינה מגלמת כראוי את הנוק לחברי הקבוצה.¹⁰⁰ אך גם אם בעיות אלה באות על פתרונן, שיטת הקרן הגמישה מעוררת קשיים נוספים. דוגמה לכך ניתן לראות בעניין תנובה, שבו התחבט בית-המשפט המחוזי כיצד לפזר את קופת הפיצוי שנקבעה על סך של מיליוני שקלים. נקבע כי חלק מהפיצוי יינתן באמצעות יישום של רעיון הקרן הגמישה, כלומר, על-ידי הסדרי הנחות של תנובה ללקוחות עתידיים. אולם הסדרי הנחות שפיעו על רווחיה של תנובה, שכן המחיר הנמוך יגדיל את הביקוש למוצריה. הנוק לתנובה עשוי אם כן להיות נמוך מההנחה הניתנת, מה שיובייל להרתעת-חסר. נוסף על כך, לנוכח מעמדה של תנובה בשוק, עורר הסדר ההנחות שאלות של הגבלים עסקיים, ולכן נדרשה חוות-דעת מומחה יחד עם אישור הממונה על הגבלים העסקיים. קשיים אלה הטרידו את בית-המשפט העליון בדונו בערעור על פסק-הדין. בהתייחסות קצרה נקבע כי "לנוכח הקשיים הלא מבוטלים הטמונים... בהסדר הנחות המצריך בחינה מדוקדקת של השפעת ההסדר על השוק הרלוונטי... [יחד עם] אישור... הממונה על הגבלים עסקיים... מוטב לוותר במקרה דנן על הקצאת חלק מן הפיצוי להסדר הנחות".¹⁰¹ קשיים אלה מטרידים גם את המשפט האמריקני, במיוחד במקרים שבהם לנתבע יש מעמד חזק בשוק, כמו של תנובה.¹⁰² שיטת הקרן הגמישה אינה מגשימה אם כן את מטרת הסעד ההולם במלואה, מעלה חששות להרתעת-חסר, ומעוררת מכשולים מעשיים שמקשים את החלטה.

5. ביצוע בקירוב ותרומות

הפתרון החמישי מציע את רעיון הפיצוי הגמיש צעד קדימה. אם ניתן להעביר את הפיצוי לקבוצה דומה לקבוצת התובעים, באמצעות הסדרי הנחות, מדוע אי-אפשר להעביר את קופת הפיצוי למטרה דומה למטרה שבשמה תבעה הקבוצה? הבסיס התיאורטי למנגנון זה נמצא ברעיון של "ביצוע בקירוב" (cy pres) – אם פיצוי אישי לחברי הקבוצה אינו אפשרי, יינתן פיצוי למטרה קרובה. באופן מעשי ניתן להגשים מנגנון זה על-ידי תרומה לעמותה שמטרותיה מתאחדות עם רצונותיהם של חברי קבוצת התובעים. על פניו, זהו פתרון פשוט ויעיל מבחינה מנהלית. הוא מגשים את מטרת ההרתעה, שכן הנתבע משלם את מלוא קופת הפיצוי; ובדומה לפתרונות הקרן הגמישה וההעברה למדינה, מטרת הסעד מוגשמת באופן חלקי, על-ידי קירוב רצונותיהם של חברי הקבוצה. גם פתרון יצירתי זה משקף תפיסה ציבורית פונקציונלית, שמכירה בצורך לסטות ממנגנונים דיוניים מוכרים.

100 לפדיון-חסר ראו לעיל ה"ש 64 והטקסט שלידה. לטיעון ששווי הקופון לחברה נמוך משוויו ה"נקוב", בפרט בהסדרי הנחות, ראו קלמנט "קופונים", לעיל ה"ש 57, בעמ' 4 ו-13. בעיות אלה פוגעות מכובן במטרת ההרתעה.

101 עניין תנובה, לעיל ה"ש 3, פס' 60. לניתוח הקשיים ראו גם אמיר ישראלי "פשרה בתובענה ייצוגית הפוגעת בתחרות החופשית" הארת דין ב 112 (2005). אך ראו ת"צ (מחוזי מר') 2004-10-11 זגלשטיין נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2015) (להלן: עניין זגלשטיין), וכן עניין קלרון הנזכר לעיל בה"ש 99, שבהם חלק מקופת הפיצוי ניתן באמצעות מבצעי הנחות.

102 ראו, למשל: Anna L. Durand, Note, *An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms*, 34 STAN. L. REV. 173 (1981).

לפתרון התרומות יש עיגון מסוים בחוק. עובר לתיקוני החקיקה של 2016 קבע כאמור סעיף 20(ג) לחוק כי אם "פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין... רשאי [בית-המשפט] להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה... או לטובת הציבור". בתי-המשפט בערכאות הנמוכות אימצו בידיים פתוחות את שיטת התרומות כמענה לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי, תוך שהם מסתמכים על הוראת חוק זו. אכן, הנתונים האמפיריים מראים כי סעד התרומות נהפך ל"סעד הנפוץ ביותר... בתיקי תובענות ייצוגיות"¹⁰³. בד בבד זכה פתרון התרומות בשעתו בכרכתו של בית-המשפט העליון.¹⁰⁴ לא בכדי אומץ פתרון התרומות על-ידי בתי-משפט רבים – זהו פתרון פשוט לבעיית החלוקה של הכסף, אשר משרת לכאורה את מטרתם של כל המעורבים בעניין. פתרון התרומות צבר פופולריות גם בארצות-הברית.¹⁰⁵ עם זאת, בהסתכלות מעמיקה יותר קיימות בו בעיות לא-מעטות. אכן, פתרון התרומות מיקד אליו ביקורת לא-מעטה, וניתן לזהות נסיגה ממנו הן בדין האמריקני והן בדין הישראלי.

לכאורה, תרומת הכסף לעמותות נוחה לכל הצדדים – לרבות בית-המשפט – ומגשימה את רצון הקבוצה. אולם בפועל פתרון התרומות אינו מספק הכולנה בשאלת יעדי התרומה, ושיקול-הדעת הפתוח לחלק סכומי כסף נכבדים מעורר קשיים. בבסיסו של רעיון הביצוע בקירוב עומד קשר חזק בין התרומה לבין מטרת התובענה הייצוגית. בלשון בית-המשפט העליון בעניין **תנובה**, "ראוי לנסות ככל שהדבר ניתן לעצב את מנגנון חלוקת הפיצוי הקולקטיבי באופן המקיים ולו זיקה מסוימת בין קבוצת המפוצים לקבוצת הניזוקים"¹⁰⁶. אך הסדרי תרומות מן העת האחרונה ניתקו זיקה זו או לכל-הפחות הפכו אותה לרופפת ביותר. קיימות דוגמות רבות לכך: בעניין **תנובה**, מייד לאחר שבית-המשפט העליון עמד על החשיבות של שמירת זיקה בין הנפגעים למפוצים, נפסק סעד של תרומת מוצרי חלב לנזקקים¹⁰⁷ – מטרה שהקשר בינה לבין עילת התובענה הייצוגית (סיליקון שהוכנס ללא

103 דוח הרשות השופטת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24.

104 פסק-דין בולט במיוחד בהקשר זה הוא עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 3, שבו חולקו 38.5 מיליון ש"ח לכמה עמותות, לאחר שבית-המשפט העליון ביטל הסדר שבו ניתן חלק מהפיצוי באמצעות הנחות והחליף אותו בהסדר תרומות. ראו לעיל ה"ש 101 והתקסט שלידה. דוגמה אחרת היא רע"א 7/13 **מכיל בע"מ נ' גדל רגב** (פורסם בנוב, 11.1.2015), אשר בו, בערעור על החלטת המחוזי לאשר תובענה ייצוגית, יום בית-המשפט העליון פשרה שלפיה כלל הפיצוי יועבר כתרומה לעמותות.

105 ראו, למשל: Martin H. Redish et al., *Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis*, 62 FLA. L. REV. 617 (2010).

106 עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 3, פס' 59. היועץ המשפטי לממשלה הביע עמדה דומה, שלפיה יש לשמור על זיקה בין קבוצת המפוצים לקבוצת הניזוקים. ראו, למשל, אורי ישראל פז "פשרה בייצוגית נגד 'ארום אדום': תנובה תתרום לנזקקים ולעמותות המגנות על בע"ח" **תקדין** 25.6.2015. www.takdin.co.il/Pages/article.aspx?artid=5029536.

107 עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 3, פס' 60. באופן דומה, תביעה ייצוגית בגין הימצאות חומרים חשודים כרעילים בחטיפי השוקולד של החברה הנתבעת הסתיימה בפשרה שכללה תרומת מוצרי מזון לנזקקים דרך עמותות "לתת" ו"לקט ישראל". עניין **זגלשטיין**, לעיל ה"ש 101. באופן דומה, תביעה ייצוגית בשל הפעלת אלימות כלפי בעלי-חיים המובאים לשחיטה, התחייבה חברת

ידיעת הצרכנים לחלב עמיד של תנובה) קלוש ביותר; כתביעה ייצוגית שעניינה הטעיה צרכנית בסניף שופרסל בבית-שמש התחייבה שופרסל לתרום לאגודה למלחמה בסרטן, לשם מחקר בנושא גמילה מעישון בקרב האוכלוסייה הערבית;¹⁰⁸ כתביעה ייצוגית שעניינה גביית עמלות ביתר הוסכם כי הבנקים הנתבעים יתרמו לעמותות שעניינן ציוד רפואי וטיפול בחולי אלצהיימר;¹⁰⁹ כתביעה ייצוגית בגין הטעיה בשיווק של תוסף תזונה נקבע כי יתרת הפיצוי תיתרם לעמותת עלם – עמותה לנוער במצבי סיכון;¹¹⁰ כתובענה ייצוגית בגין שליחת "דואר זבל" ("ספאם") לרוכשי דירות פוטנציאליים נתרמה קופת הפיצוי למרכז הבינתחומי הרצליה;¹¹¹ וכתביעת הטעיה צרכנית שהוגשה בשם רוכשי גלידה נתרמו 50,000 שקלים לעמותת "מוסדות התורה והחסד עטרת משה ומרים".¹¹² ככלל, הנתונים בדוח הרשות השופטת מראים כי במפת המטרות שהתרומות מגיעות אליהן כולטים במיוחד ארגונים הקשורים לנכים ולחולים, במיוחד חולי סרטן וילדים חולים, וכי יש ייצוג גם לארגונים העוסקים בצדקה לנזקקים, בחינוך והשכלה, בזהירות בדרכים, באיכות הסביבה ועוד.¹¹³

דוגמות מקבילות ניתן למצוא גם בארצות-הברית: במקרה שעורר ביקורת הועברו חלק מכספי הפיצוי שנגזר בתביעת הגבלים עסקיים של דוגמניות נגד סוכנויותיהן לעמותות שעניינן הפרעות אכילה;¹¹⁴ בתביעת הגבלים עסקיים אחרת נתרמו כספי הפיצוי לבית-הספר למשפטים שבו למד עורך-הדין של הקבוצה;¹¹⁵ כתביעה ייצוגית נגד חברת פייסבוק בגין הפרת פרטיותם של המשתמשים, נתרמו הכספים של קופת הפיצוי לייסוד קרן – שאחד הדירקטורים בה ימונה על-ידי פייסבוק – שתתמוך בחינוך הציבור לפרטיות ברשת.¹¹⁶

- תנובה לתרום לנזקקים ממוצריה דרך ארגון "לתת". ת"צ (מחוזי י-ם) 14602-12-12 קוליאן נ' בקר תנובה בע"מ (פורסם בנבו, 19.7.2015).
- 108 ת"צ (מחוזי מר') 13-01-15273 כהן חללה נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 24.2.2015).
- 109 ת"א (מחוזי ת"א) 8-08-2242 פרלמן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 25.4.2013). התרומה ניתנה לעמותות "עזר מציון" ו"מלב"ב".
- 110 ת"צ (מחוזי מר') 14-04-24721 היילי נ' אמברוזה סופהרב בע"מ (פורסם בנבו, 13.10.2015).
- 111 עניין אור סיטי, לעיל ה"ש 6. באופן דומה, בתביעה ייצוגית שעניינה גביית יתרה מלקוחות של חברת סולר בעת שהייתם בחוץ-לארץ ניתנה תרומה למרכזי נגישות לסטודנטים במכללת ספיר ובמכללת תל-חי. ת"צ (מחוזי מר') 14-02-55572 הנדל נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 13.7.2015) (להלן: עניין הנדל).
- 112 ת"צ (מחוזי חי') 13-12-49415 יעקב נ' פלקו בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.2015). ראו, באופן דומה, ת"צ (מחוזי חי') 13-11-17446 ברוך נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.7.2015) (להלן: עניין ברוך נ' תנובה) – תביעה ייצוגית בשל הטעיה צרכנית דומה, שבה הוסכם כי תנובה תתרום מוצרים שלה בשווי 100,000 ש"ח לעמותת "מגדל אור" במגדל-העמק (מוסדות הרב גרוסמן).
- 113 רוח הרשות השופטת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25. נתונים אלה מעידים על הקשר הקלוש שבין מטרות התרומה לבין עילת הקבוצה, שכן רוב התביעות הייצוגיות הן תביעות צרכניות. שם, בעמ' 13. כפי שיובהר להלן, איני טוען כי מטרות אלה אינן ראויות כשלעצמן, אלא שתהליך התרומה הוא בעייתי.
- 114 Masters v. Wilhelmina Model Agency, Inc., 473 F.3d 423, 426 (2d Cir. 2007)
- 115 Diamond Chem. Co. v. Akzo Nobel Chems. B.V., 517 F. Supp. 2d 212 (D.D.C. 2007)
- 116 Marek v. Lane, 134 S. Ct. 8 (2013)

ככלל, נטען כי בארצות-הברית קיימת נטייה להעביר את הכסף במסגרת הסדרי תרומה למטרות "משפטיות", כגון קליניקות בבתי-ספר למשפטים, וכי הסדרים אלה לוקים בהטיית מקומיות (localism bias), כלומר, הם מוטים לטובת עמותות הפועלות באזור הגיאוגרפי שבו שוכן בית-המשפט.¹¹⁷

הסדרי פשרה כאלה, אשר מפנים את כספי התובענה הייצוגית לתרומה שהזיקה בינה לבין קבוצת התובעים קלושה, אינם מגשימים את מטרת הסעד.¹¹⁸ אך הבעיה חמורה יותר. כאשר הקשר בין התרומה לקבוצה ניתק, לשופט הדין בתיק אין מגבלה בנוגע לחלוקת הכסף. חלוקת סכומי כסף גדולים (שעשויים להגיע למיליוני שקלים בתיק יחיד) על-ידי שופטים, ללא פיקוח על שיקול-דעתם, אינה ראויה. כספים אלה שייכים לציבור התובעים, וכפי שהדוגמות לעיל מראות, נראה שלפחות חלק מהשופטים ובעלי-הדין, בישראל ובארצות-הברית, הפנו כספי ציבור אלה על-פי העדפות אישיות שלהם. במקרי-קיצון ניתן לחשוב על שופט המעביר תרומה לעמותה שיש לו קשר קודם עימה או אף על עמותה המשלמת לשופט כדי ליהנות מפירות התובענה הייצוגית. אכן, בלשונו של הַדְּוֹחַ (reporter) הראשי של פרויקט ה-ALI על תובענות ייצוגיות, מדובר בהזמנה פתוחה להשחתת של ההליך השיפוטי.¹¹⁹ מלאכת הבחירה בין מטרות ציבוריות שונות ובין עמותות שונות הפועלות להגשמתן של מטרות אלה אינה צריכה להיות נתונה לשופטים. באופן תיאורטי ניתן לחשוב על כמה דרכים למיתון הבעיה, אך כפי שיודגם להלן, וריאציות אלה אולי מקטינות את החשש מפני שיקול-דעת שיפוטי בלתי-מוגבל, אך הן מעלות במקביל קשיים משמעותיים אחרים.

117 *Lavie, Reverse Sampling*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1097. דוגמה אפשרית להטיה גיאוגרפית בישראל היא עניין אבידור, לעיל ה"ש 5, שם אישר בית-המשפט המחוזי בחיפה הסדר פשרה בתיביעה צרכנית שבמסגרתו תרמה שטראוס מוצרי חלב בשווי מאות אלפי שקלים לבית-החולים "העמק" בעפולה. השוו לתביעה בגין הטעיה צרכנית שהתנהלה בבית-המשפט המחוזי מרכז – ת"צ (מחוזי מר') 14-01-20961-01 עמ' נ' מאמי קר בע"מ (פורסם בנבו, 2.2.2015) – שבה ניתנה תרומה לשלושת בתי-החולים הבאים: תל-השומר, איכילוב והרסה. ראו גם ת"צ (מחוזי חי') 13-10-59351-10 ברוך נ' מילקו תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2015), שבו אישר בית-המשפט המחוזי בחיפה הסדר פשרה בעילה של הטעיה צרכנית, שבמסגרתו נקבע כי תינתן תרומה לכפר-הנוער הודיות – כפר-נוער דתי הנמצא בגליל התחתון. כן ראו עניין ברוך נ' תנובה, לעיל ה"ש 112, שבו אישר בית-המשפט המחוזי בחיפה תרומה לעמותה במגדל-העמק.

118 האם אי-אפשר להעביר את כספי הפיצוי ליעד שתואם את רצון התובעים? בעוד המקרים המתוארים בטקסט מפנים את התרומה ליעד שהקשר בינו לבין הקבוצה קלוש, במקרים אחרים ניתן למצוא זיקה כזו. כך, בת"צ (מחוזי ב"ש) 12-07-13974-07 אלבו נ' אסמי עוז 2000 בע"מ (פורסם בנבו, 18.6.2015) (להלן: עניין אלבו) נדונה תביעה ייצוגית נגד מפעל מזהה שהוגשה בשם תושבי אופקים בעילה של מטרה, ואשר בסופה נתרמו 600,000 ש"ח להקמת מתנ"ס שישירת את תושבי אופקים – מה שנראה כזיקה סבירה בין התרומה לקבוצה. עם זאת, מקרים כאלה נראים לא-טיפוסיים. יתר על כן, ניתן להקשות ולשאול מדוע נתרם הכסף דווקא להקמת מתנ"ס – שמשרת בעיקר תת-קבוצה מסוימת מקרב חברי הקבוצה – ולא למטרה אחרת. ראו גם את הדיון להלן בה"ש 141 ובטקסט שליטה.

119 או במקור: "an invitation to wild corruption of the judicial process". ראו: Adam Liptak, *Doling Out Other People's Money*, N.Y. TIMES (Nov. 26, 2007), www.nytimes.com/2007/11/26/washington/26bar.html (המצטט את פרופ' סמואל יששכרוף).

ראשית, אם הבעיה היא שיקול-דעת שיפוטי בלתי-מוגבל, ניתן להרחיק את השופט מההחלטה על יעדי התרומה.¹²⁰ בדומה לנהוג בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות באופן כללי יותר, המשמעות של הרחקת השופט היא האצלת הסמכות לצדדים, כלומר, לנתבע ו/או למייצגי הקבוצה. ברור שאם השליטה ביעדי התרומה תימצא בידי הנתבע, הוא צפוי לתרום ליעדים הנוחים לו ובכך לסכל את מטרת ההרתעה (והסעד). אלא שגם אם השליטה ביעד התרומה תינתן למייצגי הקבוצה, קיים חשש ממשי לקנוניה או למעין-קנוניה שבמסגרתה יתעל הנתבע את התרומה ליעדים המועדפים על-ידיו. חשש זה צומח מהבעיות הבסיסיות של מכשיר התובענה הייצוגית. לכאורה, מייצגי הקבוצה – התובע הייצוגי ועורך-דינו – אמורים לוודא שהתרומה תצא מכיסו של הנתבע ותגיע ליעדים המתאימים. אך היחסים בין המייצגים לקבוצה רוויים בעיות נציג, ולמייצגים אין תמריץ חזק לפקח על העברת הסעד לפי רצון הקבוצה. באופן מעשי, הצדדים יכולים להסכים בהסדר פשרה על גמול נדיב למייצגי הקבוצה, אשר יאיין את האינטרס של האחרונים להתנגד לפשרה שבמסגרתה יועברו כספי הקבוצה ליעדים הנוחים לנתבע. דוגמה אפשרית לחששות כאלה היא עניין בן סימון נ' הוט. באותו עניין הוסכם על תרומה של כשבעה מיליון ש"ח למחשוב בתי-ספר בבאר-שבע – עניין ראוי לכל הדעות. ברם, התברר כי תרומה דומה – בסך של כשבעה מיליון ש"ח למחשוב בתי-ספר בבאר-שבע – ניתנה ממילא על-ידי אותו נתבע ימים ספורים לפני חתימת הסדר הפשרה. ככל שהתרומה בהסדר הפשרה היא התרומה שהנתבע נתן ממילא, מטרת ההרתעה אינה מושגת.¹²¹ חשש קשור הוא שמתן הכוח לעורכי-הדין לקבוע את יעדיה של קופת הפיצוי מזמין מגוון של בעיות אתיות ומתמרץ את העמותות הפוטנציאליות לשלם לעורכי-הדין.¹²² ניתן אולי לפקח על חששות אלה על-ידי דרישת תצהירים על קשר קודם בין הצדדים לעמותה, אך לנוכח היכולת המוגבלת והעדר התמריצים של מייצגי קבוצת

120 ראו, למשל, את דבריה של השופטת וילנר בעניין אבידור, לעיל ה"ש 5, פס' 20-21: "מעורבותו של בית המשפט בהליך בחינת התרומה, טיבה, מהותה ואופן מימושה על ידי הגוף הנתרם צריכה להיות מועטה... [פיקוח-יתר מוביל] למעורבות יתר של בית המשפט והכבדה ניכרת על כל המעורבים (הצדדים, הגוף הנתרם ובית המשפט)... בחירת זהות הגוף הנתרם היא פרוגרטיבה של הצדדים וממילא אין מקום להתערב בשיקוליהם בעניין זה...". להצעה בספרות להותיר את הליך בחירת התרומה בידי הצדדים ראו, למשל: John Goodlander, Note, *Cy Pres Settlements: Problems Associated with the Judiciary's Role and Suggested Solutions*, 56 B.C. L. REV. 733 (2015).

121 ראו החלטה בת"צ (מחוזי מר') 44751-03-10 בן סימון נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.7.2012). ראו גם ת"צ (מחוזי מר') 37321-01-11 מיזליק נ' עיריית פתח תקווה, פס' 36 (פורסם בנבו, 14.12.2014) ("המטרה של הרתעה מפני הפרת הדין אינה מושגת בהסכם... המוצע. המשיכה שגבתה כספים שלא כדין, מבקשת למעשה לעשות שימוש בכספי גביית היתר, לקידום פרויקט של בית ספר שהוא גם כך בתחום אחריותה ותפקידיה הרגילים"). לדוגמה לחששות דומים בהקשר האמריקני ראו עניין *Marek*, לעיל ה"ש 116.

122 השוו לת"צ (מחוזי ת"א) 51891-05-10 צוק נ' חוגלה-קימברלי שיווק בע"מ (פורסם בנבו, 12.5.2015), שבו סייעה עמותת אדם טבע ודין לתובעת במימון ההתדיינות, ולאחר השלמת ההליכים ביקשה כי כספי קופת הפיצוי יועברו אליה כתרומה.

התובעים לפקח על מהימנותם של התצהירים, ספק בעיניי אם פיקוח כזה יהיה אפקטיבי.¹²³ אך גם אם ניתן למנוע את רוב החששות לקנוניה, חוזרת השאלה העקרונית למקומה – מדוע יש לתת לעורכי-הדין את הכוח לנהל את כספי ציבור התובעים?

וריאציה של הסרת שיקול-הדעת השיפוטי מהליך התרומות היא העברת הכסף לעמותות-גג. עמותות-גג מהוות "צינור" להעברת הכסף לעמותות אחרות, ולכאורה תפקידן מתמצה בבחירת היעדים הסופיים של התרומות. משמעותה של שיטה זו היא החלפת שיקול-הדעת של בית-המשפט בנוגע לבחירת יעדי התרומות בשיקול-דעתה של עמותת-הגג. פתרון זה נראה לכאורה עדיף על בחירת העמותות באופן ישיר על-ידי בית-המשפט, אולם הוא מעלה עדיין קשיים דומים באשר לבחירה בין עמותות-הגג. מדוע, למשל, החלטתה של עמותת-הגג "עיגול לטובה" עדיפה על החלטתה של עמותת-הגג "לתת" בנוגע לחלוקת הכסף?¹²⁴ זאת ועוד, בדומה לאמור לעיל, כיצד ניתן להבטיח מפני קנוניות או מעין-קנוניות שייטיבו עם הנתבע – למשל, קיומו של קשר קודם בין הנתבע לעמותת-הגג?¹²⁵ שנית, ניתן לצעוד בכיוון ההפוך ולמסד את תפקידו של השופט בבחירת יעד התרומה, אך תוך שימוש בהליך מובנה, מעין-מכרז, שלפיו תיבחר העמותה. לפי קו מחשבה זה, השופט צריך להיות מעורב בהליך באופנים שונים, כגון הזמנה פתוחה לעמותות שונות להתמודד על התרומות; קיום דיון שקוף ופתוח לציבור עם נציגי העמותות, על-מנת לקבוע את היעד

123 ראו, למשל, ת"צ (מחוזי מר') 60684-07-13 צובטרו נ' לאומי קארד בע"מ (פורסם בנבו, 27.4.2015) (להלן: עניין צובטרו). בעניין זה הגיעו הצדדים להסדר פשרה שלפיו חלק מקופת הפיצוי יועבר לעמותת "עיגול לטובה". היועץ המשפטי לממשלה הצביע על בעייתיות אפשרית בתרומה, שכן "לאומי קארד מסייעת כבר היום לעמותות[ת]... 'עיגול לטובה' (שם, פס' 9), אך בתגובה "הבהירה לאומי קארד כי התרומה לעמותת 'עיגול לטובה' [שתניתן במסגרת התובענה הייצוגית] לא תהיה במקום התרומות השוטפות הניתנות על ידה" (שם, פס' 10). בית-המשפט אישר את התרומה ל"עיגול לטובה". ראו גם עניין הנדל, לעיל ה"ש 111, שבו למרות החשש שהביע היועץ המשפטי לממשלה כי המשיכה כבר תרמה בעבר לגופים הנתרמים, קבע בית-המשפט כי "העובדה שמי מן הצדדים נוהג לתרום לאותה עמותה, לא צריכה לעמוד לרועץ לתרומה נוספת בשם הקבוצה, אם היא עומדת בכל שאר המובנים בבדיקה ראויה" (שם, פס' 12); עניין ברנך נ' תנובה, לעיל ה"ש 112, שבו נקבע כי "העובדה שהמשיכה העבירה בעבר לעמותה תרומות בסכומים נמוכים, אינה מהווה טעם מספיק שלא לאשר את המלצת הצדדים בנוגע לזהות הגוף הנתרם" (שם, פס' 19); ועניין אבידור, לעיל ה"ש 5, שבו נאמר כי "ראוי להסתפק... בהצהרתם [של הצדדים ובאי-כוחם] כי אין להם כל קשר לגוף הנתרם, אם כי חשוב לציין כי לא כל קשר יש בו מניה וביה לפסול את העמותה ויש לבחון כל מקרה לגופו" (שם, פס' 21).

124 העברת הכסף לעמותת-הגג "עיגול לטובה", כדי שתחלק את הכסף לעמותות אחרות, נדונה בת"צ (מחוזי מר') 47395-11-10 מינוף ויזמות בע"מ נ' דרך ארץ היווייז (1997) בע"מ (פורסם בנבו, 26.12.2013) (להלן: עניין דרך ארץ). להעברת הכספים של קופת הפיצוי לארגון "לתת" כעמותת-גג ראו, למשל, ת"צ (מחוזי ת"א) 14282-11-13 לוי נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, פס' 12 (פורסם בנבו, 10.2.2015). לדוגמה נוספת של שילוב עמותות-גג בהעברת כספי התרומות ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2150/07 פרנקל נ' הנקל סוד בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2014).

125 לחשש לקשר כזה ראו עניין צובטרו, לעיל ה"ש 123.

המתאים לתרומה; בקשת תצהירים מעורכי־הדין של הצדדים ומהעמותות הנטרמות בדבר השיקולים בבחירת העמותה והקשרים הקודמים ביניהם; ופיקוח שוטף על העברת הכסף והשימוש בו בפועל.¹²⁶ קיימת פסיקה אמריקנית שפוסעת בנתיב זה,¹²⁷ ובשנים האחרונות ניתן לזהות גם פסיקה ישראלית מחוזית שנוטה לפיקוח הולך וגובר על בחירת העמותות, לרבות התערבות ביעד התרומה.¹²⁸

למרות התפתחויות אלה, הליך שיפוטי מסודר אינו פותר את בעיית שיקול־הדעת השיפוטי. ראשית, החוק אינו מסדיר – לא כעת וגם לא לפני תיקון החקיקה משנת 2016 – את הליך חלוקת התרומות, ואין בו אמות־מידה לחלוקת הכסף לעמותות. שנית, ניתן אולי להסדיר את הליך חלוקת התרומות ברוח פסקי־הדין שצועדים בכיוון זה, ובכך להקטין את החששות לשחיתות, אך ספק בעיניי אם ניתן להכווין את שיקול־הדעת המהותי של השופט, כלומר, לקבוע לאיזו מטרה עליו לייעד את הכסף, וכיצד עליו לבחור מבין העמותות השונות שעמדו בתנאים הפרוצדורליים הנדרשים.¹²⁹ מכאן שגם בהינתן הליך מסודר בית־המשפט מקבל שיקול־דעת חזק בנוגע לחלוקתם של כספי התובענה הייצוגית, ופרקטיקה זו נראית בעיניי לא־ראויה.¹³⁰ זאת ועוד, ככל שההליך השיפוטי מסודר ומעמיק יותר, עלויותיו גבוהות יותר, מה שמפחית את האטרקטיביות של מנגנון התרומות כמנגנון יעיל ופשוט להעברת הכסף.

126 ברוח זו הציע מאמר אחר לבתי־המשפט לדגום את חברי הקבוצה כדי לשאול את דעתם לגבי אפיק התרומה המועדף על־ידיהם. Chris J. Chasin, Comment, *Modernizing Class Action Cy Pres Through Democratic Inputs: A Return to Cy Pres Comme Possible*, 163 U. PENN. L. REV. 1463 (2015). הצעה כזו מפחיתה אולי חלק מהחששות בנוגע לפתרון התרומות, אך ברומה להצעות אחרות הקוראות להליך מעמיק יותר, היא מקפיצה את העלויות המנהליות של מנגנון התרומות.

127 ראו, למשל: Superior Beverage Co. v. Owens-Illinois, Inc., 827 F. Supp. 477, 478 (N.D. Ill. 1993); *In re Folding Carton Antitrust Litig.*, 744 F.2d 1252, 1253 (7th Cir. 1984); *Fears v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, 02 Civ. 4911 (HB) (S.D.N.Y. May 5, 2005) (פסק־דין זה בוטל בערעור שאוּכר לעיל בה"ש 114). לכתבה אקדמית שמציעה לערב את השופט בתהליך בחירת העמותות ברוח זו ראו, למשל: Rhonda Wasserman, *Cy Pres in Class Action Settlements*, 88 S. CAL. L. REV. 97 (2014).

128 פסקי־דין בולטים ברוח זו הם עניין דרך ארץ, לעיל ה"ש 124 (השופט שטמר); ת"צ (מחוזי חי') 11-04-14588 סכר נ' סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 27.11.2014) (השופט קיסרי); ת"צ (מחוזי ת"א) 11-07-22236 שרייר נ' שירותי בנק אוטומטיים בע"מ (פורסם בנבו, 16.9.2014) (השופט ענבר); ת"צ (מחוזי ת"א) 13-10-4665 מזרחי נ' השרון אינטרנט בע"מ (פורסם בנבו, 16.3.2015) (השופט ענבר). פסיקה זו עומדת, בין היתר, על הדרישות הבאות: הגשת תצהירים לגבי קשר קודם של בעלי־הדין עם העמותה ובדבר הסיבות שבעטיין הם בחרו בה; קבלת תוכנית פעולה מהעמותה לגבי השימוש בכסף העתיד להיתרם; והתחייבות של העמותה להגיש לבית־המשפט דוח על השימוש שנעשה בפועל בתרומה.

129 גם כעת שופטים נדרשים ל"זיקה" בין יעדי התרומה לבין קבוצת הנפגעים, אולם זיקה כזו ניתנת לפרשנות מרחיבה. מובן שהחוק יכול לקבוע יעדים קונקרטיים לחלוקה, אך אז מדובר בחלוקה לפי שיקול־דעתה של המדינה, ולא לפי שיקול־דעתו של השופט.

130 ראו גם להלן ה"ש 143-144 ו־162 והטקסט שליידן (הבעייתיות שבחלוקה עם שיקול־דעת חזק הקיימת בפתרון של בחירת תת־קבוצה מסוימת ובפתרון של הקמת הוועדה הייעודית).

מנגנון התרומות אינו עומד במטרות התובענה הייצוגית. העברת מיליוני שקלים לתרומות דרך בתי-המשפט, ללא פיקוח ובהתאם לרצונותיהם של השופט ובעלי-הדין, אינה ראויה ואינה הליך "יעיל" ו"הוגן", כאמור בחוק. מנגנון זה אינו מפצה את קבוצת הניזוקים, והוא פותח פתח לנתבע להתחמק מתשלום מלוא הנזק שגרם. אכן, לאחר שוך ההתלהבות הראשונית ממנגנון חלוקה זה ניתן לזהות קולות אחרים – הן בארצות-הברית והן בישראל. בארצות-הברית נשמעה ביקורת אקדמית וציבורית על פתרון התרומות.¹³¹ בית-המשפט העליון האמריקני הביע את מורת-רוחו מפתרון הביצוע בקירוב, ואותת על נכונותו להתערב בהסדרים כאלה בעתיד.¹³² הוועדה לרפורמה בתקנות האמריקניות הצטרפה לקולות אלה, ואף הציעה, בנקודת זמן מסוימת, לאמץ בחקיקה את פתרון ה-ALI שנדון לעיל ולהגביל את פתרון התרומות למקרים נדירים וחריגים.¹³³ מגמות דומות ניתן לזהות גם בישראל. פתרון התרומות זכה אומנם בברכתו של בית-המשפט העליון, אך עמדת היועץ המשפטי לממשלה מבכרת כאמור פיצוי אישי על תרומות לצד ג,¹³⁴ ופסיקה מחוזית עדכנית מסתייגת משימוש בלתי-מבוקר במנגנון זה.¹³⁵ חוסר שביעות-הרצון מהפרקטיקה הנוכחית בא לידי ביטוי גם בביקורת ציבורית.¹³⁶ ביקורות אלה הגיעו לאוזני המחוקק, אשר בתיקון משנת 2016 שאף לבטל ככלל את מנגנון התרומות (ולהחליפו במנגנון שמעביר את הכסף לאפוטרופוס הראשי). תיקון זה יידון בחלק ג' להלן.

- 131 ראו, למשל, עמדת ה-ALI, לעיל ה"ש 71; Redish et al., לעיל ה"ש 105, בעמ' 623-621; Jois, לעיל ה"ש 86, בעמ' 260, 271-270; Wasserman, לעיל ה"ש 127. ראו גם את הכתבה הביקורתית בניו-יורק טיימס המשפיע – Liptak, לעיל ה"ש 119.
- 132 פסק-הדין בעניין *Marek*, לעיל ה"ש 116. הדברים נאמרו במסגרת דחייה של בקשת רשות ערעור ולמעלה מן הדרוש – פרקטיקה לא-שגרתית בבית-המשפט העליון האמריקני. הערתו זו של בית-המשפט זכתה בתשומת-לב רבה. ראו, למשל, הצעת הרפורמה האמריקנית, אפריל 2015, לעיל ה"ש 73, בעמ' 264; Christine P. Bartholomew, *Saving Charitable Settlements*, 2015 Fordham L. Rev. 3241, 3243-44 (2015). יוער כי בהקשר האמריקני יש לדיון זה זווית נוספת – ללא האפשרות לפזר את קופת הפיצוי על-דרך *cy pres*, יסרבו לפחות חלק מבתי-המשפט לאשר תובענה ייצוגית מלכתחילה. במובן זה הדיון האמריקני על תרומות הוא חלק מדיון רחב יותר בעד ונגד תובענה ייצוגית. ראו, למשל, שם, בעמ' 3245-3246. הדיון בישראל מצומצם יותר, שכן ניתן להניח כי גם בהעדר האפשרות של ביצוע בקירוב לא יסרכו בתי-משפט לאשר תובענה ייצוגית, אלא יפנו לאפשרויות חלוקה אחרות המוזכרות בחוק, כגון חלוקת הכסף באופן יחסי למוטבים שאותרו והעברה לקרן הייעודית.
- 133 ראו, למשל, את דברי ההסבר להצעת הרפורמה האמריקנית, אפריל 2015, לעיל ה"ש 73, בעמ' 270 [They can be employed] "cy pres distributions are a last resort, not a first resort... [They can be employed] (only in) the rare case[s] in which individual distributions are not viable". הצעות אלה הושמטו כאמור מהנוסחים הבאים של הרפורמה, מסיבות שונות. ראו לעיל ה"ש 73.
- 134 ראו, למשל, לעיל ה"ש 79 והטקסט שלידה.
- 135 ראו, למשל, את פסקי-הדין הנזכרים לעיל בה"ש 121, 124 ו-128.
- 136 ראו נורית רוט ועידו באום "תודה, אבל כבר תרמנו בבית המשפט" *TheMarker* 15.8.2010 www.themarker.com/markets/1.589189

6. פיצוי תת־קבוצה מסוימת

פתרון שישי משלב את שיקול־הדעת השיפוטי, כבפתרון התרומות, עם הגישות שרואות בהחזרת הפיצוי לקבוצה ערך ראשון במעלה. הכסף, לפי גישה זו, יינתן רק לחלק מחברי הקבוצה, לפי העדפת בית־המשפט או הסכמת הצדדים. בעניין גולדשטיין נ' פלאפון, לדוגמה, הוסכם על קופת פיצוי בשווי של כרבע מיליון ש"ח בגין גביית־יתר של פלאפון.¹³⁷ לנוכח הקשיים בחלוקת הכסף, אישר בית־המשפט המחוזי פשרה שבה הוסכם כי הפיצוי יינתן רק לתת־קבוצה קטנה מתוך קבוצת התובעים – המנויים כבדי־השמיעה של פלאפון. בתת־קבוצה זו כאלף חברים, כך שכל מנוי כבדי־שמיעה זכה בפיצוי בסך של יותר ממאתיים שקלים.¹³⁸ פתרון זה נראה פשוט ליישום, והוא מגשים לכאורה את מטרת ההרתעה, שכן הנתבע חב במלוא קופת הפיצוי. פתרון זה מגשים במידה מסוימת גם את מטרת הסעד, שכן כספי התובענה הייצוגית חוזרים לקבוצה (אם כי לתת־קבוצה מסוימת בלבד). ברומה לפתרונות הקודמים, גם פתרון יצירתי זה משקף גישה ציבורית־פונקציונלית לתובענות ייצוגיות. מבחינה דוקטרינרית, חלוקה לתת־קבוצה מסוימת יכולה לחסות תחת סעיף 20(ג) (1) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע שכאשר "פיצוי כספי לחברי הקבוצה... אינו מעשי", בית־המשפט רשאי "להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה".

עם זאת, שיטת החלוקה לתת־קבוצה מסוימת מעלה קשיים. קושי דוקטרינרי אפשרי, ברומה לזה העולה מהצעת ה־ALI, הוא הפיצוי ביתר של חלק מחברי הקבוצה. לקושי זה ניתן למצוא פתרונות פרשניים.¹³⁹ בפרט, בהקשר של פיצוי תת־קבוצה מסוימת הבעיה הדוקטרינרית נראית חלשה יותר, שכן ההגבלה בנוגע לפיצוי ביתר באה מכוח סעיף 20(א) (3) לחוק, שדן בכמה סכבי פיצוי; ואילו חלוקה לתת־קבוצה מסוימת יכולה לחסות כאמור תחת סעיף 20(ג) (1) לחוק, אשר אינו מציין את הגבלת הפיצוי.¹⁴⁰ הבעיה המהותית יותר היא ששיטת חלוקה זו מעניקה שיקול־דעת רחב לבית־המשפט, ולכן היא חשופה לביקורת דומה לזו שהועלתה נגד שיטת התרומות. מדוע חלוקת הכסף למנויים כבדי־השמיעה עדיפה על חלוקת הכסף למנויים העניים, הנכים או לקויי־הראייה? היה אפשר לחשוב כמובן על חלוקה לתת־קבוצה אחרת. בתביעה נגד עיריית תל־אביב, בשל גבייה ביתר, נפסק כי כספים שלא יידרשו יופנו, בין היתר, לחברים נזקקים מקרב קבוצת התובעים.¹⁴¹ באופן דומה, במקרה

137 ת"צ (מחוזי ת"א) 1475/08 גולדשטיין נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 22.5.2013) (להלן: עניין גולדשטיין).

138 ליתר דיוק, קופת הפיצוי בעניין גולדשטיין פוזרה בין מנויי פלאפון המנויים על התוכנית "כבדי שמיעה unlimited". ראו הודעה בדבר הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה בת"צ (מחוזי ת"א) 1475/08 גולדשטיין נ' פלאפון תקשורת בע"מ.

139 לתיאור הבעיה הדוקטרינרית בהקשר של הצעת ה־ALI והאפשרויות הפרשניות לפתרונה ראו לעיל ה"ש 83-84 והטקסט שלידן.

140 אין דיון בשיקולים אלה בעניין גולדשטיין, לעיל ה"ש 137, פסק־דין מיום 20.1.2014.

141 ת"צ (מחוזי ת"א) 21832-02-12 ליבוביץ נ' עיריית תל אביב (פורסם בתקדין, 19.3.2015). נפסק כי כספים שלא יידרשו ישמשו, בין היתר, ל"מחיקת חובות מים של קשישים עיריים ונזקקים" ול"הקמת מתקני משחקים לילדים בשכונות מצוקה בעיר". שם, פס' 22. השוו לעניין אלבו, לעיל ה"ש 118, שבו נטען כי המפעל הנתבע גורם לתושבי אופקים מפגעים סביבתיים,

ידוע של תביעה בשם ניצולי-שואה בארצות-הברית נקבע כי חלק מכספי הקרן, בסך מאות מיליוני דולרים, יחולקו לנזקקים מבין הניצולים.¹⁴² בדיוק כמו בפתרון התרומות, העדר אמות-מידה לבחירת התת-קבוצה ה"נכונה" משמעו שהבחירה תיעשה בסופו של יום לפי ההעדפה האישית של השופט ו/או של הצדדים.¹⁴³ וכמו בפתרון התרומות, קיים החשש להטיה שיטתית בחלוקת הכסף לטובת מטרות הקרובות לליבם של שופטים ועורכי-דין, ולא לפי רצונותיו של ציבור התובעים, ולהעברת סכומי כסף משמעותיים לאורך זמן מציבור אחד לציבור אחר.¹⁴⁴ בדומה לאמור לעיל לגבי פתרון התרומות, הכרעה של הערכאה השיפוטית בשאלות אלה היא לכל-הפחות בעייתית.

אומנם, החשש לשחיתות שיפוטית מתון כאן יותר מאשר בפתרון התרומות, שכן כספי קופת הפיצוי מועברים לקבוצה, ולא למטרות אפשריות מחוץ לקבוצה. במובן זה פתרון ההחזרה לתת-קבוצה מסוימת עדיף על פתרון התרומות, הנסמך גם הוא על שיקול-דעת שיפוטי. עם זאת, בדומה לאמור לעיל לגבי התרומות, ניתן להניח שגם חלוקה לתת-קבוצה מסוימת מותרת פתח לקנוניה או למעין-קנוניה בין הנתבע לבין מייצגיה של קבוצת התובעים. בעניין גולדשטיין, למשל, אפשר שחברת פלאפון התכוונה ממילא, משיקולים עסקיים, לתת הנחה לקבוצת כבדי-השמיעה, ולכן דחפה לפשרה שבה הוסכם על העברה לקבוצה זו, וכך התחמקה למעשה מתשלום הנזק שגרמה.

פתרון ההחזרה לתת-קבוצה מסוימת דומה לפתרון ה-ALI, מכיוון ששני הפתרונות מחזירים את קופת הפיצוי לקבוצה. אולם בניגוד לפתרון ה-ALI, משתמש בכמה סכבי חלוקה כדי להחזיר את עודפי הפיצוי לקבוצה, פתרון ההחזרה לתת-קבוצה מסוימת הוא פתרון פשוט מבחינה מנהלית, לפחות ככל שניתן למצוא תת-קבוצה שאפשר לזהותה בקלות יחסית. מאידך גיסא, בהשוואה לפתרון ה-ALI פתרון ההחזרה לתת-קבוצה מסוימת מותיר מרווח רחב יותר לשרירות בהליך השיפוטי, ופותח את האפשרות לתיעול הכסף לפי רצונות הנתבע, ומכאן לתת-הרתעה.

ולפיכך התבקש פיצוי לכל תושב. חלק מהסדר הפשרה, שאושר עלי-ידי בית-המשפט, כלל תרומה למתנ"ס באופקים, שניתן להניח כי ישרת רק חלק מסוים מהתובעים.

142 *In re Holocaust Victim Assets Litig.*, 302 F. Supp. 2d 89, 95–97 (E.D.N.Y. 2004)

143 כאמור לעיל בה"ש 129, ניתן לעגן בחוק אמות-מידה מדויקות לחלוקת הכסף, אשר לא יתירו לבית-המשפט שיקול-דעת חזק, אך אז ידובר למעשה בהעברה לפי שיקול-דעתה של המדינה.

144 ניתן להניח, למשל, ששופטים ייטו להקצות כספים לטובת אוכלוסיות שקשייהן מתאפיינים ב"נראות" גבוהה. השוו למפת יעדי התרומות ברוח הרשות השופטת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25, וכן את ההתייחסות אליה לעיל ליד ה"ש 113. הדיון הכללי יותר בהעברת כספים דרך בתי-המשפט, להבדיל ממערכת המס, חורג מגבולותיה של רשימה זו. השוו: LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* (2002). לזווית-ראייה אחרת בהקשר של תביעות ייצוגיות ראו: Ofira Alon, *Limiting Commercial Parties' Public Subsidy of Litigation* (unpublished manuscript, on file with author).

7. קרן ייעודית

מנגנון שביעי, שעוגן לאחרונה בתיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות,¹⁴⁵ משלב את פתרון התרומות עם פתרון ההעברה למדינה. אכנה אותו פתרון הקרן הייעודית. תיקון החקיקה משנת 2016 יוצר "קרן לניהול ולחלוקת כספים" בלתי-מנוצלים של תובענות ייצוגיות ש"תנוהל בידי האפוטרופוס הכללי",¹⁴⁶ וקובע את הרכב הוועדה שתחלק את כספי הקרן¹⁴⁷ על-פי אמות-מידה שיגובשו עם שר המשפטים ופורסמו ברשומות.¹⁴⁸ אל הקרן יועברו כספי תובענות ייצוגיות במקרים שבהם הורה בית-המשפט על חלוקה פנימית אך נותרו עודפי פיצוי בלתי-מנוצלים וכן במקרים שבהם מתן פיצוי כספי ישירות לחברי הקבוצה אינו מעשי.¹⁴⁹ התיקון מותיר בידי בית-המשפט שיקול-דעת מסוים בדבר יעדי התרומה – על בית-המשפט "ל[ייעד את הכספים לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה".¹⁵⁰ מההיסטוריה החקיקתית עולה שכוונת התיקון הייתה להתמודד עם הבעיות המתעוררות בשיטת התרומות, ובפרט עם ה"חששות בדבר קשרים קודמים בין הנתבע ובין מקבל התרומה".¹⁵¹ כדי להתמודד עם בעיות אלה, ביקש המחוקק להפוך את הקרן לצינור – בדומה לעמותות-הגג הפרטיות שהוזכרו לעיל – שיחלק את כספי התובענות הייצוגיות לעמותות פרטיות.¹⁵² בדומה למנגנונים הקודמים, הסדר זה מבטא גישה ציבורית-פונקציונלית לתובענות ייצוגיות, ונולד כתוצאה מחיפוש אחר פתרון יצירתי לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי.

תיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות הוא תוצר ישיר של חוסר שביעות-הרצון מפתרון התרומות. הוא משקף את הרצון להסדיר שדה משפטי פרוץ, ואת השאיפה להימנע מפרקטיקות שיפוטיות לא-ראויות ומקנוניות בין הנתבע למייצגי הקבוצה.¹⁵³ בכך התיקון מבטא מדיניות

145 חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10), התשע"ו-2016, ס"ח 1079.

146 ס' 27א(א) ו-27א(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

147 הוועדה כוללת חמישה חברים – נציגי האפוטרופוס הכללי, היועץ המשפטי לממשלה והציבור. ס' 27א(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.

148 ס' 27א(ח) לחוק תובענות ייצוגיות.

149 ס' 20א(3) ו-20ג(2) לחוק תובענות ייצוגיות, בהתאמה.

150 שם. מתיקון החקיקה ומדברי הכנסת לא עולה תמונה ברורה באשר לחלוקת העבודה בין בית-המשפט לוועדה המחלקת. בפרט, לא ברור אם על בית-המשפט חלה חובה לייעד את הכספים למטרה מסוימת, ובאיזו מידה על הקרן להתחשב בהנחיית בית-המשפט. השוו לפרוטוקול ישיבה מס' 224 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 14-16 (5.7.2016) (להלן: פרוטוקול הדיון בתיקון מס' 10 – יולי 2016). לדוגמות קונקרטיות מהפסיקה להנחיות בדבר יעדי הפיצוי ראו ה"ש 164 להלן.

151 דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, ה"ח הכנסת 116, 118.

152 כדברי אחת מיוזמות התיקון, "הקרן שתקום אצל האפוטרופוס... תכוון את הכספים שבאמת הגיעו מאותן חברות לאותן עמותות שזקוקות לכספים אלה". פרוטוקול ישיבה מס' 147 של הכנסת ה-20, 214 (18.7.2016).

153 אכן, התיקון עורר התנגדות מצד הנתבעים. ראו, למשל, את דבריה של נציגת התאחדות התעשיינים בדיון בכנסת: "אני חושבת שהקמת קרן היא מיותרת, היא הוצאת כספי ציבור.

ראויה. עם זאת, ניתן לזהות בו כמה חסרונות. ראשית, בדומה להליך שיפוטי שבו נבחרות עמותות לאחר מעין-מכרז,¹⁵⁴ התיקון מעמים עלויות מנהליות על הקרן כדי שההליך יתנהל בצורה רצינית ושקופה. כך, נדרש מינוי של חמישה חברים לוועדה ציבורית, אשר נדרשת לגבש יחד עם השר אמות-מידה לחלוקה,¹⁵⁵ לנהל דיונים, וכן לפרסם "בתום כל שנת תקציב... דין וחשבון על פעולות הקרן".¹⁵⁶ אף שחלפו מספר חודשים ממועד תיקון החקיקה, טרם פורסמו הנהלים לחלוקת כספי התובענות הייצוגיות וכן הרכב הוועדה המחלקת. אך לשם קבלת מושג, ולו כללי, על היקפה הצפוי של פעילות הקרן, ניתן להתבונן על ועדת העזבונות – ועדה ציבורית שדומה בהרכבה לוועדה המיועדת לפי חוק תובענות ייצוגיות, ואשר מחלקת לעמותות פרטיות, לפי שיקול-דעתה, "צוואות ותרומות הניתנות לטובת המדינה".¹⁵⁷ ועדת העזבונות מחלקת עשרות מיליוני שקלים בשנה¹⁵⁸ – סכום דומה לסכום הנתרם מדי שנה דרך מכשיר התובענות הייצוגיות.¹⁵⁹ כדי לחלק סכום זה, ו"לצורך דיון בבקשות התמיכה", ועדת העזבונות "מתכנסת מספר פעמים בשבוע".¹⁶⁰ שנית, ההסדר המוצע מעניק לוועדה הייעודית כוח לחלק עשרות מיליוני שקלים, ושוב מעלה חששות לניצול לרעה. מצד אחד, ככל שגם במסגרת ההסדר הזה יוכל בית-המשפט לקבוע את יעדי התרומה האפשריים באופן ספציפי – כלומר, את העמותות הרלוונטיות – יהיה התיקון דומה לפתרון התרומות. מצד אחר, בהנחה שהוועדה הייעודית היא שתקבע את יעדי התרומה, חלוקת עשרות מיליוני שקלים בשיקול-דעת חזק מעלה חששות לניגודי עניינים בעבודת הוועדה. אכן, חששות דומים הועלו בעבר בנוגע לוועדת העזבונות.¹⁶¹ גם

חלק מהכספים ילכו לניהול הקרן... הקרן הזאת היא עוד משרות ציבוריות מיותרות. זה כסף שינותב לפקידים, לא יגיע ליעדים. אני לא חושבת שיש בעיה עם כספי התרומות שנפסקים בתביעות האלו. פרוטוקול ישיבה מס' 187 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 21 (24.5.2016) (להלן: פרוטוקול הדיון בתיקון מס' 10 – מאי 2016).

154 ראו לעיל ה"ש 126-128 והטקסט שלידן.

155 לעיל ה"ש 148.

156 ס' 27א(ט) לחוק תובענות ייצוגיות.

157 אתר ועדת העזבונות – www.justice.gov.il/Units/EstatesCommittee/Pages/About.aspx בדומה להסדר המוצע בחוק תובענות ייצוגיות, "מרבית העזבונות הניתנים לטובת המדינה הם 'עזבונות מיועדים', דהיינו עזבונות שהמורישים או התורמים ייעדו אותם לשימוש מסוים". ועדת העזבונות מנהלת תחת האפוטרופוס הכללי, וחבריה הם נציגי ציבור. לאנלוגיה שבין הוועדה לפי חוק תובענות ייצוגיות לבין ועדת העזבונות ראו גם את דבריה של נציגת האפוטרופוס הכללי בפרוטוקול הדיון בתיקון מס' 10 – יולי 2016, לעיל ה"ש 150, בעמ' 15-16.

158 ראו, למשל, משרד המשפטים – מנהלת יחידות מקצועיות "הודעה בדבר מקבלי הסכומים מעזבונות לטובת המדינה" (4.1.2017) www.justice.gov.il/Units/EstatesCommittee/MainDocs/Decision2016.pdf (דוח המראה כי בשנת 2016 חולקו כ-36 מיליון ש"ח דרך ועדת העזבונות).

159 בין 2006 ל-2012 הועברו כ-200 מיליון ש"ח לתרומות דרך מכשיר התובענה הייצוגית. ראו פרוטוקול הדיון בתיקון מס' 10 – מאי 2016, לעיל ה"ש 153, בעמ' 21.

160 אתר ועדת העזבונות, לעיל ה"ש 157.

161 ראו, למשל, אמיר הלמר "גולדברג נגד טל" *TheMarker* 29.4.2002 www.themarker.com/law/1.104277 (תיאור של דוח מבקר המדינה, שבו נקבע כי "עבודת ועדת העזבונות שמינתה

אם אין ניגודי עניינים כאלה, ניתן להקשות ולשאול אם חלוקת הכספים – עשרות מיליוני שקלים – על-ידי הוועדה בשיתוף עם בתי-המשפט אכן תתאם את רצון הציבור שממנו נלקחו כספים אלה. בוועדת העזבונות, לשם ההשוואה, נדמה שחלק לא-פרופורציונלי של ההקצבות ניתן למוסדות דת.¹⁶²

תיקון מס' 10 עבר בחודש יולי 2016. הניסיון המועט שנצבר מאז מלמד כי התיקון אינו מקוים במלואו, וכי פתרון התרומות עודנו שריר וקיים. בחיפוש ראשוני במאגר "נבר" אחר החלטות שבהן חולקה קופת הפיצוי לטובת הציבור נמצאו תוצאות מעורבות. קיימות החלטות אחדות שבהן חרף התיקון הועברה קופת הפיצוי לתרומה, ולא לקרן הייעודית,¹⁶³ אך נמצאו גם כמה החלטות שבהן הועברה קופת הפיצוי לקרן הייעודית.¹⁶⁴ אפשר כמובן שמדובר ב"חבלי לידה" של התיקון לחוק, ושבעתיד יימנעו בתי-משפט כליל מפתרון התרומות. אולם ייתכן שהמשך הפניית הכספים לתרומות מעיד על בעיה עמוקה יותר. אפשר ששופטים ממשיתכים לאשר את פתרון התרומות מפני שזהו פתרון נוח שמקל על הצדדים להגיע להסדר או מפני שהם מעדיפים להחזיק בידם את ההחלטה על יעדי התרומה.¹⁶⁵ חשוב לציין שמבחינה דוקטרינרית תיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות אינו מונע לחלוטין

הממשלה היתה נגועה בניגודי עניינים מרובים ומהותיים".

162 ראו אלפי שאולי "חלוקה לא שוויונית של עזבונות לטובת חרדים" [www.ynet. 19.2.2013](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4346084,00.html) (המצביע על הקצאה לא-פרופורציונלית לעמותות ביישובים חרדיים); שאול אמסטרדמסקי "שליש מההקצבות של ועדת העזבונות עברו למשרד הביטחון" www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3646852,00. 8.12.2014 (גופי דת קיבלו בשנת 2014 כשליש מההקצבות שלא הועברו לפרויקטים בטחוניים). יודגש כי בניגוד לוועדת העזבונות, הוועדה לפי תיקון מס' 10 מחלקת כספים שנלקחו מהציבור.

163 ת"צ (מחוזי ת"א) 18002-06-12 אמיד נ' כרטיסי אשראי ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2016) (העברת יתרות פיצוי כתרומה לעמותות "אתגרים" ו"כנפיים של קרמבו"); ת"צ (מחוזי ת"א) 56888-07-13 סמל נ' תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.2016) (להלן: עניין סמל) (תרומה של מוצרי מזון בסך 1.6 מיליון ש"ח לעמותת "לתת"); ת"צ (מחוזי ת"א) 28067-09-13 כהן נ' קוקיזקרים בע"מ (פורסם בנבו, 7.11.2016) (העברת תרומה ל"עמותה למיגור העישון הכפוי במקומות ציבוריים"); ת"צ (שלום י-ם) 5293-05-15 שויביץ נ' ארט יודאיקה בע"מ (פורסם בנבו, 15.9.2016) (להלן: עניין שויביץ) (תרומת תיקי תפילין לאגודה למען החייל).

164 ת"צ (מנהליים מר') 52342-07-11 גלבע נ' עיריית נתניה (פורסם בנבו, 21.12.2016) (הפניית יתרות הפיצוי לקרן הייעודית); ת"צ 38375-06-13 (מחוזי י-ם) אליאס נ' רכבת ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2016) (העברת הפיצוי לקרן בתביעה שעניינה מניעת עישון במקומות ציבוריים, והקדשתו "לתחום הקרוב לחינוך למניעת עישון ולמניעה וטיפול בנזקי עישון" – שם, פס' 73); ת"צ (מנהליים ת"א) 55171-04-13 אברמוביץ נ' עיריית בני ברק (פורסם בנבו, 26.10.2016) (העברת הכספים לקרן בתביעה שעניינה גביית אגרות חנייה לא כדין, וייעודם "ככל האפשר לתובענות ייצוגיות בנושא בטיחות בדרכים ולמצער לתובענות ייצוגיות מנהליות" – שם, פס' 32); ת"צ (מחוזי חי') 50720-10-15 מרגלית נ' מזון העתיד בע"מ (פורסם בנבו, 14.8.2016) (סעד של כ-13 מיליון ש"ח לקרן הייעודית).

165 שתי סיבות אלה אינן ראויות בעיניי. ראו את הדיון בפתרון התרומות לעיל בחלק 5.

תרומות. מנוסח החוק העדכני עולה כי על בית המשפט להורות על העברת הפיצוי לקרן הייעודית רק כאשר סעד כספי לטובת הקבוצה אינו אפשרי, ובמקומו ניתן סעד כספי לטובת הציבור.¹⁶⁶ לעומת זאת, על-ידי פסיקת סעד בעין לטובת הקבוצה, "כולה או חלקה" – כגון קופונים או הטבות שונות – בתי המשפט והצדדים יכולים לעקוף את הוראת המחוקק בתיקון משנת 2016.¹⁶⁷ ככל שלשופטים יש העדפה לפתרון התרומות, התוצאה עולה להיות, באופן פרדוקסלי, עלייה בפשרות שבהן יחולקו לעמותות הטבות בעין.

לסיכום, תיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות עוצב כדי למנוע את חלוקת כספי התובענה הייצוגית בדרך של תרומה. הוא עושה כן על-ידי העברת הכספים לקרן ייעודית הפועלת בפיקוחו של האפוטרופוס הכללי. לנוכח הבעייתיות הרבה בפתרון התרומות, תיקון החקיקה משרת מטרה ציבורית טובה, והוא צפוי לשפר את הפרקטיקה הקיימת. עם זאת, בדומה לפתרונות אחרים שעניינם העברה למדינה, פתרון הקרן הייעודית משרת את מטרת ההרתעה אך לא את מטרת הסעד. נוסף על כך הוא חשוף לטענות בדבר ניהול לא-יעיל וחששות לניגודי עניינים מצד הוועדה. כך או כך, אף שהתיקון בא לחסל את פתרון התרומות, נוסח התיקון מאפשר לצדדים ולשופטים דרך עוקפת – סעד בעין. אכן, ההיענות לתיקון החקיקה מעורבת לעת עתה.

* * *

השיטות הקיימות לחלוקת קופת הפיצוי לוקות בקשיים שונים: חלק מהן – למשל, שיטת ה-ALI, שיטת הקרן הגמישה ושיטת הקרן הייעודית – אינן יעילות מבחינה מנהלית; חלקן, דוגמת שיטת ההחזרה לנתבע, מובילות לתת-הרתעה, שכן הנתבע פטור מתשלום מלוא קופת הפיצוי; וחלקן – שיטת ההעברה למדינה, שיטת התרומות ושיטת הקרן הייעודית – מעבירות את הכסף לגורמים שמחוץ לקבוצה, ולכן אינן מגשימות את מטרת הסעד. נוסף על כך, שיטות שונות, כגון שיטת התרומות והשיטה של פיצוי תת-קבוצה מסוימת, מעוררות קשיים בנוגע להפעלת שיקול-הדעת של השופט ובעלי-הדין. החלק הבא מציג פתרון שעונה על קשיים אלה – חלוקת הכסף באופן אקראי בין חברי הקבוצה.

ד. פתרון מוצע – הגרלות

1. תיאור כללי

הפתרון המוצע מבוסס על עיקרון פשוט: העברת כסף רב יותר למספר קטן יותר של תובעים, אשר ייבחרו אקראית באמצעות הגרלה שתתקיים לאחר קביעת קופת הפיצוי. מכיוון שהעלות המנהלית של חלוקת הכסף תלויה בכמות הנמענים, הפחתת מספר המוטבים והגדלת

166 ראו נוסח ס' 20(ג)(1) ו-2(2) לחוק תובענות ייצוגיות: "מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה... אינו מעשי... רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור... הורה בית המשפט על מתן סעד כספי לטובת הציבור, יורה על העברת הכספים המיועדים לכך לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א".

167 ראו, למשל, את ההחלטות בעניין סמל ובעניין שיוביץ, לעיל ה"ש 163, שבהן ניתנה תרומה בעין של מוצרי מזון ואביזרי דת ללא דיון בתיקון החקיקה. באופן דומה, בתי המשפט יכולים לעקוף את תיקון החקיקה משנת 2016 על-ידי הפניית כספים לתת-קבוצה מסוימת.

הסכום לכל מוטב מקטינה את ההוצאות המנהליות ומגדילה את קופת הפיצוי ואת ההחזר הצפוי לכל חבר קבוצה. מעבר ליעילות המנהלית, פתרון זה מבטיח שהנתבע ישלם את מלוא קופת הפיצוי ולכן מקיים את מטרת ההרתעה; והוא מחזיר את הכסף לחברי הקבוצה ולכן מגשים את מטרת הסעד. יתר על כן, שיטת ההגרלות מחזירה את הכסף לחברי הקבוצה באופן "עיוור", ואינה מאפשרת לשופטים ולעורכי-הדין לפזר את קופת הפיצוי כרצונם. הטבלה הבאה ממחישה את יישום שיטת ההגרלות תוך שימוש בדוגמה מספרית פשוטה שמשקפת מצב עניינים טיפוסי לתובענות ייצוגיות. החלק הראשון של הטבלה מתאר את קופת הפיצוי – מקרה היפותטי שבו קיימים מיליון חברים בקבוצה, שלכל אחד מהם יש עילה אישית בשווי 5 ש"ח, וסך קופת הפיצוי עומד על-כך על 5 מיליון ש"ח. עלות העברת הכסף לכל תובע היא שקל אחד.

שווי כלל קופת הפיצוי	5 מיליון ש"ח
מספר החברים בקבוצת התובעים	1 מיליון
העילה האישית של כל חבר קבוצה	5 ש"ח
העלות המנהלית לכל פיצוי אישי	1 ש"ח

החלק השני של הטבלה משווה את שיטת הפיצוי האישי, שבה כל תובע מקבל את נזקו, לשיטת ההגרלות, שבה, לצורך הדוגמה, קופת הפיצוי מחולקת אקראית ל-1 מכל 20 חברים בקבוצה (5%) כך שכל מוטב בפועל מקבל פי 20 מנזקו. העמודה האמצעית מתארת את נקודת המוצא, היא מנגנון הפיצוי האישי; ואילו העמודה השמאלית מתארת את שיטת ההגרלות.

פיתרון ההגרלות	פיצוי אישי	
חלקם היחסי של המוטבים מתוך כלל הקבוצה	100%	5%
מספר המוטבים בפועל	1 מיליון	50,000
כלל ההוצאות המנהליות (שקל למוטב בפועל)	1 מיליון ש"ח	50,000 ש"ח
שווי נקי של קופת הפיצוי (כלל קופת הפיצוי פחות כלל ההוצאות המנהליות)	4 מיליון ש"ח	4.95 מיליון ש"ח
הפיצוי המגיע לכל מוטב בפועל	5 ש"ח	$20 * 5 = 100$ ש"ח
שווי ההטבה הנקייה לכל מוטב בפועל (לאחר הפחתת העלות של העברת הכסף)	4 ש"ח	99 ש"ח
תוחלת הפיצוי לכל חבר קבוצה	4 ש"ח	$4.95 = 0.05 * 99$ ש"ח

היתרון שבשיטת ההגרלות ברור. אם מתעקשים על סעד אישי, כל חבר קבוצה מקבל 4 שקלים בוודאות. לעומת זאת, בשיטת החלוקה האקראית, אחד מתוך כל עשרים חברי קבוצה מקבל 99 שקלים. המשמעות של שיטת חלוקה זו היא שכל חבר בקבוצה מצפה לקבל בממוצע $99 * 5\%$, שהם 4.95 שקלים – זו תוחלת הפיצוי לכל חבר קבוצה (expected value). החיסכון המנהלי בדוגמה – "הגדלת העוגה" בתנאי הפתרון המוצע – עומד על 950,000 ש"ח, שמתחלקים בין קבוצת התובעים. נוסף על כך, שיטת ההגרלות היא שיטה פשוטה מבחינה מנהלית וקלה לתפעול, והיא עובדת בצורה דומה גם כאשר התביעות האישיות שונות. נניח, למשל, כי הפיצוי האישי משתנה בין תובעים בטווח שבין 3 ל-7 שקלים, וכי

ממוצע הפיצוי האישי הוא 5 שקלים לתובע. במקרה כזה הפעלת שיטת ההגרלות משמעה שכל מוטב בפועל יקבל פי כ-20 מנזקו. מובן שניתן להתאים את המכפיל כדי שקבוצת התובעים שעלתה בגורל תקבל בדיוק את סכום הפיצוי הקבוצתי.¹⁶⁸

שיטת ההגרלות משקפת תפיסה ציבורית-פונקציונלית ונכונות לסטות מכללי הפרוצדורה הקיימים כדי להגשים את מטרות התובענה הייצוגית. אכן, שיטה זו מגשימה את תכליות התובענה הייצוגית – במיוחד את מטרות ההרתעה והניהול היעיל, אך גם את מטרת הסעד. הגשמת מטרת ההרתעה מובנת, שכן שיטת ההגרלות כופה את הנתבע לשלם את מלוא הנזק שגרם לקבוצה (5 מיליון). גם מטרת הסעד מוגשמת בפתרון ההגרלות. נניח כי ההגרלה מאפשרת חלוקה אקראית לחלוטין בין חברי הקבוצה, וכי חברי הקבוצה אדישים לסיכון.¹⁶⁹ קיום ההגרלה מאפשר למקסם את ההחזר הצפוי לכל חבר על-ידי מזעור העלויות המנהליות – ככל שמספר חברי הקבוצה המפוצים בפועל יהיה קטן יותר כן יפחתו העלויות המנהליות, ו"עוגת" הפיצוי תגדל. במילים אחרות, בכל הגרלה תהיה לכל תובע ותובע ציפייה לקבל לפחות את סכום הפיצוי המגיע לו (ללא הגרלה), וככל שייקטן מספר המוטבים בפועל כן תגדל תוחלת הפיצוי.¹⁷⁰ בדוגמה שלעיל יצפה כל חבר קבוצה לקבל 4.95 ש"ח, בעוד שבמנגנון הפיצוי האישי יקבל כל חבר קבוצה רק 4 ש"ח. מכיוון שפתרון ההגרלה מפזר על-פי ההנחה את כלל קופת הפיצוי בצורה אקראית, ניתן להשמילו למנגנון שמקנה לכל חבר בקבוצה כרטיס להגרלה בשווי הפיצוי האישי לפחות (ללא הגרלה).¹⁷¹ מכאן שכל חבר קבוצה מקבל בשווה-כסף, ככרטיס הגרלה, לפחות את שווי הנזק האישי. תחת הנחות אלה קשה לראות מדוע מנגנון ההגרלות אינו מקיים את דרישת הסעד גם לפי תפיסות לא-תועלתניות של דיני נזיקין.¹⁷² אומנם, הפתרון המוצע מעניק רק "כרטיס הגרלה", (בשווי העילה האישית לפחות), ואינו משיב את המצב לקדמותו באופן מילולי, שכן חלק מחברי הקבוצה לא יקבלו החזר כספי. אך גם דיני הנזיקין הכלליים אינם משיבים בהכרח את המצב

168 נניח כי באמצעות שיטת ההגרלות נמצאו 50,000 חברים בקבוצה, כי הפיצוי האישי בקבוצה זו משתנה, וכי ממוצע הפיצוי בקבוצת המדגם הוא 4.17 ש"ח. במקרה זה הכפלת הפיצוי האישי לכל חבר בקבוצת המדגם במכפיל של כ-23.98 תעמיד את סך הפיצוי לקבוצה שעלתה בגורל קרוב מאוד ל-5 מיליון ש"ח – הסכום הכולל של קופת הפיצוי.

169 להתייחסות למצבים של שנאת סיכון ראו להלן חלק ה. 170 במקרה הקיצון ייבחר רק חבר אחד בקבוצה. בדוגמה שנדונה לעיל יקבל אותו חבר יחיד שייבחר בהגרלה כזו את כלל קופת הפיצוי, בסך 5 מיליון, והעלויות המנהליות יסתכמו בשקל אחד בלבד, כך שתוחלת הפיצוי תהיה קרובה מאוד ל-5 שקלים (4.999999). זאת, בהשוואה להגרלה שבה בוחרים אחד מכל עשרים חברים בקבוצה, אשר מובילה לעלויות מנהליות של 50,000 ש"ח ולתוחלת פיצוי של 4.95 ש"ח בלבד.

171 אני מודה לעו"ד גיורא ארדינסט על העלאת נקודה זו.

172 השוו לדוגמות שניתנו לעיל ליד ה"ש 31. גם בדוגמות ההן קופת הפיצוי שווה לממוצע הנזק כפול מספר החברים בקבוצה, וגם בהן הקופה כולה מחולקת לחברים מן הקבוצה, ואף-על-פי-כן לא מתקיימת בהן מטרת הסעד. הסיבה לכך היא שברדוגמות ההן ניתן לזהות שתי תת-קבוצות, כאשר תת-קבוצה אחת מפוצה באופן שיטתי ביתר לעומת התת-קבוצה האחרת. במילים אחרות, אף שקופת הפיצוי הכללית חושבה בצורה הוגנת, לחלק מחברי הקבוצה אין ציפייה לקבל, בתוחלת, את הפיצוי האישי המגיע להם.

לקדמותו באופן מילולי. במקרים של פגיעות גוף, למשל, הפיצוי הוא כמובן בשווה-כסף לנזק של הנפגע.¹⁷³ כשם שדיני הנזיקין הכלליים מפצים על נזק גוף בכסף, ניתן להגשים גם בהקשרנו את מטרת הסעד על-ידי פיצוי בשווה-כסף בגין נזק ממוני.¹⁷⁴ נוסף על מטרת ההרתעה והסעד, המנגנון המוצע זול לתפעול.¹⁷⁵ זאת ועוד, הוא אינו מקנה שיקול-דעת באשר ליעדים של עורפי הפיצוי. הפתרון המוצע מגשים אם כן את מטרת ההרתעה והסעד תוך מזעור החששות הקשורים להפעלת שיקול-דעתם של הגורמים המופקדים על חלוקת קופת הפיצוי. על-ידי מניעת הטיות וקביעות שרירותיות באשר לניתוב הכסף, ובאמצעות שימוש בחלוקה אקראית, המנגנון המוצע מגשים את מטרת ההליך ההוגן.¹⁷⁶

2. העדיפות של פתרון ההגרלות על הפתרונות הקיימים

האמור לעיל הראה את יתרונותיה של שיטת ההגרלות בהשוואה לשיטת פיצוי שבה כל חבר בקבוצה זכאי במדויק לנזקו. אך כאמור בחלק ג לעיל, קיימות כמה שיטות לחלוקת קופת הפיצוי שאינן מתבססות על פיצוי אישי. הפסקות הבאות משוות את שיטת ההגרלות לפתרונות הקיימים לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי לאור מטרותיה של התובענה הייצוגית, ומראות כי המנגנון המוצע עדיף על כל המכשירים הקיימים.

החזרת הפיצוי לנתבע (פתרון 1) – העדיפות של פתרון ההגרלות על פתרון זה ברורה, שכן פתרון ההגרלות, בניגוד לפתרון של החזרת הפיצוי לנתבע, מפצה את חברי הקבוצה ומרתיע את הנתבע באופן מיטבי.

החזרת הפיצוי לחברי הקבוצה באופן יחסי לנזקם (פתרון 2) – פתרון זה, שאומץ על-ידי ה-ALI, משתמש בכמה סבבי חלוקה כדי לחלק את קופת הפיצוי בין תובעים רבים ככל האפשר, ומפזר את היתרה הבלתי-מנוצלת בין התובעים שדרשו את כספם בסבבים הקודמים. במבט ראשון פתרון ה-ALI דומה לפתרון ההגרלות, שכן שני המנגנונים מחזירים את הכסף לקבוצת התובעים, ובפרט תת-קבוצה של תובעים "זוכה" במלוא קופת הפיצוי. עם זאת, קיים שוני בין הפתרונות המוצעים הן ברמה הקונספטואלית והן ברמה המעשית. ברמה הקונספטואלית, פתרון ה-ALI נגזר כאמור מהגישה הדיונית-המסורתית, אשר רואה בתובענה הייצוגית שלוחה של הסדרים דיוניים קיימים. פתרון זה מייחס חשיבות לפיצוי אישי, ושואף להעניק סעד למספר מרכי של חברים בקבוצה. מכאן שחיפוש התת-קבוצה בגישת ה-ALI אינו נעשה באופן אקראי, אלא הוא תוצר של הרצון להעניק פיצוי אישי

173 לטיעון ברוח זו ראו: David Rosenberg, *Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases*, 71 N.Y.U. L. REV. 210, 233 (1996). לכן, בעיניי, גם בתביעה נזיקית רגילה תתקיים מטרת הסעד אם יוצע לניזוק אדיש לסיכון, שזנזקו 100, פיצוי בסך של 200 לפחות בסבירות של 50%.

174 ניתן להקשות ולטעון כי הסיטואציות בטקסט אינן שקולות, שכן נזק גוף אינו ניתן לפיצוי, בעוד נזק כספי הוא לכאורה בר-פיצוי. עם זאת, לצורכי מאמר זה די בתפיסה רחבה דייה של "סעד", שתכיר בשקילות העקרונית שבין מצבים אלה.

175 לדיון נרחב יותר בעלויות המנהליות של מנגנון ההגרלה ראו להלן חלק 3(א).

176 לתפיסה הכללית שלפיה הגרלות הן מכשיר פרוצדורלי הוגן ראו, למשל: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 85–86 (1971); Felix Oberholzer-Gee, Iris Bohnet & Bruno S. Frey, *Fairness and Competence in Democratic Decisions*, 91 PUB. CHOICE 89 (1997).

לתובעים רבים ככל האפשר בעלויות נמוכות ככל הניתן. פתרון ההגרלות עומד בסתירה לגישה הדייונית, הרואה בפיצוי אישי לכל תובע ותובע עיקרון ראשון במעלה. שיטת ההגרלות מביעה את הגישה הציבורית הפונקציונלית: הדגש מושם בהרתעת הנתבע, ותכליתו של מנגנון הפיצוי היא חלוקת הקופה בין חברי הקבוצה תוך מזעור הקשיים המנהליים. שיטת ההגרלות משיגה את מטרתה על-ידי העברת פיצוי אישי גבוה לקבוצה קטנה ואקראית של תובעים/מוטבים. לפי גישת ההגרלות, איתור מספר רב של חברים בקבוצה הוא פעולה מיותרת; אדרבה, הניסיון לאתר מספר רב של מוטבים חוטא לתכליתו של הסדר הפיצוי, שכן הוא יוצר עלויות מנהליות גבוהות (שנוגסות בקופת הפיצוי).¹⁷⁷ יתר על כן, גישת ההגרלות רואה ערך בעצם האקראיות של החלוקה. חלוקה לפי שיטת ה-ALI עלולה להיות מוטה לטובת קבוצות תובעים מסוימות, כגון אלה שקוראים ברגיל את העיתונים שבהם מתפרסמות הודעות בדבר תובענות ייצוגיות. בכך מטרת הסעד אינה מוגשמת במלואה.¹⁷⁸ חלוקה אקראית משרתת בצורה טובה יותר את מטרת הסעד, תוך ניהול הוגן של ההליך. ההליך האקראי משטיח הבדלים לא-רלוונטיים בין קבוצות תובעים, ומחלק סכום כסף זהה (בתוחלת) באופן יחסי לעילתו של כל תובע ותובע.

מכאן נובעים גם הבדלים מעשיים. כמתואר לעיל בחלק 2, פתרון ה-ALI נוקט כמה סבבי חלוקה, כשבכל סבב נעשה ניסיון לאתר תובעים נוספים תוך שימוש בשיטות חיפוש שונות. סבבים אלה כרוכים בעלויות מנהליות לא-זניחות. האם הם נחוצים? לפי גישת ההגרלות, סבבי חלוקה אלה מיותרים, שכן מספר המוטבים בפועל אינו רלוונטי. עדיף לאתר באופן אקראי, בסבב חלוקה יחיד, קבוצה קטנה של תובעים, ואלה להעביר את קופת הפיצוי. על רקע זה ניתן לראות כי לשיטת ה-ALI יש חסרונות ברורים בהשוואה לשיטת ההגרלות. במיוחד, שיטת ה-ALI כרוכה בזבזו משאבים עקב ההתעקשות לפצות כל ניזוק וניזוק, ככל שהדבר אפשרי. נוסף על כך, שיטת ה-ALI יוצרת הטיה לטובת תובעים שמגיבים על שיטות החלוקה המקובלות. שיטת ההגרלות, לעומתה, שואפת להחזיר את הכסף באופן עיוור, כך שלכל אחד מחברי הקבוצה יהיה סיכוי שווה לקבלו. מובן שהאידיאל של חלוקה אקראית לפי שיטת ההגרלות אינו יכול להתממש בכל מקרה ומקרה. במקרים הקלים חברי הקבוצה ידועים וניתן לאתרם בקלות – במקרים אלה מציאת מדגם קטן של תובעים היא משימה פשוטה.¹⁷⁹ במקרים אחרים ניתן לאתר את חברי הקבוצה באופן אקראי, אך הדבר

177 טלו, לדוגמה, את המקרה הפשוט שתואר בחלק הקודם, ובו מיליון ניזוקים, אשר שווי התביעה של כל אחד מהם הוא 5 שקלים והעלות של העברת הפיצוי היא שקל לתובע. לפי גישת ה-ALI, יש להשתמש במנגנון הפיצוי האישי כדי לתת סעד לכל חבר בקבוצה. אומנם, כל חברי הקבוצה יקבלו כך פיצוי בפועל, אולם עלותו של מנגנון זה תהיה כחמישית (!) מסך התשלום לקבוצת התובעים. לפי גישת ההגרלות, חלוקה כזו מיותרת.

178 ראו את הדיון לעיל בה"ש 172.

179 ניתן לחשוב, למשל, על תביעה ייצוגית נגד נתבע המפעיל אתר אינטרנט שאליו נרשמו חברי הקבוצה באמצעות דוא"ל. ממאגר נתוני הלקוחות ניתן "לשלוף" בנקל תת-קבוצה קטנה באופן אקראי. יוער שגם אם ניתן לאתר את חברי קבוצת התובעים בנקל, כדוגמה זו, בעיית החלוקה של קופת הפיצוי עורנה שרירה וקיימת בשל עלויות המימוש, שבטענין חברי קבוצה רבים עשויים לוותר על הפיצוי המגיע להם. לדוגמה קונקרטיית ראו לעיל ה"ש 60.

כרוך בעלויות מסוימות.¹⁸⁰ במקרים אחרים איתור אקראי של חברי הקבוצה יהיה יקר ומסובך מדי. במקרים אלה יש להכיר בחוסר התוחלת של חלוקה אקראית לגמרי, והפתרון הוא לעודד קבוצה קטנה של תובעים, בעלת מאפיינים אקראיים ככל האפשר, לתבוע את נזקם ולהתחלק בקופת הפיצוי הכללית.¹⁸¹

לשיטת ה-ALI ולשיטת ההגרלות יש מאפיינים דומים, אך כפי שהודגם לעיל, לשיטת ההגרלות יש יתרונות. חסרונותיה של שיטת ה-ALI נובעים מהיצמדותה למנגנוני הפיצוי הקיימים, קרי, לאלה שגובשו מהפרספקטיבה הדיונית לתובענות ייצוגיות. בעוד במקרי-גבול מסוימים חלוקת הפיצוי בפועל עשויה להיות דומה בשתי השיטות, במקרים אחרים התוצאה תהיה שונה בתכלית. השוני העיקרי הוא שבזונחה את היומרה להעניק פיצוי אישי לכל תובע ותובע, שיטת ההגרלות מחזירה את הכסף לקבוצה תוך חיסכון ניכר בעלויות המנהליות.

העברת הפיצוי למדינה (פתרון 3) – היתרונות של פתרון ההגרלות על פתרון ההעברה למדינה ברורים. קבוצת הניזוקים מפוצה (ולא ממוסה), ונוסף על כך אין חשש מהטיית שיקול-דעתה של המדינה עקב הצפי להעברת סכומי כסף גבוהים דרך תובענות ייצוגיות. שיטת ההגרלות מגשימה אם כן בצורה עדיפה את מטרת הסעד, תוך ניהול יעיל והוגן.

קרן "גמישה" (פתרון 4) – שיטת הקרן הגמישה מחזירה את הכסף באמצעות הסדרי הנחות ללקוחות עתידיים, קרי, לקבוצת מוטבים שחופפת באופן חלקי בלבד את קבוצת הניזוקים. בניגוד לקרן ה"גמישה", שיטת ההגרלות מחזירה את הכסף לקבוצה שמוכלת בקבוצת הניזוקים, ולכן היא מגשימה טוב יותר את מטרת הסעד. זאת ועוד, לנוכח הקשיים המעשיים ביישומה של שיטת הקרן הגמישה, שיטת ההגרלות יעילה יותר מבחינה מנהלית. לבסוף, לנוכח האפשרות של נתבעים להתחמק, באמצעות הסדרי הנחות, מתשלום מלוא הנזק שגרמו, שיטת ההגרלות מגשימה בצורה טובה יותר גם את מטרת ההרתעה.

שיטת התרומות (פתרון 5) – יתרונותיה של שיטת ההגרלות על שיטת התרומות ברורים. שיטת ההגרלות מונעת מצב שבו שופטים ועורכי-דין מקבלים שיקול-דעת בלתי-מוגבל לחלק את כספיו של ציבור התובעים, כבפתרון התרומות, ולכן היא מהווה הליך הוגן יותר. שיטת ההגרלות מגשימה תכלית זו על-ידי החזרת הכסף למקום שאליו הוא שייך – קבוצת התובעים. בכך שיטת ההגרלות, בניגוד לשיטת התרומות, מגשימה גם את מטרת הסעד. נוסף על כך, מטרת ההרתעה מוגשמת באופן מיטבי, שכן שיטת ההגרלות אינה מעוררת את החשש שהנתבע יתחמק מתשלום מלוא הנזק שגרם על-ידי התחייבות לתרומה שכבר נעשתה בפועל.

180 ניתן לחשוב, למשל, על תביעה נגד רשת סופרמרקטים: כדי לנסות להגשים אקראיות, ניתן לאתר – אם כי במאמץ מסוים – את כל הרוכשים ביום מסוים ובשעה מסוימת (שייבחרו באופן אקראי).

181 ניתן לחשוב, למשל, על תביעה בגין הטעיה צרכנית, דוגמת פרשת הסיליקון בחלב – עניין תנוכה, לעיל ה"ש 3. מכיוון שבמקרה זה קשה לאפיין בצורה פשוטה קבוצה קטנה של תובעים עם מאפיינים אקראיים, ניתן לנהל את חלוקת הפיצוי באופן הבא: תובעים יוזמנו להגיש בקשה לקבלת פיצוי, ומבין אלה שייגישו בקשה לפיצוי תיבחר בצורה אקראית קבוצה קטנה של תובעים שיתבקשו להוכיח את נזקם ברמה הוכחה מסוימת. קבוצה זו, שיש לה מאפיינים אקראיים, תתחלק בקופת הפיצוי כולה. יודגש כי עובר לתיקון החקיקה של 2016 נפתרו מקרים מסוג זה באמצעות שיטת התרומות, ולא באמצעות שיטת ה-ALI.

פיצוי תת־קבוצה מסוימת (פתרון 6) – בשיטה זו קבוצה מסוימת של תובעים, דוגמת כבדי־שמיעה בעניין גולדשטיין שנדרון לעיל, מתחלקת בקופת הפיצוי. פתרון זה מייטיב עם סוגי תובעים הקרובים לליכס של השופטים והצדדים. לעומת זאת, תובעים שאינם שייכים לקבוצות מועדפות אלה צפויים לקבל פחות מנזקם. שיטת ההגרלות עיוורת להבדלים לא־רלוונטיים בין תובעים. בשיטת ההגרלות כל תובע זכאי לקבל לפחות את הסעד המגיע לו (בתוחלת), והכסף מועבר בצורה אקראית, ולא לפי גחמותיהם של בעלי־הדין והשופטים. על־כן פתרון ההגרלות מקיים בצורה טובה יותר את מטרת הסעד, תוך ניהול הוגן ויעיל של ההליך. נוסף על כך, בשיטת ההחזרה לתת־קבוצה מסוימת קיים חשש שהנתבע יתחמק מתשלום מלוא הנזק שגרם, בעוד שיטת ההגרלות כופה את הנתבע לשלם את מלוא קופת הפיצוי.

בדומה לדיון ביתרונותיה של שיטת ההגרלות על שיטת ה־ALI, לא בכל מקרה יהיה אפשר לחלק את קופת הפיצוי בצורה אקראית בין חברי הקבוצה. עם זאת, ומסהיבות שצוינו לעיל, יש לשאוף לחלוקה פנימית בעלת מאפיינים אקראיים ככל האפשר. נראה שדווקא בעניין גולדשטיין, שבו חברי הקבוצה – מנויי פלאפון – מזוהים, היה אפשר בקלות יחסית לחלק ביניהם את הכסף באופן אקראי. גם במקרים רבים אחרים ניתן לחשוב על חלוקה פנימית בעלת מאפיינים אקראיים שמייצרת את שיקול־הדעת של בית־המשפט ובעלי־הדין.¹⁸² הקרן הייעודית (פתרון 7) – שיטה זו משלבת את פתרון ההעברה למדינה עם פתרון התרומות. בדומה ליתרונה על פתרון ההעברה למדינה, שיטת ההגרלות עדיפה על שיטת הקרן הייעודית שכן היא מקיימת את מטרת הסעד (הכסף חוזר לקבוצה). נוסף על כך, פתרון ההגרלות נראה יעיל יותר מבחינה מנהלית. פתרון הקרן הייעודית מחייב הליך של חלוקה על־ידי ועדה ציבורית, והליך זה כרוך בעלויות מנהליות רבות וחושף את הוועדה הציבורית לניגודי עניינים.¹⁸³

* * *

הפתרונות הקיימים לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי לוקים בחסרונות. פתרון התרומות, שצבר פופולריות רבה, הוא בעייתי במיוחד. אך בהעדר חלופה טובה יותר, ובהינתן הקושי שבהחזרת הפיצוי האישי לכל תובע, קל לראות את האטרקטיביות של מנגנון התרומות מבחינת השופטים. אכן, דומה שפתרון התרומות שורד גם לאחר שינויי החקיקה שנועדו לבטלו. פתרון ההגרלות מציע מכשיר מוצלח יותר לחלוקת הכסף. הוא אינו מחזיר יתרות פיצוי לנתבע ולכן אינו מוביל לתת־הרתעה (פתרון 1); הוא מקיים את מטרת הסעד, שכן כספי התובענה הייצוגית חוזרים לקבוצה, בניגוד לפתרונות שכוללים העברה לנתבע (1), למדינה (3), (7), לעמותות (5) ולקבוצות אחרות (4); אין צורך בהפעלת שיקול־דעת בלתי־מוגבל לשם חלוקת הכסף, כמו בפתרון התרומות (5), בפתרון ההחזרה לתת־קבוצה מסוימת (6) או

182 ראו, למשל, את תיאור החלוקה המוצעת לעיל בה"ש 181.

183 העדיפות של שיטת ההגרלות מתחדדת כאשר משווים את הוועדה הייעודית להליך המקביל של חלוקת תרומות על־ידי ועדת העזבונות – ראו לעיל ה"ש 157–160 והטקסט שלידן. בהקשר של ועדת העזבונות התערבות המדינה ביעדי התרומה נראית מחויבת־המצאות, שכן בהקשר זה, בניגוד להקשר הייצוגי, אין קבוצה אורגנית קיימת שניתן להשיב לה את הכספים.

בפתרון הקרן הייעודית (7); אין חשש מנסינות של הנתבע להתחמק משלום הנזק שגרם, כבפתרון התרומות (5), בפתרון ההחזרה לתת-קבוצה מסוימת (6) ובפתרון הקרן הגמישה (4); ואין השפעה על תמריצי הצדדים השלישיים וחששות לניגודי עניינים, כמו בפתרון ההעברה למדינה (3), בפתרון התרומות (5) ובפתרון הקרן הייעודית (7). פתרון ההגרלות מגשים את תכליות התובענה הייצוגית משום שהוא מפזר את קופת הפיצוי בדרך הניטרלית ביותר, תוך החזרת הכסף למקום שממנו הוא נלקח – קבוצת התובעים. ניתן לחשוב על פתרונות אחרים שמחזירים את הכסף לחברי הקבוצה, אולם הפתרון המוצע משתמש בדרך הנקייה ביותר להגשמת עקרון ההחזרה לקבוצה – חלוקה אקראית על-ידי הגרלה. כל פתרון אחר שיחזיר את הכסף לקבוצה יגרור עלויות מנהליות משמעותיות (פתרון 2) ו/או חשש לשיקול-דעת בלתי-מוגבל של השופט ובעלי-הדין (פתרון 6).

שיטת ההגרלות משיבה את הפיצוי לקבוצת התובעים ולכן מקיימת את עקרון הסעד. ככל שמטרת הסעד חשובה ממטרות אחרות, שיטת ההגרלות עדיפה על העברת הפיצוי לגורמים מחוץ לקבוצה. יודגש, עם זאת, שהעדיפות של שיטת ההגרלות אינה מחייבת הכרה בעקרון הסעד כמטרת-העל בתובענות ייצוגיות. כאמור לעיל, ובפרט בתביעות קטנות, דווקא הרתעה נראית המטרה החשובה יותר. אכן, שיטת ההגרלות משקפת פרספקטיבה ציבורית-פונקציונלית, שרואה את מטרת הסעד כמשנית למטרת ההרתעה. החזרת הפיצוי לקבוצה, אם כן, עדיפה בשל סיבות אינסטרומנטליות. העברת הכסף לגורמים מחוץ לקבוצה, לפי שיקול-דעת, מעוררת חשש לניהול לא-יעיל ולניגודי עניינים. פיזור קופת הפיצוי בין חברי הקבוצה מקטין גם חששות לקנוניה או למעיין-קנוניה עם הנתבע. באופן דומה, חלוקת הכסף מחוץ לקבוצה עלולה להשפיע על תמריציו של צד ג, אשר צופה לקבל את פירות התובענה הייצוגית ומשנה את התנהגותו בהתאם. באופן פרדוקסלי, כפי שגם יידון להלן, לחברי הקבוצה, לפחות כאשר מדובר בפיצוי אישי נמוך, אין עניין אמיתי בפירות התובענה הייצוגית. על-כן אין חשש שהם ישנו את התנהגותם בשל הציפייה לקבלת הכסף. עקרון ההחזרה לקבוצה משרת אם כן, לכל-הפחות, סיבות אינסטרומנטליות. האם, לנוכח האמור לעיל, פתרון ההגרלות צריך להיות מיושם בכל תובענה ייצוגית? החלק הבא מתמודד עם שאלה זו.

ה. ביקורות ומגבלות אפשריות וקווים מנחים ליישום

חלק זה עוסק בביקורות ובמגבלות אפשריות של ההצעה לחלק את קופת הפיצוי באמצעות הגרלה בין חברי הקבוצה, ומציע קווים מנחים ליישומה. ארון, לפי הסדר, בביקורת כללית יותר נגד השימוש בהגרלות במשפט; בהחלט הפתרון על תביעות ייצוגיות בסכומים אישיים קטנים וגדולים; ובאפשרות ליישם את הפתרון במסגרת הדין הקיים.

1. הגרלות במשפט

האין שיטת ההגרלות מתנגשת חזיתית בתפקיד השופט? הגרלות אינן כלי מקובל במשפט. נהפוך הוא, נראה שלמשפט יש התנגדות אינסטינקטיבית להגרלות. ספרות ענפה עוסקת

בהגרלות במשפט.¹⁸⁴ מטרת חלק זה אינה למצות הדיון בספרות זו, אלא להציג בקצרה את השיקולים הרלוונטיים בעד ונגד שימוש מוסדי בהגרלות, ולהצדיק את השימוש בהגרלות בהקשר הנקודתי של חלוקת קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות באופן הבא: הגרלות מבטאות חלוקה הוגנת ועיוורת של משאבים, במיוחד בהעדר כלל הכרעה מהותי; הגרלות אכן נמצאות בשימוש מוסדי נרחב; המשפט אומנם סולד באופן טיפוסי מהגרלות, אך הבסיס לרתיעה זו נמצא בהנחה שעל השופט להפעיל כלל הכרעה מהותי; כאשר השופט מחלק את קופת הפיצוי בתובענה ייצוגית, הוא אינו נדרש להפעיל כלל הכרעה מהותי; לכן סיטואציה זו אינה צריכה לעורר את הרתיעה הכללית משימוש בהגרלות במשפט.

הגרלות מהוות כלל הכרעה עיוור ו"סטריילי".¹⁸⁵ בכך יתרון ובכך חסרון. בהקשרים מסוימים כלל הכרעה עיוור – הגרלה – נתפס כהוגן משום שהוא מנטרל את שיקול-הדעת של מפעיל ההגרלה.¹⁸⁶ כאשר יש להשליך נוסע מספינה כדי להצילה, כך נפסק בפסק-דין אמריקני ישן, יש לעשות כן באמצעות הגרלה, שאם לא כן נפתח הפתח להכרעה לפי שרירות דעתו של קברניט האונייה.¹⁸⁷ אכן, קיימים שימושים מוסדיים רבים להגרלות. דוגמות להרשאה מוסדית לשימוש בהגרלות בישראל כוללות, למשל, הגרלה בהקצאת קרקעות ציבוריות, הגרלה בין תלמידי תיכון לצורך שיבוץ במצב של רישום-יתר, שבירת שוויון בין רשימות מועמדים בהינתן שוויון קולות, ועוד.¹⁸⁸ בעולם מוכרות דוגמות דומות ודוגמות אחרות, כגון חלוקת רשיונות למשאבים ציבוריים ובחירת מתגייסים לצבא.¹⁸⁹ כלל ההגרלות הסטריילי יוצר אם כן שיטה פשוטה לחלוקת משאבים תוך עיקור החשש להטיית

184 ראו, למשל: JON ELSTER, SOLOMONIC JUDGMENTS: STUDIES IN THE LIMITATION OF RATIONALITY (1989); Adam M. Samaha, *Randomization in Adjudication*, 51 WM. & MARY L. REV. 1 (2009); Ronen Perry & Tal Z. Zarsky, "May the Odds Be Ever in Your Favor": Lotteries *in Law*, 66 ALA. L. REV. 1035 (2015) אורי אהרונסון "שיהיה במזל: על אקראיות בסדרי הדין" פרודורות 135 (טליה פישר ויששכר רוזן-צבי עורכים, 2014).

185 לכיטוי זה ראו אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 141. השיקולים בעד ונגד כלל הכרעה עיוור הם הרלוונטיים ביותר לשימוש בהגרלות בהקשר של חלוקת קופת הפיצוי, אולם קיימים שיקולים אחרים, כלליים יותר, בעד ונגד הגרלות. לדיון רחב בשיקולים שונים ראו, למשל, Perry & Zarsky, לעיל ה"ש 184.

186 אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 141.

187 או בלשון בית-המשפט בעניין United States v. Holmes, 26 F.Cas. 360, 367 (C.C.E.D. Pa. (1842):

"This mode [lotteries] is resorted to as the fairest mode, and, in some sort, as an appeal to God, for selection of the victim... [W]e can conceive of no mode so consonant both to humanity and to justice... In no other than this or some like way are those having equal rights put upon an equal footing, and in no other way is it possible to guard against partiality and oppression, violence and conflict."

מבחינה טכנית, התיק הגיע לערכאות כאישום פלילי נגד אחד הימאים, שהורשע לבסוף בהריגה מפני שלא השתמש בהגרלה.

188 לפירוט ראו אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 144.

189 לפירוט ולסקירה ראו Lavie, *Reverse Sampling*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1081-1082.

שיקול-הדעת, להעדפות אישיות ולשחיתות – של קברניט האונייה בדוגמה הראשונה או של רשויות המנהל בדוגמות האחרונות.¹⁹⁰

אולם להכרעה באמצעות הגרלות יש גם מחיר. מחיר זה נובע ישירות מפריקת מקבל ההחלטות משיקול-דעתו. הגרלה מובילה לחלוקת משאבים יקרי-ערך על בסיס אקראי ולא-רציונלי; היא מחליפה שיקול-דעת במזל. כך, למשל, כאשר קיימים שני מועמדים להשתלה עם נתונים זהים, מערך ההשתלות הלאומי בישראל מונחה לקיים סדרה של התייעצויות חוזרות לשם שבירת השוויון, ולא לערוך הגרלה.¹⁹¹ חלוקת אשרת הגירה לארצות-הברית נעשית, באופן חלקי לפחות, על בסיס הגרלה, ואכן נמתחה ביקורת על שיטה זו בדיוק מפני שהיא מחלקת משאב יקר-ערך על בסיס אקראי.¹⁹² ברוח דומה הביע בית-המשפט העליון האמריקני חוסר שביעות-רצון מעריכת הגרלה כדי להכריע לגבי קבלה לאוניברסיטה של מועמדים עם נתונים דומים, שכן הגרלה כזו מעקרת את האפשרות להחלטה "ניואנסית" (nuanced judgment) על בסיס השיקולים המהותיים.¹⁹³ באופן דומה, הפעלת הגרלות ככלל מסייע להכרעה בדבר העמדה לדין או חנינה של עבריינים נתפסת כלא-ראויה.¹⁹⁴

מדיון קצר זה עולה התמונה הבאה. הגרלות הן כלי פשוט לחלוקת משאבים. עם זאת, הן כלי סטרילי – הן פונות למזל, ולא לכללי הכרעה שמחייבים הפעלת שיקול-דעת מהותי. יתרון הוא מניעת הטיה של שיקול-הדעת. ככל שהחשש מפני הטיית שיקול-הדעת גדול יותר כן ניטה להגבילו, בין היתר באמצעות הגרלות. מאידך גיסא, הגרלות מונעות את האפשרות להכרעה "ניואנסית" בשיקול-דעת. ככל שיש ערך גבוה יותר לשיקול-דעת פרטני, הגרלה נראית אפשרות טובה פחות.¹⁹⁵

הבחנות אלה מסבירות מדוע הגרלות רווחות יותר כתחליף לשיקול-דעת מנהלי אך נדירות בהקשר השיפוטי. על השופט מוטלת החובה להפעיל שיקול-דעת מהותי בגבולותיה של מסגרת ההכרעה שהתווה המחוקק. זה טבע תפקידו. כדברי השופט ברק, בבחינה בין אפשרויות פרשניות סבירות "השופט אינו רשאי להטיל מטבע".¹⁹⁶ נגד שופטים שניסו להסיר מעצמם שיקול-דעת זה ולפנות להגרלות ננקטו הליכים משמעותיים. כך, למשל, ננופה שופטת אמריקנית שסברה כי כפות המאזניים במקרה שלפניה מעוינות ועל-כן הטילה מטבע כדי להכריע, במסגרת סכסוך גירושים, היכן יבלה הילד את החג.¹⁹⁷ הרטוריקה שבה

190 ראו, למשל, ELSTER, לעיל ה"ש 184, בעמ' 111; Samaha, לעיל ה"ש 184, בעמ' 21.

191 לדוגמה זו ולדיון בה ראו אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 146.

192 ראו, למשל: PETER H. SCHUCK, DIVERSITY IN AMERICA: KEEPING GOVERNMENT AT A SAFE DISTANCE 128 (2003).

193 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 340 (2003).

194 ראו, למשל: Daniel T. Kobil, *Due Process in Death Penalty Commutations: Life, Liberty, and the Pursuit of Clemency*, 27 U. RICH. L. REV. 201, 216 (1993).

195 מאידך גיסא, במקרים שבהם יש ערך לשיקול-דעת פרטני, גם החשש מפני הטיית שיקול-הדעת עלול להיות גבוה יותר, מה שעשוי דווקא להעצים את היתרונות הגלומים בהגרלות.

196 בג"ץ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 141 (1986). ראו גם אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 149.

197 *In re Brown*, 662 N.W.2d 733 (Mich. 2003). לדוגמה זו, לדוגמה נוספת ולהפניות לספרות ראו Lavie, *Reverse Sampling*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1084. ראו גם את המקרים האמריקניים

מובע הגינוי במקרים אלה מאירת-עיניים – "לציבור יש כל הזכות לצפות שהשופט ישקול בקפידה את העניינים העומדים על הפרק... וינמק את פסיקתו".¹⁹⁸ זהו שיקול-דעת שיפוטי שאינו "ניתן להאצלה", בוודאי לא בהטלת מטבע.¹⁹⁹ פקיד מנהל, לעומת זאת, אינו נדרש באופן שיפוטי להפעיל שיקול-דעת מהותי. זאת ועוד, בניגוד לשיקול-הדעת השיפוטי, שיקול-הדעת המנהלי מעלה חשש תמידי לניגוד עניינים ולשיקולים זרים.²⁰⁰ השימוש בהגדרות, כסוג של צדק עיוור, מתבקש בהקשר המנהלי.

הבחנה זו בין פקיד לשופט אינה חדה, כמובן. ראינו לעיל כי קיימים מקרים שבהם גם רשות מנהלית – כגון מערך השתלות האיברים – נדרשת להפעיל שיקול-דעת מהותי, ולא לפנות להגדרות. אולם לצרכינו מעניינים המקרים החריגים מן העבר האחר, שבהם שיטת המשפט מאמצת שימוש בהגדרות. אכן, קיימות דוגמות (מעטות) לשימוש יומיומי בהגדרות בהקשרים שיפוטיים, כגון בחירת מושבעים והקצאת שופטים לתיקים על בסיס אקראי.²⁰¹ כיצד ניתן להסביר מצב פרדוקסלי זה, שבו הרשות השופטת מגנה הטלות מטבע, מחד גיסא, אך עושה שימוש בהגדרות באופן שגרתי, מאידך גיסא?²⁰²

התשובה המוצעת היא שההגדרות אינן מתנגשות בהכרח בתפקיד השופט. הן מעוררות אי-נוחות מוסדית כאשר הן מחליפות הפעלת שיקול-דעת שיפוטי מהותי בין חלופות. במצבים אלה, כאשר השיקולים השונים סותרים וכפות המאזניים מעוינות, על השופט להגיע בכלי-זאת להכרעה "ניואנסית", לגוף העניין, ולאור אמות-המידה שהוגדרו להכרעה. דוגמה מובהקת היא שופט שמכריע על משמורת ילד. על השופט לשקול, בנסיבות העניין,

והישראליים המופיעים אצל אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 145 (ה"ש 36) ו-149 (ה"ש 55).
198 מתוך החלטה של ועדת אתיקה שיפוטית שהשעתה שופט שהטיל מטבע כדי לקבוע את תקופת המאסר של הנאסר: N.Y. STATE COMM'N ON JUDICIAL CONDUCT, ANNUAL REPORT OF THE
New York State Commission on Judicial Conduct 88 (1984) (תרגום חופשי של כתב מאמר זה).

199 שם, בעמ' 87.

200 אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 150, מסכם את ההבחנה:

"שיקול הדעת השיפוטי נדמה כייחודי כל כך ברצינות המנומקת שהוא מפגין, עד שהאקראיות נראית כאנטי-תזה מובהקת שלו. לעומתו, שיקול הדעת המנהלי מעורר חשד: הוא נתפס כחשוף להטיות מגוונות לנוכח התרבות הביורוקרטית, מערך התמריצים הלקוי, פועלן של קבוצות אינטרס ולחצים של דרגים פוליטיים, כך ששילוב רכיבים אקראיים במסגרתו עשוי דווקא לשחרר את הפקיד-המנתב מההיבטים המשחיתים של משרתו."

השוו לדעה המקובלת שלפיה פקיד מנהל חשופים יותר משופטים ללחצים ול"לכידת" שיקול-דעתם על-ידי גורמי כוח, וזאת מסיבות מגוונות, דוגמת העובדה ששופטים מכהנים בתפקידם עד לגיל הפרישה לגמלאות ואילו פקיד מנהל משרתים לזמן מוגבל ורכיבים מהם עוברים עם תום תפקידם לעבוד בתעשייה שעליה הם פיקחו. ראו, למשל: Richard A. Posner, *Regulation: (Agencies) versus Litigation (Courts): An Analytical Framework, in REGULATION VS. LITIGATION: PERSPECTIVES FROM ECONOMICS AND LAW* 11, 19 (Daniel P. Kessler ed., 2011).
201 ראו Lavie, *Reverse Sampling*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1086; אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 149-146.

202 לדיון רחב יותר בפרדוקס זה ראו, למשל, Samaha, לעיל ה"ש 184.

כיצד ליישם את אמת-המידה העליונה – טובת הילד. תפקיד זה אי-אפשר למלא באמצעות הטלת מטבע, ושופט שעושה כן חוטא לתפקידו. אולם לא כל השופטים נדרשים להפעלת שיקול-דעת מהותי כל הזמן. כך, למשל, קיימים הקשרים שבהם שופטים אינם נדרשים לאזן "באופן ניואנס" בין שיקולים סותרים. באופן דומה, בהקשרים אחרים לא הגדיר המחוקק לשופט את אמות-המידה הרלוונטיות להכרעה, ודווקא הפעלת שיקול-דעת שיפוטי מעוררת חשש לשרירותיות. בקבוצה אחרת של מקרים ההכרעה בין השיקולים השונים אינה נרמית הרת-גורל. במקרים אלה, שבהם הערך של שיקול-דעת פרטני יורד, גם החשש המוסדי מפני האצלת שיקול-הדעת השיפוטי (בדרך של הטלת מטבע) מצטמצם.

ענייני פרוצדורה מגלמים הקשרים אלה, שבהם הרתיעה מהגרלות חלשה. מדובר בעניינים שאינם מהותיים, ובאופן טיפוסי השופט אינו נדרש לאזן בעדינות בין השיקולים הנוגדים. יתר על כן, בעניינים "טכניים" רבים ההכרעה בין האפשרויות השונות אינה נראית משמעותית, ומסיבה זו גם ויתר המחוקק על ההזדמנות להגדיר אמות-מידה להכרעה שלאורן יפעיל השופט את שיקול-דעתו. דוגמה מובהקת היא חלוקת תיקים לשופטים. כלל אפשרי – שקיים כמובן בחלק מבת-המשפט – יקצה תיקים לשופטים באופן לא-אקראי. ייתכן שכלל כזה ישיג תוצאות טובות יותר, שכן הוא יאפשר, למשל, התמחות של שופטים, אם תיקים מסוג מסוים יועברו תמיד להרכבים מסוימים. אולם לכלל מהותי שמנתב תיקים לשופטים על בסיס מומחיות אין משמעות הרת-גורל – המחוקק הגדיר את כללי הסמכות העניינית, וככל שסמכות זו מתקיימת, הנחת-המוצא היא שכל שופט יכול להכריע בעניין הרלוונטי. מכל מקום, כלל מהותי של ניתוב תיקים אינו מבוסס על יישום שיקול-דעת לאור כללי הכרעה קיימים, שכן המחוקק לא טרח להגדיר את אמות-המידה הרלוונטיות להקצאת תיקים לשופטים. בהינתן עובדה זו, כלל מהותי של ניתוב תיקים אף פותח פתח להפעלה לא-שקופה, לשרירות ביישום ולצבירת כוח רב בידי מנתב התיקים. במצב עניינים זה, ובהעדר אמות-מידה להפעלת שיקול-דעת, פנו חלק מבת-המשפט להקצאת תיקים בצורה אקראית.²⁰³ ניתן להסביר באופן דומה מקרים אחרים של הגרלות במשפט, כגון בחירה אקראית של מושבעים.

דוגמה נוספת, שנראית דומה יותר להקשר של חלוקת קופת הפיצוי בתיבעות ייצוגיות, היא פיצול נחלה משותפת וחלוקה אקראית של התת-נחלות בין הבעלים המשותפים. מקרה טיפוסי הוא מות הבעלים והעברה ליורשים. במקרה כזה, כאשר היורשים מעוניינים לחלק את נחלת המוריש, יפצלה בית-המשפט לתת-נחלות שוות ככל האפשר בערכן, ויקצה אותן ליורשים. אולם אף-על-פי שהתת-נחלות שוות בערכן באופן עקרוני, הן אינן זהות. במצב זה היורשים עלולים לא להסכים על חלוקת התת-נחלות, ובית-המשפט יצטרך להכריע כיצד לחלק את התת-נחלות ביניהם. כרבות ממדינות ארצות-הברית חלוקה זו נעשית באמצעות הגרלה.²⁰⁴ הדין המהותי אינו מגדיר אמות-מידה לחלוקת התת-נחלות בין היורשים, אך ניתן לחשוב על אופנים שונים של הפעלת שיקול-הדעת: כלל אפשרי אחד יעניק עדיפות בכחירת הנחלות לבן האהוב על המוריש; לחלופין, השופט יכול להעניק עדיפות ליורש הנזקק ביותר; ניתן לחשוב גם על התאמת כל תת-חלקה לנסיבותיו האישיות של כל יורש,

203 ראו גם את הדיון בניתוב תיקים אצל אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 146-149.

204 לדיון קצר ברוח האמור בטקסט ראו Samaha, לעיל ה"ש 184, בעמ' 33-34.

תוך איזון השיקולים הסותרים – עובדי-אדמה, למשל, יזכו בעדיפות בהקצאת חלקה עם מים זורמים. המחוקק, כאמור, לא קבע כלל הכרעה מהותי, והכרעות שיפוטיות כאלה נראות לכן שרירותיות. נוסף על כך, היתרון בהכרעה ניואנסית, שדורשת שיקול-דעת שיפוטי חזק, נראה זעום, שכן נקודת המוצא היא שהתת-חלקות שוות בערכן, כהוראת הדין המהותי.²⁰⁵ לקבוצת המקרים שבהם בתי-המשפט מסתמכים ברגיל על הגרלות יש כמה מאפיינים משותפים: המחוקק לא קבע לגביהם כלל הכרעה ברור; היתרון של הכרעה על בסיס שיקול-דעת פרטני נראה בהם חלש; ושיקול-דעת פרטני פותח בהם פתח לשרירות ביישום.²⁰⁶ באופן טיפוסי מדובר בהקשרים פרוצדורליים (כבדוגמה של חלוקת התיקים לשופטים) או מעין-פרוצדורליים (כבדוגמה של חלוקת הנחלות ליורשים) שבהם המחוקק בחר לא לקבוע כלל הכרעה והיתרון של שיקול-דעת שיפוטי מהותי נראה חלש. בהקשרים כאלה לא רק שהשיקולים נגד שימוש בהגרלות נחלשים, אלא להפך – הגרלות עשויות לקדם אינטרסים מוסדיים אחרים: הן מאפשרות פתרון שעיוור לשיקולים זרים, ומייתרות את הפנייה לאמות-מידה שרירותיות. אם כן, בעוד הגרלות שמחליפות שיקול-דעת שיפוטי מהותי נמצאות לרוב מחוץ לתחום המותר, הגרלות "פרוצדורליות" אינן בלתי-ראויות.²⁰⁷ הבחנה זו מכלילה, כמובן, שכן קיימים מקרים שקשה לסווגם, כך שהשיקולים לשימוש בהגרלה הם תלויי-מקרה במידה רבה. אך מטרתו של חלק זה מצומצמת: הדיון בהגרלות במשפט נועד אך להבהיר את הסיבות להתנגדות האינסטינקטיבית להגרלות שיפוטיות. כפי שהראו הפסקות הקודמות, את הסלידה מהגרלות שיפוטיות ניתן לייחס לתחושה שמזל מחליף שיקול-דעת מהותי במסגרת כללי הכרעה נתונים, כבדוגמת ההחלטה על משמורת ילד. במצבים אחרים המשפט אינו נמנע מהטלת מטבע.

ככל שהשיקול העיקרי נגד הגרלות במשפט הוא החלפת שיקול-דעת מהותי במזל, ההתנגדות לחלוקה אקראית כמכשיר לפיזור הכספים הנפסקים בתובענות ייצוגיות נראית חלשה. ראשית, בניגוד למקרים שבהם הגרלה מחליפה כלל שיקול-דעת מהותי המבוסס על אמות-מידה מוגדרות להכרעה, כגון עקרון טובת הילד, בהקשר של תובענות ייצוגיות לא התווה המחוקק כללי הכרעה ברורים שלאורם על השופט לחלק את קופת הפיצוי כאשר העילה של כל חבר קבוצה קטנה מכדי להצדיק חלוקה אישית.²⁰⁸ בהעדר כללים מהותיים לחלוקת קופת הפיצוי, החשש מפני החלפת שיקול-דעת במזל קטן. יתר על כן, בהעדר מתווה להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי, החשש מפני שרירות שיפוטית מתעצם,

205 נוסף על כך, היורשים יכולים לרכוש זה את נחלתו של רעהו לאחר ההקצאה הראשונית.

206 לדיון קצר ברור זו בהגרלות שיפוטיות אקטואליות ראו *Lavie, Reverse Sampling*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1086.

207 אהרונסון, לעיל ה"ש 184, מציע הבחנה דומה בין הקשרים פרוצדורליים, שבהם הגרלות אינן בלתי-ראויות, לבין הקשרים מהותיים, שבהם הגרלות אינן לגיטימיות. בפרט, אהרונסון מציע להשתמש בהגרלות כדי לנתב תיקים לבתי-משפט במצבים שבהם הדין מעניק אפשרות להתדיין באחד מבין כמה פורומים מקבילים.

208 המחוקק קבע מטרות-על – הרתעה, סעד והליך הוגן ויעיל – אך מטרות אלה אינן מנחות את השופט במצבים שבהם הוא מוצא עצמו עם קופת פיצוי ללא דורש. במיוחד, שיקולים אלה אינם נותנים מענה לשאלות כגון אם יש להעביר את עורפי הפיצוי לתת-קבוצה מסוימת, ולא אחרת, או אם יש לתרום את הכסף לעמותה א או לעמותה ב.

והיתרון של כלל חלוקה סטרילי, דוגמת הגרלות, נראה לעין. המקרים שבהם ניתנו תרומות לעמותות ספציפיות ולא אחרות, באופן שרירותי ותוך הטיה אפשרית לטובת האינטרסים של הנתבע ומייצגי הקבוצה, ממחישים את היתרון של כלל חלוקה אקראי. באופן דומה, קשה לומר שחלוקת הכסף בין התובעים מצריכה שיקול-דעת שיפוטי מהותי שאינו ניתן להאצלה, שהרי ברגיל ההחלטה על אופן חלוקת הכסף נעשית כיום ממילא בפשרה על-ידי בעלי-הדין, תוך פיקוח רופף בלבד של בית-המשפט. כמו-כן, הדיון בחלוקה הפנימית של קופת הפיצוי אינו דיון אדוורסרי, שכן לאחר שנקבעה אחריותו של הנתבע כלפי הקבוצה, כלומר לאחר שנקבע סך קופת הפיצוי, הנתבע אינו צד לעניין, ואילו חברי הקבוצה אינם בבית-המשפט. העדר דיון אדוורסרי מעיד על החשיבות הפחותה של החלוקה הפנימית. יתר על כן, לפחות כאשר מטרת ההרתעה (ולא הסעד) היא המטרה החשובה יותר – כלומר, בפרט כאשר הסכומים האישיים קטנים – ההחלטה בדבר החלוקה הפנימית בין חברי הקבוצה היא משנית להחלטה המהותית: קביעת האחריות הכספית של הנתבע כלפי כלל הקבוצה. במצבים אלה, שבהם הסכומים האישיים קטנים, ניתן גם לומר שהבחירה בין החלופות השונות אינה הרת-גורל, והיתרון של שיקול-דעת מהותי מצטמצם. לבסוף, השאלה היא שאלה של חלופות. כפי שהראה החלק הקודם, השיטות הקיימות יוצרות קשיים לא-מועטים, ושיטת ההגרלות עדיפה על כולן. על רקע זה, החלקים הבאים מציעים קווים מנחים להפעלת שיטת ההגרלות במסגרת הדין הקיים.

2. תביעות קטנות ותביעות גדולות

פתרון ההגרלה אפקטיבי פחות במצבים של תביעות ייצוגיות שבהן העילות האישיות אינן קטנות. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שעילות אישיות גבוהות מערבות ביתר שאת שיקולים של שנאת סיכון. בחלק הקודם הראיתי כי פתרון ההגרלות חוסך בעלויות מנהליות כאשר יש קבוצה של מיליון תובעים שלכל אחד מהם יש עילה אישית בשווי חמישה שקלים. לכאורה אפשר לשחזר דוגמה מספרית זו גם במצבים שבהם העילה האישית גבוהה יחסית – למשל, קופת פיצוי של 50 מיליון ש"ח שצריכה להתחלק בין 5,000 תובעים, שכל אחד מהם זכאי ל-10,000 ש"ח. גם כאן פיצוי בדרך של הגרלה חוסך בעלויות מנהליות, שכן חלוקת סכומים גדולים יותר למספר מצומצם של מוטבים מקטינה את העלויות של פיזור הכסף. אולם לפיזור הכסף באמצעות הגרלה במצבים כאלה יש גם חסרונות, שמקורם בשנאת הסיכון של חברי הקבוצה. תביעות אישיות בסכומים גבוהים מתייחסות לחלק לא-זניח מעושרם של חברי הקבוצה. כאשר חברי הקבוצה אדישים לסיכון, קיום הגרלה אינו משפיע על עושרם. אך כאשר חברי הקבוצה שונאי סיכון, יש להניח שבתביעות בסכומים אישיים משמעותיים הם יעדיפו פיצוי נמוך יותר אך ודאי. כלומר, ניזוקים אלה היו מעדיפים, אילו ניתנה הבחירה בידם, לקבל את נזקם האישי לא בדרך של הגרלה, וזאת אף-על-פי שההגרלה חוסכת עלויות מנהליות.²⁰⁹ לתביעות על סכומים אישיים קטנים, לעומת זאת, יש אפקט מזערי על עושרם

209 במילים אחרות, ההגרלה, שהיא יעילה בעולם עם אדישות לסיכון, יוצרת עלות בעולם עם שנאת סיכון.

של חברי הקבוצה, ולכן השיקולים של שנאת הסיכון חלשים.²¹⁰ לכן נעדיף להשתמש בשיטת ההגרלה כדי לחלק את קופת הפיצוי כאשר הסכומים האישיים קטנים.²¹¹

באופן דומה, שיקולים של שנאת סיכון משליכים על מספר התובעים שיעלו בגורל. בעולם עם אדישות לסיכון עדיף להשתמש, משיקולים של יעילות מנהלית, בהגרלה שבה מעבירים סכום כסף גדול ככל האפשר למספר קטן ככל האפשר של נמענים (ובנקודת הקיצוץ – בהגרלה שבה כל קופת הפיצוי תעבור לאדם אחד). שיקולים של שנאת סיכון, במיוחד כאשר הסכומים הנתבעים אינם זניחים, תומכים בהגרלה "אגרסיבית" פחות – למשל, פיזור הכסף בין מחצית מחברי הקבוצה, שכל אחד מהם יקבל כפליים מנזקו. כמו-כן, ככל שמטרת הסעד חשובה, היא נפגעת כאשר העילות האישיות גבוהות והניזוקים שונאי סיכון, שכן פתרון ההגרלות יותר חלק מחברי הקבוצה עם נזק משמעותי שאינו מפוצה (ברביזמן שחלק אחר מחברי הקבוצה יפוצה ביתר).²¹²

לנוכח שיקולים של שנאת סיכון וסעד, אם כן, היתרון של שימוש בהגרלות מצטמצם כאשר העילות האישיות גבוהות יותר. קיימים שיקולים נוספים, משניים יחסית, להעדפת שיטת ההגרלות דווקא במצבים של תביעות אישיות קטנות. ראשית, ככל שמספר החברים בקבוצה קטן יותר, גם סך החיסכון בעלויות מנהליות קטן יותר. בתביעות שבהן הנזק

210 לשם הדוגמה נניח כי לכל אדם יש הון בסך 100,000 ש"ח. במצב של תביעות אישיות קטנות, כמתואר לעיל בחלק 1, התעקשות על פיצוי אישי משמעותה שכל חבר בקבוצה יגדיל את הונו, לאחר חלוקת הכסף, ל-100,004 ש"ח. ההגרלה משמעותה שבסבירות של 95% ייוותר פלוני עם עושר של 100,000 ש"ח, ובסבירות של 5% יגדל הונו ל-100,099 ש"ח, כלומר, תוחלת ההון שיהיה בידי פלוני תהיה כ-100,005 ש"ח. כעת נניח כי אנו במצב של תביעות אישיות בסכומים גבוהים – 5,000 תובעים עם עילה אישית של 10,000 ש"ח כל אחד, כאשר עלות ההעברה לכל אדם היא x . כעת התעקשות על פיצוי אישי תותיר בידי פלוני $110,000 - x$ ש"ח. לעומת זאת, בשיטת ההגרלה, כאשר מחלקים את הכסף לאחד מכל עשרים תובעים, פלוני נותר בסבירות של 95% עם 100,000 ש"ח, ובסבירות של 5% יגדל הונו לאחר ההגרלה לסכום של $300,000 - x$ ש"ח. פלוני יכול לצפות אם כן כי שיטת ההגרלות תניב בתוחלת $110,000 - x/20$ ש"ח. עקב עקרון התועלת השולית הפוחתת, הסכום שאותו יקבל פלוני אם יזכה בהגרלה יניב לו תועלת פחותה, באופן יחסי, והאפקט מתעצם ככל שהסכומים גדלים ביחס להונו של פלוני. בשל שנאת סיכון זו, פלוני עשוי להעדיף פיצוי ישיר אף שדרך חלוקה זו מעניקה לו סכום קטן יותר (מתוחלת הפיצוי שיקבל דרך הגרלה). לכן פלוני יעדיף להשתמש במכשיר ההגרלות ככל שהתביעה הייצוגית דומה לתביעה מהסוג הראשון, ולא השני.

211 איני מתייחס כאן לשיקולים התנהגותניים מבית-מדרשם של כהנמן וטברסקי. טענה חזקה, שנתמכת על-ידי מחקרים ניסויים רבים, היא שבני-אדם מעדיפים סיכון כאשר ההסתברויות לזכייה קטנות. ראו, באופן כללי: Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263 (1979). ככל שטענות אלה ישימות להקשר הנוכחי, הן מחזקות את פתרון ההגרלות: לפחות כל עוד ההסתברויות לזכייה קטנות יחסית, פתרון ההגרלה יועדף על-ידי חברי הקבוצה גם משיקולים של יעילות מנהלית וגם משיקולים של אהבת סיכון.

212 מטרת הסעד עשויה להיות משנית גם כאשר העילות האישיות גבוהות – למשל, כאשר ניזוקים מבוטחים באופן יעיל דרך השוק הפרטי או דרך המערכת הציבורית. ראו, למשל, רוזנברג "תביעות ייצוגיות מנדטוריות", לעיל ה"ש 10, בעמ' 833.

האישי גבוה מעורבים באופן טיפוסי מספר קטן יותר של תובעים, כך שהאטרקטיביות של הגרלה נחלשת. שנית, כאמור בחלק הקודם, החששות מפני הלגיטימיות של שימוש שיפוטי בהגרלות מצטמצמים במצבים שבהם הבחירה בין החלופות השונות אינה הרת-גורל, ותביעות אישיות בסכומים קטנים הן דוגמה מובהקת למצבים כאלה. סיבה שלישית, כללית יותר, מקורה בספרות העוסקת במשפט וכלכלה, שבמסגרתה הועלתה הטענה כי משיקולי יעילות, וללא קשר לתביעות ייצוגיות, אין לפצות ניזוקים כלל, שכן אם ניזוקים ידעו שהם נושאים בתוצאות העולה, הם ינקטו צעדי מניעה נגד הסיכונים.²¹³ שיקול זה רלוונטי כאשר אנו סבורים כי הניזוקים יכולים למנוע את הנזק בקלות יחסית. ככל ששיקול זה מתקיים, פתרון ההגרלות (וכל פתרון אחר שמחזיר את הכסף לניזוקים) אינו יעיל, ועלינו לבחור דווקא בפתרונות שמעבירים את סכום הפיצוי אל מחוץ לקבוצה, כגון העברה למדינה או לעמותות. אך נראה ששיקול זה חלש כאשר התביעות האישיות קטנות – בתביעות צרכניות, למשל, ייצוגיות או אישיות, איננו מצפים ברגיל שהתובעים ינקטו אמצעי זהירות. לעומת זאת, בתביעות נזיקיות על סכומים גבוהים הדין אכן מצפה שהניזוקים ינקטו אמצעי זהירות, והדבר בא לידי ביטוי, למשל, בבדיקת אשם תורם.²¹⁴

מצאנו, אם כן, כי לשיטת ההגרלות יש יתרונות כאשר התביעה הייצוגית מבוססת על עילות אישיות קטנות. אולם כיצד נבחין בין תביעות ייצוגיות לסכומים אישיים גדולים, שמתאימות פחות לשיטת ההגרלה, לבין תביעות ייצוגיות לסכומים אישיים קטנים, המתאימות יותר לשיטת ההגרלה? כמו-כן, כיצד נדע לקבוע בשיטת ההגרלה את מספר חברי הקבוצה שיקבלו פיצוי בפועל? התשובות לשתי השאלות הן תלויות-מקרה. בהמשך לאמור בדבר שילוב פתרון ההגרלות במסגרת הדין הקיים, מוצע לתת לשופטים את שיקול-הדעת להחליט בדבר רף הפיצוי האישי שעד אליו תהא הצדקה לפתרון ההגרלה, ובדבר החלק היחסי של המוטבים מכלל הקבוצה בכל מקרה שבו תופעל הגרלה. יודגש כי שופטים ממילא נדרשים בדין הקיים לשקול שאלות דומות.²¹⁵ כמו-כן יודגש כי כשם ששיטת ההגרלה מתאימה פחות למקרים שבהם העילות האישיות גבוהות, גם השיטות החלופיות לפתרון בעיית החלוקה של קופת הפיצוי (פתרונות 1-7, המתוארים בחלק ג) נראות אפקטיביות פחות במצבים אלה. כאשר העילות האישיות גבוהות, הפתרון הדיוני-המסורתי – קרי, השאיפה למתן פיצוי אישי לכל אדם ואדם – נעשה אטרקטיבי יותר.

3. שילובה של הצעת ההגרלות בדין הקיים

הפסקות הבאות מרחיבות לגבי ההיבטים המעשיים של שילוב הצעת ההגרלות בדין הקיים, לרבות העלויות המנהליות הייחודיות לשיטת ההגרלות ועיגונה בדוקטרינה הקיימת. חלק זה מסתיים בהצעת קווים מנחים ליישום הצעת ההגרלות.

213 Robert Cooter & Ariel Porat, *Anti-Insurance*, 31 J. LEGAL STUD. 203, 209–11 (2002)

214 כך או כך, שיקול זה אינו משקף את הדין הקיים, אשר רואה בהשבת סכום הנזק לנפגעים (גם לאחר הפחתת הפיצוי עקב אשם תורם, אם יש) עיקרון חשוב.

215 כך, למשל, בכואם לקבוע אם ניתן להורות על העברת קופת הפיצוי לציבור, על השופטים לבחון, לפי ס' 20(ג1) לחוק תובענות ייצוגיות, אם "פיצוי כספי לחברי הקבוצה... אינו מעשי".

(א) עלויות מנהליות

הדיון עד כה הציג את פתרון ההגרות כפתרון פשוט ויעיל מבחינה מנהלית. האומנם? ניתן לשער שההגרה מחייבת פיקוח של גורם חיצוני, כגון עורך-דין או רואה-חשבון, לפחות לגבי ההיבטים המנהליים של בחירת הזוכים וחלוקת הכסף.²¹⁶ כאשר חברי הקבוצה מזוהים, עלויות מנהליות אלה נראות נמוכות יחסית. אולם כאשר חברי הקבוצה אינם מזוהים, יש להוסיף על עלויות מנהליות אלה את העלויות הכרוכות בפרסום ההגרה ובעידוד חברי הקבוצה להירשם אליה.²¹⁷

בדיון על העלויות המנהליות יש להביא בחשבון שיישום שיטת ההגרות נראה פשוט במיוחד בדין הישראלי, וזאת מהסיבה הבאה: תיקים שבהם מתעוררת בעיית החלוקה של קופת הפיצוי הם ברובם המוחלט תיקים שבהם הצדדים התפשרו.²¹⁸ חוק תובענות ייצוגיות דורש ככלל מבת-משפט הבוחנים פשרות למנות בודק ניטרלי שיבחן את סבירותו של הסדר הפשרה.²¹⁹ מרכיב מבני זה, אשר ייחודי לדין הישראלי, מקל את מימושו של פתרון ההגרה, שכן הבודק – שהוא "בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת... התובענה הייצוגית" – נדרש ממילא להעמיק בפרטי העניין כדי לחוות את דעתו על סבירותו של הסדר הפיצוי,²²⁰ ולכן הוא נראה כדמות המתאימה לעסוק גם בהיבטים הטכניים של ההגרה, כגון פרסום ההגרה והבחירה האקראית של הזוכים. לפחות בתיקים שבהם מונה בודק, אם כן, הסדר ההגרה קל ליישום.²²¹ נוסף על כך, ככל שנותר חשש באשר לביצוע הגרות על-ידי שופט דווקא, האצלת סמכות זו לבודק הבוחן את התיק תרכך חששות אלה.²²²

האם פתרון ההגרה הוא הפתרון הפשוט ביותר מבחינה מנהלית? אני מוכן להניח שלא. העברת הכסף ישירות למדינה, לעמותה שעליה הסכימו הצדדים או לתת-קבוצה מסוימת נראית פתרון פשוט אף יותר. אך פתרונות אלה יוצרים כאמור בעיות שונות. על-כן, הגם שפתרון ההגרות נושא עימו עלויות מנהליות מסוימות, עלויות אלה מינימליות, במיוחד בתיקים שבהם מונה בודק ובתיקים שבהם חברי הקבוצה מזוהים. אפשר שבתיקים מסוימים שבהם סך קופת הפיצוי נמוך – נניח, כמה אלפי שקלים – העלות המנהלית של ביצוע

216 השוו, למשל, להודעה בדבר מתן היתר כללי לעריכת הגרות לפרסומת מסחרית לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977, י"פ התש"ע 6041 (הוראות מנהליות לגבי ביצוע הגרות מסחריות, לרבות מינוי עורך-דין או רואה-חשבון כמפקח על ההגרה).

217 ראו את הדיון לעיל בה"ש 179-181, וכן בטקסט שלידן וליד ה"ש 182, באשר להתאמה של סוגי תיקים שונים לבחירה אקראית של חברי הקבוצה.

218 תיקי ייצוגיות שהסתיימו בפסק-דין לטובת הקבוצה נדירים לעומת התיקים שהסתיימו בפשרות, לעיל ה"ש 43.

219 ס' 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

220 הבודק מקבל לעינו את כל החומר בתיק, והוא "רשאי לזמן את הצדדים כדי לשמוע את עמדתם... וכן להציע שינויים בהסדר הפשרה". ס' 19(ב)(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

221 יוער כי על-אף לשון החוק, בתי-המשפט אינם ממנים בודק בכל הסדר פשרה. ראו, למשל, את דעת הרוב ברע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 15.12.2008).

222 לנתונים אמפיריים באשר למינוי בודק ראו דוח הרשות השופטת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 33. השוו אהרונסון, לעיל ה"ש 184, בעמ' 149 ("השופט אינו רשאי להטיל מטבע, אך מזכיר בית המשפט – דווקא כן").

ההגרלה משמעותית ביחס לקופת הפיצוי, כך שיש לפנות למכשירים אחרים. עם זאת, פיצוי נמוך כזה אינו מאפיין בדרך-כלל תובענות ייצוגיות שהסתיימו בפשרה או בפסק-דין לטובת הקבוצה.²²³ למעשה, כאשר הנזק המצטבר לקבוצה מינימלי, מתעורר חשד שמא התביעה הייצוגית אינה ראויה.²²⁴ מכל מקום, יוער כי גם במקרים שבהם סכום הפיצוי הקבוצתי זעום, כך שהגרלה אינה רלוונטית, קיימים עדיין שיקולים חזקים נגד השימוש במכשיר התרומות. במקרים כאלה ניתן אם כן לפנות לפתרונות אחרים שנדונו, שנראים עדיפים על פתרון התרומות, כגון העברה למדינה, לקרן הייעודית או לתת-קבוצה מסוימת. לחלופין, כל קופת הפיצוי יכולה לעבור לעורך-הדין ולתובע המייצג.²²⁵

223 הנתונים מראים כי הסכום בקופת הפיצוי עומד במוצע על כמה מאות אלפי שקלים. דוח הרשות השופטת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24.

224 כך לפחות לפי חלק מבתי-המשפט. השוו ת"צ (מחוזי ת"א) 13-02-1469 לוי נ' פסטה נונה בע"מ (פורסם בנבו, 26.11.2014) (להלן: עניין פסטה נונה). בתיק זה נדונו הסכמי "הסתלקות" מתובענה ייצוגית לפי ס' 16 לחוק. על-פירוב אלה הסכמי פשרה בתביעות שעניינן הפרות מינוריות של הדין, הנעשים בשלבים מוקדמים מאוד של ההליך, לפני אישור התביעה כתובענה ייצוגית. ראו, באופן כללי, קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 44. בסוג ההסתלקות שנדון בעניין פסטה נונה, המכונה גם "הסתלקות מתגמלת", התובע ועורך-דינו מקבלים שכר-טרה צנוע מהנתבע; הקבוצה לא מקבלת פיצוי כספי; הנתבע משנה את התנהגותו כך שתתאים לדרישות הדין; ומכיוון שהתביעה טרם אושרה כתובענה ייצוגית, לא נוצר מעשה בית-דין. בעניין פסטה נונה שלל השופט ענבר, כנקודת מוצא, הסכמי הסתלקות מתגמלת, מתוך רצון "לצנן" את תמריצי עורכי-הדין והתובעים להגיש תביעות שסופן הסתלקות. שם, פס' 22. אחת הסיבות לכך היא החשש שתיקים אלה – שבהם קופת הפיצוי הפוטנציאלית זעומה, אם היא קיימת בכלל – הם תיקי סרק ו/או אינם מתאימים לשימוש במכשיר התובענה הייצוגית. יוער כי עמדה זו שנויה במחלוקת, וכי בתי-משפט אחרים מאשרים הסתלקויות מתגמלות כדבר שבשגרה. ראו, למשל, ת"צ (מחוזי חי') 14-06-27043 חזן נ' יעד חברה לדלק בע"מ (פורסם בנבו, 9.12.2014).

225 להצעה כזו ראו, למשל: Brian T. Fitzpatrick, *Do Class Action Lawyers Make Too Little?*, 158 U. Pa. L. Rev. 2043, 2055, 2082–83 (2010). הצעה זו אינה חלק ממפת הפתרונות הקיימים, לא בישראל ולא בארצות-הברית. בפרט, הצעה כזו מתנגשת חזיתית בעקרון הסעד, שלפיו יש לפחות לנסות להחזיר את קופת הפיצוי לקבוצת התובעים. הצעות מסוג זה מעוררות גם את השאלה כיצד יש לבחור את עורך-הדין – מתבקש לבחור את עורך-הדין על-ידי מכרז, שבו יתמודדו עורכי-דין שונים על הזכות לרכוש את העילה הקבוצתית. ראו, למשל: Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation*, 58 U. Chi. L. Rev. 1, 105–16 (1991). אך ככל שעורך-הדין נבחר באמצעות מכרז, הסכום שאותו שילם לרכישת הזכות הקבוצתית מועבר לקבוצה, מה שמעורר מחדש את הבעיה של חלוקת הכסף שהתקבל במכרז. במנותק משאלת הבחירה של עורך-הדין, להצעות ברוח זו יש יתרונות תיאורטיים, שכן העברת מלוא קופת הפיצוי לעורכי-הדין מרככת בעיות נציג בין עורך-הדין לקבוצה. ראו והשוו שם, בעמ' 108–110. על-כן, לפחות כאשר קופת הפיצוי קטנה מכדי לערוך חלוקה אקראית, ניתן לחשוב על פתרון זה כחלופה לפתרון ההגרלות ולפתרונות אחרים. יוער כי הסדר דומה מושג למעשה בהסתלקויות מתגמלות –

(ב) פרשנות החוק

יישום שיטת ההגרלות עלול להיתקל בבעיות דוקטרינריות. בעיה אפשרית אחת היא סעיף 20(א)(3) לחוק, השולל פיצוי חבר בקבוצה מעבר "למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו". לכאורה, פיזור קופת הפיצוי כולה בין חלק מחברי הקבוצה באמצעות הגרלה מנוגד להוראת חוק זו. כאמור לעיל, בעיה זו מתעוררת גם בהקשרים אחרים של פיזור קופת הפיצוי כולה בין חלק מחברי הקבוצה, ובמיוחד בנוגע להצעת ה-ALI, שעניינה העברת יתרת הפיצוי לחברי הקבוצה שכבר פוצו. בעיה שנייה היא התיקון החדש לחוק, שנועד לתעל לקרן ייעודית, הפועלת תחת האפוטרופוס הכללי, את כספי התובענות הייצוגיות שהיו מגיעים לתרומות. כפי שיובהר להלן, קשיים דוקטרינריים אלה אינם קשיים ממשיים המונעים יישום של פתרון ההגרלות.

ראשית, באשר לבעיה הדוקטרינרית הראשונה, ניתן לפרש את הוראת החוק האמורה בצמצום, כדי לאפשר את קבוצת הפתרונות המבוססת על חלוקה פנימית של כלל קופת הפיצוי תוך שחלק מחברי הקבוצה מקבלים את הפיצוי המגיע לחברים אחרים.²²⁶ דרך אפשרית לעשות כן היא לפרש את תקרת הפיצוי האישי – "מלוא הפיצוי... המגיע" לניזוק – כנזק הנטען בבקשה לאישור, ולא כנזק שעליו הוסכם בפשרה. הנטייה של תובעים "לנפח" את הנזק הנטען תבטיח מרווח שבו יהיה אפשר להעניק לחלק מהתובעים את הפיצוי של תובעים אחרים, לפחות עד גבול מסוים. בהעדר תיקון חקיקה, פרשנות כזו היא הרע במיעוטו.²²⁷ שנית, ובנוגע לאותה בעיה דוקטרינרית, תכונותיו המיוחדות של פתרון ההגרלה עשויות לאיין את הבעיה הנוצרת מסעיף 20(א)(3). נדמה שהסיבה העומדת מאחורי סעיף זה, האוסר חריגה מתקרת הפיצוי האישי, היא הרצון למנוע התעשרות יתר מאלה שנוקם כבר הוטב.²²⁸ אך מכיוון שפתרון ההגרלה מפזר את כלל קופת הפיצוי בצורה אקראית, ניתן להמשילו כאמור לעיל, לחלוקה שמקנה לכל חבר בקבוצה כרטיס הגרלה בשווי העילה שלו. מזווית זו, ההטבה המחולקת במסגרת פתרון ההגרלות היא ציפיה לקבלת סכום פיצוי, ולא סכום הפיצוי עצמו. אומנם, ההגרלה תִּזְכֶּה ביתר חלק מחברי הקבוצה, ואילו שאר החברים לא יראו את פירותיה. אך כאמור, כל חברי הקבוצה קיבלו הטבה – בדמות הציפיה לקבל את זכותם לפיצוי, ולא מעבר לכך.²²⁹ יודגש כי את הטעונון הזה אי אפשר להחיל על שיטות אחרות המחזירות את קופת הפיצוי לקבוצה (פתרונות 2 ו-6). במובן זה, פתרון ההגרלות והאקראיות המובנית בו מתיישבים טוב יותר עם החוק הקיים.²³⁰

הקבוצה אינה זוכה בפיצוי כספי, אך התובע המייצג ועורך־דינו מקבלים את שכרם מהנתבע. ראו לעיל ה"ש 224.

226 לתיאור הבעיה והאפשרויות הפרשניות ראו לעיל ה"ש 81-84 והטקסט שלידן.

227 ראו לעיל ה"ש 84 והטקסט שלידה.

228 ראו עניין *Folding Carton Antitrust Litig.*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 1107. ההיסטוריה החקיקתית הישראלית אינה נותנת הסבר טוב להגבלה האמורה.

229 לדיון בשקילות שבין קבלת הפיצוי הממשי לבין קבלת תוחלת הפיצוי, בהנחת אדישות לסיכון, ראו לעיל ה"ש 169-174 והטקסט שלידן.

230 מסיבות דומות הטעונון בטקסט חלש יותר כאשר חלוקת הכסף בשיטת ההגרלות נעשית לא באופן אקראי לחלוטין – למשל, כאשר ההגרלה מתבססת על קבוצת נפגעים שנרשמו להגרלה.

שלישית, ואולי חשוב מכל, את פתרון ההגרלות יש לבסס על סעיף 20(ג)(1), ולא על סעיף 20(א)(3). עניינו של סעיף 20(א)(3), השולל פיצוי ביתר, הוא בחלוקה מחדש לאחר סכב חלוקה ראשוני (כפתרון ה-ALI). סעיף 20(ג)(1) מאפשר לתת "כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה" כאשר "פיצוי כספי לחברי הקבוצה... אינו מעשי". שיטת ההגרלות, בפרט כאשר היא נתפסת ככרטיס הגרלה לכל חבר קבוצה, היא "סעד אחר לטובת הקבוצה" שאינו כפוף למגבלה בסעיף 20(א)(3).²³¹

טיעון דוקטרינרי דומה מאפשר ליישם את שיטת ההגרלות גם לאחר תיקון החקיקה משנת 2016. התיקון מחייב את בית-המשפט להעביר לקרן הייעודית כל "סעד כספי לטובת הציבור", אך חלוקה אקראית באמצעות הגרלה היא "סעד אחר לטובת הקבוצה", אשר אינו חייב בהעברה לקרן הייעודית.²³² לטיעון זה יש היבט עמוק יותר. בתיקון החקיקה של 2016 שאף המחוקק להעביר את כספי קופת הפיצוי לקרן הייעודית כדי להילחם בתופעת התרומות.²³³ למעשה, התיקון ביקש ליצור מדרג נורמטיבי שלפיו פתרון הקרן הייעודית עדיף על פתרון התרומות. אך בהינתן פתרון עדיף על פתרון התרומות – שיטת ההגרלות – תיקון החקיקה מאבד מחשיבותו.

* * *

האם הצעת החלוקה האקראית ישימה במסגרת הדין הקיים? כאמור לעיל, אין קונפליקט בין התיקון משנת 2016 לפתרון המוצע, כך שניתן להחיל את שיטת ההגרלות במסגרת הדין הקיים ללא צורך בתיקון חקיקה נוסף. יובהר: איני מציע ששופטים יחויבו לפנות לפתרון ההגרלה בכל מקרה ומקרה. אך במציאות שבה שופטים, גם לאחר תיקון החוק, ממילא מפעילים שיקול-דעת רחב ביחס לאופני החלוקה של כספי התובענות הייצוגיות, אין סיבה טובה לא להוסיף את פתרון ההגרלות למנעד האפשרויות הקיים. במצב עניינים זה ייוותר לבתי-המשפט שיקול-דעת לגבי המקרים והנסיבות שבהם ייעשה שימוש בפתרון זה.

ניתן לשרטט בקווים כלליים את המקרים המתאימים להחלת פתרון ההגרלה. שיטת ההגרלות מתאימה לסיטואציות שבהן התביעות האישיות קטנות.²³⁴ תיקים שבהם התביעות האישיות משמעותיות עשויים להצדיק פיצוי אישי לכל חבר קבוצה. ההבחנה בין תביעות אישיות קטנות לגדולות צריכה להיעשות על-ידי בית-המשפט, בהתאם לחשיבות שתוקנה למטרת הסעד. שיקולים אלה צריכים להנחות את בית-המשפט גם בדונו בהיקף ההגרלה. בהעדר שיקולי סעד יש מקום לעריכת הגרלה שבה ייבחר מספר מצומצם ככל האפשר של מוטבים.²³⁵

ראו לעיל ה"ש 181 והטקסט שלידה.

231 לטיעון דומה בהקשר של תת-קבוצה מסוימת (פתרון 6) ראו לעיל ה"ש 139-140 והטקסט שלידן.

232 ראו גם את הדיון המקביל לעניין המשך השימוש בקופונים ובתרומות בעין במסגרת תיקון מס' 10 לעיל בה"ש 165-167 ובטקסט שלידן.

233 ראו לעיל ה"ש 151 והטקסט שלידה.

234 ראו לעיל חלק ה2.

235 ראו לעיל ה"ש 170 והטקסט שלידה.

כאשר התביעות האישיות קטנות, יש להחיל את פתרון ההגדרות ביחס לכלל קופת הפיצוי. ניתן כמובן גם להחיל את פתרון ההגדרה רק ביחס לחלוקת עורפי הפיצוי שבית-המשפט לא הצליח לחלק.²³⁶ המקרה האחרון משקף למעשה הבחנה בין תביעות אישיות קטנות לגדולות בתוך קבוצת התובעים, שכן אפשר לטעון כי חברי הקבוצה שבחרו לממש את זכותם העידו למעשה כי נזקם גבוה (ביחס לעלויות המנהליות של קבלת הכסף) מנזקם של חברי הקבוצה שלא מימשו את זכותם.

פתרון ההגדרה מתאים במיוחד למצבים שבהם חברי הקבוצה ניתנים לאיתור בנקל.²³⁷ כאשר חברי הקבוצה מזוהים, ניתן לחלק את קופת הפיצוי באופן אקראי לחלוטין תוך הגשמה מרבית של מטרת הסעד.²³⁸ כאשר חברי הקבוצה אינם מזוהים, הליך ההגדרה מסובך יותר,²³⁹ אך עדיין יש מקום לשאוף לפתרון המוצע תוך איתור אקראי ככל האפשר של חברי הקבוצה.²⁴⁰ במקרים אחרים יש להכיר בכך שחלוקה על בסיס איתור אקראי של חברי הקבוצה אינה אפשרית. במצבים כאלה, ברוח פתרון ההגדרות, יש לחלק את כלל קופת הפיצוי בין קבוצה קטנה של חברי קבוצה שאותרו.²⁴¹ גם הבחנות אלה יכולות להיעשות על-ידי בית-המשפט בכל מקרה ומקרה לגופו.

כך או כך, שיטת ההגדרה מקיימת את מטרת ההרתעה והסעד תוך שמירה על הליך יעיל והוגן, והיא עדיפה באופן עקרוני על שאר השיטות לחלוקת קופת הפיצוי. היא צריכה להיות נקודת המוצא לחלוקה ככל תיק שבו מתעוררת בעיה בנוגע לחלוקתה של קופת הפיצוי.

1. הערות מסכמות

1. פתרון ההגדרות כמענה לבעיית החלוקה של קופת הפיצוי

המסר העולה ממאמר זה פשוט. בתובענות ייצוגיות, כאשר הסכומים האישיים קטנים מכדי לחלקם לחברי הקבוצה, על קופת הפיצוי להתחלק בין בעליה – חברי הקבוצה. הדרך היעילה והנכונה לעשות כן היא מציאת מדגם קטן ואקראי של חברי הקבוצה ופיזור הכסף בין אלה שעלו בגורל. חלוקת סכום כסף גדול יותר למספר נמנעים קטן יותר שומרת על יעילות מנהלית, והאופן האקראי שבו בוחרים את הנמנעים מבין חברי הקבוצה מבטיח מפני הטיית שיקול-הדעת של האחראים לפיזור הכסף. כל דרך אחרת לחלוקת הכסף מעוררת קשיים מנהליים ותיאורטיים. במיוחד, חלוקת הכסף לצדדים שלישיים שאינם חברים בקבוצה, כגון עמותות, מזמינה את השופט להפעלת שיקול-דעת ללא פיקוח; מתמרצת קנוניות ומעיין קנוניות בין מייצגי הקבוצה לנתבע; ומעוררת חששות להקצאת משאבים לא-יעילה. פתרון

236 לפחות כאשר עורפי הפיצוי הבלתי-מחולקים עוברים סף מינימלי מסוים. ראו לעיל ה"ש 223-224 והטקסט שלידן.

237 לסיטואציות כאלה ראו לעיל ה"ש 179.

238 השוו לעיל ה"ש 172 והטקסט שלידה.

239 ראו לעיל ה"ש 217 והטקסט שלידה.

240 ראו לעיל ה"ש 180 והטקסט שלידה.

241 ראו לעיל ה"ש 181 והטקסט שלידה. במצבים כאלה פתרון ההגדרות מתקרב לפתרון ה-ALI, אך אינו זהה לו.

ההגרלה אינו מתאים בהכרח לכל תובענה ייצוגית, אך לפחות כאשר סכומי הנזק האישיים קטנים יש לראות בו את נקודת המוצא.

הפתרון המוצע מתבסס על הקטנת העלויות המנהליות הכרוכות בחלוקת הכסף לכל חבר וחבר בקבוצה. סביר להניח שעם ההתקדמות בטכנולוגיה יקטנו עלויות אלה, ואפשר שבעיית החלוקה של קופת הפיצוי תתאיין כליל בעתיד. אך נכון להיום מצבים שבהם נותרת יתרת פיצוי משמעותית בקופת התובענה הייצוגית הם מצבים טיפוסיים. במצבים כאלה בתי-המשפט נדרש לפזר סכומי כסף ניכרים שאין להם דורש. עובר לתיקון החקיקה משנת 2016 אימצו בתי-המשפט בישראל, ככלל, את שיטת התרומות. בשיטה זו חולקו בשנים האחרונות מיליוני שקלים לעמותות, ללא פיקוח. גם לאחר תיקון החקיקה בתי-המשפט ממשיכים לפנות לפתרון התרומות. בהינתן הקשיים בשאר הפתרונות לחלוקת קופת הפיצוי, ניתן להבין את האטרקטיביות של פתרון התרומות. אך שיטה זו אינה ראויה. פתרון ההגרלות נותן מענה למצבים אלה ומייתר את הפנייה לשיטת התרומות. פתרון התרומות אינו ראוי גם במצבים נקודתיים שבהם הגרלה אינה אפקטיבית. במקרים כאלה יש עדיפות לפתרונות אחרים, כגון תיעול קופת הפיצוי למדינה או לתת-קבוצה מסוימת.

2. כיוונים עתידיים – פיצויים מנהליים

האם קיימים מקומות אחרים במשפט שבהם ניתן ליישם שיטה דומה לשיטה המוצעת, כלומר, להקטין את העלויות המנהליות ולהגדיל במקביל את הפיצוי?²⁴² דיון מקיף חורג ממסגרת המאמר הנוכחי, אולם ברצוני להציע בקצרה הקשר דומה שבו שיטת ההגרלות עשויה להיות עדיפה על פתרונות קיימים. במקומות רבים בחוק ניתנת לרשויות המדינה הסמכות להטיל קנסות מנהליים. סכומי קנסות אלה מועברים בדרך-כלל למדינה, אך לעיתים ניתנת לרשויות המנהל הסמכות לחרוג מכלל זה ולחלק מסכומי הקנסות לנפגעי ההפרה, ולא למדינה.²⁴³ כך, למשל, לאחרונה ניתנה הסמכות לרשות לניירות-ערך להטיל על מפריס "עיצום כספי" ולהשיב חלק מסכומי קנסות אלה לחברי הקבוצה שנפגעו.²⁴⁴

סמכות זו להשבת סכומי הקנסות המנהליים לניזוקים טרם הופעלה בישראל, למיטב ידיעתי. ככל שהיא תופעל, תתעורר השאלה כיצד יש לחלק את הכסף בין חברי הקבוצה. אכן, בארצות-הברית קיים דיון ער בנושא.²⁴⁵ ניתן לשער שלפחות לגבי חלק מחברי הקבוצה מדובר בנזק כספי זעום. האם יש להתעקש על פיצוי כספי לכל נפגע גם כאשר העלויות

242 אנלוגיה מתבקשת היא אכיפת חוק – ככל שניתן לשמור על אותה רמת הרתעה, יעיל יותר להפחית את רמת האכיפה, כלומר, את מספר העבריינים הנתפסים, ובמקביל להגדיל את הסנקציה המושתתת על אלה שאתרע מזלם ליפול בידי רשויות האכיפה. לטיעון קלסי זה ראו: Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

243 לתיאור המצב בארצות-הברית ראו: Adam S. Zimmerman, *Distributing Justice*, 86 N.Y.U. L. REV. 500, 518–39 (2011).

244 ראו, בהתאמה, ס' 52 ו-52 נד לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968. לתיקון החקיקה שהוסיף סעיפים אלה ראו חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, ס"ח 206.

245 ראו, למשל, Zimmerman, לעיל ה"ש 243.

המנהליות של העברת הכסף גבוהות יחסית לעילה האישית?²⁴⁶ שאלה זו מקבילה לשאלת החלוקה של קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות, ומתבקש להחיל פתרונות דומים, ובפרט להחזיר את הכסף לקבוצה הנפגעת בדרך של מציאת תת-קבוצה קטנה, על-ידי הגרלה, ופיזור כל קופת הפיצוי בקרב תת-קבוצה זו. ניתן אף לשער כי הפעלה של שיטת ההגרלות על-ידי רשויות המנהל תואמת יותר את השיקולים שהוצגו במאמר זה. כאמור בחלק ה-1, החשש מפני שרירות שיקול-הדעת המנהלי גבוה יותר, ולכן כלל הכרעה סטרילי, דוגמת הגרלה, אינו מעורר רתיעה אינסטינקטיבית בהקשר המנהלי. מעבר לכך, בעיית החלוקה של קופת הפיצוי נובעת, במידה רבה, מההסתכלות הדיונית-המסורתית על תובענות ייצוגיות. היא תוצר של האנומליה שבחיבור בין מכשיר התובענה הייצוגית לבין שיטת משפט שצמחה בעולם שבו תובע אחד מתמודד מול נתבע אחד ומקבל את מלוא נזקו. רשויות המנהל משוחררות מכבלים אלה.²⁴⁷

לסיכום, פתרון ההגרלות מבוסס על עקרונות פשוטים – מתן כסף רב יותר למספר קטן יותר של מוטבים, שייבחרו בצורה אקראית – וניתן לחשוב על הקשרים תיאורטיים נוספים שבהם יהיה אפשר להחילו, ברמות התאמה שונות. דיון זה חורג ממסגרת המאמר הנוכחי. שאיפתו של המאמר היא להציע את פתרון ההגרלה כמענה לבעיה האקטואלית שבתי-המשפט מתחבטים בה תדיר – כיצד לחלק את מלוא קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות.

246 דברי ההסבר להצעת החוק אינם נותנים מענה לשאלת המקרים המתאימים לחלוקת הכסף לנפגעים והאופן שבו יש לעשות כן. מדברי ההסבר ניתן ללמוד כי ההצעה לפצות את הנפגעים שואבת השראה מההסדר האמריקני; כי חלוקת הכסף תיעשה על-ידי "גורם חיצוני, כדוגמת מפרק או מנהל מיוחד בדיני פשיטת רגל, אשר יקבע כיצד יש לחלק את סכומי ההשבה בין נפגעי ההפרה"; כי "לנפגע ההפרה לא תהיה זכות עמידה" באשר לחלוקת הכסף; וכי "אין בפיצוי שיינתן לו [לנפגע] מכוח ההליך המינהלי כדי לגרוע מזכותו להגיש תביעה אזרחית נגד המפר" (שמסכום הזכיה בה יקוּזו הפיצוי המנהלי). הצעת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 461, 459, 440. ככל שאפשר ללמוד משהו מכוונת המחוקק, יש לרשות שיקול-דעת רחב בשאלת השבת הכסף, והיא אינה כפופה בהכרח לשיטות המקובלות בדין הקיים.

247 ראו את הצעת החוק שנתנה לרשות לניירות-ערך סמכות רחבה לחלק את סכומי הפיצוי המנהלי לניזוקים. שם. השוו לדיון אצל Zimmerman, לעיל ה"ש 243. צימרמן מכיר בדמיון בין ההליך המנהלי של חלוקת הכסף לבין חלוקת הכסף בתביעה ייצוגית. עם זאת, הוא מציג קו מחשבה הפוך מהמוצע. לשיטתו, יש לייבא להליך המנהלי כלים שפותחו זה כבר בעולם התובענות הייצוגיות – כגון מתן הודעה וזכות טיעון לחברי הקבוצה ומעורבות רבה יותר של עורכי-דין – כדי שההליך המנהלי ישאף לתת לכל ניזוק את המגיע לו. לדעתי, לפחות כאשר הנזק האישי נמוך, ייבוא הכלים שמייצגים את התפיסה הדיונית-המסורתית חותר תחת הרציונל העומד בבסיסה של הצעת ההגרלות – החזרת הכסף לקבוצה תוך מזעור העלויות המנהליות.