

הליכים ייצוגיים והזכות לא לתבוע

ליאור אהרוני ואלון קלמנט*

זכות הגישה לערכאות היא זכות חוקתית שזכתה לעיון מעמיק בספרות ובפסיקה. ואולם, הדיון בזכות הגישה החמיץ היבט חשוב שלה – הזכות לא לתבוע. זכות הגישה אינה מתמצה ביכולת לפנות לערכאות; היא כוללת גם את החופש לא לפנות, כלומר את שליטתו של היחיד בהחלטה אם ומתי לממש את זכותו.

המאמר טוען כי מימוש זכות הגישה בשני הליכים ייצוגיים – התובענה הייצוגית והעתירה לבג"ץ – גורע מן הזכות לא לתבוע. הליכים אלה מתעדפים את המטרות התוצאתיות של זכות הגישה – מתן סעד, הרתעה ואכיפה, על פני הזכויות ההליכיות של היחידים המיוצגים בהם, ומחליפים השתתפות ישירה ושליטה בניהול ההליך בייצוג כפוי. עקב כך, נפגעת זכותם של אותם יחידים לבחור בעיתוי התביעה שלהם, או להחליט שלא לתבוע כלל.

המאמר מראה כי הפגיעה בזכות לא לתבוע מערערת את אותן מטרות תוצאתיות שלשמן עוצבו ההליכים הייצוגיים: תביעות מוקדמות מדי או כפויות עלולות להפחית את הסעד שנפסק, להחליש את ההרתעה ולפגוע באכיפת הדין. כך נוצר פרדוקס שבו צמצום זכות ההשתתפות של הפרטים המיוצגים, שנועד לשרת את המטרה התוצאתית של זכות הגישה בהליכים אלה, פוגע באותה מטרה. המאמר מתאר את הפגיעות האפשריות ומציע הצעות ראשוניות לפתרון, הכוללות את חיזוק מנגנוני היידוע, ההשתתפות והייצוג, באופן שיבטיח את האיזון בין יעילות קולקטיבית לאוטונומיה אישית.

מבוא

זכות הגישה לערכאות מוכרת כזכות יסוד חוקתית וכוללת את הזכות לפנות לבית המשפט ואת הזכות להליך ראוי. מזכויות אלה נגזרות זכויות נוספות, הנוגעות ליידוע הצדדים על ההליך, לצירופם אליו ולהשתתפותם בו. ואולם, הדיון בזכות הגישה מחמיץ היבט חשוב

* תלמידת תואר שלישי במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים שבפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, באוניברסיטת תל אביב; פרופ' למשפטים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, באוניברסיטת תל אביב. תודה לעופרה בלוח, חנוך דגן, אביחי דורפמן, שי נ. לביא, רועי קרייטנר, איסי רוזןצבי, רות רונן, משתתפי קולוקוויום דוקטורנטים באוניברסיטת תל אביב ולמערכת כתב העת "משפט, חברה ותרבות" על הערותיהם המועילות, אף כשהציגו מחלוקת עם הטענות במאמר. אנו מודים לרן שגיב על עזרתו המעולה במחקר.

שלה – הזכות לא לתבוע. זכות הגישה אינה מתמצה בעצם היכולת לפנות לערכאות; היא כוללת גם את החופש לא לפנות, כלומר את שליטתו של היחיד בהחלטה אם ומתי לממש את זכותו. הבחירה לא לתבוע היא אפוא היבט מובנה של זכות הגישה.

מאמר זה בוחן את האופן שבו מימושה של זכות הגישה לבית המשפט בשני הליכים ייצוגיים – התובענה הייצוגית והעתירה לבג"ץ – גורע מן הזכות לא לתבוע ובכך פוגע בהשגת מטרותיהם של ההליכים הללו.¹

המאמר מציג ניתוח מושגי של זכות הגישה לערכאות ומבחין בין המטרות ההליכיות שלה – השתתפות בהליך ושליטה בניהולו, לבין המטרות התוצאתיות – מתן סעד, הרתעה ואכיפה אפקטיבית של הדין. התובענה הייצוגית והעתירה לבג"ץ מאופיינות בכך שהן מתעדפות את מימוש המטרות התוצאתיות של זכות הגישה במחיר של צמצום ניכר של הזכויות ההליכיות של הפרטים המיוצגים בהן. בניגוד להליכים אינדיוידואליים, שבהם שליטתו של אדם בהפעלת זכותו – מתי לתבוע, את מי לתבוע ובאילו תנאים – נשמרת במלואה, בהליכים הייצוגיים נשללת ממנו שליטה זו: ההליך מוגש על ידי נציג בשם קבוצה רחבה של פרטים, שלעיתים אינם מודעים לקיומו או למועדו, ותוצאותיו חלות עליהם אף שלא נטלו בו חלק.

המאמר טוען כי הפגיעה בשליטתם של הפרטים המיוצגים בהפעלת זכותם לתבוע גוררת פגיעה במטרות התוצאתיות של ההליכים הייצוגיים. הגשתו של הליך מוקדם מדי או בניגוד לרצונם של חלק מן הפרטים המיוצגים עלולה להפחית את הערך הכלכלי של הסעד שניתן, לפגוע בהרתעה ולפעול בניגוד למטרות שלשמן דוללו זכויות היידוע וההשתתפות של חברי הקבוצה המיוצגת.

המאמר מציג לפיכך לבחון מחדש את היידוע, ההשתתפות והייצוג בהליכים ייצוגיים, בהתבסס על הזכות לא לתבוע ומתוך הכרה בהשפעתה על מטרותיה התוצאתיות של זכות הגישה לבית המשפט בהליכים אלה. הכרה בזכות לא לתבוע ובהשלכותיה תעמיק את הלגיטימיות של ההליכים הייצוגיים ותשפר את התאמתם לתכליותיהם המוצהרות.

הפרק הראשון מתאר את הבסיס הנורמטיבי של זכות הגישה לערכאות ומפתח את ההבחנה בין מטרותיה ההליכיות למטרותיה התוצאתיות. בהמשכו, הפרק מציג את האופן שבו כללי ההמצאה, הצירוף ומעשה בית דין מאזנים בין השתתפות לבין סופיות ההליך בהליכים אינדיוידואליים. הפרק השני מציג את הזכות לא לתבוע ומפתח את ההצדקות השונות לביסוסה. הפרק השלישי מתאר את האופן שבו ההליכים הייצוגיים משפיעים על עיצובה של זכות הגישה של הפרטים המיוצגים בהם. הפרק מציג שני הליכים ייצוגיים בישראל – התובענה הייצוגית והעתירה לבג"ץ – ומראה כי אף שהם מאפשרים את הגשתן של תביעות רבות וניהולן במשותף, המחיר הוא ויתור על זכות ההשתתפות

1 בעוד הסיווג של תובענה ייצוגית כהליך ייצוגי הוא טבעי, סיווג עתירות לבג"ץ ככאלו דורש הסבר נוסף. אנו דנים בכך בפרק 2.2 להלן. נדגיש, עם זאת, שאנו מתמקדים בעתירות לבג"ץ שלהכרעה בהן יש השלכות החורגות מעניינם הישיר של הצדדים: (א) עתירות ביוזמת עותרים בעלי אינטרס אישי, שהסעד המבוקש בהן משפיע על קבוצה מובחנת; (ב) עתירות ציבוריות בסוגיות חוקתיות ועקרונות בעלות השפעה רחבה. הדיון אינו כולל עתירות שבהן ההכרעה אינה צפויה להשפיע במישרין על פרטים נוספים.

בהליכים הייצוגיים. הליכים אלה מתערפים את המטרות התוצאתיות של זכות הגישה על פני המטרות ההליכיות ומחליפים את זכות הגישה האינדיווידואלית בזכות גישה קולקטיבית. הפרק הרביעי מציג את הטיעון המרכזי במאמר, שלפיו הפגיעה בהליך הייצוגי אינה רק בזכות הגישה להליך המשפטי ולהשתתפות בו, אלא גם בזכות לא לתבוע או בזכות לקבוע את עיתוי ההגשה. בעיה זו ייחודית להליכים ייצוגיים ואינה קיימת בהליכים אינדיווידואליים. הפרק מדגים מצבים אלה ומראה את האופן שבו הם פוגעים במטרות התוצאתיות של זכות הגישה. לבסוף מוצעים כיווני מחשבה להתמודדות עם בעיות אלה וחיווק ההגנה על הזכות לא לתבוע.

א. זכות הגישה לערכאות

זכות הגישה לערכאות היא זכות בעלת מעמד חוקתי.² היא מבטיחה את האפשרות של כל אדם לפנות לערכאה מוסמכת, להשמיע את טענותיו ולבקש ולקבל הכרעה בעניינים הנוגעים לזכויותיו. פרק זה עומד בקצרה על הבסיס החוקתי של זכות הגישה ועל אופייה הדואלי, כתכלית העומדת בפני עצמה וכאמצעי למימוש זכויות מהותיות, ומציע הבחנה בין מטרותיה ההליכיות של זכות הגישה למטרותיה התוצאתיות. הבחנה זו משמשת אותנו בהמשך המאמר כדי להדגים את המתח הקיים במקרים שבהם המטרות אינן יכולות להתקיים זו לצד זו. לאחר מכן, הפרק מציג את האופן שבו כללי ההמצאה, הצירוף ומעשה בית דין מיושמים כדי לממש את זכות הגישה.

1. זכות הגישה – מטרות הליכיות ומטרות תוצאתיות

זכות הגישה לערכאות מקנה לכל אדם את האפשרות לזום הליך שיפוטי, לאכוף את זכויותיו המשפטיות³ ולקבל סעד.⁴ נאמר עליה כי היא "אבן הפינה של שלטון החוק"⁵ והינה "צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק".⁶ עוד נאמר כי "לזכות הגישה לערכאות [...] אין הגדרה ממצה ואחידה. ניתן לתארה כזכותו של אדם לפנות לבית המשפט ולקבל סעד מרשות שיפוטית עצמאית

- 2 אהרן ברק חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-סוד: חופש העיסוק כרך ב 1136–1139 (פירוש לחוקי-היסוד בעריכת יצחק זמיר 2023) (להלן: ברק כבוד האדם).
- 3 יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כוזות חוקתית 25 (1998).
- 4 בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פס' 19 (נבו 2011.8.29).
- 5 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, פס' 22 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ברק (1988).
- 6 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, פס' 31 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) חשין (1997). לניתוח גישתו של השופט חשין ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" המשפט 217 (2000).

ובלתי תלויה, שתבטיח בירור וליבון המחלוקות שבעניינו באופן ראוי וללא משוא פנים.⁷

הזכות הוכרה כחלק מזכויות היסוד של האדם עוד קודם לחקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁸ בית המשפט העליון קבע בכמה פסקי דין כי זכות הגישה לערכאות היא "זכות קונסטיטוציונית".⁹ אהרן ברק הציע כי נכון לראות בזכות הגישה לערכאות זכות בת לזכות לכבוד האדם.¹⁰ בפסק הדין בעניין ארפל קבע השופט חשין כי אפשר לומר שזכות הגישה לערכאות נעלה על זכות יסוד.¹¹

אף על פי שזכות הגישה הוכרה כזכות חוקתית עצמאית,¹² היא משמשת אמצעי למימוש זכויות משפטיות אחרות הנתונות לאדם.¹³ בהתאמה, אפשר לסווג את מטרות הזכות לשתי קטגוריות:¹⁴ מטרה הליכית ומטרה תוצאתית.¹⁵ המטרה ההליכית מבטיחה את קיומו של הליך הוגן, את עצם ההשתתפות בהליך המשפטי באופן פעיל, שוויוני ונגיש;

7 עניין כהן, לעיל ה"ש 4, בפס' 19.

8 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1131. אף על פי שהזכות אינה נכללת בחוקי היסוד, מאפיינים שונים שלה זכו לעיגון חוקתי: ס' 3 לחוקי-יסוד: השפיטה מכיר בפומביות הדיון וס' 2 קובע כי "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבדור סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין"; ס' 39(ד) לחוקי-יסוד: הממשלה קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום למנוע פניה לערכאות".

9 רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עיזבון איברהים, פ"ד נח(5) 865, פס' 3 (2004).

10 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1139–1141; והשוו לגישתו באהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוין 31, 50 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים) (2013) (להלן: ברק "זכות הגישה").

11 עניין ארפל, לעיל ה"ש 6, בפס' 31 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) חשין.

12 רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון, פס' 5 (נבו 2001.7.20).

13 בע"מ 7784/12 פלוני נ' פלוני, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ברק-ארו (נבו 2013.7.28).

14 הסיווג המוצע אינו זהה להבחנה בין פרוצדורה למהות, השוו לאיסי רוזן-צבי "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות" פרוצדורות 45 (טליה פישר ואיסי רוזן-צבי עורכים) (2014).

15 Robert G. Bone, *Rethinking the Day in Court Ideal and Nonparty Preclusion*, 67 N.Y.U. L. Rev. 193, 201–02 (1992). בשיטות אחרות ניכרת הבחנה דומה בין היבטים הליכיים להיבטים תוצאתיים. ס' 6(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם מעגן את הזכות למשפט הוגן ומבטא היבט הליכי, ראו Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 6(1), Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221 (להלן: האמנה). לעומתו, ס' 13 לאמנה וס' 47 למגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי מתייחסים ל-"effective remedy" ומבטאים את ההיבט התוצאתי, ראו Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 47, Oct. 26, 2012, 2012 O.J. (C 326) 391 Janneke H. Gerards & Lize R. Glas, *Access to Justice in the European Convention on Human Rights*, 35 NETH. Q. HUM. RTS. 11, 13–17 (2017) Gianluigi Palombella, *Access to Justice: Dynamic, Foundational, and Generative*, 34 RATIO JURIS. 121, 121–27 (2021) Ryan C. Williams, *The One*; כן השוו לדיון בהליך הוגן בארצות הברית: 121–27 (2021) and Only Substantive Due Process Clause, 120 YALE L.J. 408, 417–27 (2010).

המטרה התוצאתית שמה דגש במימוש האינטרס המהותי של בעל הדין באמצעות קבלת סעד והגנה אופרטיבית על זכויותיו. לעיתים עולות המטרות בקנה אחד זו עם זו, אולם לעיתים קיים מתח ביניהן.¹⁶

המטרה ההליכית של זכות הגישה נועדה להבטיח את השתתפותו של הפרט בהליך שיפוטי תקין והוגן, והיא כוללת שורה של זכויות המבטיחות את קיומו של ההליך עצמו ואת תקינותו: הזכות ליזום הליך שיפוטי; הזכות ליחס שוויוני והוגן מצד בית המשפט כלפי בעלי הדין;¹⁷ הזכות לבירור הולם של טענות הצדדים; הזכות להליך המתנהל ללא משוא פנים,¹⁸ ביעילות ובתוך זמן סביר;¹⁹ זכותו של אדם לקבל את יומו בבית המשפט וזכותו שלא יועמדו בדרכו מכשולים בלתי סבירים לגישה לערכאות.²⁰ מכלול היבטים זה מעצב את המעטפת ההליכית של זכות הגישה, שמטרתה להבטיח את קיום ההליך המשפטי באופן הוגן, שוויוני ויעיל.

המטרה ההליכית מתכתבת עם תפיסת הצדק הפרוצדורלי (procedural justice).²¹ לפי גישה זו, האופן שבו מתנהל ההליך, ולא רק תוצאתו, הוא שמעניק למערכת המשפט את הלגיטימיות הציבורית שלה. תחושת הצדק של המשתתפים נגזרת מההזדמנות שניתנה להם להשמיע את קולם (voice), מהניטרליות של ההכרעה המבוססת על כללים (neutrality), מהיחס המכבד שקיבלו (respect), ומהאמון במקבל ההחלטות (trust). מימוש המטרה ההליכית של זכות הגישה – ההשתתפות בהליך הוגן ומכבד – אינו אפוא רק אמצעי להשגת תוצאה מהותית צודקת, אלא הוא מגלם ערך עצמאי המשתקף במטרה זו.

לעומת זאת, המטרה התוצאתית של זכות הגישה עניינה זכויותיו המהותיות של בעל הדין ואכיפתן, השגת הרתעה וקבלת הסעד במקרים המצדיקים זאת. מטרה זו אינה מתמקדת באפשרות להשתתף בהליך ובזכויות הקשורות בהליך המשפטי עצמו, אלא בהגנה על זכויות מהותיות אגב התמקדות בתוצאות ההליך. מטרה זו כוללת אכיפה של זכויות משפטיות,²² הגנה עליהן באופן אפקטיבי,²³ הכרעה בסעד המבוקש, אכיפת

16 הסיווג המוצע מתמקד במטרתו המרכזית של כל אחד מביטויי זכות הגישה, אף שחלקם עשויים לשרת גם את שתי המטרות, כגון איסור הצבת מכשולים בלתי סבירים, המעודד הן השתתפות בהליך והן קבלת סעד.

17 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1133.

18 עניין כהן, לעיל ה"ש 4, בפס' 19.

19 ברק "זכות הגישה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 33.

20 רע"א 187/05 נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד סד (1) 215, 259 (2010); דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 106 (2007); ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, פס' 10 (1996).

21 Tom R. Tyler, *Procedural Justice and the Courts*, 44 Ct. Rev. 26 (2007).

22 רבין, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25.

23 ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855, פס' 16 (2006).

הסעד שנפסק²⁴ והרתעה מפני הפרת החוק.²⁵ במסגרת זו הדגש אינו בפן הדיוני שבאמצעותו יתבררו הזכויות, אלא בהגנה המהותית על הזכויות עצמן.²⁶ המטרה התוצאתית מבקשת אפוא להגן על התכלית המהותית של הפנייה לערכאות – מימוש אפקטיבי של זכויות הפרט באמצעות קבלת סעד.

2. יישום זכות הגישה בהליכים אינדיווידואליים – המצאה, צירוף ומעשה בית דין

בדומה לזכויות חוקתיות אחרות, זכות הגישה לערכאות אינה זכות מוחלטת. אפשר להגבילה במקרים המצדיקים זאת.²⁷ בפרט, לאחר שניתנה לאדם זכות הגישה במסגרת הליך מוקדם, האפשרויות הניתנות לו לממש את זכות הגישה ולתבוע שוב יהיו מוגבלות מכוח דוקטרינת מעשה בית דין.²⁸ הגבלת זכות הגישה על יסוד מעשה בית דין מותנית בקיומם של תנאים המבטיחים את זכות הגישה בהליך המוקדם, ובראשם – כללי ההמצאה והצירוף.

כללי ההמצאה נועדו להבטיח שכל צד ידע על קיומו של ההליך ויקבל הזדמנות ממשיית להשתתף בו.²⁹ מטרת ההמצאה משתנה בהתאם לשלב הדיוני שבו היא מבוצעת: המצאת כתב הטענות הראשון היא תנאי לרכישת סמכות בית המשפט על הנתבע ושלב חיוני למימוש זכות הגישה שלו ומתן יומו בבית המשפט.³⁰ לעומת זאת, בהמשך ההליך, המצאתם של כתבי טענות נוספים, בקשות והחלטות נועדה להבטיח את ניהולו התקין וההוגן של ההליך השיפוטי ולשמור על זכויותיהם הדיוניות של שני הצדדים, מבלי ליצור הכבדה יתרה על ניהולו. בשלב זה הדין מאפשר גמישות רבה יותר ולעיתים מסתפק בידעה

- 24 רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פ"ד סה(1) 438, פס' 21 לפסק הדין של השופט (בדימ') פרוקצ'יה (2011).
- 25 ליאב אורגד ויורם רבין "זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני)" מחקרי משפט כט 469, 474 (2014).
- 26 הבחנה זו מתכתבת עם ההבחנה בעניין כהן, לעיל ה"ש 4, בפס' 21–24, שם נפסק שהזכות להגיש תובענה ייצוגית אינה זכות חוקתית.
- 27 רע"ב 8411/16 סלע נ' שירות בתי הסוהר, פס' 14–16 (נבו 17.7.2018); בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(1) 352, פס' 37 לפסק הדין של השופט (כתוארה אז) נאור (2008). לפירוט החסמים בפני מימוש הגישה לערכאות ראו ארנה רבינוביץ-עיני ואביטל מנטוביץ "זכות הגישה וגישת לצדק בבית המשפט של המאה ה-21" ספר אשר גרוניס 411, 414 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2023).
- 28 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1141. להגבלות נוספות הנובעות מהדין ראו יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 499, 506–507 (2003).
- 29 פרק י"ט לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018 (להלן: תקנות סד"א) קובע את דרכי ההמצאה.
- 30 ראו תק' 158 לתקנות סד"א.

בפועל במקום המצאה פורמלית.³¹ הכללים מבטיחים שהפעולות בהליך המשפטי יהיו ידועות לצדדים והם מונעים התדיינויות מיותרות בנוגע לפעולות שנעשו או למועדן.³²

כללי הצירוף מיועדים לאזן בין זכות הגישה של זה שעלול להיפגע מההליך ויש לצרפו להליך, לבין הצורך להבטיח את יעילותו של ההליך ואת זכות הגישה של בעלי הדין המקוריים. צירופם של צדדים להליך מונע פגיעה בזכות הגישה שלהם לערכאות ומאפשר להם להשמיע את עמדתם ולהגן על זכויותיהם במסגרת ההליך שעשו להשפיע עליהם. מנגד, צירוף צדדים נוספים עשוי לעכב את ההליך שיום התובע ולהכביד עליו מבחינה דיונית וכלכלית, ובכך לפגוע בזכות הגישה שלו, בפרט כשמדובר בצדדים רחוקים להליך, שצירופם יסתבר בדיעבד כמיותר. עם זאת, כאשר מדובר בצדדים חיוניים, צירופם מסייע למימוש זכות הגישה של התובע, בכך שהוא מאפשר לו לנהל את ההליך ביעילות, באופן ממצה ואגב מניעת התדיינויות עתידיות מיותרות.³³

לצד ההגנה על זכות הגישה באמצעות כללי ההמצאה והצירוף, הדין גם קובע את גבולותיה באמצעות דוקטרינת **מעשה בית דין**. לפי הדוקטרינה, הכרעת בית המשפט חוסמת את בעלי הדין מלפתוח בהליך נוסף באותן עילות (השתק עילה) או לשוב ולהתדיין בשאלות עובדתיות או משפטיות שהוכרעו (השתק פלוגתא).³⁴ הדוקטרינה, על שני ענפיה, מגבילה את זכות הגישה בהליכים מאוחרים לשם חיזוק ערכים של סופיות הדיון, ודאות משפטית וחסכון במשאבים.³⁵

תנאי מהותי להחלת דוקטרינת מעשה בית דין הוא מימוש זכות ההשתתפות בהליך המוקדם של זה שגישתו נחסמת מכוחה בהליך המאוחר. זכות זו מובטחת באמצעות כללי ההמצאה והצירוף, שמשמשים כמנגנון המרכזי להבטחת ידיעתם של הצדדים על ההליך ואפשרותם לממש את זכותם לטעון ולהשתתף בו. ככלל, זר שאינו יודע על קיומו של

- 31 ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 19-06-24964 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 12.9.2023); עידו באום ואסף טבקה "המצאת כתב הטענות הראשון: עליית ההמצאה, ירידת הידיעה ומעמד הבכורה של עורך הדין בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות" **משפטים על אתר** יג 156, 161–162, 164 (2020). בערעור יש נכונות רבה יותר להחיל את חריג הידיעה, מאחר שהגשת הערעור אינה פעולה "מפתיעה", ראו רע"א 6648/20 גבעון נ' ון-אמדרן, פס' 14 (נבו 21.12.2020).
- 32 יששכר רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** 601–602 (מהדורה שנייה 2023) (להלן: **מורה נבוכים**); ראו רע"א 39/89 general electric corp. נ' מגדל חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 762, פס' 8 (1989).
- 33 ראו ע"א 7660/21 די.סי.אס חיזוק מבנים בע"מ נ' יוסף, פס' 20 לפסק הדין של השופט וילנר (נבו 19.6.2023); לניתוח אפשרויות צירוף צדדים ראו אלון קלמנט "צירוף צדדים זרים להליך המשפטי" **ספר שלמה לוין** 171, 175–177 (2018) (להלן: "צירוף צדדים") שעסק בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, והשוו לתק' 46 לתקנות סד"א.
- 34 ע"א 246/66 קלוזנר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583–584 (1968); **מורה נבוכים**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 795.
- 35 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1141; טל חבקין ויגאל נמרודי **התביעה הקטנה** 431 (2017).

ההליך ולא התבקש צירופו על ידי בעל דין לא יהיה מושקע במעשה בית דין אם יבחר לפתוח בהליך נפרד מאוחר יותר.³⁶

ב. הזכות לא לתבוע

זכות הגישה לבית המשפט מאפשרת לתובע לפתוח בהליך משפטי ולהשתתף בו באופן שיהיה ראוי והוגן. ואולם, מימושה של אפשרות זו מותנה בהחלטת התובע. הוא רשאי להחליט מתי והיכן יממש אותה,³⁷ אם בכלל. אומנם, הגשת התביעה אינה בלתי מוגבלת – אפשר להגישה רק בבתי המשפט המוסמכים לדון בה, בתקופה הקצובה על ידי הוראות ההתיישנות ובכפוף לטענות שיהוי, אך במסגרת מגבלות אלה עומדת לתובע הזכות לקבוע מתי והיכן יפתח ההליך, כמו גם הזכות לא לפנות לערכאות כלל.³⁸

ההכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות יסוד מחייבת הכרה גם בהיבט ההפוך שלה: כשם שליחיד מוקנית האפשרות לפנות לבית המשפט, כך עומדת לו גם הזכות להימנע מכך. הזכות לא לתבוע היא ביטוי לאוטונומיה של הפרט ולשליטתו באמצעים למימוש זכויותיו.³⁹ היא קשורה בהנחה הבסיסית כי "התובע הוא אדונה של התביעה".⁴⁰ כלל הבלעדיות מקנה לו שליטה מלאה לא רק על ניהול ההליך אלא גם על עצם קיומו. השליטה בהחלטות אם לפתוח בהליך, מתי לעשות זאת ובאילו תנאים נגזרת, בין היתר, מהעובדה שהתובע נושא בנטל ההוכחה. ניתנת לו לפיכך הזכות לקבוע את העיתוי להגשת התביעה כדי שיוכל לעמוד בנטל זה. הזכות לא לתבוע משקפת את זכותו של אדם לבחור לא להפעיל את מנגנון התביעה שהמדינה מעמידה לרשותו. גם כאשר נטען לחריגים המצדיקים פתיחה של ההליך ביוזמת הנתבע, למשל כדי למנוע נזק ראייתי, נזק

36 ראו **מורה נבוכים**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 868–869; עש"א (מחוזי י-ם) 41980-04-15 **ששה נ' מתוק** (נבו 24.4.2017). לעיקרון זה יש חריג, המחיל השתק על זה שלא השתתף בהליך באופן פעיל אולם הוא חליפו של זה שהשתתף בו. חריג זה מותנה בכך שזכות הגישה של החליף מומשה באמצעות הזיקה שבינו לבין בעלי הדין שהשתתפו בהליך. ראו **מורה נבוכים**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 858–859.

37 רע"א 5861/15 **עיריית תל אביב-יפו נ' שומוביץ**, פס' 28 (נבו 26.1.2016).

38 לדיון בזכות שלא להגיש תביעה ראו Ryan C. Williams, *Due Process, Class Action Opt Outs, and the Right Not to Sue*, 115 COLUM. L. REV. 599, 621–26 (2015).

39 לגישה הרואה בזכות התביעה היבט של האוטונומיה האישית ראו Hanoch Dagan, Avihay Dorfman & Issi Rosen-Zvi, *It's (not all) Personal: Civil Litigation and the Values of Rights of Action* 22 (Jan. 21, 2024), <https://perma.cc/MN9C-KWDJ> (להלן: *Rights of Action*). לגישתם, לנפגע נתונה הבחירה להימנע מתביעה משיקולים אינסטרומנטליים או ערכיים, והבחירה לא לתבוע תבטא את ההתמודדות עם הפגיעה.

40 רע"א 7070/14 **עובון אבו ליל נ' עובון אלפהום**, פס' 9 (נבו 14.1.2015).

כלכלי או צבירת חבויות עתידיות, ההכרה בהם הותנתה בקיומם של מנגנונים המגינים על זכותו של התובע.⁴¹

הבחירה של אדם אם לממש את זכותו לפנות לבית המשפט או שלא לממש נתפסת כטבעית,⁴² עד כדי כך שהזכות לא לתבוע אינה נמצאת במרכז הדיון המשפטי. במקרים המעטים שבהם נדונה בספרות הזכות לא לתבוע נעשה הדבר בהקשר הייצוגי וניתנו לה שני ביסוסים שמקורם בחוקה האמריקאית: האחד, על יסוד התפיסה הקניינית של זכות התביעה; האחר, על יסוד חופש הביטוי וההתאגדות.

על פי הגישה הקניינית, עילת התביעה היא נכס הנתון לבעליו, ועל כן ההחלטה להימנע מהפעלתה היא ביטוי לשימוש לגיטימי בזכות קניינית. כשם שבעל קניין רשאי להחליט מה לעשות ברכושו, כך זכאי בעל עילת תביעה לבחור אם לממש בבית המשפט אם לא. לפי גישה זו, שימוש בעילת התביעה של אדם בלא הסכמתו, למשל במסגרת תובענה ייצוגית, משמעו פגיעה בקניינו הפרטי. עילת התביעה – האפשרות לפנות לערכאות – היא משאב אישי, תוצאה של זכות שנצברה עקב פגיעה פרטית. כשם שמערכת המשפט מגינה על זכות הקניין מפני נטילה בלא הסכמה, כך עליה להגן על שליטתו של אדם בזכותו לממש את עילת התביעה או להימנע מכך.⁴³

על פי הגישה האחרת, הזכות לא לתבוע היא ביטוי לחירות המחשבה והביטוי. לפי גישה זו, ההכרעה אם לפנות לערכאות היא בחירה ערכית ופוליטית הנוגעת לאופן שבו אדם מבקש לבטא את עמדתו ביחס לעוולה שנעשתה כלפיו, ולכן יש לאפשר לו בחירה זו.⁴⁴ כפיית אדם להיות צד להליך משפטי ייצוגי, או ייצוג בלא הסכמתו, עלולים להעמיד אותו כמביע עמדות או תומך במטרות שהוא אינו מזדהה עימן. במקרים אלה השתתפות כפויה בהליך פוגעת בחירות המצפון ובזכותו של אדם לבחור את דרכי ההתאגדות והמחאה שלו. הבחירה לא לתבוע עשויה אפוא לשמש לא רק כביטוי של אדישות או ויתור, אלא כדרך לממש את זכות הביטוי.

בין אם ביסוסה של הזכות לא לתבוע הוא על יסוד האוטונומיה של הפרט, בין אם הוא על יסוד קנייני ובין אם על יסוד הצורך להבטיח חופש מחשבה וביטוי, הזכות קשורה בקשר ישיר לזכות הגישה ויונקת ממנה את הצדקותיה. כפי שנראה, בהליכים ייצוגיים הצירוף הכפוי של תובעים, היעדר ידיעה מספקת על ההליך והתחולה של פסק הדין עליהם מחלישים את הזכות הזו.

41 שרון חנס ויששכר (איסי) רוזןצבי "תביעה ביוזמת הנתבע" **עיוני משפט** מ' 173 (2017) (להלן: "תביעה ביוזמת הנתבע") דנים באפשרות של הנתבע לזום תביעה ולכפות אותה על התובע.

42 "צירוף צדדים", לעיל ה"ש 33, בעמ' 187.

43 Williams, לעיל ה"ש 38, והשוו: Maximilian A. Grant, *The Right Not to Sue: A First Amendment Rationale for Opting Out of Mandatory Class Actions*, 63 U. CHI. L. REV. 239, 252 (1996) שמסביר שהשימוש בעילת התביעה של חבר קבוצה בתובענה ייצוגית הוא בבחינת נטילה כפויה של זכות קניינית לצורך קידום מטרותיו של ההליך הקולקטיבי.

44 שם. Grant הציע לפרש את התיקון הראשון לחוקה האמריקאית כמקור לזכות לא לתבוע.

ג. זכות הגישה לערכאות בהליכים ייצוגיים

מערכת המשפט מתמודדת לא אחת עם מצבים שבהם קבוצות רחבות של פרטים נפגעות ממעשה, מחדל או סדרה של מעשים או מחדלים קשורים. פגיעות אלה, בין שהן נובעות מעוולות אזרחיות או מהחלטות מנהליות, מקשות על הפרטים לפנות לערכאות כיחידים. הדבר נכון, בין היתר, במצבים שבהם היחס בין עלויות התביעה לבין הפיצוי הצפוי אינו מצדיק הגשת תביעה, במצבים שדורשים מומחיות או במקרים שבהם הפרטים חסרים מידע נחוץ ביחס לעוולה או להחלטה הפוגעת. במצבים אלה ייתכן שהתביעה או העתירה האישית יהיו בעלות ערך נטו שלילי לפרט, ולכן הוא לא יגיש אותן, אולם הערך חברתי המצטבר, עבור כלל הפרטים, יהיה חיובי וגדול מהעלויות הכרוכות בניהולן. ערך חברתי זה נובע מהפיצוי שניתן לחברי הקבוצה, מאכיפת החוק על הנתבע או הרשות ומהרתעתם מפני הפרתו. מנגנוני הייצוג נועדו לאפשר לתביעות ועתירות אלו להתברר, תוך שהם מעצבים מחדש את זכות הגישה לערכאות.⁴⁵

פרק זה מתמקד בשני מנגנונים מרכזיים של ייצוג – התובענה הייצוגית והעתירה לבג"ץ.⁴⁶ המשותף לשני המנגנונים הוא שהם מאפשרים הכרעה בעניינים רחבי היקף באמצעות ייצוג קולקטיבי ומעדיפים את עקרון הייצוג על פני ההשתתפות הישירה של כלל המושפעים מההליך. עם זאת, בעוד התובענה הייצוגית מבוססת על מנגנון ייצוג מובנה שמוסדר בחקיקה, הכולל כללים ברורים בנוגע ליידוע, צירוף, פרישה וייצוג הולם, הרי שהעתירות לבג"ץ אינן מוסדרות פורמלית כהליך ייצוגי. למרות זאת, מבחינה מהותית, גם בעתירות לבג"ץ עשויים להתקיים אלמנטים של ייצוג: העותרים והמשיבים עשויים לייצג אינטרסים של קבוצות של יחידים שלא הסמיכו אותם לכך ומושפעים מההכרעה מבלי שקיבלו הזדמנות להשתתף בהליך.

האיוון שנערך בהליכים אינדיווידואליים בין זכותם של פרטים להשתתף בהליך לבין חסימתם בהליכים מאוחרים, באמצעות כללי ההמצאה, הצירוף ומעשה בית דין, משתנה בהליכים אלה. זכות ההשתתפות בהליך מדוללת, ולמרות זאת תוצאותיו מונעות גישה של הפרטים לבית המשפט בהליכים מאוחרים. כפי שיוסבר, זה אינו תוצר לוואי של ההליכים הייצוגיים אלא מהלך מכוון, שנועד להבטיח את המטרה התוצאתית – הכרעה יעילה וסעד לקבוצה כולה.⁴⁷

45 *Rights of Action*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 42, שם המחברים מבחינים בין תביעות אישיות, שיש להן ערך מהותי מטעמי צדק יחסי או דמוקרטי, ובין תביעות שתכליתן פיצוי או הרתעה. לטענתם, בסוג השני אפשר להצדיק ליטיגציה קולקטיבית כאמצעי למימוש הערכים שביסוד זכות הגישה.

46 Grant, לעיל ה"ש 43, בעמ' 267–272 מבחין בין תביעות ייצוגיות כלכליות ל"פוליטיות". הבחנה זו מתכתבת עם ההבחנה בין סוגי העניינים המתבררים בשני המנגנונים הייצוגיים הנדונים במאמר.

47 אלון קלמנט "התדיינות אגרגטיבית – מודל אלטרנטיבי בהליך האזרחי" **מחקרי רגולציה** ה-139, 163–164 (2022) (להלן: "התדיינות אגרגטיבית") מראה שהליכים ייצוגיים מעודדים את זכות הגישה באופן שונה.

1. תובענה ייצוגית

תובענה ייצוגית היא מנגנון משפטי המאפשר הגשת תובענה על ידי נציגים – תובע מייצג ובאת כוחו, אשר מייצגים את חברי הקבוצה מבלי שקיבלו הסמכה מפורשת לכך.⁴⁸ בשונה מתביעות פרטניות, שבהן כל תובע מופיע לפני בית המשפט באופן עצמאי ומעלה את טענותיו, התובענה הייצוגית מאפשרת לנציגים לנהל את ההליך המשפטי בשמה ולמענה של קבוצת נפגעים, בעניינים המעוררים שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה. בתובענה הייצוגית, חברי הקבוצה הם "נוכחים נפקדים": האינטרסים שלהם מוצגים על ידי הנציגים מבלי שהם משתתפים בהליך, ותוצאות ההליך מחייבות אותם.⁴⁹

התובענה הייצוגית מעוגנת בחקיקה,⁵⁰ ולכן גם האיוון בין היעדר השתתפות ישירה של חברי הקבוצה לבין תחולתו המחייבת של פסק הדין כלפיהם קבוע בחוק. ההסדרים החקיקים – חובת פרסום במקום המצאה, הכללתם של חברי הקבוצה בהליך אלא אם כן הודיעו על רצונם לצאת ממנו (opt out) והגבלה על השתתפות פעילה בהליך – משקפים הכרעה נורמטיבית המעדיפה יעילות ומתן סעד לחברי הקבוצה על פני מימוש זכות הגישה האינדיווידואלית של כל חבר בקבוצה המיוצגת.

בעוד בהליך אינדיווידואלי התובע הוא שפותח בהליך ולכן ההמצאה בשלב זה מתייחסת לנתבע ולכל אלה שצורפו לתביעה, בתובענה הייצוגית התובעים הם שמיוצגים בהליך על ידי התובע המייצג ובאת כוחו, מבלי שהוסמכו לכך. שאלת ההמצאה חלה אפוא בתובענה הייצוגית לא רק כלפי הנתבע, אלא גם, ובעיקר, ביחס לחברי הקבוצה המיוצגת. החוק אינו דורש המצאה אישית של התביעה לכל אחד מחברי הקבוצה, אלא יידוע בדרך של פרסום.⁵¹ החוק מגדיר את השלבים בתובענה הייצוגית שבהם בית המשפט צריך להורות על פרסום המופנה לחברי הקבוצה.⁵² בפועל, הנוהג הוא להסתפק

48 קרן וינשלמרקל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 707, 710 (2016) (להלן: "פרספקטיבה אמפירית"). להרחבה על מנגנון התובענה הייצוגית ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006" **הפרקליט** מט 131, 133 (2006) (להלן: "קווים מנחים"); אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים", **מחקרי משפט** כא 387 (2004) (להלן: "נטרול יתרונות הנתבע").

49 רע"א 3036/19 **רותם אמפרט נגב בע"מ נ' טל**, פס' 10 (25.2.2020); ע"א 1439/20 **דקל נ' בירנבוים**, פס' 35 לפסק הדין של השופטת ברון (26.7.2022).

50 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות, או החוק).

51 בארצות הברית, הדין הפדרלי דורש מסירת ההודעה "הטובה ביותר האפשרית בנסיבות העניין", *Silber v. Mabon*, 18 F.3d 1449, 1454 (9th Cir. ; Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(B)) (1994). לדיון בהשלכות של הסטנדרט ראו *John C. Coffee, Jr., Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. 370, 381 (2000). אולם, כשניתן לזהות ולאתר את חברי הקבוצה בעלות סבירה, יש למסור הודעה אישית, ראו *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 175 (1974).

52 ס' 25 לחוק.

בפרסום בשני עיתונים יומיים.⁵³ יעילותו של הפרסום בהשגתה של תכלית הידיעה היא מוגבלת, משום שהודעות בדרך זו לא תמיד מגיעות לידיעת חברי הקבוצה.⁵⁴ בהיעדר ידיעה ממשית על ההליך לא מתאפשר לחברי הקבוצה לממש את זכויותיהם הדיוניות – בין אם באמצעות בקשה לפרוש מההליך, התנגדות להסדרי פשרה או נוכחות והשתתפות בדיונים בבית המשפט.

יתרה מכך, רוב התובענות הייצוגיות מסתיימות בפשרה לפני אישור התובענה הייצוגית.⁵⁵ ההודעה הראשונה לחברי הקבוצה המיוצגת ניתנת לפיכך כאשר ההליך נמצא על סף הכרעה וסיום. בכך נשללת בפועל האפשרות להשפיע על עצם ניהול ההליך או עיתויו. האפשרות הניתנת לחבר הקבוצה לנהל תביעה פרטנית אינה חלופה מעשית לפשרה הקולקטיבית שעתידיה להיות מאושרת.

בתובענות ייצוגיות המבוססות על ברירת המחל של opt out, **צירופו של חבר קבוצה** לתביעה הוא אוטומטי בכפוף לזכות שניתנת לו להודיע על יציאתו ממנה.⁵⁶ המנגנון של יציאה מהקבוצה מאפשר לחבר קבוצה שרוצה להחריג את עצמו מתחולתו של מעשה בית דין לעשות זאת. ואולם, האפשרות מוגבלת לנקודות היציאה הקבועות בחוק ולעיתים מותנית באישור בית המשפט.⁵⁷ פרט לכך, בפועל הזכות לפרישה ממומשת לעיתים רחוקות בשל מודעות נמוכה להליך וקשיים במימוש הזכות.⁵⁸

החוק מאפשר לבית המשפט לנהל תובענה ייצוגית בדרך של הצטרפות (opt in), אולם פתרון זה אינו מעשי כשזיהויים של חברי הקבוצה אינו אפשרי או כששווי התביעה נמוך מכדי להצדיק פעולה אקטיבית של הצטרפות. נוסף על כך, במקרים שבהם הצטרפות היא מעשית, חברי הקבוצה אומנם מודעים להליך שאליו ביקשו להצטרף, אך מרגע שהפכו לחברי קבוצה האפשרות שלהם להשתתף בתובענה הייצוגית תהיה מוגבלת גם כן.

- 53 אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 627–628 (2017).
- 54 ת"צ (מחוזי ת"א) 1821/08 **יצחקי נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פס' 8.ה (נבו) 22.12.2014. למרות הביקורת מדובר בנוהג שמושרש בהקשרים משפטיים נוספים.
- 55 ב'פרספקטיבה אמפירית', לעיל ה"ש 48, בעמ' 738 וינשל-מרשל וקלמנט מראים שרוב התובענות הייצוגיות מסתיימות בהסדרי הסתלקות שאינם מקימים מעשה בית דין, או בפשרה בטרם ההכרעה בבקשה לאישור התובענה הייצוגית. אם כן, כשהדברים נוגעים לסיום ההליך באופן המקימ מעשה בית דין, זה השלב המרכזי למימוש זכות היציאה.
- 56 ס' 10(א) לחוק. במקרים שבהם הסתיימה התביעה בפשרה לפני החלטת האישור, הצירוף נעשה בהחלטה המאשרת את הפשרה (ס' 19(ג)(1)(א) לחוק).
- 57 יציאה מהקבוצה מתאפשרת בשלושה שלבים: (1) בשלב של אישור הבקשה לתובענה ייצוגית – חבר קבוצה יכול להודיע על רצונו שלא להיכלל בקבוצה, וזכות היציאה בשלב זה כמעט בלתי מוגבלת (ס' 11(א) לחוק, ת"א (מחוזי ת"א) 1301/04 **חשין נ' קלאב אין אילת החזקות בע"מ**, פס' 11 (נבו 28.8.2016); (2) בשלב הבקשה לאישור הסדר פשרה – חבר קבוצה יכול לבקש לצאת מהקבוצה שעליה יחול ההסדר (ס' 18(ו) לחוק); (3) בשלב של מתן פסק הדין או אישור הסדר הפשרה – בית המשפט יקבע אם לאפשר לחבר קבוצה שהגיש בקשה לפרוש מההליך לעשות זאת (ת"צ (מחוזי מ"ר) 56414-10-21 **אוסטרובסקי נ' גל** (11.3.2024)).
- 58 אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" **משפטים** מא 5, 54 (2011).

ההשתתפות בתובענה הייצוגית של חברי קבוצה מצומצמת. הכלל הוא שחברי הקבוצה בתובענה ייצוגית אינם משתתפים בהליך באופן פעיל, אלא מיוצגים על ידי התובע המייצג ובאת כוחו,⁵⁹ כדי לאפשר ניהול יעיל של ההליך. עם זאת, בכפוף להתקיימות תנאים שנקבעו ובהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט, החוק מאפשר לחברי קבוצה השתתפות ממוקדת בדיונים עצמם.⁶⁰ מעורבות רבה יותר של חברי הקבוצה יכולה להתרחש באמצעות הגשת התנגדות להסדר פשרה, בשלב של אישור ההסדר.⁶¹ התנגדות מאפשרת מעורבות פעילה יותר,⁶² ואולם, גם המתנגדים אינם צד להליך הייצוגי כולו, ובכל מקרה, השתתפותם נעשית רק בשלהי ההליך, כשהוא עומד למעשה להכרעה.

הגם שהשתתפותם הפעילה של חברי הקבוצה בהליך מוגבלת, דוקטרינת **מעשה בית דין** חלה עליהם. כאשר ההליך מסתיים בפסק דין, תוצאתו מחייבת את כלל חברי הקבוצה כמעשה בית דין.⁶³ גם פשרה יוצרת מעשה בית דין, בכפוף לאפשרות שניתנת לחברי הקבוצה לבקש לצאת מהקבוצה כדי למנוע את תחולת הפשרה עליהם. אומנם כאשר ההליך מסתיים בדחיית בקשת האישור או בהסתלקות, ככלל לא חל מעשה בית דין,⁶⁴ אך בפועל בתי המשפט מקשים על הגשת תובענות ייצוגיות מאוחרות גם במקרים אלה.⁶⁵

59 Elizabeth J. Cabraser & Samuel Issacharoff, *The Participatory Class Action*, 92 N.Y.U. L. REV. 846 (2017). המחברים דנו באפשרות להשתתף בתובענה הייצוגית וטענו שיש לחזקה. השווה ל-Coffee, לעיל ה"ש 51, שמדגיש את החשיבות של האפשרות לצאת מהקבוצה.

60 ס' 15 לחוק; ס' 15(ג) לחוק עוסק בהשתתפות בדיונים בשלב בקשת האישור. על האפשרות להשתתפות בדיונים בשלב של אישור הסדר פשרה ראו רע"א 1226/24 **יקירביץ נ' דגן** (נבו 30.4.2024), שם לא נמצא טעם לאשר את בקשתו של חבר הקבוצה, שקיבל מעמד של מתנגד במסגרת התנגדות שהגיש להסדר פשרה, להשתתף בדיונים. לעניין האפשרות של ארגונים להגיש בקשה להשתתף בדיונים או להצטרף כ"ידיד בית משפט" ראו ע"א 7842/16 **אדם טבע ודין נ' פירסק** (נבו 27.9.2017) ות"צ (מחוזי מר') 37522-03-20 **הצלחה – לקידום חברה הוגנת (ע"ר) נ' Trivago N.V** (נבו 20.2.2024) שם נדחתה בקשה להשתתפות הארגון.

61 ס' 18(ד) לחוק. בהתאם לס' 19(ג)(2) לחוק, ההכרעה בהתנגדות תהיה מנומקת.
62 נהוג לזמן מתנגדים לדיונים בהסדרי פשרה ולתת להם להביע את עמדתם בעל פה (עניין דגן, לעיל ה"ש 60, בפס' 18); המתנגדים יכולים לערער על ההחלטה (ע"א 6521/21 **עמותת אל ספאם נ' חאיק**, פס' 8 (נבו 7.2.2022)).

63 ס' 24 לחוק.
64 ס' 16(ד)(5) לחוק קובע שהסתלקות היא מחיקה; ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1043/00 **רונפלד נ' הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי**, פס' 8–9 (נבו 24.10.2002), שדן בדחיית בקשה לאישור.

65 רע"א 3973/10 **שטרן נ' Verifone Holdings, Inc.**, פס' 32 (נבו 2.4.2015); רע"א 3698/11 **שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ**, פס' 16 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (נבו 6.9.2017).

החלת מעשה בית דין על חברי קבוצה שלא השתתפו בהליך חורגת מהדין הנוהג בהליכים אינדיווידואליים.⁶⁶ החוק מחליף את הדרישה להשתתפות אישית בדרישה לייצוג הולם ותום לב מצד התובע המייצג ובא כוחו,⁶⁷ ובכפוף לכך מחייב את חברי הקבוצה בתוצאות ההליך אף ללא ידיעה או מעורבות.⁶⁸ לסיכום, התובענה הייצוגית מקילה באופן ניכר בדרישות הממשות את זכות הגישה לערכאות. במקום המצאה אישית, החוק מסתפק בפרסום כללי, שאינו מבטיח ידיעה של הנפגעים הפוטנציאליים על ההליך שמתנהל בשמם ועלול לחייב אותם; השתתפותם של חברי הקבוצה מצומצמת; האפשרויות שלהם לעזוב את הקבוצה (Exit) ולהשמיע את קולם (Voice) מוגבלות וממומשות לעיתים נדירות.⁶⁹ ויתורים אלה הם מכוונים. התובענה הייצוגית נועדה להתמודד עם מצבים שבהם ההליך האינדיווידואלי אינו ישים – כשהנזק לכל אחד מהפרטים קטן,⁷⁰ או כשקיימים פערי מידע גדולים.⁷¹ במצבים כאלה, עמידה על השתתפות אישית הייתה מונעת קבלת סעד. דחיית המטרות ההליכיות נובעת מהעדפת המטרות התוצאתיות – תיקון עוולה ומתן סעד, הרתעה ואכיפה.

2. עתירות לבג"ץ

עתירה לבג"ץ עוסקת פעמים רבות בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית, שלהכרעת בית המשפט בהן יש השלכות רחב החורגות מן האינטרס של העותרים הישירים – ציבוריים או פרטיים.⁷² במקרים אלו ההכרעה אינה נוגעת רק לצדדים הפורמליים לעתירה, אלא משפיעה על ציבור רחב שאינו צד להליך ואינו לוקח בו חלק.⁷³ עקב כך, אף על פי שאין מדובר בהליך "ייצוגי" במובנו הפורמלי, העותר בבג"ץ מייצג ציבור שאינו צד להליך. הרחבת זכות העמידה לאורך השנים חיזקה את ההיבט הייצוגי בבג"ץ, שכן ההליך אינו מוגבל עוד לפגיעה אישית אלא

- 66 רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, פס' 8 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן (2001).
- 67 ס' 8(3)–(4) לחוק.
- 68 יתרה מכך, ייתכן שמעשה בית דין יחול בנוגע לחברי הקבוצה אף אם לא קיבלו פיצוי כספי (ראו ס' 20(ג) לחוק).
- 69 המונחים voice exit לקוחים מהספר ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATIONS, AND STATES (2018), ומהמאמר Coffee, לעיל ה"ש 51.
- 70 לדיון בתביעות בעלות ערך נטו שלילי ראו "התדיינות אגרסיבית", לעיל ה"ש 47, בעמ' 168–174.
- 71 "פרספקטיבה אמפירית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 716–717.
- 72 ייתכנו עתירות שההכרעות בהן אינן משפיעות על אינטרסים של קבוצה מובחנת או של ציבור רחב, לדוגמה: בעתירה נגד החלטה על מינוי אדם מסוים לתפקיד ציבורי ההכרעה נוגעת בעיקרה לכשירות המינוי הספציפי ואינה משליכה, כשלעצמה, על אינטרסים של קבוצת פרטים מובחנת (בג"ץ 6259/10 העמותה לקידום דרך אחרת נ' שר האוצר (נבו) 13.12.2010). עתירות מסוג זה אינן בעלות אלמנט ייצוגי ולכן אינן נדונות במאמר זה.
- 73 פרק זה עוסק בבג"ץ, אך העקרונות יכולים להיות רלוונטיים גם בעתירות מנהליות בעלות השלכות רחב, ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג 1736, 1746–1749 (2014).

משמש בפועל כזירה לייצוג אינטרסים של קבוצות שונות.⁷⁴ בשונה מהתובענה הייצוגית, מדובר בייצוג שאינו מוסדר בחוק, אולם הלכה למעשה קבוצות שהעתירה משפיעה עליהן מיוצגות בבג"ץ מבלי שנתנו הסמכה מפורשת לייצוגן.

מגוון הנושאים שבקשר אליהם אפשר לעתור לבג"ץ רחב, 75 והאופן שבו העתירה משפיעה על האינטרסים של כאלה שאינם מיוצגים בה עשוי להשתנות בהתאם לכך. בקצה אחד מצויות עתירות פרטיות שהשלכותיהן חורגות מעניינם הישיר של העותרים, והן משפיעות בפועל על קבוצות מובחנות בסוגיות נקודתיות. לעותרים בעתירות אלה יש אינטרס אישי חזק, אך הסעד המבוקש חל הלכה למעשה על קבוצה רחבה של פרטים שאינם צדדים להליך. עם עתירות אלה נמנות, למשל, עתירה שעסקה בניכוי כספים מפיקדון של עובדים זרים, 76 עתירה בקשר להפגנות שהתקיימו בסביבת ביתו הפרטי של ראש הממשלה 77 או עתירה שנגעה להגבלות על כניסה לישראל ויציאה ממנה במהלך מגפת הקורונה. 78 בעתירות אלו הייתה ההכרעה בסעד המבוקש קובעת את מצבם של כלל העובדים הזרים שעבורם נצברו כספי הפיקדון, של כלל השכנים ברחוב שבו התקיימו ההפגנות או של כלל האזרחים שנמצאו מחוץ לישראל בעת הטלת המגבלות או שביקשו לצאת מישראל באותה עת. גם כאשר העתירה נפתחת ביוזמה פרטית ולמען אינטרס אישי, היא משליכה אפוא על קבוצה מוגדרת של נפגעים פוטנציאליים, והעותרים מייצגים בפני בית המשפט זכויות של ציבור רחב שלא נטל חלק בהליך ולא הסמיך אותם לייצגו. בקצה האחר מצויות עתירות ציבוריות שעוסקות בסוגיות חוקתיות ועקרוניות בעלות השפעה רחבה. 79 עתירות מסוג זה – דוגמת העתירות בעניין גיוס חרדים⁸⁰ או בעניין

- 74 בעבר נדרש אינטרס אישי ישיר של העותר, ראו למשל בג"ץ 394/72 **פרנש היל הוטל קורפוריישן בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים**, פ"ד כז(2) 325, פס' 6–8 (1973). מאוחר יותר הורחבה זכות העמידה, ראו בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששעשרה**, פ"ד נז(2) 62, פס' 7 (2003); בג"ץ 6457/13 **דלאל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 5 (נבו 30.10.2013). ככלל, על עותר ציבורי להראות שאי-אפשר להצביע על נפגע ישיר (בג"ץ 837/19 **פוקס נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 4.2.2019)), אך כשמדובר בעניינים חוקתיים מהותיים תיתכן סטייה מהכלל (בג"ץ 6972/07 **לקסר נ' שר האוצר**, פס' 24 (נבו 22.3.2009)).
- 75 ס' 15 (ג) לחוקיסוד: השפיטה מקנה לבג"ץ סמכות לדון בעניינים שאינם בסמכות ערכאה אחרת, כאשר הוא רואה צורך לתת סעד למען הצדק.
- 76 בג"ץ 6942/19 **צ'כאנו נ' שר הפנים** (נבו 12.7.2023).
- 77 בג"ץ 546/22 **אלימלך נ' משטרת ישראל** (נבו 26.01.2022).
- 78 בג"ץ 1107/21 **שמש נ' ראש הממשלה** (נבו 17.3.2021).
- 79 שחר ליפשיץ "מעתיקה ציבורית לבניית הסכמות חברתיות" **מחקרי משפט** לה 1, 4 (2024); למשל בעניין הכנסת חמץ לבתי החולים ולבסיסי צה"ל בפסח (בג"ץ 1550/18 **עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות** (נבו 30.4.2020); בג"ץ 8420/21 **אלנקווה נ' צבא ההגנה לישראל** (נבו 11.2.2024)); בעניין תוקפו של גיור לא ממסדי לצורך חוק השבות (בג"ץ 7625/06 **רגצ'ובה נ' משרד הפנים** (נבו 31.3.2016); בג"ץ 11013/05 **דהן נ' שר הפנים** (נבו 3.1.2021)); בעניין לימודי ליבה (בג"ץ 3752/10 **רובינשטיין נ' הכנסת** (נבו 17.9.2014)).
- 80 בג"ץ 6198/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון** (נבו 25.6.2024).

הפרדה עדתית במוסדות חינוך דתיים⁸¹ – מעלות סוגיות חוקתיות רחבות. עקב כך, הן מאופיינות פעמים רבות בכך שייצוג הזכויות והאינטרסים בהן יתקיים הן בצד העותרים והן בצד המשיבים. בצד העותרים, העתירה תוגש לרוב על ידי עותרים ציבוריים שייצגו אינטרסים של אלה שנפגעים לכאורה ממעשה או מחדל של הרשות, אולם לא נתנו את הסכמתם לייצוגם בהליך.⁸² בצד המשיבים, תיתכן קבוצה רחבה של פרטים שעשויים להיפגע מתוצאות העתירה ואשר האינטרסים שלהם אמורים להיות מיוצגים על ידי רשויות המדינה, באי כוחן והיועץ המשפטי לממשלה, הגם שלא הסמיכו גורמים אלה לייצגם.⁸³ חרף ההשלכות הרחבות שעשויות להיות להכרעות בבג"ץ, הן בעתירות הציבוריות והן בעתירות הפרטיות,⁸⁴ זכות הגישה לערכאות ממומשת בעתירות אלו באופן מצומצם, לא רק בהשוואה לתביעות אינדיווידואליות, אלא אף בהשוואה לתובענות ייצוגיות.

בעוד בתובענות ייצוגיות החוק מכתוב הסדרי יידוע מפורטים ומחייב פרסום הודעות לציבור בשלבים מרכזיים של ההליך, בעתירות לבג"ץ אין מנגנון יידוע מוסדר לציבור.⁸⁵ בפועל, היידוע באמצעות פרסום כמעט אינו ננקט.⁸⁶ התוצאה היא שקבוצות שלמות

- 81 בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**, פ"ד סג(2) 398 (2009).
- 82 על המתח בין היעילות בריכוז האינטרסים אצל העותר הציבורי ובין החשש מפני פגיעה באינטרסים, ראו בג"ץ 5188/09 **התאחדות קבלני השיפוצים לשיקום נ' מדינת ישראל**, פס' 8 (נבו 14.3.2011) (להלן: עניין קבלני השיפוצים).
- 83 בבג"ץ חובת צירוף המשיבים, פרטיים וציבוריים, רחבה, אך לא תמיד אפשר לצרף את כלל הנפגעים (בג"ץ 1901/94 **לנדאו נ' עיריית ירושלים**, פ"ד מח(4) 403, פס' 13 (1994); בג"ץ 702/05 **בצרה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה**, פס' 6 (נבו 3.6.2007); חיים זיכרמן "אתגר הייצוג הקבוצתי בבג"ץ: גיוס תלמידי הישיבות כמקרה מבחן" **ספר יעקב וינרוט** 277, 285 (גרשון גונטובניק, אבי וינרוט וחיים זיכרמן עורכים 2021) דן בייצוג באמצעות רשויות המדינה.
- 84 להבחנה דומה בין עתירה "ציבורית-כללית" לעתירה שהוגשה על ידי יחידים רבים שטוענים ל"פגיעה כללית" ראו דג"ץ 1601/24 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מבקר המדינה**, פס' 3 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן (נבו 1.1.2025) (להלן: דג"ץ **התנועה לאיכות השלטון**).
- 85 הכוונה כאן היא לציבור המושפעים מהעתירה, בלי קשר לחובה להמציא לבעלי הדין האחרים. בבג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998) ביקש בית המשפט לוודא כי גופים המייצגים את האוכלוסייה החרדית מודעים לעתירה (שם, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיא ברק). השוו לבג"ץ 353/67 **"אגודת אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' שר התחבורה**, פ"ד כב(1) 332, 336 (1968), שם התייחס בית המשפט לכך שכאשר עתירה עשויה לפגוע בזכויות של צד שלישי יש לוודא לכל הפחות שקיבל את המסמכים לידיעתו.
- 86 בבתי המשפט המנהליים נקטו פרסום יזום (עת"מ (מנהליים ת"א) 1405/01 **בית חולים לחולים כרוניים הדר רמתיים בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז מרכז** (נבו 10.3.2002)) ופנייה ישירה (עת"מ (מנהליים ב"ש) 37164-04-16 **דינה נ' עיריית אשדוד**, פס' 7 (23.2.2017)). לביקורת שלפיה ראוי לצרף נציגים ראו עניין **בצרה**, לעיל ה"ש 83, בפס' 6.

שעלולות להיות מושפעות מתוצאת העתירה אינן מודעות כלל לקיומה, ויחידים מתוכן אינם יכולים להשתתף בהליך או להשמיע את קולם בנוגע אליו.

גם ביחס לצירוף צדדים בית המשפט נוקט גישה מצמצמת בשני צידי העתירה – בצד העותרים ובצד המשיבים. בצד העותרים, בית המשפט מתיר צירוף עותרים נוספים רק כאשר תרומתם צפויה להוסיף נדבך מהותי לדיון, ולא לשמש "חיזוק עמדות" או תמיכה בעמדה שכבר הוצגה. המגמה המצמצמת נובעת מהחשש שריבוי עותרים יכביד על הדיון ויפגע ביעילותו.⁸⁷ גם כאשר מתאפשר צירוף, קיימים הבדלים מהותיים בין זה שהגיש את העתירה לבין זה שהצטרף אליה: האפשרות להצטרף לעתירה מותנית באישור בית המשפט, למצטרף אין שליטה מלאה על ניהול ההליך ועל הסעד המבוקש בו, והוא נדרש להסתפק במסגרת הקיימת.⁸⁸ גם בצד המשיבים ההצטרפות מוגבלת. כאשר יש טעם בצירוף משיבים שעמדתם אינה מיוצגת, הכיר בית המשפט העליון בחשיבות של ייצוג עמדות של המושפעים מהעתירה ועמד על היותם "נוכחים-נפקדים".⁸⁹ כך למשל, בעתירה בנוגע לגיוס חרדים תהו השופטים אם אין מקום שגופים המייצגים את האוכלוסייה החרדית יתייצבו בהליך, נוכח ההשלכות של העתירה עליהם.⁹⁰ עם זאת, כל בקשה להצטרף נבחנת לגופה, ובית המשפט בוחן את זיקתו של המבקש להצטרף להליך ואת עוצמת הפגיעה שעלולה להיגרם לו אם תתקבל העתירה, אל מול הסרבול שיגרם להליך כתוצאה מהצירוף.⁹¹

נוסף על כך, קיים קושי ממשי לצאת מהעתירה ולבחור שלא להיות חלק מההליך או מהשלכותיו. בשונה מתובענות ייצוגיות, שבהן הדין מאפשר לחברי הקבוצה לבחור לעזוב את ההליך באמצעות מנגנון של הודעת פרישה, בעתירה לבג"ץ לא נתונה לציבור הנפגעים, בין אם הם מיוצגים על ידי העותרים או על ידי המשיבים בעתירה, אפשרות

87 בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, פס' 7 לפסק הדין של הנשיא שמגר (1987). בדומה צומצמה האפשרות להגיש עתירה נוספת כשיש עתירה תלויה ועומדת באותו עניין, ראו דנג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 84; בג"ץ 5322/21 כספי נ' ממשלת ישראל (נבו 14.9.2021); לביקורת על עניין כספי ראו אורי אהרונסון "עתירה ייצוגית? על הלכת כספי ומשמעויותיה" ICON-S-IL Blog (11.7.2022) <https://perma.cc/YX69-YCWL>.

88 בר"מ 1747/24 הרן נ' גילאי, פס' 12 (נבו 3.4.2024).

89 בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 12.9.2017) (להלן: עניין גיוס חרדים). על קשיים וסיבות לכך שלא יוצגו עמדותיהם בהליך ראו שם, בפס' ד לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

90 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 85, בעמ' 498. והשוו לבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80, פס' 3 (1949): "אין טעם שהשליח יופיע וידרוש צדק לעצמו בזכותו של שולחו. יופיע השולח עצמו ויתאונן על הקיפוח אשר נגרם לו".

91 בג"ץ 5974/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משרת ישראל, פס' 3 (נבו 8.12.2022); עניין כספי, לעיל ה"ש 87, בפס' 2.

דומה להוציא את עצמם מתחולתה של ההכרעה בעתירה עליהם.⁹² משהעתירה מתנהלת, הצדדים והנפגעים הפוטנציאליים כפופים להכרעת בית המשפט.⁹³

השתתפותם של בעלי העניין מוגבלת. ההשתתפות אפשרית באמצעות צירוף מוגבל, כאמור, או באמצעות מוסד "ידיד בית משפט", המאפשר לגורמים חיצוניים להגיש את עמדתם בכתב ולעיתים רחוקות גם בעל פה. בתי המשפט נוטים לאפשר צירוף ידיד בית משפט כשתהיה לו תרומה ממשית להליך, אך נמנעים מצירוף כשהמטרה היא תמיכה בגישה שכבר מיוצגת בהליך.⁹⁴ למרות יתרונותיו, ידיד בית המשפט אינו צד ישיר, אינו רשאי לדרוש סעד ואינו משפיע על היקף תחולתה של ההכרעה. תפקידו מוגבל להצגת עמדות המייצגות אינטרסים ציבוריים לבית המשפט.

על אף היעדר מנגנון ידוע מוסדר לבעלי העניין על אודות העתירה לבג"ץ ועל אף האפשרויות המוגבלות שלהם להצטרף אליה, להשתתף בה או לבקש שלא תחול עליהם, השפעותיה עליהם עלולות להיות מרחיקות לכת. כאשר תלויה ועומדת עתירה בעניין ציבורי, עתירה חדשה של עותרים נוספים עשויה להידחות על הסף, אגב הפנייתם, במקרים המתאימים, להגשת בקשה להצטרף כעותרים לעתירה הקיימת.⁹⁵ עילת סף זו, שנקבעה בעניין **כספי**, יצרה מגבלה על זכות הגישה לערכאות, הן מאחר שהאפשרות להצטרף לעתירה אינה זהה לאפשרות להגיש עתירה עצמאית, בהיותה מותנית באישור בית המשפט, והן מאחר שהאפשרות לבחור את הסעד היא אפשרות שמוקנית למגיש העתירה, אך מוגבלת לזה שהצטרף אליה.⁹⁶ לאחרונה הבהיר בג"ץ כי עילת הסף לא תחול באופן גורף וכי בידי המותב הדן בעתירה שיקול דעת לקבוע את המתכונת הדיונית הראויה בעתירה חדשה שתוגש. כך, המותב יוכל להחליט לא רק על דחייה על הסף אלא גם למשל על איחוד דיונים, על עיכוב בירור של עתירה מאוחרת או על קציבת זמנים להגשת טיעונים.⁹⁷

כאשר מדובר בעניין שכבר הוכרע, הצורך ביציבות ובמניעת התדיינות חוזרת מחייב את הגבלתה של עתירה חוזרת על ידי עותר שכבר עתר באותו עניין,⁹⁸ אך בשל ייחודיות

92 היעדר האפשרות לפרוש קשור בהחלה רוחבית של פסיקת בג"ץ, נוכח אופי הסעדים והחשש לפגיעה בעקרון השוויון.

93 אהרונסון, לעיל ה"ש 87, בפס' 3; זיכרמן, לעיל ה"ש 83, בעמ' 284.

94 שי פרבר **ידיד בית המשפט** 221–222 (2018). מ"ח 7929/96 **קוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529, פס' 45 (1999).

95 **עניין כספי**, לעיל ה"ש 87; אהרונסון, לעיל ה"ש 87. לדוגמה להחלת ההלכה בעניין **כספי** גם כאשר העתירה המאוחרת אינה עתירה "ציבורית-כללית", אלא עתירה שהוגשה על ידי יחידים רבים שטוענים ל"פגיעה כללית" ראו בג"ץ **אלימלך**, לעיל ה"ש 77.

96 דנג"ץ **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 84, בפס' 13–18 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן.

97 שם; לדוגמה למקרה שבו נדחתה עתירה על הסף גם לאחר עניין **התנועה לאיכות השלטון** ראו בג"ץ 8360-06-25 **גור נ' משטרת ישראל** (נבו 9.6.2025).

98 בג"ץ 20/64 **המסייר בע"מ נ' המפקח על התעבורה**, פ"ד יח(3) 245, 250–251 (1964) (להלן: **עניין המסייר**).

העניינים הנדונים בבג"ץ ננקטת מדיניות גמישה יותר.⁹⁹ בג"ץ מאפשר לעתור מחדש בעניין שכבר הוכרע כשמתקיים שינוי נסיבות מהותי או כאשר נחשפו עובדות חדשות שלא היה אפשר לדעתן בדיון הקודם או משיקולי צדק. ואולם, אין מדובר בדבר שבשגרה, ובבג"ץ ידון בעתירה חוזרת רק בהתקיים נסיבות אלו.¹⁰⁰

לסיכום, המאפיינים השונים של העתירה לבג"ץ ממחישים את ההבחנה הקיימת בה בין ההיבטים ההליכיים והתוצאתיים של זכות הגישה לערכאות. במישור התוצאתי, העתירה לבג"ץ מגשימה את ייעודה ומאפשרת ביקורת שיפוטית בעניינים פרטיים וציבוריים בעלי השלכה רחבה. לעומת זאת, במישור ההליכי, מנגנונים שנועדו להבטיח השתתפות, יידוע ושליטה בהליך – המצאה, צירוף והשתתפות פעילה – מדוללים מאוד. הבאת העתירה לידיעת הציבור אינה מוסדרת בחוק, ולרוב לא נעשה פרסום יזום. קבוצות רחבות שצפויות להיות מושפעות מתוצאות ההליך אינן מודעות לקיומו, וממילא אינן יכולות להשמיע את עמדתן. גם מנגנוני ההשתתפות הקיימים – צירוף צדדים והגשת עמדה כידיד בית המשפט – מצומצמים, ובפועל אינם מאפשרים השתתפות פעילה בהליך. ההשתתפות האישית מוחלפת בייצוג. הייצוג בא לידי ביטוי הן בצד העותרים, שם העותר מייצג אינטרסים של אלה שלא הסמיכו אותו, והן בצד המשיבים, שם ציבור הנפגעים הפוטנציאליים מיוצג על ידי הרשות. למרות זאת, הכרעות בבג"ץ מחייבות, ככלל, גם את אלה שלא היו צד להליך.

ד. הפגיעה בזכות לא לתבוע בהליכים ייצוגיים

בשונה מהליכים אינדיווידואליים, שם הזכות להחליט אם ומתי לפתוח בהליך שמורה לפרט הפותח בהליך,¹⁰¹ ההחלטה לפתוח בהליך הייצוגי אינה נתונה בידי הפרטים המיוצגים. החלפתה של זכות ההשתתפות בהליך בייצוג הכפוי¹⁰² נוטלת מהפרט המיוצג לא רק את זכויות ההשתתפות בהליך, אלא גם את הזכות לבחור את המועד שבו יפתח

99 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ד 474–475 (2017).

100 עניין **המסיר**, לעיל ה"ש 98; בג"ץ 7198/93 **מיטראל נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 844, פס' 9 לפסק הדין של השופט זמיר (1994).

101 איננו דנים במצבים של "תביעה ביוזמת הנתבע", לעיל ה"ש 41, שבהם אפשר, לגישת הכותבים, להצדיק פגיעה בשליטת התובע לשם הגנה על אינטרסים נוגדים, אלא במקרים הרגילים שבהם נתונה לתובע הזכות לבחור אם ומתי להגיש את התובענה.

102 על כך שהתובענה הייצוגית מממשת זכות גישה קולקטיבית אולם מונעת זכות גישה אינדיווידואלית ראו "פרספקטיבה אמפירית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 716; על הפגיעה בשליטת הפרט בניהול ההליך הייצוגי ראו "התדיינות אגרגטיבית", לעיל ה"ש 47, בעמ' 168.

בהליך, לרבות הזכות שלא לפתוח בהליך כלל.¹⁰³ פרק זה מסביר את האופן שבו שלילה זו, של הזכות לקבוע את מועד הגשת ההליך המשפטי, אם בכלל, גורעת מהיקף זכות הגישה לבית המשפט לא רק במובן ההליכי, אלא גם בהיבטים התוצאתיים של הזכות, אותם היבטים שלשמן מתיר המשפט את הייצוג כתחליף להשתתפות. הפרק מפרט את הנסיבות שבהן עשוי הפרט המיוצג לרצות לעכב את פתיחת ההליך, ואלה שבהן יבחר שלא לפתוח בהליך כלל. בכל אחד מסוגי המקרים הללו אנו מציגים את הנסיבות שבהן הגשת ההליך וניהולו עומדים בניגוד לאינטרס של הפרט המיוצג. לאחר מכן אנו מסבירים את האינטרסים המובנים בהליך הייצוגי, המביאים לכך שהנציג יגיש אותו מוקדם מדי ביחס להעדפות הפרטים המיוצגים, רובם או כולם, ולעיתים אף בניגוד להעדפותיהם שלא לנהל את ההליך כלל. בהמשך הדברים אנו מסבירים את האופן שבו הפגיעה בזכות לא לתבוע משפיעה על מטרותיו התוצאתיות של ההליך הייצוגי, ומסיימים בכמה כיווני מחשבה לאופן שבו ניתן להתמודד עם בעייתיות זו.

1. נסיבות שבהן פרטים מיוצגים יבחרו לעכב את ההליך המשפטי

הצלחתו של הליך משפטי מנקודת המבט של הפותח בהליך תלויה בכך שיהיה בהליך כדי לתת לו את הסעד, בקיומן של ראיות לכך שהנתבע או המשיב הפרו את חובתם כלפיו ולפיכך הם חייבים לתת לו את הסעד, וביכולתם של הנתבע או המשיב לתת את אותו סעד. המועד שבו כל אחד מהתנאים הללו מתגבש באופן אופטימלי מנקודת מבטו של יוזם ההליך עשוי להיות שונה. כאשר פרטים רבים מיוצגים בהליך אחד, מועד התגבשותם של התנאים הללו, ולחלופין, המועד האופטימלי לפתיחת ההליך, שעשוי לחול לאחר התגבשותם של כל יסודות העילה, עשוי להיות שונה. חברי הקבוצה בתובענה הייצוגית, או בעלי העניין בעתירה לבג"ץ, אינם עשויים מקשה אחת, והמועד שבו כל אחד מהם מעוניין לפתוח בהליך עשוי להיות שונה.¹⁰⁴ נדגים זאת בכמה דוגמאות אופייניות:

נוק או מצב עובדתי שמתגבש לאורך זמן: בתביעות רבות שנוגעות לנזקי גוף, הנזקים אינם מתממשים עם התרחשות האירוע שגורם להם. כך למשל, חשיפה לחומר מסרטן עלולה לגרום למחלה לאחר זמן רב וחומרתה אינה ידועה מראש. ככל שהסעד המבוקש על ידי התובע מאפשר לו להתמודד עם נזקיו בשלבים מוקדמים יותר, יהיה לו אינטרס להגיש את התביעה מוקדם יותר. מנגד, מאחר שהסעד הוא כספי, נתינתו במועד מוקדם

103 Williams, לעיל ה"ש 38 Grant, לעיל ה"ש 43, מתמקדים בזכות לא לתבוע בתובענות הייצוגיות ה"כפיות" בארצות הברית, שבהן אין אפשרות פרישה. אנו מדגישים שהפגיעה בזכות מתקיימת גם כשקיימת אפשרות פרישה פורמלית, וטוענים לפגיעה דומה בעתירה לבג"ץ, שבה אין מנגנון פרישה. נוסף על כך, אנו מציגים שיקולים מהותיים ורחבים יותר לזכות לא לתבוע ומנתחים את השפעתם על המטרות התוצאתיות בהליך הייצוגי.

104 בתובענות ייצוגיות ראו אלון קלמנט "סוגיות אתיות בתובענות ייצוגיות" **משפטים** נה פרק ג.2 (צפוי להתפרסם ב-2026) (להלן: "סוגיות אתיות"); Deborah L. Rhode, *Class* (להלן: *Conflicts in Class Actions*, 34 STAN. L. REV. 1183, 1191–93 (1982) (להלן: *Conflicts*). בעתירות לבג"ץ ראו עניין קבלני השיפוצים, לעיל ה"ש 82, בפס' 8.

יותר תביא במקרים רבים לקביעתו בדרך האומדנא.¹⁰⁵ הערכת הנזק בדרך זו עשויה להיות גבוהה מהנזק שיתממש, אולם היא עלולה להיות גם נמוכה בהרבה. ככל שהנזק שעלול להתממש גבוה יותר, וככל שהסיכוי לכך נמוך יותר, לתובע יש אינטרס גדול יותר לחכות עד למימושו; פיצוי מוקדם נגזר מתוחלת הנזק,¹⁰⁶ לכן כאשר הנזק האפשרי גבוה אך הסיכוי שיתרחש נמוך מאוד, ההערכה עלולה להניב סכום נמוך יחסית. אם יחכה התובע, והנזק אכן יתממש, הוא יוכל להוכיח נזק ממשי ולקבל פיצוי מלא וגבוה יותר. ככל שהתובע שונא יותר סיכון, העדפתו לפיצוי מדויק, אם וכאשר נזק יתממש, תהיה מובהקת יותר. תובע שונא סיכון יעדיף לקבל בוודאות פיצוי בגין נזק גדול שיגרם לו, גם אם הסיכוי לכך נמוך מאוד, על פני פיצוי מראש, שמשקלל את הסיכוי הזה.¹⁰⁷

גם בעתירות לבג"ץ, אף שאינן מכוונות לפיצוי כספי, עשויות להתקיים נסיבות שבהן פרטים המושפעים מההליך יעדיפו לעכב את הגשתו עד להתגבשותו של המצב העובדתי.¹⁰⁸ במקרים כאלה הקדמת העתירה עשויה להביא לבידור בטרם התברר המצב העובדתי, בעוד עיכוב ההליך עשוי להניב תוצאה מדויקת או מיטיבה יותר. הגשת העתירה חרף העדפתם של חלק מהפרטים להמתין עלולה לגרום לדחיית העתירה, בעוד הגשתה במועד מאוחר יותר תשפר את סיכוייה להתקבל.

ראיות המתגבשות לאורך זמן: לעיתים יש אינדיקציות מוקדמות לכך שבוצעה עוולה, אולם הראיות הנדרשות להוכחת העוולה או להוכחה שהעוולה גרמה לנזק שנטען על ידי

105 על היעדר האפשרות לקבוע פיצוי מדויק בגין נזק עתידי ראו ע"א 237/80 **ברששת נ' האשאש**, פ"ד לו(1) 281, פס' 3 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ברק (1981); אריאל פורת "פרק ו: דיני נזיקין" **הגישא הכלכלית למשפט** 271, 333 (אריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

106 אם ידרוש התובע פיצוי לפני שהתממש הנזק, יאמוד אותו בית המשפט לפי תוחלתו, השווה לסכום הנזק מוכפל בסיכוי שיתממש.

107 לשם הדוגמה, נניח שהתובע עלול ללקות בסרטן שנזקיו ממנו יהיו בשיעור של מיליון ש"ח, אולם הסיכוי לכך הוא אחוז אחד. אם התובע שונא סיכון, הוא יעדיף לקבל פיצוי מלא אם יחלה על פני פיצוי מראש בשווי של 10,000 ש"ח, שהם 1% ממיליון. לכאורה, התובע יכול לרכוש בפיצוי של 10,000 ש"ח ביטוח שיפצה אותו אם יחלה. ואולם, מאחר שעליו לגלות למבטח את אירוע החשיפה, קיים חשש לבעיית מידע שתייקר או תסכל את הביטוח. ההכרעה בין פיצוי מיידי לפיצוי מאוחר צריכה אפוא להישאר בידי התובע, בהתאם להעדפותיו.

108 לעניין התגבשות המצב העובדתי ראו בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר**, פס' 28–33 (נבו 5.1.2012); בג"ץ 9290/10 **המרכז לפלורליזם יהודי - התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר המשפטים** (נבו 16.3.2011); אדם שנער "על חוסר הגיונה של הדרישה למיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" **ICON-S-IL Blog** (24.8.2020) <https://perma.cc/BDJ9-FA4M>. על עתירות מתגלגלות הנשאות תלויות ועומדות עד הצטברותן של עובדות רלוונטיות ראו בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה(3) 1, 27–28 (2012); מהצד השני שיהוי רב מידי עשוי להביא לדחיית העתירה (בג"ץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון** (נבו 6.9.2011)).

התובע מתגבשות רק לאחר זמן.¹⁰⁹ דוגמה לכך היא מקרה שבו נדרשות ראיות מדעיות כדי להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין זיהום אויר, נטילת תרופה מסוימת או שאיפת אסבסט לבין מחלה שהתגלתה.¹¹⁰ בדוגמה זו נדרשים מחקרים מדעיים שיבססו קשר סיבתי כזה, והזמן שנדרש לעריכתם עשוי להיות ארוך.¹¹¹ בדומה, תביעה בגין אפליה של מיעוט בקידום בעבודה או בשכר דורשת לעיתים הצטברות של מקרים המעידים על אפליה כזו ועל תוצאותיה.¹¹² ייתכן שיהיו תובעים שיעדיפו להמתין להצטברות מקרים כאלה לפני שיפנו לבית המשפט.¹¹³ במקרים כאלה, הגשת תובענה ייצוגית טרם זמנה עלולה לפגוע בסעד שיכול להתקבל בה.¹¹⁴

בעיה דומה עלולה להתעורר בעתירות לבג"ץ. כך, לדוגמה, עתירה העוסקת בהכללת תרופה מסוימת בסל הבריאות עלולה להידחות משום שהוגשה בשלב מוקדם, בטרם התגבשו נתונים רפואיים נוספים או בטרם הושלמו מחקרים רלוונטיים.¹¹⁵ ייתכן אפוא שחלק מהפרטים המושפעים מההחלטה יעדיפו להמתין עם הגשת העתירה כדי להגדיל סיכוייה להתקבל.

יכולתו של הנתבע לתת את הסעד משתנה לאורך זמן: יש מקרים שבהם ריכוז תביעות במועד אחד עלול להעמיד את הנתבע בפני חבות כוללת, אשר גדולה מיכולתו לעמוד בה.¹¹⁶ במקרים אחרים, יכולתו של הנתבע למתן הסעד תהיה גדולה יותר ככל שהדרישה כלפיו תיפרס לאורך זמן. כאשר הצורך של כל אחד מהתובעים בסעד מתגבש במועד שונה, פריסת החבות כלפיהם בהתאם למועד הרלוונטי לכל אחד מהם עשויה להיטיב עם כולם. כך, למשל, כאשר כנגד נתבע עומדת תובענה ייצוגית כספית על סכום שגדול מנכסיו של הנתבע במועד מסוים, עצם הגשת התביעה עלול להביא את הנתבע לחדלות

109 ראו למשל ע"א 4627/22 מפרקי חברת אגרוסקו, חברה לייצוא חקלאי בע"מ (בפירוק) נ' קוסט פורר גבאי את קסירר (שותפות רשומה), פס' 52–55 (נבו 7.6.2023).

110 Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997).

111 בע"א 2387/06 פלונית נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (נבו 31.8.2008) נדחתה התביעה בשל התיישנות, אך התובעת העלתה טענות הנוגעות לצורך באיסוף ראיות (שם, בפס' 5); ע"א 8316/06 ארגי נ' שירותי בריאות כללית, פס' 17 (נבו 3.7.2008).

112 בע"ע (ארצי) 35753-03-24 רוכלמר – מרכז רפואי שערי צדק (נבו 23.6.2025) המערערת ניסתה להתבסס על נתוני העסקה של עובדים נוספים כדי להראות הפליה של נשים בתנאי הפרישה ולהעביר את נטל ההוכחה בתביעה שהגישה (שם, בפס' 58).

113 לדוגמה לתשתית עובדתית שהצביעה על טעות נקודתית ראו ע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויז'ן בע"מ, פס' 27–32 (נבו 2.9.2018).

114 הפגיעה עשויה להיגרם גם אם תסתיים התובענה בפשרה. אף שפשרה אמורה לשקלל את סיכויי התביעה והסיכונים הקיימים בעת אישורה, אין היא מביאה בחשבון התפתחויות עתידיות החורגות ממסגרת התביעה. במובן זה, פשרה שאושרה עשויה לשקף שווי נמוך מהשווי האמיתי של זכות התביעה עבור תובע שהיה מעדיף להמתין עם מימושה.

115 בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1, פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2008).

116 Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. 815, 824, 864–65 (1999).

פירעון.¹¹⁷ פריסתן של התביעות לאורך זמן עשויה לאפשר לתובע להמתין עם הגשת תביעתו למועד המתאים ולאפשר לנתבע לעמוד בכל התביעות שיוגשו.¹¹⁸ בדומה לכך, גם בעתירות לבג"ץ ייתכנו מצבים שבהם מימוש הסעד כרוך ביכולת אופרטיבית של הרשות שמשתנה לאורך זמן, באופן שעשוי להוביל חלק מהמושפעים מן המדיניות להעדיף עיכוב בהגשת העתירה או חלקה. דוגמאות לכך הן, למשל, עתירה להנגשת מבנים ציבוריים לאנשים עם מוגבלות¹¹⁹ או עתירה להטמעת שינוי במדיניות הלימודים במוסד חינוכי.¹²⁰ במקרים כאלה, חלק מהציבור שהשינוי חל עליו עשוי להעדיף לקדם היבטים מסוימים ולאפשר יישום הדרגתי שייטיב עם כלל המושפעים.

התפתחות בדין לאורך זמן: יש נושאים שבהם הדין מתפתח לאורך זמן, למשל בנושאים שבהם יש התפתחות טכנולוגית מהירה, שהדין אינו מדביק אותה. דוגמה לכך היא אפשר למצוא לאחרונה בתביעות הנוגעות לשימוש במידע בפלטפורמות מקוונות, שעשוי להקים עילת תביעה קניינית בגין פגיעה בפרטיות או הפרת זכויות יוצרים. הדין בנושאים אלה התפתח לאורך זמן, בכיוון ברור של הגדלת ההגנה על זכויות המשתמשים באותן פלטפורמות.¹²¹ תובעים שרצו לתבוע נמצאים כיום במצב טוב בהרבה מזה שהיו בו לפני שנים מספר,¹²² ולכן חלקם היו מעדיפים להמתין ולא לתבוע בשלב שבו

- 117 בתובענות ייצוגיות בית המשפט יכול להתחשב ביכולת הפירעון של נתבעים מסוימים בהתאם לס' 8(ב) לחוק. בדומה לכך, אפשר להתחשב גם ביכולת יישום של מדיניות במקרה של הנגשה. אלא שההתחשבות ביכולת הפירעון או יכולת היישום תהיה בקשר לסעדים הנתבעים בהליך, אך לא בקשר לסעדים שעשויים להיתבע על ידי המעוניין לתבוע בעתיד.
- 118 ברק ירקוני ואלעד מן "תובענה והצבעה ייצוגית בהליכי חדלות פירעון" **משפטים** 885, 894 (2017) מזכירים את פרשת **אקסטרא פלסטיק** (פר"ק (מחוזי ב"ש) 54634-06-12 **אקסטרא פלסטיק בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי** (נבו 30.8.2012)), שבה נכנסה חברה להליכי פירוק לאחר שהוגשה נגדה תובענה ייצוגית; בארצות הברית הוסדר בתקנה FED. R. Civ. P. 23(b)(1)(B) המצב ההפוך, שבו קיים חשש שתביעות אינדיווידואליות מקבילות יובילו לחדלות פירעון, ולכן אפשר לאשר ניהול תובענה ייצוגית.
- 119 בג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות"**, פ"ד נ(1) 19, פס' 17 (1996). בהליכים אזרחיים ראו ת"א (שלום חי) 44579-10-15 **ארזי נ' עיריית טירת הכרמל**, פס' 4 (נבו 25.8.2022).
- 120 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 717–718 (2010); בג"ץ 10296/02 **ארגון המורים בבתי הספר העליסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' שרת החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נט(3) 224 (2004).
- 121 ראו חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 13), התשפ"ד–2024, ס"ח 1430.
- 122 תיקון מס' 13 לחוק הגנת הפרטיות הוסיף אפשרות של פיצויים לדוגמה (שם, בס' 13). לניתוח הממשק בין תובענות ייצוגיות לפיצויים סטטוטוריים ראו ליאור אהרוני ואלון קלמנט "פיצויים סטטוטוריים ותובענות ייצוגיות" **מחקרי משפט** לד 381 (2023). ככלל, בתובענה ייצוגית אי-אפשר לתבוע פיצויים סטטוטוריים אלא בעילות המפורטות בפרט 9 לתוספת השנייה לחוק, הנוגעות להפליית אנשים עם מוגבלות (ס' 20(ה) לחוק).

סיכוייהם נמוכים, בתקווה להתפתחות הדין באופן שיגדיל סיכויים אלה באופן ניכר בפסק דין או בפשרה.¹²³ תופעה דומה יכולה להתעורר גם בעתירות לבג"ץ. כך, למשל, בתחומים שבהם מתקיימת הסדרה ברשויות המקומיות השונות, כגון היטלי פינוי אשפה, הדין משתנה לעיתים תכופות בעקבות תיקוני חקיקה ועתירות קודמות. במצבים כאלה, חלק מהפרטים המושפעים עשויים להעדיף להמתין להתעצבות הדין או להכרעה בעתירה אחרת בנושא קרוב, בטרם הגשת העתירה.¹²⁴

2. נסיבות שבהן פרטים מיוצגים יבחרו לא לפתוח בהליך המשפטי

יש נסיבות שבהן יעדיף פרט לא לפתוח בהליך משפטי, אף על פי שסיכוייו לזכות בסעד המבוקש גבוהים. נסיבות כאלה עשויות להתממש כאשר יש לפרט אינטרס ארוך טווח הקשור ליחסיו עם הנתבע או המשיב, והוא מעדיף לוותר על הסעד לטובת אותו אינטרס, כאשר בין הצדדים להליך יש מערכת יחסים שבמסגרתה יעדיף הפרט לא לפתוח בהליך משפטי או כאשר הוא מעדיף לפתור את המחלוקת במסגרת מנגנון פתרון סכסוכים מחוץ לבית המשפט.¹²⁵ נציג להלן דוגמאות אחדות למקרים אלה:

אינטרס ארוך טווח: יש מקרים שבהם הגם שהתובע יכול להצליח בתיבתו, הוא יעדיף לא לתבוע, משום שיש לו אינטרס ארוך טווח. דוגמה אופיינית היא אינטרס ביציבותו של מקום העבודה כאשר המעסיק מפר זכויות מסוימות של עובדיו עקב קשיים כלכליים, שהוא עתיד להתגבר עליהם. בדוגמה זו ייתכן שהעובדים יהיו מוכנים לוותר על מימוש זכותם כדי לשמור על מקום עבודתם לאורך זמן.¹²⁶ באופן דומה, אדם עשוי להעדיף שלא לתבוע בטענה ליחסי עבודה, אף אם טענה זו עשויה להתקבל, ולהעדיף את מודל התקשרות המקורי, שלפיו לא מתקיימים יחסי עבודה.¹²⁷ העדפה זו יכולה לנבוע ממניעים שונים: שמירה על יחסי אמון, הימנעות מפגיעה ביציבות המעסיק או בעובדים אחרים או שיקולים כלכליים ומיסויים.

דוגמה נוספת היא כאשר הסעד שניתן לכל תובע הוא נמוך, אולם הסעד הכולל גבוה, וחיוב הנתבעת עלול לפגוע בתובעים עצמם. דוגמה לכך היא, למשל, מקרה שבו הנתבעת היא עמותה המחלקת מזון לנזקקים, שהפרה הוראת בטיחות שגרמה נזק קל לכל אחד,

123 כשההתפתחות היא בחוק הניתוח דומה אך תלוי במועד התחולה שנקבע.

124 ראו למשל בג"ץ 5309/18 התאחדות המלונות בישראל נ' משרד הפנים (נבו 6.1.2021); בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (נבו 2.1.2013).

125 בת"צ (מחוזי ת"א) 67187-11-18 רהב נ' דנקנר, פס' 5 ר"ב (נבו 1.5.2019) התייחס בית המשפט לאפשרות שחברי הקבוצה המבקשים לפרוש מהקבוצה הם חברים ובני משפחה של הנתבע.

126 בדוגמה זו ייתכן שהתובע יבחר להגיש את תביעתו מאוחר יותר, עם סיום העסקתו, ראו למשל ע"ע 1182/02 קאזיס – ארייט, פד"ע לח 394 (2002).

127 ת"צ (אזורי ת"א) 35327-08-20 חזנוביץ' – וואלט אנטרפריז ישראל בע"מ, פס' 3 (נבו 30.5.2021).

אך חיובוה בפיצוי או בתיקון עלול לצמצם את היקף פעילותה.¹²⁸ דוגמה נוספת היא חשש מחשיפת מידע אישי, למשל, תובע אשר משתמש בשירות היכריות עשוי להעדיף לשמור על פרטיותו ולא לתבוע את השירות, גם אם זה הפר חובה מסוימת כלפיו.¹²⁹ בעתירה לבג"ץ, אינטרס ארוך טווח יכול לבוא לידי ביטוי במצבים שבהם קבלת הסעד עלולה לפגוע באפשרות ליהנות מהשירות הציבורי לאורך זמן. דוגמה לכך היא, למשל, עתירה שעוסקת בהגבלת מספרם של הנוסעים העומדים בתחבורה הציבורית, העלולה לפגוע בנגישות לשירות התחבורה: חלק מהנוסעים בקווים עירוניים עמוסים, או בקווים שתדירותם נמוכה, עשויים להעדיף שלא להגביל את מספר הנוסעים העומדים כדי שלא לפגוע בהיצע האוטובוסים העומדים לרשותם.¹³⁰

מערכת יחסים בין התובע לנתבע: יש מקרים שבהם גם כאשר הנתבע עוול כלפי התובע, הלה אינו מעוניין לתבוע אותו. הדברים מוכרים כאשר עוולות נעשות בין בני משפחה, אשר אינם מעוניינים לתבוע האחד את האחר או כאשר יש ביניהם קשרי חברות.¹³¹ מצב דברים דומה עשוי להתקיים גם בהקשרים שבהם יש ריבוי תובעים. כך, למשל, ייתכן שבני קהילה דתית לא ירצו לתבוע את מוסדות הקהילה, כדי לא לפגוע בשמה הטוב של הקהילה או משום שאינם רוצים להתייצב משני צידי המתרס בהליך משפטי.¹³² כדוגמה נוספת, ייתכן שאוהדי קבוצת ספורט יימנעו מלתבוע את הקבוצה, גם כאשר זו לא קיימה הבטחה מסוימת כלפיהם, משום שהם רואים את הקשר בינם לבין הקבוצה כקשר חברי ואף משפחתי, שבו לא תובעים בבתי משפט.

העדפה למנגנונים חלופיים לפתרון סכסוכים: גם כאשר התובע מעוניין בסעד מהנתבע, הוא עשוי להעדיף מצב שבו פתרון המחלוקת ביניהם לא ייעשה בבית המשפט אלא באמצעות מנגנונים חלופיים, כגון גישור או בוררות. להעדפה כזו יכולות להיות סיבות מגוונות, למשל: מומחיות הגורם המכריע בסכסוך, שאיפה לפתרון החורג מהמסגרת המשפטית או הגנה על מידע שייחשף לציבור בהליך משפטי.¹³³ דוגמאות השייכות לקטגוריות הקודמות יכולות למצוא את מקומן גם בקטגוריה זו, למשל בסכסוך בין מעסיק לעובדיו, בין מוסד דתי למאמינים המשתייכים אליו או בין קבוצת ספורט לאוהדיה. דוגמה נוספת עשויה להיות סכסוך בין מפעל לתושבי עיר שבו הוא פועל, ביחס לתנאי פעולתו ולאופן שבו הוא מעסיק את תושבי המקום. סכסוכים כגון אלו הם, במקרים

Assaf Jacob, Alon Klement & Yuval Procaccia, *In-Kind Transfers and the Law of Torts*, 47 J. LEGAL STUD. 181 (2018) 128

In Re Ashley Madison Customer Data Sec. Breach Litig., No. 4:15-MD-02669-JAR (E.D. Mo. Apr. 29, 2016); ת"צ (מחוזי מר') 16319-09-15 **פלוגי אלמוני נ' Avid Life Media Inc.** (נבו 9.10.2016). 129

בג"ץ 1527/06 **התנועה להגיינות שלטונית נ' משרד התחבורה** (נבו 9.6.2009). 130
עניין **דנקור**, לעיל ה"ש 125, בפס' 10. 131

אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה" **מעשי משפט** ג 123, 131–135 (2010). 132

מנשה כהן "יישוב סכסוכים לאור תקנות סדר הדין האזרחי החדשות" **קריית המשפט** יב 101, 117–112 (2024). 133

רבים, סכסוכים פוליציטריים,¹³⁴ שאינם מתמקדים בעילה אחת או במסגרת משפטית צרה ופתרונם יכול להיעשות טוב יותר מחוץ לבית המשפט.¹³⁵

התנגדות ערכית או מוסרית להליך, למייצג או לדרך הפעולה שלו: בהליכים ייצוגיים, שבהם זכויותיהם של יחידים מוכרעות באופן קולקטיבי, עשוי לחול מצב שבו אחדים מהפרטים הנכללים בהליך אינם מסכימים עם הדרך שבה האינטרסים שלהם מיוצגים בהליך המשפטי.¹³⁶ חוסר הסכמה זה עשוי לנבוע ממחלוקת על עצם השימוש בכלי הייצוגי, על עיתוי ההליך, על האסטרטגיה המשפטית או על סוג הסעד המבוקש. כך למשל, בתובענה ייצוגית בעניינים צרכניים חברי קבוצה יכולים להתנגד לתובענה בטענה שלא נגרם להם נזק אישי ומתוך התנגדות עקרונית לשימוש בתובענות ייצוגיות נגד חברות שהם לקוחותיהן.¹³⁷ באופן דומה, בעתירה שעניינה מתווה ההפגנות ברחוב המגורים של בעל תפקיד עשויים חלק מהשכנים להסכים עם קיומן של ההפגנות מול ביתו של בעל התפקיד, למרות המטרד שהפגנות כאלה גורמות להם.¹³⁸ גם בעתירות שעניינן הסדרי פונדקאות לבני זוג מאותו מין¹³⁹ ייתכנו פרטים המשתייכים לקבוצה אך מתנגדים להליכי פונדקאות משיקולים אידאולוגיים או חברתיים. פרטים אלה, אף שהם חלק מהקבוצה שהעתירה עשויה להשפיע עליה, עשויים להעדיף שלא תוגש עתירה כלל או לא תוגש בשמם.

הדוגמאות שהובאו לעיל נועדו להראות שייתכנו מקרים שבהם לפרטים המושפעים מהליכים ייצוגיים עשוי להיות אינטרס להימנע מניהול ההליך או לעכבו, בעוד לפרטים אחרים יש אינטרס בניהולו של ההליך. הן מדגימות את המתח שבין מימוש זכות הגישה של חלק מהפרטים לבין זכותם של פרטים אחרים לא לתבוע. כפי שיוסבר להלן, בהליכים ייצוגיים הפגיעה בזכות לא לתבוע נובעת ממבנה ההליך עצמו, ולכן מתחדד הצורך לבחון את האופן שבו נשקלות לפני בית המשפט גם עמדותיהם של אלה שאינם מעוניינים בניהול ההליך או בעיתורו.

3. כיצד עקרון הייצוג פוגע בזכות לא לתבוע

כאמור, בהליך הייצוגי עקרון הייצוג מחליף את השתתפותם של המיוצגים בהליך. השימוש בייצוג במקום השתתפות מקטין את עלויות ההליך ונותן מענה לבעיות הנובעות משווי נמוך לתביעות המיוצגות, מהיעדר גורם בעל פגיעה אישית, מפערי מידע בין

Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 394–404 (1978).

135 "צירוף צדדים", לעיל ה"ש 33, בעמ' 223–225.

136 השווה ל"סוגיות אתיות", לעיל ה"ש 104; *Class Conflicts*, לעיל ה"ש 104.

137 *In re Cuisinart Food Processor Antitrust Litig.*, No. M.D.L. 447, 1983 U.S. Dist. –635 (D. Conn. Oct. 24, 1983); *Williams*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 635–636.

138 בג"ץ אלימלך, לעיל ה"ש 77.

139 בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו–1996 (נבו 27.2.2020).

התובעים לנתבע או בין העותרים למשיבים ומבעיות פעולה משותפת בהגשת התובענות ובניהולן. הייצוג מאפשר לרכז תובענות רבות במקום שבו השתתפות של כל אחד מהמיוצגים הייתה הופכת את ניהולן לבלתי מעשי. ואולם, מנגנון הייצוג בהליך הייצוגי עלול לפגוע בזכותם של תובעים לקבוע את מועד התביעה או להביא להגשתן של תביעות בניגוד לרצונם של המיוצגים בהן. הדבר נובע משילובם של שני גורמים: ראשית, עצם הגשתו של הליך ייצוגי עלולה להשליך על זכויותיו של פרט שמעוניין לעכב את תביעתו האישית או להימנע ממנה, גם אם יצא מהתביעה; שנית, ההסתמכות על מנגנון הייצוג כרוכה בטבורה בפער האינטרסים בין המייצג לבין המיוצג, באופן שמתבטא בבעיה המוכרת כ"בעיית הנציג".¹⁴⁰ פער זה עלול להביא לתביעות מוקדמות מדי, או כאלה שאינן רצויות לאיש מחברי הקבוצה.

(א) השפעת הייצוג על הזכות לא לתבוע

כפי שהוצג לעיל, יש מצבים מגוונים שבהם יעדיף אדם לעכב את תביעתו או שלא להגיש אותה כלל. בהליכים פרטניים, ההחלטה אם ומתי לתבוע נותרת בשליטתו המלאה של התובע. לעומת זאת, ההליך הייצוגי מפקיע ממנו שליטה זו: הוא יוצר מסגרת עובדתית ומשפטית שמשנה את מצבו של אדם גם אם היה בוחר שלא להגיש את ההליך או להגישו במועד מאוחר יותר.

אומנם בתובענה ייצוגית הדין מאפשר, במקרים מסוימים, לחבר קבוצה לפרוש מהקבוצה המיוצגת, ובכך לכאורה לממש את זכותו לא לתבוע, אולם, כפי שיוסבר להלן, גם כאשר האפשרות לפרוש קיימת ואף ממומשת בפועל, אין בכך כדי למנוע פגיעה באינטרסים של הפרט הנובעת מעצם קיומו של ההליך הייצוגי. עקב כך, אף אם הזכות לא לתבוע ניתנת למימוש באופן אינדיוידואלי, הפגיעה בתועלת מממוש עלולה להיות קשה.¹⁴¹

פרק זה מסביר את הסיבה לכך שעצם הגשת ההליך הייצוגי מעצימה את הפגיעה בזכות לא לתבוע ומשפיעה על אינטרסים של חברי הקבוצה, זאת הן כאשר לא ניתנה להם כלל אפשרות פרישה, והן כאשר ניתנה להם אפשרות כזו, בין אם מימשו אותה ובין אם לאו.

פגיעות הנובעות מעצם ההגשה ועיתוי ההליך: כאמור, הגשת התביעה בעיתוי מוקדם מדי עלולה לפגוע בזכויות ובאינטרסים של פרטים מיוצגים. הפגיעה יכולה להיות בחלק מהפרטים או בכולם. היא עלולה להתממש בפסק דין שיינתן, או בפשרה, המושפעת מהמצב העובדתי הקיים ועשויה להביא לתוצאות מוצלחות פחות מאלו שהיו מתקבלות אילו הוגשה התביעה מאוחר יותר. הפגיעה האמורה עלולה להשפיע גם על פרט שפרש

140 אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" משפטים לד' 301, 324–329 (2004); "נטרול יתרונות הנתבע", לעיל ה"ש 48, בעמ' 391.

141 שאלות דומות עשויות להתעורר בסוגים נוספים של הליכים שבהם תוצאות ההליך יכולות להשפיע על אינטרסים של אלה שאינם צד להליך, למשל בהליכים שנקבעים בהם תקדימים משפטיים. ואולם, ככל שהפגיעה בזכות לא לתבוע רחוקה יותר, כך נחלשת ההצדקה למתן פתרון בהליך שיוצר פגיעה כזו.

מהקבוצה המיוצגת ולכאורה אינו מחויב בתוצאות ההליך הייצוגי, מאחר שתוצאות התביעה, בין אם הן בפסק דין או בפשרה, עלולות לקבוע נורמות או ממצאים שיפטיים שישפיעו על יכולתו המעשית של הפרט שפרש מהקבוצה להגיש תביעה עתידית. ההליך הייצוגי המוקדם עשוי להכתיב את המסגרת הנורמטיבית שבתוכה תידון התביעה עתידית ובכך להשפיע על זכויותיו.

פגיעות הנובעות מההשפעה הכלכלית והחברתית של ההליכים: ההליכים הייצוגיים מאופיינים בכך שהם בעלי השלכות רחב – התובענה הייצוגית מאגדת קבוצה גדולה של תובעים, כך שגם אם מדובר בנזקים קטנים יחסית ההשפעה על הנתבע עשויה להיות גדולה; בעתירות לבג"ץ נדונות סוגיות שהשלכותיהן חורגות מעניינם הישיר של העותרים. כתוצאה ממאפיין זה, ניהולם של ההליכים הייצוגיים משפיע על הפרט הן כאשר הוא חלק מהפרטים המיוצגים והן כאשר פרש מההליך. כך, במקרים שבהם לפרט יש עניין בשמירה על יציבות הנתבע, למשל כאשר מדובר במעסיק, מוסד קהילתי או עמותה, עצם הגשת ההליך עלולה לערער את היציבות של הנתבע או המשיב. הפגיעה תתרחש גם אם יבחר הפרט לפרוש מהקבוצה, משום שהתובענה תמשיך להתנהל גם בלעדיו. ככל שמספר התובעים גדול יותר, ההשפעה על הנתבע תהיה גדולה יותר, ולכן ההעדפה שהתביעה לא תוגש כלל, או תידחה, משמעותית יותר.

פגיעות הנובעות מעידוד אינטרסים שהפרט אינו מזדהה עימם: בהליך אינדיווידואלי אדם יכול לבחור שלא לתבוע כדי לא לעודד ערכים או עמדות שהוא מתנגד להם. בהליך ייצוגי לא תוביל הפרישה מהקבוצה להפסקת ההליך שמעודד את אותם אינטרסים, למשל בעתירות שבהן יש פרטים המשתייכים לקבוצה אך מתנגדים לסעד המבוקש משקיולים אידאולוגיים או חברתיים. שם, גם אם אין תחולה פורמלית של מעשה בית דין, התוצאה המשפטית של ההליך תחול על הכלל ותעצב את המציאות גם עבור פרט שאילו ניתנה בידו שליטה מלאה בעיתוי או בעצם ניהול ההליך, היה בוחר שלא לפנות לערכאות.

פגיעות הנובעות מהיעדר שליטה או השתתפות: ההליך הייצוגי מתבסס על עקרון הייצוג במקום השתתפות ישירה, ולכן הוא שולל מהפרט שליטה באופי ההליך ובדרכים לפתרון הסכסוך. פגיעה זו מתחדדת במקרים שבהם היה הפרט מעדיף לפתור את הסכסוך בדרכים חלופיות – גישור, בוררות או הידברות ישירה. משהחל ההליך הייצוגי, מרחב ההידברות מצטמצם: הנתבע או הרשות יעדיפו להתמקד בהגנה המשפטית במסגרת ההליך הייצוגי, והאפשרות להליכים חלופיים תפחת. גם כאשר אדם מעוניין שהסכסוך ייפתר מחוץ לכותלי בית המשפט, היכולת הזו נשללת ממנו משום שההליך כבר נפתח ונמצא בשליטת נציגים שלא בהכרח יבחרו בדרכים חלופיות.

לצד ההשפעות שתוארו לעיל, ההליך הייצוגי עלול לחסום תביעה אינדיווידואלית מאוחרת, מכוח השפעתו על מרוץ תקופת ההתיישנות. במקרים שבהם לא היו חברי הקבוצה מודעים לנזקם (ולא היו צריכים להיות מודעים לו), הגשת תובענה ייצוגית עלולה להביא לתחילת מרוץ ההתיישנות גם ביחס אליהם.¹⁴² במצב כזה, אדם שיבחר

142 ישראל גלעד "התיישנות בנזיקין ומחלות סמויות" משפטים יד 500 (1985) דן במחלות סמויות המתגלות זמן רב לאחר היווצרותן, ובוחר אותן מנקודת המבט של דיני ההתיישנות.

לפרוש מהקבוצה, בשלב מאוחר למועד הגשתה של בקשת האישור, עלול למצוא את עצמו מוגבל בזמן להגשת תביעתו בשל כללי ההתיישנות.¹⁴³ ההשפעות שתוארו לעיל מלמדות על הפגיעה בזכות לא לתבוע בהליכים ייצוגיים. גם כאשר הדין מאפשר לחבר קבוצה לפרוש מההליך, הפגיעה נותרת בעינה. מנגנון הפרישה משמש במקרים אלו כלי פורמלי בלבד, שאינו משנה את ההשפעות המעשיות של קיום ההליך על מצבו של הפרט ועל יכולתו לממש את זכותו לא לפנות לערכאות. פתרון המתמקד בזכות לצאת מהקבוצה כדרך לשמירה על הזכות לא לתבוע¹⁴⁴ עלול לפיכך לתת מענה לא מספק לבעיה. במקרים שהוצגו לעיל, פגיעה בזכות לא לתבוע אשר נובעת מעצם המבנה הייצוגי ומהשלכותיו הנורמטיביות והמעשיות אינה ניתנת לריפוי באמצעות פרישה מהקבוצה, גם אם זו אפשרית וממומשת בפועל.

(ב) בעיית הנציג והתביעה המוקדמת

ההליך הייצוגי מונע על ידי המייצג. בתובענה הייצוגית אלה הם התובע המייצג ועורך הדין המייצג. בעתירה לבג"ץ זהו העותר הציבורי או הפרטי בצד העותרים.¹⁴⁵ המייצגים הללו מונעים מכוח אינטרסים שאינם חופפים במלואם את האינטרסים של הפרטים המיוצגים. התובע המייצג ועורך הדין מונעים מרצונם להרוויח גמול ושכר טרחה, הנגזרים מתוצאות ההליך;¹⁴⁶ העותר מונע מרצונו להביא לשינוי שיבטא תפיסות יסוד שלו ביחס להתנהלות הראויה, שאינן חופפות בהכרח את מכלול האינטרסים של הקבוצה. בשני סוגי ההליכים הייצוגיים האינטרס של המייצג מוגבל למסגרת המוגדרת בהליך המשפטי ולאינטרס העצמאי בניהול ההליך ובייצוג. במקרים רבים אינטרס זה אינו יכול לחכות למועד מאוחר, והמייצג מעוניין לממשו בהווה. יתרה מכך, בהליכים הייצוגיים קיימת תחרות על הייצוג בין מייצגים פוטנציאליים, והזוכה, ככלל, הוא זה שפעל ראשון.¹⁴⁷ כל אלה מביאים לכך שלמייצג יש אינטרס להגיש את התביעה או העתירה

143 השאלה אם הגשת התובענה הייצוגית מביאה לתחילת מרוץ ההתיישנות ביחס לחברי קבוצה שלא היו מודעים לנזקם באותה עת, בהתבסס על כך שזנזם הובא לכאורה לידיעתם בעקבות הגשת התובענה הייצוגית, היא מורכבת והדיון בה חורג ממסגרת המאמר. להסדרי ההתיישנות בתובענות ייצוגיות ראו ס' 15 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 וס' 26(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.

144 Williams, לעיל ה"ש 38 Grant, לעיל ה"ש 43.

145 כפי שצינו בפרק 2.2, בעתירות לבג"ץ ייצוג אינטרסים יכול לבוא לידי ביטוי גם בצד המשיבים על ידי רשויות המדינה.

146 "פרספקטיבה אמפירית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 718.

147 על כללי ההכרעה בין תובענות ייצוגיות מתחרות ראו ס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות. לניתוח האופן שבו כללי הכרעה אלה עלולים ליצור מרוץ להגשת התביעה ראו אסף אקשטיין, נועם זמיר וגל קלנר "כללי ההכרעה בין תובענות ייצוגיות או תביעות נגזרות מתחרות" **משפט ועסקים** כט 301, 308-309 (2024). לניתוח בעיה דומה בעתירות לבג"ץ ראו עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 87, בפס' 14-18 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן, והשוו לפס' 7 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) סולברג.

מוקדם ככל שאפשר, אף אם הדבר עומד בניגוד לאינטרס של חלק מהמיוצגים או של כולם.¹⁴⁸

בית המשפט, אשר אמור לפקח על הייצוג, יכול לעשות זאת כאשר הדברים נוגעים לנאמנות הייצוג למטרות הקבוצה, לדין ולדרישות המקצועיות הנדרשות. בית המשפט אינו יכול לעמוד על אינטרסים שחורגים מההליך כפי שהוגש ושנוגעים לעיתוי ההגשה או לעצם הגשת התביעה, כאשר אלה אינם ידועים לו. מאחר שההליך הייצוגי מגביל את השתתפותם של הפרטים, ומסתמך על נציגיהם, אין לבית המשפט דרך לעמוד על אותם אינטרסים. חוסר הידיעה שלו, וכתוצאה מכך ההגבלה ביכולתו להגן על המיוצגים שאינם משתתפים, נובע מכך שהשתתפותם מוגבלת.

4. השפעה על מטרותיה התוצאתיות של זכות הגישה

החלפת זכות ההשתתפות בהליך הייצוגי בייצוג כפוי של חברי הקבוצה עלולה לפגוע בזכויותיהם של התובעים המיוצגים לקבוע את העיתוי של התביעה שתוגש בשמם, לרבות זכותם שלא להגישה כלל. בניגוד לפגיעה המוכרת במטרות ההליכיות של זכות הגישה בהליך הייצוגי, הפגיעה הנדונה כאן משפיעה על תוצאות ההליך, ולפיכך פוגעת במטרות שלשמן עוצב ההליך הייצוגי.

הגשת התביעה במועד מוקדם מדי עשויה לפגוע בסיכוייה ובשווייה. דחייה בהגשת התביעה או העתירה עשויה להגדיל את הסיכוי שהיא תתקבל ואת הסעד שיינתן. המטרה התוצאתית של זכות הגישה עלולה אפוא להיפגע עקב ההגשה המוקדמת. הפגיעה אינה רק בתוצאות ההליך בדיעבד, אלא גם בהשפעה ההרתעתית על התנהגותם של נתבעים מראש. בחלק מהמקרים שבהם התביעה מוגשת טרם זמנה, החבות הצפויה לנתבע נמוכה יותר בתביעה שהוגשה, בהשוואה לחבות שצפויה לו אם תוגש התביעה במועד מאוחר יותר.¹⁴⁹ דוגמה מובהקת לכך היא מקרה שבו הדין או המחקר מתקדמים בכיוון שברור שהוא לטובת התובעים, אולם התפתחות זו עדיין לא הושלמה במועד הגשת התביעה. כך גם במקרים שבהם התשתית הראייתית לתביעה אינה מבוססת דיה במועד שבו הוגשה.¹⁵⁰ כך, הפגיעה בזכות לא לתבוע עלולה לערער את ההצדקה בבסיס ההליך הייצוגי. מטרות תוצאתיות כמו סעד, הרתעה ואכיפת הדין נשענות על ההנחה שההליך הייצוגי משרת את טובתם של הנפגעים, גם אם הדבר כרוך בצמצום מסוים בזכויותיהם ההליכיות. ואולם, כאשר ההליך נכפה על אדם שאינו מעוניין בו, הנחה זו אינה מתקיימת. הליך ששולל מהפרטים את האפשרות לממש את זכותם באופן מיטבי בעתיד, אינו יכול להיות מוצדק בכך שהוא מאפשר סעד, הרתעה ואכיפה בהווה.

¹⁴⁸ בתובענות ייצוגיות, ראו למשל רע"א 4253/14 חלפון נ' שמן משאבי גז ונפט בע"מ (נבו) 29.12.2014; לביקורת על ההלכה המעניקה קדימות לעותר הראשון בעתירות ציבוריות ראו אהרונסון, לעיל ה"ש 87, בפס' 3.

¹⁴⁹ ואולם, כשיש חשש מקריסת הנתבעת לצורך קבלת הפיצוי, מוטב יהיה להקדים ולהגיש את התביעה גם אם לא התגבשה החבות בכללותה.

¹⁵⁰ ראו בפרק ד.1 לעיל.

אכיפת הדין עלולה להיפגע גם במקרים שבהם המיוצגים היו בוחרים שלא להגיש את התביעה או לנהל את הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט. כך יקרה כאשר היכולת להשפיע על התנהגות הנתבע באמצעות הכלים הקיימים מחוץ להליך המשפטי אפקטיבית יותר. למשל, כאשר לצדדים יש אינטרס הדדי בשיתוף פעולה, אינטרס זה עשוי להביא את הנתבע להתנהלות שתהיה טובה יותר מזו שעשויה להיכפות עליו בהליך המשפטי. בדומה, ייתכן שפתרון כולל של המחלוקת בין הצדדים, מחוץ לכותלי בית המשפט, במישורים שחלקם חורגים מהמישור המשפטי הצר, יהיה יעיל ואפקטיבי יותר מזה שאפשר להעניקו בהליך המשפטי. פגיעה במטרות אלו של הצדדים, שחורגות מהמסגרת הצרה של זכויות וחובות משפטיות, מסכלת את מטרותיו התוצאתיות של ההליך.

בכל המקרים הללו דילול הזכויות ההליכיות, ובראשן זכות ההשתתפות, מביא לפגיעה באופן שבו ההליך הייצוגי מיישם את מטרותיו התוצאתיות, זאת בניגוד לתפיסה המנחה, שלפיה צמצום זכות ההשתתפות של הפרטים הכרחית להשגת המטרות התוצאתיות. יתרה מכך, הפגיעה בזכות לא לתבוע הופכת את התובענה הייצוגית או את העתירה לבג"ץ ממכשיר שמטרתו מתן סעד במקרים שבהם הדבר אינו מתאפשר בדרך אחרת, למכשיר אשר כובל פרטים שאינם מעוניינים בו או בתוצאותיו. במצבים כאלו הלגיטימיות של ההליך בעיני הפרט עלולה להיפגע.

עם זאת, חשוב להדגיש כי הטענה בדבר פגיעה בזכות לא לתבוע אינה מניחה שביורר ההליך והכרעה בו אינם רצויים כאשר יש כאלה שזכויותיהם נפגעות מקיומו. הטענה היא שיש לאפשר לאלה שזכויותיהם נפגעות להשמיע את נימוקיהם, ועל בית המשפט להכריע בהם. כך, למשל, בעתירות הנוגעות לסוגיות ציבוריות ועקרוניות, משקלן של עמדות סותרות עשוי להיחלש אל מול האינטרס הציבורי שבהכרעה. עם זאת, אין משמעות הדבר שאין מקום לטענות בקשר לזכות לא לתבוע או לעיתוי ההגשה.¹⁵¹ הטענה המוצעת כאן היא שגם במקרים כאלה על בית המשפט לשקול את עמדותיהם של אלה שאינם מעוניינים בהליך או בעיתויו, אף אם בסופו של יום יבחר לדחות אותן.

ה. הצעות ראשוניות לפתרון

כדי שההליכים הייצוגיים ישרתו את המטרה התוצאתית של זכות הגישה במלואה, יש לתת מענה לפגיעה בזכות לא לתבוע. לכאורה, מנגנון *opt out* – האפשרות שניתנת לחבר קבוצה להוציא את עצמו מהקבוצה המיוצגת – נועד לפתור זאת.¹⁵² חבר קבוצה שפרש רשאי להגיש תביעה אינדיוידואלית או לבחור לא לתבוע כלל, ובכך לשמר את שליטתו במימוש הזכות, אם בכלל.¹⁵³

¹⁵¹ מטעם זה, אף שהצגנו שני סוגים של עתירות – עתירות פרטיות ועתירות ציבוריות – הדוגמאות יתמקדו בסוג הראשון.

¹⁵² Williams, לעיל ה"ש 38, בעמ' 638–643 התמקד ביציאה מהקבוצה כפתרון.

¹⁵³ לדוגמה למקרה שבו הדיון בתובענה הייצוגית משהה את הדיון בתביעה האישית, ראו ת"א (כלכלית ת"א) 58016-12-14 פולק נ' קבוצת א. דורי בע"מ (נבו 9.12.2015).

ואולם, כפי שהוסבר לעיל, פתרון זה חלקי בלבד. ראשית, הוא קיים רק בתובענה הייצוגית ואינו מתקיים בעתירה לבג"ץ. שנית, מימוש הזכות תלוי בידעתם של חברי הקבוצה על עצם קיומו של ההליך, ידיעה שלעיתים קרובות אינה קיימת. שלישית, האפשרות לצאת מהקבוצה מוגבלת למועדים מצומצמים, לרוב לאחר שלב האישור או הפשרה, כך שבמקרים כבד לא נותרת תועלת מעשית בפרישה. רביעית, כשהתביעה בעלת ערך נטו שלילי, אין לפרט תמריץ ריאלי לעזוב את הקבוצה,¹⁵⁴ אך אילו פרשו רבים, ייתכן שתביעה קולקטיבית מאוחרת יותר הייתה יכולה לשרת את עניינם טוב יותר.¹⁵⁵ לבסוף, כפי שהוסבר בסעיף הקודם, ניהולו של ההליך הייצוגי עלול להשפיע, דה פקטו, על זכויותיהם של כלל התובעים, גם אם פרשו מהתביעה. אם כן, הזכות לצאת מן הקבוצה המיוצגת, על אף חשיבותה, אינה מעניקה מענה מספק למתח בין זכות הגישה במובנה התוצאתי לבין הזכות של הפרט לא לתבוע. על רקע מגבלות אלו, הפתרון הראוי עשוי להימצא דווקא בחיזוק המנגנונים של ההשתתפות והייצוג.¹⁵⁶

לשם כך יש חשיבות עליונה לשיפורם של מנגנוני היידוע. היידוע בהליכים ייצוגיים צריך לשאוף להיות הטוב ביותר שאפשרי בנסיבות, ולא כזה העומד בסטנדרט מינימלי.¹⁵⁷ בעיקר, יש לבחון דרכים שבהן יגיע המידע במועד למייצגים פוטנציאליים של בעלי האינטרס הבלתי מיוצגים. אפשר לשלב כלים של פרסום דיגיטלי, שימוש ברשתות חברתיות, פנייה יזומה לארגונים או גופים רלוונטיים או יצירת ערוצים מוסדיים להבאת המידע לציבור.¹⁵⁸ יש חשיבות לעצם הידיעה כדי לאפשר לפרטים או גופים לבקש להתייצב בהליך ולטעון בשם אינטרסים וזכויות המנוגדים לאלה המיוצגים בהליך, אף אם לא כל אחד מהמיוצגים יוכל להשתתף.

יש לעודד הרחבה זהירה של מעגל הייצוג בהליך. אפשר לשקול השתתפות מוסדית של גופים הפועלים בשם אינטרסים מובחנים – ארגוני עובדים, עמותות או גופים ציבוריים – כדרך להביא לפני בית המשפט קולות מגוונים בתוך הקבוצה המיוצגת. מודל

154 "התדיינות אגרגטיבית", לעיל ה"ש 47, בעמ' 168–169.

155 לצד מגבלות אלו יש לבחון מעבר למודל הצטרפות (opt in) שבו רק זה שבחר להצטרף ייכלל בקבוצה ("קווים מנחים", לעיל ה"ש 48, בעמ' 135). אף שמודל זה עשוי, לכאורה, להגן טוב יותר על הזכות לא לתבוע, הוא אינו הפתרון המיטבי. בשל בעיית הפעולה המשותפת (collective action problem) כשהנזק האישי קטן או כשיש פערי מידע, יביא המודל לכך שתביעות רבות לא תוגשנה; על בעיית הפעולה המשותפת ראו "נטרול יתרונות הנתבע", לעיל ה"ש 48, בעמ' 403–404.

156 Cabraser & Issacharoff, לעיל ה"ש 59, בעמ' 852–854, הדגישו את החשיבות של השתתפות שמתאפשרת בזכות האינטרנט וההתפתחות הטכנולוגית.

157 בדומה לגישה בארצות הברית – "The best notice practicable under the circumstances". ראו לעיל, ה"ש 51.

158 ראו Cabraser & Issacharoff, לעיל ה"ש 59, בעמ' 854.

זה אינו מאפשר השתתפות אינדיווידואלית של כלל החברים בקבוצה, אך הוא מאפשר ביטוי להבדלי אינטרסים בתוך הקולקטיב ולחזיון ההיבט ההליכי של הזכות.¹⁵⁹ בתובענה ייצוגית אפשר להציע מענה מסוים דרך סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות, שקובע את האפשרות של חבר קבוצה להשתתף בהליך, אף בשלב של בקשת האישור.¹⁶⁰ סעיף זה מאפשר לבית המשפט להורות שחבר קבוצה, רשות ציבורית או ארגון למען מטרות ציבוריות יצטרף וישתתף בדיונים כמעין "ידיד בית המשפט".¹⁶¹ אפשר לפרש את סעיף 15 כבסיס דיוני המאפשר לכל אחד מהם לטעון כי עצם ניהול התובענה הייצוגית בכלל, או במועד שבו הוגשה, פוגע בזכותו הדיונית אף אם יבקש לצאת מהקבוצה. על פי פסיקת בית המשפט העליון, יש שלושה מבחנים עיקריים לצירוף ארגון לדיונים בהליך הייצוגי בהתאם לסעיף 15: זיקה ממשית לתובענה, תרומה צפויה להליך והגנה על עניינם של חברי הקבוצה.¹⁶² לעומתנו, ראוי לפרש את ההוראה הקיימת באופן מרחיב כך שתשמש אפיק להעלות טענה עקרונית בדבר הפגיעה בזכות לא לתבוע או בדבר העיתוי של הגשת התובענה. בפרט, יש לאפשר זאת גם כאשר הטענה עולה בשמם של חלק מחברי הקבוצה, בניגוד לעמדתם של חברי קבוצה אחרים. כך יוכל סעיף 15 לשמש כלי לאיזון בין יעילות ההליך לבין ההגנה על זכותו של הפרט לא לתבוע, ולהעניק לבית המשפט בסיס לשקול אם המשך ניהול ההליך במתכונתו הנוכחית אכן משרת את טובת הקבוצה.

בעתירות לבג"ץ, שבהן אין מנגנון פורמלי להשתתפות של הפרטים המושפעים, אפשר להציע לצרף את נציגי הפרטים הרלוונטיים, בין כעותרים נוספים ובין כמשיבים; לחלופין אפשר להרחיב את השימוש במוסד ידיד בית המשפט, אשר ממילא נעשה בו שימוש בבג"ץ במקרים המתאימים, כאמצעי דיוני להשמעת עמדותיהם של גופים או יחידים המושפעים מההליך, ובפרט לצורך העלאת טענות נגד עצם ניהולה של העתירה בכלל או בעת הנוכחית.

כאמור לעיל,¹⁶³ חרף המגמה המצמצמת הננקטת כשמדובר בצירוף צדדים רחוקים או לצורך חיזוק עמדות, הכיר בג"ץ בחשיבות של ייצוג עמדות של מושפעים מהעתירה בבג"ץ בעתירות רלוונטיות.¹⁶⁴ צירוף כצד להליך, בין כעותר ובין כמשיב, מעניק מעמד דיוני רחב: הוא מאפשר שליטה בניהול ההליך, בטיעון המשפטי, בסעד המבוקש ובהגשת בקשות דיוניות. הצירוף עשוי אפוא לשמש כלי משמעותי להבטחת ייצוג אינטרסים מובחנים של מושפעים, ובפרט אינטרסים של פרטים המתנגדים לעצם ניהול

159 מאחר שתתיקבוצות רבות מדי עשויות להחמיץ את המטרה, יש להתמקד בקבוצות המשמעותיות מבחינת גודלן או ייחודיותן (ראו Cabraser & Issacharoff, לעיל ה"ש 59, בעמ' 862).

160 ס' 15(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

161 לדיון בצירוף מעין "ידיד בית המשפט" בתובענות ייצוגיות בהתאם לס' 15 לחוק, ראו עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 60; ראו גם עניין **דגן**, לעיל ה"ש 60.

162 עניין **אדם טבע ודין**, שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט דנציגר.

163 ראו הדיון בצירוף בפרק 2.2 לעיל.

164 עניין **גיוס חרדים**, לעיל ה"ש 89, בפס' ד לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

העתירה או לעיתויה. הכלי של צירוף פרטים רלוונטיים כצד לעתירה הוא כלי שמצוי בידיו של בג"ץ ומסור לשיקול דעתו,¹⁶⁵ והרחבת השימוש בו, למקרים שבהם נטענת פגיעה הנובעת מעצם הגשת העתירה או מעיתויה, עשויה לאפשר לבית המשפט לשקול אם בירור העתירה במתכונתה הנוכחית אכן משרת את כלל המושפעים ממנה.

לחלופין, אפשר לנקוט בדרך של צירוף ידידי בית המשפט. אומנם הם אינם צד פורמלי להליך, אך אפשר להתיר להם, במקרים מתאימים, להביע עמדות בדבר הפגיעה בזכויות משתתפים פוטנציאליים.¹⁶⁶ העצמתו של מוסד ידיד בית המשפט בהקשר זה יכולה להפוך את העתירה לבג"ץ לכזו המציגה קולות נוספים, לרבות קולם של אלה שאינם רוצים בעתירה. הצעה זו תואמת את ההתפתחות של המוסד מכזה ששימש בעבר להצגת עמדה ניטרלית על ידי צדדים אובייקטיביים בלבד למוסד שמאפשר ייצוג אינטרסים רחבים של קבוצות שונות בחברה,¹⁶⁷ ולצורך העלאת טענות משפטיות או עובדתיות אשר לא הועלו על ידי הצדדים.¹⁶⁸

פתרונות ראשוניים אלו מבקשים להדגים את האופן שבו אפשר, באמצעות מנגנונים דינמיים קיימים, לצמצם את הפגיעה בזכות לא לתבוע. הם מבוססים על עקרון הייצוג ומאפשרים לבית המשפט לשקול שלא לאפשר את ההליך הייצוגי – תובענה ייצוגית או הליך בבג"ץ – משום שהוגש טרם זמנו או משום שהוא פועל בניגוד לאינטרסים של המיוצגים בו.¹⁶⁹ הבסיס לפיתוחם של מנגנונים כאלה הוא הכרה בזכותם של פרטים מיוצגים לא לתבוע.¹⁷⁰

סיכום

המאמר ביקש לחשוף תופעה שלא זכתה עד כה לתשומת לב בעיצובם של הליכים ייצוגיים – הפגיעה בזכותם של פרטים מיוצגים לא לתבוע. זכות זו נגזרת מזכות הגישה לערכאות. כשם שזכות הגישה מאפשרת לאדם לפתוח בהליך משפטי במועד ובאופן

165 עניין **כספי**, לעיל ה"ש 87; דנג"ץ **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 84.

166 ליפשיץ, לעיל ה"ש 79, בעמ' 19.

167 עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 60, בפס' 12; ראו גם ישראל (איסי) דורון ואח' "עשור ל'ידיד בית המשפט': ניתוח אמפירי של החלטות בתי המשפט" **עיוני משפט** לד 667, 686–687 (2011).

168 ת"צ (מחוזי ת"א) 25420-02-24 **התאחדות משרדי הנסיעות ויועצי התיירות בישראל נ' קרמר**, פס' 9 (נבו 25.6.2025).

169 הקושי בפתרונות המוצעים הוא מציאת המיוצגים הרלוונטיים, שאינם רוצים לתבוע, ומתן תמריצים לייצג אותם, שכן אלה החותרים נגד ההליך לא יקבלו דבר ממנו ללא מנגנון מתאים. התמודדות עם קשיים אלו חורגת ממסגרת המאמר, שמטרתו להציג את הבעיה הקיימת, שלא נדונה בספרות בישראל עד עתה.

170 חשוב להדגיש שבהליך הייצוגי על בית המשפט לשקול גם את האינטרסים של הנתבע או המשיב. סילוק ההליך על הסף ללא חסימה של הליכים מאוחרים, ולחלופין עיכוב הבירור שלו, עלולים לפגוע בהם. עקב כך, בהינתן ייצוג של כל האינטרסים והזכויות הרלוונטיים, על בית המשפט להכריע אם להמשיך בהליך.

שיבחר, כך היא משמיעה גם את האפשרות שלא להפעיל זכות זו כלל. המאמר הראה כי בהליכים ייצוגיים, המבוססים על עקרון הייצוג הכפוי ועל דילול זכות ההשתתפות, נגרעת מהפרט לא רק היכולת ליטול חלק בהליך, אלא גם השליטה בהחלטה אם ומתי לתבוע. המאמר הצביע על כך שהאיזון הנערך במשפט הישראלי, בין מימוש המטרות התוצאתיות של ההליכים הייצוגיים לבין ההגנה על זכויותיהם ההליכיות של הפרטים המיוצגים, נוטה במובהק לצמצום ההיבט ההליכי: צמצום זכות ההשתתפות שלהם. בהליכים הייצוגיים חובת ההמצאה מוחלפת בפרסום כללי, והאפשרויות להשתתפות פעילה או עזיבה של הקבוצה מוגבלות מאוד. אל מול צמצום זה בפן ההליכי של זכות הגישה, המגבלות שיוצרים ההליכים הייצוגיים על פנייה נוספת לבית המשפט כמעט מוחלטות. התוצאה היא שיחידים כבולים לתוצאות הליך שלא בחרו להשתתף בו, גם מבלי שידעו על קיומו או על השלכותיו.

המאמר טען שצמצום האפשרות לממש את הזכות לא לתבוע פוגע במטרות התוצאתיות של ההליכים הייצוגיים. הליך ייצוגי המוגש מוקדם מדי, או בניגוד להעדפתם של חלק מהפרטים המיוצגים, עלול להקטין את שווייה של הזכות המהותית שביסוד ההליך ובכך לפגוע במטרותיו התוצאתיות שלשם מימושן עוצב – פיצוי, הרתעה ואכיפה. באופן פרדוקסלי, ההליך שנועד לחזק את זכות הגישה לערכאות עלול לפגוע במימוש אותה זכות.

המאמר הציע לבחון מחדש את מנגנוני היידוע, ההשתתפות והייצוג בהליכים הייצוגיים; לצד האפשרות לפרוש מהקבוצה יש להרחיב את הכלים להשמעת קולם של המיוצגים גם כאשר הם טוענים כנגד ההליך או לדחיית עיתויו. ההכרה בזכות לא לתבוע אינה שוללת את נחיצותם של ההליכים הייצוגיים. היא מבקשת לחשוף את מורכבותם ומראה כי ההליכים הייצוגיים, שנועדו לממש מטרות תוצאתיות, עלולים לפגוע במטרות אלה אם לא יתייחסו למורכבות הייצוג ולריבוי האינטרסים המיוצגים, לרבות לזכות לא לתבוע כלל.