

התדיינות אגרגטיבית – מודל אלטרנטיבי בהליך האזרחי

אלון קלמנט*

מאמר זה בוחן את השימוש במנגנוני התדיינות אגרגטיביים, הכוללים צירוף צדדים וצירוף תביעות, כמענה לפתרון סכסוכים אשר מעלים שאלות משותפות של עובדה או משפט. המאמר סוקר את הדרכים שבהן ניתן ליישם את מנגנוני הצירוף הקיימים בארץ ובעולם בהליך המשפטי בישראל. בנוסף, הוא מציג מסגרת נורמטיבית המאפשרת לבחון מתי ראוי ליישם כל אחד מהמנגנונים, בהתאם לאופן שבו הוא מממש את מטרות ההליך האזרחי.

מבוא. א. הליכים אגרגטיביים. 1. צירוף צדדים; 2. צירוף הליכים; 3. מאפייני הליכים אגרגטיביים ומיפויים. ב. **השפעתם של הליכים אגרגטיביים על מטרות ההליך האזרחי ועלויותיו.** 1. מטרות אקס פוסט; 2. מטרות אקס אנטה; 3. השפעתם של הליכים אגרגטיביים על מטרות ההליך ועלויותיו. ג. **הבחירה בהליך האגרגטיבי המתאים.** 1. בעל דין משותף ותביעות בעלות ערך נטו שלילי; 2. בעל דין משותף ותביעות בעלות ערך נטו חיובי; 3. תביעות ללא צד משותף. **סיכום.**

מבוא

מאמר זה בוחן את השימוש במנגנוני התדיינות אגרגטיביים, הכוללים צירוף צדדים וצירוף תביעות, כמענה לפתרון סכסוכים אשר מעלים שאלות משותפות של עובדה או משפט. הבחירה בהתדיינות אגרגטיבית צריכה להגדיר את הנסיבות שבהן היא מציעה פתרון עדיף לתביעות משיקולים הנוגעים למטרות ההליך המשפטי ולרווחה החברתית הכוללת, בהשוואה לריבוי התדיינות אינדיווידואליות. התדיינות אגרגטיבית עשויה לשמש מכשיר יעיל לפתרון סכסוכים כאלה ולצמצם את עלויותיהם למערכת המשפט. היא גם עשויה לשרת טוב יותר את המטרות של זכות הגישה לבית המשפט והזכות להליך ראוי, מתן סעד הולם בגין הפרות הדין, אכיפת החוק, שוויון, סופיות, הרתעה וביטוח. בנסיבות המתאימות, התדיינות אגרגטיבית אינה "הרע במיעוטו" שיש לשאת כדי לצמצם את עלויות המערכת המשפטית, אלא מסגרת פרוצדורלית המאפשרת לממש מטרות תוצאתיות והליכיות של ההליך האזרחי. מאמר זה מציג תשתית תאורטית להשוואה בין הליכים אגרגטיביים שונים ולבחירה האופטימלית ביניהם.

* פרופ' למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. אני מודה למרכז חת על הסיוע הכספי, לאורי אהרונסון, לשי לביא ולקורא חיצוני על הערותיהם המועילות, ולנעמה הרסי על סיוע מעולה במחקר.

הכתיבה האקדמית ביחס למנגנונים אגרגטיביים לפתרון סכסוכים בישראל התמקדה בתובענה הייצוגית. מאז חקיקת חוק תובענות ייצוגית בשנת 2006, פורסמו מאמרים רבים שבחנו את יתרונותיה וחסרונותיה של התובענה הייצוגית,¹ ניתחו סוגיות ספציפיות ביחס להליך האישור,² הפשרה וההסתלקות בתובענה הייצוגית,³ עסקו בסוגיות שונות מתחום הדין המהותי המיוחדות לתובענה הייצוגית,⁴ והציגו ממצאים אמפיריים ביחס ליישום הליך זה בישראל.⁵ מנגנונים אגרגטיביים נוספים אשר זכו להתייחסות בספרות הם התביעה הנגזרת,⁶ הליכי חדלות פירעון, כינוס, פירוק ופשיטת רגל.⁷ בנוסף, ישנה התייחסות בספרות להליכי צירוף צדדים בהליך האזרחי הרגיל⁸ ולדוקטרינות הנוגעות לסעד הצהרתי ולמעשה בית דין,⁹

- 1 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006" הפרקליט מט 131 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים"); אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935 (2016); גיא הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" **משפט ועסקים** ג 247 (2005).
- 2 אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 5 (2019); חמי בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" **עלי משפט** יב 7 (2015).
- 3 אלון קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" **משפט ועסקים** כ 1 (2017); אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" **משפטים** מא 5 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות"); גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט 147 (2011); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" **משפטים** מג 351 (2012); ערן טאובסיג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית – אליה וקרן בה" **הפרקליט** נג 393 (2014).
- 4 אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית" **משפטים** לח 445 (2008); אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" **עיוני משפט** לא 369 (2009); יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" **עיוני משפט** לו 7 (2014); שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות-ערך" **עיוני משפט** לה 639 (2013); אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ו 157 (2014).
- 5 קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709 (2016); ערן גורן, ארנה רבינוביץ/עיני ויאיר שגיא "נגישות למשפט בפשרות בתובענות ייצוגיות: תובנות אמפיריות על תפקיד היועץ המשפטי לממשלה" **חוקים** ח 249 (2016).
- 6 אסף חמדני ורות רונן "מי שולט בתביעה הנגזרת?" **ספר יורם דנציגר** 211 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019); חאלד כבוב, עינבל בלאו ואהד פיליפ "ועדת תביעות בלתי תלויה בדיני התאגידים הישראליים" **ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסף גרוס** 71 (אהרן ברק, יצחק זמיר ודוד ליבאי עורכים 2015); אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי כרכים א–ב** 1373–1389 (מהדורה 13, 2020); סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש" **משפטים** לב 461 (2002).
- 7 לדיון בקשר שבין הליכי חדלות פירעון לבין תובענות ייצוגיות ראו ברק ירקוני ואלעד מן "תובענה והצבעה ייצוגית בהליכי חדלות פירעון" **משפטים** מו 885 (2017).
- 8 ראו למשל אלון קלמנט "צירוף צדדים זרים להליך המשפטי" **ספר שלמה לוי** 171 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013) (להלן: קלמנט "צירוף צדדים זרים"); שרון חנס ויששכר רוזן-צבי "תביעה ביוזמת הנתבע" **עיוני משפט** מ 173 (2017).
- 9 אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים – בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" **מחקרי**

אשר יכולות לשמש לפתרון של שאלות דומות בהליכים קשורים. לבסוף, בהקשרים מסוימים של הדין המהותי, למשל בתחום דיני העבודה, ישנם מנגנוני ייצוג מובנים אשר מאפשרים התדיינות אגרגטיבית ואשר יש ספרות ענפה שעוסקת בהם.¹⁰ בעולם, לעומת זאת, יש דיון נרחב במנגנונים אגרגטיביים נוספים מסוגים שונים: סוג אחד כולל מנגנונים לאיסוף תביעות וניהולן באופן מאוחד לא דרך תובענה ייצוגית, דהיינו – לא באמצעות ייצוג כפוי במנגנון שעיקרו opt-out כזה הנהוג בתובענה הייצוגית בישראל. דוגמאות למנגנונים אלה הן ה־MDL MultiDistrict Litigation (בארצות הברית,¹¹ ה־Group Litigation Order (GLO) בבריטניה,¹² ומנגנון מקרה המבחן בגרמניה (KapMuG).¹³ סוג אחר כולל מנגנוני פשרה קולקטיביים, הן מנגנונים כלליים המבוססים על אישור פשרה ייצוגית בבית המשפט, במתכונת הנהוגה על פי החוק ההולנדי לפשרות קולקטיביות (WCAM),¹⁴ והן כאלה המוקמים אד הוק לצורך פיצוי נפגעים על רקע תובענות ייצוגיות או אירועי טרור וזנק המוני, במתכונות שיושמו בעיקר בארצות הברית.¹⁵ בנוסף, יש דיון רחב באפשרויות שיתוף הפעולה

משפט כא 387 (2004) (להלן: קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד"); יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 485–678 (2015); מיכאל קרייני "השימוש ההתקפי בהשתק הפלוגתא – כורח שיש לו תקנה" **ספר שלמה לוי** 85 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים) (2013).

10 גיא מונדלק **יחסי עבודה בעידן של תמורות** (מחקרי מדיניות 54, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2004); מורן סבוראי "תכליתם של מנגנוני ייצוג במשפט העבודה: מנגנון התובענה הייצוגית אל מול הכלים המסורתיים של משפט העבודה הקיבוצי" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 597 (סטפן אדלר ואח' עורכים) (2012); עידו עשת "מודל הייצוג במשפט העבודה הקיבוצי – מגמות חדשות" **משפטים** 397 (2017); עידו עשת "למה שליש? על יציגות, חירות ויציבות במשפט העבודה הקיבוצי" **משפטים** 169 (2019).

11 ראו למשל ELIZABETH CHAMBLEE BURCH, MASS TORT DEALS: BACKROOM BARGAINING IN MULTIDISTRICT LITIGATION (2019); Zachary D. Clopton & D. Theodore Rave, *MDL in the States*, 115 NW. U. L. REV. 1649 (2021); Chilton Davis Varner, *The Beginning of MDL Consolidation: Should Cases Be Aggregated and Where*, 37 REV. LITIG. 227 (2018)

12 ראו למשל Rachael Mulheron, *Some Difficulties with Group Litigation Orders and Why a Class Action is Superior*, 24 CIV. JUST Q. 40 (2005); Neil Andrews, *Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions*, 11 DUKE J. COMP. & INT'L L. 249 (2001)

13 ראו למשל Astrid Stadler, *Developments in Collective Redress: What's New in the "New German KapMuG"?*, 24 EUR. BUS. L. REV. 731 (2013). יוער כי בשנת 2018 התווסף לקוד הפרוצדורה הגרמני (ZPO) מודל דו-שלבי בשם Musterfeststellungsklag, אשר דומה בחלקו למודל ה-KapMuG ומוגבל לנושאים צרכניים. להרחבה ראו Axel Halfmeier, *Collective Litigation in German Civil Procedure*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF CLASS ACTIONS: AN INTERNATIONAL SURVEY 234, 240–244 (Brian T. Fitzpatrick & Randal S. Thomas eds., 2021).

14 ראו למשל I. Tzankova & D. Lunsingh Scheurleer, *The Netherlands*, 622 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 149 (2009)

15 ראו למשל Kenneth Feinberg, *The Building Blocks of Successful Victim Compensation Programs*, 20 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 273 (2005); Peter T. Elikann, *What Is Life Worth: The Unprecedented Effort to Compensate the Victims of 9/11 by Kenneth R. Feinberg*, 90

בין שופטים ובתי משפט שונים כאשר הם מתמודדים עם תביעות בעלות מאפיינים דומים או קשורים.¹⁶ יש גם ספרות תאורטית אשר דנה באפשרויות השונות לאיחוד של תביעות שהקשר ביניהן קיים אך מוגבל ובתועלת מדיון מאוחד כזה.¹⁷ מאמר זה בוחן את הדרכים שבהן ניתן ליישם את המנגנונים הללו או דומים להם בהליך המשפטי בישראל. בנוסף, הוא מציג מסגרת נורמטיבית המאפשרת לבחון מתי ראוי ליישם כל אחד מהמנגנונים ומתי יש להימנע מכך. הפרק הראשון מציג את מגוון ההליכים האגרטיביים הקיימים בארץ ובעולם, תוך הבחנה בין הליכים לצירוף צדדים לבין הליכים לצירוף תביעות. פרק זה מציג חמישה מאפיינים של הליכים אגרטיביים, אשר מאפשרים למפות אותם ולעמוד על השלכותיהם ביחס למטרות ההליך האזרחי. הפרק השני מציג את מטרותיו העיקריות של ההליך האזרחי ואת עלויותיו ובוחר כיצד הליכים אגרטיביים משפיעים עליהן. טענה מרכזית בפרק זה היא שהליכים אגרטיביים אינם "נחותים" בהשוואה להליכים אינדיווידואליים ושיש נסיבות שבהן הם לא רק חוסכים בעלויות משפט, אלא גם מממשים את מטרות ההליך האזרחי טוב יותר. הפרק השלישי בוחן מהו ההליך האגרטיבי המתאים לטיפול במצבים שבהם יש ריבוי תביעות, תוך הבחנה בין תביעות שיש בהן בעל דין משותף באחד הצדדים לבין תביעות שבהן אין בעל דין כזה.

א. הליכים אגרטיביים

ההליך המשפטי מנוהל בין תובעת לנתבע. תקנות סדר הדין האזרחי מתוות את ניהולו של ההליך הזה ממועד הגשת כתב התביעה ועד למתן פסק דין. הליך זה יכולה להיות "אינדיווידואלי". אולם ההליך האינדיווידואלי הוא רק אבן היסוד להליך המשפטי, אשר יכול להיות מורכב יותר. המורכבות הזו יכולה להיות ממומשת בצירופם של צדדים בהליך אחד או בצירופם של כמה הליכים יחד.¹⁸ תקנות סדר הדין האזרחי וחוק בתי המשפט מתייחסים לשתי האפשרויות, אולם

- MASS. L. REV. 48 (2006); Terry Carter, *The Master of Disasters: Is It Just Him, or is Kenneth Feinberg Changing the Course of Mass Tort Resolution*, 97 A.B.A. J. 33 (2011) 16
 DONALD FAROLE ET AL., COLLABORATIVE JUSTICE IN CONVENTIONAL COURTS ראו למשל (Judicial Council of California, 2004); Glenn S. Koppel, *Toward a New Federalism in State Civil Justice: Developing a Uniform Code of State Civil Procedure through a Collaborative Rule-Making Process*, 58 VAND. L. REV. 1167 (2005); Russell Wheeler, *Judicial Cooperation Among State Courts in Europe and the United States: A Comparative Approach*, BROOKINGS (Dec. 13, 2010), <https://brook.gs/3G9CRTQ>
 David Rosenberg, *A Sampling-Based System of Civil Liability*, 15 THEORETICAL 17
 INQ. L. 635 (2014)
 THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF AGGREGATE LITIGATION § 1.02 18
 (2010) (להלן: ALI). כמו כן, אחת הדרכים הנוספות האפשריות לצירוף היא באמצעות יצירת השתק שאינו הדדי. להשוואה בין אפשרות זו לבין מנגנון התובענה הייצוגית בכל הנוגע להשפעה על תמריצי ההשקעה של הצדדים ראו קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד", לעיל ה"ש 9, בעמ' 410–413; David Rosenberg, *Avoiding Duplicate Litigation*; 413–410
of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market (Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and

ישנן דרכים לצירוף שאינן קיימות בדין הישראלי אשר ראוי לשקול לאמץ אותן. פרק זה סוקר את מגוון ההליכים האגרגטיביים האפשריים – לצירוף צדדים וצירוף הליכים – ולאחר מכן מציג משימה מאפיינים אשר מאפשרים למפות אותם לצורך הדיון בשאלות הנורמטיביות העולות ביחס לשימוש בהם, בהן דן הפרק הבא.

1. צירוף צדדים

האופן הבסיסי ביותר שבו ניתן לאחד תביעות קשורות הוא באמצעות צירוף צדדים. צירוף הצדדים יכול להיעשות על ידי התובעת, על ידי הנתבע או על ידי בית המשפט. התובעת יכולה לצרף בכתב התביעה תובעים נוספים שיתבעו יחד איתה והיא יכולה להגיש את התביעה כנגד כמה נתבעים. צירופם של תובעים או נתבעים אינו מחייב שהעילה של כל התובעים כנגד כל הנתבעים תהיה עילה אחת, או אפילו שתהיה עילה זהה. צריך רק שצירוף הצדדים יידרש לצורך הכרעה ביעילות ובשלמות בתובענה, ושהתובענה מעוררת שאלה עובדתית או משפטית משותפת לכל בעלי הדין.¹⁹ צירוף הצדדים יכול להתבצע לא רק על ידי התובעת, אלא גם על ידי הנתבע. דרך המלך לכך היא באמצעות הודעת צד שלישי,²⁰ אולם הנתבע יכול לבקש גם

Business, Discussion Paper No. 394, 2002); David Rosenberg & Kathryn E. Spier, *Incentives to Invest in Litigation and the Superiority of the Class Action*, 6 J. LEGAL ANALYSIS, 305 (2014).

19 תקנה 26(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי, או תקנות 2018). יוער כי בשונה מהמצב כיום, תקנות 21 ו-22(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: התקנות הישנות) קבעו שני תנאים מצטברים לצירוף בעלי דין בשלב כתב התביעה: האחד הוא שהסעד נתבע בשל מעשה אחד או עסקה אחת, או סדרה אחת של מעשים או עסקאות או כתוצאה של אחד מאלה, והשני הוא שאילו הוגשו תובענות נפרדות נגד כל הנתבעים הייתה מתעוררת בהן שאלה עובדתית או משפטית משותפת. כאשר לפרשנות תנאים אלו בפסיקה, ראו למשל רע"א 560/94 **שושנה נ' חפציבה חברה לבנין עבודות ופיתוח בע"מ**, פ"ד מח(4) 63 (1994) ("יש לתת פירוש ליברלי לכלל בדבר צירוף תובעים, וכל אימת שמדובר בעסקה אחת או בסדרת עסקאות שלהן שאלה משותפת, יותר הצירוף, בכפוף לכוחו של בית המשפט להורות על הפרדה אם הצירוף עשוי להביא לעיכוב הליכים או לסרבולם"). המבחן הקבוע בתקנה 26(א), שלפיו צריך שהצירוף יהיה נדרש "לצורך הכרעה ביעילות ובשלמות בתובענה" היה קבוע בעבר בתקנה 24 לתקנות הישנות, שקבעה כי בכל שלב משלבי הדיון רשאי בית המשפט לצוות על הוספה של אדם שהייתה חובה לצרפו כתובע או כנתבע, או שנוכחותו דרושה כדי לאפשר לבית המשפט להכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה. לניתוח אפשרויות אלה ראו קלמנט "צירוף צדדים זרים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 27–31.

האפשרות הזו קבועה כיום בתקנה 46(א), אולם דווקא כאן החליף מחוקק המשנה את המבחן לתיקון וצירוף וקבע כי הדבר ייעשה "לשם קיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, תוך התחשבות, בין השאר, בהתנהלותו של מבקש התיקון, השלב הדיוני שבו מוגשת הבקשה, והמטרה שהתיקון המבוקש צפוי להשיג".

20 תקנות 22, 23 לתקנות סדר הדין האזרחי; במקרה של דיון מהיר, קובעת תקנה 80(ב) כי נתבע במסלול זה רשאי ליתן הודעה לצד שלישי עם הגשת כתב הגנה אך ורק אם ניתנה לכך רשות מטעם בית המשפט.

לצרף תובעים ונתבעים נוספים להליך.²¹ בנוסף, הנתבע יכול להגיש כנגד התובעת תביעה שכנגד, ובה לצרף צדדים נוספים (נתבעים, ולגישת חלק מבתי המשפט, גם תובעים).²² לבסוף, בית המשפט יכול להורות על צירופם של צדדים נוספים להליך,²³ וישנה אפשרות גם שצדדים שלא צורפו יבקשו להצטרף, בצד התובעת או בצד הנתבעים.²⁴

בנוסף על דרכי הצירוף הללו, מאפשר הדין בישראל גם הגשתה של תובענה ייצוגית שבה נעשה צירוף בדרך של ייצוג "כפוי" בשם קבוצת תובעים, מבלי שאלה הסמיכו את התובעת או עורכת דינה לייצגם. חוק תובענות ייצוגיות מאפשר את הייצוג בכפוף לאישורו של בית המשפט ולתנאים שצריכים להתקיים לשם כך.²⁵ מנגנון התובענה הייצוגית נותן בידי התובעת המייצגת ועורך דינה כוח לזיום את ההליך בשם חברי הקבוצה מבלי לקבל את אישורם לכך מראש, ולמרות שניתנת להם הזכות לצאת מהקבוצה המיוצגת opt-out,²⁶ מעטים מנצלים אותה.²⁷ מנגנון זה מיועד להשיג את המטרות המוגדרות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, ובראשן הרתעה. למרות שרוב התובענות הייצוגיות הן תביעות שערכן עבור כל תובעת החברה בקבוצה אינו מצדיק ניהולן בנפרד, יש ביניהן גם כאלה שניתן היה להגישן כתביעות אינדיווידואליות, אולם ניהולן במסגרת הייצוגית מאפשר איזון ביחסי הכוחות בין התובעים לנתבעים.²⁸ בניגוד לדרכי הצירוף האחרות, אשר מותרות בידי כל אחת מהתובעות שליטה באופן שבו תנהל את ההליך, לרבות בשאלה האם ובאילו תנאים תתפשר בו, התובענה הייצוגית מוציאה כוח זה מידי התובעות המיוצגות ומעבירה אותו לתובעת המייצגת ולעורך דינה, אולם אלה כפופים לפיקוח על ידי בית המשפט בהתאם לתנאים שקבועים בחוק.²⁹

- 21 תקנה 26(א) לתקנות סדר הדין האזרחי; איסי רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** 186 (2021).
- 22 לעניין צירוף נתבעים לתביעה שכנגד, ראו תקנה 21(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. בדומה, תקנה 54(א) לתקנות הישנות כללה אף היא התייחסות לאפשרות הצירוף של נתבעים חדשים בתביעה שכנגד, אך שאלת צירופם של תובעים חדשים לתביעה שכזו אינה מוזכרת בהן ולא זכתה להכרעה מפורשת בפסיקה. ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 28148-02-11 **זואי אינטראקטיב בע"מ נ' דניאל**, פס' 13-15 (נבו) 27.10.2011, שם נקבע כי ניתן לצרף בעלי דין שאינם צד לתביעה הראשית כתובעים שכנגד, אם כי צירוף כאמור דורש היתר מבית המשפט בהתאם לתנאי תקנה 24 לתקנות הישנות. לעמדה אחרת ראו רע"א (מחוזי חי') 15818-01-09 **דאמוני נ' פורת**, פס' 8 (נבו) 15.5.2009, שם נקבע כי לא ניתן לאפשר למי שאינו נתבע בתביעה העיקרית להגיש תביעה שכנגד וכי אף אין מקום לצרפו כנתבע נוסף מכוח תקנה 24 לתקנות הישנות.
- 23 תקנה 46(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. באשר לצירוף בשלב קדם המשפט, ראו תקנה 63(ב)(11).
- 24 תקנה 46(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. ראו לעיל ה"ש 19.
- 25 התנאים לאישורה של תובענה ייצוגית קבועים בסעיפים 3, 4, 8 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. לניתוח של תנאים אלה ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 1.
- 26 סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות.
- 27 ראו Theodore Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Op-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 VAND. L. REV. 1529, 1568 (2004).
- 28 קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד", לעיל ה"ש 9.
- 29 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 10-12. הפיקוח על פשרה והסתלקות מהתביעה נעשה לפי סעיפים 16, 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות.

ההצדקה המקובלת למנגנון התובענה הייצוגית מבוססת על הכשל שנוצר כאשר יש תובעים רבים בעלי תביעות דומות, שניהול תביעה אינדיווידואלית עבור כל אחד מהם אינו כדאי עבורו. התובענה הייצוגית פותרת בעיה זו על ידי ריכוזם של התובעים בתביעה אחת ועל ידי מתן תמריצים לעורכי דין ותובעים מייצגים להגיש את התביעה ולנהלה. מנגנונים מסוג זה קיימים בכמה מדינות בעולם, לרבות בישראל.³⁰ אולם, כשל דומה עשוי להתעורר גם בצד הנתבעים, כאשר תובע אחד מגיש תביעות רבות כנגד נתבעים מפורזים, בסכומים נמוכים, שבהם כל אחד מהנתבעים מעדיף להיכנע ולשלם את סכום התביעה מאשר לנהלה. תובעים עשויים לנצל את היתרון הזה כדי לאיים על נתבעים מפורזים, גם אם סיכויי התביעה, אילו הייתה מתנהלת, לא היו גבוהים. כך אכן נעשה במקרים רבים, אף בישראל.³¹ הפתרון לכשל זה, בצד הנתבעים, הוא תמונת ראי של התובענה הייצוגית, והוא נקרא הגנה ייצוגית. פתרון זה הוצע בכתיבה האקדמית, אולם טרם יושם.³²

על פי הפתרון המוצע, נתבע שהוגשה נגדו תביעה אינדיווידואלית יוכל לבקש מבית המשפט לאשר את הגנתו כהגנה ייצוגית. בית המשפט יבחן האם מתקיימים התנאים לאישור, אשר צריכים להיות מקבילים לאלה הנדרשים לאישור תובענה ייצוגית: ייצוג הולם ובתום לב על ידי הנתבע הייצוגי, שאלות משותפות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל הנתבעים שהוא מבקש לייצג, אפשרות סבירה ששאלות אלה יוכרעו לטובת הנתבעים בהגנה הייצוגית וקביעה שניהול ההליך בדרך זו יהיה יעיל והוגן.³³ אם תאושר ההגנה הייצוגית, הכרעה בה תקים

30 לסקירה וניתוח של המנגנונים הייצוגיים ברחבי העולם ראו למשל THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF CLASS ACTIONS: AN INTERNATIONAL SURVEY (Brian T. Fitzpatrick & Randal S. Thomas eds., 2021). לסקירת מנגנון התובענה הייצוגית בישראל ראו אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** (2017).

31 בהקשר הישראלי ניתן למנות למשל את המקרה של חברת אקיוטק, ששלחה לעשרות אלפי לקוחות דרישות תשלום בטענה כי נרשמו לשירותי תוכן מטעמה (במועצה הישראלית לצרכנות התקבלו מעל ל-7,000 תלונות מקרב צרכנים שטענו כי כלל לא ביקשו לצרוך את השירותים או לשלם עבורם. על רקע זה הוגשה ביולי 2014 בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד החברה בת"צ (מחוזי ת"א) 29489-07-14 **המועצה הישראלית לצרכנות נ' איקיוטק דיגיטל וויזן בע"מ** (נבו) 15.7.2014). כמו כן ראו את המקרה של חברת צ'רלטון, שהגישה מאז שנת 2008 אלפי תביעות נגד עסקים בהקשר של זכויות יוצרים. ראו מיכאל בירנהק "אכיפה ואכיפת יתר של זכויות יוצרים: המקרה של ביצוע פומבי של שידורי ספורט" **עיוני משפט** מו (עתיד להתפרסם 2022). בהקשר דומה, ניתן למנות גם את המקרה של איגוד תעשיית ההקלטות האמריקאי (RIAA), שהגיש למעלה מ-7,000 תביעות נגד משתמשי קצה "קטנים" של תוכנות לשיתוף קבצים והתפשר עם מאות מהם בסכומים של 3,000 דולר לפשרה במוצע. לפירוט ודיון בדוגמה זו ובדוגמאות נוספות בהקשר האמריקאי ראו Hamdani & Klement, להלן ה"ש 32, בעמ' 699–706.

32 ראו (2005) 93 CAL. L. REV. 685 *The Class Defense*, Alon Klement & Assaf Hamdani; חמדני וקלמנט "הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית", לעיל ה"ש 4. לדיון באפשרות היישום של מנגנון זה בדין הישראלי ראו רע"א 331/17 **להב נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ** (נבו) 22.2.2017 (השופט עמית "נטה להצטרף" לנימוקי הערכאות התחתונות, שדחו אפשרות זו, אך נמנעו ממתן הכרעה עקרונית בעניין, וזאת משום שהתביעה שהולידה את הבקשה כבר הסתיימה בפסק דין חלוט).

33 ראו סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, שקובע כי בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם מצא שהתקיימו כל ארבעת התנאים שהוזכרו לעיל.

השתק כנגד התובע המשותף או לטובתו אל מול כל הנתבעים באותה עילה, בהתאם לתוצאת ההליך. ההגנה הייצוגית מאזנת בין תמריצי ההשקעה של התובע המשותף והנתבעים המפוזרים ומאפשרת להם הגנה אפקטיבית והליך יעיל לפתרון התביעות נגדם. אומנם יש קשיים המיוחדים להגנה הייצוגית בהשוואה לתובענה הייצוגית, שעיקרם נוגע לאפשרות לייצג נתבעים שטרם נתבעו ולהקים מעשה בית דין כלפיהם, אך קשיים אלה נדונו בספרות והוצעו דרכים לפתרונם.³⁴

לסיכום חלק זה, צירופי צדדים יכולים להיעשות במנגנון צירוף פשוט, שהיוזמה אליו יכולה להיות של התובעים במועד הגשת התביעה, או ביוזמת הנתבע, הצד המצטרף או בית המשפט, לאחר שהתביעה הוגשה. לחלופין, הם יכולים להיעשות בדרך של מנגנון ייצוג, כתובענה ייצוגית.³⁵ גם בצד הנתבעים ניתן ליישם מנגנון מקביל של הגנה ייצוגית, אולם מנגנון כזה אינו קיים בדין בישראל.

2. צירוף הליכים

בנוסף על צירופם של צדדים להליך אחד, הדין בישראל מאפשר גם צירופם של כמה הליכים אשר נפתחו בנפרד לדין מאוחד.³⁶ עד כה, השימוש בהוראות אלה נעשה במשורה, ולא לצורך ריכוזם של מספר גדול של הליכים בבית משפט אחד. אולם, השימוש בצירוף הליכים יכול להיות רחב יותר מזה שמישם כיום בישראל. דוגמאות להליכי צירוף מורכבים קיימות הן באנגליה, בהליך התביעה הקבוצתית (GLO) Group Litigation Order, והן בארצות הברית, בהליך ה־MDL Multi District Litigation. אתאר את ההליכים הללו בקצרה, כדי להסביר את מאפייניהם העיקריים, ולאחר מכן אעמוד על האפשרויות הקיימות בדין בישראל ליישום הליכים דומים, לאור האפשרויות לריכוזם בבית משפט אחד ולדין מאוחד בהם.

(א) Group Litigation Order

עד לאחרונה לא היה ניתן לתבוע באנגליה כתובענה ייצוגית בצורתה המוכרת מארצות הברית בישראל.³⁷ הדרך היחידה לתביעה קבוצתית הייתה במתכונת של Group Litigation Order

34 Hamdani & Klement, לעיל ה"ש 32, בעמ' 721–733.

35 כאמור במבוא, קיים גם מנגנון ייצוג של פשרה ייצוגית, אשר אינו מאפשר התדיינות מלאה. מנגנון כזה קיים בהולנד, לעיל ה"ש 14. הבעיות הנוצרות במנגנון כזה הן רבות, ועיקרן נובע מכך שנתבעים מתפשרים מבלי שיהיה בפניהם איום של תביעה. בהיעדר איום כזה, ובהינתן בעיות הנציג בצד התובעים כתובענה הייצוגית, החשש הוא מפשרות נמוכות שאינן מממשות מטרות של הרתעה, מתן סעד הולם וזכות גישה לבית המשפט. לפיכך, איני דן בגוף המאמר במנגנונים אלה. ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 38 להסבר מדוע היעדרו של איום מביא להתממשות בעיות הנציג בפשרה כתובענה הייצוגית.

36 גורן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 437–438.

37 לתיאור ההתפתחות של התובענה הייצוגית באנגליה וקליטתה באוקטובר 2015 ראו Rachel Mulheron, *The United Kingdom's New Opt-Out Class Action*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 814 (2017).

(GLO), אשר קבועה בכללים 19.10–19.15 לכללי הפרוצדורה האנגלית.³⁸ למרות שההליך מכונה תביעה קבוצתית, למעשה מדובר בצירוף הליכים אינדיווידואליים ואיחוד הדיון בחלקים בהם, לצורך ייעול הדיון בהם וחסכון בעלויות.³⁹ השליטה בתביעות האינדיווידואליות נותרת במידה משתנה בידי התובעים והנתבעים השונים, בכפוף להליכים והכרעות הניתנים ביחס לקבוצה כולה. ההליך הקבוצתי מותנה בכך שקיימות שאלות משותפות או קשורות של משפט או עובדה בין ההליכים האינדיווידואליים השונים.⁴⁰ למרות שהכללים אינם דורשים זאת, האיחוד יבוצע בדרך כלל כאשר יש בעל דין משותף, בצד התובעים או הנתבעים. היוזמה לפתיחתו של ההליך יכולה להיות של אחד הצדדים או של בית המשפט המנהל תביעה אינדיווידואלית אחת או יותר, אולם הוא צריך להיות מאושר על ידי נשיא בית המשפט שבו הוגשה התביעה.⁴¹ פתיחת ההליך נעשית בצו המכונה GLO order, אשר חייב לכלול שלושה רכיבים: הנושאים שיזוהו את התביעות שינוהלו כ-GLO, הקמת מרשם קבוצתי (Group Register) שבו יירשמו כל ההליכים האינדיווידואליים שצורפו בהליך הקבוצתי וקביעה של בית משפט אשר ינהל את ההליך הקבוצתי.⁴² צו זה יכול להורות על העברתן של תביעות שכוללות את אחד הנושאים שזוהו כמשותפים לבית המשפט המנהל את ההליך הקבוצתי או להורות על עיכוב ההליכים בתביעות אלה. יתרה מזו, הצו יכול להורות שתביעות שיוגשו החל מתאריך מאוחר למועד שבו ניתן, ואשר כוללות אחד מהנושאים שזוהו כמשותפים, יוגשו בבית המשפט שמנהל את ההליך המשותף ויהיו כפופות להכרעות שניתנו במסגרתו אף לפני שהוגשו.⁴³ בית המשפט המנהל יכול גם לקבוע תאריך אחרון שלאחריו לא יוכלו תביעות נוספות להצטרף להליך הקבוצתי, אלא ברשות בית המשפט.⁴⁴

לבית המשפט אשר מנהל את ההליך הקבוצתי יש סמכויות רחבות ביחס לאופן שבו ההליך ינוהל. הוא יכול לקבוע כיצד יידונו השאלות המשותפות שנקבעו בצו ה-GLO, בין אם עבור כל הקבוצה או עבור תתי-קבוצות. שאלות אלה יידונו בבית המשפט המנהל את ההליך הקבוצתי, בעוד ששאלות אינדיווידואליות יכולות להידון בבתי משפט אחרים.⁴⁵ בפרט, הוא יכול לקבוע שתביעה אחת או יותר מבין התביעות המנוהלות יחד יתנהלו כמקרי מבחן.⁴⁶ הכרעה של בית המשפט בשאלות המשותפות במקרה המבחן תחייב את כל הצדדים בתביעות הרשומות במרשם והיא תחייב גם צדדים בתביעות שיצטרפו למרשם לאחר שההכרעה ניתנה, אלא אם

38 CPR 19.10–19.15.

39 ראו 676–ADRIAN ZUCKERMAN, ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE: PRINCIPLES OF PRACTICE 683 (3rd ed. 2013).

40 CPR 19.10.

41 ראו PD 19B – Group Litigation, s. 3.3.

42 CPR 19.11(2).

43 CPR 19.11(3).

44 CPR 19.13(e), וכן PD 19B – Group Litigation, s. 13.

45 PD 19B – Group Litigation, s. 15.2.

46 CPR 19.13(b). במקרה שבו הצדדים הגיעו לפשרה בתביעה המתנהלת כמקרה מבחן, רשאי בית המשפט לקבוע כי תביעה אחרת במרשם תתנהל כמקרה מבחן במקומה – ראו CPR 19.15(1).

בית המשפט קבע אחרת לאחר שאחד הצדדים בתביעה כזו ביקש זאת.⁴⁷ ככלל, כל מסמך שמגולה באחת התביעות שאוחדו, ונוגע לנושאים המשותפים שהוגדרו בצו, יגולה לכל הצדדים בכל התביעות.⁴⁸ בנוסף, לבית המשפט סמכויות לתת הוראות פרוצדורליות ביחס לתביעות שבמרשם, הוא יכול למנות עורכי דין אשר ייצגו את כלל התובעים או הנתבעים ביחס לשאלות המשותפות⁴⁹ וכן לקבוע את חלוקת ההוצאות המשותפות בין בעלי הדין בתביעות, המצויים באותו צד.⁵⁰ לבסוף, בעוד שפשרות בתביעות אינדיווידואליות, לרבות בתביעות שנקבעו כמקרי מבחן, אינן מותנות באישורו של בית המשפט המנהל את ההליך הקבוצתי, לבית המשפט סמכות לבחון ולדחות פשרות שהוא סבור שהן פוגעות בחברי הקבוצה, חלקם או כולם. בית המשפט מוסמך גם להורות על שימוש בכלים סטטיסטיים כדי להעריך את הפיצויים האגרטיביים לקבוצה או כנגדה. יש לציין, עם זאת, שסמכויות אלה אינן קבועות בכללי הפרוצדורה.⁵¹

(ב) Multi-District Litigation (MDL)

בשנת 1968 חוקק ה-Multi-district Litigation Act.⁵² חקיקת החוק באה לאחר התנסות של שופטי בית המשפט הפדרלי בניהול מתואם של מספר רב של תביעות שהוגשו, החל מ-1962, כנגד יצרניות מוצרי חשמל בארצות הברית, בעילות הגבליות.⁵³ כדי להתמודד עם ריבוי התביעות הקים נשיא בית המשפט העליון וורן תת-ועדה לוועדה על הליכים מקדמיים שמתרתה הייתה לבחון את הבעיות שהתעוררו ביחס להליכי גילוי שהוגשו ברבות מהתביעות, אולם התייחסו לעדים ולמוצגים משותפים. תת-הוועדה, שהורכבה משבעה שופטים, פעלה לתיאום הליכי הגילוי בין בתי המשפט השונים, ולאחר מכן להשגת פשרות כוללות, אשר הצליחו לסיים את כל ההליכים עד שנת 1966.⁵⁴ הצלחתה של תת-הוועדה שהוקמה אד הוק הביאה, בסופו של דבר, לחקיקת החוק אשר יצר מסגרת להעברתם של הליכים המתנהלים בבתי משפט במחוזות שונים לבית משפט אחד לצורך ניהול מתואם ומאוחד של הליכי קדם משפט וגילוי. החוק מקים פנל של שבעה שופטים פדרליים אשר ממונים על ידי נשיא בית המשפט העליון, אשר ביוזמתו או ביוזמת צד באחד התיקים שאמורים להיות מועברים יכול ליצור הליך MDL. לאחר הודעה לכל הצדדים המעורבים בהליכים שבהם הפנל סבור שהעברה תסייע לצדדים ולעדים ולקיומו של הליך יעיל וצודק, הוא יכול להעביר את כולם לבית המשפט שנבחר. כל ההליכים המועברים מעוכבים בבית המשפט שבו החלו, והסמכות

47. CPR 19.12.

48. CPR 19.12(4).

49. CPR 19.13(c).

50. PD 19B – Group Litigation, s.12.4; CPR 46.6.

51. ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 39, בעמ' 680.

52. 28 U.S.C. § 1407.

53. עד סוף 1961 הוגשו כ-1800 תביעות ב-35 מחוזות שיפוט פדרליים. ראו Andrew D. Bradt, "A Radical Proposal": The Multidistrict Litigation Act of 1968, 165 U. PENN. L. REV. 831, 855 (2017).

54. שם, בעמ' 860.

לתת הוראות ביחס להליכי גילוי, הליכי סילוק על הסף וכל ההליכים המקדמיים הנדרשים ניתנת לבית המשפט הנעבר. למרות שלאחר סיום ההליכים המקדמיים צריכה כל תביעה לחזור לבית המשפט שבו הוגשה, ברוב מוחלט של המקרים התביעות מסתיימות בפשרה כוללת.⁵⁵ לאחר שבית המשפט העליון האמריקאי צמצם את האפשרות לנהל תביעות בגין נזקי גוף בדרך של תובענה ייצוגית,⁵⁶ עברו רובן של התביעות הללו לניהול בהליכי MDL. מעל לשליש מהתביעות המנוהלות בבתי משפט פדרליים מועברות להליך MDL. מתוך 120,449 תביעות שעמדו לדיון בהליכי MDL ביוני 2014, כ-88% רוכזו ב-18 הליכי MDL בלבד. רובן של תביעות אלה הן תביעות בגין מוצרים פגומים ותביעות עוולות המוניות.⁵⁷ בתי המשפט עושים שימוש רב בכלים סטטיסטיים ובמקרי מבחן כדי להביא לסיומם של הליכים אלה בפשרה, תוך שהם מסתייעים בוועדות מנהלות של עורכי דין בצד התובעים והנתבעים לצורך ניהול ההליכים המקדמיים והמשא ומתן לפשרה.

(ג) יישום מנגנוני צירוף הליכים בישראל

היתרון במנגנון צירוף דוגמת ה-GLO וה-MDL הוא באפשרויות שהם נותנים לבית המשפט לרכז את הדיון בהליכים שהוגשו מלכתחילה כהליכים אינדיווידואליים, להכריע בשאלות משותפות, לנהל הליכי גילוי מאוחדים ולעודד סיום מוקדם של כלל ההליכים בדרך של פשרה. בשני מנגנוני הצירוף הללו, בתי המשפט מנהלים את ההליכים שלפניהם בסיועם של עורכי דין שאותם הם ממנים לנהל את החלקים המאוחדים בהליך.⁵⁸ עורכי הדין הללו אומנם אינם יכולים ליהנות מחופש פעולה שממנו נהנה עורך הדין המייצג בתובענה הייצוגית, אולם בתי המשפט יכולים להקנות להם סמכויות ניהול שמאפשרות להם לפעול, באופן ריכוזי, לפחות בהתייחס לעניינים המשותפים שמוגדרים על ידי בתי המשפט.⁵⁹ על אף שניהול בדרך זו, כמו גם הכרעה בשאלות שנוגעות לשכר הטרחה שיש לשלם בגין ניהול החלקים המאוחדים בהליך, אינו דבר פשוט, הוא יכול לסייע בפתרון יעיל וצודק של ההליכים, כפי שיוסבר בהלן. יישומם של מנגנוני צירוף תביעות מורכבים דורש יוזמה ופעולה אקטיבית מצד מערכת המשפט. ניתן לחלק את המנגנונים האלה לשני שלבים – העברה ודיון. בעוד שיש בדין בישראל הוראות שונות המתייחסות להעברה ואיחוד הדיון בתביעות שונות, אין כמעט התייחסות לאופן הדיון בתביעות אלה.

- 55 שיעור התביעות שמוחזר לבית המשפט שבו הוגשו נמוך מ-3%. ראו Elizabeth Chamblee Burch, *Judging Multidistrict Litigation*, 90 N.Y.U. L. Rev. 71, 73 (2015).
- 56 Arthur R. Miller, *The American Class Action: From Birth to Maturity*, 19 THEORETICAL INQ. L. 1, 16–18 (2018); MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION (FOURTH) § 22.7 (2004).
- 57 DUKE LAW CTR. FOR JUDICIAL STUDIES, MDL STANDARDS AND BEST PRACTICES, x–xi (2014), <https://bit.ly/3g1FEnx> (להלן: DUKE).
- 58 באשר ל-MDL ראו שם, בעמ' 25–50; באשר ל-GLO, ראו לעיל ה"ש 49.
- 59 לסקירת תפקידי עורכי הדין ב-MDL ראו DUKE, לעיל ה"ש 57, בעמ' 36–38; MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, לעיל ה"ש 56, §22.62. לדיון בעקרונות המנחים לייצוג במסגרת ה-GLO, לרבות הצורך בייצוג אחיד בעניין השאלות המשותפות, ראו Lungowe v. Vendata Resources Plc [2020], EWHC 749 (TCC), [38]–[41].

בשלב הראשון, נדרשת החלטה על העברתן של כל התביעות שעולה בהן שאלה משותפת של עובדה או משפט ואשר הוגשו בבתי משפט שונים לשופט באחד מבתי המשפט הללו. בדין הישראלי אין מנגנון אחד להעברה מסוג זה, והוראות שונות מתייחסות להעברה בנסיבות שונות. תקנה 40(א) לתקנות סדר הדין האזרחי מקנה סמכות נרחבת לאיחודן של תביעות שונות שהוגשו באותו בית משפט, בתנאי שאיחודן ייעל ויפשט את ההליכים או ימנע תוצאות סותרות. אומנם, כאשר הדיון לפני שופט אחר באותו בית משפט החל, ההעברה תלויה בהסכמתו, אולם דרישה זו אינה מעוררת קושי מעשי משמעותי בהנחה שגם בית המשפט המעביר יכיר בתועלת מההעברה. תקנה 40(ב) מקנה סמכות לנשיאת בית המשפט העליון (או לשופט שהסמיכה לשם כך) להעביר תביעות שהוגשו במחוזות שונים לאחד מהמחוזות הללו, לצורך דיון מאוחד בהן, ובלבד שמדובר בנושא אחד. הדרישה לנושא אחד תובענית יותר מאשר הדרישה הקבועה ב-40(א), אשר מתייחסת לייעילותו של האיחוד. יחד עם זאת, הגדרתו של "נושא אחד" יכולה להיות רחבה דיה כדי לאפשר את איחודן של תביעות בכל המקרים שבהם הדבר רצוי.⁶⁰ סעיף 78(א) מאפשר לנשיאת בית המשפט העליון (או שופט שהסמיכה לשם כך) להעביר תביעה מבית משפט אחד לבית משפט אחר באותה דרגה, ובלבד שאם החל הדיון בהליך, תינתן הסכמתו של השופט המעביר. סעיף 78(ב) קובע כי בהחלטתה צריכה נשיאת בית המשפט העליון לשקול את מידת הפגיעה הצפויה בבעלי הדין עקב ההעברה, את המרחק בין בית המשפט המעביר לבית המשפט הנעבר ואת הבטחת נגישותם של בעלי הדין לבית המשפט. סעיף 49(א) מאפשר לנשיא בית משפט השלום להורות על העברתו של הליך שטרם הוחל הדיון בו לבית משפט אחר באותו אזור שיפוט וכן להורות כאמור לגבי סוג מסוים של הליכים. בסעיף לא ניתנת האפשרות שקיימת בסעיף 78(א) ובתקנה 40(א) להעברה בהסכמתו של השופט שהחל לדון בתביעה. אומנם, פרשנות שניתנה להוראה זו התמקדה בייעילותה של ההעברה, לאור השקעתם של משאבים שיפוטיים על ידי בית המשפט המעביר,⁶¹ אולם בית

60 תקנה זו קובעת הוראה דומה לזו שנקבעה בתקנה 7 לתקנות הישנות. בתי המשפט שדנו בעבר בתקנה זו עמדו על כך שתכליתיה המרכזיות הן הגברת יעילות דיונית ומניעת הכרעות סותרות. בהינתן תכליות אלו, בתי המשפט קבעו כי אין צורך בחפיפה מוחלטת בין שתי התובענות, ודי בכך שקיימת השקה ביניהן על מנת לקבוע כי מדובר ב"נושא אחד" – ראו בש"א 4126/9 טלגם נ' נכסי ויין דור (1980) בע"מ (נבו 9.8.1999). השקה זו יכולה לבוא לידי ביטוי, למשל, בתשתית עובדתית ו/או משפטית משותפת, ולו חלקית – ראו רוזן-צבי הרפורמה בהליך האזרחי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 227–229.

61 רע"א 5327/17 פלוני נ' פלונית, פס" 7 (נבו 6.8.2017) ("המבחן ל'התחלת דיון' לצורך העברת מקום דיון לפי סעיף 49 לחוק בתי המשפט [...] הוא מבחן מהותי. בגדרי מבחן זה יש לבדוק האם במסגרת הטיפול בתיק כבר החל השופט היושב בדין להתעמק בתיק במידה כזו שהוצאתו מתחת ידיו בשלב זה והעברתו לשופט אחר, תהא בלתי יעילה במובן זה שתחייב הכנסתו של שופט אחר לטיפול באותו התיק ותוציא לריק זמן שיפוטי יקר, או תפגע ביכולתו של השופט הנעבר לראות את התמונה העובדתית במלואה משום שחלק מהותי בדיון כבר נוהל בפני שופט אחר"). יש להדגיש שבאותו עניין נקבע שלפי קריטריון מהותי זה ההעברה אפשרית גם לאחר קיום הליכי "קדם משפט", אולם קביעה זו צומצמה בבע"מ 8152/19 פלוני נ' פלונית, פס" 11–12 (נבו 16.1.2020), שם נקבע שלשון הסעיף אינה מאפשרת העברה כזו, וכי הקביעה ברע"א 5327/17 הייתה בדעת יחיד ולכן אינה הלכה מחייבת.

המשפט העליון קבע כי לא ניתן לעשות שימוש בסעיף מעבר למועד קיומו של קדם משפט, לאור הגדרת "תחילת הדיון" בסעיף 49(ד).⁶²

בחינה של כל ההוראות הללו מצביעה על כך שהדין מאפשר את העברתן של תביעות בין מחוזות שונים, בין בתי משפט שונים ובאותו בית משפט לשם איחוד הדיון בהן. למרות שהסמכות להורות על העברה והתנאים להעברה הם שונים, ניתן לעשות בהם שימוש, בכפוף לאותם תנאים, ובלבד שמדובר בבתי משפט בעלי אותה סמכות עניינית.⁶³ העברה ואיחוד של תביעות שהוגשו בבתי משפט שלום ומחוזי לבית משפט אחד אינה אפשרית, אף אם ההעברה היא לבית משפט מחוזי. מאחר שייתכנו תביעות בנושא אחד או כאלה שעולות בהן שאלות משותפות של עובדה או משפט אשר יוגשו בבתי המשפט המחוזי והשלום, עקב הבדל בסכומי התביעה,⁶⁴ הסמכות לאיחודן עשויה להידרש לצורך יישום מלא של הליכי הצירוף המורכבים, אולם היא אינה אפשרית בדין הישראלי כיום.

בשלב השני צריך בית המשפט הנעבר לזון באופן מאוחד בתביעות שהועברו אליו. בעניין זה אין הנחיה כיצד לנהוג בתקנות סדר הדין האזרחי. אולם גם בהיעדרן של הוראות ספציפיות, בתי המשפט יכולים ליזום מנגנונים דומים במסגרת סמכותם הטבועה ולאור הוראת תקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. סמכויות הניהול של ההליך נשענו בעבר על סמכותו הטבועה של בית המשפט ליצור כללים דיוניים כאשר אלה אינם קיימים בתקנות.⁶⁵ על פי טיבה וטבעה, הסמכות הטבועה פועלת בגדרי הדין הדיוני, ועניינה הוא הניהול הראוי של ההליך השיפוטי והשליטה הראויה עליו.⁶⁶ יש מקרים שבהם השימוש בסמכות הטבועה מיועד לאפשר לבית המשפט למנוע תוצאה שאינה צודקת בהליך או שימוש בכללים הדיוניים לרעה.⁶⁷ אולם

62 ראו בע"מ 8152/19 פלוני נ' פלונית, שם.

63 לדיון בשאלה מהי "אותה הדרגה" ראו רוזן-צבי הרפורמה בהליך האזרחי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 229–231 (שאלה זו נבחנת באופן מהותי – כך, למשל, סובר רוזן-צבי כי אין מקום לאחד תובענה שהוגשה לבית משפט השלום עם תובענה שהוגשה לבית המשפט לתביעות קטנות או לבית המשפט לענייני משפחה, שכן אף על פי שמדובר בבתי משפט "של אותה הדרגה" מבחינה פורמלית, הם נבדלים זה מזה מבחינת סמכותם העניינית, סדרי הדין הנוהגים בהם והערכים העומדים במרכזם). לדיון בשאלה האם ניתן וראוי לאחד תובענות שהוגשו לבתי המשפט במסלולים פרוצדורליים שונים ב"אותה הדרגה", כמו למשל תובענה המוגשת בסדר דין רגיל ותובענה המוגשת בסדר דין מהיר, ראו שם, בעמ' 231–232 (לעמדתו, אף על פי שהדבר אפשרי מבחינה פורמלית, ראוי לאחד תובענות מסוג זה אך ורק אם יישמרו לבעלי הדין הזכויות הדיוניות העומדות להם בכל אחד מן המסלולים שבהם בחרו להגיש את התביעה במקור. לשם כך, ניתן למשל לקיים קדם משפט בתיקים המאוחדים ולקבוע את דרכי הוכחת הטענות לאחר בירור עם בעלי הדין).

64 ראו סעיפים 40(1), 51(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.

65 בג"ץ 150/59 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד טו 106, 114 (1961); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין האיזורי בתל אביב יפו, פ"ד מח(2) 491, 499–500 (1994); פנחס גולדשטיין "הסמכות הטבועה של בית המשפט" עיוני משפט י 37, 49 (1984).

66 עניין לב, לעיל ה"ש 65, בעמ' 500.

67 לדוגמאות לכך ראו רוזן-צבי ההליך האזרחי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 227–229.

מערכת השיקולים שאותה צריך ויכול בית המשפט לשקול כאשר הוא מפעיל סמכות זו היא רחבה יותר והיא כוללת גם את יעילות הדיון, פישוטו וסופיותו.⁶⁸ אל הסמכות הטבועה מצטרפת כיום הוראת תקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, אשר קובעת כי "בית המשפט אחראי על ניהול ההליך השיפוטי לשם הגשמת המטרות שביסוד תקנות אלה; לשם כך עליו ליזום, אם נדרש, ולהחליט כל החלטה לפי תקנות אלה במטרה לקדם את התנהלותו של הליך ראוי והוגן".⁶⁹ התפיסה המנחה את התקנות היא שבית המשפט צריך "לנהל" את ההליך לפניו כדי לקדם את המטרות העומדות ביסוד התקנות. לפיכך, לבית משפט שאליו הועברו הליכים רבים יש סמכות לנהל אותם ובמסגרת זו גם לתת הוראות הנוגעות למינוי עורכי דין שיובילו את ההליך בכל צד, להכריע בשאלות משותפות לכלל ההליכים ולקדם אפשרות של פשרה כוללת אשר תשיג סופיות לצדדים, תוך שמירה על זכויותיהם. לעניין זה יש חשיבות גם להוראת תקנה 5 לתקנות, אשר מורה לבית המשפט לאזן בין האינטרס של בעלי הדין לבין האינטרס הציבורי. ניהול הליכים בדרך מאוחדת עשוי לאפשר גם איזון ראוי כזה, כפי שיוסבר להלן בפרק ג.

3. מאפייני הליכים אגרגטיביים ומיפויים

כפי שהוסבר לעיל, הליכים אגרגטיביים ניתנים לחלוקה בין הליכים שבהם מצורפים צדדים בהליך אחד לבין הליכים שבהם מאוחדות תביעות שהוגשו כתביעות נפרדות. אולם, חלוקה זו אינה ממצה את ההבחנות העומדות ביסודם של הליכים אגרגטיביים שונים. חלק זה ממפה את ההליכים האגרגטיביים ומשווה ביניהם על בסיס כמה מאפיינים אשר מתייחסים למרכיבים מרכזיים בהליך. מאפיינים אלה הם – האם יש בעל דין משותף? האם יש ייצוג משותף? מי יוזם את הצירוף – התובע, הנתבע או בית המשפט? מהו אופן הצירוף – וולונטרי או לא, והאם מתאפשר לאורך זמן? ומהם חלקי ההליך המנוהלים במשותף? למאפיינים הללו יש חשיבות רבה כאשר עומדים על האופן שבו ההליכים האגרגטיביים עשויים לממש את המטרות השונות של ההליך האזרחי וכאשר משווים אותם לניהול הליכים אינדיווידואליים נפרדים. להלן יוסברו מאפיינים אלה ולאחר מכן יוצג מיפוי ההליכים האגרגטיביים לאורם.

68 עניין לב, לעיל ה"ש 65, בעמ' 502.

69 ליישום תקנה זו בפסיקה ראו למשל רע"א 9138/20 פיסטול נ' שמעון, פס' 15 (נבו 7.2.2021) (פירוש תקנות 1, 2, 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי באופן המאפשר – ואף מחייב – את בית המשפט להעלות טענות מסוימות מיוזמתו, בנסיבות המתאימות, כדי לקדם הליך משפטי ראוי והוגן. יוער כי לשם כך נעזר השופט סולברג בתקנה 176(א), אשר מסמיכה את בית המשפט לתת הוראות לכל עניין שבסדרי הדין ולתקן כל פגם או טעות בכל הליך ובכל עת, אם ראה לנכון לעשות כן לצורך הגשמת מטרות התקנות); ת"צ (מחוזי ת"א) 1756-09 שליידר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ת"א, פס' 58–61 (נבו 12.5.2021) (פירוש התקנה באופן המקנה לבית המשפט סמכות לפנות לצדדים שלישיים במהלך הדיון).

(א) האם יש בעל דין משותף?

מאפיין ראשון ומרכזי של הליכי הציורף השונים הוא קיומו של בעל דין משותף – תובעת או נתבע, בצד אחד, אל מול ריבוי בעלי דין בצד שמנגד. כך קורה כאשר תובעת אחת מגישה תביעה נגד כמה נתבעים, כמה תובעות מגישות תביעה כנגד נתבע משותף, תובענה ייצוגית מוגשת בשם קבוצת תובעות כנגד נתבע משותף, נתבעים שונים מבקשים להכיר בהגנתם כהגנה ייצוגית או תביעות שהוגשו בבתי משפט שונים כנגד נתבע משותף מרוכזות יחד. מנגד, ייתכנו מקרים שבהם מצורפים תובעות ונתבעים בהליך אחד, למרות שלכל תובעת עילה נפרד כנגד נתבע שונה, או מקרים שבהם הליכים מצורפים יחד, למרות שהתובעים והנתבעים בהם שונים. קיומו של בעל דין משותף מגדיל את הצורך בהליך האגרגטיבי, גם בגלל הזהות בשאלות הנוגעות לנתבע ולפעולותיו, וגם בגלל האיזון שנדרש בין תמריצי השקעה בשני הצדדים. לצד המשותף המנהל את כל ההליכים מולו יש יתרון הנובע מכך שהשקעות שישקיע במחקר עובדתי ומשפטי הנוגע לשאלות שמשותפות להליכים אלה יכולות להיות מנוצלות בכל אחד מהם. לכן, הצד המשותף נהנה מ"יתרון לגודל", אשר מאפשר לו להשקיע השקעה גדולה יותר, בהשוואה לכל אחד מהצדדים הנפרדים העומדים מולו. לשם הדוגמה, נתבע שמוגשות נגדו 100 תביעות על סך 10,000 ש"ח חשוף לחבות כוללת של מיליון ש"ח. לפיכך, כדאי לו להשקיע סכום של 100,000 ש"ח כדי להפחית את הסיכוי שיחוב ביותר מ-10%. כל אחד מהתובעים, לעומתו, בוודאי לא ישקיע השקעה דומה בתביעה ששוויה המקסימלי 10,000 ש"ח. יתרה מזו, לכל אחד מהתובעים הללו יש אינטרס שתובע אחר יבצע השקעות בשאלות המשותפות, כדי שהוא יוכל ליהנות מהשקעה זו מבלי שיישא בעלותה. זו בעיית "פעולה משותפת" מסוג free riding הקיימת בהתדיינות אלה.⁷⁰ לכן, קיומו של בעל דין משותף מצדיק צירוף של בעלי הדין שמולו באופן שיוכלו לרכז את השקעותיהם ולתאמן, וזאת כדי להתגבר על ההטיה המובנית לטובת בעל הדין המשותף.

(ב) האם הייצוג נפרד או משותף?

בין אם מדובר בהליך שיש בו בעל דין משותף ובין אם לאו, בעלי הדין בכל צד יכולים להיות מיוצגים במשותף או בנפרד. שיתוף בייצוג יכול להיווצר בשלב הפתיחה של ההליך – הגשת כתב התביעה או כתב ההגנה – אולם הוא יכול להתרחש גם בשלבים מאוחרים יותר. כך, למשל, ייתכן שהליכים שהוגשו בנפרד (בין אם ישנו צד משותף ובין אם לאו) יאוחדו מאוחר יותר, ולאחר איחודם יבחרו בעלי הדין או בית המשפט למנות את אחד מעורכי הדין או קבוצה שלהם לצורך ייצוג משותף של כולם. בעל דין המיוצג בנפרד שולט בהליך ובהחלטות המתקבלות בו מטעמו באופן רחב ומשמעותי יותר מאשר בעל דין המיוצג במשותף עם בעלי דין אחרים על ידי עורכת דין אחת.⁷¹ מנגד, הייצוג המשותף מאפשר ניהול אסטרטגיה מתואמת

70 לניתוח מפורט ראו קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד", לעיל ה"ש 9.

71 אם כי תמיד יש פער שליטה בין עורכת הדין לבין הלקוח. ראו למשל HERBERT M. KRITZER, THE JUSTICE BROKER: LAWYERS & ORDINARY LITIGATION 60–67 (1990).

בין בעלי הדין, מאזן את תמריצי ההשקעה שלהם אל מול הצד שכנגד אם הוא צד משותף וחוסך בעלויות.

(ג) היוזמה לצירוף

צירופם של צדדים יכול להיעשות ביוזמתו של התובע בשלב הגשת התביעה. כך נעשה בהליכי הצירוף הרגילים בתובענה הייצוגית ובפשרה הייצוגית. הצירוף יכול להיעשות גם ביוזמת הנתבע לאחר הגשת כתב התביעה. כך נעשה בצירוף צדדים שלישיים, בצירוף צדדים נוספים על ידי הנתבע ובהגנה ייצוגית. גם צירוף הליכים יכול להיעשות ביוזמתו של נתבע משותף או בבקשה של נתבע אחד לצרף את ההליך שמתנהל נגדו לתביעה שהוגשה כנגד נתבע אחר ומתעוררות בה שאלות משותפות של עובדה או משפט. לבסוף, הצירוף יכול להיעשות ביוזמת בית המשפט, הן כאשר הוא מבקש להוסיף צדדים להליך (אף כאלה שלא צורפו על ידי אף אחד מהצדדים הקיימים) והן כאשר הוא מבקש לאחד תביעות דומות יחד.

(ד) אופן הצירוף

צירופם של צדדים או הליכים יכול להיות מותנה בהסכמתם או ללא דרישה להסכמה כזו. כאשר הצירוף כפוי בפתיחת ההליך מכוח ניסוח כתב התביעה, הוא מוגש כנגד קבוצה של נתבעים ללא צורך בהסכמתם מראש. גם כאשר מצורפים הליכים לאחר שהוגשו, בהליכי צירוף רגילים או בהליכים מורכבים דוגמת ה-GLO או ה-MDL, הצירוף נכפה עליהם – הן על התובעים והן על הנתבעים. אומנם, תובעים יכולים לעכב את הגשת התביעה על ידם עד סיום ההליך הארגוטיבי, אולם גם האפשרות הזו עשויה להיות מוגבלת, בין היתר בשל תקופות התיישנות שעלולות לפקוע. לבסוף, גם בהליכים ייצוגיים צירופה של קבוצת התובעים או הנתבעים אינו דורש את הסכמתם מראש, אלא אם ההליך מנוהל בדרך של opt-in. לעומת זאת, צירופם של תובעים בכתב תביעה אחד דורש את הסכמתם, וגם צירוף תביעות יכול להיות וולונטרי באופן מלא, כך שיצורפו רק מי שמעוניינים בכך, או לפחות כזה שאחד הצדדים מעוניין בו.

לאחר הצירוף יכולה להיות אפשרות יציאה בשלבים שונים של ההליך. כך, בהליכים ייצוגיים, ניתנת בדרך כלל אפשרות לחברי הקבוצה לצאת מהתביעה (opt-out) הן בשלב אישור התובענה הייצוגית והן בשלב הפשרה. גם בהליכי צירוף תביעות מורכבים עשויים להיות שלבים שבהם ניתן להחזיר תביעות למסלול האינדיווידואלי, לפי בחירת הצדדים.

צירוף כפוי במועד פתיחת ההליך עשוי לרכז תביעות רבות אשר היו עשויות להיות מוגשות במועדים שונים, במועד אחד. כפי שאסביר להלן, לכך עלולות להיות השפעות על יכולתו של הנתבע לעמוד בחובות שיוטלו עליו. בנוסף, מאחר שצירוף כפוי אינו מותנה בהסכמת הצדדים, כולם או חלקם, הוא עלול לפגוע באינטרסים של צדדים שלא נתנו הסכמתם. מנגד, צירוף כפוי עשוי לשרת את האינטרסים של יתר הצדדים או אינטרסים מערכתיים. כאשר הצירוף נעשה בשלבים מאוחרים להליך, אפשרות זו עלולה להביא לתופעות של free riding של בעלי דין המחכים להתפתחות ההליך כדי להחליט אם להצטרף או לא. תופעה זו עשויה להתעורר בין אם הצירוף מותנה בהסכמה ובין אם לאו, אולם היא חמורה יותר כאשר הסכמה נדרשת. כאשר

הצירוף הוא כפוי רק ביחס לתביעות שהוגשו, תובעות עלולות להימנע מלהגיש את תביעתן בשלבים מוקדמים, כדי למנוע צירוף שאינן מעוניינות בו. אולם, כאמור לעיל, לעיתים לא יוכלו להימנע מהגשת התביעה עקב שיקולי התיישנות או רצון למימוש הזכות באופן מהיר.

(ה) חלקי ההליך המנוהלים במיוחד

צירופם של צדדים או הליכים אינו מחייב דיון מאוחד לכל אורך ההליך. ניתן להפריד את ההליכים בשלבים שונים. כך, למשל, במקרים רבים בירור הנזק חייב להיעשות בהליכים נפרדים עקב הנסיבות השונות של תובעות או נתבעים שונים. אולם, ניתן להגביל את הדיון המאוחד ולקיימו בחלקים מצומצמים עוד יותר – למשל בשלב גילוי המסמכים והשאלונים, בשלב קדם המשפט והפשרה או בשלב ההוכחות לעניין העילה. כך נעשה ב־MDL. ככל שיש הבדלים רבים יותר בין בעלי הדין וההליכים השונים, כך תהיה תועלת גדולה יותר בצמצום הדיון המאוחד לחלקים מוגדרים בהליך, שאותם יעיל וצודק לנהל במיוחד.⁷²

(ו) מיפוי הליכי הצירוף לפי מאפייניהם

בהתבסס על חמישה מאפיינים אלה, ניתן למפות את הליכי הצירוף השונים. בקצה האחד נמצאים התובענה הייצוגית וההגנה הייצוגית. הליכים אלה מנוהלים כאשר בצד אחד ישנו בעל דין משותף, נתבע או תובע; ייצוגם של בעלי הדין בצד האחר הוא על ידי נציגה אחת ועורכת דינה, והן אלה שיוזמות את ההליך; הצירוף של בעלי הדין הללו נעשה במועד החלטת האישור, והוא אינו מותנה בהסכמתם למעט האפשרות שניתנת להם לפרוש מן ההליך (אפשרות שכאמור לעיל, מעטים מנצלים אותה⁷³); והדיון שנערך בתביעה כולל את כל שלבי ההליך (למעט שלב בירור הנזק אשר עשוי להתבצע באופן נפרד, אולם במקרים רבים מומר בקביעת נזק ממוצעת או כוללת⁷⁴). בקצה האחר נמצא איחוד התביעות, בעיקר בדרכים המורכבות נוסח MDL ו־GLO, אשר אינו מחייב קיומו של בעל דין משותף; משמר את הייצוג הנפרד של הצדדים; יכול להיעשות בשלבים מאוחרים של ההליך, אם כי בדרך כלל ייעשה בתחילתו;

72 על פי תקנה 63(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, בית המשפט מוסמך, במסגרת קדם משפט, להורות על דרכי הדיון בתובענה במטרה לייעלו, לפשטו ולהחישו. בכלל זה רשאי הוא אף להורות על פיצול הדיון ועל מתכונת ניהול ההליך – ראו תקנות משנה 63(ב)(4) ו־5. תקנה 76 אף קובעת כי בית משפט רשאי בכל עת להורות על הפרדת הדיון ולדון תחילה בחלק מהמחלוקות, העילות או הסעדים לצורך ייעול ההליך וככל שיראה לנכון. הוראות אלה מצטרפות לסמכותו הכללית של בית המשפט לתת הוראות לכל עניין שבסדרי דין, מכוח תקנה 176(א), לשם הגשמת מטרת התקנות, ולסמכותו הטבועה של בית המשפט, כמוסבר לעיל.

73 ראו לעיל ה"ש 27.

74 באשר לקביעת נזק כולל ראו סעיף 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות; ע"א 345/03 רייכרט נ' שמש, פ"ד סב(2) 437, פס' 61–64 לפסק דינו של השופט עדיאל (2007). באשר לקביעת נזק ממוצע ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 יורשי ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל, פס' 122–128 לפסק דינו של השופט בנימיני והאסמכתאות שם (נבו 7.10.2008).

לרוב אינו מותנה בהסכמת בעלי הדין, אולם חל רק ביחס לתביעות שהוגשו; ויכול להיות מוגבל לחלקים מסוימים בהליך.

בין הקצוות הללו מצויים הליכי הצירוף השונים. באופן כללי, גם צירוף הצדדים וגם צירוף ההליכים יכולים להיות מעוצבים באופן שמאפשר גמישות ביחס לכל אחד מחמשת מאפייני ההליך המאוחד.

בכל אחד מסוגי ההליכים המאוחדים ניתן לדרג את הדיון ולקיים חלקים מסוימים ביחס לחלק מצומצם של הצדדים וההליכים, כמקרי מבחן. מקרי המבחן האלה יכולים לשמש מדגם סטטיסטי עבור יתר ההליכים או שישמשו רק כמבחן לאופן יישום החוק לעובדות המשותפות, באופן שיאפשר לצדדים ביתר ההליכים להעריך טוב יותר את סיכוייהם ולהגיע לפשרות ראויות בעיניהם מהר יותר. השאלה באיזו מידה מחייבת תוצאת מקרי המבחן ביתר ההליכים, כהשתק או כתוצאה מנחה בלבד, גם היא נתונה לבחירתו של מי שמעצב את ההליך האגרטיבי. לבסוף, ניהול מקרי המבחן אינו מחייב קיומו של צד משותף או ניהול משותף של ההליכים, אולם הוא ידרוש תיאום ביניהם – הן לצורך בחירת ההליכים שישמשו כמקרי מבחן והן לצורך ניהולם של הליכים אלה. הטבלה להלן מסכמת את מאפייניהם של ההליכים האגרטיביים השונים שהוצגו.

צירוף הליכים		צירוף צדדים			
GLO ו-MDL	איחוד תביעות	הגנה ייצוגית	תובענה ייצוגית	צירוף צדדים	
לא בהכרח	לא בהכרח	כן	כן	כן	בעל דין משותף
חלקי	לא	כן	כן	כן	ייצוג משותף
תובע או נתבע, אולם בדרך כלל בית המשפט	תובע, נתבע או בית המשפט	נתבע	תובע	תובע, נתבע או בית המשפט	היחזמה לצירוף
כפוי ביחס לתביעות שהוגשו, לאורך זמן (תובעים ונתבעים)	כפוי ביחס לתביעות שהוגשו לפני האיחוד (תובעים ונתבעים)	כפוי (בכפוף ל-opt-out) במועד פתיחת ההליך (נתבעים)	כפוי (בכפוף ל-opt-out) במועד פתיחת ההליך (תובעים)	וולונטרי במועד פתיחת ההליך (תובע) או לאחרי (נתבע או בית המשפט)	אופן הצירוף
חלקים או כולו	חלקים	כולו	כולו	כולו	ניהול ההליך כולו או רק חלקים

ב. השפעתם של הליכים אגרגטיביים על מטרות ההליך האזרחי ועלויותיו

להליך האזרחי יש מטרות רבות – חלקן נוגעות לתוצאותיו, ואחרות מתייחסות לעצם קיומו.⁷⁵ את המטרות הללו ניתן לחלק למטרות שמתקיימות לאחר פרוץ הסכסוך – אקס פוסט – ולכאלה שקיומן נבחן עוד בטרם סכסוך פרץ, אקס אנטה.⁷⁶ מטרות אלה אינן עולות בהכרח בקנה אחד ולעיתים הן עשויות להביא לתוצאות סותרות. אולם, מטרתו של הדין במאמר אינה לעמת או להכריע בין המטרות השונות, אלא לבחון כיצד הליכים אגרגטיביים שונים מקיימים אותן ולהשוות ביניהם לבין הליכים אינדיווידואליים.

פרק זה מציג תחילה בקצרה את מטרות ההליך האזרחי ולאחר מכן בוחן את מימושן בהליכים אגרגטיביים מול הליכים אינדיווידואליים. הטענה המרכזית בפרק היא שככל שמשקלן של השאלות המשותפות בין ההליכים השונים הוא גדול יותר, הליכים אגרגטיביים יקיימו באופן מלא יותר את מטרות ההליך האזרחי ויחסכו בעלויותיו. הצבתם של ההליכים האגרגטיביים כחלופה עדיפה מול הליכים אינדיווידואליים, במקרים המתאימים, מאפשרת להרחיב את תפריט הפתרונות הדיוניים ולתת מענה למימוש יעיל וצודק של זכויות וחובות בדין המהותי. הפרק הבא עוסק במציאת ההליך האגרגטיבי המתאים לצורך מימוש מטרות ההליך האזרחי, בתלות בנסיבות שבהן מתעוררות השאלות המשותפות בהליכים האינדיווידואליים השונים.

1. מטרות אקס פוסט

(א) גישה לבית המשפט והליך ראוי

זכות הגישה לבית המשפט הינה זכות חוקתית, שההליך המשפטי צריך להבטיחה.⁷⁷ הזכות צריכה להיות מקוימת הן ביחס לצד התובעת והן ביחס לצד הנתבע. בין היתר יש להבטיח שעלויותיו של ההליך והדרישות השונות שהוא מציב לצדדים אינן מונעות מהם את ניהולו של ההליך באופן אפקטיבי. זכות קשורה היא הזכות להליך ראוי, שבתי המשפט גזרו אותה בעבר במקרים רבים מזכות הגישה לבית המשפט, ואילו כיום היא נמצאת כאחת מעקרונות היסוד בתקנות סדר הדין האזרחי.⁷⁸ זכות זו כוללת, בין היתר, את הזכות להמצאה (notice),⁷⁹ הזכות

75 רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 92–93.

76 אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** ז 75, 81–83 (2007); אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" **הגישה הכלכלית למשפט** 997 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

77 לדיון במעמדה החוקתי של זכות הגישה לבית המשפט ראו שלמה לוין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" **הפרקליט** מב 451, 452–455 (1996); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" **מבחר כתבים** כרך ג – עיונים חוקתיים 316, 323–326 (2017).

78 רע"א 8473/99 **כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' שגב**, פ"ד נה(1) 337, 342 (1999); ראו תקנה 1 לתקנות 2018 ("מטרות תקנות סדר הדין האזרחי הן לקבוע סדר דין לניהול ההליכים האזרחיים בבית המשפט, ליצור ודאות דיונית, למנוע שרירותיות ולהגשים את העקרונות החוקתיים העומדים ביסודו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, כדי להגיע לחקר האמת, ולהשיג תוצאה נכונה

להישמע בהליך,⁸⁰ הזכות להליך שוויוני והוגן,⁸¹ הזכות להכרעה ניטרלית ורציונלית בסכסוך,⁸² הזכות לייצוג משפטי⁸³ והזכות להליך יעיל ולהכרעה בסכסוך תוך זמן סביר.⁸⁴

(ב) מתן סעד הולם

ההליך המשפטי צריך לאפשר לצדדים הכרעה בסעדים שמתבקשים על ידי התובעת, הענקתם כאשר הדבר ראוי ומימושם לאחר מכן. הסעדים עשויים להיות סעדים כספיים, צווי עשה וצווי מניעה וסעדים הצהרתיים. הלימותו של הסעד נבחנת מנקודת מבטה של התובעת, בהסתמך על זכויותיה כפי שהוכחו בהליך.

(ג) אכיפת החוק

ככל שהסעדים הניתנים בהליך המשפטי הם צווי עשה, צווי מניעה וסעדים הצהרתיים, הם מחייבים את הנתבע לפעול בהתאם לחובותיו על פי דין. לכן, ההליך המשפטי מחייב את הנתבע לפעול כדין בעתיד, אף אם לא עשה כך לפני כן.

(ד) שוויון

ההליך המשפטי צריך להתנהל באופן שוויוני בין שני צדדיו, כך שלאף אחד מהם לא יהיה יתרון בניהולו מעבר ליתרונות שנובעים מהוראות הדין המהותי והמסגרת העובדתית

ופתרון צודק של הסכסוך"). להגדרת "הליך שיפוטי ראוי והוגן", ראו תקנה 2 לתקנות אלה ("הליך שיפוטי ראוי והוגן מתקיים במערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה שהוקמה לפי דין, נגישה לציבור, מקיימת דיון לפי כללי הצדק הטבעי, מכריעה בתוך זמן סביר על יסוד הטענות ההרדיות המובאות לפניה, מנהלת את ההליך ופוסקת בו באופן שוויוני, מידתי ויעיל וממקמת את החלטותיה").

79 רע"א 4776/13 *Milgerd Nominees Pty Limited v Max Donnelly*, פס' 17–18 לפסק הדין של השופט דניציגר (נבו 29.9.2013) ("לבעל דין זכות דיונית להיחשף לטענותיו של בעל הדין היריב, על מנת לאפשר לו להתגונן מפני טענות יריבו או להגיב עליהן. זכות זו הינה חיונית על מנת להגשים את העיקרון המחייב ניהול הליך דיוני ראוי, הוגן ושוויוני [...] עיקרון זה חל כמובן גם לעניין טיעונים בכתב, שאז זכאי בעל דין לעיין בכתבי טענותיהם של יתר הצדדים להליך. לשם כך קובעות תקנות סדר הדין האזרחי כי על בעל דין מוטלת החובה להמציא את כתבי טענותיו ליתר הצדדים בהליך").

80 רע"א 1441/02 *פרץ נ' שטרן* (נבו 15.4.2002) ("זכות הערעור היא זכות יסוד באופן שלכל אדם הזכות להישמע בבית משפט, פעם בערכאה ראשונה ופעם אחת בערכאת ערעור").

81 ע"א (מחוזי חי') 3283/06 *עדרי נ' עדרי*, פס' 13 לפסק הדין של השופטת וסרקרוג (נבו 24.10.2007) ("יסודותיה של מערכת שיפוטית ראויה כוללים בין היתר לא רק זמינות לבעל הדין היוזם את ההליך, אלא ניהול הליך שוויוני בין כל בעלי הדין [...] משהוגדרה זכות הגישה למערכת השיפוטית כזכות עצמאית, יש לפרש גם את סדרי הדין בדרך תואמת, באופן שיהא בהם כדי להבטיח דיון מלא, יעיל, הוגן ושוויוני").

82 לעניין ניטרליות שיפוטית ראו רוזן-צבי *ההליך האזרחי*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 73–76; לדיון ברציונליות בקבלת החלטות שיפוטיות כערך דיוני עצמאי ראו שם, בעמ' 103–105.

83 יורם רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי" *המשפט* 1 ו 225, 243 (2001).

84 שלמה לויין *תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד* 88–90 (מהדורה שנייה 2008).

הרלוונטיות בהליך.⁸⁵ בנוסף, צריך שיתקיים שוויון בין הליכים שונים, הן מבחינת המשאבים המוקצים לכל אחד מהם, הן מבחינת משך הזמן שכל אחד מהם אורך והן מבחינת התוצאות הצפויות בכל אחד מהם. ככל שיש דמיון בנסיבותיהם של הליכים שונים, כך יש לצפות שתוצאותיהם יהיו דומות.

(ה) סופיות

תוצאת ההליך המשפטי צריכה לספק סופיות לסכסוך שבין הצדדים. עם קבלת פסק דין סופי, ראוי שכל אחד מהצדדים יוכל להניח מאחוריו את נסיבות הסכסוך ואת הסיכויים והסיכונים הכרוכים בו ולהמשיך לנהל את חייו ופעילותו העסקית והחברתית באופן בלתי תלוי בסכסוך.

2. מטרת אקס אנטה

(א) הרתעה

האפשרות שייפסק סעד כספי כנגד הנתבע מובאת על ידו בחשבון בשלב שבו הוא מחליט על האופן שבו ינהג, עוד לפני שפרץ סכסוך: מה אמצעי הזהירות שאותם ינקוט כדי למנוע נזקים לאחרים? איך יקיים את התחייבויותיו החוזיות? כיצד ינהל את המשטר התאגידי בחברות שבהן הוא פועל? ועוד. לכן, קיומו של הליך משפטי אשר בו ייקבע הסעד הראוי בהינתן התנהלותו של הנתבע – סעד שיהיה מדויק וייפסק כנגד הנתבע רק כאשר לא מילא את חובותיו, ורק בסכום הראוי לאור הוראות הדין המהותי – הוא הכרחי להנחיית התנהגותו של הנתבע, בטרם פרץ הסכסוך. יחד עם זאת, יש להבחין בין שני סוגים של חוסר דיוק במתן הסעד, שהשפעתם על הרתעה היא שונה. הסעד יכול להיות מדויק בממוצע, אולם בלתי מדויק ביחס לכל מקרה ומקרה. כך, למשל, ייתכן שהפיצוי שניתן בגין אובדן כושר הכנסה הוא 100, ואילו האובדן בפועל יכול להיות כל ערך בין 50 ל-150 בהסתברות שווה. אם הנתבע אינו יכול לחזות את הנזק שהוא גורם במדויק, אלא רק את הנזק הממוצע שיגרום, לפסיקת הערך הממוצע אין השפעה על התנהגותו ולכן אין לה השפעה על מטרת ההרתעה. הסיבה לכך היא שהפיצוי שנפסק נגדו, בממוצע, אינו מוטה לטובתו או לרעתו. לעומת זאת, אם הסעד אינו מדויק, אולם הוא מוטה לצד אחד, ואם הנתבע יכול לחזות מראש את ההטיה, הדבר ישליך על התנהגותו. כך, למשל, אם הנתבע יודע שבכל פעם שהוא גורם נזק של 100 הוא ישלם בממוצע 80, הדבר עלול לגרום להרתעת חסר.⁸⁶

(ב) ביטוח

הלימותו של הסעד שניתן יכולה להיבחן גם מנקודת המבט טרם פרוץ הסכסוך. ככל שמדובר בסעדים כספיים, מטרה מרכזית של הפיצוי בדיעבד היא מתן ביטוח לנפגעים מפני נזקים

85 רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 30–32; עניין לב, לעיל ה"ש 65, בעמ' 503 ("כל הסדר דיוני חייב לנקוט שוויון בין המתדיינים").

86 לדיון ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 76, בעמ' 1010–1011; Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 J. LEGAL STUD. 307 (1994).

משמעותיים. זאת, בדומה לתשלומי הביטוח שהיו מקבלים אילו היו מתקשרים בחוזה ביטוח במועד שקודם לאירוע הביטוחי. הביטוח מפחית את הסיכונים בהתנהלותם של פרטים וחברות ויש לו חשיבות רבה ברווחתם, בעיקר כאשר הנזקים הצפויים הם גבוהים.⁸⁷ מנקודת מבט זו, המטרה בפיצוי על ידי נתבע שגרם לנזק היא לבטח את הניזוק מפני הסיכון שבנזקים עתידיים שייגרמו לו.⁸⁸

בעוד שבדיעבד הניזוק תמיד ירצה לקבל פיצוי בגין הנזק שנגרם לו ויהיה מוכן לשלם עבור הפיצוי הזה כל סכום שנמוך מגובה הפיצוי, הדבר אינו כך במועד שקודם לאירוע שגרם את הנזק. כדי להיווכח בכך צריך לבחון את הסכמי הביטוח הקיימים בשוק הביטוח. כך, למשל, בשוק הביטוח לא ניתן לרכוש ביטוחים בגין נזקים נמוכים אשר נגרמים מדי יום. הסיבה לכך היא שהעלויות הכרוכות בביטוח כזה, מראש, עולות על התועלת שבו. אנשים אינם שונאי סיכון ביחס לנזקים נמוכים, ולכן ביטוח בגין נזקים אלה, שעלותו האקטוארית שווה לתוחלת הנזקים הללו, אינו רצוי. לשם הדוגמה, אנשים לא ירכשו ביטוח כנגד נזק של 100 ש"ח אשר ייגרם בסיכוי של 50%. עלותו של ביטוח כזה תהיה לפחות 50 ש"ח – תוחלת הפיצוי שהמבטח יצטרך לשלם, ולכן אנשים אדישים לסיכון (בסכומים נמוכים) לא ירכשו אותו. באופן דומה, אם כי מסיבות מורכבות יותר, שוק הביטוח אינו מספק ביטוח לנזקים שאינם ממוניים.⁸⁹ לפיכך, ככל שהמטרה בהליך האזרחי היא ביטוחם של נפגעים כנגד נזקים עתידיים שייגרמו להם על ידי מעוולים, מטרה זו ראויה במקרים שבהם ערך הפיצוי מנקודת מבט ביטוחית, טרם האירוע שגרם לנזק, עולה על עלויות הליטיגציה הכוללות – של הצדדים ושל מערכת המשפט – הנדרשות כדי לממש את הפיצוי.

3. השפעתם של הליכים אגרגטיביים על מטרות ההליך ועלויותיו

במבט ראשון, נראה שהמעבר מכמה הליכים אינדיווידואליים שבהם עולות שאלות משותפות להליך אגרגטיבי אחד מיועד לחסוך בעלויות. בה בעת, נראה שהצירוף של הליכים יחד עלול לפגוע ביחידים המרכיבים את הקבוצה ולהשפיע לרעה על קיומן של מטרות ההליך. כפי שיוסבר להלן, שתי ההנחות הללו אינן מבוססות. ההליך האגרגטיבי עשוי להקטין את עלויות ההליך, אולם הוא עלול גם להגדילן. מנגד, ההליך האגרגטיבי עשוי לפגוע במטרותיו של ההליך האזרחי, אולם הוא עשוי גם לממש אותן טוב יותר, בהשוואה לאופן שבו מטרות אלה ממומשות בהליך האינדיווידואלי. ביחס לכל אחת ממטרות ההליך האזרחי, ישנם מקרים שבהם תהיה עדיפות להליכים אינדיווידואליים ומקרים שבהם דווקא ההליך האגרגטיבי יועדף. הדיון להלן מבסס טענה זו, תוך בחינה של כל אחת ממטרות ההליך האזרחי ושל עלויותיו.

87 לדיון במטרת הביטוח בדיון הנוזקי ראו STEVE SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 186–205 (1987).

88 לדיון בתיאוריה של "ביטוח אופטימלי" ראו CHARLES FRIED & DAVID ROSENBERG, MAKING TORT LAW: WHAT SHOULD BE DONE AND WHO SHOULD DO IT 20–22 (1995).

89 להצגת השאלה האם היעדר ביטוח לנזקים שאינם ממוניים נובע מהיעדר ביקוש או מהיעדר היצע אשר נובע מכשלי שוק ראו רונן אברהם "ביטוח" הגישה הכלכלית למשפט 925, 957, ה"ש 50 והאסמכתאות שם (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

לצורך הדיון חשוב להבחין בין תביעות אינדיווידואליות שערכן הצפוי לתובע נמוך מעלויות ההתדיינות הצפויות לו לתביעות שערכן הצפוי גבוה יותר מהעלויות. תביעות מהסוג הראשון אינן מוגשות, והדרך היחידה לאפשר את בחינתן היא באמצעות ההליך האגרטיבי, אשר מנצל יתרונות לגודל כדי להפחית את סך העלויות.⁹⁰ לכן, ההשוואה ביחס לתביעות אלה בין ההליך האינדיווידואלי לבין ההליך האגרטיבי היא עקרה. הליכים אינדיווידואליים כלל אינם יכולים להתקיים, ולכן החלופה האגרטיבית היא החלופה היחידה למימוש מטרות ההליך האזרחי, אף אם אינה עושה זאת באופן אופטימלי. מנגד, תביעות שבהן ערך הנטו הצפוי (הערך הצפוי בניכוי העלויות) הוא חיובי עשויות להיות מוגשות גם כתביעות אינדיווידואליות. ביחס לתביעות אלה, ההשוואה בין החלופה האינדיווידואלית לבין החלופה האגרטיבית הופכת למעניינת, ולכן הדיון יתמקד ברובו במקרים אלה.

(א) עלויות ההליך

ההליך המשפטי דורש השקעה של משאבים וזמן. מערכת בתי המשפט דורשת השקעת משאבים ציבוריים, וניהול ההליך על ידי הצדדים דורש השקעת משאביהם הפרטיים. מאחר שההליך המשפטי מתנהל לאורך זמן ומאחר שמספרם של השופטים ובתי המשפט הוא מוגבל, גם הזמן הוא משאב מוגבל. התוצאה היא שלא ניתן להשיג את כל המטרות, בכל הליכים, ויש צורך לתעדף אותם. ההליך המשפטי צריך להיות מעוצב באופן שמטרותיו יושגו תוך צמצום העלויות הנובעות מכך. מאחר שהצדדים אינם מפנימים את מלוא העלויות, כמו גם את מלוא התועלות מההליך, התנהלותם בהליך אינה בהכרח אופטימלית מנקודת המבט החברתית.⁹¹ לכן, ההליך צריך להיות מעוצב באופן שיכוון את התנהלותם להיות קרובה ככל שניתן לזו האופטימלית. הכוונת ההתנהלות נוגעת להתנהלות בהליך, למשאבים ולזמן שהצדדים מוציאים בו וגורמים לצדדים האחרים ולמערכת המשפט להוציא.

חשוב לזכור שעלויותיהם של הליכים משפטיים נגזרות לא רק מהעלויות הנגרמות בכל הליך, אלא גם ממספר ההליכים הנפתחים ומאחוז הפשרות בהליכים שנפתחו. ככל שצדדים מונעים לקיים את חובותיהם וככל שהם מצליחים לפתור סכסוכים מחוץ למערכת המשפט, נחסכים משאבים וזמן. בדומה, ככל שהליכים מסתיימים בפשרות וככל שאלה מושגות בשלב מוקדם יותר של ההליך, כך נחסכות העלויות הנותרות. אין בהכרח התאמה בין חיסכון בעלויות בכל הליך לחיסכון בסך העלויות של כלל ההליכים. ייתכן שהליכים שיהיו יקרים יותר יביאו לכך שצדדים יהיה אינטרס לקיים את חובותיהם ויצליחו לפתור סכסוכים שיתגלעו ביניהם, וכך יצומצם מספר ההליכים שמוגשים, וסך העלויות של ההליכים המשפטיים שמוגשים יקטן.

90 קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד", לעיל ה"ש 9, בעמ' 393–398 Lucian A. Bebchuk & Alon Klement, *Negative-Expected-Value Suits*, in *PROCEDURAL LAW AND ECONOMICS* 341 (Chris W. Sanchirico ed., 2012).

91 ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל, ה"ש 76, בעמ' 1003–1007.

מנגד, ייתכן שעלותו הגבוהה של ההליך תביא לכך שתובעים יימנעו מלתבוע, שאז מספר ההפרות על ידי נתבעים פוטנציאליים יגדל, אולם במקרים רבים לא יוגשו תביעות.⁹² מטרה מרכזית של צירוף צדדים והליכים היא חיסכון בעלויות. כאשר יש עלויות שחוזרות בכל הליך, יכול להיות יתרון לגודל (scale efficiency) לריכוז של צדדים בהליך אחד. במקום להוציא את אותן עלויות כמה פעמים, ניתן להוציאן רק פעם אחת.⁹³ כך, למשל, ניסוח כתב תביעה עבור כמה תובעים יחד, על ידי עורכת דין אחת, חוסך את העלויות שבהתקשרות עם עורכי דין נפרדים בכל הליך וניסוח כתב תביעה על ידי כל אחד מהם בנפרד. מנגד, ריכוזם של צדדים והליכים שונים בהליך אחד עלול להגדיל את העלויות שאינן חוזרות. הסרבול בנייהול הליך רב משתתפים, כמו גם העלויות הנוספות לכל צד בגין מעורבותו בהליכים אחרים שאין לו עניין ישיר בהם, עלולים להגדיל את העלויות הכוללות בהשוואה לסך העלויות בהליכים נפרדים. לדוגמה, הצורך בנוכחותם של עורכי הדין של כל הצדדים במהלך החקירות הנגדיות בהליך המשותף והאפשרות של כל אחד מהם לחקור כל עד עלולים להגדיל את העלויות עבור כל אחד מהמיוצגים. לפיכך, בהכרעה האם לנהל הליך אגרגטיבי מכל סוג שהוא צריך לבחון עד כמה הוא מביא ליתרונות לגודל וחוסך בעלויות חוזרות, ומנגד עד כמה הוא מסרב את ההליך עבור כל אחד מהמשתתפים ומטיל עליו עלויות הנובעות מהדיון המשותף, בנושאים ושאלות שאינם רלוונטיים לתביעתו האינדיווידואלית.

כאשר יש צד משותף וכאשר הייצוג הוא משותף, החיסכון בעלויות בצירוף יהיה משמעותי. בנוסף, כאשר ניתן להפריד בין חלקים בהליך שינוהלו במאוחד לבין חלקים שינוהלו בנפרד, אפשר למנוע את הסרבול והעלויות המיותרות שעלולים להיווצר כתוצאה מהצירוף. לכן, שלושת המאפיינים הללו חשובים לצורך חיסכון בעלויות. המאפיינים האחרים – היוזמה לצירוף ואופן הצירוף – אינם משפיעים ישירות על עלויות ההליך. יחד עם זאת, כאשר היוזמה לצירוף היא של בית המשפט וכאשר הצירוף אינו נתון להחלטת הצדדים, ניתן לקבוע שהצירוף יתבצע רק כאשר הדבר יביא לחיסכון בעלויות, גם כאשר אחד הצדדים הישירים להליך עלול לספוג עלויות נוספות עקב כך או כאשר הצירוף אינו משרת את מטרותיו.

יש לזכור שעלויות ההליך נחסכות כאשר הוא אינו מוגש או כאשר הוא מוגש אבל מסתיים בפשרה. לכן, צריך לבחון לא רק את ההשפעה הישירה של הצירוף על גובה העלויות בהליך, אלא גם את ההשפעה העקיפה, דרך השפעתו על התמריץ לתבוע ועל הסיכוי לפשרה. כאשר הצירוף מקטין את עלויות ההתדיינות הוא מעודד הגשת תביעות. הדבר נכון בעיקר בהליך התובענה הייצוגית, אשר מאפשר הגשתן של תביעות שכל אחת מהן לא הייתה מוגשת כתביעה

92 מובן שאז לא יושגו מטרות ההליך, אלא אם יש מתאם בין התביעות שמוגשות לבין סיכויי הצלחתן והבסיס המשפטי והעובדתי שלהן. כאשר מדובר בתביעות בסכומים גבוהים, מתאם כזה הוא סביר, אולם כשמדובר בתביעות בסכומים נמוכים, אין סיבה להניח שהוא קיים.

93 לדיון ביתרון זה כמאפיין משותף לתובענות ייצוגיות ותביעות המוניות ראו סטיבן גולדשטיין וטליה פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" **משפטים** לד 21, 24 (2004). כן ראו את הדיון לעיל בפרק א בהקשר הייצוגי. לדיון כללי בשאלה כיצד צירופו של צד להליך משפיע על עלויותיו ראו קלמנט "צירוף צדדים זרים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 175–177.

אינדיווידואלית.⁹⁴ יחד עם זאת, התובענה הייצוגית יכולה לשמש גם לצירופן של תביעות שהשווי של כל אחת מהן הוא גבוה מספיק כדי שתוגש גם כתביעה אינדיווידואלית.⁹⁵ במקרה כזה, צירופן של התביעות יחד בהליך אחד חוסך עלויות למערכת המשפט. באשר להשפעה על פשרות, הגורמים המשפיעים על הסיכוי לפשרה כוללים את גובה עלויות ההתדיינות, המידע הפרטי שמצוי בידי כל צד ולא בידי הצד האחר, פערים בהערכות הצדדים את סיכויי ההצלחה בתביעה, התנהלותם האסטרטגית של הצדדים במשא ומתן ופערים באינטרסים בין הצדדים לבין מייצגיהם.⁹⁶ לפיכך, אין דרך לקבוע באופן כללי, מבלי להתייחס למאפייני הסכסוך, האם הצירוף יגדיל או יקטין את הסיכוי לפשרה. יחד עם זאת, ככל שהצירוף מאפשר שימוש במקרי מבחן ובכלים סטטיסטיים להערכת סיכויי התביעה ושווייה וככל שריכוז ההליכים כנגד צד משותף ובאמצעות ייצוג משותף מגדיל את סיכויי הפשרה (והדבר אינו הכרחי), הצירוף יביא להקטנת עלויות ההליך לצדדים ולבית המשפט.

(ב) מטרת ההליך

(1) גישה לבית המשפט והליך ראוי

כאמור, הליכים אגרגטיביים עשויים לאפשר גישה לבית המשפט אם הם מפחיתים מעלויות ההתדיינות הצפויות לבעל דין. תובע שלא היה מגיש את תביעתו משום ששווייה נמוך עשוי להיות בכל זאת מיוצג בהליך ייצוגי.⁹⁷ נתבע שהיה מתקשה לנהל את הגנתו בתביעה שדורשת בירורים עובדתיים ומשפטיים מורכבים עשוי ליהנות מצירוף עם נתבעים אחרים וביצוע הבירורים הללו במשותף. יחד עם זאת, ככל הליך אגרגטיבי השליטה של כל בעל דין באופן ניהול ההליך פוחתת. המידה שבה השליטה בהליך פוחתת תלויה באופן הייצוג, האם הוא נותר נפרד או שהוא נעשה במשותף, באופן הצירוף, האם הוא וולונטרי או לא, ובהיקף הצירוף – האם הוא נעשה לצורך חלקים בהליך או לצורך ההליך כולו. ההליך האגרגטיבי מקיים את זכות הגישה לבית המשפט באופן "קולקטיבי" בלבד, עבור הקבוצה, אך לא עבור כל אחד מפרטיה. לכן, ככל שזכות הגישה האינדיווידואלית חשובה יותר, כך פוחת יתרונן של הצירוף, ואף אם הוא מתאפשר, הצורך להפריד את הייצוג, לאפשר הצטרפות ופרישה וולונטריים ולהפריד חלקים משמעותיים יותר בהליך מגדילים את עלויות ההליך המאוחד.

באשר למטרה הנוגעת לקיומו של הליך ראוי, יש לה כאמור לעיל מופעים שונים, שחלקם מקודמים בהליך המאוחד וחלקם נפגעים כתוצאה ממנו. כך, ההליך המאוחד עשוי להיות שוויוני והוגן יותר, בגלל איזון התמריצים בין הצדדים, בעיקר כאשר יש צד משותף מנגד. גם הזכות לייצוג משפטי והזכות להליך יעיל ולהכרעה בסכסוך תוך זמן סביר עשויות להיות

94 ראו קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד", לעיל ה"ש 9.
95 ת"צ (מחוזי מר) 14144-05-09 איפקס חיתום וניהול הנפקות בע"מ נ' הראל ניהול קרנות בע"מ, פס' 12–26 לפסק הדין של השופט גרוסקופף והאסמכתאות שם (נבו 3.10.2010).

96 קלמנט "סדר דין אזרחי", לעיל ה"ש 76, בעמ' 1012–1015.

97 ראו Alon Klement & Keren Weinshall-Margel, *Cost-Benefit Analysis of Class Actions: An Israeli Perspective*, 172 JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS, 75 (2016).

מושגות באופן טוב יותר בהליך המאוחד, ובלבד שהייצוג שניתן ראוי ומתחשב בזכויות ובאינטרסים של המיוצגים. במקרים רבים, הייצוג המאוחד מחמיר את בעיית הנציג ופערי המידע והאינטרסים שבין עורכת הדין לבין בעלי הדין המיוצגים, ואז כמובן נפגע חלק זה של הזכות להליך ראוי.⁹⁸ מנגד, בהליך מאוחד יש צורך להבטיח יידוע של בעלי הדין ביחס להליך ולהחלטות שמתקבלות בו, ובדרך כלל זכותו של כל אחד מהם להישמע בהליך תיפגע עקב הצירוף.⁹⁹ כמו ביחס לזכות הגישה לבית המשפט, כך גם כאן, צריך לאפיין את חשיבותן של כל אחת ממטרות המשנה הללו ולקבוע האם יש להשתמש בייצוג משותף, לאפשר הצטרפות ופרישה וולונטריים ולאחד את הצדדים או ההליכים רק לחלקים מסוימים בהליך.

(2) מתן סעד הולם ואכיפת החוק

הליך מאוחד יביא לעיתים קרובות למיצוע (averaging) של סעדים כספיים הניתנים לתובעים או נפסקים כנגד נתבעים.¹⁰⁰ ככל שחלק משמעותי יותר בהליך מתנהל במאוחד, הן ביחס לקביעת האחריות בעילות שנתבעו והן ביחס לגובה הסעד הכספי, כך פוחתת האפשרות להתאים את הסעד לנסיבות הייחודיות לכל בעל דין. לכן, הסעד הכספי שייפסק לא יהיה מדויק, אלא יהיה נכון בממוצע, לקבוצת התובעים או הנתבעים, או לתת-קבוצה בתוכם. יחד עם זאת, הליך מאוחד יכול לתקן הטיה מובנית בתוצאות ההליך כאשר היא נובעת מחוסר איזון בתמריצי ההשקעה בין הצדדים. הדבר נכון בעיקר כאשר ישנו בעל דין משותף באחד הצדדים וכאשר בעלי הדין בצד שכנגד יהיו מיוצגים במשותף. במקרים אלה, למרות שההליך המאוחד ממצע את הסעד הכספי, הסעד הזה יהיה קרוב יותר לסעד המדויק מאשר הסעד שהיה ניתן בהליך האינדיווידואלי.¹⁰¹

ככל שמדובר בצווי עשה, צווי מניעה וסעדים הצהרתיים המיועדים לאכוף את הוראות החוק, סעדים אלה עשויים לחול מטבעם על קבוצה של תובעים או נתבעים. כך, למשל, במקרה של צו המורה על הסרת מפגע סביבתי, אשר פועל לטובת כל מי שנפגעים מאותו מפגע. דוגמה נוספת היא סעד הצהרתי המורה על פרשנותו הנכונה של חוזה אחיד שעל עותקים שלו חתמו תובעים רבים מול נתבעים רבים. במקרים אלה, ההליך המאוחד מונע חוסר אחידות בתוצאות אשר עלול להביא לקונפליקט בין הכרעות שונות שניתנות ביחס לאותו סעד. חוסר האחידות הזה עלול להוביל לעיתים אף להתנהלות אסטרטגית, בעיקר על ידי תובעים אשר מגישים את

98 John C. Coffee, Jr., *The Regulation of* למשל בהקשרים ייצוגיים ראו למשל *Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Actions*, 54 U. CHI. L. REV. 877 (1987); Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Millert, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1, 19–27 (1991).

99 Jack B. Weinstein, *Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, 88 NW. U. L. REV. 469, 495–498 (1994).

100 ראו Coffee, לעיל ה"ש 98, בעמ' 917; ALI, לעיל ה"ש 18, § 1.04(f).

101 Bruce L. Hay & David Rosenberg, *The Individual Justice of Averaging* (John M. Olin Ctr. For Law, Econ., & Bus., Harvard Law Sch., Discussion Paper No. 285, 2000).

תביעותיהם בזו אחר זו, עד שאחד מהם מצליח להשיג את הסעד המבוקש.¹⁰² לפיכך, בסעדים מסוג זה יש יתרון מובנה בהליך מאוחד, וזאת בנוסף על איזון פערי הכוחות, אשר, בדומה לדיון בסעדים כספיים, עלול להתקיים כאשר באחד הצדדים ישנו בעל דין משותף.

(3) שוויון

צירוף צדדים והליכים מביא לשוויון הן בין שני הצדדים להליך – תובעים ונתבעים, והן בין בעלי דין הנמצאים באותו צד. איזון האינטרסים בין שני הצדדים, בעיקר כאשר בצד אחד יש בעל דין משותף, וכאשר מתאפשר ייצוג משותף של בעלי הדין הנפרדים בצד שכנגד, מביא לשוויון בתמריצי ההשקעה של הצדדים ולפיכך מנטרל יתרונות מובנים שיש לבעל הדין המשותף בניהול ההליך והמשא ומתן לפשרה. בנוסף, ניהול ההליכים במאחד מונע תוצאות סותרות ביניהם ובכך משיג שוויון בין בעלי דין המצויים באותו צד. זאת, בניגוד לניהול ההליכים בנפרד, אשר עלול להוביל לתוצאות שונות בגלל ההבדל בשופטת, בעורכי הדין ובאופן שבו מתנהל כל אחד מההליכים.¹⁰³ כאשר הצירוף להליך אינו וולונטרי, השגת השוויון בין בעלי הדין באותו צד בהליכים נפרדים עשויה להיות משמעותית אם היא מונעת התנהלות אסטרטגית יתרון על ידי חלק מאותם בעלי דין (למשל, בדרך של פשרה מוקדמת).

(4) סופיות

צירוף צדדים והליכים מסייע להשגת סופיות עבור בעל דין משותף, בעיקר כאשר בעל הדין הזה הוא הנתבע. ההליך המאוחד מאפשר לו לסיים את המחלוקת עם כלל התובעים שמולו ולמנוע חשיפה נוספת לתביעות בעתיד. מרכיב חיוני להשגת סופיות הוא צירוף לא וולונטרי ומלא, תוך חסימת הליכים נוספים שלא הוגשו במועד. זהו יתרון עבור בעל הדין המשותף, ולכן כאשר הוא חשוף לתביעות אינדיווידואליות ששוויין מצדיק את הגשתן וניהולן גם בנפרד, תהיה לו העדפה לצירופן יחד ולהכרעה או פשרה בהן במאחד.

יחד עם זאת, הצירוף עלול לפגוע בסופיות, כאשר ההבדלים שבין התביעות השונות מכתיבים את צמצומן לעילות ולסעדים מסוימים, גם כאשר הנסיבות העובדתיות בכל הליך נפרד עשויות לאפשר עילות וסעדים נוספים. לדוגמה, כאשר מוגשת תביעה של עובדים כנגד מעסיק בגין אי־תשלום שכר שעות נוספות, ייתכן שלכל אחד מהעובדים יש עילות נוספות הנוגעות להעסקתו. צירוף העובדים יחד בתביעה אחת עשוי לחייב הותרתן של עילות אלה לתביעות נפרדות, וכתוצאה מכך, לפגיעה בסופיות שיכול כל אחד מהתובעים להשיג, והותרת הנתבע חשוף לתביעות נוספות נפרדות. כאשר ניתן לנהל את ההליך המאוחד יחד עם ההליכים הנפרדים, תוך הפרדת שלבים שונים בהם, ועם אפשרות להשגת פשרות כוללות בכלל

102 זאת בהנחה שההכרעה בתביעה הראשונה אינה מחייבת את יתר התובעים, או מונעת ממנו תביעה מכוח השתק. ראו Taylor v. Sturgell, 128 S.Ct. 2161 (2008).

103 אומנם, מנקודת המבט טרם פרוץ הסכסוך, ייתכן שהבדלים אלה אינם ניתנים לחיזוי ולפיכך אינם פוגעים בשוויון בנקודת הזמן הזו. אולם מנקודת הזמן שלאחר פרוץ הסכסוך, ההבחנה בתוצאות אינה שוויונית.

ההליכים, אפשר להתגבר על הקושי הזה, אולם הדבר עלול להפחית מיעילותו של ההליך המאוחד ולהגדיל את עלויותיו.

(5) הרתעה

כפי שהוסבר לעיל, ההליך המאוחד "ממצע" את תוצאות ההליכים האינדיווידואליים. בכך הוא פחות מדויק מהם. מנגד, הוא יכול לאזן את תמריצי ההשקעה של הצדדים, בעיקר כאשר אחד מהם הוא בעל דין משותף, וכתוצאה מכך נמנעות הטיות בהליך לטובת אחד הצדדים. במקרים שבהם צד ההליך אינו יכול לצפות את התוצאה המדויקת מראש, טרם פרוץ הסכסוך, אלא רק את התוצאה הצפויה (שהיא, בעצם, הממוצע), המיוצע אינו פוגע בהרתעה.¹⁰⁴ בנוסף, כאשר צד ההליך אינדיווידואלי יכול לצפות הטיות שמובנות בהליך זה לפני פרוץ הסכסוך, הדבר משפיע על התנהגותו ולכן פוגע בהרתעה. במקרה כזה, הצירוף יכול לסייע להשגת הרתעה אופטימלית. למרות זאת, כאשר המיוצע בהליך המאוחד מבטל הבדלים בין בעלי דין שונים, אשר נובעים מהתנהגותם טרם פרוץ הסכסוך, הדבר פוגע בהכוונת ההתנהגות שלהם ולכן בהרתעתם.

כדי להדגים את ההשפעה על ההרתעה, נניח דוגמה שבה יש תובעים רבים אשר רכשו מוצר פגום שיוצר על ידי נתבעת משותפת. הנזק לכל תובע תלוי במאפיינים אישיים שלו, אולם מנקודת מבטה של הנתבעת, אשר צריכה להפנים את הנזקים שהיא גורמת, השונות בנזקים בין התובעים אינה משמעותית, אלא רק הנזק הכולל – השווה למספר הנפגעים מוכפל בנזק הממוצע שלהם. כדי שהנתבעת תפנים את מלוא הנזק שהיא גורמת, צריך שהפיצוי שהיא משלמת לא יהיה מוטה כלפי מטה, עקב יתרונותיה בהתדיינות משפטית כנגד כל תובע בנפרד. צירוף התובעים יחד וייצוגם במאוחד מסייע לאזן את תמריצי ההשקעה של הצדדים ולמנוע הטיה כזו. יחד עם זאת, עלולה להיווצר בעיה אם התובעים יכולים להשפיע על הסתברות הנזק וגובהו בנקיטת אמצעי זהירות מצידם. כאשר התנהגות זו אינה נבחנת בהליך המאוחד, לא יהיו לתובעים תמריצים להתנהג באופן אופטימלי. במקרים כאלה, לצירוף יש השפעות שאינן רצויות על הכוונת התנהגותם של התובעים.

(6) ביטוח

בדומה להרתעה, כך גם ביטוח נבחן מנקודת המבט אקס אנטה, טרם פרוץ הסכסוך. אולם, בניגוד להרתעה, יש חשיבות לכך שהפיצוי שיינתן בדיעבד יכסה את הנזק שנגרם לתובע ("המבוטח"). באותם מקרים שבהם יש חשיבות לקיומו של ביטוח – כאשר הנזקים גבוהים – פיצוי ממוצע עלול לפגוע במטרת הביטוח של ההליך האזרחי. הפיצוי הממוצע מפצה חלק מהמבוטחים בסכום גבוה יותר מנזקם, וחלק אחר בסכום נמוך יותר. בכך, הוא אינו מנטרל באופן מלא את הסיכון שהם צופים מראש, לפני פרוץ הנזק. במקרים כאלה, הדרך למימוש מטרת הביטוח היא להפריד בין שלב ההכרעה בעילה, המתנהל במאוחד, לבין שלב קביעת

104 קלמנט "סדר דין אזרחי", לעיל ה"ש 76, בעמ' 1010.

הסעד הכספי, אשר מתבצע בהליכים אינדיווידואליים. כאשר הפרדה כזו אינה מתקיימת, ההשוואה בין הליך אגרגטיבי לבין הליכים אינדיווידואליים מנקודת המבט של מטרת הביטוח תלויה במידה שבה תוחלת הפיצוי רחוקה מהנזק שנגרם לכל תובע ובשונות של הפיצוי ביחס אליו. מאחר שתמריצי ההשקעה בהליך האגרגטיבי מאוזנים יותר, התוצאה הצפויה לקבוצת התובעים תהיה פיצוי גבוה יותר בתוחלת מאשר זה שהיו זוכים לו בהליכים נפרדים. יחד עם זאת, המיצוע בהליך האגרגטיבי מוסיף גורם סיכון נוסף שאינו קיים בהליך האינדיווידואלי. ההשוואה, לפיכך, תלויה בהשפעות ההליכים השונים על שני הגורמים הללו – תוחלת ושונות הפיצוי.

לסיכום חלק זה, השפעתם של הליכים אגרגטיביים על מימוש מטרות ההליך האזרחי תלויה במאפייני ההליך האגרגטיבי ובנסיבות המקרה הנדון בתביעות. הליכים אגרגטיביים עשויים להקטין או להגדיל את עלויות ההליך, בתלות ביתרון לגודל שיש בהם בדיון בשאלות משותפות, אל מול העלויות והסיכון הנוצרים עקב ההבדלים בין ההליכים האינדיווידואליים. הליכים אגרגטיביים מאופיינים בכך שהם מאזנים את תמריצי ההשקעה בין הצדדים, בעיקר כאשר יש בעל דין משותף באחד הצדדים וכאשר הייצוג בצד שכנגד יהיה משותף, ובכך הם מממשים את זכות הגישה לבית המשפט של בעלי הדין המפוזרים ומאפשרים להם לנהל את ההליך באופן שוויוני והוגן, אם כי שליטתם והשתתפותם בהליך הן פחותות בהשוואה להליכים אינדיווידואליים. מאפיין נוסף של הליכים אגרגטיביים הוא שהם ממצעים את התוצאות בין ההליכים האינדיווידואליים המרכיבים אותם. לכך יש השפעות על מטרות ההרתעה והפיצוי, כמו גם על מתן הסעד ההולם לתובעים. הליכים אגרגטיביים מסייעים גם לפתרון שוויוני ואחיד, הן בין התובעים לנתבעים והן בין התובעים לבין עצמם ובין הנתבעים לבין עצמם. לבסוף, הליכים אגרגטיביים מסייעים בעיקר לנתבעים לממש את מטרת הסופיות בהליך, אם כי הצורך ביסודות משותפים עלול להותיר חלקים מהסכסוך, לרבות חלק מהעילות והסעדים, לשלבים שידונו באופן אינדיווידואלי. המשותף לדיון בכל השיקולים הללו הוא הדגש על משקלן של השאלות המשותפות בפתרון התביעות האינדיווידואליות. ככל שהמשקל הזה גדול יותר, כך גדלים היתרונות של הליכים אגרגטיביים בהשוואה להליכים אינדיווידואליים.

ג. הבחירה בהליך האגרגטיבי המתאים

פרק זה בוחן את השימוש בהליכים אגרגטיביים השונים ואת התאמתם לסוגים שונים של מצבים שבהם עולות שאלות משותפות בתביעות שונות. בעוד שהפרק הקודם ניתח את השפעתם של הליכים אגרגטיביים על מטרות ההליך האזרחי ועלויותיו אל מול הליכים אינדיווידואליים, פרק זה מתמקד בנסיבות שבהתקיימן, הופך אחד מההליכים האגרגטיביים לעדיף על פני האחרים. הפרק בוחן תחילה הליכים אינדיווידואליים שבהם יש בעל דין משותף באחד הצדדים וערך הנטו לצד שמנגד הוא שלילי. במצבים אלה, הדרך היחידה לניהול הליך משפטי היא בדרך של הליך ייצוגי – תובענה ייצוגית או הגנה ייצוגית. לאחר מכן נבחנים מצבים שבהם יש בעל דין משותף באחד הצדדים, אולם ערך הנטו לצד שמנגד הוא חיובי.

במקרים אלה הבחירה בהליך המתאים תלויה בעיקר במידה שבה נדרשת שליטה של כל בעל דין אינדיווידואלי בהליך שלו כדי לממש את המטרות השונות של ההליך האזרחי עבורו, ומנגד, בתועלת שנצברת מהצירוף בין בעלי הדין האינדיווידואליים מול בעל הדין המשותף. לבסוף, נבחנים מקרים שבהם אין צד משותף. במקרים אלה לא ניתן ליישם הליכי צירוף צדדים, ולכן הדרך היחידה היא לצרף הליכים. הבחירה בהליך הצירוף המתאים תלויה במידה שבה בית המשפט צריך לשלוט בכניסה להליך וביציאה ממנו כדי להשיג את מטרותיו השונות.

1. בעל דין משותף ותביעות בעלות ערך נטו שלילי

כאשר יש בעל דין משותף, אולם ערך הנטו של כל תביעה אינדיווידואלית הוא שלילי, הן אינן מוגשות. לכן, צירוף הליכים אינו יכול להתקיים, והדרך היחידה לצירוף היא של צדדים. למרות שהתביעות הן בעלות ערך נטו שלילי, צירופם של צדדים יחד עשוי לאפשר את הגשתן גם אם הצירוף נעשה בדרך הרגילה, ולא בדרך של הליך ייצוגי. לכן, ככל שתובעים בוחרים לצרף את תביעותיהם יחד כנגד נתבע משותף ויש להם שאלה משותפת של עובדה ומשפט, יש לאפשר זאת, ובלבד שהדבר מסייע להכרעה יעילה ושלמה בתובענה.¹⁰⁵ בצד הנתבע, הצירוף ייעשה לפי בקשתו של הנתבע.¹⁰⁶ התובע לא יצרף נתבעים שהגנתם היא בעלת ערך נטו שלילי עבורם, משום שבמצב כזה עדיף לו לנהל את התביעות כנגדם בנפרד מתוך הציפייה שלא יהיה כדאי להם להתגונן. גם כאן, כאשר הצירוף מאפשר להכריע בתביעה ביעילות ובשלמות יש לאפשר אותו.

השאלה היא מתי להחליף את הצירוף הוולונטרי בהליך ייצוגי, שבו הצירוף של בעלי הדין שאינם הצד המשותף הוא כפוי, למעט זכותם לצאת ממנו בדרך של opt-out. הבחירה לאפשר הליך ייצוגי תלויה במידה שבה אנו מעוניינים להותיר לבעלי הדין המצורפים בחירה האם להצטרף ולהשתתף בהליך, ואם צירוף וולונטרי שלהם ושיתופם בהליך הם אפשריים לאור העלויות הכרוכות ביידוע בעלי הדין, צירופם וקבלת ההחלטות על ידם בהליך עצמו. מעורבותם של בעלי הדין בהחלטות אלה ובהליך עצמו גם מותירה אותם חשופים לפסיקת הוצאות במקרה שיפסידו בתביעה. כל אלה הופכים את ההליך הייצוגי – תובענה ייצוגית או הגנה ייצוגית – להליך עדיף ומעשי יותר ככל שעורך התביעה הצפוי לכל תובע או החבות הצפויה לכל נתבע הם נמוכים יותר. ככל שעורך זה נמוך יותר, כך הסיכוי לצירוף בדרך הרגילה הופך קטן יותר. בנוסף, גם החשיבות שיש לזכות הגישה האינדיווידואלית של כל אחד מבעלי הדין הללו היא פחותה. לכן, כדי להשיג את כל יתר מטרות ההליך האזרחי, ובפרט כדי לשמר את השוויון בתמריצי ההשקעה של בעל הדין המשותף ובעלי הדין הנפרדים, יש לאפשר הליך ייצוגי שירכז את כולם ללא צורך בעלויות התקשרות אינדיווידואליות עימם.

105 אלה אכן התנאים הקבועים בתקנה 26(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, כאשר הצירוף נעשה על ידי התובע. המבחן של "הכרעה ביעילות ובשלמות בתובענה" החליף בתקנות 2018 את מבחן המעשה או העסקה שנהג לפי תקנות 21 ו-22 לתקנות הישנות – ראו לעיל ה"ש 19.

106 תקנה 46(א) לתקנות סדר הדין האזרחי.

כדי שיתקיים הרציונל לצירוף צריך שמשקלן של השאלות המשותפות יהיה משמעותי מספיק כדי שהדיון בתביעות במאוחד יחסוך בעלויות, אף אם יידרש שלב נוסף שבו יתנהלו דיונים נפרדים בשאלות שאינן משותפות. בנוסף, הדיון המאוחד צריך לשמור על זכותו של הצד המשותף להעלות טענות הגנה ייחודיות לכל אחד מבעלי הדין שמולו. חריג לכך הוא בתובענה ייצוגית, כאשר הסעד לכל תובע הוא נמוך ולפיכך פיצויו אינו מטרה שיש להשיגה בהליך (לא בדיעבד, ולא משיקולי ביטוח, מראש). במקרה כזה המטרות העיקריות בהליך הן הרתעה ואכיפת החוק, אשר ממילא נבחנות באופן אגרגטיבי ביחס לנתבע, שחבותו הכוללת יכולה להיקבע באמצעים סטטיסטיים או אחרים, אף אם קיימת שונות ביחס לכל אחד מהתובעים.¹⁰⁷ לפיכך, במקרה כזה יש חשיבות מועטה יותר לקיומן של שאלות אינדיווידואליות אשר ההליך הייצוגי עוקף את הדיון בהן.

לסיכום חלק זה, כאשר יש בעל דין משותף והתביעות או ההגנות של בעלי הדין הנפרדים הן בעלות ערך נטו שלילי, יש צורך לאפשר צירופם בהליך אחד. ככל שערכן של התביעות האינדיווידואליות נמוך יותר וככל שמשקלן של השאלות המשותפות גדול יותר, כך ההצדקה להליך ייצוגי גדולה יותר. בפרט, כאשר ערך התביעות נמוך מאד, מטרות ההליך הנוגעות לבעלי הדין האינדיווידואליים – פיצויים, האינטרס הביטוחי שלהם וזכות הגישה שלהם לבית המשפט – הן בעלות חשיבות מועטה, ועולה יתרונן של ההליך הייצוגי. הדברים נכונים הן בצד התובע והן בצד הנתבע.

2. בעל דין משותף ותביעות בעלות ערך נטו חיובי

כאשר יש בעל דין משותף והתביעות האינדיווידואליות הן בעלות ערך נטו חיובי, השאלה העיקרית היא האם לאפשר הליכי צירוף בעלי דין בדרך ייצוגית (תובענה ייצוגית או ייצוגית) או למנוע דרכי ייצוג כאלה, להותיר את האפשרות לצירוף צדדים בדרך הרגילה ולאחר מכן לעשות שימוש בפרוצדורות המורכבות לצירוף הליכים.

כפי שהוסבר לעיל, לבעל דין משותף בצד התובע או הנתבע יש יתרונות מובנים הנובעים מריכוז התביעות בצד שלו ופיזורן בצד שכנגד. הפתרונות הקיימים לריכוז הזה הם צירופי צדדים בצד התובע או הנתבע, בין בדרך רגילה של צירוף ובין בדרך ייצוג בתובענה ייצוגית (וכמוצע – גם בהגנה ייצוגית). אולם, צירופי בעלי דין בתביעה אחת דורשים שהזהות הקיימת בשאלות המשותפות להם תצדיק את הצירוף, ושדרך זו תהיה יעילה והוגנת כלפי שני הצדדים, בהשוואה לניהול של תביעות נפרדות. דוגמאות לתביעות המקיימות את התנאים הללו והוגשו, למשל, לאחר פרוץ מגפת הקורונה היו תביעות של לקוחות להשבת סכומים ששילמו והשירות שקיבלו לא ניתן להם,¹⁰⁸ תביעות שוכרים לביטול הסכמי השכירות עקב טענת סיכול,¹⁰⁹

107 בהתאם לכך, סעיף 20(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר לבית המשפט להורות על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישובו – ראו לעיל ה"ש 74. כמו כן, סעיף 20(ג) לחוק מאפשר לבית המשפט להורות על מתן "כל סעד אחר" במקרים שבהם תשלום פיצוי לחברי הקבוצה, כולה או חלקה, אינו מעשי בנסיבות העניין.

108 ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 39212-04-20 בקר נ' איבריה לינאס איראס דה אספנה טוסיאדאד אנונימה אופרד (נבו 30.4.2020) ות"צ (מחוזי מרכז) 20088-07-20 חכים נ' אל על נתיבי אוויר

ותביעות עובדים שפוטר¹¹⁰. כל אלה הן תביעות שעשויות להתעורר בסבירות גבוהה והן מקיימות את התנאים לצירוף בדרך רגילה או כתובענה ייצוגית. מן הצד האחר, כאשר בנק מגיש תביעות דומות לפירעון הלוואות על ידי לקוחותיו, או כאשר משכיר נכס מסחרי גדול מגיש תביעות כנגד שוכרים אשר אינם עומדים בתשלומי השכירות שלהם,¹¹¹ הגנה ייצוגית עשויה לאפשר את ניהולן בדרך יעילה ושוויונית.

אולם, עשויות להיות תביעות שיש בהן בעל דין משותף, אבל ההבדלים ביניהן גדולים מכדי להצדיק את ניהולן כהליך ייצוגי. לדוגמה – לקוחות שרכשו מוצרים שונים, במועדים שונים, מאותו ספק; שוכרים שהנכסים שהם שוכרים מצויים במקומות שונים; או עובדים בדרגות שונות שתביעותיהם נוגעות לזכויות מגן שונות. אומנם ישנו בעל דין משותף, אולם ההבדלים המשמעותיים בין התובעים אינם מאפשרים ייצוגם בהליך אחד. הסיבה לכך אינה רק חוסר היעילות שייגרם כתוצאה מההבדלים בין התובעים, אלא גם רצונה של כל תובעת לשלוט בהליך שלה ולנהלו באופן שמשיא את תועלתה ומממש את זכויותיה באופן שהיא רואה לנכון.¹¹² מצבים דומים יכולים להתעורר גם כאשר התובע הוא משותף. במקרים אלה,

לישראל בע"מ (נבו 9.7.2020) (בקשות לאישור תובענות ייצוגית שהוגשו בטענה כי חברות התעופה אינן משיבות לרוכשים את כספם אף על פי שטיסותיהן בוטלו); ת"צ (מחוזי ת"א) 16567-05-20 **גואטה נ' זאפה בע"מ** (נבו 10.5.2020) ות"צ 44190-07-20 (מחוזי חי') **אורנשטין נ' ספורטס איוונטס 365 בע"מ** (נבו 20.7.2020) (ביטול מופעים ואירועי ספורט); ת"צ (מחוזי ת"א) 20326-04-20 **חוינצקי נ' הולמס פלייס אינטרנשיונל בע"מ** (נבו 20.4.2020) ות"צ (מחוזי מרכז) 22476-05-20 **סדן נ' סטודיו סי בע"מ** (נבו 11.5.2020) (צמצום פעילות חדרי כושר ללא פיצוי למנויים).

109 ראו למשל ת"א (שלום חי') 28265-05-20 **אביבה ארועים השכרת ציוד 2003 בע"מ נ' חברת גב-ים לקרקעות בע"מ** (בקשה למתן סעד הצהרתי שלפיו התובעים אינם חבים בדמי שכירות לנוכח מצב החירום במשק); חדל"ת (מחוזי ת"א) 26076-02-20 **עמודי שלמה אחים ידגרוב סחר בע"מ נ' מערכת נוחות (2007) בע"מ** (נבו 8.7.2020) (דיון בבקשת נאמן של חברה בפירוק להורות כי קופת ההפעלה של החברה תהיה פטורה מתשלום דמי שכירות ותשלומים נלווים, וזאת מכוח הוראות הסיכול שבסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 וכן ההוראות בדבר פטור מחובת תשלום לפי סעיף 15 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971).
110 ראו למשל סע"ש (אזורי ת"א) 6779-11-20 **גנופולסקי – א.ל.מ. סחר 200 בע"מ** (נבו 26.4.2021) (תביעה של עובד שפוטר על רקע "צמצומי קורונה"); סע"ש (אזורי ב"ש) 8098-05-20 **חוברה – כימדע תעשיות בע"מ** (נבו 31.5.2020) (פיטורין על רקע הפרת חובת בידוד); וסע"ש (אזורי חי') 33232-03-21 **פיקשטיין – שופרסל בע"מ** (נבו 13.4.2021) (תביעה שהוגשה על רקע מדיניות החברה בתקופת הקורונה. על פי מדיניות זו, עובד שמסרב להתחסן או להציג בדיקת קורונה שלילית מידי 72 שעות לא יורשה להתייצב לעבודה, כך שבהיעדר אפשרות להעסיקו מהבית או ממקום מבודד, ובהיעדר הסכמה של העובד לניצול חופשה או ליציאה לחופשה ללא תשלום, תיבחן האפשרות לסיום העסקתו).

111 ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 25522-12-20 **קניון העיר תל אביב נ' קפיטריה לב בע"מ** (נבו 1.3.2021) (לסיקור הליך זה על רקע סכסוכים נוספים שהתעוררו בין הנהלת הקניון לשוכרי המתחם ראו אורנה יפת "ביהמ"ש בולם את בריונות הקורונה של קניון TLV" **כלכליסט** (7.3.2021) (<https://bit.ly/3rT9Mqz>)).

112 שאלות אלה ישליכו על הקביעה, מכוח סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, האם התובענה הייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בניסיונות העניין.

המטרות של זכות גישה אינדיווידואלית, פיצוי אינדיווידואלי וביטוח עלולות להתנגש עם מטרות אכיפת החוק, סופיות והרתעה.

אף אם לא ניתן או ראוי לנהל הליכים כאלה במסגרת צירוף צדדים או הליך ייצוגי, יש בכל זאת יתרונות משמעותיים בניהול חלקים שלהם במיוחד. יתרונות אלה הם משמעותיים בעיקר כאשר ישנן שאלות משותפות בעלות חשיבות וכאשר התביעות מוגשות בסמיכות, תוך תקופה קצרה. לכן, במקרים כאלה פתרון שיממש את מטרות ההליך האזרחי ויחסוך בעלויות יהיה צירוף הליכים, במתכונת דומה לזו של ה-GLO או ה-MDL.

צירוף ההליכים צריך לשמר שליטה של הפרטים בהליך שלהם, אולם לאפשר את היעילות הנובעת מניהול מאוחד. לפיכך, הצירוף צריך להיות רק לחלקים בהליך – למשל לצורך המצאה לנתבע משותף, לצורך הכרעה בשאלת סף משפטית או לצורך גילוי מסמכים אצל בעל הדין המשותף. למרות שהייצוג בחלקים המשותפים צריך להיות משותף, הייצוג הנפרד יכול להישמר ביתר החלקים ולאפשר שליטה של בעלי הדין המיוצגים. כאמור, מאפיינים אלה יכולים להתקיים בהליך קבוצתי מסוג ה-GLO או באמצעות העברה וצירוף של הליכים ותיאום ביניהם במתכונת ה-MDL. הרחבה זו של תפריט ההליכים האגרגטיביים יכולה לתת מענה לקשת רחבה יותר של תביעות שבהן יש צד משותף, תוך שמירה על מימוש מטרות מרכזיות של ההליך האזרחי הנוגעות לשימור שליטה של כל תובע או נתבע נפרד בהליך שלו ולמתן סעד מדויק והולם בתביעתו.

צירוף ההליכים יכול לאפשר גם תיאום בין תוצאותיהם, באופן שיביא לחלוקה של הנטל על בעל הדין המשותף לאורך זמן, תוך התחשבות בהשפעות הצולבות בין ההליכים השונים. כך, חיובו של ספק בהשבה ללקוחות שרכשו מוצרים שונים שלו יכול להיקבע לביצוע לאורך תקופה אשר תאפשר לספק לעמוד בחיוב, ובה בעת תיתן סעד הולם ללקוחות. בדומה, הוראות המשותפות את תנאי השכירות על ידי משכיר יכולות להיקבע באופן שיאפשר לו להמשיך לנהל את הנכס, תוך מתן אפשרות לחילופי שוכרים באופן שלא ימוטט את עסקיו. תוצאה זו עשויה להתממש לא רק בהליך המאוחד גופו, אלא גם (ואולי אף באופן יעיל ואפקטיבי יותר) בפשרה כוללת שתושג בו. במסגרת הפשרה, אפשר לתת מענה לצרכים של הצדדים אשר אינם מתבטאים בזכויותיהם החוקיות, ואשר מתבטאים בקשרים הכלכליים בין תוצאותיהם של הליכים נפרדים. התמקדות באפשרויות הפשרה בשלבים המנוהלים במשותף ויצירת תשתית לניהול משא ומתן בין בעל הדין המשותף לבין בעלי הדין המפוזרים, באמצעות מינוי מייצג משותף עבורם לשלב זה, יכולות להביא לפתרון מהיר, יעיל וצודק עבור שני הצדדים. פתרון כזה ימנע העדפה בין תובעים או נתבעים שונים, אשר עלולה להתקיים למשל עקב מועדים שונים שבהם תבעו או נתבעו או משום שבתי משפט שונים דנים בעניינם. בכך הוא יממש גם את מטרת השוויון בין בעלי הדין השונים באותו צד (אל מול הצד המשותף). גם סופיות, שבמקרי משבר יש לה חשיבות גדולה עבור הצד המשותף שמעוניין להמשיך את פעילותו מבלי שיהיה כפוף לחוסר הוודאות הכרוך בסכסוכים נשוא המשבר, יכולה להיות מושגת בדרכים אלה של צירוף הליכים למטרות מוגבלות ומוגדרות.

שאלה שיש לבחון כאשר שוקלים ריכוז הליכים, בעיקר בכלים אשר מרכזים את התביעות במועד אחד – בין בדרך של צירוף תובעים בתובענה ייצוגית ובין בדרך של צירוף תביעות – היא האם ניהול התביעות בדרך אינדיווידואלית היה מפזר את החבות של הנתבע לאורך זמן

באופן שמאפשר לו לעמוד בחבות זו במלואה כלפי כלל התובעים, ואילו הריכוז מונע זאת. הליכים אגרגטיביים שמאפשרים הגשה מרוכזת ומהירה של תביעות עלולים ליצור בעיות הגדולות מתועלתם. בעיה זו מאפיינת כל הליך אגרגטיבי אשר מרכז תביעות רבות במועד אחד, אולם היא מתממשת באופן המובהק ביותר בתובענה הייצוגית. זאת, משום שהתובענה הייצוגית אינה דורשת הסכמה של כל תובע לפתיחת ההליך, ומאחר שהייצוג (הכפוי למעשה) הוא מאוחד. יתרה מזו, במקרים רבים עלולה להיווצר תחרות בין תובענות ייצוגיות שונות המוגשות באותה עילה. מאחר שבתי המשפט נוטים לתת עדיפות לתובענה הראשונה שהוגשה,¹¹³ יש לתובעים ולעורכי הדין תמריץ להגיש תובענות ייצוגיות בנושאים שטרם בשלו ושהמסגרת העובדתית והמשפטית שלהם לא התבררה באופן מספיק. בעיית הריכוז וההגשה המוקדמת הופכים, לפיכך, חמורים עוד יותר.

כך, למשל, כאשר מוגשת תובענה ייצוגית בגין התרשלותו של בית דיוור מוגן בהגנה על דייריו מפני מגפה.¹¹⁴ שאלות עובדתיות רבות דורשות בירור עובדתי ומשפטי מורכב, שאינו יכול להיעשות באופן מהיר ומיידי. הגשה מוקדמת של תביעות מסוג זה מביאה לתוצאות שאינן רצויות, והן אינן משרתות אף אחת ממטרות ההליך האזרחי.

תביעות המוגשות מוקדם מדי לא רק שאינן תורמות להרתעה יעילה, הן גם אינן מאפשרות ניהול הליך ראוי או מתן סעד הולם לקבוצה, משום שהנסיבות העובדתיות והמשפטיות אינן ברורות. במצבים אלה, סיום תביעות בפשרה מוקדמת שהפיצוי בה משקף את סיכוייה הנמוכים בשלב המוקדם מביא לאחת משתי תוצאות – פיצוי של קבוצה שבדיעבד היה מתברר שאינה זכאית לפיצוי, או פיצוי נמוך מדי, של תובעים הזכאים לפיצוי מלא. אף אחת מתוצאות אלה אינה מקדמת את מטרות ההליך האזרחי.

גם מטרת הביטוח עשויה להיות מסוכלת בנסיבות שבהן ריכוז התביעות מביא להטלת חבות גבוהה על הנתבע. אומנם, כאשר מדובר בנתבע משותף, יהיו מקרים שבהם העברת הסיכון אליו היא יעילה משום שהוא אדיש לסיכון. אולם, כאשר הריכוז בזמן מממש את כלל הסיכונים, גם גופים גדולים (אפילו מבטחים) עלולים להיות שונאי סיכון לגביהם, ואף לא להיות מסוגלים לעמוד בהם – ולהגיע למצבי חדלות פירעון. לפיכך, העברת הסיכונים באמצעות תביעות עלולה להיות בעייתית במצבים כאלה.¹¹⁵ ריכוז תביעות כנגד נתבע משותף עלול להחמיר את הבעיה משום שהוא מרכז את הסיכון הכולל בתקופה קצרה.

113 ראו סעיף 7(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. כאשר מוגשות כמה בקשות שמעוררות שאלות משותפות של עובדה או משפט, רשאי בית המשפט לאחד אותן או למחוק חלק מהן. בפועל אומץ בפסיקה "כלל אצבע" שלפיו תועדף בקשתו של המבקש הראשון בזמן, כל עוד הניח תשתית ראייתית מספקת, וזאת בין היתר משיקולי ודאות והוגנות – ראו ע"א 7626/18 **חורב נ' ורדינקוב**, פס' 12 – 13 (נבו 25.8.2020). לדיון בחריגים לכלל זה ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 60280-01-16 **דמתי נ' מנקינדר קורפוריישן**, פס' 27–40 (נבו 13.11.2016).

114 ראו הבקשה לאישור תובענה ייצוגית בת"צ 19848-04-20 **אביעוז נ' מ"י**, אשר הוגשה בטענה כי המדינה אחראית לנזקים שנגרמו לדיירי דיוור מוגן עקב מגפת הקורונה (הבקשה נדחתה על הסף בהחלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב מיום 25.10.2020).

115 אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" **משפטים** לד' 301, 347–349 (2004).

לפיכך, נדרשת זהירות בשימוש בהליכים אגרגטיביים כמענה לתביעות שעשויות היו להיות מפוזרות לאורך זמן. בפרט, במקרים כאלה יש יתרון באיחוד הליכים על פני הליך ייצוגי. ישנן תביעות רבות שריכוזן בדרך של תובענה ייצוגית יהיה יעיל וישרת את מטרות ההליך (למשל, במקרה של תביעות להשבת כספים שדורשות פתרון אחיד, אשר ייתן מענה גם לאינטרסים של הנתבעת). אולם, תביעות אחרות, בעיקר כאלה המוגשות בטרם יש אפשרות לבחינה עובדתית מלאה, פוגעות במטרות ההליך האזרחי. במקרים אלה, ובעיקר כאשר מוגשות תביעות אינדיווידואליות רבות, ריכוזן באמצעות הליך קבוצתי או איחוד הליכים מתואם עשוי לתת מענה עדיף על פני תובענה ייצוגית – מענה אשר משמר שליטה של הפרטים בהליך שלהם, שמאפשר פתרון כולל, אולם מצמצם פגיעה מיותרת בנתבעים, בעיקר במקרים שבהם שיקולי הרתעה אינם רלוונטיים.

יש לזכור, עם זאת שריכוז ההליכים, בעיקר כזה שכולל את כל התובעים הפוטנציאליים דוגמת התובענה הייצוגית, עשוי לאפשר פתרון שוויוני ויעיל במצבים שבהם נכסיו של הנתבע עלולים שלא להספיק לכיסוי מלוא חביותיו לתובעים.¹¹⁶ במצבים כאלה, ריכוז ההליכים מונע מיצוי של הנכסים בתביעות אינדיווידואליות מוקדמות, תוך הותרתם של תובעים מאוחרים ללא סעד.

לסיכום חלק זה, כאשר יש צד משותף לתביעות, יש יתרון באיחודן, הן משום שהאיחוד יכול לממש טוב יותר את מטרות ההליך והן משום שהוא חוסך בעלויות לצדדים ולמערכת המשפט. דרכי הצירוף צריכות להתחשב בחשיבות שיש לשליטת כל בעל דין בתביעה שהגיש או שמוגשת נגדו ובמשקלן של השאלות המשותפות להליכים השונים. ככל שיש חשיבות גדולה יותר לשליטה האינדיווידואלית בהליך, וככל שהשאלות המשותפות מצומצמות יותר, כך הצירוף צריך להיות מוגבל יותר. ההגבלה יכולה להיות לחלקים בהליך שבהם יהיה ייצוג משותף, תוך שמירה על ייצוג נפרד בחלקים האחרים. יתרונותיו של הצירוף יכולים להתבטא לא רק בהליך עצמו, אלא גם בפשרה שעשויה לתת מענה כולל לאינטרסים של כלל הצדדים, אשר עשויים לחרוג מהמסגרת הצרה של זכויותיהם החוקיות.

הצירוף, בעיקר בדרך של תובענה ייצוגית, עלול להוות בעיה כאשר הוא מעודד תביעות בסכומים כוללים גבוהים, אשר מרכזות קבוצה גדולה של תובעים במועד אחד. יתרה מזו, עקב מאפיינים המיוחדים לדרך שבה נקבע הייצוג בתובענה ייצוגית, ישנו תמריץ להגשה מהירה של תביעות אלה, עוד בטרם התבררו מלוא העובדות הרלוונטיות. הסיכון שתביעות כאלה מטילות על נתבעים עלול לא להיות מוצדק, בעיקר במקרים שבהם האפשרות של הנתבע למנוע את הנזק שנגרם, מראש, הייתה מוגבלת, ולפיכך מטרת ההרתעה, שהיא מטרה מרכזית של תובענות ייצוגיות, אינה מקודמת. גם מטרות אחרות של ההליך האזרחי עלולות להיפגע אם תביעות כאלה מסתיימות בפשרות המייצגות יותר את חוסר הוודאות העובדתי מאשר את מרכיביו האמיתיים של הסכסוך. במקרים אלה ראוי להגביל את השימוש בתובענה ייצוגית ולשקול את יישומם של מנגנונים אגרגטיביים אחרים שלא יעודדו הגשת תביעות, אולם

116 ראו Rule 23(b)(1)(B) לכללי הפרוצדורה הפדרלית האמריקאיים, המאפשר הגשת תובענה ייצוגית בנסיבות כאלה. לדיון במגבלות התובענה הייצוגית במסגרת כלל זה ראו Ortiz v. Fiberboard, 527 U.S. 815 (1999).

יאפשרו ניהול משותף ופתרון הוגן לשני הצדדים. יחד עם זאת, כאשר נכסיו של הנתבע עלולים שלא להספיק לכיסוי כל חבוייתיו, ריכוז התביעות בהליך אחד עשוי לאפשר פתרון יעיל ושוויוני יותר לחלוקת הפיצוי בין כלל התובעים.

3. תביעות ללא צד משותף

כפי שהוסבר לעיל, תביעות ללא צד משותף הן בעייתיות יותר לאיחוד. מנגנוני הצירוף העיקריים במקרים אלה הם מנגנונים של צירוף תביעות. מאחר שבתביעות הללו אין צד משותף, הן מאופיינות גם בריכוז שאלות אינדיווידואליות ובייצוג נפרד. כתוצאה מכך, עלויות ההליך המאוחד גדולות, והתועלת שבהשגת מטרת ההליך קטנה. לכן, בדרך כלל לא יהיה מקום לאחד תביעות כאלה.

אולם, לעיתים יש שאלות משותפות מהותיות שחוזרות בתביעות רבות. כאשר יש סמיכות בהגשתן, בין משום שהן נובעות מאירוע אחד או סדרה של אירועים, ובין משום שמידע חדש שהתגלה מאפשר אותן (למשל גילוי מדעי המצביע על קשר סיבתי בין תרופה לנזקים שנגרמו למי שנטלו אותה, או בין זיהום אוויר לנזקים של אנשים שנחשפו אליו), יש תועלת בתיאום בין פתרון של התביעות שהוגשו. תיאום כזה מביא לחיסכון בעלויות חוזרות הנוגעות לשאלות המשותפות ולאחידות ושוויון בתוצאות בין ההליכים. מאחר שמוגשות תביעות רבות בפרק זמן קצר, העומס המוטל על בתי המשפט שונה מזה שנגרם כאשר התביעות מפוזרות לאורך זמן. לכן, גם מערכת המשפט נשכרת מפתרון של צירוף הליכים.

מנגנוני הצירוף האפשריים מחייבים ריכוז של התביעות בבית משפט אחד ותיאום בין ניהולן במתכונת הדומה ל-MDL או GLO. בנוסף, האיזון בין שימור השליטה של כל בעל דין, תובעת או נתבע, בניהול תביעתו, לבין ניצול יתרונות לגודל בדיון מאוחד מחייב הפרדה של חלקים בדיון שיתנהלו במשותף. כדי לממש את היתרונות בניהול החלקים הללו במשותף, יש צורך במקרים רבים לאפשר ייצוג משותף בשני הצדדים. מאחר שאין צד משותף בתביעות הללו, הייצוג במשותף יכול להיעשות באמצעות מינוי עורך דין אחד או קבוצה של עורכי דין לנהל את החלקים המשותפים. עורכי דין אלה יהיו אחראים גם לניהול ההליך וגם לתיאום בין התובעים או הנתבעים השונים ולקבלת הסכמתם למהלכים מסוימים, ככל שהדבר נדרש.

דרך אפשרית לניהול משותף של תביעות שעולות בהן שאלות משותפות ומוגשות בזמן קצר היא לבחור תביעה אחת מתוכן, או יותר, אשר ישמשו כמקרה מבחן או כמדגם מייצג, לצורך הכרעה או פשרה ביתר התביעות. ההכרעות במקרי המבחן יכולות להיות מחייבות ביתר התביעות,¹¹⁷ להוות מדגם שעל בסיסו ייקבע הפיצוי שיינתן ביתר התביעות (הממוצע יכול

117 כך, כאמור, מתאפשר במסגרת מנגנון ה-GLO, ראו לעיל ה"ש 46. כך קובע גם מנגנון מקרה המבחן הגרמני (KapMuG), ראו [KapMuG], Market Model Case Act, Oct. 19 2012, BGBL I, at 2182, § 22. לדין במודל זה ראו Eberhard Feess & Axel Halfmeier, *The German Capital Markets Model Case Act (KapMuG) – A European Role Model For Increasing The Efficiency of Capital Markets? Analysis and Suggestions for Reform*, 20 THE EUROPEAN JOURNAL OF FINANCE, 361 (2014).

להיות מיוחד לתת־קבוצה, לפי מאפייניה¹¹⁸ או להוות מדגם שאינו מחייב בתביעות אחרות, אולם משמש במשא ומתן לפשרה בכל אחת מהן, או באופן אגרגטיבי, לתוצאות הצפויות בהליך.¹¹⁹ גם אם ההכרעות במקרי המבחן אינן מחייבות בתביעות האחרות, תוצאותיהן יכולות לשמש בסיס לפשרות שאת המשא ומתן לגביהן ניתן לנהל בכל תביעה בנפרד, או במשותף, אם הייצוג המשותף נשמר גם לצורכי משא ומתן.

שאלה חשובה כאשר מאחדים תביעות ללא צד משותף נוגעת לאופן הצירוף. האם ראוי לאפשר צירוף תביעות שיוגשו לאורך זמן, והאם יש לכפות את הצירוף על תביעות שהוגשו כבר? כפיית הצירוף מיועדת להשגה של מטרתיו – תוצאות שוויוניות ומתואמות, סופיות וחסיכות בעלויות. היא גם מונעת התנהלות אסטרטגית בהגשת תביעות ובניהולן, בהגשה מוקדמת מדי של תביעות, מחד גיסא, ובהמתנה לתוצאות תביעות מוקדמות, תוך ניצול ההשקעה שהושקעה בניהולן, מאידך גיסא. הבעיה היא שבעוד שניתן לכפות את הצירוף על תביעות שהוגשו, לא ניתן לכפות על תובעים להגיש את תביעותיהם.¹²⁰ לפיכך, כפיית הצירוף עלולה להרתיע מהגשת תביעות, וכתוצאה מכך לפגוע בכל אותן מטרות שפורטו לעיל.

הבעייתיות הנובעת מהתנהלות אסטרטגית של תובעים ונתבעים בהגשת התביעות צריכה להיפתר בדרך של ניהול "מלמעלה", תוך בחינה של קבוצת התביעות שהוגשו ואשר עונות לקריטריונים לצירוף, והאפשרויות השונות לצירופן ולניהולן באופן שיבטיח את מטרת הצירוף. כך, ניתן למשל לצרף תביעות באופן שאינו וולונטרי, לאחר שהצטברה כמות משמעותית שלהן, ולעכב את הדיון בתביעות המוגשות לאחר מכן. כך נעשה ב-GLO, הקובע תאריך אחרון להגשה לצורך צירוף, ובמסגרתו מעוככות תביעות שמוגשות לאחר מכן עד לצירוף נוסף, או עד להכרעה בתביעות שצורפו. זהו פתרון חלקי, שכן אם המועד האחרון להגשת התביעות הוא רחוק, ההמתנה בהגשתן אפשרית גם אם המחיר שמשלמים התובעים הוא עיכוב במתן מענה לתביעתם. יחד עם זאת, המחיר הזה עשוי לעודד הגשה מוקדמת ופתרון כולל לאותן תביעות שהוגשו.

סיכום

מאמר זה הציג את השימוש בהליכים אגרגטיביים כמענה לריבוי התביעות שעולות בהן שאלות משותפות של עובדה או משפט. המאמר מבוסס על הטענה שהליכים אגרגטיביים אינם נופלים בהכרח מהליכים אינדיווידואליים ביכולתם לממש את המטרות השונות של ההליך האזרחי.

118 ראו Hilao v. Estate of Marcos, 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996); Robert G. Bone, *The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions*, 79 GEO. WASH. L. REV. 577 (2011).

119 כך למשל נעשה במסגרת ה-"Bellwether Trials". לדיון במנגנון זה ראו Alexandra D. Lahav, *Bellwether Trials*, 76 GEO. WASH. L. REV. 576 (2008); Alexandra D. Lahav, *A Primer on Bellwether Trials*, 37 REV. LITIG. 185 (2018).

120 יש לזכור עם זאת שהתובע אינו יכול להמשיך ולהימנע מהגשת התביעה מעבר לתקופת ההתיישנות שקבועה בחוק.

משמכירים בטענה זו, ניתן לעבור ולבחון באילו נסיבות ראוי לעשות שימוש בהליכים אגרגטיביים, ובפרט, כיצד להתאים כל אחד מהם לנסיבות שבהן השימוש בו יהיה אופטימלי. הליכים אגרגטיביים מחולקים בין צירוף צדדים לבין צירוף הליכים. המאמר ערך מיפוי נוסף של ההליכים האגרגטיביים השונים לפי חמישה מאפיינים: קיום צד משותף, ייצוג משותף, היוזמה לצירוף, אופן הצירוף של צדדים או הליכים וחלקי ההליך המנוהלים במשותף. ההכרה במגוון האפשרויות הקיימות לניהול הליכים אגרגטיביים מאפשרת למערכת המשפט לבחור בהליך המתאים לצורך מענה ביחס לכל סוג תביעות שמתעורר. אולם, בדין הישראלי חסרה תשתית מספיקה לקיומם של כלל ההליכים הללו. בצד צירוף הצדדים, אין אפשרות להליך של הגנה ייצוגית. בצד צירוף ההליכים, הליכי הצירוף המורכבים אינם מובנים בסדר הדין האזרחי ויישומם דורש יוזמה לפעולה מצד מערכת המשפט, לצורך איחודם של ההליכים השונים, ומצד השופטים עצמם, בניהולם של ההליכים המאוחדים. כדי למצות את היתרונות בכלל ההליכים הללו, מוצע לשקול אימוצם בדין הישראלי כאמצעים יעילים וצודקים לפתרון סכסוכים ותביעות.