

תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק*

גיא הלפטק**

מאפייניה השונים של התביעה הייצוגית ובעיית הנציג הכרוכה בה מעלים שאלות נוקבות באשר לרציונות החברתית בישראל בכלל ובאשר להסדרתה המשפטית בפרט. בהעדר תובנה כללית היורדת לחקר תפקודה של התביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק על מעוולים המוניים, לא ניתן לזהות את התועלת החברתית שעשויה לצמוח מהשימוש בה, את קשת המקרים הראויים לאכיפה ייצוגית או לעיצוב הסדרה משפטית ראויה, מאחר שיעדים אלה הינם תלויי-תיאוריה. המאמר בוחן את התועלת החברתית הפוטנציאלית שבתביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק, ומפתח תיאוריה כללית באשר לרציונות בחברת ההמונים שבה מעוולים המוניים – תאגידים פרטיים וציבוריים ורשויות מנהליות – מסיבים נזק שיטתי והמוני או מחצינים סיכונים שיטתיים והמוניים כלפי קבוצת ניזוקים גדולה.

שורש התועלת החברתית של התביעה הייצוגית טמון בפתרון כשלים

* המאמר מבוסס על עבודת דוקטורט שכתבתי בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הרוורד, שנושאה הוא: *The Class Action Enterprise: A General Economic Theory of Mass-produced Law Enforcement*. מפאת היקף היריעה, המאמר מתמקד בתיאוריה שפותחה בחלק הראשון של עבודת המחקר, שכותרתו היא: *A General Theory Concerning the Social Value of Class Action Law Enforcement*. אני מודה לדויד רוזנברג וסטיבן שבל שהנחו את עבודת הדוקטורט; לסמואל אייזנברג, אסף חמדני, אלכס שטיין ודויד שפירו שהעירו הערות חשובות; ולחברי מערכת כתבי-העת משפט ועסקים, ענת יחב וגיא לכמן, שהערותיהם היו לעזר רב. עמוס ישראל, תלמיד לתואר מוסמך בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, הנמנה עם תלמידי בקורס בנושא "תביעות ייצוגיות" הציע הערות מעמיקות, ותודתי נתונה גם לו. תודתי גם לפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים; לקרן למחקר במשפט, כלכלה ועסקים ע"ש ג'ון מ' אולין בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הרוורד; ולמכון למחקר בשוקי הון בבית-הספר למנהל עסקים של University of North Carolina, Chappel Hill, על מענקי מחקר נדיבים.

** מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

מובנים, שבהעדר מכשיר התביעה הייצוגית, עומדים לרועץ בפני אכיפת חוק מיטבית. יסודם של כשלים אלה בפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי לאכיפת החוק על מעוולים באמצעות הגשת תביעות והשקעה בנייהולן. התוצאה – הרתעה פרטנית והרתעה כללית תת-מיטבית – אינה רצויה, מאחר שאין בה ליתן תמריץ הולם לנקיטה באמצעי זהירות מוקדמים לצמצום תוחלת הנזק המצרפית והעלויות החברתיות הנלוות. פיצוי תת-מיטבי אינו רצוי אף הוא מאחר שאין בו להטיב נזק שנגרם כתוצאה מהתממשות סיכונים. נוסף על כך, המאפיינים השיטתיים וההמוניים של התנהגות עוולתית משווים לבעיית הפער המובנה האמורה ולתת-האכיפה ממדים חברתיים משמעותיים, מאחר שהתנהגות עוולתית המונית ושיטתית מקנה למעוולים עדיפות מובנית בניצול יתרונות של גודל, ויוצרת אפוא אסימטרייה בתמריצי ההשקעה ובגודל ההשקעה של הצדדים בתביעה ובהגנה ולהטיה עקרונית בקביעת ממצאים עובדתיים ומסקנות משפטיות לטובת המעוול הספציפי ומעוולים בכוח. השקעה אסימטרית עומדת לפיכך למכשול בפני אכיפת חוק מיטבית. במצב זה, פתרון לבעיית תת-האכיפה טומן בחובו תועלת חברתית רבה.

כשירותה של התביעה הייצוגית לצמצם את הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי באכיפת החוק היא פועל יוצא של שני עקרונות כלכליים המונחים בבסיסה: יזמות עסקית וניצול יתרונות של גודל בהשקעת משאבים באכיפת החוק. שילובם יוצר תמריץ פרטי גבוה לאכוף את החוק על מעוולים המוניים גם מקום שמדובר בנזקים קטנים שאינם בני-תביעה אישית מבחינה כלכלית; יוצר תמריץ פרטי להשקעה בנייהול התביעה להטלת אחריות מיטבית על מעוולים; ויוצר סימטרייה בתמריצי ההשקעה ובגודל ההשקעה הנגרות של הצדדים באופן שמבטל את ההטיה המובנית האמורה.

זיהוי התועלת החברתית, לצידן של בעיות מובנות בתביעה הייצוגית, פותח את הצוהר לדיון בעיצוב ההסדרה המשפטית, לרבות (א) קשת המקרים המתאימים לאכיפת חוק במסגרת התביעה הייצוגית; (ב) מדיניות משפטית ושיפוטית ביחס לאישור תביעות ייצוגיות; (ג) דרישות-סף לאישורן של תביעות ייצוגיות; (ד) פיתוח מנגנוני בקרה יעילים למניעת שימוש לרעה על-ידי עורכי-דין ייצוגיים; (ה) היקף הפרישה הענייני של השימוש בתביעה הייצוגית על-פני תחומי משפט שונים, ולבסוף (ו) מעמד המדינה כנתבעת בתביעות ייצוגיות.

- פתח-דבר: יעדים תיאורטיים בחקר מוסד התביעה הייצוגית
- פרק א: התביעה הייצוגית בישראל – סקירה כללית
- פרק ב: המטרות החברתיות שבבסיס אכיפת החוק על מעוולים
1. הרתעה מיטבית של התנהגות יוצרת-סיכונים
 2. פיצוי מיטבי על סיכונים לנזק שהתממשו
- פרק ג: המאפיינים הייחודיים של החצנת סיכונים לנזק בחברת ההמונים
1. שיטתיות – החצנה שיטתית של סיכון לנזק
 - (א) החצנה רב-פעמית של סיכון שיטתי לנזק
 - (ב) החצנה חד-פעמית של סיכון שיטתי לנזק
 2. המוניות – החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק
- פרק ד: הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי באכיפת החוק על מעוולים
1. זיהוי הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי
 - (א) החצנה חיובית – התועלת החברתית הנצמחת מהרתעת התנהגות יוצרת-סיכונים
 - (ב) החצנה שלילית – העלות החברתית הכרוכה בהטלת אחריות ובאכיפת החוק
 2. פתרונות לצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי באכיפת החוק על מעוולים
- פרק ה: זיהוי הבעיה החברתית – כשלים מובנים באכיפת חוק מיטבית על מעוולים המוניים
1. קבוצת ניזוקים הומוגנית – נזקים קטנים שאינם בני-תביעה אישית מבחינה כלכלית
 2. קבוצת ניזוקים הומוגנית – נזקים בני-תביעה אישית
 - (א) הפער בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהגשת תביעה
 - (ב) הפער בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהשקעת משאבים בתביעה
 3. קבוצת ניזוקים הטרוגנית – תמהיל של נזקים בני-תביעה אישית ונזקים שאינם בני-תביעה אישית
- פרק ו: פתרון הבעיה החברתית – התביעה הייצוגית כאמצעי לצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהטלת אחריות ובאכיפת החוק על מעוולים
1. העקרונות הכלכליים המונחים בבסיס התביעה הייצוגית והשפעתם על צמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי
 - (א) יזמות עסקית באכיפת החוק – פתרון "בעיית הפעולה המשותפת"
 - (ב) אכיפת חוק ייצוגית – ניצול יתרונות של גודל בהשקעת משאבים באכיפת החוק

2. מימוש התועלת החברתית – קשת המקרים המתאימים לאכיפת החוק על-דרך התביעה הייצוגית
- (א) קבוצת ניזוקים הומוגנית – נזקים פעוטים שאינם בני-תביעה אישית
 (ב) קבוצת ניזוקים הומוגנית – נזקים בני-תביעה אישית
 (ג) קבוצת ניזוקים הטרוגנית: תמהיל של נזקים בני-תביעה אישית ונזקים שאינם בני-תביעה אישית
- סוף-דבר: קווים מנחים לעיצוב הסדרה משפטית ושיפוטית ראוייה של התביעה הייצוגית בישראל
1. הסדרה כללית או מיוחדת של מכשיר התביעה הייצוגית
 2. היקף הפרישה הענייני של מכשיר התביעה הייצוגית
 3. קשת המקרים המתאימים לאכיפת חוק על-דרך התביעה הייצוגית
 4. השפעת ההסדרה המשפטית של התביעה הייצוגית על התמריצים לאכיפת החוק
 5. מדיניות משפטית ושיפוטית באישור תביעות ייצוגיות
 - (א) תום-לב
 - (ב) גודל הקבוצה
 - (ג) שאלות מהותיות של משפט ועובדה המשותפות לקבוצה
 - (ד) סיכויי ההצלחה בתביעה
 - (ה) התביעה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת
 6. פיתוח מנגנוני ביקורת יעילים
 7. קווים מנחים לפסיקת שכר-טרחה לעורכי-דין

פתח-דבר: יעדים תיאורטיים בחקר מוסד התביעה הייצוגית

מאפייניה השונים של התביעה הייצוגית – לרבות בעיית הנציג ובעיית הסחטנות הכרוכות בה – מעלים שאלות נוקבות באשר לרציונות החברתית בישראל בכלל ובאשר להסדרתה המשפטית בפרט. מאמר זה בוחן את הרציונות החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת חוק אזרחית על מעוולים המוניים ואת ההצדקות התיאורטיות המונחות בבסיס השימוש בו. שכן, בהעדר תובנה כללית היורדת לחקר תפקודו של מכשיר התביעה הייצוגית והתועלת החברתית שעשויה לצמוח מאכיפת החוק על מעוולים המוניים, זיהוי אנליטי של קשת הבעיות העקרוניות הכרוכות בשימוש בתביעה הייצוגית ועיצוב הסדרה משפטית יעילה אין להם על מה שיסמכו. זאת מאחר שזיהוי בעיות המובנות במוסד התביעה הייצוגית ועיצוב פתרונות משפטיים רצויים הינם יעדים תלויי-יאוריה

פוזיטיבית ונורמטיבית בהתאמה. המאמר בוחן אפוא את התועלת החברתית הפוטנציאלית שבתביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק, ומפתח תיאוריה כללית באשר לרציונותה בחברת ההמונים שבה מעוולים המוניים – תאגידים פרטיים וציבוריים ורשויות מנהליות ושלטוניות – גורמים נזק שיטתי והמוני או מחצינים באופן שיטתי והמוני סיכונים לנזק כלפי קבוצת גדולה של ניוזקים.

חרף ההכרה המשפטית בתביעה הייצוגית בישראל והניסיון השיפוטי והמקצועי שנצבר עד כה באישור והסדרה של התדיינות ייצוגית, ולמרות הדיון האקדמי בהיבטיה השונים של התביעה הייצוגית, התשובה לשאלה כללית ועקרונית זו – ולהשלכות החברתיות והמשפטיות הנגזרות ממנה – אינה ברורה כלל. זאת ועוד, מגוון ההשלכות הנורמטיביות שעניינן בעיצוב הסדרה משפטית ראויה של התביעה הייצוגית הנגזרות מתובנה פוזיטיבית כאמור מצביע באופן ברור על חשיבותו של העיסוק העיוני בשאלה זו.

נניח, לשם הדיון, שכמי שאמונים על השאת רווחתם האישית (individual well-being) של פרטים בחברה, ובהתאם, על השאת הרווחה החברתית המצרפית (aggregate social welfare)¹, היו המחוקקים ומעצבי-מדיניות אחרים נקראים לעסוק בתכנון חברתי (social planning) של מערכת אכיפת החוק, ובגדרה, מערכת הטלת האחריות המשפטית (liability system). נניח כי המטרה החברתית היא להביא לידי אכיפת חוק והטלת אחריות מיטבית על מעוולים, ובהתאם, להשיג הרתעה מיטבית (לרבות הרתעה פרטנית

1 באופן עקרוני, המושג "רווחה אישית" (individual well-being) עשוי להביא בחשבון כל דבר ועניין שפרטים בחברה עשויים ליחס לו ערך ומשמעות סובייקטיביים בקביעת רווחתם האישית, בין שמדובר בהקטנת התוחלת של נזקים ממוניים או נזקים שאינם ממוניים, במימוש זכויות וחירויות, ובין שמדובר ביכולתו של אדם לממש את חירותו לכלכל את מעשיו כרצונו. כמובן, תוכנו של המושג "רווחה אישית" עשוי להשתנות על-פי ההקשר ובהתאם למטרות המחקר, שהרי תוכנו של המושג הרלוונטי למחקר שעניינו כללי אחריות בנזיקין אינו שקול לתכנים הרלוונטיים למחקר שעניינם כללי אחריות בפלילים. מכל מקום, יהא תוכנו של מושג זה אשר יהא, הרווחה החברתית המצרפית (aggregate social welfare), המשמשת אבן-בוחן לניתוח דסקריפטיבי ולהערכה נורמטיבית של כללי משפט, היא לא יותר מאשר סך הרווחה האישית של כל פרט ופרט בחברה הרלוונטית. גודלה של הרווחה החברתית המצרפית עולה אפוא עם שינויים חיוביים ברווחתם האישית של פרטים בחברה. ראו להלן: *Amartya Sen The New Palgrave: A Dictionary of Economics* (John Eatwell, Murray Milgate & Peter Newman eds., 1987, Vol. 4) 382. לדיון תיאורטי מקיף ברווחה האישית וברווחה החברתית המצרפית, ולשימוש במושגים אלה במסגרת ניתוח כלכלי דסקריפטיבי ונורמטיבי של כללי משפט והסדרה משפטית של התנהגות, ראו להלן: *Louis Kaplow & Steven Shavell Fairness versus Welfare* (Cambridge, 2002) 15–38. ראו גם: *Steven Shavell Foundations of the Economic Analysis of Law* (Cambridge, 2003) 595–596, 663–671.

והרתעה כללית)² ופיצוי (דהיינו, ביטוח נזקים). אכיפת חוק מיטבית על מעוולים – וצמצום העלויות החברתיות הקשורות להפרת החוק ולהחצנת סיכונים לנזק כלפי פרטים בחברה – עשויים להביא לידי הגדלת הרווחה האישית של פרטים, ובהתאם, לידי השאת הרווחה החברתית המצרפית.

הניסיון לעסוק בתכנון חברתי כאמור של מערכת אכיפת החוק והטלת האחריות מציב אפוא שאלות שיש להן חשיבות כללית: האם ראוי לשלב את מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק, ואם כן – מה הן ההצדקות התיאורטיות המונחות בבסיס רציותו החברתית של מוסד זה? יתר על כן, בהנחה ששילובה של התביעה הייצוגית נמצא רצוי מבחינה חברתית, עולה השאלה: מהי קשת המקרים האנליטיים שראוי לעשות בהם שימוש בתביעה הייצוגית לאכיפת החוק? זאת ועוד: מה הן הבעיות הטמונות בשימוש במכשיר זה ומהי ההסדרה המשפטית הראויה שיש בה כדי לשרת את העיקרון הנורמטיבי של השאת הרווחה החברתית המצרפית? ולבסוף, מה ראוי שיהיה היקף הפרישה הענייני של התביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק והאם ראוי שהשימוש בתביעה הייצוגית יחול על תחומים שונים של פעילות חברתית, לרבות אלה שהמדינה ורשויותיה מעורבות בהם?³ המאמר בוחן את התועלת החברתית הטמונה בתביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק, ומפתה, בהתאם, תיאוריה כללית באשר לרציות החברתית של מוסד זה בחברת המונים,⁴

2 לדין בהבחנה בין הרתעה פרטנית (specific deterrence) והרתעה כללית (general deterrence) ראו: A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell "Punitive Damages: An Economic Analysis" 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 869, 877 at footnote 13 והספרות הנוכרת שם. יסודה של הבחנה זו היא בהבחנה שבין הרתעת המעוול הספציפי החשוף להטלת אחריות משפטית בהליך הנוכחי לבין ההרתעה הכללית של מעוולים אחרים שאופן פעילותם דומה לזה של המעוול הספציפי. הרתעה כללית נגזרת – בדרך של learning ועדכון ההסתברות של האיום באכיפת החוק על מעוולים – מהליך ומתוצאות של אכיפת החוק על המעוול הספציפי. למחקר אמפירי שעניינו ביחס שבין הרתעה פרטנית והרתעה כללית, ראו: Dorothy Thornton, Neil Gunningham & Robert A. Kagan "General Deterrence and Corporate Environmental Behavior" 27 *Law & Policy* (2005) 262–288.

3 השאלות האמורות בטקסט מקבלות משמעות מעשית שעה ששתי הצעות-חוק שעניינן בהסדרה כללית של תביעות ייצוגיות בישראל מונחות על שולחנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ועוברות את השלבים הראשוניים של תהליך החקיקה. ראו הצעת-חוק פרטית מטעם חברי-הכנסת רשף חן, רוני בריוון, אילן שלגי, אתי לבני, גדעון סער, זהבה גלאון וחיים רמון, שפורסמה להלן כהצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003, ראו: <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/890.rtf> (1.8.2005); וכן תזכיר הצעת-חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

4 המאפיינים הייחודיים של התנהגות יוצרת-סיכונים בחברת ההמונים (mass society או mass production society) יידונו בפרוט בפרק ד להלן. בחברת ההמונים, הסבת נזקים או החצנת סיכונים לנזק מתאפיינות באופן כללי בהמוניות ובשיטתיות. מקורו של יסוד

מציאות חברתית שבה החלטות ופעולות של תאגידים פרטיים, ציבוריים וממשלתיים ורשויות מנהליות ושלטוניות עלולות להסב נזקים שיטתיים והמוניים או להחזין באופן שיטתי והמוני סיכונים לנזק.⁵

יסודו של הדיון הנוכחי בהתבוננות על השימוש בתביעה הייצוגית בשדה ההתדיינות האזרחית בישראל ובמערכות משפט זרות⁶ – בראש ובראשונה במערכת המשפט הפדרלית בארצות-הברית ובמערכות המשפט של המדינות השונות שבהן אומץ לראשונה דגם מודרני של מנגנון התביעה הייצוגית.⁷ נקל לראות כי מאפייניה השונים של ההתדיינות הייצוגית, על הבעיות השונות הטמונות בחובה, מציבים שאלות נוקבות וכלליות באשר לרציות החברתית של מוסד התביעה הייצוגית כמכשיר התדיינות אזרחית במסגרתה של מערכת המשפט הישראלי בכלל ובאשר להסדרה המשפטית הרצויה של מוסד זה בפרט.⁸

ההמוניות בחשיפה של קבוצת פרטים גדולה לנזק או לסיכון לנזק. מקורו של יסוד השיטתיות בעובדה שהנזק או הסיכון לנזק מוטמע באופן שיטתי בייצור המוצר, בשיווק או בשימוש בו.

5 יודגש כי השימוש במושג "עוולה המונית" ובמושגים הנלווים – "מעוול המוני", "ניזוק" ו"נזק" – אינו מכוון ליצור קשר מפורש או משתמע לדיני העוולות הנזיקיות, ובכלל זה לדינים המסדירים אחריות יצרן למוצרים פגומים. בהעדר לשון מדויקת יותר, השימוש במושגים אלה מבקש לתאר התנהגות חברתית בעלת דפוסים כלליים – שעיקרם ביצירת סיכונים שיטתית ובהחצנת סיכונים המונית אל קהל ניזוקים מסוים או בלתי-מסוים – שאינה בהכרח מושא הסדרתם של דיני הנזיקין. לפיכך, התנהגות העולה כדי עוולה המונית כהגדרתה כאן עשויה להיות מוסדרת על-ידי דיני התאגידים ודיני ניירות-הערך; דיני ההגבלים העסקיים ודיני החוזים; דיני הגנת הצרכן ודיני הבנקאות; ודיני העבודה או דיני הגנת הסביבה. היקף פרישתם הלשונית של מושגים אלה צר אפוא מלהכיל את היקף פרישתם הענייני, נקודה שהערה זו מבקשת להדגיש.

6 לדיון השוואתי בתביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת חוק ייצוגית וקולקטיבית, ראו: Rachael Mulheron *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective* (Oxford, 2004). הדיון נסב על השוואת ההסדרה המשפטית של התביעה הייצוגית במערכת המשפט הפדרלית בארצות-הברית, אוסטרליה ומחוזות Ontario ו-British Columbia בקנדה.

7 ההתייחסות לדגם המודרני של מוסד התביעה הייצוגית, דוגמת זה שאומץ בחקיקה בישראל, נועדה להבחין בינו לבין דגמים מוקדמים יותר, לרבות הדגם שאומץ בכללי סדר-הדין האזרחי הפדרליים משנת 1938 במערכת המשפט הפדרלית, ודגמים מוקדמים המיוחסים לדיני היושר של אנגליה במאה השבע-עשרה. לדיון היסטורי במוסד התביעה הייצוגית ולמקורות רלוונטיים ראו הערה 22 להלן.

8 מוסד התביעה הייצוגית חשוף לכמה בעיות מובנות. ראשית, בעיית הנציג החמורה מתעוררת מאחר שמעורבותם האישית הנמוכה של חברי הקבוצה המיוצגת בהתדיינות ובקבלת החלטות בגדרה מאפשרת לתובע הייצוגי ולעורך-הדין המייצג את הקבוצה לפעול באופן שאינו עולה בהכרח בקנה אחד עם מטרות הקבוצה, בין כתוצאה מהשקעה תת-מיטבית בהתדיינות (shirking) ובין כתוצאה של קנוניה עם הצד-שכנגד (collusion).

עדות לכך הם נסיונות שיפוטניים וחקיקתיים שנעשו בישראל,⁹ בארצות-הברית,¹⁰ בקנדה

- שנית, השימוש במוסד התביעה הייצוגית עלול להיות סחטני ולהטיל על נתבעים חפיים עלויות אחריות כבדות (בעיה הידועה כ-"blackmail settlement").
- 9 אופן החישוב ומועד התשלום של אגרת בית-המשפט הכרוכה בהגשת תביעה ייצוגית ובקשה לאישורה על-פי חוקים שונים היא אך אחת הבעיות שבת-המשפט בישראל ניצבו לפניו, סוגיה שלא פסחה אף על בית-המשפט העליון. ראו: בש"א 195/88 מדינת ישראל נ' קרן הופר, פ"ד מב(3) 32, 39; רע"א 7633/98 דיסקונט ישראל שוקי הון והשקעות נ' שמש (לא פורסם, ניתן ביום 23.9.1999). הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003, לעיל הערה 3. הצעת חוק זו משקפת ניסיון נוסף להסדיר את תשלום האגרה בהליכים ייצוגיים. סעיף 9 להצעת-החוק מציע הסדר שלפיו תשלום בגין הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית, עם הגשתה, אגרת בית-משפט המשולמת בבית-המשפט שבו הוגשה הבקשה בגין בקשות בכתב, אלא שמשאשורה הבקשה, יידחה המועד של תשלום האגרה עד לאחר המועד של מתן פסק-הדין. בעת מתן פסק-הדין יקבע בית-המשפט את הסכום של אגרת המשפט ואת אופן תשלומה, ובלבד שסכום האגרה שייקבע לא יעלה על סכום האגרה שהיה משולם בגין תביעת כל חברי הקבוצה יחד בגין סך כל הסעדים שנפסקו בפועל לטובתם, וישולם על-ידי כל חברי הקבוצה באופן ובחלוקה שייקבעו על-ידי בית-המשפט. אופן החישוב של שכר-טרחתו של עורך-הדין הייצוגי הינו סוגיה סבוכה נוספת העומדת לפתחם של בתי-המשפט, מאחר שההסדרה החוקית של התביעה הייצוגית בישראל אינה מתייחסת לעניין זה באופן מפורט, מעבר להוראה הכללית המצויה בחוקים שונים שלפיה "בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את הקבוצה; עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט". ראו, למשל: סעיף 214 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 (להלן: חוק החברות); סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248 (להלן: חוק הגנת הצרכן). הוראה דומה נמצאת בסעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים).
- 10 השימוש התדיר במכשיר התביעה הייצוגית להגשת עילות תביעה שעניינן תרמית ומניפולציה בניירות-ערך לבתי-משפט פדרליים בארצות-הברית במהלך שנות התשעים המוקדמות היווה כר פורה לנסיונות חקיקתיים ושיפוטיים להתמודד עם שימוש סחטני (לכאורה) במוסד התביעה הייצוגית להשגת הסכמי פשרה נדיבים חרף העדר בסיס ממשי לייחוס אחריות אורחית לנתבעים. דפוסים אלה עוררו דאגה בקרב הרשות הפדרלית לניירות-ערך. ראו: Christi Harlan "SEC's Levitt Talks of Active Attempts to Curb", *The Wall Street Journal* (27.1.1994) B7; Janet Cooper-Alexander "Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions" 43 *Stan L. Rev.* (1991) 497. הדיון בבעיות אלה בקרב חוקרי משפט ומעצבי מדיניות הוביל לאימוץ רפורמה חקיקתית כללית באשר להסדרה המשפטית של הגשת תביעות ייצוגיות שעניינן ניירות-ערך. ראו: Private Securities Litigation Reform Act of 1995 (PSLRA), Pub. L. No. 104-67, Dec. 22, 109 Stat. 737 (1995) (codified as additions and amendments to 15 U.S.C. §77u-4 *et seq.* and 15 U.S.C. §77z-1 *et seq.*). לדיון במטרות הרפורמה ראו, למשל: Jill E. Fisch "Class Action

ובמדינות שונות באיחוד האירופי לזהות את הבעיות העקרוניות הכרוכות בתביעה הייצוגית ולעצב הסדרה משפטית מתאימה.¹¹

התיאוריה הכללית המוצגת במאמר זה מסבירה את התועלת החברתית שבאכיפת חוק אזרחית על-דרך התביעה הייצוגית – על-פני התדיינות אישית (שפעמים רבות, מחמת העדר תמריץ כלכלי, נותרת בבחינת אפשרות שאינה בת-מימוש) – על רקע: (א) הבעיות המובנות העומדות לרועץ בפני אכיפת חוק מיטבית בחברת ההמונים. פיתוח התיאוריה נעשה בשלבים, תוך שימת דגש בהשלכותיה של התנהגות יוצרת-סיכונים על הרווחה החברתית המצרפית ועל המטרות החברתיות שבבסיס אכיפת החוק על מעוולים; (ב) המאפיינים הייחודיים של הסבת נזקים והחצנת סיכונים לנזק בחברת ההמונים; ולבסוף (ג) הכשלים המובנים באכיפת חוק מיטבית על מעוולים המוניים באמצעות הגשת תביעות אישיות במציאות משפטית שמכשיר התביעה הייצוגית אינו זמין בה כמכשיר לאכיפת חוק. המאמר מזהה כשלים מובנים באכיפת חוק מיטבית שיסודם בפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי להפעלת מערכת של הטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק, ובכלל זה (א) הפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי להגשת תביעה, נוסף על (ב) הפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי להשקיע בתביעה אחת שהוגשה.¹²

Reform: Lessons from Securities Litigation" 39 *Ariz. L. Rev.* (1997) 533
 לסכל הגירה של תביעות ייצוגיות שעניינן ניירות-ערך לבתי-המשפט של המדינות
 השונות, שהיה בה כדי לטרפד את מטרות הרפורמה, הוסיף הקונגרס וחוקק חוק משלים
 בשנת 1998. ראו: Securities Litigation Uniform Standards Act of 1998, Pub. L. No.
 105-353, 112 Stat. 3227 (1998) (codified as additions to 15 U.S.C. §77p et seq.)

11 לדיון במוסד התביעה הייצוגית ובבעיות הטמונות בו, ראו, למשל: The Recognition of
 Class Actions and Public Interest Actions in South African Law (South African
 Law Commission Report, August 1998), available at [http://www.law.wits.ac.za/
 .salc/report/classact.pdf](http://www.law.wits.ac.za/salc/report/classact.pdf) (4.6.2005)

12 הַתּוֹה הכללית בדבר הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לבין האינטרס החברתי באכיפת
 החוק, בהפעלת המערכת להטלת אחריות ובקבלת החלטות בגדרה פותחה בסדרה של
 מאמרים. ראו: Steven Shavell "The Social versus the Private Incentive to Bring Suit
 in a Costly Legal System" 11 *J. Leg. Stud.* (1982) 333 (hereinafter: Shavell "The
 Social versus the Private Incentive"); Steven Shavell "The Fundamental
 Divergence between the Private and Social Motive to Use the Legal System" 26 *J.
 Leg. Stud.* (1997) 575 (hereinafter: Shavell "The Fundamental Divergence")
 העובדה שהחלטות ופעולות פרטיות מודרכות על-ידי שיקולי עלות ותועלת פרטיים יוצרת
 למעשה פער מובנה בין התמריץ הפרטי לבין האינטרס החברתי בביצוע אותן פעולות.
 בהינתן הבדלים בין העלויות הפרטיות והחברתיות הכרוכות בהתנהגות מסוימת ובהינתן
 הבדלים בין התועלות הפרטיות והחברתיות שעשויות להתקבל מאותה התנהגות – כגון
 החלטות של פרטים שמביאות בחשבון אך ורק עלויות ותועלות פרטיות, תוך התעלמות
 גמורה ואינטרסנטית מקיומן של עלויות ותועלות חברתיות - עשויים להביא לידי כך

תוצאותיה של אכיפת חוק תת-מיטבית הן שתיים: השגה תת-מיטבית של הרתעה פרטנית (specific deterrence) והרתעה כללית (general deterrence) אינה רצויה מבחינה חברתית מאחר שאין בה כדי ליתן תמריץ הולם לנקיטה מספקת באמצעי זהירות מוקדמים לצמצומה של תוחלת הנזק המצרפית; פיצוי תת-מיטבי אינו רצוי אף הוא מאחר שאין בו כדי להטיב את נזקם של פרטים שנפגעו מהתמשות הסוכונים לנזק.

המאפיינים הייחודיים של התנהגות יוצרת-סיכונים בחברת ההמונים – כאמור, החצנה המונית ושיטתית של נזקים או סיכונים לנזק – משווים לבעיית הפער המובנה ותת-האכיפה ממדים חסרי תקדים: ראשית, החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק מגדילה את ההשפעה המצרפית השלילית של אכיפה תת-מיטבית, ובכלל זה הרתעה ופיצוי תת-מיטביים, על הרווחה החברתית המצרפית. שנית, החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק מקנה למעוולים המוניים יכולת מובנית ואסימטרית לנצל יתרונות של גודל, ומביאה אפוא לידי אסימטריה בתמריצי ההשקעה ובגודל ההשקעה של הצדדים. אסימטריה בגודל ההשקעה פועלת לטובת המעוול הספציפי ומעוולים בכוח בעתיד ועומדת אפוא למכשול בפני אכיפת חוק מיטבית מאחר שהיא מביאה לידי הטיה עקרונית בקביעת ממצאים עובדתיים ומסקנות משפטיות לטובת מעוולים ולהחרפת ההשלכות השליליות של בעיית תת-האכיפה על הרווחה החברתית המצרפית. במצב זה, פתרון זה של בעיית תת-האכיפה טומן בחובו תועלת חברתית רבה.

מוסד התביעה הייצוגית מוסבר אפוא כפתרון מוסדי לצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לבין האינטרס החברתי באכיפת החוק על מעוולים המוניים. כשירותה של התביעה הייצוגית להביא לידי צמצום הפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי בהפעלת מערכת של הטלת אחריות – ובכלל זה התמריץ להגשת תביעה והתמריץ להשקעה בתביעה משהוגשה – היא פועל יוצא של שילוב שני עקרונות כלכליים המונחים בבסיסה. עקרונות אלה כוללים (א) יזמות עסקית באכיפת חוק ובהפעלת מערכת של הטלת אחריות שיש בה כדי לפתור את "בעיית הפעולה המשותפת" (collective action problem); (ב) אפשרות לניצול יתרונות של גודל (economies of scale) בהשקעת משאבים ובפיזור עלויות של אכיפת החוק על-פני חברי הקבוצה כולה, כך שהשקעה גדולה יותר נעשית כדאית מבחינה כלכלית.

הדיון התיאורטי מוסיף ומראה כי שילובם של עקרונות אלה (א) יוצר תמריץ פרטי גבוה להגשת תביעות לפיצויים על נזק שנגרם עקב החצנה המונית של סיכונים שיטתיים שהתמשו גם מקום שמדובר בנזקים פעוטים שאינם בני-תביעה באופן אישי; (ב) מספק

שהתמריץ הפרטי לביצוע פעולות כלכליות לא יעלה בקנה אחד עם האינטרס החברתי בביצוע אותן פעולות. פרטים צפויים אפוא לא לשקול השפעות הייצוגיות הכרוכות בביצוע פעולה מסוימת על רווחתם האישית של פרטים אחרים ועל הרווחה החברתית המצרפית בעת קבלת החלטה בדבר ביצועה או הימנעות מביצועה. כך, פרטים צפויים לא להביא בחשבון עלויות (דהיינו, החצנות שליליות) או תועלות (דהיינו, החצנות חיוביות) שהתנהגותם עשויה להחציץ כלפי פרטים אחרים והחברה בכללותה.

תמריץ פרטי גבוה להגדיל את ההשקעה המצרפית בהתדיינות בתביעה, בין שמדובר בנוקים פעוטים שאינם בני-תביעה באופן אישי ובין שמדובר בנוקים ממשיים ובני-תביעה, על-מנת להוכיח את עילת התביעה ולהביא לידי כך שמעוולים יישאו באחריות למלוא הנזק שגרמו; ולבסוף (ג) יוצר סימטריה בתמריצי ההשקעה – ובגודל ההשקעה הנגזרת – של הצדדים להתדיינות, באופן כזה שתוצאות ההתדיינות (לרבות קביעות עובדתיות ומסקנות משפטיות) אינן עשויות עוד לשקף הטיה עקרונית לטובת המעוול הספציפי ומעוולים בכוח בעתיד.

המאמר טוען, בין היתר, כי ראוי לברר במסגרת התביעה הייצוגית לא רק תביעות בגין נזקים קטנים שאינם בני-תביעה אישית, אלא גם – ובמיוחד – תביעות בגין נזקים ממשיים, וזאת חרף היותן תביעות כדאיות מבחינת התובע הבודד. אישור התביעה כתביעה ייצוגית מאפשר לעורך-הדין הייצוגי להשקיע משאבים רבים בתביעה שהתובע בכוח ועורך-דינו אינם יכולים להשקיע גם מקום שעורך-הדין מייצג לקוחות דומים אחדים. כדאיותה של התביעה האישית אינה מבטיחה שהתובע הבודד ועורך-דינו ישקיעו משאבים מספיקים בניהולה באופן דומה להשקעה הצפויה של הצד האחר מאחר שהפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי, שקטן במידת-מה, נותר על כנו ועומד על-כך לרוועץ בפני אכיפת חוק מיטבית. לפיכך, ההשקעה המשמעותית המתאפשרת בגדרה של התביעה הייצוגית תגדיל באופן משמעותי את סיכויי הזכייה ואת תוחלת הזכייה, ותביא לידי כך שהמעוול יישא באחריות לגודלו האמיתי של הנזק המצרפי שנגרם לאוכלוסיית הניזוקים. תוצאה זו משרתת את מטרת ההרתעה (הפרטנית והכללית) המונחת בבסיס אכיפת החוק, ויש בה כדי להביא לידי מתן פיצוי מיטבי ששיעורו מתקרב (ובהינתן השקעה מיטבית, אף יהיה זה) לגודלו האמיתי של הנזק שנגרם. נוסף על כך, ניהול התדיינות ייצוגית כתחליף לניהול תביעות אישיות בגין נזקים ממשיים יביא לידי הקטנת העומס השיפוטי ועלות הניהול של תביעות רבות אך זהות.

התובנה הכללית באשר לתועלת החברתית הטמונה בשימוש במוסד התביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק על מעוולים המוניים פותחת את הצוהר לדיון בכמה השלכות נורמטיביות ראשוניות על ההסדרה המשפטית של מוסד התביעה הייצוגית. עניינן של השלכות אלה בממדים שונים של מוסד התביעה הייצוגית, לרבות (א) קשת המקרים המתאימים לאכיפת חוק על-דרך התביעה הייצוגית; (ב) מדיניות משפטית ושיפוטית ראויה ביחס לאישור הגשתן של תובענות ייצוגיות; (ג) השפעתן של דרישות-סף על התמריצים לאכיפת החוק; (ד) פיתוח מנגנוני ביקורת ראויים; ולבסוף (ה) היקף הפרישה הענייני של השימוש בתביעה הייצוגית.

הניתוח התיאורטי מתקדם באופן הבא: תחילתו של הדיון בפרק א, שבמסגרתו מוצגת סקירה כללית של מוסד התביעה הייצוגית בארצות-הברית ובישראל, התפתחותו ההיסטורית והסדרתו המשפטית. הדיון בפרק ב מזהה את שתי המטרות החברתיות שבבסיסה של הפעלת מערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק, לרבות הרתעה מיטבית של התנהגות יוצרת-סיכונים ופיצוי מיטבי של סיכונים לנזק שהתממשו. הדיון בפרק ג עומד מקרוב על המאפיינים הייחודיים של התנהגות יוצרת-סיכונים והחצנת

סיכונים לנזק בחברת ההמונים. מאפיינים אלה כוללים החצנה המונית ושיטתית של סיכונים לנזק.

פרק ד מניח את אחד הנדבכים המרכזיים של התיאוריה. הדיון בפרק זה מתמקד בפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי בהפעלת מערכת של הטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק, תופעה כללית שאינה ייחודית כלל לחברת ההמונים, ובהשלכותיו של התמריץ הפרטי להפעלת מערכת של הטלת אחריות על תוצאותיה של אכיפת החוק. הדיון מוסיף ומתייחס לפתרונות שונים המשמשים לצמצום הפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי בהפעלת מערכת של הטלת אחריות.

פרק ה מיישם את התובנות הכלליות האמורות בויהוי הבעיה החברתית הטמונה בהחצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק בחברת ההמונים. הדיון מראה כי בעיית תת-האכיפה היא פועל יוצא של (א) הפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי להפעלת מערכת של הטלת אחריות, בשילוב עם (ב) המאפיינים הייחודיים של החצנת סיכונים לנזק בחברת ההמונים. הדיון מוסיף ובוחר את הכשלים שביסודה של בעיית האכיפה ביחס לשלוש אוכלוסיות ניווקים עקרוניות. אלה כוללות (א) אוכלוסיית ניווקים הומוגנית שבה נזקים פעוטים שאינם בני-תביעה אישית; (ב) אוכלוסיית ניווקים הומוגנית שבה נזקים בני-תביעה אישית; וכן (ג) אוכלוסיית ניווקים הטרוגנית שבה נזקים בני-תביעה ונזקים פעוטים שאינם בני-תביעה.

משוהתה הבעיה החברתית כאמור, הדיון בגדרו של פרק ו נפנה לזהות את פתרונה. הטענה התיאורטית הכללית המוצגת בפרק זה גורסת כי מוסד התביעה הייצוגית משמש אמצעי לצמצום הפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי להפעלת מערכת של הטלת אחריות ולפתרון בעיית האכיפה. הדיון מראה כי כשירותה של התביעה הייצוגית להביא לידי צמצום הפער המובנה בין התמריצים הפרטי והחברתי בהפעלת מערכת של הטלת אחריות לאכיפת החוק – ובכלל זה התמריץ להגשת תביעה והתמריץ להשקעה בתביעה משוהגשה – בשלוש האוכלוסיות האמורות היא פועל יוצא של שילוב שני עקרונות כלכליים המונחים בבסיסה. עקרונות אלה כוללים (א) יזמות עסקית בהפעלת מערכת של הטלת אחריות לפתרון "בעיית הפעולה המשותפת" (collective action problem), וכן (ב) אפשרות לניצול יתרונות של גודל (economies of scale) בהשקעת משאבים באכיפת החוק. לבסוף, פרק סוף-דבר חותם את הדיון ומציע קווים מנחים לעיצוב הסדרה משפטית ראויה של מוסד התביעה הייצוגית בישראל.

פרק א: התביעה הייצוגית בישראל – סקירה כללית

מוסד התביעה הייצוגית¹³ מוכר במערכת המשפט הישראלית ומופעל בשדה ההתדיינות האזרחית יותר משני עשורים.¹⁴ ראשיתה של ההכרה המשפטית בתביעה הייצוגית בהחלטות בתי־משפט,¹⁵ המשכה בהסדרה חקיקתית ספציפית במסגרת דיני ניירות־

13 מינוח נרדף או נלווה למושג "תביעה ייצוגית" כולל תובענה ייצוגית וכן תביעת ייצוג קבוצתית ותובענת ייצוג קבוצתית. סימן ב בפרק ג של חוק החברות, לעיל הערה 9, נוקט, למשל, לשון "תביעה ייצוגית"; הוא הדין בפרק 11 לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 9, ובחוקים נוספים המסדירים הגשת תביעה ייצוגית. חרף קיומן של הבחנות סמנטיות בין המושגים תובענה ותביעה, ומטעמי פשטות גרידא, הדיון שלהלן יתייחס באופן מאוחד למושג "תביעה ייצוגית". להיבטים מינוחיים של המונח ראו סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון "מנגנוני התביעה הייצוגית והנגזרות בחוק החברות החדש" משפטים לב (תשס"ב) 461, 462-463.

14 תדירות השימוש בתביעה הייצוגית לאורך השנים אינו קבוע. כך, למשל, התדירות של הגשת תביעות ייצוגיות לפי חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך; כיום מכוח ההסדר הקבוע בחוק החברות, לעיל הערה 9) הציגה מגמת עלייה למן שנת 1988, שבה הוסף לראשונה (בפרק ט) הסדר בדבר הגשת תביעות ייצוגיות שעניינן ניירות־ערך. מספר התביעות הייצוגיות שהוגשו על־פי ההסדר הקבוע בחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 9, מציג מגמה דומה, שלפיה תדירות הגשתן של תביעות אלה עלה עם השנים במידה ניכרת. בהנחה שהתדירות של הפרת החוק המקימה עילות בנות־תביעה בגדרה של התביעה הייצוגית נותרה קבועה על־פני השנים מאז הוכר מכשיר התביעה הייצוגית בישראל, גורמים אחדים – לרבות גישת בתי־המשפט לאישור הבקשה להגשת תביעה ייצוגית, מידת אי־הוודאות בהפעלת מוסד משפטי חדש שטרם לובנו קווים מנחים להפעלתו בפסיקת בתי־המשפט, העלויות הגבוהות הכרוכות בשימוש בתביעה הייצוגית – עשויים ליתן הסבר למגמת העלייה במספר התביעות הייצוגיות שבת־המשפט מתבקשים לאשר מדי שנה. לדיון בהתפתחותה של התביעה הייצוגית בישראל ראו: סטיבן גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416; סטיבן גולדשטיין "עוד לעניין תביעת ייצוג קבוצתית – התפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא (תשמ"א) 412; סטיבן גולדשטיין "התפתחות התביעה הייצוגית בישראל" עלי משפט א (תש"ס) 27. כמו־כן ראו: Allen A. Zysblat "Consumer Class Actions in Israel - Some First Impressions" in Developments in European, Italian and Israeli Law (Milano, Alfredo M. Rabello ed., 2001) 365. לדיון מן העת האחרונה ראו: אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד(2) (תשס"ד) 301; הלל סומר "רמון יד שנצרתו נשלפה מגופו" – האומנם? עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" דין ודברים א (תשס"ה) 347.

15 כלי־הקיבול המשפטי שההכרה השיפוטית במוסד התביעה הייצוגית נוצקה בו לראשונה היה מצוי בגדרה של תקנה 29 לתקנות סדר־הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, ק"ת 1869. (נוסח זהה לתקנה המקורית מצוי כיום בתקנה 29 לתקנות סדר־הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת

הערך,¹⁶ ואחריתה בהסדרה חקיקתית מקיפה,¹⁷ הכוללת תחומי משפט שונים, לרבות הגנת הצרכן,¹⁸ חברות,¹⁹ הגבלים עסקיים²⁰ והגנת הסביבה.²¹ בעוד שההסדרה המשפטית של מוסד התביעה הייצוגית בישראל מעוגנת בחוקים ספציפיים הכוללים הסדרה ראשונית של התנהגות (דהיינו, סטנדרטים וכללים החלים על פעילות חברתית), ההסדרה המשפטית של מוסד התביעה הייצוגית בארצות-הברית מעוגנת בכללי סדר-הדין האזרחי הן במערכת

2220). עניינה של תקנה 29 בהסדרת התדיינות ייצוגית של בעל-דין "אחד מטעם כל המעוניינים", לאמור, במצב שבו מספר המעוניינים בתביעה אחת גדול, יכולים מקצתם, באישור בית-המשפט, לייצג את כל קבוצת המעוניינים בתביעה. תחילתה של הכרה עקרונית זו בפסיקת בית-המשפט העליון בשנת 1969 בע"א 79/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645 (להלן: הלכת פרנקישה). לדיון בהלכת פרנקישה ובתנאים שהציבה לאישור תביעה ייצוגית מכוח תקנה 29 ראו רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם, פ"ד נו(3) 220, 238-239 (להלן: עניין א.ש.ת.). לדיון בהכרה המשפטית בתביעה הייצוגית בגדרה של תקנה 29 ראו גולדשטיין, שם, "תביעה ייצוגית קבוצתית - מה ועל שום מה?" 431-438. חרף האמור, פסיקת בית-המשפט העליון, בדעת רוב, בעניין א.ש.ת., שלפיה תקנה 29 אינה אוצרת די כוח לשאת על גבה מבנה מקיף וכבד-משקל, גורף וקוהרנטי של תובענה ייצוגית דוגמת ההסדרים הפרטיקולריים המצויים בחקיקה הראשית, מצמצמת את תחולתה של תקנה 29 ככלי-הקיבול המשפטי של התביעה הייצוגית, ומעבירה אפוא את מרכז כובדה של ההסדרה המשפטית לחוקים פרטיקולריים ולחקיקה עתידית של הכנסת. בית-המשפט העליון נעתר לבקשה לקיים דיון נוסף בפסיקה זו. ראו דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 1.9.2005).

16 ראו פרק ט לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, לעיל הערה 14. הסדרתה של תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות-ערך עוגנה בפרק ט לחוק, שהוסף על-ידי התיקון לחוק ניירות-ערך. פרק ט בוטל לאחרונה על-ידי ההסדר החדש בחוק החברות, לעיל הערה 9.

17 ראו הצעת חוק תביעות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1995, ה"ח 2447.

18 השימוש במוסד התביעה הייצוגית כאמצעי אכיפה של דיני הגנת הצרכן מעוגן בהסדרים חקיקתיים אחדים שעניינם בהגנת הצרכן על-פני תחומים שונים של פעילות כלכלית. ראו: פרק 11 לחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 9; תקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לענין תובענה ייצוגית), התשנ"ה-1995, ק"ת 858 (להלן: תקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לענין תובענה ייצוגית)); פרק 12 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ס"ח 258 (להלן: חוק הבנקאות).

19 ראו סעיפים 207 עד 218 לחוק החברות, לעיל הערה 9. המטרות שבבסיס הסדרתן של תביעות ייצוגיות על-פי חוק החברות החדש מוסברות בדברי ההסבר להצעת-החוק. ראו דברי ההסבר לסעיפים 246 עד 251 להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1996, ה"ח 2432.

20 ראו פרק 11 לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 9.

21 ראו סעיפים 10 עד 14 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, ס"ח 184 (להלן: חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות)).

המשפט הפדרלי²² והן במערכות המשפט השונות של המדינות בארצות-הברית.²³ להלכה, היקף פרישתה הענייני של התביעה הייצוגית חובק התדיינות אזרחית שעניינה בפעילות חברתית המוסדרת על-ידי מערכות דינים שונות. כך, השימוש בתביעה הייצוגית חולש על התדיינות שעניינה עילות תביעה הצומחות מדיני התאגידים²⁴ ודיני ניירות-

22 ראו: Federal Rules of Civil Procedure §23 (2005). לסקירת המחקר ההיסטורי על-אודות התביעה הייצוגית, שעל-פיו מקורו של המוסד ב-"Bill of Peace" שבמערכת דיני היושר של המשפט האנגלי במאה השבע-עשרה, ראו: Deborah R. Hensler *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gains* (Santa Monica, 2000) 10–15. ראו גם: Zechariah Chafee "Bills of Peace with Multiple Parties" in *Some Problems of Equity* (Michigan, Ann Arbor, 1950) 149. הליך דיוני מן היושר שאפשר לתובעים או נתבעים רבים ("the multitude") ליישב שאלות משותפות של משפט ועובדה בגדרו של הליך מאוחד לפני בית-הדין של יושר (Court of Chancery) מתאר את ה-"Bill of Peace". לסקירה היסטורית נוספת ראו: Stephen C. Yeazell *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (New Haven, 1987). למעשה, Rule 23 הפדרלי שימש אב-טיפוס שעל בסיסו אומץ מוסד התביעה הייצוגית במדינות הברית השונות ועוצבה הסדרתו המשפטית; ההסדרה המשפטית של התביעה הייצוגית במדינות הברית עוקבת במקרים רבים עקב בצד אגודל אחר ההסדרה הקיימת במערכת המשפט הפדרלית. להוציא שינויים מספר, Rule 23 הפדרלי שימש גם דגם לאימוץ מוסד התביעה הייצוגית בישראל. עיקרם של הבדלים אלה בשתי דרישות מוקדמות כתנאי לאישור הגשתה של תביעה ייצוגית: ראשית, דרישת תום-הלב, שלפיה על הגשת התביעה להיות בתום-לב; ושנית, הדרישה שהתובע הייצוגי יעמוד במבחן-סף באשר לסיכויי ההצלחה בעילות התביעה השונות.

23 בעקבות הסדרתו של מוסד התביעה הייצוגית בכללי סדר-הדין הפדרליים, בשנת 1938, אימצו כל מדינות הברית - להוציא מדינת מיסיסיפי - את מכשיר התביעה הייצוגית, רובן על בסיס הדגם הפדרלי. לדיון בהסדרת התביעה הייצוגית בכללי סדר-הדין הפדרליים של שנת 1938, ראו: Harry Kalven, Jr. & Maurice Rosenfield "The Contemporary Function of the Class Suit" 8 *U. Chi. L. Rev.* (1941) 684. ההסדרה המשפטית של מוסד זה על-ידי מדינות הברית המשיכה ועקבה אחר השינויים שאומצו בשנת 1966 בכללי סדר-הדין הפדרליים. ראו, למשל, את ההסדרה המשפטית של מכשיר התביעה הייצוגית במדינת מסצ'וסטס: Massachusetts Rules of Civil Procedure §23 (1974); במדינת ניו-יורק: New York Civil Practice Law & Rules §901 (2005) et seq.; ובמדינת פנסילוניה: Pennsylvania Rules of Civil Procedure §1701 (2004) et seq.

24 ראו סעיפים 207 עד 218 לחוק החברות, לעיל הערה 9. לדיון בבעיות הכרוכות בהסדרת המוסד של התביעה הייצוגית במסגרת חוק החברות החדש ראו: גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 13; זוהר גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש - תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים לב (תשס"ב) 381; זוהר גושן "תביעה נגזרת וייצוגית על פי חוק החברות החדש" רבעון לבנקאות לו (תש"ס) 83. עוד ראו מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר "תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש" משפטים כו (תשנ"ו) 543, לדיון במטרות המונחות בבסיס אימוצו של מוסד התביעה הייצוגית בגדרו של חוק החברות החדש.

הערך;²⁵ דיני הגנת הצרכן²⁶ ודיני הבנקאות;²⁷ דיני ההגבלים העסקיים²⁸ ודיני העבודה;²⁹ ודיני הגנת הסביבה.³⁰ עם זאת, עדיין מוקדם לדעת אם היקף פרישתה הענייני של התביעה הייצוגית בישראל יכול, בדומה למצב בארצות-הברית, מכורתו המשפטית של מוסד התביעה הייצוגית, גם עילות תביעה שמקורן בדיני המס, במשפט המנהלי, או במשפט החוקתי ובעוולות החוקתיות המוכרות בגדרו.³¹ עם זאת, שתי הצעות-חוק בעניין

25 ראו פרק טו לחוק ניירות-ערך, לעיל הערה 16. ההסדרה המשפטית של הגשת תביעה ייצוגית מעוגנת בפרק טו לחוק, שהוסף על-ידי התיקון לחוק ניירות-ערך. פרק טו הוחלף לאחרונה על-ידי ההסדר החדש שנקבע בסעיפים 207 עד 218 לחוק החברות, לעיל הערה 9. לדיון כללי ראו ישי לויט "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" הפרקליט מב (תשנ"ו) 465. מכשיר התביעה הייצוגית עומד אף לרשותם של בעלי יחידות, כהגדרתם בחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, ס"ח 308, ולפי סעיף 41 לו, לתבוע בעילות על-פי חוק זה.

26 ראו פרק וי לחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 9. שר המשפטים תיקן תקנות לעניין השימוש במכשיר התביעה הייצוגית בעילות לפי חוק הגנת הצרכן. ראו תקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לענין תובענה ייצוגית), לעיל הערה 18. לעיון בדברי ההסבר להצעת החוק ראו הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994, ה"ח 396.

27 ראו פרק ג לחוק הבנקאות, לעיל הערה 18. לעיון בדברי ההסבר להצעת החוק ראו הצעת חוק תביעות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1995, ה"ח 231.

28 ראו פרק וי לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 9. לעיון בדברי ההסבר להצעת החוק ראו הצעת חוק תביעות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1995, לעיל הערה 17.

29 ראו סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230 (להלן: חוק שכר שווה לעובדת ולעובד).

30 ראו סעיפים 10-14 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), לעיל הערה 21. עילות תביעה שמקורן במשפט המנהלי ובמשפט החוקתי אינן זרות כלל לשימוש בתביעה

היייצוגית בארצות-הברית, מכורתו המשפטית של הדגם המודרני של מוסד זה. למעשה, שימוש ניכר נעשה במכשיר התביעה הייצוגית בארצות-הברית כאמצעי לאכיפת החוק – ולשינוי המציאות החברתית – כלפי גופים הקשורים להפרת זכויות אזרח. ראו: Hensler *supra* note 22, at p. 12 ("the energizing force which motivated the whole rule... was the firm determination to create a class action system which could deal with Arthur R. Miller "Of civil rights and, explicitly, segregation". Problem" 92 *Harv. L. Rev.* (1979) 664 בשנת 1966 היה טכני בעיקרו. מאחר שסעדים להפרת זכויות מנהליות ולעוולות חוקתיות אינם זרים לדין הישראלי, ניתן לשער כי האתגרים שהשימוש בתביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת זכויות שמקורן במשפט המנהלי ובמשפט החוקתי עשוי להציב לא יהיו בלתי-עבירים. לדיון בעוולות חוקתיות ובקשת הסעדים ראו ספרה של דפנה ברק-ארוז עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (תל-אביב, תשנ"ג). יתר על כן, הניסיון השיפוטי שנצבר עד כה באישור ובניהול של תביעות ייצוגיות מורכבות עשוי לסייע בידי

תביעות ייצוגיות המונחות על שולחנה של וועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת עשויות לשנות את המצב המשפטי בישראל במידה ניכרת.³² הצעות אלה מבקשות, בין היתר, לעגן את ההסדרה המשפטית של מכשיר התביעה הייצוגית בחיקוק כללי ועקרוני, ולא במסגרתם של חיקוקים פרטניים. הסדר מסוג זה, הדומה במתכונתו לכלל 23 של כללי הפרוצדורה האזרחית הפדרלית, טומן בחובו יתרונות רבים, ביניהם האפשרות לעשות שימוש נרחב בתביעה הייצוגית לאכיפת כל דין ונגד כל בעל-דין.

עיקרו של מוסד התביעה הייצוגית בהתדיינות אזרחית שבמסגרתה בעל-דין ייצוגי – היא זה תובע ייצוגי או נתבע ייצוגי – המיוצג על-ידי עורך-דין פועל כשלוחם של חברי קבוצת תובעים (או נתבעים) מסוימת או בלתי-מסוימת.³³ תנאי החברות בה והיקף פרישתה מוגדרים בשלב מקדמי של ההליך שבו מתבקש בית-המשפט לאשר את בירור עילות התביעה בגדרה של התדיינות ייצוגית.³⁴ יחסי השליחות בין חברי הקבוצה, מחד

בתי-המשפט כאשר יידרשו לברר עילות תביעה שמקורן במשפט המנהלי והחוקתי בגדרה של התדיינות ייצוגית.

32 ראו הצעת חוק תביעות ייצוגיות, התשס"ג-2003, לעיל הערה 3, והצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, לעיל הערה 3. הצעות חוק אלה מבטאות היענות לקריאת בית-המשפט העליון בעניין א.ש.ת. כי "ראוי שהמחוקק יסדיר את נושא התובענות הייצוגיות בהסדר כולל שיחול על כל התובענות הייצוגיות למיניהן לפי כל דין". ראו עניין א.ש.ת., לעיל הערה 15, בעמ' 253.

33 לדיון כללי במוסד התביעה הייצוגית ולסקירת המגמות המרכזיות בספרות הכלכלית הרלוונטית, ראו: Geoffrey P. Miller *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (New York, P. Newman ed., 1998) 257.

34 כעיקרון, השלב של אישור הבקשה להגשת תביעה ייצוגית נועד לברר שאלות מספר שעניינן בהתאמה של עילות התביעה וקבוצת התובעים למתכונת ההתדיינות הייצוגית. שאלות אלה כוללות (א) קיומן של שאלות מהותיות של משפט ועובדה המשותפות לחברי הקבוצה; (ב) גודלה של הקבוצה מצדיק התדיינות ייצוגית; (ג) בירור עילות התביעה במסגרתה של התדיינות ייצוגית הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת; (ד) ייצוג הולם וראוי של ענייני הקבוצה על-ידי התובע הייצוגי (ועורך-דינו). נוסף לתנאי-הסף האמורים, ההסדרה המשפטית של התביעה הייצוגית בישראל דורשת לעיתים שהתביעה תוגש בתום-לב. בתי-המשפט בישראל בוחנים גם את סיכויי ההצלחה של עילות התביעה ומיישמים לצורך זה מבחנים שונים לבחינת טיבה של העילה, ויש מהם המחמירים יותר מן הנהוג בדיון בבקשה לסילוק על-הסף מחמת העדר עילה על-פי תקנה 100(1) לתקנות סדר-הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לעיל הערה 15. ראו ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 329, ורע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2) 577, פסקה 8 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן, אך השוו ע"א 76/86 ויינשטיין נ' ה.ש. מלונות, פ"ד מג(3) 128. ראו עוד משה טלגם "תביעה ייצוגית – יישומים בפסיקה בישראל" המשפט ז (תשס"ב) 65, 69. אומנם, בחינת סיכויי ההצלחה אינה בלעדית למסלול התביעה הייצוגית דווקא; אך החשש מפני שימוש סחטני במכשיר התביעה הייצוגית – שיסודו בנכונותם הגבוהה של נתבעים חפים לשלם סכומים נדיבים ליישוב

גיסא, ובעל-הדין הייצוגי ועורך-דינו, מאידך גיסא, כוללים את ייצוג האינטרסים של חברי הקבוצה בהתדיינות עצמה ובהחלטות המתקבלות בגדרה; בניהול אפשרי של משא-ומתן לפשרה עם בעל-הדין שכנגד; וביישום תוצאות ההתדיינות – בין שמקורן בפסק-דין ובין בהסכם פשרה שקיבל את אישור בית-המשפט – ביחס לחברי הקבוצה.

יחסי השליחות בין חברי הקבוצה לבין בעל-הדין הייצוגי ועורך-דינו, המתגבשים עם מתן האישור השיפוטי להגשת תביעה ייצוגית ולניהולה של התדיינות ייצוגית, נוצרים באופן חד-צדדי.³⁵ זאת מאחר שבעל-הדין הייצוגי – וביתר שאת עורך-דינו – פועלים כיוזמים שהשקעתם במיזם העסקי מוסדרת על-פי דין וטעונה קבלת רישיון מנהלי (אישור הבקשה להגשת תביעה ייצוגית), ופעילותם בגדרו של המיזם כפופה לפיקוחה השוטף של רשות מנהלית (בית-משפט). יתר על כן, זיהויו והגדרתו של המיזם העסקי ומתן הרישיון לפעול בגדרו מקנים ליוזמים מונופול חוקי החולש על השקעה באותו מיזם עסקי ועל קבלת החלטות בגדרו. משמעו של דבר הוא כי בעל-הדין הייצוגי ועורך-דינו, ורק הם, אוצרים את הכוח הייחודי ומחזיקים בסמכות הבלעדית שקיבלו על-פי דין להתדיין ולהתפשר באופן ייצוגי.³⁶ באשר לעילות התביעה (או ההגנה) אשר בבסיס התביעה (או ההגנה)

עילות תביעה חרף העדרו של בסיס ממשי, נכונות המונעת על-ידי הרצון להסיר את סיכון ההתדיינות והחשיפה הנלווית לאחריות מצרפית גבוהה – מצוי בבסיס ההחלה של מבחנים המציבים סף כניסה גבוה מזה החל ביחס להגשת תביעות אישיות. לדיון ביקורתי של בחינת סיכויי ההצלחה בגדרן של תביעות ייצוגיות על-פי חוק החברות, התשנ"ט-1999, ראו גושן, "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש", לעיל הערה 24, בעמ' 412-415, אך השוו גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 13, בעמ' 466-469.

35 מאחר שיחסי השליחות נכפים על חברי הקבוצה, נתונה להם הזכות לפרוש מן הקבוצה (opt-out) בתוך תקופה קבועה מראש, המונה, על-פירוב, ארבעים וחמישה ימים. פרישה מן הקבוצה מביאה לידי סיום את השליחות המשפטית בין בעל-הדין הייצוגי ועורך-דינו, מחד גיסא, ובין חברי הקבוצה הפורשים, מאידך גיסא. פרישה מן הקבוצה מונעת אפוא את ייחוס תוצאות השליחות, לרבות תחולתו של מעשה-בית-הדין הנוצר עם מתן פסק-הדין או עם אישור הסכם הפשרה ביחס לחברי הקבוצה הפורשים, ומשמרת לפיכך את עילות התביעה. עם זאת, במקרים רבים אין חברי הקבוצה המיוצגת טורחים כלל לברר אם המשך יחסי השליחות – ותחולתו של מעשה-בית-הדין עליהם – הם עניין שבטובתם, לא כל שכן לממש את זכות הפרישה מן הקבוצה. התנהגות זו מוסברת על-ידי אדישות רציונאלית (rational apathy) של חברי הקבוצה, מאחר ששוויין הכלכלי הנמוך של תביעותיהם האישיות מצביע על כך שהתגובה היעילה מבחינתם היא העדר תגובה כלל, דהיינו, אי-מימושה של זכות הפרישה מן הקבוצה כעניין שבבררת-מחדל. לדיון בהנחת הרציונליות של הכלכלה הניאו-קלאסית ביחס להתנהגותם של פרטים ובשיקולי העלות והתועלת שפרטים עשויים להביא בחשבון לצורך קבלת החלטות ראו הדיון בהערות 89-90 להלן ובטקסט הנלווה להן.

36 כמובן, חברי קבוצה שמימשו את זכותם לפרוש מן הקבוצה אינם מנועים מלהתדיין באופן אינדיווידואלי באשר לעילות התביעה (או ההגנה) אשר בבסיס ההליך הייצוגי, זאת מאחר

הייצוגית, ולהקים, בהתאם, מעשה-בית-דין ביחס לכל חברי הקבוצה.³⁷ סופיות הדיון ותוצאותיו מציבים אפוא את בעל-הדין הייצוגי ואת עורך-דינו בעמדת כוח. עולה אפוא כי כמסלול התדיינות אזרחית, מוסד התביעה הייצוגית והתדיינות אזרחית ייצוגית המתקיימת בגדרו נבדלים במידה ניכרת מהתדיינות אישית. הבדלים אלה ניכרים על-פני ממדים אחדים הקשורים, כצפוי, במאפיין הייצוגי והקיבוצי המצוי בבסיסו של מוסד זה. ראשית, זכויות דיוניות מוכרות וסדר-הדין החלים כבדרך-כלל במסגרתה של התדיינות אזרחית מתמלאים תכנים חדשים;³⁸ שנית, מעורבותם ומעמדם של חברי הקבוצה המיוצגים על-ידי בעל-הדין הייצוגי – היא זה תובע ייצוגי או נתבע ייצוגי – ועורך-הדין המייצג אותם בהתדיינות עצמה ובקבלת החלטות הקשורות אליה נמוכים מאוד, ועל-פי רוב אינם ממשיים; שלישית, לנוכח מעמדם הנומינלי בהתדיינות עצמה ובתהליך קבלת ההחלטות, חברי הקבוצה חשופים באופן מובנה להתנהגות אפורטוניסטית שמקורה בניגוד אינטרסים בין בעל-הדין הייצוגי ועורך-הדין המייצג אותו, מחד גיסא, לבין חברי הקבוצה, מאידך גיסא;³⁹ רביעית, חרף זהות אפשרית של עילות התביעה, היקף החשיפה המצרפי

שפרישה מן הקבוצה נועדה לשמר את זכות ההתדיינות האישית של חברי הקבוצה הפורשים ממנה.

37 לדיון במעשה-בית-דין החל על עילות התביעה של חברי הקבוצה המיוצגת עם מתן פסק-הדין או עם מתן האישור השיפוטי להסכם הפשרה שהצדדים להתדיינות מציעים, ראו,

באופן כללי: David L. Shapiro *Preclusion in Civil Actions* (New York, 2001).

38 למשל, על-פי תקנה 29(ב) לתקנות סדר-הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לעיל הערה 15, מימושה של זכות הטיעון האישית כפוף לאישור בית-המשפט לעשותו בעל-דין בתביעה. זכות הטיעון האישית בגדרה של התדיינות ייצוגית – כאמצעי להשתתפות בהתדיינות ולהשפעה על תוצאותיה – מיתרגמת על-פני-רוב (א) לזכות לקבל הודעה על דבר הגשת התביעה הייצוגית ואישורה ועל הסכם הפשרה המוצע (הכפוף לאישור בית-המשפט) שאליו הגיעו בעלי-הדין, (ב) ולזכות להשמיע טענות במסגרת ההליך הייצוגי בכפוף לאישור בית-המשפט. זכותו של אדם ליומו בבית-משפט מקבלת אפוא לבוש חדש בגדרה של התדיינות ייצוגית. עם זאת, לנוכח המגבלות המוטלות על זכות הטיעון האישית, כל חבר בקבוצה רשאי לשמר את זכויותיו – ולמנוע את תחולתו של מעשה-בית-הדין הנוצר בגדרה של התדיינות ייצוגית ביחס לכל חברי הקבוצה – על-ידי פרישה מן הקבוצה (opt-out). תהא הזכות הדיונית אשר תהא, התוכן הנוצק בזכויות דיוניות מוכרות בגדרה של התדיינות ייצוגית עשוי להשתנות מזה הנוצק בהן בגדרה של התדיינות אזרחית אישית כתלות בפרדיגמה המונחת בבסיסו של מוסד התביעה הייצוגית. שהרי זכויות דיוניות בגדרה של התדיינות ייצוגית המבוססת על פרדיגמה ייצוגית (representative procedure) עשויות לקבל תוכן שונה מזכויות דיוניות בגדרה של התדיינות ייצוגית המבוססת על פרדיגמה קיבוצית או מצרפית (joinder procedure). לדיון בפרדיגמות חלופיות שבבסיסו של מוסד התביעה הייצוגית, ראו: Diane W. Hutchinson "Class Actions: Joinder or Representational Device?" 1983 *Sup. Ct. Rev.* (1983) 459.

39 בעיית הנציג בשימוש במוסד התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק על מעוללים המוניים עלולה למצוא את ביטויה בשני מצבים עקרוניים, שמקורם בניגוד אינטרסים

של הנתבע לאחריות משפטית עולה עשרות מונים ופעמים רבות אף יותר על היקף האחריות המשפטית העומד על הפרק בהתדיינות אישית. חמישית, מעורבות בית-המשפט בהסדרת ההתדיינות הייצוגית רבה לאין שיעור ממעורבותו בניהולה של התדיינות אישית.⁴⁰ ולבסוף, היקף המשאבים הפרטיים והחברתיים הנצרכים במסגרתה של התדיינות ייצוגית עשוי להיות גדול במידה ניכרת מזה הכרוך בהתדיינות אישית.⁴¹

מובנה בין האינטרסים של עורך-הדין הייצוגי מחד גיסא, לבין אלה של חברי הקבוצה, מאידך גיסא: ראשית, עורך-הדין המייצג את הקבוצה עלול לא להשקיע את המאמץ והמשאבים הנדרשים על-מנת להגן באופן מיטבי על האינטרסים של חברי הקבוצה בהתדיינות הייצוגית, אלא להמשיך להשקיע כל עוד יש בהשקעתו כדי להשיא לו תועלת (התנהגות זו ידועה כ-"shirking"); שנית, עורך-הדין הייצוגי עלול לוותר על ההגנה על האינטרסים של חברי הקבוצה, ליישר שורות עם הנתבע, ולהסכים לפשרה המשיאה תועלת לנתבע ולעורך-הדין הייצוגי תוך כדי קנוניה נגד חברי הקבוצה (התנהגות זו ידועה כ-"collusion"). לדיון כללי בכעיית הנציג ראו: Steven Shavell "Risk Sharing and Incentives in the Principal and Agent Relationship" 10 *B. J. of Econ.* (1979) 55. ראו גם: Jean-Jacques Laffont & David Martimort *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model* (New Jersey, 2002). לדיון בכעיית הנציג כביטוייה בקנוניה נגד חברי הקבוצה, ראו, למשל: Bruce Hay & David Rosenberg "'Sweetheart' and 'Blackmail' Settlements in Class Actions: Reality and Remedy" 75 *Notre Dame L. Rev.* (2000) 1377.

40 הפיקוח המנהלי ההדוק מטעם בית-המשפט טמון בעובדה כי השימוש במכשיר התביעה הייצוגית חושף את חברי הקבוצה המיוצגת - ואת החברה כולה - להחצנות שליליות שמקורן בכעיית נציג חמורה.

41 סך המשאבים החברתיים הכרוכים בניהול התדיינות ייצוגית כוללים את (א) עלויות ההתדיינות של התובע הייצוגי; (ב) עלויות ההתדיינות של הנתבע; (ג) העלויות המנהליות הכרוכות בהפעלתה של מערכת בתי-המשפט. חרף העובדה שהעלות החברתית בניהול התדיינות ייצוגית עשויה להיות גבוהה מזו הכרוכה בניהול התדיינות אישית עם עילת תביעה זהה, שימוש במכשיר התביעה הייצוגית עשוי להביא לידי צמצום סך העלויות החברתיות. זאת, מאחר שהתדיינות ייצוגית מונעת את העלות הכרוכה בניהול התדיינות מקבילות של עילות תביעה זהות. עם זאת, השימוש בתביעה הייצוגית יוצר תמריץ להגשת תביעות בגין נזקים קטנים שאחרת, בהעדר האפשרות להגיש תביעה ייצוגית, לא היו נזקים אלה בני-תביעה מחמת שוויים הכלכלי הנמוך והעדר התמריץ לתבוע בגינם. עולה אפוא כי מתן האפשרות להגיש תביעה ייצוגית בגין נזקים כאמור מטיל על מערכת בתי-המשפט עלויות מנהליות שלא היו נישאות קודם לכן.

פרק ב: המטרות החברתיות שבבסיס אכיפת החוק על מעוולים

בטרם ניגש לבחון בפירוט את המאפיינים הייחודיים של התנהגות עוולתית והחצנת סיכונים לנזק בחברת ההמונים – מאפיינים שעליהם אעמוד מקרוב במסגרת הדיון שבפרק ד – ראוי לדון בשתי המטרות החברתיות המונחות בבסיס אכיפת החוק על מעוולים.⁴² דיון במטרות אלה הוא שלב הכרחי בפיתוח התיאוריה בדבר התועלת החברתית של התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק בחברת ההמונים מאחר שהתיאוריה בוחנת כיצד התביעה הייצוגית משרתת את המטרות החברתיות האמורות.

הפעלתה של מערכת אכיפת החוק והטלת אחריות משפטית – בין בגדרה של תביעה אישית ובין באמצעות הגשת תביעה ייצוגית – משרתת באופן עקרוני שתי מטרות חברתיות. ראשית, איום בהטלת אחריות לנזק משיגה הרתעה של התנהגות יוצרת-סיכונים בלתי-רצויה מבחינה חברתית; שנית, הטלת אחריות לנזק שנגרם משמשת אמצעי להטבת נזקם של פרטים שנגרם עקב התממשות סיכונים לנזק הכרוכים בהתנהגות יוצרת-סיכונים. כפי שאסביר להלן, הפעלה מיטבית של המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק ומימושן של מטרות ההרתעה והפיצוי המונחות בבסיסה מביאים אפוא לידי הגדלת רווחתם האישית של ניווקים-בכוח ושל פרטים אחרים בחברה, ובהתאם, משפיעים באופן חיובי על גודלה של הרווחה החברתית המצרפית.⁴³ ולהפך: הפעלה תת-מיטבית (ובדומה, הפעלה על-מיטבית) של המערכת להטלת אחריות מסכלת את השגתן המיטבית של מטרות ההרתעה והפיצוי שבבסיסה ואת השאת הרווחה החברתית המצרפית.

42 כמובן, מערכת הטלת האחריות המשפטית היא אך ורק אחד האמצעים הקיימים בתוך המבנה הכללי של מערכת אכיפת החוק, המונה, נוסף על כך, את מערכת הטלת האחריות הפלילית ומערכת הרישוי המנהלי. כעיקרון, התערבות משפטית לצורך הסדרת התנהגות חברתית עשויה לשים לה למטרה אחת משלוש נקודות-זמן רלוונטיות: (א) התערבות משפטית מוקדמת לפני ביצוע ההתנהגות; (ב) התערבות משפטית לאחר ביצוע ההתנהגות אך קודם להתממשות הנזק; (ג) התערבות משפטית מאוחרת לאחר התממשות הנזק. כך, בעוד מערכת הטלת האחריות האזרחית והפלילית מסדירה התנהגות של פרטים ותאגידיים על-ידי הטלת (איום להטלת) אחריות לביצועה של התנהגות עוולתית או לתוצאותיה של התנהגות כאמור (*ex post*), ומשפיעה בהתאם על התמריצים המוקדמים (*ex ante*) להתנהגות כאמור, מערכת הרישוי המנהלי מסדירה התנהגות של פרטים ותאגידיים על-ידי מניעה מוקדמת (*ex ante*) של התנהגות בלתי-רצויה, קודם שתתרחש. לדיון תיאורטי בסוג ההתערבות המשפטית כאמצעי להסדרת התנהגות, ובבחירה המיטבית בין סוגי התערבות שונים, ראו: Steven Shavell "Liability for Harm versus Regulation of Safety" 13 *J. Leg. Stud.* (1984) 357; Steven Shavell "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation" 15 *Rand Journal of Economics* (1984) 271.

43 לדיון במושג "רווחה חברתית מצרפית" ראו לעיל הערה 1 והמקורות הנזכרים בה.

כפי שאראה במסגרת הדיון בפרקים ה'ו, התועלת החברתית הקשורה לשימוש במוסד התביעה כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים המוניים טמונה בעובדה שמוסד זה מביא, בעיקרון, לידי הפעלה מיטבית של המערכת להטלת אחריות ולהשגתן של מטרות ההרתעה והפיצוי שבבסיסה במצבים שבהם, בהעדר התביעה הייצוגית, אכיפת החוק עשויה להיות תת-מיטבית.

1. הרתעה מיטבית של התנהגות יוצרת-סיכונים

החצנת סיכונים לנזק עלולה להשפיע באופן שלילי על רווחתם האישית של פרטים בחברה ועל גודלה של הרווחה החברתית המצרפית. ראשית, רווחתם האישית של פרטים שונאי-סיכון עשויה לפחות מעצם החשיפה לסיכון לנזק שיכול להתממש;⁴⁴ שנית, רווחתם של פרטים בחברה – בין שהם שונאי-סיכון ובין שהם אדישים לסיכון – עשויה לפחות כתוצאה מהתממשות הסיכון לנזק, שכן התממשות הנזק, לפי סוגו, יכולה לפגוע בשלמות גופם או ממונם; שלישית, רווחתם של כלל הפרטים בחברה צפויה לפחות אף היא היות שהם נושאים באופן עקיף, על-ידי תשלום מיסים, בעלות החברתית של הפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק.⁴⁵ השפעות שליליות כאמור על רווחתם האישית של פרטים בחברה יביאו לידי הקטנת גודלה של הרווחה החברתית המצרפית, תוצאה שאי-רציונלית החברתית ברורה מאליה מקום שהעיקרון הנורמטיבי המנחה גורס השאת הרווחה החברתית המצרפית. עולה אפוא כי הרתעה של התנהגות יוצרת-סיכונים היא מטרה חברתית רצויה.

הפעלת המערכת להטלת אחריות עשויה להרתיע התנהגות בלתי-רצויה מבחינה חברתית, בענייננו – החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק. התנהגות מסוג זה, ככל התנהגות יוצרת-סיכונים, אינה יעילה, ועל-כן אינה רצויה מבחינה חברתית מקום שיש בהחצנת הסיכון לנזק ובהסתברות התממשותו של הסיכון (דהיינו, תוחלת הנזק) כדי להשפיע באופן שלילי על רווחתם האישית של פרטים בחברה, ובהתאם, על גודלה של

44 לעומת זה, גודל רווחתם האישית של פרטים אדישים לסיכון אינו מושפע מעצם החשיפה לסיכון לנזק. מסיבה זו, בהינתן חשיפה לסיכון לנזק, רכישת ביטוח נזקים מגדילה את רווחתם האישית של פרטים שונאי-סיכון, מאחר שרכישת הביטוח מבטיחה כי תוחלת התועלת של פרטים החשופים לסיכון תישאר קבועה על-פני מצבי-עולם שונים, דהיינו, בין אם הסיכון לנזק יתממש ובין אם לאו.

45 צמצום העלויות החברתיות הכרוכות בהפעלת מערכת להטלת אחריות עשוי להשפיע באופן חיובי על רווחתם האישית של פרטים בחברה, בין כתוצאה מהקלת נטל המס הכללי והותרת סך גדול יותר של משאבים לצריכה פרטית ובין כתוצאה מתיעול משאבים חברתיים לשימושים אחרים (דוגמת חינוך, בריאות, וכיוצא באלה מטרות חברתיות) שיש בהם כדי להשפיע באופן חיובי על רווחתם האישית של פרטים בחברה.

הרווחה החברתית המצרפית חרף האפשרות המוקדמת לנקוט אמצעי זהירות יעילים.⁴⁶ נקיטה באמצעי זהירות עשויה אפוא למזער את תוחלת הנזק, להקטין את העלות החברתית הכוללת הכרוכה בהתנהגות יוצרת-סיכונים, ובהתאם, להשפיע באופן חיובי על גודלה של הרווחה החברתית המצרפית.⁴⁷

הפעלת המערכת להטלת אחריות מרתיעה התנהגות בלתי-יעילה מבחינה חברתית – דהיינו, התנהגות שיש בה כדי להחזין סיכונים לנזק חרף האפשרות לנקוט אמצעי זהירות יעילים – מאחר שהאיום בהטלת אחריות משפטית למלוא היקפו של הנזק שייגרם כתוצאה מהתממשות הסיכון לנזק ולעלויות ההתדיינות מביא לידי הפנמה מוקדמת (*ex ante*) של העלות החברתית הכרוכה בהתנהגות העוולתית. מקום שהמעוול בכוח מפנים את העלות החברתית הקשורה להחצנת הסיכון לנזק, כל החלטה שיקבל בדבר ביצועה של התנהגות יוצרת-סיכונים ובדבר נקיטה באמצעי זהירות מוקדמים תהא מודרכת על-ידי שקילת העלות החברתית כנגד התועלת הנצמחת מהתנהגות זו, ותביא אפוא לידי השאת הרווחה החברתית המצרפית.

איום בהטלת אחריות לנזק יוצר אפוא תמריץ כלכלי לנקוט אמצעי זהירות יעילים על-מנת להקטין באופן מיטבי את תוחלת הנזק או להימנע מביצוע ההתנהגות כלל. מקום שעלותם של אמצעי הזהירות הנחוצים להקטנת תוחלת הנזק עולה על התועלת האישית הנצמחת למעוול מביצוע ההתנהגות, איום בהטלת אחריות והרתעה כאמור יוביל לידי הימנעות מביצוע ההתנהגות כלל. הקטנת תוחלת הנזק הנשקף לפרטים – בין כתוצאה מנקיטה באמצעי זהירות ובין כתוצאה מהימנעות כלל מביצוע ההתנהגות – מקטינה את

46 נקיטה באמצעי זהירות הינה יעילה מבחינה חברתית מקום שהעלות החברתית הכרוכה בנקיטה באמצעי זהירות מוקדמים נמוכה מהעלות החברתית הכוללת הכרוכה בהחצנת הסיכון לנזק. לנקיטה באמצעי זהירות יש השפעה כפולה על רווחתם האישית של פרטים בחברה ועל גודלה של הרווחה החברתית המצרפית: מחד גיסא, החובה לנקוט אמצעי זהירות מקטינה את רווחתם האישית של פרטים בחברה הנדרשים לשאת בעלות של אמצעי הזהירות, ובהתאם, משפיעה באופן שלילי על גודל הרווחה החברתית המצרפית; מאידך גיסא, נקיטה באמצעי זהירות מקטינה את תוחלת הנזק הכרוכה בהתנהגות יוצרת-סיכונים, מגדילה את רווחתם האישית של פרטים בחברה, ובהתאם, משפיעה באופן חיובי על גודלה של הרווחה החברתית המצרפית. יישומו של מבחן עלות-תועלת מורה אפוא כי נקיטה מוקדמת באמצעי זהירות לצמצום תוחלת הנזק של התנהגות יוצרת-סיכונים רצויה מבחינה חברתית רק מקום שהתועלת החברתית הנצמחת עולה על העלות החברתית, כך שנקיטה באמצעי זהירות כאמור מביאה לידי השאת הרווחה החברתית המצרפית. לצורך הדיון הנוכחי אניח כי יישום אפקטיבי של כללי האחריות המשפטית – בין רשלנות ובין אחריות מוחלטת – המסדירים התנהגות יוצרת-סיכונים, יוצר תמריץ כלכלי לנקיטה מוקדמת של אמצעי זהירות יעילים לצמצום תוחלת הנזק, ובהתאם, להשאת הרווחה החברתית המצרפית.

47 תוחלת הנזק מתקבלת מהכפלת ההסתברות של התממשות הסיכון לנזק בגודל הנזק שייגרם אם הסיכון לנזק יתמש.

תדירות הפעלתה של המערכת להטלת אחריות ומפחיתה את היקף המשאבים החברתיים הנצרכים למטרה זו. תוצאות אלה מביאות לידי הגדלת הרווחה האישית של פרטים בחברה, ובהתאם, להשפעה חיובית על גודלה של הרווחה החברתית המצרפית. סיכומו של דבר, הרתעה מיטבית יוצרת תמריץ לנקיטת אמצעי זהירות שיש בהם כדי להקטין את תוחלת הנוק הכרוכה בהתנהגות יוצרת-סיכונים. הרתעה מיטבית מביאה אפוא לידי כך שהתנהגות יוצרת-סיכונים תהא נצפית רק מקום שסך התועלת החברתית העשויה לצמוח מן מההתנהגות עולה על סך העלות החברתית הכרוכה בה.

2. פיצוי מיטבי על סיכונים לנזק שהתממשו

הפעלת המערכת להטלת אחריות משמשת, נוסף על הרתעת התנהגות בלתי-רצויה מבחינה חברתית, מכשיר לפיצוי נזקם של פרטים שנפגעו כתוצאה מהתממשות סיכון לנזק הכרוך בהתנהגות עוולתית. לשון אחרת, הטלת אחריות למלוא היקפו של הנוק שנגרם – והפנמת העלות החברתית הכרוכה בהתנהגות יוצרת-סיכונים למעוול – יש בהן לא רק כדי ליצור תמריץ כלכלי מוקדם (*ex ante*) לנקיטה באמצעי זהירות מיטביים ולהקטנת תוחלת הנוק, אלא יש בהן גם כדי להטיב את נזקם של פרטים מקום שאמצעי זהירות מיטביים לא ננקטו.⁴⁸

הטבת נזקם של פרטים משפיעה באופן חיובי על גודל רווחתם האישית של פרטים בחברה, ובהתאם, על גודל הרווחה החברתית המצרפית.⁴⁹ השפעה חיובית כאמור מקורה בעובדה כי מקום שפרטים הינם שונאי-סיכון, פיצוי על נזקים באמצעות הפעלת המערכת להטלת אחריות לאכיפת החוק על מעוולים כמוהו כביטוח נזקים.⁵⁰ קיומו של ביטוח נזקים

48 חרף העובדה שהטלת אחריות משמשת גם לפיצוי נזקים, הפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי להטבת סיכונים שהתממשו – להבדיל מעצם הטלת האחריות המשפטית למלוא היקף הנוק והפנמת העלות החברתית למעוול – אינה נוטלת חלק ביצירת התמריץ הכלכלי המוקדם לנקיטה באמצעי זהירות מיטביים ולהקטנת תוחלת הנוק. זאת מאחר ששימוש בדמי האחריות שהוטלו על המעוול לפיצוי על סיכון שהתממש אינו הכרחי כלל ליצירת הרתעה מיטבית. למעשה, כל שנדרש לצורך יצירת תמריץ מוקדם לנקיטה באמצעי זהירות מיטביים והרתעת התנהגות בלתי-רצויה הוא הפנמה של העלות החברתית הכרוכה בהתנהגות יוצרת-סיכונים למעוול; לפיכך, שימוש בדמי האחריות להטבת נזק שנגרם, או לחלופין לכל מטרה אחרת, אינו מעלה ואינו מוריד לעניין הרתעה של התנהגות יוצרת-סיכונים.

49 לדיון בהשפעות אלה ראו: Steven Shavell *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge, 1987) 190–192.

50 סוג הכיסוי הביטוחי משתנה על-פי כלל האחריות המשפטי החל על גרימת נזק הכרוך בהתנהגות יוצרת-סיכונים. ביטוח הנזקים מכסה כל סיכון מקום שכלל האחריות הוא מסוג אחריות מוחלטת, כך שמעוולים נושאים באחריות לכל נזק שנגרם עקב התממשות הסיכון

משפיע באופן חיובי על רווחתם האישית של פרטים בשתי דרכים: ראשית, עצם קיומו של ביטוח נזקים מגדיל את רווחתם האישית של פרטים שונאי-סיכון החשופים לסיכון לנזק;⁵¹ שנית, מימוש הביטוח והטבת הנזק שנגרם מגדילים אף הם את רווחתם האישית של פרטים (בין אם הם שונאי-סיכון ובין אם לאו) מקום שהסיכון לנזק התממש. השפעות חיוביות אלה על רווחתם האישית של פרטים ועל הרווחה החברתית המצרפית מציבות אפוא את השימוש במערכת להטלת אחריות לפיצוי נזקים כמטרה רצויה מבחינה חברתית. עם זאת, העלות החברתית הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לביטוח נזקים גבוהה מאוד.⁵² לעומתה, העלות החברתית היחסית הכרוכה בהספקת ביטוח נזקים מחוץ למערכת להטלת אחריות – בין על-ידי המדינה ובין על-ידי מבטחים מסחריים – נמוכה מאוד.⁵³ מחקרים אמפיריים מאששים את הטענה: בעוד העלות המנהלית הכרוכה בהספקת ביטוח נזקים מחוץ למערכת אכיפת החוק נעה בין 1% ל-15% מסך תגמולי הביטוח לניזוקים, העלות המנהלית הכרוכה בהפעלת המערכת לאכיפת החוק כאמצעי לביטוח נזקים מגיעה לכדי 50% בקירוב.⁵⁴ עולה אפוא שכל אימת שניתן לספק באופן יעיל ביטוח נזקים שלא באמצעות המערכת לאכיפת החוק, אזי השימוש בהתדיינות המשפטית ובהטלת אחריות כאמצעי לביטוח נזקים הינו פתרון תת-מיטבי. שימוש כאמור במערכת לאכיפת החוק אינו עולה בקנה אחד עם עיצוב מיטבי של המערכת לביטוח נזקים.⁵⁵ עם זאת, חרף העובדה שהספקת ביטוח נזקים באמצעים חלופיים היא בבחינת first-best, שימוש במערכת לאכיפת החוק והטלת האחריות כאמצעי לביטוח נזקים למטרה זו – מקום שביטוח נזקים חלופי אינו זמין – הם בבחינת second-best העדיף על מצב שבו פיצוי לנזקים אינו ניתן כלל.

ללא תלות באי-סבירות הסיכון לנזק. לעומת זה, מקום שכלל האחריות הוא מסוג שלננות, יישאו מעוולים באחריות לנזק רק מקום שנוזק נגרם עקב התממשות סיכון בלתי-סביר. נזקים שנגרמו עקב התממשות סיכונים סבירים אינם נכללים אפוא בגדרו של הכיסוי הביטוחי.

51 עם זאת, הפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים המוניים אינה נטולת עלות, שכן המערכת לאכיפת החוק הינה אבן שואבת למשאבים פרטיים וחברתיים רבים. העלות החברתית כוללת משאבים ציבוריים, כגון עלות הכרוכה בהפעלת המערכת של בתי-המשפט, ומשאבים פרטיים של הצדדים להתדיינות.

52 ראו, למשל: Charles Silver "Does Civil Justice Cost Too Much?" 80 *Tex. L. Rev.* (2002) 2073.

53 לדיון ביעילות היחסית של הספקת כיסוי ביטוחי מחוץ למערכת להטלת אחריות ביחס להספקת ביטוח נזקים במסגרת המערכת להטלת אחריות, ראו: George L. Priest "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 *Yale. L. J.* (1997) 1521, 1552 at footnote 136, 1586–1587.

54 ראו: Shavell, *supra* note 1, at pp. 263–264 & at footnotes 2, 4.

55 ראו: Kaplow & Shavell, *supra* note 1, at p. 86. ראו גם: Shavell, *ibid.*, at pp. 663–671.

לרקע הדברים האמורים, הדיון שלהלן עומד מקרוב על המאפיינים הייחודיים של התנהגות יוצרת-סיכונים והחצנת סיכונים לנזק בחברת ההמונים. זיהוי אנליטי של מאפיינים אלה הוא, כפי שאראה בהמשך, שלב חיוני בדרך להבנת הבעיות המובנות בחברת ההמונים שבעטיין אכיפת החוק על מעוולים המוניים צפויה להיות תת-מיטבית.

פרק ג: המאפיינים הייחודיים של החצנת סיכונים לנזק בחברת ההמונים

התנהגות של פרטים, תאגידיים פרטיים וגופים ציבוריים, לרבות רשויות המדינה, על-פני הקשרים שונים של פעילות חברתית – כגון נהיגה ושימוש ברכב מנועי, תכנון וייצור המוני של רכב מנועי, הפעלת מתקן תעשייתי לייצור רכב מנועי או אופן גביית אגרות הקשורות לרישוי השימוש ברכב מנועי – עלולה להחצין סיכונים לנזק, שאם יתממשו, יגרמו נזק לפרט או לקבוצה של פרטים החשופים לסיכון או אף יסבנו נזק ודאי.⁵⁶ עם זאת, דפוסי הסיכון לנזק הנשקף מפעילות יוצרת-סיכונים עשויים להשתנות בין פעילות בהקשר חברתי אחד למשנהו. שונות כאמור ביחס למאפייני הסיכון נצפית, באופן עקרוני, ביחס (א) לגודלו של הסיכון לנזק (דהיינו, ההסתברות להתממשות הסיכון והסבת נזק); (ב) גודל הנזק שייגרם אם הסיכון לנזק יתממש; (ג) סוג הנזק שיתרחש אם הסיכון יתממש; (ד) שיטתיות (או העדרה) בפעילות יוצרת-הסיכון או בנסיבות של החצנת סיכון, ובהתאם, שיטתיות (או העדרה) בדפוסים של החצנת הסיכון לנזק; וביחס (ה) להיקף קבוצת הניזוקים-בכוח החשופים להתממשות הסיכון לנזק.

על רקע האמור, ניתן להבחין בין המצבים הבאים: מחד גיסא, התנהגות עוולתית שכל אימת שתתרחש תחצין סיכון לנזק בעל דפוסים משתנים, כתוצאה, בין היתר, משונות באשר לגודל הסיכון לנזק, ביחס לסוג הנזק או ביחס לגודל הנזק שיתרחש אם הסיכון לנזק יתממש. מאידך גיסא, ניתן להבחין בהתנהגות עוולתית שכל אימת שתתרחש תיצור סיכון לנזק שדפוסיו שיטתיים.⁵⁷ יסוד השיטתיות מתקיים באחד משני מצבים עקרוניים

56 כמובן, נוסף על החצנת סיכונים הכרוכים בפעילות מסוימת, הפעילות עצמה עלולה לסכן לעיתים את הפרטים העוסקים בה (דהיינו, סיכון עצמי). חרף קיומם של סיכונים עצמיים, מוקד הדיון הנוכחי הוא החצנת סיכונים לנזק. זאת מאחר שעצם קיומו של סיכון עצמי – שתוצאותיו מופנמות על-ידי גורם הסיכון עצמו – יוצר תמריץ פרטי להשקיע בנקיטת אמצעי זהירות שיש בהם כדי להקטין את תוחלת הנזק העצמית. נקיטת אמצעי זהירות אלה עשויה אף להקטין את תוחלת הנזק לניזוקים חיצוניים.

57 חרף קיומם של דפוסי סיכון שיטתיים, הנזק שיתממש יכול שישתנה בין ניזוקים בתוך

המובחנים זה מזה באופן אנליטי: הראשון עניינו בפעילות יוצרת-סיכונים נשנית באופן סדרתי ומחצינה סיכון שיטתי ביחס לקבוצה גדולה של ניווקים-בכוח (לדוגמה, ייצור המוני של מוצר פגום); עניינו של השני בפעילות יוצרת-סיכונים חד-פעמית באופן שנסיבותיו המאוחדות של האירוע העוולתי מביאות לידי החצנה של סיכון שיטתי כלפי קבוצה גדולה של ניווקים-בכוח (לדוגמה, תאונה רבת-נפגעים, כגון התרסקות מטוס).⁵⁸ שתי דוגמות קצרות יסייעו בהמחשת ההבחנה האמורה. שימוש ברכב מנועי הינו פעילות חברתית שכיחה הטומנת בחובה סיכון לנזק המוחצן כלפי אוכלוסיית ניווקים-בכוח.⁵⁹ אוכלוסייה זו עשויה לכלול הולכי-רגל, נוסעים המצויים ברכב עצמו⁶⁰ ונהגים של רכבים אחרים ונוסעים המצויים עימם, החשופים אף הם להחצנת סיכונים.⁶¹ עם זאת, דפוסי הסיכון לנזק הנשקפים מפעילות זו עשויים להשתנות ממקרה אחד למשנהו. כך, דפוסי הסיכון המוחצן משימושים נשנים באותו רכב עשויים להשתנות, שכן הסיכון הנשקף מנהיגה בלילה אינו שקול לזה הכרוך בנהיגת-יום. בדומה לכך, דפוסי הסיכון הנשקף לניווקים שונים כתוצאה משימוש יחיד ברכב אינם אחידים אף הם, שכן הסיכון הנשקף להולכי-רגל אינו שקול לזה הנשקף לנהגים אחרים או לנוסעים ברכב או ברכבים אחרים. לעומת זה, טלו לדוגמה תהליך תכנון וייצור המוני של רכב מנועי: מאחר שיצרן הרכב מייצר באופן שיטתי (mass production) רכבים זהים על בסיס תוכנית ייצור אחידה ובתהליך ייצור אחיד, כל פגם או כשל שנפלו בתכנון או בתהליך הייצור יתבטאו באופן

קבוצת הניווקים הרלוונטית החשופים לסיכון כתוצאה מגורמים ייחודיים בעניינו של כל ניווק המשפיעים על אופן ההתממשות של הנזק וגודלו.

58 כפי שאראה בהמשך הדיון, ההבחנה בין התנהגויות עוולתיות היוצרות סיכונים לנזק בעלי דפוסים שיטתיים, מחד גיסא, לבין התנהגויות עוולתיות היוצרות סיכונים משתנים, מאידך גיסא, מצויה בבסיס ההצדקה התיאורטית לשימוש במוסד התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים המוניים שהתנהגותם מחצינה באופן המוני סיכונים שיטתיים לנזק.

59 בעיקרון, אוכלוסיית הניווקים כוללת את נהג הרכב עצמו, שהתנהגותו משפיעה על דפוסי הסיכון לנזק הנשקפים מפעילותו לו עצמו ולניווקים אחרים.

60 יוצר הסיכון לנזק – נהג הרכב – חשוף אף הוא לסיכון הכרוך בהתנהגותו. בעוד שבהעדר איום באכיפת החוק לא יהיה לנהג תמריץ הולם לנקוט אמצעי זהירות להקטנת הסיכון ותוחלת הנזק לאחריים (לדוגמה, הולכי-רגל, נוסעי הרכב, נהגים ונוסעים ברכבים אחרים), הרי שגם בהעדר איום באכיפת החוק ינקוט הנהג אמצעי זהירות על-מנת להקטין את הסיכון ותוחלת הנזק לעצמו, זאת מאחר שנוק שיתממש יופנם על-ידי יוצר הסיכון עצמו.

61 דיון מקיף יותר בקבוצת הניווקים-בכוח עשוי לכלול את תושבי האיזור החשופים לנזק סביבתי שיסודו ברעש הרכבים ואת תושבי האיזור החשופים לנזק סביבתי שמקורו בזיהום אוויר. אולם לצורך המחשה של דפוסי הסיכון הנשקפים מסוג כלשהו של פעילות חברתית די בדיון מצומצם יותר של קבוצת הניווקים.

שיטתי בכל הרכבים המיוצרים על-פי אותה תוכנית.⁶² עולה אפוא שהסיכון לנזק שיצרו הרכבים מחצין כלפי ניוזקים-בכוח⁶³ הינו סיכון שיטתי בעל דפוסים אחידים.⁶⁴ תהא הפעילות יוצרת-הסיכון אשר תהא, השקעה מוקדמת (*ex ante*) בנקיטת אמצעי זהירות עשויה אפוא למזער את תוחלת הנזק, בין כתוצאה מהקטנת הסתברות הנזק בין על-ידי הקטנת גודל הנזק שיתרחש אם הסיכון יתממש ובין על-ידי השפעה על שני גורמים אלה יחדיו.⁶⁵ זאת ועוד, מקום שאוכלוסיית הניזוקים-בכוח החשופים להתממשות הסיכון לנזק גדולה – כאשר הסיכון לנזק מוחצן באופן המוני – השקעה כאמור בנקיטת אמצעי זהירות עשויה לצמצם את תוחלת הנזק המצרפית. ברי שבהעדר נקיטת אמצעי זהירות כאמור, תוחלת הנזק המצרפית עלולה להיות גבוהה מאוד כתלות בדפוס הסיכון לנזק ובגודל האוכלוסייה הרלוונטית.⁶⁶

התנהגות עוולתית המחצינה סיכונים לנזק בחברת המונים (*mass society*) מתאפיינת אפוא בדפוסים מובהקים המבחינים בינה לבין פעילות יוצרת-סיכונים בכלל שהינה בעלת דפוס סיכון שאינם שיטתיים. המאפיינים הייחודיים של פעילות חברתית יוצרת-סיכונים

62 דוגמה מן העת האחרונה לייצור המוני של מוצרים פגומים עניינה בייצור של רכבים מדגם "אקספלורר" ("Explorer") על-ידי חברת פורד האמריקאית. משעלה מספר התאונות שרכבים אלה היו מעורבים בהן כתוצאה מאובדן שליטה והתהפכות, פתחה הרשות הפדרלית לבטיחות בדרכים (National Highway Traffic Safety Administration) בחקירה שבעקבותיה נמצא כי צמיגים פגומים שיוצרו בעבור חברת פורד – שהפגם שבהם יצר סיכון להפרדה של סיבי הצמיג ולקריסה תוצאתית של מבנה הצמיג כולו – היו הגורם המשותף לכל התאונות. ראו, למשל: John Greenwald "Tired of Each Other" 157 *Time Magazine* (4.6.2001) 50; וכן: Michael Winerip "What's Tab Turner Got Against Ford?" *New York Times Magazine* (17.12.2000) 46; Milo Geyelin "Firestone Trial Expected to Go Jury Soon" *The Wall Street Journal* (20.8.2001).

63 קבוצת הניזוקים-בכוח עשויה לכלול את נהגי הרכבים והנוסעים עימם, וכן משתמשים אחרים בכביש החשופים אף הם לסיכון לנזק הקשור לפגם שברכב.

64 כמובן, גורמים אינדיווידואליים המשתנים בין ניזוק אחד למשנהו – כגון אופן השימוש ברכב הפגום ונקיטת אמצעי זהירות, תנאי הכביש, נסיון הנהיגה של הנוהג ברכב וכיוצא באלה גורמים – עשויים להשפיע על אופן התממשות הסיכון, לרבות גודל הסיכון (הסתברות הנזק) וגודל הנזק שיתרחש אם הסיכון יתממש. קיומם של גורמים כאמור אינו שולל את דפוסיו האחידים של הסיכון לנזק המוחצן על-ידי היצרן בתהליך הייצור.

65 תוחלת הנזק מתקבלת מהכפלה של הסתברות התרחשותו של הנזק בגודל הנזק, אם יתממש. לפיכך, נקיטת אמצעי זהירות שיש בה כדי להקטין את אחד הגורמים האלה או את שניהם יחדיו תביא לידי הקטנת תוחלת הנזק. הרתעה מיטבית של פעילות יוצרת-סיכונים על-ידי שימוש במערכת האחריות להטלת אחריות משפטית למלוא היקף הנזק שהתממש יוצרת אפוא תמריץ יעיל להשקיע בנקיטת אמצעי זהירות להקטנת תוחלת הנזק.

66 תוחלת הנזק המצרפית מתקבלת מסכמה של כלל תוחלות הנזק הפרטי של כל ניזוק וניזוק באוכלוסיית הניזוקים-בכוח. אופן החישוב של תוחלת הנזק מוסבר בהערה 47 לעיל.

כוללים אפוא (א) יצירה והחצנה שיטתיות של סיכונים לנזק וכן (ב) החצנה המונית של סיכונים לנזק כלפי קבוצת ניוזקים גדולה. הדיון שלהלן עומד מקרוב על מאפיינים אלה.⁶⁷

1. שיטתיות – החצנה שיטתית של סיכון לנזק

החצנה שיטתית של סיכונים לנזק הקשורים להתנהגות עוולתית עשויה להיות נצפית בשני מצבים עקרוניים. ככלל, מצבים אלה נבדלים זה מזה באשר לשני היבטים, הכוללים: (א) הישנות חר־פעמית או רב־פעמית של ההתנהגות העוולתית המחצינה סיכון שיטתי לנזק; וכן (ב) קיומה או העדרה של סמיכות על־פני זמן או מקום בין ההתנהגות יוצרת־הסיכון, מחד גיסא, לבין התממשות הסיכון לנזק, מאידך גיסא.⁶⁸ הדיון שלהלן עומד מקרוב על שני ההיבטים האמורים המאפיינים את המצבים העקרוניים שהחצנה שיטתית של סיכון לנזק נצפית בהם.

(א) החצנה רב־פעמית של סיכון שיטתי לנזק

המצב הראשון שבו סיכון שיטתי לנזק עשוי להיות נצפה קשור להתנהגות עוולתית הנשנית באופן רב־פעמי, כך שדפוסייה הסדרתיים מביאים לידי החצנה של סיכון שיטתי לנזק (או, במקרים מסוימים, אף מסיבים נזק ודאי באופן שיטתי) כלפי קבוצה של ניוזקים המונה פרטים רבים.⁶⁹ הישנות סדרתית ומדוקדקת של ההתנהגות העוולתית "משכפלת" למעשה את דפוסי הסיכון, ומבטיחה אפוא כי הסיכון לנזק הקשור להתנהגות עוולתית זו מוחצן באופן זהה ושיטתי ביחס לכל ניוזק וניזוק בקבוצת הניזוקים־בכוח החשופה לסיכון. כך, למשל, טבעו של ייצור המוני של מוצרים ושירותים מבטיח כי דפוסי המוצר או השירות – באשר לאיכותו או לפגמים אפשריים בו – יתבטאו באופן שיטתי בכל יחידת מוצר ובכל הספקת שירות. בנסיבות אלה, דפוסי הסיכון לנזק הנשקפים ממוצר פגום – יהא זה רכב מנועי, מכשור חשמלי או תרופה – יתבטאו באופן שיטתי, שכן כל מוצר מיוצר על בסיס תוכנית ייצור אחידה ובתהליך ייצור אחיד שיש בו כדי "לשכפל" באופן מדוקדק את דפוסי הסיכון הטבועים במוצר. עולה אפוא שתוצאותיה של נקיטה בלתי־מספקת באמצעי זהירות בתכנון ובייצור המוצר יתבטאו באופן שיטתי בכל יחידת מוצר

67 לדיון כללי בהחצנת סיכונים לנזק בחברת המונים, שאינו מציע הבחנות אנליטיות מהסוג הנידון כאן, ראו: William M. Landes & Richard A. Posner *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, 1987) 256–272.

68 להבחנות סיווגיות בין מצבים שונים של יצירה שיטתית של סיכונים לנזק העולים כדי אסונות חברתיים המוניים (mass social disasters), ראו: Jack B. Weinstein *Individual Justice in Mass Tort Litigation* (Evanston, 1995) 15–18. Posner, *ibid*.

69 היקפה של אוכלוסיית הניזוקים־בכוח החשופים להחצנה של סיכון שיטתי לנזק יידון בתת־פרק 2 להלן, שעניינו במאפיין ההמוניות של החצנת סיכונים שיטתיים לנזק.

שולי, כך שהסיכון הנשקף מהמוצר השולי הפגום יהיה בעל דפוסים שיטתיים זהים לאלה של כל המוצרים שיוצרו לפניו.

זאת ועוד: העובדה שמקורו של הסיכון לנזק בהתנהגות עוולתית סדרתית הנשנית באופן רב-פעמי, ולעתים אף על-פני תקופה ארוכה, מלמדת כי דפוסיו השיטתיים של הסיכון לנזק יבואו לידי ביטוי ביחס לכל ניזוק וניזוק בקבוצת הניזוקים-בכוח, ללא תלות בקיומה של סמיכות על-פני זמן או מקום בין ההתנהגות העוולתית, מחד גיסא, והתממשות הסיכון לנזק, מאידך גיסא.

הדיון שלהלן בכמה דוגמות הלקוחות מתחומים שונים של פעילות חברתית יוצרת-סיכונים ימחישו היטב את המאפיינים האמורים.

דוגמה נוספת להחצנת סיכון שיטתי לנזק עניינה בזיהום סביבתי. תהליכי ייצור במפעלים תעשייתיים עלולים לפלוט חומרים רעילים לסביבה ולהחצין סיכונים שיטתיים לנזק. מקום שאמצעי זהירות מוקדמים לא ננקטו, הישנות סדרתית של תהליך הייצור במפעל צפויה להביא לידי החצנה שיטתית של סיכון לנזק.⁷⁰ החשיפה לסיכון עשויה לכלול את עובדי המפעל, תושבי האיזור ובעלי הקרקע ומקורות המים הסמוכים.⁷¹

אולם התנהגות עוולתית רב-פעמית כמקור ליצירה שיטתית של סיכון לנזק אינה מוגבלת בהכרח לתהליכי תכנון וייצור המוני של מוצרים או שירותים. זאת מאחר שהמאפיין האנליטי הרלוונטי לזיהויה של החצנה שיטתית של סיכון לנזק – דהיינו, הישנות סדרתית של התנהגות עוולתית שכל אימת שתרחש תחצין סיכון לנזק בעל דפוסים שיטתיים – עשוי למצוא את ביטויו באופן דומה על-פני הקשרים שונים של פעילות חברתית שאינם נופלים בהכרח בגדרם של תהליכי ייצור המוני של מוצרים או שירותים במובנם הצר. נקל אפוא לשער מצב דברים שבו סיכון שיטתי לנזק או הסבת נזק ודאי בעל דפוסים שיטתיים הינם תוצאה של יישום סדרתי ונשנה של מדיניות כללית ואחידה או תהליך של קבלת החלטות המיושמים באופן סדרתי ביחס לקבוצת ניזוקים-

70 כמובן, החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק עקב זיהום סביבתי בחומרים רעילים עשוי להיות תוצאה של התנהגות עוולתית חד-פעמית, ושבניגוד לדוגמה האמורה בגוף המאמר, אין היא נשנית באופן סדרתי. דוגמה למקרה מעין זה היא תאונת הניווט של המכלית Exxon Valdez שבה נפער פתח בדופן המכלית שדלק רב דלף דרכו וזיהם חופים באלסקה. דיון במקרה זה כדוגמה להחצנה המונית אך חד-פעמית של סיכון שיטתי לנזק מצוי בחלק (ב) להלן.

71 למקרה דומה שעניינו חדירת חומר מסרטן (הקרוי MTBE) למקורות מים תת-קרקעיים שבבעלות פרטית, עקב שימוש חוזר בחומר על-ידי חברות דלק אחדות בארצות-הברית ושחרורו הנשנה לסביבה, ראו, למשל: Mark Hamblett "Multi-district Pollution: Litigation May Proceed" *New York Law Journal* (31.8.2001) Alexei Barrionuevo "Oil Firms Agree on Cleaning Up California Sites" *The Wall Street Journal* (22.8.2001) B.7

בכוח, יהא נשוא המדיניות הכללית או נשוא התהליך של קבלת החלטות אשר יהא.⁷² יישום סדרתי של מדיניות כללית או של תהליך קבלת החלטות במקרים פרטניים מתאפיין אפוא – בדומה לתהליכי ייצור המוני של מוצרים ושירותים – ביכולת מובנית להחזין סיכון לנזק או להסב נזק ודאי בעל דפוסים שיטתיים.

למעשה, כל מדיניות כללית או תהליך כללי של קבלת החלטות – בין שהם מאומצים על-ידי גופים פרטיים ובין על-ידי גופים ציבוריים – המיושמים באופן נשנה וסדרתי במקרים פרטניים, עלולים להחזין סיכון שיטתי לנזק או להסב נזק שיטתי לקבוצה גדולה של ניוזקים בכוח.⁷³ עולה אפוא כי מבחינה עניינית, היקף הבעיה החברתית שמקורה בהחצנה שיטתית של סיכונים לנזק אינו מוגבל כלל לסיכונים לנזק הנשקפים ממוצרים המיוצרים בתהליכי ייצור המוני במובנם הצר, אלא מוסיף וכולל החצנה שיטתית של סיכונים לנזק שמקורם במדיניות כללית או בתהליכים של קבלת החלטות המאומצים על-ידי תאגידים ורשויות.

על-מנת להמחיש את הנקודה האמורה, טלו, לדוגמה, מדיניות כללית של קבלת החלטות המאומצת על-ידי תאגיד נותן שירות, שעל-פיה, חישובה של עלות השירות לצרכן נעשה על בסיס נתונים חסרים, או לחלופין, שמידת הדיוק באיסוף הנתונים הרלוונטיים נמוכה.⁷⁴ ברי שיישום נשנה וסדרתי של מדיניות חישובית בעלת יסוד עולתי כאמור ביחס לצרכני השירות יסב נזק בעל דפוסים שיטתיים לקבוצת הצרכנים הרלוונטיים. בעוד גודלו המוחלט של הנזק האישי עשוי להשתנות בין צרכנים שונים (כתוצאה, למשל, משונות בהרגלי הצריכה היחסיים), מקורו של הנזק בהתנהגות עולתית אחת בעלת מאפיינים שיטתיים ביחס לכל ניוזק וניווק. בדומה לכך, מדיניותו של ספק למכור לצרכנים מוצרים שפג תוקפם עלולה להחזין סיכון לנזק בעל דפוסים שיטתיים.⁷⁵

72 מדיניות כללית של קבלת החלטות הינה מעין לוגריתם שמקבל ההחלטות מזין לתוכו נתונים רלוונטיים למקרה הפרטני שלפניו, ומפיק בהתאם החלטה פרטיקולרית. מאחר שההחלטה המתקבלת בכל מקרה ומקרה הינה יישום פרטני של מדיניות כללית ואחידה, ניתן לצפות שמאפייני המדיניות הכללית יבואו לידי ביטוי שיטתי בכל החלטה המתקבלת על בסיסה.

73 מדיניות כללית מעין זו שעמדה למבחן בגדרה של תביעה ייצוגית עניינה באי-ביצוע בדיקות לאיתור נגיפים בתרומות דם קודם שיעשה שימוש במנות הדם שנתרמו. מאחר שמנות הדם שנתרמו לא נבדקו על-פי המדיניות, חולים שקיבלו עירוויי דם נחשפו לסיכון שיטתי של הידבקות במחלות כתוצאה מקבלת דם מזוהם. ראו: *In the matter of Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995).

74 למעשה, המקרה הראשון, שבו חישוב העלות של השירות לצרכן נעשה על בסיס נתונים חסרים הינו מקרה פרטי ביחס למקרה השני, שבו מידת הדיוק באיסוף הנתונים הרלוונטיים נמוכה.

75 ראו, למשל: *The Florida Attorney General Begins Probe of GNC* Jesse Eisinger *Wall Street Journal* (22.8.2001) B.7. המתאר חקירה של טענות כי מכירה של מוצרים שפג תוקפם ללא מתן מידע מתאים עולה כדי הפרה של חוקי הגנת הצרכן.

דוגמה נוספת מתחום יחסי העבודה עניינה במדיניות כללית של מעביד באשר לחישוב שכר על שעות נוספות של כלל עובדיו או של קבוצות מסוימות של עובדים.⁷⁶ מקום שמדיניות זו מפרה את ההוראות של דיני העבודה החלות על תגמול שעות נוספות, יישום נשנה של מדיניות עוולתית כאמור מסב נזק שיטתי ביחס לכל העובדים שהתגמול על השעות הנוספות שעבדו נקבע על בסיס מדיניות זו.⁷⁷ הוא הדין במדיניות מפלה שעניינה החלטות בעניין קבלת מועמדים לעבודה, קידום של עובדים או סיום עבודתם של עובדים.⁷⁸

(ב) החצנה חד-פעמית של סיכון שיטתי לנזק

המצב השני שבו סיכון שיטתי לנזק עשוי להיות נצפה עניינו בהתנהגות עוולתית חד-פעמית המחצינה, באופן מאוחד ובו-זמני, סיכון שיטתי לנזק כלפי קבוצה המונה פרטים רבים. חרף העובדה שההתנהגות העוולתית אינה נשנית באופן סדרתי, מקורה של השיטתיות בהחצנת הסיכון לנזק (או במקרים מסוימים, בהסבת נזק ודאי) בנסיבות התרחשותו של האירוע העוולתי, באופן שיש בסמיכות הניזוקים על-פני זמן או מקום להתנהגות העוולתית – להבדיל מהישנות סדרתית של ההתנהגות יוצרת-הסיכונים – כדי לחשוף קבוצה גדולה של ניזוקים-בכוח להחצנה של סיכון שיטתי לנזק. ההתנהגות העוולתית אוצרת על-כן את הכוח להחצין, באופן מאוחד ובו-זמני, סיכון שיטתי לנזק כלפי קבוצת גדולה של ניזוקים, היות שאלה נמצאים במצב זהה מבחינת החשיפה לסיכון. בניגוד להתנהגות עוולתית סדרתית ורב-פעמית (כגון ייצור המוני של מוצרים פגומים), העובדה כי השיטתיות של יצירת הסיכון לנזק מקורה בנסיבות ההתרחשות של ההתנהגות העוולתית מעידה כי במקרים מסוימים עשויה להיות קרבה (proximity) על-פני זמן או מקום בין ההתנהגות יוצרת-הסיכון, מחד גיסא, לבין התממשות הסיכון, מאידך גיסא, כלפי אי-אלה מהניזוקים-בכוח.

76 חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, ס"ח 204, מסדיר את תשלום תגמולי השכר על שעות עבודה נוספות.

77 ראו, למשל: Kortney Stringer "Wal-Mart is Sued by Ex-Employee over Overtime" *The Wall Street Journal* (10.8.2001) B.2 המתאר תביעה ייצוגית שהוגשה בעקבות מדיניות החברה שלפיה עובדים ששכרם מחושב לפי מספר שעות העבודה שעבדו לא תוגמלו על שעות נוספות שעבדו (דפוס העסקה הידוע בדיני העבודה כ-"off-the-clock" employment policy).

78 ראו, למשל: Joseph B. Treaster "In Lawsuits, Agents Accuse Allstate of Age Bias" *New York Times* (2.8.2001) C.2 המתאר תביעה ייצוגית שהוגשה בשם קבוצה של עובדים לשעבר, שלפיה פוטרו עובדי החברה מחמת הפליה בלתי-חוקית על בסיס גיל. עוד ראו: "EEOC files gender-bias suit against Home Depot" *National Home Center News* (27.8.2001). מאמר זה מתאר את מדיניותה המפלה של החברה ביחס לאי-קידומן המקצועי של נשים בעבודה ואת התביעה שהוגשה בעקבות מדיניות זו.

בחינה מקרוב של כמה דוגמות מובהקות של החצנה חד-פעמית של סיכון שיטתי לנזק תמחיש היטב את הבסיס האנליטי המשותף – דהיינו, החצנה שיטתית של סיכון לנזק – בין החצנה חד-פעמית של סיכון שיטתי לנזק, מחד גיסא, לבין החצנה סדרתית ורב-פעמית של סיכון שיטתי לנזק, מאידך גיסא.

כך, למשל, תאונה רשלנית בהפעלתו של מקור סיכון, דוגמת כור גרעיני, שגרמה לדליפת קרינה גרעינית יש בה כדי להחצין, באופן בוזמני, סיכון שיטתי לנזק ביחס לקבוצת ניזוקים גדולה. חרף היותה של ההתנהגות הרשלנית חד-פעמית, השיטתיות בהחצנת הסיכון לנזק נובעת מן העובדה כי הסיכון לנזק הכרוך בתאונה מוחצן כלפי קבוצה גדולה של ניזוקים-בכוח החשופים לסיכון באופן אחיד מפאת סמיכותם על-פני זמן או מקום לאירוע העוולתי. קבוצת הניזוקים-בכוח עשויה אפוא לכלול את עובדי הכור הגרעיני שנחשפו לקרינה; את תושבי האיזור הסמוך לכור שנחשפו אף הם לקרינה; ואת בעלי הקרקע ומקורות המים שווהמו כתוצאה מדליפת הקרינה.

בדומה לכך, תאונת הניווט של המכלית Exxon Valdez, שבה נפער פתח בדופן האונייה שדלק רב דלף דרכו וזיהם חופים באלסקה, מספקת דוגמה נוספת להתנהגות עוולתית שמפאת נסיבות התרחשותה – וחרף היותה חד-פעמית – אצרה את הכוח להחצין סיכון שיטתי לנזק ביחס לקבוצת ניזוקים גדולה. נסיבות התאונה הרלוונטיות – דהיינו, סמיכותם של תושבים רבים למקום התאונה וכמות הדלק שדלף – הבטיחו כי הניזוקים-בכוח נחשפו באופן זהה לסיכון לנזק בעל דפוסים שיטתיים.⁷⁹

ודוגמה מן העת האחרונה: תרמית בניירות-ערך הינה דוגמה מובהקת להתנהגות עוולתית חד-פעמית המחצינה סיכון שיטתי לנזק ביחס לקבוצת ניזוקים גדולה.⁸⁰ קבוצה זו כוללת את ציבור המחזיקים בניירות-הערך שהשתתפו במסחר בניירות-הערך, בין ברכישה (מקום שהתרמית גרמה לעליית שערן של ניירות-הערך) ובין במכירה (מקום שהתרמית מנעה את עליית שערן של ניירות-הערך), בתקופה שלאחר ביצוע התרמית ולפני שדבר התרמית הפך למידע ציבורי. חרף העובדה שההתנהגות העוולתית – למשל, הכללת פרט מטעה בתסקיף או בדו"חות רבעוניים של חברה – אינה עשויה לחזור על עצמה, יש בה כדי להחצין סיכון אחיד לנזק כלפי קבוצה גדולה של ניזוקים החשופים באופן זהה לסיכון. השיטתיות ביצירת הסיכון לנזק (או בהסבת נזק ודאי) מקורה בעובדה

79 בניגוד למקרה האמור המדגים החצנה חד-פעמית של סיכון שיטתי לנזק, זיהום אוויר על-ידי מתקן תעשייתי שמקורו באי-נקיטה באמצעי זהירות מוקדמים עשוי להיות הן תוצאה של החצנה חד-פעמית והן תוצאה של החצנה רב-פעמית של סיכון שיטתי לנזק.

80 ראו, למשל: Joseph Kahn & Jonathan D. Glater "Enron Auditor Raises Specter of Crime" *New York Times* (13.8.2001) C.1 מאמר המתאר את אופן הסתרתו של מידע חיוני ממשקיעים על-ידי החברה. ראו גם: Kurt Eichenwald "Enron Hid Big Loans, Data Indicate" *New York Times* (27.2.2002) C.1 מאמר המתאר סדרה של עסקות שבוצעו על-ידי החברה כמסווה להלוואות שלקחה מבנקים שונים וכאמצעי להסתרת חובותיה.

כי נסיבות ההתנהגות העוולתית הן כאלה שיש בהן כדי להשפיע באופן מאוחד על קבוצה גדולה של ניזוקים.⁸¹

עולה אפוא כי הן התנהגות עוולתית רב-פעמית הנשנית באורח סדרתי (כגון כשל תכנוני מובנה בתהליך ייצור המוני) והן התנהגות עוולתית חד-פעמית (כגון הכללת פרט מטעה בתשקיף או בדו"ח רבעוני של חברה) עלולות להחצין סיכונים שיטתיים לנזק כלפי מספר רב של ניזוקים-בכוח. זאת מאחר שסיכון שיטתי לנזק יכול שיהא תוצאה של הישנות סדרתית של התנהגות עוולתית מסוימת המביאה לידי החצנה של סיכון שיטתי כל אימת שתתרחש, ולחלופין, יכול שסיכון שיטתי לנזק יהא קשור באירוע עוולתי יחיד המביא לידי החצנה בו-זמנית של סיכון שיטתי לנזק ביחס לקבוצת ניזוקים גדולה הסמוכה על-פני זמן או מקום למקום התרחשותו של האירוע העוולתי. בעוד שהיקף החשיפה המצרפי לסיכון השיטתי לנזק, ובהתאם, גודלה של קבוצת הניזוקים-בכוח עשויים להשתנות על-פי נסיבות ההתנהגות העוולתית,⁸² הסיכון השיטתי לנזק המוחצן כלפי הפרטים בקבוצת הניזוקים הרלוונטית מתאפיין בדפוסים משותפים, יהא גודלה של הקבוצה אשר יהא.

2. המוניות – החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק

החצנת סיכון לנזק בחברת ההמונים מתאפיינת, כאמור, בשני סימני-היכר ייחודיים: סימנים אלה כוללים החצנה שיטתית של סיכון לנזק והחצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק כלפי קבוצת ניזוקים גדולה. סימן-ההיכר השני – דהיינו, החצנה המונית של סיכונים – מתייחס לעובדה כי סיכונים שיטתיים לנזק מוחצנים באופן המוני (mass infliction of systematic risks of harm) וחושפים על-יכן קבוצה גדולה של ניזוקים-בכוח לסיכון שיטתי לנזק.

בין שמקורה בהתנהגות עוולתית סדרתית ורב-פעמית, כגון ייצור המוני של מוצרים

81 למעשה, טבען של החלטות המתקבלות על-ידי תאגיד שיש בהן כדי להשפיע על קבוצה גדולה של ניזוקים-בכוח, יהיו אלה עובדי החברה, נושיה, מחזיקי ניירות-הערך המונפקים על-ידיה וצדדים שלישיים (דוגמת תושבי האיזור הסמוך למקום פעולתו של התאגיד). כמובן, התנהגות עוולתית של תאגיד שיש בה כדי ליצור סיכון שיטתי לנזק ביחס לקבוצת ניזוקים גדולה אינה בהכרח התנהגות חד-פעמית. בעוד שמרמה בניירות-הערך או תאונה בהפעלתו של מקור סיכון הן בבחינת התנהגויות עוולתיות חד-פעמיות, אימוץ של מדיניות מפלה על בסיס מין בקבלה לעבודה בתאגיד, בהפסקת עבודה של עובד בתאגיד או בקביעת שכרו של עובד בתאגיד, וקבלת החלטות נשנות בגדרה ביחס למועמדים או עובדים רבים עולה כדי התנהגות עוולתית רב-פעמית היוצרת נזק בעל דפוסים שיטתיים. השוו בהקשר זה, למשל, סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, לעיל הערה 29, המתיר לעובד הגשת תביעה ייצוגית בעילות על-פי חוק זה.

82 נושאים אלה יידונו להלן בתת-פרק 2, שעניינו בהחצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק.

פגומים, ובין שמקורה בהתנהגות עוולתית חד-פעמית, כגון תאונה רשלנית בהפעלת מקור סיכון דוגמת כור גרעיני, החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק מקימה למעשה קבוצת ניזוקים גדולה שהמשותף ביניהם הוא עצם החשיפה לסיכון לנזק בעל דפוסים אחידים. חרף ההחצנה ההמונית של סיכון שיטתי לנזק, זמן רב עשוי לחלוף במקרים מסוימים בטרם יתממש הסיכון לנזק ובטרם יהיה ניתן להצביע על אוכלוסיית הניזוקים. פרק-הזמן החולף ממועד החצנת הסיכון לנזק ועד למועד ההתממשות של הסיכון או למועד זיהוים של סימני הנזק (מקום שהתממשות הסיכון וגילוי סימניו אינם חופפים) עשוי להיות ארוך במקרים מסוימים. כך, למשל, סיכונים לנזק הקשורים לחשיפה לחומרים מסוכנים, כגון סיבי אסבסט (Asbestos), מתממשים על-פי-רוב כעבור עשרים שנים או יותר ממועד החשיפה. הוא הדין בהתממשות סיכונים לנזק בעקבות חשיפה ל-"Agent Orange", חומר כימי ששימש את הצבא האמריקאי לביעור יערות ולחשיפת כוחות אויב במהלך מלחמת ויאטנם.⁸³ באופן דומה, זמן רב עשוי לחלוף ממועד הצריכה של תרופות ועד להתממשות סיכונים לנזק הקשורים אליהן. השימוש בתלדומיד (Thalidomide), תרופה ששימשה נשים רבות לטיפול בדיכאון, ממחיש את פער הזמן שבין צריכת התרופה לבין מועד התממשות הסיכונים לנזק הכרוכים בצריכת התרופה.⁸⁴

לעובדה כי זמן רב עשוי לחלוף בין מועד החצנתו של הסיכון השיטתי לנזק לבין מועד התממשותו של הסיכון או גילוי סימני הנזק וכי משכה של התקופה החולפת עשוי להשתנות על-פני קבוצת הניזוקים, יש חשיבות רבה מן הבחינה של אכיפת חוק מיטבית. זאת מאחר שההסתברות לפעולה משותפת בין ניזוקים לצורך אכיפת החוק הולכת וקטנה ככל שהיקף פיזור הניזוקים על-פני זמן ומקום עולה.⁸⁵

פרק ד: הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי באכיפת החוק על מעוולים

בהינתן מטרת ההרתעה וביטוח הניזוקים שבבסיס אכיפת החוק, ולנוכח המאפיינים הייחודיים של התנהגות יוצרת-סיכונים בחברת ההמונים - דהיינו, החצנה שיטתית

83 ראו: Peter H. Schuck *Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts* (Cambridge, 1987) 8-10.

84 לדיון בסיכונים הכרוכים בצריכת תלדומיד ובניזוקים שנגרמו עקב השימוש הנפוץ בתרופה, ראו: Harvey Teff & Colin R. Munroe *Thalidomide: The Legal Aftermath* (Farnborough, U.K., 1976).

85 דיון מקיף יותר בנקודה זו מוצג בתת-פרק 21 שלהלן.

והמונית של סיכונים לנזק - עומדת לדיון השאלה הבאה: האם הפעלת מערכת המשפט כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים המוניים באמצעות הגשתן וניהולן של תביעות אישיות על-ידי ניזוקים בודדים עשויה להביא לידי אכיפת חוק מיטבית, לרבות הרתעה מיטבית וביטוח מיטבי של סיכונים שהתממשו? במילים אחרות, האם שימוש בתביעות אישיות יוביל להטלת אחריות למלוא הנזק, ובהתאם, לצמצום העלויות החברתיות הקשורות להחצנת סיכונים לנזק ולהשאת הרווחה החברתית המצרפית? הדיון התיאורטי שלהלן משיב לשאלה זו בשלילה.

לפחות על-פני הדברים, תשובה שלילית זו עשויה להתקבל בהפתעה או אף להיחשד בחוסר סבירות על-ידי קוראים רבים, שאילו נשאלו, סביר להניח כי היו משיבים בחיוב. התבוננות פשטנית על שדה ההתדיינות האזרחית עשויה להוביל למסקנה - המקובלת על חוקרי משפט ומעצבי מדיניות רבים - כי היקף ההתדיינות האזרחית והעומס המוטל על מערכת בתי-המשפט מצביעים בהכרח על הנכונות הגבוהה של פרטים בחברה למצות את זכויותיהם המשפטיות בגדרה של מערכת בתי-המשפט כאמצעי לאכיפת החוק. בהתאם, התבוננות זו עשויה להוביל למסקנה שגם אם הפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק חורגת מן המידה המיטבית מבחינה חברתית, גם אז סביר יותר להניח כי שורש הבעיה מקורו באכיפה על-מיטבית (דהיינו, אכיפת-יתר) ולא - כפי שאני מבקש להסביר - באכיפה תת-מיטבית (דהיינו, אכיפת-חסר).⁸⁶

אכן, נפח ההתדיינות האזרחית והעומס המוטל על מערכת בתי-המשפט נמצאים לא-אחת במוקד התעניינותם של חוקרי משפט, מעצבי מדיניות משפטית ושדולות חברתיות וכלכליות למיניהן. הטענה התיאורית כי נכונות גבוהה למצות זכויות משפטיות בגדרה של מערכת בתי-המשפט היא מסימני ההיכר של החברה נשמעת תכופות בישראל כשם שהיא נשמעת בארצות-הברית. הבעיה החברתית נתפסת אפוא כניסיון להגביל את התדירות והנפח של השימוש במערכת בתי-המשפט ולהקל את העומס הקיים כדי להחיש פתרון של סכסוכים. על רקע האמור, יוזמות חקיקה שמטרתן להגביל את השימוש במערכת בתי-המשפט ולצמצם את העלות החברתית הנלווית לדפוס התנהגות זה הן עניין שבשגרה. מגמת השנים האחרונות לתעל סכסוכים, בהסכמת בעלי-הדין, אל מחוץ למערכת בתי-המשפט וליישבם באמצעות הליכי גישור ופישור היא דוגמה מובהקת לעניין זה, הן בישראל והן במערכות משפט זרות.⁸⁷

86 Steven Shavell "The Level of Litigation: Private versus Social Optimality of Suit and of Settlement" 19 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1999) 99

87 לדיון בהיבטים אלה במסגרת מערכת המשפט הפדרלית, ולהצעות מדיניות שמטרתן להביא לידי צמצום נפח ההתדיינות, ראו: Ed Gillespie & Bob Schellhas (eds.) *Contract with America: The Bold Plan by Rep. Newt Gingrich, Rep. Dick Armey and the House Republicans to Change the Nation* (New York, 1994) 3-7, 11, 18, 143-155
גם: Thomas F. Burke *Lawyers, Lawsuits, and Legal Rights: The Battle over*
Walter K. Olson *The Litigation in American Society* (Berkeley, 2002) 22-59; וכן:

על רקע הדברים האלה, הניתוח שלהלן מאתר ומתאר את הסיבות המובילות לאכיפת חוק תת־מיטבית. עיקר הבעיה, כפי שאראה להלן, בכשלים מובנים העומדים למכשול בפני הפעלה מיטבית של מערכת המשפט באמצעות הגשתן של תביעות אישיות לפיצויים על נזק שנגרם עקב החצנה המונית של סיכונים שיטתיים.⁸⁸ הפעלת מערכת המשפט באמצעות הגשתן של תביעות אישיות טומנת בחובה שני כשלים מובנים שיסודם בפער המובנה שבין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי להשקיע באכיפת החוק. כשלים אלה באים לידי ביטוי מובהק בחברת ההמונים לנוכח המאפיינים הייחודיים של התנהגות יוצרת־סיכונים, ובעטיים, הגשתן של תביעות אישיות כאמצעי להפעלת מערכת המשפט ולאכיפת החוק נידונה להיות תת־מיטבית. כתוצאה מכך, מטרות ההרתעה וביטוח הנזקים שבבסיס אכיפת החוק אינן מושגות באופן מיטבי, תוצאה העומדת לרועץ בפני השאת הרווחה החברתית המצרפית. זאת ועוד, המסקנה הכללית כי הפעלת המערכת להטלת אחריות בגדרן של תביעות אישיות עשויה להוביל לאכיפת חוק תת־מיטבית – ועומדת על־כך בפני מכשול להשאת הרווחה החברתית המצרפית – פותחת את הצוהר לזיהוי התועלת החברתית שבשימוש בתביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק על מעוולים המוניים.

הדיון הנוכחי נחלק לשני חלקים: חלקו הראשון עוסק בזיהוי הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והתמריץ החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים; חלקו השני של הדיון מיישם את התובנות הכלליות, ומוזהה בעזרתן את הכשלים המובנים בהפעלת המערכת להטלת אחריות לאכיפת החוק על מעוולים המוניים באמצעות הגשתן של תביעות אישיות לפיצויים.

1. זיהוי הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי

הגישה האמונה על שימוש בתובנות כלכליות לניתוח פעולתם של כללי משפט ומוסדות משפטיים ולזיהוי השפעתם על הרווחה החברתית המצרפית מניחה כי פרטים שהתנהגותם מוסדרת על־ידי כללי משפט פועלים באופן רציונלי.⁸⁹ פרטים רציונליים מוחזקים כמי שצופים פני עתיד, מביאים בחשבון את תוצאות מעשיהם בגדרו של תהליך קבלת

Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Lawsuit (New York, 1991).

88 בהמשך לתשובה זו, הדיון התיאורטי במסגרת פרק 1 מבסס את הטענה הכללית כי השימוש במוסד התביעה הייצוגית נותן מענה לאכיפת חוק תת־מיטבית שיסודה בפער המובנה שבין התמריץ הפרטי והחברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים ובמאפיינים הייחודיים של החצנת סיכונים לנוכח בחברת ההמונים.

89 ההנחה בדבר התנהגות רציונלית היא הנחת־יסוד בניתוח כלכלי דסקריפטיבי ונורמטיבי של אופן פעולתם של כללי משפט. ראו: Shavell, *supra* note 1, at pp. 1–5, 661–663. לדיון במושג הרציונליות במסגרת קבלת החלטות ראו גם: Sen, *supra* note 1, at p. 68.

ההחלטות, ובוחרים כיצד לכלכל את מעשיהם על-מנת להגדיל את תוחלת רווחתם האישית.⁹⁰ התמריץ לביצוע פעולה כלכלית כלשהי על-ידי פרטים רציונליים נגזר אפוא מהשוואת העלות הפרטית הכרוכה בה, מחד גיסא, ותוחלת התועלת הפרטית שאדם עשוי להפיק מביצועה, מאידך גיסא.⁹¹ התנהגותם של פרטים מודרכת אפוא על-ידי שיקולי עלות ותועלת פרטיים. לפיכך, מאחר שפרטים חפצים, כעיקרון, להגדיל את סך רווחתם האישית, החלטות שיקבלו והאופן שבו יכלכלו את צעדיהם יביאו בחשבון את ההשפעות של מעשיהם – בין עלות ובין תועלת – ככל שאלה מופנמות על-ידי הפרט ומשפיעות על רווחתו האישית.

העובדה שהחלטות פרטיות בדבר נקיטה בפעולות מסוימות מודרכות אך ורק על-ידי שיקולי עלות ותועלת פרטיים מקימה למעשה פער מובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי לביצוע אותן פעולות.⁹² בהינתן הבדלים בין העלות הפרטית לבין העלות

90 הנחת הרציונליות המיוחסת על-ידי הכלכלה הניאו-קלאסית להתנהגותם של פרטים והעוברת כחוט-השני בבסיס ניתוחים כלכליים של אופן פעולתם של כללים ומוסדות משפטיים נעשתה מושא לביקורת נוקבת. אכן, חוקרים האמונים על ניתוח כלכלי של המשפט נקראים לא-אחת להגן על הפרופוזיציה הכללית שלפיה התנהגותם של פרטים הינה רציונלית. הביקורת, לעומת זה, מתבססת על תובנות ומחקרים התנהגותיים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית בכלל ובכל הקשור לקבלת החלטות בתנאי אי-ודאות בפרט, תובנות המבוססות על עבודתם של הפסיכולוגים דניאל כהנמן ועמוס טברסקי. ראו, למשל: Amos Tversky & Daniel Kahneman "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice" 211 *Science* (1981) 453. ההמשגה של הרציונליות משתנה על-פני תחומים שונים של מדעי החברה. לדיון השוואתי במושג הרציונליות בתחומי הכלכלה והפסיכולוגיה ראו: Herbert Simon "Rationality in Psychology and Economics" 59 *Journal of Business* (1984) 209 ולניסיון לשלב תובנות קוגניטיביות בניתוח כלכלי של כללים ומוסדות משפטיים, ראו: Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler "A Behavioral Approach to Law and Economics" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1471.

91 היות שהפקת התועלת מביצוע הפעולה אינה בבחינת אירוע ודאי בעת קבלת ההחלטה, קבלת ההחלטות נסבה על תוחלת התועלת המתקבלת מהכפלת גודל התועלת בהסתברות להפקת התועלת מביצוע הפעולה. השקעת המאמץ בכתיבתו של מאמר זה אף היא בבחינת פעולה כלכלית, שעשויה אף היא להיות מודרכת בשיקולי עלות ותועלת.

92 התזה הכללית בדבר הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות ובקבלת החלטות בגדרה פותחה בסדרה של מאמרים. ראו: Shavell "The Social versus the Private Incentive", *supra* note 12, *ibid*; Shavell "The Fundamental Divergence", *supra* note 12, *ibid* המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי בשימוש במערכת להטלת אחריות כוללת מאמרים אחדים נוספים. ראו, למשל: Louis Kaplow "Private versus Social Costs in Bringing Suit" 15 *J. Leg. Stud.* (1986) 371 וכן: Peter S. Menell "Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System" 12 *J. Leg. Stud.*

החברתית הכרוכות בהתנהגות מסוימת, ובהינתן הבדלים בין התועלת הפרטית לתועלת החברתית שעשויות להתקבל מאותה התנהגות, החלטות של פרטים שמביאות בחשבון אך ורק עלויות ותועלות פרטיות – תוך התעלמות גמורה ואינטרסנטית מקיומן של עלויות ותועלות חברתיות – עשויות להביא לידי כך שהתמריץ הפרטי לביצוע פעולות כלכליות לא יעלה בקנה אחד עם התמריץ החברתי לביצוע אותן פעולות. פרטים צפויים אפוא לא לשקול השפעות חיצוניות הכרוכות בעשיית פעולה מסוימת על רווחתם האישית של פרטים אחרים ועל הרווחה החברתית המצרפית בעת קבלת החלטה בדבר עשייתה או הימנעות מעשייתה. כך, פרטים צפויים לא להביא בחשבון עלויות (דהיינו, החצנות שליליות) או תועלות (דהיינו, החצנות חיוביות) שהתנהגותם עשויה להחציף כלפי פרטים אחרים והחברה בכללותה.

הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי מאפיין את התנהגותם של פרטים על-פני תחומים רבים של פעילות, החל בהחלטות שעניינן צריכת מוצרים ושירותים, המשך ברכישת השכלה גבוהה, בחירה במשלח-יד או בחירה בדפוס מגורים; וכלה בנקיטה באמצעי זהירות ובהחצנה של סיכונים לנוק ביחס לאחרים. הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי מוסיף ובא לידי ביטוי מובהק גם בגדרה של הפעלת מערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים.

ומן הכלל אל הפרט: מערכת להטלת האחריות האזרחית בנויה באופן כזה שהיוזמה להפעלתה נתונה בידיהם של פרטים המבקשים לעשות בה שימוש פרטי למיזוי זכויותיהם.⁹³ לשון אחרת: הפעולות הכרוכות בהפעלת מערכת להטלת האחריות המשפטית כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים הן בבחינת פעולות כלכליות, שההחלטות בעניינן מצויות בידיהם של פרטים. לפיכך, עצם קיומו וגודלו של התמריץ הפרטי, בין שלילי ובין חיובי, להפעיל את המערכת להטלת אחריות⁹⁴ – דהיינו, (א) להגיש תביעה לפיצויים על

41 (1983). לדין מקיף בספרות זו ראו: Shavell, *supra* note 1, at pp. 389–401, 411–418.

⁹³ למערכת הטלת האחריות הפלילית, לעומת זה, מאפיינים דואליים ביחס לעבירות מסוימות: הן קורבנות של עבירות פליליות מסוימות והן רשויות התביעה הממלכתיות יכולות לזוּם את הפעלתה של המערכת כאמצעי לאכיפת החוק על עבריינים. ביחס לעבירות אחרות, הסמכות להפעלת המערכת מצויה באופן בלעדי בידי רשויות התביעה, בעוד קורבן העבירה נעדר כל מעמד פורמלי בייזום ההליך או בהשתתפות בו.

⁹⁴ מבחינה אנליטית, הפעלת המערכת להטלת האחריות האזרחית טומנת בחובה שלוש פעולות כלכליות: (א) החלטה בדבר הפעלת המערכת על-ידי הגשת התביעה; (ב) בחירה בין ניהול משפט או ניהול משא-ומתן לפשרה; ולבסוף (ג) החלטה בדבר השקעת משאבים בניהול ההתדיינות, בהוכחת עילת התביעה ובייחוס האחריות למעוול. באופן כללי יותר, כל שלוש הפעולות הן ביטוי להחלטה בדבר השקעה של משאבים בהפעלת המערכת להטלת אחריות. השקעת משאבים כלכליים מונחתת בבסיסן של שלוש ההחלטות, החל בהגשת התביעה, המשך בניהול התדיינות ובהוכחת עילת התביעה וכלה בבחירה בניהול משפט על-פני ניהול משא-ומתן לפשרה. עם זאת, היתרון התיאורטי שבשימור ההבחנות

נזק שנגרם עקב התממשות סיכון שיטתי או (ב) לייחד משאבים להשקעה בניהול ההתדיינות, בהוכחת עילת התביעה ובנקיטת צעדים הנחוצים לצורך ייחוס האחריות לנזק למעוול – הוא פועל יוצא של השוואת העלות הפרטית הכרוכה בה,⁹⁵ מחד גיסא, כנגד תוחלת התועלת הפרטית שעשויה להתקבל מהפעלת המערכת בדמות פיצויים לנזק, מאידך גיסא.⁹⁶ ניתן אפוא לצפות שפרט החפץ להשיא את רווחתו האישית⁹⁷ יגיש תביעה אישית לפיצויים על נזק שנגרם עקב התממשות סיכון שיטתי לנזק, וישקיע משאבים בניהולה של התביעה ובייחוס האחריות למעוול מקום שהעלות הפרטית שבה יישא תהא נמוכה מתוחלת התועלת שתתקבל מהגשת התביעה או מהשקעת משאבים בניהולה לצורך הטלת האחריות לנזק על המעוול.

לנוכח העובדה שהפעלת המערכת להטלת אחריות נתונה בידיהם של פרטים החפצים להשיא את רווחתם האישית בלבד, השימוש במערכת טומן בחובו אפשרות להחצנות שליליות וחיוניות על רווחתם האישית של פרטים אחרים בחברה ועל הרווחה החברתית המצרפית. מאחר שפרטים – שבידם ההחלטה אם להגיש תביעה אם לאו ובידם ההחלטה בדבר היקף המשאבים המושקעים בניהולה – שוקלים שיקולי עלות ותועלת פרטיים, ואינם צפויים אפוא להביא בחשבון החצנות שליליות וחיוניות, לא ניתן להניח כי החלטותיהם

האנליטיות בין שלוש הפעולות טמון בעובדה שהבחנות אלה חיוניות לצורך עיצוב פתרונות הולמים לצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי שבהשקעה בהפעלתה של המערכת להטלת אחריות.

95 נוסף על העלות הכספית הכרוכה בהגשת תביעה ובניהולה, העלות הפרטית הכוללת עשויה אף לגלם עלויות שאינן כספיות, אך שיש בהן כדי להשפיע באופן שלילי על רווחתו האישית של הפרט המגיש את התביעה. מקורן של עלויות מסוג זה בהשפעות של סיכון ההפסד בהתדיינות, אי-נעימות ואי-נחת כתוצאה ממצב של יריבות, וכיזא באלה עניינים. במצבים מסוימים, חשיפת מידע אישי או פרטי בגדרה של התדיינות אורחית עשויה אף היא להסב אי-נעימות ולהשפיע באופן שלילי על רווחתו האישית של מתדיין. עם זאת, מטעמי פשטות הדיון ובהירותו איני מביא בחשבון השפעות כאמור בגדרה של העלות הפרטית הכוללת הכרוכה בהגשת תביעה אישית.

96 נוסף על התועלת הנצמחת בדמות פיצויים על נזק שנגרם, התועלת הפרטית הכוללת שאדם עשוי להפיק מהגשת תביעה אישית עשויה לכלול אף הנאה, קורת-רוח או תחושת סיפוק מעצם הגשת התביעה או מייחוס אחריות למעוול שפשע ומן העובדה שנעשה דין צדק. חרף זאת, מטעמי פשטות הדיון ובהירותו איני מביא בחשבון השפעות כאמור בגדרה של תוחלת התועלת הפרטית הכוללת הנצמחת מהגשתה וניהולה של תביעה אישית.

97 כאמור בשתי ההערות הקודמות, הנחת הדיון היא כי העלות הפרטית שבהגשת התביעה אינה מושפעת מסיכון ההפסד בהתדיינות או מאי-נעימות ואי-נחת לנוכח קיום מצב של יריבות. בדומה לכך, הנחת הדיון היא כי תוחלת התועלת מהגשת התביעה מתקבלת אך ורק מקבלת פיצויים על נזק שנגרם, אולם אינה מושפעת מכל גורם אחר, לרבות הנאה, קורת-רוח, או תחושת סיפוק מעצם הגשת התביעה או מייחוס אחריות למעוול שפשע ומן העובדה שנעשה דין צדק.

של פרטים המונעות על-ידי שיקולים פרטיים יעלו בקנה אחד עם האינטרס החברתי באכיפת חוק מיטבית על מעוולים.

העובדה כי החלטות בדבר הפעלת המערכת להטלת אחריות מתקבלות, מטבען, על בסיס של שיקולי עלות ותועלת פרטיים – תוך התעלמות גמורה ואינטרסנטית משיקולי עלות ותועלת חברתיים הכרוכים אף הם בשימוש במערכת להטלת אחריות – מצויה בבסיס הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והתמריץ החברתי באשר להפעלת המערכת כאמצעי לאכיפת החוק. ניתן אפוא לצפות שגודלו של התמריץ הפרטי להפעלת המערכת יהיה, על-פירוב, גבוה או נמוך מן התמריץ החברתי. המסקנה הכללית המתבקשת היא כי בהעדר אמצעים לתיקון הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי, הפעלת המערכת להטלת אחריות על-ידי פרטים נידונה, להביא לידי אכיפת חוק שאינה מיטבית מבחינה חברתית.

פיתוח התובנה האמורה ויישומה לצורך זיהוי הבעיות העומדות למכשול בפני אכיפת חוק מיטבית בחברת ההמונים מצריך אפוא בחינה מקרוב של הפער בין העלות הפרטית לעלות החברתית (דהיינו, החצנה שלילית) ושל הפער בין התועלת הפרטית לזו החברתית (דהיינו, החצנה חיובית) הכרוכות בהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק.

(א) החצנה חיובית – התועלת החברתית הנצמחת מהרתעת התנהגות יוצרת-סיכונים

יסודו של הגורם הראשון לפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי בשימוש במערכת לאכיפת החוק נעוץ בהבדל בין התועלת הפרטית לזו החברתית שבהפעלת המערכת להטלת אחריות.

הפעלת המערכת להטלת אחריות לשם יצירת איום להטלת אחריות לנזק שנגרם עקב התממשות סיכונים מרתיעה מעוולים בכוח מלהחצין סיכונים לנזק, ומשפיעה אפוא באופן חיובי על תוחלת רווחתם האישית של אחרים ועל תוחלת הרווחה החברתית המצרפית. הרתעה משפיעה באופן חיובי על הרווחה האישית והחברתית מאחר שהיא מובילה לנקיטה יעילה באמצעי זהירות שיש בהם כדי להקטין את ההסתברות להתממשות הסיכון לנזק ואת גודלו של הנזק, אם יתממש.⁹⁸ בהתאם, הרתעה מביאה לידי הקטנת העלויות החברתיות הכוללות הקשורות להתנהגות יוצרת-סיכונים, דהיינו, העלות של תוחלת הנזק הנשקף לגופם או לרכושם של פרטים כתוצאה מהחצנת סיכונים לנזק על-ידי המעוול, ותוחלת העלות (הפרטית והמנהלית) הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים.⁹⁹

98 נקיטה באמצעי זהירות מקטינה אפוא את תוחלת הנזק הנשקף לפרטים כתוצאה מהתנהגות יוצרת-סיכונים. תוחלת הנזק מתקבלת מהכפלת ההסתברות להתממשות הסיכון לנזק בגודלו של הנזק אם יתממש.

99 תוחלת העלות הכוללת (דהיינו, העלות הפרטית והמנהלית) הכרוכה בהפעלת המערכת

זאת ועוד: ההשפעה החיובית של הרתעה על רווחתם האישית של פרטים בחברה ועל הרווחה החברתית המצרפית אינה מוגבלת למניעת התוצאות הבלתי-רצויות של ההתנהגות העוולתית של המעוול המסוים. זאת מאחר שההרתעה הנוצרת עם אכיפת החוק על המעוול המסוים פועלת בשני אופנים: הראשון עניינו בהרתעה פרטנית (specific deterrence) המשפיעה על ההתנהגות של המעוול המסוים בעתיד; השני עניינו בהרתעה כללית (general deterrence) המשפיעה על ההתנהגות של מעוולים דומים בעתיד. יסודה של ההבחנה בהבדל שבין הרתעת המעוול המסוים לבין ההרתעה הכללית של מעוולים אחרים. התרעה כללית נגזרת - בדרך של learning ועדכון ההסתברות של האיום באכיפת החוק על מעוולים - מן ההליך והתוצאות של אכיפת החוק על המעוול המסוים.¹⁰⁰

עולה אפוא כי ההשפעה החיובית של הרתעת התנהגות עוולתית על רווחתם האישית של פרטים ועל הרווחה החברתית המצרפית - דהיינו, הקטנת תוחלת הנוק הנשקף לפרטים מהחצנת סיכונים לנזק והקטנת העלות החברתית הכוללת של הפעלת המערכת להטלת אחריות - עשויה לעלות במידה ניכרת על התועלת הפרטית בדמות פיצויים על נזק שעשויה לצמוח מהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק. לשון אחרת: התועלת הפרטית מפיצוי על נזק אינה שקולה כלל, ולו אף בקירוב, לתועלת החברתית הכרוכה באכיפת החוק.

עם זאת, מאחר שהחלטות בדבר הפעלת המערכת להטלת אחריות¹⁰¹ מתקבלות, מטבען, על בסיס של שיקולי עלות פרטית ותועלת פרטית בדמות פיצוי על נזק - תוך התעלמות גמורה ואינטרסנטית מהתועלת החברתית האמורה המתקבלת מהרתעת התנהגות יוצרת-סיכונים - גודלו של התמריץ הפרטי שבבסיס הפעלתה של המערכת להטלת אחריות עשוי להיות נמוך באופן איכותי ביחס לאינטרס החברתי שבשימוש במערכת כאמצעי לאכיפת חוק ולהרתעת התנהגות. במילים אחרות, מקום שהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים מרתיעה התנהגות יוצרת-סיכונים,¹⁰² נפח ההתדיינות האזרחית עשוי להיות נמוך מן המידה המיטבית מבחינה

להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק נקבעת על-ידי הכפלת שני גורמים: (א) מספר התביעות המוגשות על-ידי ניזוקים; (ב) העלות הפרטית והמנהלית הממוצעת של בירור כל תביעה. ראו: Shavell, *supra* note 1, at pp. 262–265. הרתעה של התנהגות יוצרת-סיכונים מקטינה את תוחלת הנוק הנשקף לפרטים, ובהתאם, את מספר התביעות המוגשות על-ידי ניזוקים כאמצעי להפעלת המערכת להטלת אחריות.

100 לדיון בהבחנה בין הרתעה פרטנית להרתעה כללית ראו לעיל הערה 2 והספרות התיאורטית והאמפירית הנזכרת שם.

101 החלטות אלה כוללות את ההחלטה בדבר הגשת תביעה ואת החלטה בדבר ההיקף של השקעת משאבים בניהול התביעה ובהוכחת עילת התביעה לצורך הטלת האחריות על המעוול.

102 במצבים מסוימים, הפעלת המערכת להטלת אחריות אינה יוצרת כל תמריץ לנקיטה

חברתית. הוא הדין בהיקף המשאבים המושקעים על-ידי ניווקים בהפעלת המערכת להטלת אחריות: אלה עשויים להיות נמוכים מן הרמה המיטבית המוכתבת על-ידי האינטרס החברתי באכיפת החוק ובהרתעת התנהגות בלתי-רצויה. הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי מוביל אפוא לאכיפת חוק תת-מיטבית.

(ב) החצנה שלילית – העלות החברתית הכרוכה בהטלת אחריות ובאכיפת החוק

יסודו של הגורם השני שבבסיס הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי בשימוש במערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק נעוץ בהבדל שבין העלות הפרטית והעלות החברתית הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות.

העובדה שהשימוש במערכת להטלת אחריות אינו נטול עלות היא בבחינת מושכלות ראשונים.¹⁰³ אכן, הפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק טומנת בחובה עלויות חברתיות גבוהות מאוד. אלה כוללות את עלות ההתדיינות של התובע, עלות ההתדיינות של הנתבע והעלות המנהלית של הפעלת המערכת של בתי-המשפט.¹⁰⁴ מאחר שניווקים החפצים להגדיל את רווחתם האישית מקבלים החלטות בדבר הפעלת המערכת להטלת אחריות על בסיס של שיקולי עלות ותועלת פרטיים, כל החלטה שיקבלו – בין שעניינה בהגשת תביעה לפיצויים על נזק שנגרם ובין שעניינה בהשקעת משאבים בניהול ההתדיינות ובהוכחת עילת התביעה – תביא בחשבון אך ורק את עלות ההתדיינות של התובע, תוך התעלמות גמורה מהעלויות החברתיות (דהיינו, ההחצנות השליליות) הנלוות לה.

במצב דברים זה, גודלו של התמריץ הפרטי שביסוד הפעלתה של המערכת להטלת אחריות עשוי להיות גבוה מהתמריץ החברתי שבשימוש במערכת כאמצעי לאכיפת חוק

באמצעי זהירות ואינה מובילה אפוא להרתעת התנהגות. זה המצב, למשל, כאשר הנקיטה באמצעי זהירות מוקדמים (או העדרה) אינה משפיעה על החצנת הסיכון לנזק ועל תוחלת הנזק הכרוכה בסיכון. הפעלת המערכת להטלת אחריות אינה יוצרת הרתעה, בעוד שיש בה ליתן פיצוי על נזק שנגרם. במצב דברים זה, מאחר שהתועלת החברתית והתועלת הפרטית בדמות קבלת פיצוי על נזק שנגרם חד הן, התמריץ הפרטי שבבסיס הפעלתה של המערכת להטלת אחריות עשוי להיות זהה לתמריץ החברתי.

103 ראו: Charles Silver "Does Civil Justice Cost Too Much?" 80 *Tex. L. Rev.* (2002) 2073.

104 אף-על-פי שהתובע נדרש על-פי-רוב לשלם סכום מסוים כאגרת בית-משפט, לא ניתן להניח שיש בסכום זה כדי לכסות את עלות ההפעלה של המערכת. עולה אפוא כי העלות המנהלית נישאת ברובה על-ידי ציבור משלם המיסים ומשפיעה על-כן באופן שלילי על רווחתם האישית של פרטים בחברה ועל הרווחה החברתית המצרפית. חיסכון בעלות המנהלית והקטנת נטל המס, או לחלופין תיעול כספי המיסים למימון מטרות חברתיות אחרות, עשויים להשפיע באופן חיובי על הרווחה האישית, ובהתאם, להגדיל את הרווחה החברתית המצרפית.

ולרתעת התנהגות. נפח ההתדיינות האזרחית עשוי להיות גדול מן המידה החברתית המיטבית. בדומה לכך, היקף המשאבים המושקעים על-ידי ניווקים בהפעלת המערכת להטלת אחריות עשוי אף הוא להיות גדול מן הרמה החברתית המיטבית המוכתבת על-ידי האינטרס החברתי בצמצום העלויות החברתיות הכרוכות בהפעלת המערכת.

2. פתרונות לצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי באכיפת החוק על מעוולים

הכרעה בדבר קיומו וגודלו של הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי שביסוד השימוש במערכת להטלת אחריות – דהיינו, אם התמריץ הפרטי גבוה, נמוך או זהה לתמריץ החברתי – נגזרת, בכל עניין והקשר, מהערכתן והשוואתן של ההשפעות היחסיות של ההבדל בין העלות הפרטית לזו החברתית הכרוכות בשימוש במערכת להטלת אחריות, מחד גיסא, ושל ההבדל בין התועלת הפרטית לזו החברתית שעשויות להתקבל מהשימוש במערכת כאמצעי לאכיפת החוק, מאידך גיסא. מאחר שההבדלים בין העלות הפרטית לזו החברתית הכרוכות בהפעלת המערכת להטלת אחריות, כמו-גם ההבדלים בין התועלת הפרטית לזו החברתית מאכיפת החוק, עשויים להשתנות מהקשר אחד למשנהו, יישום התובנה הכללית בדבר הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי מצריך אפוא בחינה פרטנית של העלויות והתועלות על-פני תחומים שונים של התדיינות אזרחית. מאחר שהעלויות החברתיות של הפעלת המערכת להטלת אחריות גבוהות תמיד מהעלויות הפרטיות הכרוכות בה, התמריץ הפרטי לשימוש במערכת עשוי להיות – בהעדר השפעות נוגדות – גבוה מהתמריץ החברתי.¹⁰⁵ אולם מקום שהתועלת החברתית מאכיפת החוק גבוהה במידה ניכרת מהתועלת הפרטית – מצב שמתקיים כאשר אכיפת החוק מביאה לידי הרתעת התנהגות יוצרת-סיכונים ולידי צמצום העלויות החברתיות הקשורות להחצנת סיכונים לנזק – התמריץ הפרטי להפעלת המערכת להטלת אחריות עשוי להיות נמוך במידה ניכרת מהתמריץ החברתי, וזאת חרף קיומו של הבדל בין העלות הפרטית לזו החברתית הכרוכות בהפעלת המערכת.¹⁰⁶

קיומו של פער מובנה כאמור בין התמריץ הפרטי לזה החברתי – לאמור, מקום שגודלו של התמריץ הפרטי גבוה או נמוך מן התמריץ החברתי – מהווה מכשול בפני השאת הרווחה החברתית המצרפית באמצעות שימוש חברתי מיטבי במערכת להטלת אחריות.

105 פרופוזיציה זו מתקיימת בהכרח מקום שהתועלת הפרטית מהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק זהה לתועלת החברתית מאכיפת החוק או גבוהה ממנה. אולם פרופוזיציה זו עשויה להתקיים גם מקום שהתועלת הפרטית נמוכה מהתועלת החברתית במידה כזו שאין בהבדל בין התועלות כדי לקזז לחלוטין את השפעת ההבדל בין העלות הפרטית לזו החברתית.

106 ראו: Shavell "The Fundamental Divergence", *supra* note 12, at pp. 575, 578.

אשר על-כן, זיהוי איכותי של כיוונו וגודלו של הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי פותח את הצוהר לעיצובם ואימוצם של פתרונות משפטיים לצמצום הפער ולהגדלת הרווחה החברתית המצרפית בהתאם.¹⁰⁷ מקום שהתמריץ הפרטי נמוך מן התמריץ החברתי, פתרון משפטי רצוי יספק תמריץ חיובי להפעלת המערכת להטלת אחריות; ולהפך: מקום שהתמריץ הפרטי גבוה מן התמריץ החברתי, פתרון משפטי רצוי יספק תמריץ שלילי להפעלת המערכת.

ביתר פירוט, כל אמצעי שיש בו כדי (א) להקטין את העלות הפרטית הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות או (ב) להגדיל את התועלת הפרטית המתקבלת מאכיפת החוק עשוי לספק תמריץ חיובי להפעלת המערכת ולתת פתרון (ולו חלקי) למצב שבו התמריץ הפרטי נמוך מן התמריץ החברתי. פתרונות המקטינים את העלות הפרטית כוללים, לדוגמה, השתתפות מטעם המדינה במימון הוצאות של הליכים משפטיים, מתן פטור מתשלום אגרת בית-משפט והקמת לשכה לסיוע משפטי המייתרת את הנשיאה בעלות הייצוג המשפטי. עיקרם של פתרונות אלה במתן סובסידיה לשימוש במערכת להטלת אחריות.

לעומת זה, פתרונות משפטיים המגדילים את התועלת הפרטית מאכיפת החוק עשויים לכלול מתן פיצויי-יתר, מעבר לגודלו של הנזק שנגרם. כנגד זה, כל אמצעי שיש בו כדי (א) להגדיל את העלות הפרטית הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות או (ב) להקטין את התועלת הפרטית המתקבלת מאכיפת החוק עשוי לספק תמריץ שלילי להפעלת המערכת, ולתת פתרון (ולו חלקי) למצב שבו התמריץ הפרטי גבוה מן התמריץ החברתי. פתרונות משפטיים המגדילים את העלות הפרטית הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות עשויים לכלול הטלת סנקציות כספיות על הגשת תביעות חסרות בסיס; שימוש בחזקות ראייתיות הפועלות לטובת הנתבע; או הטלת הוצאות המשפט של הנתבע על התובע מקום שהנתבע זכה בדיון. בדומה לכך, פתרונות משפטיים שיש בהם כדי להקטין את התועלת הפרטית מהשימוש במערכת להטלת אחריות כוללים קביעת תקרה לגובה הפיצויים שניתן לתבוע או הגבלת היכולת לייחס אחריות למעוולים ביהוד ולחוד.

הדיון שלהלן מיישם את התובנה הכללית האמורה ובוחר את הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי לאכוף את החוק על מעוולים המוניים באמצעות הטלת אחריות לנזק שנגרם עקב החצנה המונית של סיכונים שיטתיים שהתממשו. על רקע ההשלכות של אכיפת חוק תת-מיטבית על הרווחה החברתית המצרפית, הדיון בפרק ו מסביר כיצד מוסד התביעה הייצוגית – והעקרונות הכלכליים המונחים בבסיסו – מספק למעשה פתרון משפטי לצמצום הפער בין התמריץ הפרטי לזה החברתי, ובהתאם, לאכיפת חוק מיטבית בחברת ההמונים.

107 ראו: Shavell, *supra* note 1, at pp. 579, 586–594.

פרק ה: זיהוי הבעיה החברתית – כשלים מובנים באכיפת חוק מיטבית על מעוולים המוניים

פעילות של תאגידים פרטיים וציבוריים – לרבות גופים שלטוניים ורשויות המדינה – בחברת ההמונים מתאפיינת לעיתים בהחצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק ביחס לקבוצה גדולה של ניזוקים.¹⁰⁸ מה הן אפוא ההשלכות של הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות על אכיפת החוק בחברת ההמונים, ובהתאם, על הרווחה החברתית המצרפית? לשון אחרת: האם הפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים המוניים באמצעות הגשתן וניהולן של תביעות אישיות (דהיינו, בהעדר האפשרות להגיש תביעה ייצוגית) על-ידי ניזוקים עשויה להביא לידי אכיפת חוק מיטבית – דהיינו, הרתעה מיטבית של התנהגות יוצרת-סיכונים וביטוח מיטבי של סיכונים שהתממשו – ולהוביל, בהתאם, לצמצום העלויות החברתיות הקשורות להחצנת סיכונים לנזק ולהשאת הרווחה החברתית המצרפית?

הדיון שלהלן מבסס את המסקנה כי התמריץ הפרטי לאכיפת החוק ולהטלת אחריות על נזקים שנגרמו עקב החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק צפוי להיות נמוך מן התמריץ החברתי. הבחנה בין החצנה המונית של סיכונים שיטתיים שהתממשותם גורמת נזקים פעוטים, שאינם בני-תביעה מחמת שוויים הכלכלי הנמוך, מחד גיסא, לבין החצנה המונית של סיכונים שיטתיים שהתממשותם גורמת נזקים גדולים ובני-תביעה, מאידך גיסא, מלמדת כי פער בין התמריץ הפרטי לזה החברתי עשוי להתקיים הן ביחס (א) לתמריץ להגיש תביעה לפיצויים על נזק שנגרם והן ביחס (ב) לתמריץ להשקיע משאבים בנייהול תביעה אישית, ומשהוגשה, בהוכחת העילה, כדי להטיל על המעוול אחריות למלוא הנזק. מצב דברים זה מוביל אפוא לאכיפת חוק תת-מיטבית שיש לה ביטוי כפול: (א) הרתעה תת-מיטבית של התנהגות יוצרת-סיכונים והעדר תמריץ חזק דיו לנקיטה באמצעי זהירות יעילים לצמצום תוחלת הנזק, וכן (ב) פיצוי תת-מיטבי של נזקים שנגרמו מקום שאמצעי זהירות כאמור לא ננקטו. אכיפת חוק תת-מיטבית עומדת לפיכך למכשול בפני צמצום העלויות החברתיות הכוללות הכרוכות בהתנהגות יוצרת-סיכונים והשאת הרווחה החברתית המצרפית.

108 לדיון מקיף במאפיינים הייחודיים של החצנת סיכונים לנזק בחברת ההמונים, דהיינו החצנה המונית ושיטתית של סיכונים לנזק, ובכמה דוגמות הממחישות את המאפיינים האמורים, ראו פרק ד לעיל.

1. קבוצת ניזוקים הומוגנית – נזקים קטנים שאינם בני-תביעה אישית מבחינה כלכלית

טלו לדוגמה החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק, שאם יתממש, יסב לכל ניזוק נזק בשיעור של 100 ש"ח. נניח עוד כי התממשות הסיכון לנזק יוצרת קבוצת ניזוקים הומוגנית המונה אלף ניזוקים.¹⁰⁹ נניח עוד כי העלות הכוללת הכרוכה בהגשת תביעה אישית לפיצויים עומדת על 200 ש"ח. למרות שכל ניזוק זכאי להגיש תביעה לפיצויים,¹¹⁰ ואף צפוי להצליח בה הסתברות גבוהה (תהא אף 100%), נקל לראות כי ניזוק רציונלי החפץ לתעל את משאביו האישיים והמוגבלים – לרבות זמנו וממונו – באופן שיש בו כדי להגדיל את סך רווחתו האישית, יבחר לא להגיש תביעה לפיצויים מאחר שהשקעה בהגשת התביעה ונשיאה בעלות הכרוכה בניהולה אינן יעילות.¹¹¹ התנהגותו של הניזוק ניתנת על-כן, לתיאור כאדישות רציונלית (rational apathy). אדישות רציונלית מתארת את בחירתו של הניזוק באי-מעש (דהיינו, אדישות), ולפיכך בשימור הסטטוס-קו. החלטה זו מונעת על-ידי שיקולי עלות ותועלת, ועל-כן היא יעילה מבחינתו של הניזוק. העדר תמריץ חזק דיו להגשת תביעה במקרה זה נובע מן העובדה כי ההחלטה אם להגיש תביעה אם לאו מודרכת על-ידי שקילת העלות הפרטית כנגד התועלת הפרטית

109 מציאות החיים עשויה לספק דוגמות רבות למצב דברים זה: גביית-יתר של עמלות על-ידי חברת כרטיסי אשראי או חישוב שגוי של עלות הספקת חשמל או שירותי בוק לצרכנים הם דוגמות אחדות למצב שבו הוסב נזק פעוט לכל ניזוק בקבוצת ניזוקים גדולה. אולם יש לציין כי חרף העובדה שגודל הנזק האישי עשוי להשתנות בין ניזוק אחד למשנהו – כתוצאה, למשל, משונות במידת השימוש בכרטיס האשראי או מספר הפעמים שבו נגבתה עמלת-יתר או כתוצאה מצריכה שונה של חשמל או שירותי בוק – יהא נזקו של כל ניזוק בקבוצה קטן. משמעות הדבר היא כי "הומוגניות" האוכלוסייה תתקיים כל אימת שנזקם האישי של חברי הקבוצה הוא נזק פעוט. על-פי הגדרה זו, מקום שלחלק מן הניזוקים (יהא זה אף ניזוק בודד) הוסב נזק משמעותי, לא יהא ניתן עוד לתאר את הקבוצה כקבוצה הומוגנית. הדיון בקבוצת ניזוקים הטרוגנית מופיע להלן בחלק ה-3.

110 לצורך הדיון אניח כי בית-המשפט אינו רשאי למחוק תביעה כאמור כדבר-של-מה-בכך על בסיס הממרה הלטינית *de minimis non curat lex*.

111 ההנחה המובלעת היא כי עובדת קיומו של נזק מצויה בידיעתו של הניזוק, שיכול על-כן לבחור בין הגשת תביעה לפיצויים לבין הימנעות מפעולה כאמור. אולם פעמים רבות ניזוקים אינם יודעים כלל על עצם הסבת הנזק, ואינם יכולים אפוא לבחור בין הגשת תביעה לבין הימנעות ממנה. יהא המצב אשר יהא, די לנו לצורך הדיון להניח כי עצם דבר הנזק מצוי בידיעתו של הניזוק, או לחלופין, כי מידע כאמור ניתן להשגה באמצעות השקעה כספית קטנה. המסקנה שהגענו אליה בדבר העדר תמריץ חזק דיו להגשת תביעה לפיצויים אינה משתנה, מאחר שנקל לראות כי לו ניתנה לו האפשרות להשקיע השקעה בקבלת מידע כאמור ולבחור לאחרי-מכן אם להגיש תביעה אם לאו, היה ניזוק רציונלי בוחר לא להשקיע בהשגת המידע, ומאליו, לא להגיש תביעה לפיצויים.

המתקבלת ממנה. התועלת החברתית שעשויה להתקבל מהטלת אחריות על הנזק שנגרם ומהרתעת התנהגות עוולתית כאמור אינה מובאת בחשבון.¹¹² העדר התמריץ להפעיל את המערכת להטלת אחריות זהה אפוא ביחס לכל ניוזק באוכלוסייה. למעשה, בהינתן ההנחות האמורות, ניתן להעריך כי אף ניוזק לא יראה בהגשת תביעה לפיצויים פעולה העולה בקנה אחד עם הגדלת רווחתו האישית. מצב דברים זה מוביל לאכיפת חוק תת-מיטבית, ואינו רצוי מבחינה חברתית. זאת מאחר שהמעוול יצפה מראש (ex ante), בטרם ביצע התנהגות עוולתית, כי בהעדר תמריץ חזק דיו מצד הניזוקים להפעלת המערכת לאכיפת החוק, ההסתברות לנשיאה באחריות לנזק שנגרם עקב החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק הינה נמוכה מאוד, שלא לומר בלתי-קיימת. במצב דברים זה של העדר הרתעה, המעוול צפוי לא לנקוט אמצעי זהירות חרף העובדה שאילו ננקטו, היה בהם כדי למזער את תוחלת הנזק ולהגדיל את הרווחה החברתית המצרפית.

כנגד זה, נניח כי אלף הניזוקים חברו יחדיו והגישו תביעה משותפת לפיצויים בסכום מצרפי של 100,000 ש"ח (המתקבל מהכפלת אלף ניזוקים שלכל אחד מהם נזק בשווי 100 ש"ח). הגשת התביעה הייתה נעשית יעילה מבחינתו של כל ניזוק, מאחר שעלות התביעה בסך 200 ש"ח הייתה נישאת עתה על-ידי קבוצת התובעים כולה, כך שחלקו של כל ניזוק בעלות התביעה היה מצטמצם ל-0.2 ש"ח בלבד.¹¹³ נקל לראות שכל ניזוק רציונלי היה מוצא שהשקעה של 0.2 ש"ח הינה השקעה יעילה מקום שהתועלת הפרטית הנצמחת ממנה היא 100 ש"ח.¹¹⁴ במצב זה, הטלת האחריות למלוא הנזק שנגרם הייתה מרתיעה את המעוול – ואף מעוולים-בכוח אחרים – מלהחצין באופן המוני סיכונים שיטתיים לנזק.

דא עקא, חרף העובדה ששיתוף-פעולה בין ניזוקים לצורך הגשת תביעה עשוי ליתן פתרון יעיל מבחינה פרטית וחברתית כאחת, ההסתברות שחבירה ופעולה משותפת כאמור תתרחש נמוכה ביותר. המסקנה האמורה נתמכת היטב הן על-ידי התיאוריה הכלכלית בדבר עלויות עסקה (transaction costs) והן על-ידי התיאוריה שעניינה פעולה משותפת של פרטים (collective action) והתנהגות של קבוצות (group behavior).¹¹⁵

112 מעניין כי במקרה זה לא די בהבדל בין העלות הפרטית לעלות החברתית הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות לביטול ההשפעה של ההבדל הניכר בין התועלת הפרטית לזו החברתית המתקבלת מהגשת התביעה על העדר התמריץ הפרטי להגיש תביעה לפיצויים וליתן תמריץ הולם להגשת תביעה.

113 הנחת הדיון היא כי עלות ההתדיינות אינה משתנה כתלות במספר התובעים. הנחה זו מתבססת, למשל, על העובדה שאגרת-המשפט נקבעת לפי תביעתו של התובע הנומינלי, ולא לפי הסכום המצרפי, וכי שכר-טרתו של עורך-דין קבוע אף הוא. לכל צורך ועניין, שינוי בהנחות אלה אינו מביא לידי שינוי במסקנות האמורות בטקסט.

114 בהנחה שכל צד להתדיינות נושא בעלותו שלו גם מקום שהוא זוכה בדין, היה כל ניזוק נותר אפוא עם פיצוי בסך 99.8 ש"ח. אולם מקום שבו עלות ההתדיינות מוטלת על בעל-הדין שהפסיד בדין, הייתה עלות ההתדיינות של התובעים בסך 200 ש"ח מוטלת על הנתבע, כך שכל ניזוק היה נותר עם 100 ש"ח.

115 לדיון בעלויות עסקה ראו: Ronald H. Coase "The Firm, the Market, and the Law" in

ראשית, שיתוף-פעולה בין הניזוקים באוכלוסייה אינו נטול עלות; נהפוך הוא, עלויות העסקה הכרוכות בהשגת שיתוף-פעולה כאמור עשויות להיות גבוהות במיוחד כאשר ניזוקים אינם סמוכים על-פני זמן ומקום.¹¹⁶ איתור הניזוקים וקיבוצם יחדיו לצורך הגשת תביעה עשוי אפוא לגזול משאבים רבים.¹¹⁷ כאשר מוסיפים את עלויות העסקה הכרוכות בהשגת שיתוף-פעולה כאמור לעלות הגשת התביעה (200 ש"ח), נקל לראות מדוע נשיאה על-ידי כל ניזוק בחלק היחסי של העלות הכוללת הופכת פעולה כאמור לבלתי-יעילה מבחינה פרטית. העדר תמריץ חזק דיו להשקיע בשיתוף-פעולה מצביע על כך שההסתברות להשגת שיתוף-פעולה שואפת לאפס.

שנית, אף אם נניח כי עלויות העסקה הכרוכות בשיתוף-פעולה כאמור אינן גבוהות במיוחד – כך שלכל ניזוק יש תמריץ הולם לשאת בעלות של שיתוף-הפעולה – ניתן עדיין לראות מדוע ההסתברות של שיתוף-פעולה בין ניזוקים באוכלוסייה לצורך הגשת תביעה ופיוור העלות הכרוכה בה על-פני הקבוצה כולה תהא נמוכה ביותר. ההסבר התיאורטי למסקנה זו טמון בבעיית הפעולה המשותפת (collective action problem), בעיה המהווה מכשול מובנה בנסיון של קבוצות להתאגד סביב מטרה משותפת.¹¹⁸ על-מנת להניח את היסודות העיוניים למסקנה האמורה, יש לעמוד מקרוב על מאפייניה של המטרה המשותפת. השגת המטרה המשותפת לקבוצה – דהיינו, הגשת תביעה לפיצויים כאמצעי להפעלת המערכת להטלת אחריות ולאכיפת החוק על המעוול – נושאת סימנים של מוצר ציבורי (public good).¹¹⁹ במילים אחרות, אכיפת החוק על המעוול והטלת האחריות לנזק הן בבחינת מוצר ציבורי, המתאפיין בעובדה כי משנוצר המוצר הציבורי, לא ניתן עוד להגביל או לייחד את צריכתו לצרכנים מסוימים. טבעו של

1 The Firm, the Market, and the Law (Chicago, 1988). לדיון ב"בעיית הפעולה המשותפת", שבהינתן תנאים מסוימים עומדת לרועץ בפני חבירה וולונטרית של פרטים להשגת מטרות משותפות באופן מיטבי, ראו: Mancur Olson *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Cambridge, 1965)

116 במסגרת הדיון במאפיינים הייחודיים של החצנת סיכונים בחברת ההמונים, בפרק ד לעיל, הצבעתי על העובדה כי החצנה סדרתית ורב-פעמית של סיכון שיטתי לנזק עשויה להסב נזק לניזוקים רבים שאינם סמוכים בהכרח על-פני זמן או מקום להתנהגות העוללתית. 117 גודלה של אוכלוסיית הניזוקים עשוי אף הוא להשפיע על ההיקף של עלויות העסקה הכרוכות בהשגת שיתוף-פעולה בין הניזוקים השונים. ניתן לשער כי עלויות העסקה יעלו עם עלייה בגודל האוכלוסייה, אף שקרוב לוודאי שעלייה זו אינה משקפת בהכרח יחס ליניארי. דהיינו, עלות האיתור של הניזוק השולי עשויה לרדת עם עליית גודל האוכלוסייה.

118 לדיון בבעיית הפעולה המשותפת כמכשול העומד בפני השגה מיטבית של מטרת הקבוצה, חרף העובדה שהגשמה מיטבית של מטרת הקבוצה הינה יעילה מבחינתו של כל חבר בקבוצה, ראו: Olson, *supra* note 115, at pp. 1–2, 9–16.

119 לדיון בשני סימני-ההיכר של מוצרים ציבוריים ראו: Agnar Sandmo *The New Palgrave: A Dictionary of Economics* (New York, 1988) Vol. 3, 1061.

המוצר הוא כזה שלמן הרגע שנוצר, הוא נעשה זמין לכל דורש.¹²⁰ מאחר שלא ניתן להגביל את צריכת המוצר לצרכנים מסוימים, לא ניתן אף לגבות את תמורת השימוש במוצר. בענייננו, אכיפת החוק על המעוול והטלת האחריות העקרונית לנזק שנגרם עקב החצנה המונית של סיכונים שיטתיים הן בבחינת מוצר ציבורי היות שלמן הרגע שבו הוטלה האחריות לנזק על המעוול, כל ניזוק באוכלוסייה שנוקו נגרם על-ידי המעוול יכול לקצור באופן בלתי-מופרע את פירות האכיפה.¹²¹ עובדה זו, שלפיה יכול כל ניזוק ליהנות מפירות האכיפה ללא תלות בשאלת השתתפותו המוקדמת במימון הפעולה המשותפת, יוצרת תמריץ שלילי להשתתף בנשיאה בעלויות העסקה הכרוכות בשיתוף-הפעולה ובעלויות הכרוכות בהגשת התביעה לפיצויים. כל ניזוק רציונלי החפץ להגדיל את סך רווחתו האישית יעדיף אפוא להימנע מנשיאה בעלויות אלה מאחר שמימוש התועלת האישית מאכיפת החוק אינה תלויה כלל בשאלה אם השתתף בנשיאה בעלויות אם לאו.¹²² קיומו של תמריץ שלילי לשאת בעלויות של שיתוף-הפעולה ובעלויות של הגשת התביעה

120 תכונה זו של מוצרים ציבוריים ידועה בספרות כהעדר תחרות בין צרכנים בצריכת המוצר (non-rivalry property of public consumption of goods). למוצרים ציבוריים סימן-היכר נוסף: מאחר שההיצע של מוצרים ציבוריים אינו נגזר ממידת הביקוש של המוצר על-ידי צרכנים, העלות השולית של ייצור המוצר הציבורי קטנה ביותר.

121 למעשה, הטלת אחריות לנזק בגדרו של פסק-דין – בין אם פסק-הדין ניתן בסופו של משפט ובין אם ניתן תוקף של פסק-דין להסכם פשרה שבין הצדדים – הופכת את הקביעות העובדתיות והמסקנות המשפטיות שבבסיס פסק-הדין למידע ציבורי זמין לכל דורש, לרבות ניזוקים שלא השתתפו במימון הפעולה המשותפת. דרך נוספת שבה ניזוק כאמור יכול לקצור את פירות האכיפה והטלת האחריות על המעוול היא על-ידי שימוש בפסק-הדין שניתן להקמת השתק-פלוגתא נגד המעוול.

122 למען הדיוק, יש לציין שגודלו של התמריץ השלילי נגזר, בין היתר, מגודלה של הקבוצה באופן כללי ניתן לומר כי גודלו של התמריץ האישי להימנע מנשיאה בעלויות הכוללות גדל עם גידול מספרם של חברי הקבוצה. זאת מאחר שעם גידול מספרם, ההשפעה האישית של כל חבר בקבוצה על הנשיאה במאמץ הפעולה המשותפת ועל התועלת הנצמחת הימנה הולכת ופוחתת. ולהפך: ככל שהקבוצה הולכת וקטנה, כן הולך ומתחזק התמריץ האישי לשאת בעלויות הפעולה המשותפת וגדלה ההסתברות להשגת המטרה המשותפת לקבוצה. ראו: Olson, *supra* note 115, at pp. 43–52. העובדה שהתנהגות יוצרת-סיכונים – בין שמקורה בהחצנה רב-פעמית של סיכון שיטתי לנזק (כגון ייצור סדרתי של מוצרים פגומים) ובין שמקורה בהחצנה חד-פעמית של סיכון לנזק (כגון תאונת רשלנית בהפעלת כור גרעיני) – מחצינה סיכונים לנזק באופן המוני מצביעה על העובדה כי אוכלוסיית הניזוקים עשויה פעמים רבות למנות פרטים רבים. אכן, בתחומים מסוימים של פעילות יוצרת-סיכונים, כגון בייצור המוני של מוצרים, אוכלוסיית ניזוקים עשויה למנות אלפי ורבות ניזוקים. ראו: Hensler et al., *supra* note 22, at pp. 22–23. כתוצאה מכך, ההסתברות להצלחת פעולה משותפת בין הניזוקים באוכלוסייה עשויה להיות נמוכה מאוד, שלא לומר אף שואפת לאפס.

צפוי להוביל, בשיווי-משקל, לידי כך (א) שניזוקים רציונליים באוכלוסייה לא יהיו נכונים להשקיע את חלקם בעלות הכוללת - קטן ככל שיהיה - וכתוצאה מכך (ב) לסיכול המאמצים לשתף פעולה בין חברי הקבוצה חרף התועלת שעשויה להתקבל לכל אחד מהם מהשגת המטרה המשותפת.¹²³

סיכומו של דבר, הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים מצוי ביסוד האדישות הרציונלית המאפיינת את התנהגותם של ניזוקים שסבלו נזק קטן שאינו ברתביעה מחמת שוויו הכלכלי הנמוך. כתוצאה מאדישות זו, ניזוקים נמנעים מלשאת בעלות הכרוכה בהגשת תביעה לפיזיויים, בין באופן אישי ובין באופן קבוצתי. זאת ועוד: בעיית הפעולה המשותפת העומדת למכשול בפני התאגדות וחבירה וולונטריות של ניזוקים להגשת תביעה רבת-משתתפים מוסיפה ומלמדת כי חרף העובדה ששיתוף-פעולה מסוג זה עשוי להיות יעיל מבחינתם, ההסתברות ששיתוף-פעולה כאמור יתרחש - במיוחד כאשר המדובר בקבוצה ניזוקים גדולה ובהעדר סמיכות בין הניזוקים על-פני זמן או מקום - הינה נמוכה ביותר. במצב דברים זה, התמריץ השלילי להגשת תביעות לפיזיויים - חרף התממשותם של סיכונים שיטתיים לנזק - מוביל לידי כך שהמעוול ההמוני אינו חשוף לאיום בהטלת אחריות לעלויות החברתיות הכרוכות בהצגת סיכונים לנזק. המעוול יימנע אפוא מלקוט באמצעי זהירות מוקדמים לצמצום תוחלת הנזק.¹²⁴

123 התבוננות על בעיית הפעולה המשותפת מן הפרספקטיבה של תורת המשחקים מגלה כי בעיה זו היא למעשה מקרה פרטי של דילמת האסיר (Prisoner's dilemma). לדיון בבעיית הפעולה המשותפת כסוג של דילמת אסיר, ראו, באופן כללי: Russell Hardin *Collective Action* (Baltimore, 1982).

ביתר פירוט, מטריצת התועלות במשחק דילמת האסיר היא כזו ששני השחקנים משיאים את תועלתם על-ידי שיתוף-פעולה ביניהם. אי-שיתוף-פעולה על-ידי שני השחקנים מוביל, לעומת זה, לתועלת הנמוכה ביותר לכל אחד מהם. שני המצבים האחרים של המשחק שבהם שחקן אחד משתף פעולה בעוד האחר אינו עושה כן מביאים לידי כך שתועלתו של השחקן שאינו משתף פעולה גדולה מזו של השחקן שמשתף פעולה. הפתרון של דילמת האסיר מראה אפוא כי בשיווי-משקל, יבחרו שני השחקנים לא לשתף פעולה זה עם זה. חרף העובדה ששיווי-משקל זה הינו תוצאה תת-מיטבית מבחינתם של שני השחקנים, בהעדר מנגנון חיצוני המביא לידי תיאום ביניהם יבחרו שניהם לא לשתף פעולה זה עם זה. לדיון מפורט יותר בדילמת האסיר ראו: David M. Kreps *Game Theory and Economic Modelling* (Oxford, 1990) 28-29, 37-39.

124 משמעות הדבר היא כי בהינתן הרתעה תת-מיטבית, התמריץ של מעוולים-בכוח לנקוט אמצעי זהירות מוקדמים אינו חזק דיו לצמצום תוחלת הנזק ולהקטנת העלויות החברתיות הכרוכות בהתנהגות יוצרת-סיכונים. נוסף על השפעותיה של הרתעה תת-מיטבית, פיזיו תת-מיטבי מביא אף הוא לידי השפעה שלילית על רווחתם האישית של ניזוקים ועל הרווחה החברתית המצרפית.

2. קבוצת ניזוקים הומוגנית: נזקים בני-תביעה אישית

טלו, לדוגמה, החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק שאם יתממש, יסב לכל ניזוק נזק בשיעור של 100,000 ש"ח – נזק משמעותי לכל הדעות. נניח עוד כי התממשות הסיכון לנזק מקימה אוכלוסיית ניזוקים הומוגנית המונה אלף ניזוקים, שלכל אחד מהם נזק בשיעור 100,000 ש"ח.¹²⁵ החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק שמקורו בייצור של מוצרים פגומים, כגון שתלים פגומים או התקנים רפואיים אחרים; שיווק ומכירה של מוצרים מסוכנים, כגון מוצרי טבק, תרופות ותכשירים אחרים, ללא גילוי נאות של – ואף תוך תרמית בדבר – הסיכונים הכרוכים בהם;¹²⁶ או חשיפת עובדים לסיכונים לבריאות בסביבת העבודה, כגון שימוש בסיבי אסבסט לצורכי בידוד – אלה אך דוגמות בודדות לנזקים הרי-אסון שנגרמו בעשורים האחרונים לפרטים רבים עקב התנהגותם העוולתית של יצרנים ומעבידים בארצות-הברית.

להשלמת הדוגמה אוסיף ואניח כי עלות הגשתה של תביעה אישית לפיצויים עומדת – כמו בדוגמה הקודמת – על 200 ש"ח. אולם ניהול ההתדיינות כורך בחובו נשיאה בעלויות נוסף על עלות ההגשה של התביעה.¹²⁷ נניח על-כן שעל התובע להשקיע בשכירת שירותיו של עורך-דין ובשכירת שירותיו של עד מומחה. לשם הפשטות גרידא, נניח כי התובע יכול לבחור בין שלוש רמות השקעה, ולהשקיע (א) השקעה נמוכה של 0 ש"ח, שאז סיכויי הזכייה עומדים על 10% בלבד ותוחלת הזכייה על 10,000 ש"ח;¹²⁸ (ב) השקעה בינונית של 20,000 ש"ח, שאז סיכויי הזכייה מגיעים לכדי 50% ותוחלת הזכייה

125 לשם פשטות הדיון גרידא, הניתוח שלהלן נסב על ההנחה כי שיעורו של הנזק אינו משתנה בין ניזוקים באוכלוסייה (במילים אחרות, גורמים אינדיווידואליים אינם משפיעים על גודל הנזק שנגרם עקב התממשות הסיכון). עם זאת, המסקנות המוצגות בטקסט אינן מחייבות שימורה של הנחה כאמור; שכן, גם מקום שקיימת מידה מסוימת של שונות בשיעור הנזק בין הניזוקים באוכלוסייה, מסקנות אלה מוסיפות לעמוד בתוקפן.

126 באחד המקרים מן העת האחרונה הפסיקה חברת התרופות Bayer Pharmaceutical Inc את שיווקה של תרופה להורדת רמת הכולסטרול בדם (Baycol) לאחר שהשימוש בתרופה נמצא קשור להרס רקמות שריר. ראו: "Denise Lavoie 'Patients Nervous After Drug Recall'" *The Associated Press* (29.8.2001).

127 לצורך הדיון הנוכחי ניתן להניח כי עלות ההגשה של התביעה בסך 200 ש"ח משקפת אך ורק את אגרת בית-המשפט שהתובע נדרש לשלם. כמובן, הצלחה בתביעה מחייבת נשיאה בעלויות נוספות, לרבות תשלום שכר-טרה של עורך-דין, תשלום שכרו של עד מומחה וכיוצא באלה עניינים לפי נסיבות המקרה.

128 לצורך פשטות הדיון, תוחלת הזכייה מתקבלת מהכפלת נזקו של התובע – שהנחנו כי הוא בשיעור 100,000 ש"ח – בהסתברות הוכחתה של עילת התביעה. השקעה של 0 ש"ח מביאה לידי כך שתוחלת התביעה היא: 10,000 ש"ח – 100,000 ש"ח 10%.

ל-50,000 ש"ח; או (ג) השקעה גבוהה של 40,000 ש"ח, שאז סיכויי הזכייה עומדים על 80% ותוחלת הזכייה על 80,000 ש"ח.¹²⁹

על יסוד הנחות אלה ניגש עתה לבחון את שתי ההחלטות שעל הניזוק לקבל, דהיינו: אם להגיש תביעה אישית לפיצויים על הנזק שנגרם, ומשהחליט להגישה - כמה משאבים להשקיע בשכירת שירותיו של עורך־דין ושירותיו של עד מומחה.¹³⁰

(א) הפער בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהגשת תביעה

נקל לראות שניזוק רציונלי, החפץ לתעל את משאביו האישיים להגדלת סך רווחתו האישית, יחליט לשאת בעלות של הגשת תביעה בסך 200 ש"ח מקום שהתועלת (המוזערית) הצפויה להתקבל בדמות פיצויים על נזק - גם בהעדר השקעה כלל - בסך 10,000 ש"ח עולה על עלותה של הגשת התביעה; נשיאה בעלות של הגשת התביעה נהפכת אפוא להשקעה יעילה, ובעיית האדישות הרציונלית (rational apathy) שאפיינה את התנהגותם של ניזוקים שסבלו נזק פעוט אינה באה לידי ביטוי במקרה זה. ניתן לפיכך לסכם ולומר כי במצב זה קיים תמריץ פרטי הולם להפעיל את המערכת להטלת אחריות באמצעות הגשת תביעה אישית.¹³¹

אלא שהגשת תביעות לפיצויים על-ידי כל הניזוקים באוכלוסייה היא בבחינת תנאי הכרחי אך כלל לא מספיק לאכיפת חוק מיטבית, לרבות הרתעה מיטבית ופיצוי מיטבי.¹³²

129 נוסף על השקעה בשכירת שירותיו המשפטיים של עורך־דין, השקעת משאבים רבים עשויה להיות נחוצה להוכחת אטיולוגיה בתביעה לפיצויים על נזק שנגרם ממוצר פגום, להערכת הנזק הכלכלי בתביעה לפיצויים על נזק שנגרם עקב תרמית ומניפולציה בניירות־ערך, או לפיתוח תשתית ראייתית מספקת שתאפשר לבית־המשפט לבסס קביעות עובדתיות מורכבות.

130 כפי שציינתי לעיל, הפעלת מערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק כורכת בחובה שלוש החלטות, לרבות (א) החלטה בדבר הגשת תביעה; (ב) החלטה בדבר ניהול משפט או ניהול משא־ומתן לפשרה; (ג) והחלטה בדבר רמת ההשקעה של משאבים בניהול ההתדיינות ובהוכחתה של עילת התביעה. לדיון בהבחנות אלה ראו לעיל הערה 94.

131 קיומו של פער מובנה ביו התמריץ הפרטי לזה החברתי לאכיפת החוק - שיסודו בעובדה שהניזוק אינו מביא בחשבון שיקוליו הפרטיים את התועלת החברתית המתקבלת מאכיפת החוק על מעוולים ומהרתעת התנהגות יוצרת־סיכונים - אינו סותר את העובדה שקיים במקרה זה תמריץ פרטי חזק דיו להפעלת המערכת להטלת אחריות. שהרי כל שנדרש לקיומו של תמריץ הולם הוא שהתועלת הפרטית הצפויה להתקבל מהגשת התביעה עולה על העלות הפרטית של הגשתה. לעניין זה, העובדה שהתועלת החברתית גבוהה אף יותר מן התועלת הפרטית אינה מעלה ואינה מורידה לעניין ההחלטה להגיש תביעה מקום שהניזוק מוצא את הגשת התביעה כהשקעה יעילה.

132 חרף קיומו של תמריץ פרטי הולם להגשת תביעה לפיצויים, ניתן לשער כי בנסיבות מסוימות יהיו חלק מהניזוקים באוכלוסייה את הגשת התביעה לפיצויים בעוד שאחרים

הרתעה מיטבית מחייבת שהמעוול יישא באיום להטלת אחריות למלוא היקף הנזק שנגרם עקב התנהגותו העוולתית;¹³³ פיצוי מיטבי מחייב שהמעוול יישא באחריות למלוא היקף הנזק שנגרם לכל ניזוק באוכלוסייה.¹³⁴ לפיכך, עצם הגשתן של תביעות אישיות לפיצויים על-ידי ניזוק – ללא השקעה הולמת בהוכחתה של עילת התביעה, בכימות הנזק ובהטלת האחריות על המעוול – אין בו כלל להבטיח שהמעוול יישא באחריות למלוא היקף הנזק שנגרם, תנאי-בלעדיו-אין להשגת הרתעה ופיצוי מיטביים. גודלו של התמריץ הפרטי

יקדימו להגישה (וזאת חרף ההנחה כי (א) כל הסיכון לנזק ביחס לכל הניזוקים באוכלוסייה מתממש בסמיכות זמנית, וכי (ב) עצם קיומו של נזק כאמור מצוי בידיעתו של כל ניזוק באופן בו-זמני). ניזוקים שונאי-סיכון, למשל, עשויים להשהות את הגשת התביעה עד אשר יתבררו תביעותיהם של ניזוקים אחרים וייתנו פסקי-דין במקרים דומים, כך שמידת הסיכון הכרוכה בהגשת התביעה ובניהול ההתדיינות תלך ותפחת. זאת ועוד: ניזוקים עשויים להשהות את הגשת התביעה במטרה להקטין את העלות הכרוכה בהגשתה תוך רכיבה חופשית (free riding) על החצנות חיוביות שסודן בתביעות שהגישו ניזוקים אחרים. לעומת זה, מקום שמקדם הפיחות (discount factor או discount rate) של ניזוקים גבוה – דהיינו, כאשר התועלת המתקבלת מתגמול פוחתת מקום שהתגמול מתקבל בחלוף תקופת זמן – ניזוקים עשויים להקדים את הגשת התביעות, שכן בהינתן מקדם פיחות גבוה, השעייה עשויה לכרוך בחובה עלות מסוימת.

133 למעשה, השגת הרתעה מיטבית מחייבת שהאחריות המשפטית המוטלת על המעוול תשקף (א) את מלוא הנזק שנגרם לאוכלוסיית הניזוקים עקב ההתנהגות העוולתית, וכן (ב) את העלות החברתית (הכוללת עלויות מנהליות הכרוכות בהפעלתה של מערכת בתי-המשפט ועלויות ההתדיינות של הניזוקים) הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות. קיומם של תנאים אלה מבטיח נקיטה מיטבית של אמצעי זהירות מוקדמים על-ידי מעוולים-בכוח לצמצום תוחלת הנזק הכרוכה בהתנהגות יוצרת-סיכונים. עם זאת, ניתן להניח באופן מתקבל על הדעת שגודלו של התמריץ הפרטי להשקיע בהתדיינות ובהטלת האחריות לנזק על המעוול אינו רלוונטי לצורך הטלת אחריות לעלות החברתית הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות, דבר שבית-המשפט יכול לעשות ביוזמתו.

134 חרף העובדה שהרתעה ופיצוי מיטביים מחייבים שהמעוול יישא באחריות למלוא היקף הנזק שנגרם לאוכלוסיית הניזוקים עקב התנהגותו העוולתית, אין עדיין לגזור מכך את המסקנה כי הדרך היעילה ביותר מבחינה חברתית להשגת מטרה זו – אף בהנחה שקיים תמריץ פרטי הולם להפעלת המערכת להטלת אחריות – היא הגשת תביעות אישיות לפיצויים על-ידי כל ניזוק וניזוק. הגשת תביעות אישיות זהות על-ידי כל אחד מן הניזוקים באוכלוסייה היא דרך בלתי-יעילה מבחינה חברתית להשגת אכיפה מיטבית. לנוכח הזהות של עילות התביעה של חברי קבוצת הניזוקים, בירור חוזר ונשנה של עילות אלה כורך בחובו עלויות חברתיות כפולות, שניתן למונען. הפעלת המערכת להטלת אחריות באופן קיבוצי או ייצוגי עשויה אפוא למנוע עלויות כאמור. כפי שנראה, עובדה זו מהווה טעם עצמאי – גם אם משני בחשיבותו לטעמים הקשורים לפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות – לרציות החברתית של מוסד התביעה הייצוגית.

להשקיע בהתדיינות - בשכירת שירותיו של עורך־דין ובשכירת שירותיו של עד מומחה - נוטל אפוא תפקיד מרכזי באכיפת חוק מיטבית.

(ב) הפער בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהשקעת משאבים בתביעה

על יסוד ההנחות האמורות ניתן להסיק כי ניזוק רציונלי יבחר להשקיע השקעה בינונית של 20,000 ש"ח בשכירת שירותיו של עורך־דין ושירותיו של עד מומחה, שתעמיד את סיכויי הזכייה על 50% ותשיא בהתאם תוחלת תועלת בסך 50,000 ש"ח. השקעה בינונית היא אפוא אופן הפעולה היעיל מבחינתו של הניזוק, מאחר שיש בה כדי להגדיל באופן מרבי את סך רווחתו האישית; השקעה נמוכה (0 ש"ח) או השקעה גבוהה (40,000 ש"ח), לעומת זה, אינן מביאות לידי השאת הרווחה האישית. ביתר פירוט, ניזוק רציונלי ישקיע כל עוד התועלת השולית¹³⁵ המתקבלת מהשקעת יחידה נוספת בהתדיינות עולה על העלות השולית של יחידת ההשקעה,¹³⁶ ובמילים אחרות - כל עוד התועלת השולית הנקייה היא סכום חיובי.

בענייננו, התועלת השולית הנקייה מהשקעה נמוכה (0 ש"ח) היא 10,000 ש"ח; התועלת השולית הנקייה מהשקעה בינונית (20,000 ש"ח) היא 20,000 ש"ח, שכן השקעה בינונית מביאה לידי הגדלת התועלת ב־40,000 ש"ח (השקעה בינונית מביאה לידי העלאת תוחלת התועלת מ־10,000 ש"ח ל־50,000 ש"ח) בעוד שעלות ההשקעה השולית היא 20,000 ש"ח. לבסוף, התועלת השולית הנקייה מהשקעה גבוהה (40,000 ש"ח) היא 10,000 ש"ח, שכן השקעה גבוהה מביאה להגדלת התועלת ב־30,000 ש"ח (השקעה גבוהה מביאה להעלאת תוחלת התועלת מ־50,000 ש"ח, המתקבלת מהשקעה בינונית, ל־80,000 ש"ח, המתקבלת מהשקעה גבוהה), בעוד שעלות ההשקעה השולית עומדת על 40,000 ש"ח. עולה מן האמור כי התועלת השולית הנקייה הגבוהה ביותר מתקבלת מקום שהניזוק משקיע השקעה בינונית בסך 20,000 ש"ח; השקעה זו מביאה לידי השאת תוחלת התועלת של הניזוק.

חרף העובדה שהשקעה גבוהה (בסך 40,000 ש"ח) מובילה להטלת אחריות גבוהה יותר (80,000 ש"ח) על המעוול, המשקפת באופן מדויק יותר את גודלו האמיתי של הנזק שגרם לניזוקים (100,000 ש"ח) - ובהתאם, מצמיחה תועלת חברתית ניכרת מהרתעה מפני החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק - הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות, ובכלל זה התמריץ להשקיע משאבים בהתדיינות, מוביל לידי כך שניזוק רציונלי יימנע מהשקעה גבוהה כאמור ויעדיף עליה

¹³⁵ התועלת השולית היא תוספת התועלת המתקבלת מהשקעה של כל יחידת השקעה נוספת. לפיכך, הניזוק שוקל את התועלת הנצמחת מהשקעה נמוכה כנגד תוספת התועלת המתקבלת מהשקעה בינונית כנגד תוספת התועלת המתקבלת מהשקעה גבוהה.

¹³⁶ העלות השולית של השקעה היא ההשקעה הנוספת הנדרשת כדי לעבור מהשקעה נמוכה, להשקעה בינונית ולהשקעה גבוהה.

השקעה בינונית.¹³⁷ לשון אחרת, העובדה שהתועלת החברתית שעשויה להתקבל מהטלת אחריות לגודלו האמיתי של הנזק שנגרם לכל ניזוק על המעוול אינה מובאת בחשבון על-ידי הניזוק לצורך החלטה על רמת ההשקעה מביאה אפוא לידי אכיפה תת-מיטבית מבחינה חברתית.

עם זאת, אילו חברו הניזוקים יחדיו והגישו תביעה משותפת לפיצויים בסכום מצרפי של 100,000,000 ש"ח (סכום המתקבל מהכפלת 1,000 ניזוקים שלכל אחד מהם נזק ששוויו 100,000 ש"ח), הייתה השקעה גבוהה בסך 60,000 ש"ח נעשית יעילה מבחינתו הפרטית של כל ניזוק.¹³⁸ זאת מאחר שעלות ההשקעה בתביעה הייתה נישאת עתה על-ידי קבוצת התובעים כולה, כך שחלקו של כל ניזוק היה מצטמצם לכדי 60 ש"ח בלבד.¹³⁹ שיתוף-פעולה כאמור עשוי אפוא להגדיל את רווחתו האישית של כל ניזוק, מאחר שבהינתן השקעה גבוהה, תוחלת הזכייה מגיעה לכדי 80,000 ש"ח (במקום 50,000 ש"ח בהינתן השקעה בינונית).¹⁴⁰ זאת ועוד: השקעה גבוהה עדיפה על השקעה בינונית אף מבחינה חברתית, שהרי הטלת אחריות על המעוול לחלק גדול יותר של הנזק שנגרם מגבירה את התמריץ הכלכלי לנקיטה מוקדמת באמצעי זהירות ולצמצום תוחלת הנזק של התנהגות יוצרת-סיכונים. במילים אחרות, תוספת האחריות השולית (בסך 30,000 ש"ח) מניעה את המעוול להפנים חלק גדול יותר של העלות החברתית הכרוכה בהחצנת סיכונים, ומחזקת אפוא את גורם ההרתעה שבאכיפת החוק.

137 החלטה בדבר רמת ההשקעה עשויה להתקבל על-ידי עורך-הדין שנשכר או בעזרתו. ניתן אפוא להניח כי ההחלטה שתתקבל בעזרת עורך-הדין – שלו ניסיון בשקילת הגורמים הרלוונטיים ובקבלת החלטות כאמור – תהא החלטה רציונלית בקירוב רב גם מקום שקבלת החלטות על-ידי הניזוק אינה עולה בהכרח בקנה אחד עם הנחת הרציונליות. עם זאת, גם מקום שעורך-הדין עשוי לסייע בקבלת החלטה רציונלית, היבטים שונים של בעיית הנציג שבין עורך-דין ללקוח – במיוחד כאשר שכר-טרתו של עורך-הדין נקבע על-פי תוצאות המשפט – עשויים להוביל לקבלת החלטה בדבר רמת ההשקעה שמקדמת את האינטרס של עורך-הדין, אך אינה עולה בקנה אחד עם טובתו של הניזוק.

138 השקעה גבוהה משמעה שהניזוקים ישקיעו השקעה בינונית בסך 20,000 ש"ח ויוסיפו וישקיעו השקעה גבוהה בסך 40,000 ש"ח, כך שסך כל השקעתם בתביעה הוא 60,000 ש"ח.

139 כמובן, כל ניזוק היה נושא גם בחלק יחסי של עלות הגשת התביעה (200 ש"ח) בסך 0.2 ש"ח. הנחת הדיון היא כי עלות ההתדיינות אינה משתנה כתלות במספר התובעים. הנחה זו מתבססת, למשל, על העובדה שאגרת-המשפט נקבעת לפי תביעתו של התובע הנומינלי, ולא לפי הסכום המצרפי של התביעה, וכי שכר-טרתו של עורך-דין קבוע אף הוא. מכל מקום, שינוי בהנחות אלה אינו מביא לידי שינוי במסקנות האמורות בטקסט.

140 בהנחה שכל צד להתדיינות נושא בעלותו שלו גם מקום שהוא זוכה בדין, כל ניזוק היה נותר אפוא עם סכום פיצוי בסך 79,939.8 ש"ח, סכום המתקבל מניכוי החלק היחסי של כל ניזוק בעלות של הגשת התביעה (0.2 ש"ח) ובעלות ההשקעה בתביעה (60 ש"ח) מתוחלת הזכייה (80,000 ש"ח).

פיזור עלות ההשקעה בתביעה בין הניזוקים השונים אינו אלא ביטוי מובהק לניצול יתרונות של גודל (economies of scale) בהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק.¹⁴¹ עולה אפוא כי חבירה של כל הניזוקים יחדיו לצורך הגשת תביעה משותפת – והקטנה של עלות ההשקעה שכל ניזוק נושא בה – מאפשרת אף השקעה נוספת של משאבים (למשל השקעה אולטרא-גבוהה בסך 200,000 ש"ח) על-מנת להוסיף ולהגדיל את סיכויי הזכייה (מעבר ל-80%), ובהתאם, את תוחלת הזכייה של כל ניזוק (מעבר ל-80,000 ש"ח).¹⁴² נקל אפוא לראות שהשקעה נוספת להגדלת סיכויי הזכייה ותוחלת הזכייה האישית – כך שהמעוול יישא באחריות לגודלו האמיתי של הנזק המצרפי שנגרם – תהא יעילה מבחינה פרטית ורצויה מבחינה חברתית.

אלא שחרף העובדה ששיתוף-פעולה בין הניזוקים לצורך הגשת תביעה משותפת ופיזור עלויות ההשקעה הינם יעילים מבחינה פרטית וחברתית כאחת, ההסתברות שחבירה כאמור תתרחש במציאות ותאפשר ניצול יתרונות של גודל – במיוחד כאשר מדובר באוכלוסייה גדולה של ניזוקים שאינם סמוכים בהכרח על-פני זמן או מקום – הינה נמוכה ביותר.¹⁴³ לנוכח שווייה הגבוהה של עילת התביעה, נשיאה בעלויות העסקה הכרוכות

141 יתרונות של גודל מוגדרים בספרות הכלכלית כהקטנת העלות הממוצעת של ייצור מוצר בודד, יהא המוצר אשר יהא, עקב גידול בהיקף הייצור של החברה. להגדרת יתרונות של גודל ראו: David W. Pearce (ed.) *The MIT Dictionary of Modern Economics* (Cambridge, 1992) 122 and Scope: *The Dynamics of Industrial Capitalism* (Cambridge, David W. Pearce ed. 1990) 21–28.

142 למעשה, במצב דברים זה, כל ניזוק רציונלי יהיה נכון להוסיף ולהשקיע בהתדיינות כל סכום, ובלבד שחלקו היחסי בהשקעה הנוספת אינו עולה על 20,000 ש"ח. אפרט: השקעה גבוהה בסך 60,000 ש"ח מעמידה את סיכויי הזכייה על 80% ואת תוחלת הזכייה האישית על 80,000 ש"ח. כל השקעה שולית נוספת עשויה אפוא להגדיל את סיכויי הזכייה ב-20% לכל היותר (כך שסיכויי הזכייה יהיו 100%) ואת תוחלת הזכייה השולית ב-20,000 ש"ח. מאחר שניזוק רציונלי ישקיע כל עוד התועלת השולית המתקבלת עולה על עלות ההשקעה השולית, – דהיינו, כל עוד התועלת השולית הנקייה היא סכום חיובי – תהא השקעה שולית נוספת יעילה מבחינתו של כל ניזוק כל אימת שחלקו בעלות השקעה שולית נוספת לא יעלה על 20,000 ש"ח.

143 למעשה, לא נדרשת חבירה של כל הניזוקים באוכלוסייה על-מנת לאפשר השקעה שולית גבוהה (בסך 40,000 ש"ח). למען הדיוק, עלות ההשקעה השולית (40,000 ש"ח) צריכה להתפזר בין מספר ניזוקים שיש בו כדי להביא לידי כך שהחלק היחסי של כל ניזוק בעלות השולית יהיה נמוך מהתועלת השולית האישית (30,000 ש"ח). נקל לראות כי חבירה בין שני ניזוקים תאפשר השקעה שולית גבוהה (מאחר שחלקו היחסי של כל ניזוק בעלות ההשקעה השולית יהיה 20,000 ש"ח ויותר אתו עם תועלת שולית נקייה בסך 10,000 ש"ח). עם זאת, שיתוף-פעולה עם ניזוקים נוספים יביא לידי הקטנת חלקו של כל ניזוק בעלות ההשקעה ולהגדלת רווחתו האישית (מעבר ל-20,000 ש"ח).

בזיהוים ובאיתורם של הניזוקים באוכלוסייה¹⁴⁴ ויצירת שיתוף-פעולה ביניהם עשויות להיות יעילות, ולא יעמדו למכשול בפני שיתוף-פעולה.¹⁴⁵ לעומת זה, בעיית הפעולה המשותפת, המהווה מכשול מובנה בנסיון של קבוצות להתאגד סביב מטרה משותפת, עשויה להכריע את הכף ולהביא לידי כך שההסתברות של שיתוף-פעולה תהיה נמוכה ביותר.¹⁴⁶

הדיון שהוצג עד כה תומך במסקנה הכללית שקיומו של פער מובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להשקיע משאבים בהתדיינות – בין מקום שההשקעה מביאה לידי הגדלת סיכויי הזכייה ובין מקום שהיא מביאה לידי כימות מדויק של הנזק שנגרם – ולהטלת אחריות על המעוול לגודלו האמיתי של הנזק שנגרם מוביל לידי אכיפה תת-מיטבית מבחינה חברתית.

אלא שבוזה לא התמצתה בעיית התת-אכיפה. נוסף על העובדה שבהינתן השקעה נמוכה יתר על המידה מבחינה חברתית אין המעוול עשוי לשאת באחריות לגודלו האמיתי של הנזק שנגרם – בעיה שיסודה בפער מובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להשקיע בהתדיינות, המוביל להשקעה נמוכה יתר על המידה על-ידי הניזוק – אסימטריה בתמריצי ההשקעה הפרטיים של הצדדים להתדיינות מחריפה את בעיית התת-אכיפה.¹⁴⁷

144 נוסף על העדר סמיכות בין ניזוקים על-פני זמן או מקום, קיומם של נזקים סמויים (latent harms) עשוי להגדיל את עלויות העסקה הקשורות לאיתור ניזוקים ושיתוף-פעולה. עם זאת, נשיאה בעלויות אלה עשויה להיות יעילה מבחינה פרטית לנוכח שוויון הגבוה של עליות התביעה.

145 לעומת זה, שיתוף-פעולה בין ניזוקים צפוי להיכשל מחמת עלויות עסקה גבוהות מקום שהנזק שנגרם הינו נזק פעוט שאינו ברת-ביעה מחמת שוויו הכלכלי הנמוך. נשיאה בעלויות עסקה, נמוכות ככל שיהיו, עשויה אפוא להיות בלתי-יעילה מבחינה פרטית. לדיון במצב דברים זה ראו לעיל הטקסט המופיע בתת-פרק ה' סמוך להערות 115-116.

146 העובדה שכל ניזוק יכול ליהנות מפרות האכיפה ללא תלות בשאלת השתתפותו המוקדמת במימון הפעולה המשותפת יוצרת תמריץ שלילי להשתתף בנשיאה בעלויות העסקה הכרוכות בשיתוף-הפעולה, בעלויות הכרוכות בהגשת התביעה לפיצויים ובעלויות ההשקעה. כל ניזוק רציונלי החפץ להגדיל את סך רווחתו האישית יעדיף אפוא להימנע מנשיאה בעלויות אלה מאחר שמימוש התועלת האישית מאכיפת החוק אינה תלויה כלל בשאלה אם השתתף בנשיאה בעלויות אם לאו. קיומו של תמריץ שלילי לשאת בעלויות של שיתוף-הפעולה ובעלויות של הגשת התביעה וההשקעה בה צפוי להוביל, במצב של שיווי-משקל, לידי כך (א) שניזוקים רציונליים באוכלוסייה לא יהיו נכונים להשקיע את חלקם בעלות הכוללת – קטן ככל שיהיה – וכתוצאה מכך (ב) לסיכול מאמצי שיתוף-הפעולה בין חברי הקבוצה חרף התועלת שעשויה להתקבל לכל אחד מהם מהשגת המטרה המשותפת. לדיון מקיף יותר בבעיית הפעולה המשותפת ראו תת-פרק ה', סמוך להערות 117-122.

147 ראו: David Rosenberg "Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't" 37 *Harv. J. on Legis.* (2000) 393.

מקורה של האסימטרייה בתמריצי ההשקעה - ובמידת ההשקעה הנגזרת - של המעוול מזה והניזוק מזה נעוץ בהבדל המובנה בין התועלות הפרטיות של המעוול והניזוק המתקבלות מהשקעה בהתדיינות. הבדל זה פועל לטובת המעוול, שכן בהינתן ההבדל בין התועלות, התמריץ הפרטי של המעוול להשקיע בהתדיינות צפוי להיות גבוה במידה משמעותית מן התמריץ הפרטי של הניזוק. יסודו של הבדל זה בפועלם המשותף של שני גורמים: (א) דבר כשלונה של פעולה משותפת בין הניזוקים להגשת תביעה משותפת ולפיזור עלות ההשקעה בהתדיינות; וכן (ב) העובדה כי המעוול ההמוני, הנמצא חשוף לזרם תביעות אישיות זהות על-ידי כל הניזוקים באוכלוסייה הרלוונטית שנפגעו מהחצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק שהתממשו, יכול לנצל יתרונות של גודל בהשקעה בהגנה המשפטית.¹⁴⁸

תוצאותיה של אסימטרייה במידת ההשקעה באות לידי ביטוי ביצירת הטיה ברורה ועקרונית של תוצאות ההתדיינות לטובת המעוול.¹⁴⁹ ניתן אפוא לשער שקביעות עובדתיות ומסקנות משפטיות בגדרה של ההתדיינות - והיקף האחריות לנזק - ישקפו הטיה מסוימת לטובת המעוול. שני טעמים עצמאיים תומכים במסקנה שהטיה זו אינה רצויה מבחינה חברתית.

ראשית, הטיה זו מסכלת השגה מיטבית של הרתעה פרטנית (specific deterrence) והשגה מיטבית של הרתעה כללית (general deterrence). הרתעה פרטנית אינה מושגת באופן מיטבי מאחר שבעטייה של הטיה כאמור המעוול הספציפי מצליח להימנע מנשיאה באחריות לגודלו האמיתי של הנזק שנגרם עקב התנהגותו.¹⁵⁰ מאחר שהמעוול המסוים צופה מראש (ex ante) את האפשרות להימנע מנשיאה באחריות למלוא הנזק שייגרם, התמריץ הכלכלי לנקיטה באמצעי זהירות מוקדמים לצמצום תוחלת הנזק הכרוך בהתנהגות יוצרת-סיכונים נחלש באופן משמעותי. הרתעה כללית אף היא אינה מושגת

148 בניגוד לניזוקים, מעוולים המוניים צפויים להיתבע בורם תביעות זהות על-ידי הניזוקים באוכלוסייה הרלוונטית שנחשפה להחצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק. לפיכך, ההחלטה בדבר מידת ההשקעה בהגנה המשפטית - לרבות שכירת שירותיו המשפטיים של עורך-דין ותשלום שכרו של עד מומחה - מתקבלת על יסוד האחריות המצרפית לנזקם של כלל הניזוקים, ולא על יסוד אחריות לנזק של ניזוק בודד. מאחר שכל התביעות שיוגשו צפויות לעורר שאלות משפטיות משותפות ולהציב סוגיות עובדתיות זהות (להוציא כמובן יסודות אינדיווידואליים שעשויים להשפיע, למשל, על מידת הנזק), התועלת המתקבלת מהשקעה בהתדיינות אינה מוגבלת להגנה מפני תביעה בודדת.

149 לדיון מקיף בתועלת החברתית הכרוכה ברמת דיוק בקביעת ממצאים עובדתיים ובקביעת מסקנות משפטיות, ובהשפעה של קביעות מדויקות על התמריץ המוקדם של מעוולים לנקוט אמצעי זהירות לצמצום תוחלת הנזק של התנהגות יוצרת-סיכונים, ראו: Louis Kaplow "The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis" 23 J. Leg. Stud. (1994) 307.

150 לדיון בהבחנה בין הרתעה פרטנית (general deterrence) והרתעה כללית (specific deterrence) ראו הטקסט הסמוך להערה 2 לעיל והספרות הנזכרת בהערה.

באופן מיטבי, מאחר שהטיה כאמור מביאה לידי הקטנת החשיפה של מעוולים לאחריות לנזק, בין מאחר שהטיה כאמור מקטינה את סיכויי הזכייה של ניוזקים בתביעה לפיצויים על נזק בעתיד ובין מאחר שהטיה כאמור מביאה לידי הערכה נמוכה מן הנדרש של נזקים, וכתוצאה מכך לפיצוי־חסר בעתיד. בין כך ובין כך, הטיה מסוג זה מחלישה את התמריץ הכלכלי של מעוולים־בכוח לנקוט אמצעי זהירות מוקדמים במצב דומה בעתיד. שנית, הטיה בקביעת ממצאים עובדתיים ומסקנות משפטיות בגדרה של ההתדיינות מובילה לכך שהאחריות המוטלת על המעוול הספציפי אינה משקפת את גודלו האמיתי של הנזק ואינה מספקת אפוא פיצוי מיטבי לניזוקים.

סיכומו של דבר, הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות, ובכלל זה להשקעת משאבים בהתדיינות, מוביל למסקנה כי ההשקעה הפרטית בגדרה של התדיינות אישית תהא נמוכה יתר על המידה מן ההשקעה המיטבית מבחינה חברתית ותביא לפיכך לידי אכיפת חוק תת־מיטבית. זאת ועוד: בעיית הפעולה המשותפת, המהווה מכשול מובנה בנסיון של קבוצות להתאגד סביב מטרה משותפת, עומדת לרוצץ ומסכלת שיתוף־פעולה בין ניוזקים להגשת תביעה משותפת – ולפיזור עלויות ההשקעה תוך ניצול יתרונות של גודל – חרף היעילות הפרטית והחברתית שבפעולה כאמור. לבסוף, הבעיה הטמונה בפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי ובאכיפת חוק תת־מיטבית הנובעת ממנה הולכת ומחריפה לנוכח האסימטרייה בתמריצי ההשקעה של המעוול והניזוק והאסימטרייה במידת ההשקעה הנגזרת הימנה.

3. קבוצת ניוזקים הטרוגנית – תמהיל של נזקים בני־תביעה אישית ונזקים שאינם בני־תביעה אישית

במצבים מסוימים קיימת שונות על־פני אוכלוסיית הניזוקים ביחס לגודלו של הנזק האישי שנגרם עקב החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק שהתממשו.¹⁵¹ בעוד נזקם של חלק מהניזוקים באוכלוסייה עשוי להיות פעוט ולא־בר־תביעה מחמת שוויו הכלכלי הנמוך, נזקם של אחרים עשוי להיות גדול ובר־תביעה.¹⁵² קיומה של אוכלוסיית ניוזקים הטרוגנית

151 דפוסי התפלגות של הנזקים באוכלוסיית הניזוקים עשויים להשתנות ממקרה אחד למשנהו, הן באשר לגודלו של החלק היחסי באוכלוסייה של ניוזקים שנוזקם פעוט לעומת ניוזקים שנוזקם ממשי והן באשר לשונות אפשרית ביחס לגודל הנזק בתוך קבוצת הניזוקים שנוזקם ממשי.

152 כמובן, קיומם של נזקים פעוטים לצד נזקים ממשיים אינו תנאי חיוני להגדרתה של אוכלוסיית ניוזקים כאוכלוסייה הטרוגנית. שכן, אוכלוסיית ניוזקים עשויה להיות הטרוגנית גם מקום שבו כל הניזוקים באוכלוסייה סובלים נזק ממשי שגודלו משתנה על־פני האוכלוסייה. הוא הדין במצב שבו כל הניזוקים באוכלוסייה סובלים נזק פעוט ולא־בר־תביעה, אלא שגודלו משתנה על־פני האוכלוסייה. עם זאת, מצבים אלה אינם

הוא מסימני ההיכר הכרוכים בתוצאותיה של תרמית ומניפולציה בניירות-ערך; זאת מאחר שגודל הנזק שנגרם למשקיעים בעטייה של התנהגות עוולתית נגזר משיעור החזקותיהם בניירות-הערך של החברה.¹⁵³ הוא הדין בצרכני שירות שנחשפו למדיניות גבייה בלתי-חוקית מטעם נותן השירות מקום שהצרכנים נבדלים אלה מאלה בהיקף הצריכה האישית ובהתאם, בגובה הנזק שיסודו בגבייה האסורה.¹⁵⁴

המסקנות שפותחו במסגרת הניתוח המוקדם של אוכלוסיות ניזוקים הומוגניות הינן רלוונטיות לזיהוי התמריצים להפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק באוכלוסיית ניזוקים הטרוגנית. שילובן יחד מלמד כי אוכלוסיות ניזוקים הטרוגניות חשופות באופן דומה לבעיות מובנות המובילות לאכיפת חוק תת-מיטבית.

ראשית, אדישות רציונלית מאפיינת את התנהגותם של ניזוקים שנפגעו כתוצאה מהחצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק שהתממש לנזק פעוט שאינו ברת-ביעה מחמת שוויו הכלכלי הנמוך. אדישות זו מביאה לידי כך שלא יהיה לניזוקים באוכלוסייה תמריץ חוק דיו לשאת בעלות הכרוכה בהגשת תביעה לפיצויים, בין באופן עצמאי ובין באופן קבוצתי.¹⁵⁵

מעוררים כל קושי חדש מבחינה אנליטית, מעבר לקשיים שווהו לעיל במסגרת הדיון בתת-פרקים 10 ו-11 באוכלוסיית ניזוקים הומוגנית שבה יש נזקים פעוטים או נזקים ממשיים בהתאמה. בהתאם, "הטרוגניות" מתקיימת לצורך הדיון הנוכחי כל אימת שאוכלוסיית הניזוקים הרלוונטית כוללת נזקים פעוטים שאינם בני-תביעה מחמת שוויו הכלכלי הנמוך וגם נזקים ממשיים ובני-תביעה (גודלם של החלקים היחסיים עשוי כמוכן להשתנות).

153 שונות בגודל הנזק שנגרם עשויה להיות נצפית לא רק בין משקיעים קטנים ומשקיעים מוסדיים ששיעור החזקותיהם נבדל באופן משמעותי, אלא גם בין משקיעים קטנים ששיעור החזקותיהם אינו זהה.

154 אוכלוסיית ניזוקים הטרוגנית עשויה לאפיין את תוצאותיה של החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק כל אימת שגורמים אישיים המשתנים בין ניזוקים-בכוח באוכלוסייה עשויים ליטול חלק באופן ההתממשות של הסיכון לנזק. כך, למשל, חשיפה זהה לסיכון הטמון בחומר רעיל עלולה לתת את אותותיה באופן שונה ביחס לניזוקים שונים כתלות במצבו הבריאותי של כל ניזוק. ידוע, למשל, כי חשיפה לסיבי אסבסט משפיעה באופן דיפרנציאלי על ניזוקים שיש להם היסטוריה של שימוש במוצרי טבק לעומת ניזוקים אחרים.

155 נוסף על עלויות עסקה גבוהות הכרוכות באיתור ניזוקים וביצירת שיתוף-פעולה, והעומדות אפוא למכשול בפני שיתוף-פעולה כאמור בין הניזוקים, בעיית הפעולה המשותפת מסכלת אף היא התאגדות של ניזוקים להגשת תביעה משותפת. בעיה זו מלמדת כי חרף העובדה ששיתוף-פעולה עשוי להיות יעיל מבחינתם של הניזוקים, ההסתברות של שיתוף-פעולה כאמור לאכיפת החוק על המעוול - במיוחד כאשר המדובר בקבוצות ניזוקים גדולות ובהעדר סמיכות בין הניזוקים על-פני זמן או מקום - הינה נמוכה ביותר, אם לא שואפת לאפס.

שנית, מקום שבו נזקם של ניוזקים הוא נזק ממשי ניתן לצפות כי יהיה תמריץ פרטי הולם להפעלת המערכת להטלת אחריות באמצעות הגשת תביעה אישית.¹⁵⁶ אלא שהפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות, ובכלל זה להשקעת משאבים בהתדיינות, מצביע על כך שההשקעה הפרטית בהתדיינות תהא נמוכה יתר על המידה מן ההשקעה המיטבית מבחינה חברתית.

שלישית, ממדי הבעיה של התת-אכיפה באוכלוסיית ניוזקים הטרוגנית עשויים להשתנות כתלות בהתפלגותם של נזקים פעוטים ונזקים ממשיים באוכלוסייה, ובהתאם, כתלות בגודלן של ההשפעות היחסיות של שני הגורמים האמורים, דהיינו: (א) העדר תמריץ חזק דיו להגשת תביעה; (ב) העדר תמריץ חזק דיו להשקעה בהתדיינות.

רביעית, שיתוף-פעולה בין ניוזקים והגשת תביעה רבת-משתתפים עשויים להיות אפיק פעולה יעיל מבחינתם של ניוזקים בעלי נזק ממשי (אך לא מבחינתם של ניוזקים שנוזקם פעוט). שיתוף-פעולה כאמור אף ימתן את ההשלכות השליליות של אכיפה תת-מיטבית ויגדיל את הרווחה החברתית המצרפית. עם זאת, בעיית הפעולה המשותפת, המהווה מכשול מובנה בנסיון של קבוצות להתאגד סביב מטרה משותפת, עומדת לרועץ, ועלולה לסכל שיתוף-פעולה מסוג זה חרף היתרונות הפרטיים והחברתיים הטמונים בו.

סיכומו של דבר, בעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק היא תופעה כללית ועצמאית, ואינה ייחודית דווקא למציאות חברתית שבה מעוולים מחצינים באופן המוני סיכונים שיטתיים לנזק.¹⁵⁷ עם זאת, העדר תמריצים פרטיים חזקים דיים להגשת תביעות או להשקעה בתביעות משהוגשו, בשילוב עם המאפיינים הייחודיים של התנהגות עוולתית של מעוולים המוניים – דהיינו, החצנה המונית ושיטתית של סיכונים לנזק – משווים לבעיית הפער המובנה והתת-אכיפה ממדים חסרי תקדים משני טעמים: ראשית, החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק מגדילה את ההשפעה המצרפית השלילית של אכיפה תת-מיטבית,

156 נשיאה בעלות של הגשת התביעה נעשית אפוא השקעה יעילה, ובעיית האדישות הרציונלית (rational apathy) המאפיינת את התנהגותם של ניוזקים שנוזקם פעוט אינה באה לידי ביטוי במקרה זה.

157 בעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי ניכרת למעשה על-פני תחומי פעילות רבים שבהם התנהגותם של פרטים עשויה לטמון בחובה השפעות חיזוניות על רווחתם האישית של פרטים אחרים ועל הרווחה החברתית המצרפית, בין כתוצאה מהחצנות שליליות ובין כתוצאה מהחצנות חיוביות. קיומו של פער כאמור – בין שהתמריץ הפרטי נמוך יתר על המידה מן התמריץ החברתי לביצוע פעולה מסוימת ובין שהתמריץ הפרטי גבוה יתר על המידה מהתמריץ החברתי – אינו רצוי מבחינה חברתית, מאחר שיש בו כדי לסכל את השאתה של הרווחה החברתית המצרפית, יהא הדבר אשר הרווחה החברתית תלויה בו אשר יהא. לדיון בפער המובנה כסוג של כשל-שוק המביא לידי תת-מיטביות של שיווי-משקל תחרותי בשוק, ראו: Andreu Mass-Colell, Michael D. Whinston & Jerry R. Green *Microeconomic Theory* (Oxford, 1995) 351–354.

ובכלל זה הרתעה ופיצוי ת־מיטביים, על הרווחה החברתית המצרפית. שנית, החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק מקנה למעוולים המוניים יכולת מובנית ואסימטרית לנצל יתרונות של גודל, ויוצרת אפוא אסימטרייה בתמריצי ההשקעה ובגודל ההשקעה של הצדדים. אסימטרייה בגודל ההשקעה פועלת לטובת המעוול ועומדת אפוא למכשול בפני אכיפת חוק מיטבית מאחר שהיא מביאה לידי הטיה עקרונית בקביעת ממצאים עובדתיים ומסקנות משפטיות לטובת מעוולים ולהחרפת ההשלכות השליליות של בעיית הת־אכיפה על הרווחה החברתית המצרפית. מטעמים אלה, פתרונה של בעיית הת־אכיפה בחברת המונים נהפכת למטרה חברתית בעלת חשיבות גבוהה.

פרק ו: פתרון הבעיה החברתית – התביעה הייצוגית כאמצעי לצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהטלת אחריות ובאכיפת החוק על מעוולים

משווה את הבעיה החברתית ואותרו הכשלים המובנים שיש בהם כדי לסכל אכיפת חוק מיטבית על מעוולים המוניים – לרבות כשלון פעולה משותפת בין ניזוקים כאמצעי למיתון ממדי הבעיה – ניתן לפנות ולדון בעיצוב פתרון משפטי הולם לצמצום הפער בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות ולהגדלת הרווחה החברתית המצרפית.¹⁵⁸ מאחר ששורש הבעיה טמון בעובדה כי התמריץ הפרטי נמוך מן התמריץ החברתי – ובכלל זה התמריץ להגשת תביעה והתמריץ להשקעה בתביעה משהוגשה – פתרון רצוי ישפיע אפוא באופן חיובי על גודלו של התמריץ הפרטי להפעיל את המערכת להטלת אחריות בין על־ידי (א) הקטנת העלות הפרטית הכרוכה בהפעלת המערכת להטלת אחריות, בין על־ידי (ב) הגדלת התועלת הפרטית המתקבלת מאכיפת החוק ובין על־ידי שילובם יחד של שני גורמים אלה.

קיימות שתי דרכים עקרוניות שבהן ניתן לצמצם את בעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי באכיפת החוק. הדרך הראשונה עניינה בהסדרה והתערבות משפטיות. דרך זו מתווה שימוש בהסדרה משפטית כדי להשפיע על גודלו של התמריץ הפרטי. ההסדרה המשפטית מעוצבת באופן המשפיע על גודל העלות והתועלת הפרטיות הכרוכות (בין באופן ישיר ובין באופן עקיף) בביצוע הפעולה הרלוונטית. הדרך השנייה עניינה בהסדרה חוזית. דרך זו מתווה שימוש בהתקשרות חוזית בין פרטים באופן שמשפיע על גודל העלות והתועלת הפרטיות הכרוכות (בין באופן ישיר ובין באופן עקיף)

158 ראו: Shavell, *supra* note 1, at pp. 579, 586-594.

בביצוע הפעולה.¹⁵⁹ בעוד שהותרת הפתרון לבעיה להתקשרות חוזית עשויה להיות יעילה במציאות שבה עלויות העסקה נמוכות, השימוש בהסדרה משפטית ניצב כפתרון יעיל ועדיף מקום שעלויות עסקה גבוהות עלולות לסכל הסדרה חוזית כאמור.¹⁶⁰ עיקרו של הדיון בפרק זה בפיתוחה והצגתה של הטענה כי מוסד התביעה הייצוגית, על העקרונות הכלכליים המונחים בבסיסו, משמש מכשיר הולם – אם כי לא מושלם – לתיקונו ולצמצומו של הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לבין האינטרס החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות, ובכלל זה התמריץ להגשת תביעה והתמריץ להשקעה בתביעה משהוגשה, כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים המוניים. לפיכך, בהינתן הסדרה משפטית ראויה של התביעה הייצוגית, הפעלת המערכת להטלת אחריות באמצעותה עשויה ליתן מענה לבעיה הטמונה באכיפת חוק תת־מיטבית; ליצור הרתעה מיטבית של התנהגות יוצרת־סיכונים; ולספק פיצוי מיטבי על סיכונים שהתממשו; וכתוצאה מכך, להביא לידי הגדלת הרווחה החברתית המצרפית.¹⁶¹ כפי שצוין לעיל, התביעה הייצוגית אינה מספקת פתרון מושלם לתיקונו ולצמצומו של הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לבין האינטרס החברתי בהפעלת המערכת להטלת

159 לדיון כללי בבחירה החברתית בין התערבות חיצונית והסדרה חוזית כאמצעים חלופיים להתמודדות עם בעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי, ראו: Ronald H. Coase "The Problem of Social Cost" 3 *J. Law & Econ.* (1960) 1, reprinted in Coase, *supra* note 115, at p. 95

160 הבחירה החברתית בין התערבות חיצונית והסדרה חוזית נגזרת מהשוואת עלויות העסקה היחסיות הכרוכות באמצעי הסדרה שונים. לפיכך, השוואת העלויות הכרוכות בפתרונות מוסדיים שונים מלמדת כי הסדרה חוזית עשויה להיות עדיפה על הסדרה חיצונית במצבים מסוימים, ולהפך. גישה זו החליפה את התיאוריה הכלכלית שרווחה קודם לכן, פרי מחשבתו של Pigou, שלפיה התערבות חיצונית (באמצעות פעילות ממשלתית, הסדרה משפטית והטלת מיסים ומתן סובסידיות) היא המכשיר הראוי להתמודדות עם בעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי. ראו: Ronald H. Coase "The Institutional Structure of Production" The 1991 Alfred Nobel Memorial Prize Lecture in Economic Sciences (9.12.1991), reprinted in Ronald H. Coase *Essays on Economics and Economists* (Chicago, 1994) 3. לדיון בתיאוריה המוקדמת, הרואה בהתערבות חיצונית אמצעי ראוי להתמודדות עם הפער בין התמריץ הפרטי לזה החברתי, ראו: Arthur C. Pigou *The Economics of Welfare* (London, 1952) 329. לדיון בתיאוריה של Pigou, ראו גם: Paul A. Samuelson *Foundations of Economic Analysis* (Cambridge, 1983) 208; Coase, *supra* note 115, at pp. 1, 20–30

161 הסדרה משפטית ראויה של השימוש במוסד התביעה הייצוגית נדרשת להתמודד עם הפער המובנה בין התמריץ הפרטי של עורך־הדין הייצוגי לבין התמריץ החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות. כפי שהוסבר בהערה 157 לעיל, פער כאמור עשוי להביא במצבים מסוימים לידי אכיפה תת־מיטבית (דהיינו, אכיפת־חסר) ובמצבים אחרים לאכיפה על־מיטבית (דהיינו, אכיפת־יתר).

אחריות. שלוש סיבות מובילות באופן עצמאי למסקנה זו. שלוש הבעיות משקפות צדדים שונים של אותו מטבע – דהיינו, קיומו של פער מובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות – ואין הן זהות, מבחינה אנליטית, לבעיית הנציג הכרוכה בשימוש בתביעה הייצוגית.

ראשית, מוסד התביעה הייצוגית אינו מביא לצמצום מוחלט של הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות, מאחר שהתמריץ הפרטי של עורך־הדין הייצוגי להפעלת המערכת נגזר מהתועלת הפרטית של קבוצת הניזוקים המיוצגת בתביעה, ולא מהתועלת החברתית המצרפית מאכיפת החוק (הכוללת, נוסף על כך, את התועלת הנצמחת מהרתעה לניזוקים־בכוח).

שנית, אין בתביעה הייצוגית כדי להביא לידי צמצום מוחלט של הפער המובנה שקיים בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי מאחר שהתמריץ של עורך־הדין הייצוגי להפעלת המערכת להטלת אחריות – בדומה לתמריצים הפרטיים של הניזוקים שהוא מבקש לייצג – נגזר משיקולי עלות ותועלת פרטיים של עורך־הדין, ומותר אפוא מקום למידה מסוימת של פער בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי. לפיכך, אכיפת החוק הצפויה עודנה תת־מיטבית חרף השימוש בתביעה הייצוגית. השימוש בתביעה הייצוגית מגדיל את הרווחה החברתית המצרפית, אך אינו מבטיח את השאת גודלה. מוסד התביעה הייצוגית מחליף אפוא פער מובנה אחד (בין התמריץ של הניזוקים לבין התמריץ החברתי) בפער מובנה אחר (בין התמריץ של עורך־הדין הייצוגי לבין התמריץ החברתי).

שלישית, יש בתביעה הייצוגית כדי ליצור פערים מובנים וחדשים בין התמריץ הפרטי של עורך־הדין הייצוגי, מחד גיסא, לבין התמריץ החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות, מאידך גיסא. יסודה של בעיה זו בעובדה שהתמריץ הפרטי של עורך־הדין הייצוגי להפעיל את המערכת עשוי להיות, במצבים מסוימים, חזק יתר על המידה מן התמריץ החברתי. מצב זה מביא לידי אכיפת חוק יתרה (על־מיטבית) מבחינה חברתית, ואינו עולה אפוא בקנה אחד עם השאת הרווחה החברתית המצרפית.

חרף הדברים האמורים, השימוש במוסד התביעה הייצוגית כאמצעי של התערבות חיצונית לצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות עדיף מבחינה חברתית על הותרת פתרון הבעיה להסדרה חוזית על־ידי פרטים בחברה. עדיפות זו אינה מוטלת בספק, מאחר שעלויות העסקה הכרוכות בהתקשרות חוזית בין כל הפרטים בחברה שעשויים להפיק תועלת מאכיפת חוק מיטבית – דהיינו, (א) ניזוקים החפצים בפיצוי מיטבי להגדלת רווחתם האישית (ניזוקים אקטואליים) וכן (ב) יתר הפרטים בחברה (ניזוקים־בכוח), לרבות ניזוקים אקטואליים החפצים בהרתעה מיטבית של התנהגות יוצרת־סיכונים להגדלת רווחתם האישית – הינן גבוהות עד כדי כך שיש בהן כדי לסכל הסדרה חוזית כאמור ולהותיר את הבעיה על כנה.¹⁶² בעיית הפעולה המשותפת עומדת אף היא לרועץ ומסכלת על־כן שיתוף־פעולה כאמור.

162 ודוק: הסדרה חוזית של בעיית הפער המובנה על־ידי התקשרות בין כלל הפרטים בחברה (דהיינו, ניזוקים אקטואליים וניזוקים־בכוח) אינה כלל מבחינה אנליטית להתקשרות

1. העקרונות הכלכליים המונחים בבסיס התביעה הייצוגית והשפעתם על צמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי

כשירותה של התביעה הייצוגית להביא לידי צמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות – ובכלל זה התמריץ להגשת תביעה והתמריץ להשקעה בתביעה משהוגשה – היא פועל יוצא של שילוב שני עקרונות כלכליים המונחים בבסיסה. עקרונות אלה כוללים (א) יזמות כלכלית בהפעלת המערכת להטלת אחריות, וכן (ב) אפשרות לניצול יתרונות של גודל בהשקעת משאבים באכיפת החוק. הדיון שלהלן מלמד כיצד שילובם של עקרונות אלה בעיצוב מוסד התביעה הייצוגית (א) יוצר תמריץ פרטי הולם להגשת תביעות לפיזיות על נזק שנגרם עקב החזנה המונית של סיכונים שיטתיים שהתממשו; (ב) מספק תמריץ פרטי הולם להשקעה בתביעות שהוגשו על-מנת להוכיח את עילת התביעה ולהביא לידי כך שמעוולים יישאו באחריות למלוא הנזק שגרמו; (ג) ויוצר סימטרייה בתמריצי ההשקעה – ובגודל ההשקעה הנגזרת – של הצדדים להתדיינות באופן כזה שתוצאות ההתדיינות (לרבות קביעות עובדתיות ומסקנות משפטיות) אינן עשויות עוד לשקף הטיה עקרונית לטובת המעוול הספציפי ומעוולים-בכוח בעתיד.¹⁶³

חוזית בין ניזוקים אקטואליים באוכלוסייה נתונה שמטרתה השגת שיתוף-פעולה לצורך הפעלת המערכת להטלת אחריות ופיזור עלויות האכיפה על-פני הקבוצה. בעוד שהתקשרות חוזית בין כלל הפרטים בחברה מהווה פתרון לבעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי ומביאה לידי השאת הרווחה החברתית המצרפית, התקשרות חוזית בין ניזוקים אקטואליים באוכלוסייה נתונה (להוציא ניזוקים-בכוח) מהווה פתרון לעלויות אכיפה גבוהות – תוך ניצול יתרונות של גודל ופיזור עלויות של אכיפת החוק על הקבוצה כולה; כך שכל שיש בה הוא הגדלת רווחתם האישית של הניזוקים (ובמידה מסוימת גם הרווחה החברתית), אך אין בה כדי לפתור את בעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי. מכל מקום, דיון מוקדם במסגרת פרק 1 הראה כי התקשרות חוזית בין ניזוקים אקטואליים באוכלוסייה נתונה אינה מעשית מחמת עלויות עסקה גבוהות ומחמת בעיית הפעולה המשותפת העומדת למכשול בפני התאגדות של קבוצות סביב מטרה משותפת. נראה אפוא כי טעמים אלה חלים ביתר שאת על התקשרות חוזית היפותטית בין כלל הפרטים בחברה כאמצעי לפתרון של בעיית הפער המובנה. בהעדר התערבות הייצוגית, מאמצים לשיתוף-פעולה כאמור צפויים להיכשל.

163 עם זאת, בעיית הנציג בגדרה של התדיינות ייצוגית – שיסודה בהעדר חפיפה מלאה בין האינטרס של עורך-הדין הייצוגי, מחד גיסא, לבין האינטרסים של התובעים שהוא מייצג, מאידך גיסא – עשויה לשמר מידה מסוימת של אסימטרייה בתמריצי ההשקעה של הצדדים שיש בה כדי לפעול לטובת המעוול.

(א) יזמות עסקית באכיפת החוק – פתרון "בעיית הפעולה המשותפת"

פתרון הבעיה החברתית וצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות – ובכלל זה התמריץ להגשת תביעה והתמריץ להשקעה בתביעה משהוגשה – מחייב, מבחינה תיאורטית, פעולה משותפת בין המוטבים השונים מפיקים תועלת אישית ומגדילים את רווחתם האישית כתוצאה מאכיפת החוק על מעוללים.¹⁶⁴ קבוצת מוטבים זו מונה הן ניזוקים אקטואליים, החפצים בפיצוי מיטבי להטבת נזקם ובהרתעה מיטבית של התנהגות יוצרת-סיכונים, והן ניזוקים-בכוח, החפצים אף הם בהרתעה מיטבית של החצנת סיכונים לנזק. פעולה משותפת בין מוטבים אלה עשויה להוביל להסדרה חוזית של בעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי באכיפת החוק.

אלא שהן מחמת עלויות עסקה גבוהות והן מחמת בעיית הפעולה המשותפת (collective action problem), ההסתברות להצלחת שיתוף-פעולה רצוני כאמור צפויה להיות נמוכה ביותר, ובמצבים מסוימים היא אף שואפת לאפס.¹⁶⁵ בהקשר זה, התיאוריה הכלכלית בדבר התנהגות של קבוצות (group behavior) מלמדת באופן חד-משמעי כי מתן תמריץ עצמאי לפעול להגשמת המטרה הקבוצתית – שאינו תלוי בקיומו של שיתוף-פעולה בין חברי הקבוצה – הינו אמצעי הכרחי להשגת מטרתה של הקבוצה. תמריץ זה יכול שיינתן לאחד מחברי הקבוצה ויכול שיינתן לכל גורם חיצוני לקבוצה. בהעדר תמריץ כאמור, לא ניתן להשיג את המטרה הקבוצתית, ומקום שהדבר ניתן, השגתה נידונה להיות תת-מיטבית.¹⁶⁶

עיצובו של מוסד התביעה הייצוגית מפנים את התובנה האמורה ללא סייג. מכשיר התביעה הייצוגית נותן אפוא לעורכי-דין – ובמידה פחותה לניזוקים בודדים המבקשים ליטול את תפקיד התובע הייצוגי¹⁶⁷ – תמריץ כלכלי להשקיע מאמץ ומשאבים פרטיים

164 הסדרה חוזית של בעיית הפער המובנה על-ידי התקשרות בין כלל הפרטים בחברה (דהיינו, ניזוקים אקטואליים וניזוקים-בכוח) אינה זהה מבחינה אנליטית להתקשרות חוזית בין ניזוקים אקטואליים באוכלוסייה נתונה; בעוד מטרתה של התקשרות בין כלל הפרטים בחברה היא להביא לידי פתרון של בעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי והחברתי בהפעלת מערכת הטלת האחריות, מטרתה של התקשרות בין ניזוקים אקטואליים באוכלוסייה נתונה היא להשיג שיתוף-פעולה לצורך פיזור עלויות האכיפה על-פני הקבוצה. לדיון מפורט יותר בנקודה זו ראו לעיל הערה 162.

165 לדיון בעלויות העסקה הכרוכות בשיתוף-פעולה בין ניזוקים ראו הדיון בתת-פרקים 11 ו-12 לעיל, סמוך להערות 113-114 והערות 144-145, בהתאמה; לדיון בבעיית הפעולה המשותפת המסכלת התאגדות סביב המטרה הקבוצתית ראו הדיון בתת-פרקים 11 ו-12, סמוך להערות 115-120 והערה 146, בהתאמה.

166 ראו: Olson, *supra* note 115, at pp. 2, 44-45, 51.

167 יסודו של התמריץ הכלכלי של תובעים ייצוגיים להשקיע משאבים פרטיים בייזום הפעולה של המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק בהוראות חוקיות המקנות

בהפעלת המערכת להטלת אחריות באופן ייצוגי כאמצעי לאכיפת החוק על מעוולים.¹⁶⁸ עורך־הדין והתובע הייצוגיים פועלים אפוא לביצוע הפעולות הנדרשות לאכיפת החוק תוך ייתורה המוחלט של פעולה משותפת בין חברי הקבוצה המיוצגת.¹⁶⁹ יסודו של התמריץ הכלכלי שניתן נעוץ בתועלת הפרטית הגבוהה הצפויה לעורך־הדין – בגדרו של שכר־טרחה – הודות להשקעה בהפעלת המערכת להטלת אחריות באופן ייצוגי בשמם של כלל הניזוקים באוכלוסייה הרלוונטית.¹⁷⁰ בעטיו של התמריץ האמור, אכיפת החוק בגדרה של התביעה הייצוגית נעשית מיזם עסקי שעורכי־דין, הפועלים בגדרו כיוזמים כלכליים, משקיעים בו את משאביהם הפרטיים.¹⁷¹ תוחלת שכר־

להם זכות לתגמול כספי עודף (בנוסף מעבר לחלקם היחסי בהתדיינות. ראו, למשל, סעיף 16ט(3) לחוק הבנקאות, לעיל הערה 18, המסמיך את בית־המשפט "להורות כי חלק הנראה לו מהסכום שפסק... ישולם לתובע שטרח בהגשת התובענה ובהוכחתה". הוראה זוהי מצויה בסעיף 35ט לחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 9, ובסעיף 46ט(3) לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 9; הוראה דומה נמצאת בסעיף 215 לחוק החברות, לעיל הערה 9. הוראות חוק המאפשרות קבלת מימון ציבורי לכיסוי עלות הגשתה של תביעה ייצוגית – דוגמת ההוראה בדבר "מימון רשות" הכלולה בסעיף 209 לחוק החברות, לעיל הערה 9 – מסבסדות את הפעלת המערכת להטלת אחריות ומבקשות אף הן ליתן תמריץ כלכלי ליוזמות פרטית באכיפת החוק.

168 לדיון במשאבים פרטיים שעורכי־דין משקיעים בשימוש בתביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק, ראו: Judith Resnik "Individuals Within the Aggregate: Relationships, Representation, and Fees" 71 *N.Y.U. L. Rev.* (1996) 296, 314–316.
169 התביעה הייצוגית אינה מהווה פתרון מושלם (first-best solution), לפחות מבחינה תיאורטית, לבעיית הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות. לדיון מקיף ראו לעיל הערה 161. בהקשר הנוכחי ניתן לציין כי בעיית הפער המובנה אינה נפתרת כליל בגדרה של התביעה הייצוגית, מאחר שהתמריץ הפרטי של עורך־הדין הייצוגי להפעלת המערכת נגזר למעשה מהתועלת הפרטית של קבוצת הניזוקים המיוצגת בתביעה, ולא מהתועלת החברתית המצרפית הנובעת מאכיפת החוק (הכוללת, נוסף על תועלתם של ניזוקים אקטואליים, את תועלתם של ניזוקים־בכוח).

170 גודלה המצרפי של התועלת הפרטית עשוי גם לשקף את המוניטין המקצועיים שעורך־הדין רוכש אגב הגשת התביעה הייצוגית וניהולה, נוסף לניסיון מקצועי שנרכש ולתזווה רצויה על עקומת הלימוד שיש בה כדי להביא להקטנת עלויותיו של עורך־הדין בעתיד. לדיון בתועלת העתידית הנצמחת מתזווה על־פני עקומת הלימוד, ראו: Avinash K. Dixit & Robert S. Pindyck *Investment Under Uncertainty* (Princeton, 1994) 339–345.

171 לדיון ביוזמות כלכלית של עורכי־דין בגדרו של מוסד התביעה הייצוגית, ראו: John C. Coffee, Jr. "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions" 86 *Colum. L. Rev.* (1986) 669; Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller "The Plaintiffs' Attorney Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform" 58 *U. Chi. L. Rev.* (1991) 1; John C.

הטרה¹⁷² שייפסק לעורך-הדין הייצוגי על-ידי בית-המשפט בתום המשפט, או תוחלת שכר-הטרה שיוסכם בגדרו של הסכם פשרה בין הצדדים להתדיינות (כפוף לכך שיקבל את אישור בית-המשפט) עשויות להצמיח לעורך-הדין תועלת פרטית גבוהה שיש בה כדי להפוך השקעה מוקדמת של משאבים פרטיים בגדרו של המיזם העסקי להשקעה יעילה.¹⁷³

Coffee, Jr. "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action" 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987) 877

172 מאחר שבתי-משפט ערים על-פירוב להשפעה הרבה של שכר-הטרה הנפסק לעורכי-דין על תמריצי ההשקעה בתביעה, שיעור שכר-הטרה עשוי להגיע לעיתים לעשרות אחוזים מהסכום המצרפי שנצמח לתובעים, בין מקום שסכום זה נפסק על-ידי בית-המשפט ובין מקום שיסודו בהסכם פשרה שהוצע על-ידי הצדדים. ראו, למשל: *In re Activision Securities Litigation*, 723 F. Supp. 1373 (N.D. Cal. 1989) שיעור שכר-הטרה עומד בדרך-כלל על 30%; וכן ראו: *Hanlon v. Chrysler Corp.*, 150 F.3d 1011 (9th Cir. 1998), 1029 שם ציין בית-המשפט כי שיעור שכר-הטרה עומד בדרך-כלל על 25%. אולם יש לציין כי שיעורים אלה אינם משקפים גישה אחידה המקובלת על כלל בתי-המשפט.

173 חישוב שכר-הטרה של עורך-הדין הייצוגי עשוי להיעשות על-פי אחת משתי דרכים חלופיות שקנו אחיזה בפסיקת בתי-המשפט בארצות-הברית: (א) שכר-הטרה מחושב כחלק יחסי באחוזים, שנקבע על-ידי בית-המשפט, מהסכום המצרפי שנצמח לתובעים, בין אם סכום זה נפסק על-ידי בית-המשפט ובין אם יסודו בהסכם פשרה (שיטת חישוב זו ידועה כ-"percentage-of-recovery method"); (ב) שכר-הטרה מחושב כמכפלה של מספר השעות שהשקיע עורך-הדין בהתדיינות על-פי תעריף שעתי שקיבל את אישור בית-המשפט כתעריף סביר (שיטת חישוב זו ידועה כ-"lodestar method"). חרף קיומן של שתי שיטות חישוב עקרוניות, פסיקת בתי-המשפט בארצות-הברית מגלה שונות רבה באשר לגורמים שיובאו בחשבון בקביעת גובהו של החלק היחסי, באשר לקביעת סבירותו של התעריף, ובאשר להפעלתו של מקדם-סיכון (risk multiplier) קטן או גדול מ-1 להגדלתו או להקטנתו של הסכום המתקבל. בישראל, שכר-הטרה של עורך-הדין הייצוגי מחושב על-פירוב בשיטת percentage-of-recovery, לדיון בגורמים שיובאו בחשבון בקביעת גובהו של החלק היחסי, ראו, למשל: *Goldberger v. Integrated Resources, Inc.*, 209 F.3d 43 (2d Cir. 2000), 53 לדיון בגורמים שיובאו בחשבון לצורך הפעלתו של מקדם סיכון, ראו, למשל: *Gunter v. Ridgewood Corp.*, 223 F.3d 190 (3rd Cir. 2000), 195 & n. 1. לסקירה של אופן הסדרתו של שכר-הטרה של עורכי-דין במערכת המשפט הפדרלית ובמדינות הברית, ראו: P. Miller & Lori S. Singer "Nonpecuniary Class Action Settlements" 60 *Law & Contemp. Probs.* (1997) 97, 142–153 התפקיד המרכזי (אף שאינו בלעדי) שאופן חישובו של שכר-הטרה ממלא בעיצוב התמריץ הכלכלי של עורכי-דין להשקיע בהתדיינות, הסדרת הפסיקה של שכר-הטרה בתביעות ייצוגיות מהווה נדבך מרכזי בהסדרת השימוש בתביעה הייצוגית. ראו, למשל: Note "Developments in the Law: The Path of Civil Litigation" 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 1752, 1827, 1829–1837.

(ב) אכיפת חוק ייצוגית – ניצול יתרונות של גודל בהשקעת משאבים באכיפת החוק

מתן תמריץ לעורכי־דין לפעול לאכיפת החוק תוך ייתורה המוחלט של פעולה משותפת בין חברי הקבוצה המיוצגת – דהיינו, הניזוקים באוכלוסייה הרלוונטית שנפגעו עקב החצנה המונית של סיכון שיטתי לנזק שהתממש – הינו תנאי הכרחי אך לא מספיק לצמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק.¹⁷⁴ שכן, על־מנת לצמצם את הפער, יש להשפיע באופן חיובי על גודלו של התמריץ הפרטי של עורך־הדין לאכוף את החוק, ובכלל זה על גודלו של התמריץ להגיש תביעה ועל גודלו של התמריץ להשקיע בה משהוגשה. השקעה בתביעה משהוגשה, עשויה להגדיל את סיכויי הזכייה ואת תוחלת הזכייה, ובהתאם, להביא לידי כך שהטלת האחריות על המעוול תשקף ביתר קירוב את גודלו האמיתי של הנזק שגרם.

מוסד התביעה הייצוגית, שבאמצעותו ניתן (א) לקבץ באופן פורמלי את כלל הניזוקים באוכלוסייה לצורך הגשת תביעה משותפת, ובהתאם, (ב) להפעיל את המערכת להטלת אחריות באופן מאוחד ובו־זמני לאכיפת עילות התביעה המשותפות של ניזוקים באוכלוסייה רלוונטית, משפיע באופן חיובי ומשמעותי על גודלו של התמריץ הפרטי של עורך־הדין להגשת תביעה ולהשקעה בה משהוגשה. דבר זה נעשה אפשרי היות שנוקם של כל הניזוקים באוכלוסייה הרלוונטית הוא תוצאה של החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק שהתממשו.¹⁷⁵ במצב דברים זה, שאלות של משפט ועובדה המשותפות לכל הניזוקים בקבוצה מניחות את הבסיס המשותף להפעלה מאוחדת של המערכת להטלת אחריות.¹⁷⁶ האפשרות לקבץ באופן פורמלי את כלל הניזוקים באוכלוסייה לצורך הגשת תביעה משותפת ולהפעיל את המערכת להטלת אחריות באופן מאוחד ובו־זמני כורכת בחובה אפשרות מובנית לניצול יתרונות של גודל בהשקעת משאבים באכיפת החוק.¹⁷⁷ יתרונות

174 העובדה שהתמריץ הפרטי של עורך־הדין הייצוגי להפעלת המערכת להטלת אחריות נגזר מהתועלת הפרטית של קבוצת הניזוקים המיוצגת בתביעה, ולא מהתועלת החברתית המצרפית הנובעת מאכיפת החוק (הכוללת, נוסף על תועלתם של ניזוקים אקטואליים, את תועלתם של ניזוקים־בכוח), מלמדת כי בעיית הפער המובנה אינה נפתרת כליל בגדרה של התביעה הייצוגית. לדיון מקיף ראו לעיל הערה 157.

175 הדיון במאפיינים הייחודיים של החצנת סיכונים לנזק בחברת ההמונים – מאפיינים הכוללים החצנה המונית והחצנה שיטתית של סיכונים לנזק – כלול בפרק ד לעיל. 176 קיומן של שאלות מהותיות של משפט ועובדה המשותפות לקבוצה הוא אחד התנאים המוקדמים שעל בית־המשפט לברר בטרם יאשר הגשתה של תביעה אישית כתביעה ייצוגית. ראו, למשל, סעיף 46ב(2) לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 9, וסעיף 210א(2) לחוק החברות, לעיל הערה 9.

177 העובדה שהגדרת הקבוצה עשויה לכלול את כל הניזוקים באוכלוסייה הרלוונטית מבטיחה ניצול מיטבי של יתרונות של גודל בהשקעת משאבים באכיפת החוק. מסיבה זו, פרישה מסיבית של חברים מהקבוצה (opt-out) עלולה, בנסיבות מסוימות וכתלות בגודל הקבוצה, לחתור תחת האפשרות לניצול מיטבי של יתרונות של גודל באכיפת החוק. לשון

של גודל (economies of scale) מוגדרים בספרות הכלכלית כהקטנת העלות הממוצעת של ייצור מוצר בודד, היא המוצר אשר יהא, עקב גידול בהיקף הייצור של החברה ופיזור עלויות הייצור בהתאם.¹⁷⁸ אכיפת חוק ייצוגית – בשם ניווקים רבים הכלולים בקבוצה שאישר בית-המשפט – מאפשרת אפוא לפזר את העלויות של אכיפת החוק על-פני הקבוצה כולה ולהקטין את העלות הממוצעת של אכיפת החוק ביחס לכל ניווק.¹⁷⁹ במובן זה, מוסד התביעה הייצוגית אינו אלא בבחינת שימוש במערכת להטלת אחריות ל"ייצור המוני" של פיצוי והרתעה.¹⁸⁰

אחרת, מקום שפרישה מן הקבוצה מקטינה את גודל הקבוצה מתחת לגודל מזערי שבו העלות הממוצעת לכל ניווק היא הנמוכה ביותר (minimum efficient scale), ניתן לצפות שהעלות הממוצעת של אכיפת החוק ביחס לכל ניווק תהיה גבוהה מן העלות הממוצעת שניתן להשיג תוך ניצול מיטבי של יתרונות של גודל. ראו: Chandler, *supra* note 141, at pp. 23–24. מצב זה עשוי אפוא להביא לידי השקעה מצרפית קטנה יותר באכיפת החוק בהשוואה לגודל ההשקעה המצרפי בהעדר פרישה כאמור. על רקע הדברים האמורים נקל לראות מדוע הוראות חוק, דוגמת סעיף 12(ב) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), לעיל הערה 21, קובעות כי היקף הקבוצה המיוצגת כולל אך ורק את הניווקים שנשארו בנטל ההצטרפות לקבוצה (opt-in) והביעו "בכתב את רצונם" להצטרף לתובענה. רוב הוראות החוק יוצרות חזקה הפוכה, שלפיה, מקום שניתנה הודעה על אישור תביעה כייצוגית, רואים אדם שנמנה עם הקבוצה על-פי הגדרתו של בית-המשפט כמי שנמנה עימה, אלא אם-כן הביע את רצונו לפרוש ממנה (opt-out). ראו, למשל, סעיף 211(ב) לחוק החברות, לעיל הערה 9.

178 להגדרת יתרונות של גודל ראו: Pearce, *supra* note 141, at p. 122. לדיון ביתרונות של גודל ראו: Chandler, *ibid.*, at pp. 21–28.

179 גודלה של הקבוצה הוא אחד התנאים המוקדמים שעל בית-המשפט לברר בטרם יאשר הגשת תביעה אישית כתביעה ייצוגית. ראו, למשל, סעיף 46(1) לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 9, וסעיף 210(א)(3) לחוק החברות, לעיל הערה 9. קיומו של תנאי זה – נוסף על התנאי בדבר קיומן של שאלות מהותיות של משפט ועובדה המשותפות לקבוצה – מבטיח קיומה של אפשרות לנצל יתרונות מובנים של גודל, ומגדיל אפוא את התמריץ הפרטי של עורך-הדין הייצוגי להשקיע בתביעה.

180 מעניין שגם עורכי-דין שעיסוקם בהפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק שלא באמצעות התביעה הייצוגית מנסים לנצל יתרונות של גודל להקטנת העלות הממוצעת של אכיפת החוק. אלא שבהעדר יכולת לכנס באופן פורמלי את כלל הניווקים באוכלוסייה הרלוונטית לקבוצה אחת – תכונה שהינה ייחודית למוסד התביעה הייצוגית – ניצול יתרונות של גודל מצריך לעיתים מאמץ כבד. לדיון בדרכים השונות שפיתחו עורכי-דין לניצול יתרונות של גודל מחוץ לתביעה הייצוגית, ראו: Howard M. Erichson "Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits" 50 *Duke L. J.* (2000) 381; Mike France "The Litigation Machine" *Business Week* (29.1.2001). בהינתן העלויות הכרוכות ביצירת האפשרות לנצל יתרונות של גודל, ניתן לשער כי הפעלת המערכת

מאחר שעורך־דין רציונלי, החפץ להשיא את סך רווחתו האישית, יהיה נכון להשקיע בתביעה כל עוד התועלת השולית הנקייה¹⁸¹ המתקבלת מהשקעה בתביעה הינה סכום חיובי, ניצול יתרונות של גודל באכיפת החוק – דהיינו, פיזור עלות ההשקעה על־פני הקבוצה כולה והקטנת העלות הממוצעת של אכיפת כל עילה – משפיע באופן חיובי על גודלו של התמריץ הפרטי להשקיע באכיפת החוק. ניצול יתרונות של גודל באכיפת החוק מניב אפוא שלוש תוצאות רצויות וחיוביות לאכיפת חוק מיטבית על מעוולים. ראשית, האפשרות לנצל יתרונות של גודל יוצרת תמריץ חיובי גבוה להגשת תביעה ייצוגית לפיצויים גם מקום שמדובר בנוזקים פעוטים שאינם בני־תביעה באופן אישי. שנית, האפשרות לנצל יתרונות של גודל יוצרת תמריץ חיובי גבוה להגדיל את ההשקעה המצרפית בהתדיינות בתביעה, בין שמדובר בנוזקים פעוטים ובין שמדובר בנוזקים ממשיים. הגדלת ההשקעה המצרפית בתביעה עשויה אפוא להגדיל את סיכויי הזכייה ואת תוחלת הזכייה המצרפית באופן שההסתברות שהמעוול יישא באחריות לגודלו האמיתי של הנוזק המצרפי שנגרם בהתנהגותו תלך ותעלה. שלישית, ניצול יתרונות של גודל בהשקעה באכיפת החוק – באופן זהה ליתרונות של גודל המנוצלים באופן מובנה על־ידי המעוול החשוף לאחריות מצרפית לכלל הניזוקים באוכלוסייה – יוצר סימטרייה בתמריצי ההשקעה של הצדדים.¹⁸² כתוצאה מכך נמנעת האפשרות להטיה עקרונית של תוצאות ההתדיינות לטובת המעוול המסוים ומעוולים־בכוח בעתיד, דבר העולה בקנה אחד עם פיצוי מיטבי והרתעה (פרטנית וכללית) מיטבית של התנהגות יוצרת־סיכונים.¹⁸³

להטלת אחריות שלא על־ידי התביעה הייצוגית מביאה לידי ניצול תת־מיטבי של יתרונות של גודל.

181 התועלת השולית הנקייה היא ההפרש בין תוספת התועלת המתקבלת מהשקעה של כל יחידת השקעה נוספת לבין עלות ההשקעה השולית.

182 עם זאת, בעיית הנציג בגדרה של התדיינות ייצוגית – שיסודה בהעדר חפיפה מלאה בין האינטרס של עורך־הדין הייצוגי, מחד גיסא, לבין האינטרס של קבוצת התובעים שהוא מייצג, מאידך גיסא – עשויה לשמר מידה מסוימת של אסימטרייה בתמריצי ההשקעה של הצדדים שיש בה כדי לפעול לטובת המעוול המסוים ולטובת מעוולים־בכוח.

183 נוסף על ניצול יתרונות של גודל על־ידי עורך־הדין הייצוגי, השימוש בתביעה הייצוגית מאפשר ניצול יתרונות של גודל גם על־ידי בית־המשפט. מאחר שהשופט הדין בתביעה מפזר את העלות המנהלית הכרוכה בהשקעת משאבים שיפוטיים בניהול ההתדיינות על־פני קבוצת הניזוקים כולה, ניתן לצפות שההשקעה המצרפית של משאבים שיפוטיים בתביעה הייצוגית תלך ותעלה. במצב דברים זה ניתן לצפות שהסיכוי לטעות אקראית בקביעת ממצאים עובדתיים ומסקנות משפטיות בהתדיינות – עד כמה שהדבר תלוי בהשקעת משאבים שיפוטיים – ילך ויקטן. לפיכך, עד כמה שיש בתוצאה זו כדי להשפיע על הצפי המוקדם (ex ante) של מעוול מסוים או מעוולים־בכוח באשר לנשיאה באחריות לגודלו האמיתי של הנוזק המצרפי, וכדי (ב) להשפיע על היחס בין גודל הפיצוי לגודלו

2. מימוש התועלת החברתית – קשת המקרים המתאימים לאכיפת החוק על-דרך התביעה הייצוגית

מוסד התביעה הייצוגית מביא, כאמור, לידי צמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות. הפתרון שניתן בגדרה של התביעה הייצוגית יוצר לפיכך תמריץ חיובי גבוה להגשת תביעה ייצוגית לפיצויים גם מקום שמדובר בנזקים פעוטים שאינם בני-תביעה באופן אישי, נוסף על תמריץ חיובי גבוה להגדיל את ההשקעה המצרפית בהתדיינות בתביעה, בין שמדובר בנזקים פעוטים שאינם בני-תביעה באופן אישי ובין שמדובר בנזקים ממשיים. ניתן אפוא ליישם את התוכנה האמורה ולהסיק מסקנות כלליות שיש בהן כדי לזהות באופן ברור ועקרוני את קשת המקרים שבהם אכיפת החוק על-דרך שימוש בתביעה הייצוגית נמצאת ראויה מבחינה חברתית.

(א) קבוצת ניזוקים הומוגנית – נזקים פעוטים שאינם בני-תביעה אישית

קבוצת המקרים הראשונה כוללת אוכלוסיות ניזוקים הומוגניות, כאשר לכל ניזוק וניזוק נזק פעוט ולא-בר-תביעה באופן אישי מחמת שוויו הכלכלי הנמוך. התועלת החברתית שעשויה להתקבל משימוש בתביעה הייצוגית במקרים אלה טמונה בעובדה שהתמריץ הפרטי הגבוה של עורך-הדין להגיש תביעה לפיצויים בסכום המשקף את הנזק המצרפי שנגרם לאוכלוסייה מביא לידי יצירת הרתעה מיטבית ומתן פיצוי מיטבי. תוצאות אלה אינן ניתנות להשגה בהעדר האפשרות להגיש תביעה ייצוגית.¹⁸⁴

האמיתי של הנזק שנגרם, תוצאה זו מיטיבה את התוצאות של אכיפת החוק הן מבחינת הרתעתה של התנהגות יוצרת-סיכונים והן מבחינת הפיצוי על נזקים. 184 ההתאמה העקרונית של מוסד התביעה הייצוגית לאכיפת החוק במקרים אלה אינה שנויה כלל במחלוקת. נהפוך הוא: נראה כי חוקרי משפט רבים סבורים, שלא בצדק לדעתי, כי מוסד התביעה הייצוגית נועד בעיקרו ליתן מענה "לניזוק הקטן", דהיינו, לקבוצת המקרים שעניינה אוכלוסיות ניזוקים הומוגניות כאשר לכל ניזוק נזק פעוט ולא-בר-תביעה באופן אישי. ראו, למשל: אגמון ולחמן-מסר, לעיל הערה 24, בעמ' 543, 577-578; לויט, לעיל הערה 25, בעמ' 465, 467-468. ראו גם מאמרו של טלגם, לעיל הערה 34, המציין כי "המגמה המוצהרת בתובענה הייצוגית היא ליתן פתחון פה לניזוק הקטן שהגשת תביעה אינה כדאית לו, ולרוב היא למעלה מכוחותיו". זיהוי הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי באכיפת החוק, בין באשר לתמריץ הפרטי להגיש תביעה ובין באשר לתמריץ הפרטי להשקיע בתביעה משהוגשה, מוביל למסקנה כי פועלם המשותף של העקרונות הכלכליים שבבסיס מוסד התביעה הייצוגית מציב את השימוש בתביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק כראוי מבחינה חברתית על-פני קשת רחבה יותר של מקרים.

(ב) קבוצת ניזוקים הומוגנית – נזקים בני-תביעה אישית

קבוצת המקרים השנייה עניינה באוכלוסיות ניזוקים הומוגניות כאשר לכל ניזוק נזק ממשי. התועלת החברתית שבשימוש בתביעה הייצוגית במקרים אלה טמונה בעובדה שהתמריץ הפרטי הגבוה של עורך-הדין להשקיע בתביעה – מעבר להשקעה שתובע בודד יוכל להשקיע – מגדיל באופן משמעותי את סיכויי הוכייה ואת תוחלת הוכייה ומביא לידי כך שהמעוול יישא באחריות לגודלו האמיתי של הנזק המצרפי לאוכלוסיית הניזוקים. תוצאה זו אינה רק משרתת את מטרת ההרתעה שבבסיס אכיפת החוק; יש בה גם כדי להביא לידי מתן פיצוי מיטבי ששיעורו מתקרב – ובהינתן השקעה מיטבית, יהיה אף זהה – לגודלו האמיתי של הנזק שנגרם.

זאת ועוד: שימוש בתביעה הייצוגית במקרים אלה יוצר גם תמריצי השקעה סימטריים בין הצדדים להתדיינות, תוצאה שאף היא חיונית להשגה מיטבית של מטרות ההרתעה והפיצוי שבבסיס אכיפת החוק.

נוסף על התועלת החברתית הצומחת מאכיפת חוק מיטבית, שימוש בתביעה הייצוגית במקרים מסוג זה טומן בחובו חיסכון משמעותי בעלויות החברתיות הכוללות של הפעלת המערכת להטלת אחריות – לרבות עלויות ההתדיינות של הצדדים והעלויות המנהליות הכרוכות בהפעלתה של מערכת בתי-המשפט – מאחר שהשימוש בתביעה הייצוגית מיתר הגשה חוזרת ונשנית של תביעות אישיות לפיצויים שיסודן בהתנהגות עוולתית משותפת, והמציבות אפוא שאלות זהות של עובדה ומשפט.

חרף התועלות החברתיות האמורות, שימוש בתביעה הייצוגית במקרים אלה נתקל על-פני-רוב ברתיעה מסוימת מצד בתי-המשפט ומצידם של ניזוקים. ניתן להבין רתיעה זו – אם כי לא להצדיקה – על רקע העובדה ששימוש בתביעה הייצוגית במקרים אלה נראה בעיני רבים כאמצעי שמגביל באופן משמעותי את זכות ההשתתפות של הניזוק או באופן כללי יותר את זכותו של אדם ליומו בבית-המשפט. עם זאת, נראה שמדיניות שיפוטית המגבילה את השימוש בתובענות ייצוגיות במקרים אלה אינה ראויה מבחינה חברתית. שני טעמים תומכים במסקנה זו: ראשית, כל ניזוק רשאי לשמר ולממש את זכויותיו הדיוניות בגדרה של תביעה אישית על-ידי מימוש זכותו לפרוש מן הקבוצה (opt-out). שנית, השימוש בתביעה הייצוגית במקרים מסוג זה עשוי להגדיל את רווחתו האישית של הניזוק באופן משמעותי, הן על-ידי מתן פיצוי מיטבי והן על-ידי יצירת הרתעה מיטבית. בהינתן הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי לאכיפת החוק, השגתן של תוצאות אלה – והגידול בסך הרווחה האישית של הניזוק – אינה אפשרית בגדרה של תביעה אישית.

(ג) קבוצת ניזוקים הטרוגנית: תמהיל של נזקים בני-תביעה אישית ונזקים שאינם בני-תביעה אישית

קבוצת המקרים השלישית והאחרונה שבה אכיפת חוק על-דרך שימוש בתביעה הייצוגית נמצאת ראויה מבחינה חברתית עניינה באוכלוסיות ניזוקים הטרוגניות שהנזק שנגרם בהן

לחלק מן הניזוקים הוא פעוט ולא-בר-תביעה בגדרה של תביעה אישית מחמת שוויון הכלכלי הנמוך, בעוד נזקם של ניזוקים אחרים באוכלוסייה הינו ממשי ובר-תביעה. יסודה של התועלת החברתית הצומחת משימוש בתביעה הייצוגית במצב זה נעוץ בפועלם המשותף של (א) התמריץ הפרטי הגבוה של עורך-הדין להגשת תביעה לפיצויים בסכום המשקף את הנזק המצרפי שנגרם, יחד עם (ב) התמריץ הפרטי הגבוה של עורך-הדין להשקעה בתביעה משהוגשה. שילובם של תמריצים אלה מביא לידי הטלת אחריות על המעוול לגודלו האמיתי של הנזק המצרפי שנגרם לאוכלוסיית הניזוקים, תוצאה המצויה בבסיסם של הרתעה מיטבית ופיצוי מיטבי.

זאת ועוד: חרף העובדה שעילת תביעה משותפת קיימת ביחס לכל הניזוקים באוכלוסייה, היקף הנזק האישי באוכלוסייה הטרונגית משתנה בין ניזוק אחד למשנהו. מקרים אלה מתאפיינים אפוא בקיומן של שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי קבוצה, מחד גיסא, לצידן של סוגיות אישיות של עובדה ומשפט המשותפות בין ניזוקים בקבוצה, מאידך גיסא. עם זאת, נראה שאין בקיומן של שאלות אישיות של עובדה ומשפט שאינן מהותיות כדי לסכל את השימוש בתביעה הייצוגית לאכיפת החוק במקרים מסוג זה ואת הפקת התועלת החברתית הנצמחת ממנה.¹⁸⁵

ראשית, קיומה של שונות בגובה הנזק של ניזוקים בקבוצה אינו שומט את הקרקע מתחת לאפשרות לנצל יתרונות של גודל ביחס לשאלות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה על-מנת להגדיל את ההשקעה המצרפית בהתדיינות בשאלות אלה. שנית, במצבים מסוימים ניתן לנצל מידה מסוימת של יתרונות של גודל מקום ששאלות אישיות של עובדה ומשפט שאינן משותפות לכלל חברי הקבוצה המיוצגת משותפות לחבריהן של תת-קבוצות. במצב זה, בית-המשפט יכול להפעיל את שיקול-דעתו על-מנת להתוות את מתכונת ההתדיינות באופן שיש בו כדי לאפשר ניצול יתרונות של גודל כאמור גם מקום ששאלות אישיות של עובדה ומשפט אינן משותפות לכלל הקבוצה.¹⁸⁶ שלישית, התדיינות ייצוגית אינה מחייבת התעלמות גמורה משאלות אישיות של עובדה ומשפט המשפיעות על גובה הנזק של ניזוקים בקבוצה.¹⁸⁷

185 אכן, אחד התנאים המוקדמים לאישור הגשת תביעה אישית כתביעה ייצוגית הוא קיומן של שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה. ראו, למשל: סעיף 16ב(א)(2) לחוק הבנקאות, לעיל הערה 18; סעיף 246ב(2) לחוק ההגבלים העסקיים, לעיל הערה 9; סעיף 210א(2) לחוק החברות, לעיל הערה 9. הוראות חוק אלה ודומותיהן מלמדות כי מקום שהתקיימו יתר התנאים המוקדמים, קיומן של שאלות אישיות של עובדה ומשפט שאינן מהותיות אינו מהווה טעם טוב לדחיית בקשה לאישור הגשתה של תביעה ייצוגית.

186 ראו, למשל, תקנה 7(4) לתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לענין תובענה ייצוגית), לעיל הערה 18, המסמיכה את בית-המשפט ליתן הוראות בענין הדיון במסגרת החלטה המאשרת הגשת תביעה כתביעה ייצוגית.

187 ראו תקנות 9(א) ו-7(ג) לתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לענין תובענה ייצוגית), שם, שלפיהן, משהחליט בית-המשפט כי הוכחה עילת התביעה, הוא רשאי להורות שכל חבר בקבוצה יוכיח את זכותו לסעד המבוקש על-ידי פירוט הנזק שנגרם לו (באמצעות תצהיר

סיכומו של דבר, שימוש בתביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק בקבוצות המקרים האמורות נמצא רצוי מבחינה חברתית מאחר שיש בו כדי להגדיל את רווחתם האישית של פרטים בחברה ואת הרווחה החברתית המצרפית.

סוף דבר: קווים מנחים לעיצוב הסדרה משפטית ושיפוטית ראוייה של התביעה הייצוגית בישראל

פעילות חברתית בחברת ההמונים – לרבות ייצור המוני של מוצרים והספקה המונית של שירותים על-ידי גופים פרטיים וציבוריים, רשויות מנהליות וישויות שלטוניות – טומנת בחובה השפעות משמעותיות על הרווחה האישית של פרטים בחברה ועל הרווחה החברתית המצרפית. ייצור המוני של מוצרים ושירותים, תוך ניצול יתרונות של גודל, מביא לידי

הקטנת העלות הממוצעת והמחיר של יחידת מוצר או שירות, ומוביל אפוא להגדלת הצריכה והרווחה האישית והחברתית.¹⁸⁸

לצידה של התועלת החברתית הכרוכה בה, פעילות חברתית בחברת ההמונים טומנת בחובה פוטנציאל להשפעות שליליות מקיפות על הרווחה האישית והמצרפית. החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק – שמקורה באי-נקיטה מספקת באמצעי זהירות מוקדמים לצמצום תוחלת הנזק – עלולה להסב נזק לניזוקים רבים, בין לגופם ובין לממונם.¹⁸⁹

או בדרך אחרת). סעיף 218(ב) לחוק החברות, לעיל הערה 9, מסמיך את השר הממונה על ביצועו של החוק להתקין תקנות בדבר הדרכים להוכחת הנזק של כל אחד מן הנמנים עם הקבוצה. הסמכה זוהי מצויה בסעיף 35(ב) לחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 9.

188 ייצור המוני של מוצרים תוך ניצול יתרונות של גודל הביא לידי ירידת המחיר של מכוניות מסוג "Model T" שיוצרו על-ידי הנרי פורד בעשורים הראשונים של המאה העשרים. בעוד שמחירה של המכונית בשנה הראשונה לייצורה – שנת 1908 – היה \$850, גרמה הגדלת היקף הייצור לכדי ייצור המוני, בשנת 1916 לירידת המחיר ל-\$360. גידול בהיקף הייצור וניצול מואץ של יתרונות של גודל גרמו להורדה נוספת בעלות המכונית, עד כי בשנת 1924 היה ניתן לרכוש ב-\$290 בלבד. ניצול יתרונות של גודל המובנים בתהליך הייצור ההמוני לא רק שגרמו לירידה בעלות הממוצעת של מכונית, אלא גם אפשרו להשקיע משאבים רבים בפיתוח ובשיפור. ראו: Thomas K. McCraw, "American Capitalism" in *Creating Modern Capitalism: How Entrepreneurs, Companies, and Countries Triumphed in Three Industrial Revolutions*, (Cambridge, Thomas K. McCraw ed., 1995) 303, 325–326.

189 ראו לעיל הערה 62.

על רקע האמור, זיהוי הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות כאמצעי לאכיפת החוק – והעדר תמריץ חזק דיו להגשת תביעות אישיות לפיצויים על נזק שנגרם עקב התממשות סיכונים שיטתיים ולהשקעה של משאבים לצורך הוכחתה של עילת התביעה והטלת האחריות על המעוול לגודלו האמיתי של הנזק – מלמד כי אכיפת החוק צפויה להיות תת-מיטבית מבחינה חברתית. השגה תת-מיטבית של הרתעה פרטנית (specific deterrence) והרתעה כללית (general deterrence) אינה רצויה מבחינה חברתית מאחר שאין בה כדי ליצור תמריץ הולם לנקיטה מספקת באמצעי זהירות מוקדמים לצמצום תוחלת הנזק המצרפית; פיצוי תת-מיטבי אינו רצוי אף הוא מאחר שאין בו כדי להטיב באופן מלא את נזקם של פרטים שנפגעו מהתממשות הסיכונים. נקל אפוא לראות שתוצאות אלה עומדות למכשול בפני הגדלת הרווחה האישית והשאת הרווחה החברתית המצרפית.

המאפיינים הייחודיים של התנהגות יוצרת-סיכונים בחברת ההמונים – דהיינו, החצנה המונית ושיטתית של סיכונים לנזק – משווים לבעיית הפער המובנה ותת-האכיפה ממדים חסרי תקדים: ראשית, החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק מגדילה את ההשפעה המצרפית השלילית של אכיפה תת-מיטבית, ובכלל זה הרתעה ופיצוי תת-מיטביים, על הרווחה החברתית המצרפית. שנית, החצנה המונית של סיכונים שיטתיים לנזק מקנה למעוולים המוניים יכולת מובנית ואסימטרית לנצל יתרונות של גודל, ויוצרת אפוא אסימטריה בתמריצי ההשקעה ובגודל ההשקעה של הצדדים. אסימטריה בגודל ההשקעה פועלת לטובת המעוול המסוים והמעוולים-בכוח ועומדת אפוא למכשול בפני אכיפת חוק מיטבית, מאחר שהיא גורמת להטיה עקרונית בקביעת ממצאים עובדתיים ומסקנות משפטיות לטובת מעוולים ולהחרפת ההשלכות השליליות של בעיית התת-אכיפה על הרווחה החברתית המצרפית.

הדברים האמורים מובילים למסקנה שפתרון בעיית התת-אכיפה טומן בחובו תועלת חברתית רבה.

כשירותה של התביעה הייצוגית להביא לידי צמצום הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי בהפעלת המערכת להטלת אחריות – ובכלל זה התמריץ להגשת תביעה והתמריץ להשקעה בתביעה משהוגשה – היא פועל יוצא של שילוב שני עקרונות כלכליים המונחים בבסיסה. אלה כוללים (א) יזמות כלכלית בהפעלת המערכת להטלת אחריות וכן (ב) אפשרות לניצול יתרונות של גודל בהשקעת משאבים באכיפת החוק.

שילובם של עקרונות אלה במוסד התביעה הייצוגית מסייע להשגת הפתרון בדרכים אחדות. (א) יוצר תמריץ פרטי גבוה להגשת תביעות לפיצויים על נזק שנגרם עקב החצנה המונית של סיכונים שיטתיים שהתממשו גם מקום שמדובר בנזקים פעוטים שאינם בני-תביעה באופן אישי; (ב) מספק תמריץ פרטי גבוה להגדיל את ההשקעה המצרפית בהתדיינות בתביעה, בין שמדובר בנזקים פעוטים שאינם בני-תביעה באופן אישי ובין שמדובר בנזקים ממשיים ובני-תביעה, על-מנת להוכיח את עילת התביעה ולהביא לידי כך שמעוולים יישאו באחריות למלוא הנזק שגרמו; ולבסוף (ג) יוצר סימטריה בתמריצי ההשקעה – ובגודל ההשקעה הנגזרת – של הצדדים להתדיינות באופן שתוצאות

ההתדיינות (לרבות קביעות עובדתיות ומסקנות משפטיות) אינן עשויות עוד לשקף הטיה עקרונית לטובת המעוול המסוים ומעוולים בכוח בעתיד.

התיאוריה הכללית בדבר התועלת החברתית שבשימוש במוסד התביעה הייצוגית כמכשיר לאכיפת חוק חושפת את ההצדקות התיאורטיות המונחות בבסיס הרציות החברתית של מוסד זה כאמצעי להפעלת המערכת להטלת אחריות. עם זאת, התיאוריה מוסיפה וחושפת בעיות מובנות אחדות במוסד התביעה הייצוגית. שלוש סיבות עצמאיות מובילות למסקנה שהפתרון הקיים בגדרו של מוסד התביעה הייצוגית אינו מושלם (first-best solution) מבחינה תיאורטית.¹⁹⁰

ראשית, מוסד התביעה הייצוגית אינו מביא לידי צמצום מוחלט של הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות מאחר שהתמריץ שניתן בגדרו להפעלת המערכת נגזר מהתועלת הפרטית של קבוצת הניזוקים המיוצגת בתביעה, ולא מהתועלת החברתית המצרפית מאכיפת החוק (הכוללת, נוסף לניזוקים המיוצגים, את התועלת הנצמחת לניזוקים בכוח מהרתעה כללית).

שנית, אין בתביעה הייצוגית כדי להביא לידי צמצום מוחלט של הפער המובנה שקיים בין התמריץ הפרטי לזה החברתי מאחר שהתמריץ של עורך־הדין הייצוגי – בדומה לתמריצים הפרטיים של הניזוקים שהוא מייצג – להפעלת המערכת נגזר משקילת עלויות ותועלות פרטיות שלו ומותר אפוא מקום למידה מסוימת של פער בין התמריץ הפרטי לזה החברתי. בעיה זו דומה לבעיית הנציג הכרוכה בשימוש בתביעה הייצוגית, אך אינה זהה לה מבחינה אנליטית. מכל מקום, בעיה זו מביאה לידי כך שאכיפת החוק עודנה צפויה להיות תת־מיטבית (במידה מסוימת) חרף השימוש בתביעה הייצוגית.¹⁹¹

שלישית, יש בתביעה הייצוגית כדי ליצור פערים מובנים וחדשים בין התמריץ הפרטי של עורך־הדין הייצוגי, מחד גיסא, לבין התמריץ החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות, מאידך גיסא, פערים שעשויים למצוא את ביטויים בתביעות סחטניות, בהטלת אחריות על נתבעים חפים ובהרתעת־יתר. יסודה של בעיה זו בעובדה שהתמריץ הפרטי של עורך־הדין הייצוגי להפעלת המערכת עשוי להיות, במצבים מסוימים, גבוה יתר על המידה מן התמריץ החברתי. מצב זה גורם לאכיפת חוק יתרה (על־מיטבית) מבחינה חברתית, ואינו עולה אפוא בקנה אחד עם השאת הרווחה החברתית המצרפית. יישום התובנות הכלליות שפותחו במהלך הדיון מוביל לכמה מסקנות נורמטיביות ראשוניות וכלליות באשר להסדרה המשפטית של מוסד התביעה הייצוגית.

190 שלוש הבעיות משקפות צדדים שונים של אותו מטבע, דהיינו, קיומו של פער מובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי להפעלת המערכת להטלת אחריות.

191 במצב דברים זה, השימוש בתביעה הייצוגית מגדיל את הרווחה החברתית המצרפית, אך אינו מבטיח את השאת גודלה. מוסד התביעה הייצוגית מחליף אפוא פער מובנה אחד (בין התמריץ של הניזוקים לבין התמריץ החברתי) בפער מובנה אחר (בין התמריץ של עורך־הדין הייצוגי לבין התמריץ החברתי).

1. הסדרה כללית או מיוחדת של מכשיר התביעה הייצוגית

מאחר שהתביעה הייצוגית מספקת מכשיר לאכיפת חוק, העשוי, כפי המוצע במאמר, לשמש נדבך חשוב למערכת אכיפת החוק בתחומים שונים של עשייה ופעילות חברתית, נראה כי ראוי להסדיר את השימוש בתביעה הייצוגית באופן כללי, שאינו מגביל את השימוש לתחום זה או אחר. הסדרה משפטית כללית טומנת בחובה יתרונות מספר. ראשית, הסדרה כללית תתרום להתפתחות דין ותורת משפט של תביעות ייצוגיות באופן שיפחית את מידת אי-הוודאות באשר לסיכויים לאישור התביעה כייצוגית, גודל ההשקעה הנדרשת במהלך ההליך, משך ההליך, אופן פסיקת שכר-הטרחה לעורך-הדין הייצוגי והחזר הוצאות ועלויות לעורך-הדין הייצוגי. התפתחות זו תביא לידי הקטנת הסיכון הכלכלי הטמון בהגשת תביעות ייצוגיות. שנית, הסדרה כללית תסלול את הדרך לאכיפת חוק ייצוגית בתחומים רבים (כגון זכויות-אדם, עשיית עושר ולא במשפט, וכולי) שאין בהם כיום הסדרה מיוחדת של מכשיר התביעה הייצוגית. הסדרה כללית כאמור מקבלת משנה חשיבות נוכח פסיקת בית-המשפט העליון בעניין א.ש.ת.¹⁹² שלפיה תקנה 29¹⁹³ אינה משמשת אכסניה כללית לתביעה הייצוגית בישראל.¹⁹⁴ עם זאת, הסדרה כללית כאמור אינה מונעת פיתוח ועיצוב של כללים מיוחדים שיחולו על התדיינות ייצוגית בתחומים שונים.¹⁹⁵ הצעת-חוק תובענות ייצוגיות,¹⁹⁶ המונחת עתה על שולחנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת בטרם תובא לקריאה ראשונה, מהווה צעד ראשון ביישום גישה זו. אולם הצעה זו לוקה בכשל בולט שיסודו בעובדה שהחוק המוצע אינו מחליף את ההסדרים המיוחדים הקיימים, אלא מותיר אותם על כנם, ומצריך אפוא את בית-המשפט להחליט אם קיימת סתירה בין ההסדר שבחוק הכללי לזה שבחוק המיוחד.¹⁹⁷ בעניין זה, תזכיר הצעת

192 עניין א.ש.ת., לעיל הערה 15.

193 סעיף 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לעיל הערה 15.

194 לדיון בפסיקת בית-המשפט ראו לעיל הערה 15.

195 בארצות-הברית, הסדרה מיוחדת של התדיינות ייצוגית בתחומים שונים נעשית במסגרת חקיקה מיוחדת, שחלה נוסף על הוראותיו של Rule 23. ראו, למשל: Private Securities Litigation Reform Act of 1995 (הסדרה מיוחדת של תביעות ייצוגיות בעילות שיסודן בדיני נירות-ערך) ו-Class Action Fairness Act of 2005 (הסדרה מיוחדת של תביעות ייצוגיות בעילות שיסודן בדיני הגנת הצרכן).

196 הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003, לעיל הערה 3.

197 ראו סעיף 13 להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, שם. ההסדר שבסעיף זה קובע כי מקום שבו חוק מתיר הגשת תובענה ייצוגית לסעדים המוקנים לפי אותו חוק, תוגש התובענה על-פי הוראות החוק המיוחד, אולם היכן שאין סתירה בין ההוראות של חוק תובענות ייצוגיות להוראות החוק המיוחד, יושלמו הוראות החוק המיוחד לפי האמור בחוק תובענות ייצוגיות והתקנות שיותקנו מכוחו.

חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 (הצעת חוק ממשלתית), מציע הסדר עדיף, מאחר שהתזכיר מציע להחליף לחלוטין את כל ההסדרים המיוחדים בהסדר אחד וכללי.¹⁹⁸

2. היקף הפרישה הענייני של מכשיר התביעה הייצוגית

בהתקיים תנאים מסוימים, השימוש בתביעה הייצוגית עשוי להשיא תועלת חברתית רבה שיסודה באכיפת חוק מיטבית, בצמצום העלויות החברתיות הכוללות הכרוכות בהפעלתה של מערכת ההתדיינות האזרחית ובהפרטת אכיפת החוק כמענה למשאבים דלים או תמריצים חסרים של רשויות האכיפה הציבוריות, המביאים לידי כך שהוראות דין אינן נאכפות.¹⁹⁹ לנוכח התועלת החברתית, ראוי לשקול מהו היקף הפרישה הענייני הראוי של התביעה הייצוגית. לטעמי, ראוי לבחון את השימוש בתביעה הייצוגית כאמצעי אכיפה בתחומי פעילות חברתית שונים מעבר לאלה המוסדרים באופן מפורש על-ידי החקיקה הקיימת בישראל. כך, למשל, ראוי לבחון את השימוש בתביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפתם של דיני הגנת הפרטיות, דיני המס וזכויות שיסודן במשפט המנהלי והחוקתי. כמובן, אימוץ הסדרה משפטית כללית של מכשיר התביעה הייצוגית, כפי שתואר לעיל, עשוי ליתן מענה כולל הולם.

3. קשת המקרים המתאימים לאכיפת חוק על-דרך התביעה הייצוגית

בניגוד לדעה הרווחת בארץ, המקרים הראויים מבחינה חברתית לאכיפת חוק ייצוגית אינם מוגבלים לנוזקים פעוטים שאינם בני-תביעה מחמת שוויים הכלכלי הנמוך. למעשה, ראוי להשתמש בתביעה הייצוגית על-מנת לברר לא רק תביעות בגין נזקים קטנים שאינם בני-תביעה אישית, אלא גם – ובעיקר – תביעות בגין נזקים ממשיים חרף היותן כדאיות כלכלית מבחינתו של התובע הבודד. ראשית, אישור התביעה כתביעה ייצוגית מאפשר לעורך-הדין הייצוגי להשקיע משאבים רבים בניהול התביעה שהתובע הבודד ועורך-דינו אינם יכולים להשקיע. גם מקום שעורך-הדין מייצג לקוחות אחדים בעלי תביעות דומות אין בידו לנצל באופן מיטבי יתרונות של גודל ולהשקיע בתביעה בהתאם. זאת ועוד: חרף כדאיותה של התביעה האישית, התובע הבודד ועורך-דינו לא ישקיעו משאבים מספיקים בניהול התביעה באופן דומה להשקעה הצפויה של החברה הנתבעת מאחר שהפער המובנה

198 ראו סעיפים 28-35 לתזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.
199 עורכי-דין ייצוגיים טוענים לא-אחת כי הגשת תביעות ייצוגיות היא נדבך חשוב במערכת אכיפת החוק מקום שאכיפה ציבורית על-ידי רשויות האכיפה אינה מספקת מחמת תקציבים שאינם מספיקים. ראו: Paul M. Barrett "Civil Action: Why Americans Look to the Courts to Cure the Nation's Social Ills" *The Wall Street Journal* (4.1.2000) at A1.

בין התמריץ הפרטי והאינטרס החברתי נותר על כנו, ועומד על-כך לרועץ בפני אכיפת חוק מיטבית. לפיכך, ההשקעה המתאפשרת בגדרה של התביעה הייצוגית תגדיל באופן משמעותי את תוחלת הזכייה ותביא לידי כך שהאחריות של המעוול תשקף בקירוב את הנזק המצרפי שנגרם לאוכלוסיית הניזוקים. תוצאה זו משרתת את מטרת ההרתעה (הפרטנית והכללית) המונחת בבסיס אכיפת החוק, ויש בה כדי להביא לידי מתן פיצוי מיטבי ששיעורו מתקרב (ובהינתן השקעה מיטבית – אף יהיה זהה) לגודלו האמיתי של הנזק שנגרם. שנית, ניהול התדיינות ייצוגית כתחליף לניהול תביעות אישיות בגין נזקים ממשיים טומן בחובו יתרון חברתי נוסף שיסודו בהקטנת העומס השיפוטי, נפה ההתדיינות ועלות הניהול הכוללת של תביעות רבות בעלות בסיס משותף.²⁰⁰

4. השפעת ההסדרה המשפטית של התביעה הייצוגית על התמריצים לאכיפת החוק

ככלל, ההסדרה המשפטית של מכשיר התביעה הייצוגית והמדיניות השיפוטית ביחס לאישור תובענות ייצוגיות, ובמיוחד ביחס לפסיקת שכר-טרחה, טומנת בחובה שת השפעות מרכזיות שחשוב לעמוד על טיבן: ראשית, ההסדרה המשפטית (והמדיניות השיפוטית של בתי-המשפט ביישום ההסדרה המשפטית) קובעת אילו תביעות יאשרו כתביעות ייצוגיות ואילו לא; מתווה את ההיקף של עלות ההליך ושל היקף ההשקעה הנדרש מעורך-הדין על-מנת לאשר תביעה כתביעה ייצוגית ולנהלה באופן ראוי, עד להשגת הסדר פשרה בעבור הקבוצה; משפיעה על מידת הסיכון הכלכלי הכרוך בהשקעה הממונית והאינטלקטואלית בייזום, פתיחה וניהול של הליך תביעה ייצוגי; ויוצקת קווים מנחים לתגמול היזום המשפטי על ההשקעה הממונית והאינטלקטואלית באכיפת החוק במסגרת ההליך הייצוגי. שנית, ובזמנית, ההסדרה המשפטית מוסיפה ומשפיעה על התמריצים המקדמיים של עורכי-דין לפעול לאיתורן של הפרות חוק, להשקיע באיסוף מידע ובמחקר וליזום הליכי אכיפה ייצוגיים חרף הסיכון הכלכלי הכרוך בהשקעה. לשון אחרת: ההסדרה המשפטית של התביעה הייצוגית טומנת בחובה הן השפעה פנים-הליכית והן השפעה חוץ-הליכית. הסדרה משפטית ראויה צריכה אפוא לאזן בין השפעות אלה על-מנת להביא לידי אכיפת חוק מיטבית. כך, למשל, הסדרה משפטית ראויה של דרישות-הסף לאישור תביעה ייצוגית צריכה לאזן בין שתי השפעות נוגדות: מחד גיסא, (א) יצירת תמריץ בלתי-רצוי להגשת תביעות סחטניות וחסרות בסיס; ומאידך גיסא, (ב) יצירת תמריץ בלתי-רצוי להימנע מהשקעה מוקדמת באיתור הפרות חוק המוניות ובייזום של מערכת אכיפת החוק בגדרה של התביעה הייצוגית.

200 היגיון כלכלי זה מסביר את התועלת החברתית שבשימוש בתביעה הייצוגית לאכיפת החוק על החצנה המונית של סיכונים שיטתיים שגרמה נזקים פעוטים שאינם בני-תביעה מחמת שוויים הכלכלי הנמוך, לצדם של נזקים ממשיים ובני-תביעה באופן אישי.

5. מדיניות משפטית ושיפוטית באישור תביעות ייצוגיות

ככלל, מדיניות ראויה צריכה לאפשר שימוש במכשיר התביעה הייצוגית מקום שניזוקים רבים נפגעו עקב החזנה המונית והתממשות של סיכונים שיטתיים לנזק, שכן קיומו של פער מובנה בין התמריץ הפרטי לתמריץ החברתי צפוי להביא לידי אכיפת חוק תת-מיטבית, על ההשלכות והתוצאות החברתיות הנגזרות ממנה. לפיכך, על בתי-המשפט בישראל ליישם את התנאים המקדמיים הקבועים בחוק לאישור תביעה ייצוגית באופן שיאפשר לקבוצה המוצעת לנצל יתרונות של גודל באכיפת החוק, ויביא לאיחוי הפער המובנה בין התמריץ הפרטי לזה החברתי באכיפת החוק. יישומה של גישה זו מוביל לכמה מסקנות ראשוניות:

(א) תום-לב

יסוד תום-הלב בהגשת תביעה ייצוגית אינו מתקיים מקום שהגשת התביעה הינה קנטרנית או סחטנית, או מקום שעורך-הדין המבקש לייצג את הקבוצה או התובע הייצוגי ידעו על הפרת החוק, אך נמנעו מלהתריע עליה או לא מנעו את תוצאותיה.

(ב) גודל הקבוצה

גודלה של קבוצת התובעים המצדיק אישור תביעה כייצוגית אינו חייב להיות עצום. כפי שהוסבר, אישור של תביעה ייצוגית בשם קבוצה המונה אך עשרות אחדות של ניזוקים עשוי להצמיח תועלת חברתית משמעותית באכיפת החוק ולצמצם את העלויות הכוללות של הפעלת המערכת לאכיפת החוק.

(ג) שאלות מהותיות של משפט ועובדה המשותפות לקבוצה

ככלל, אין בקיומן של שאלות אישיות של עובדה ומשפט שאינן מהותיות כדי לסכל את השימוש בתביעה הייצוגית. שאלות אישיות של משפט ועובדה שאינן מהותיות ואינן חותרות תחת הבסיס המשותף של הקבוצה עשויות לכלול, למשל, שונות בגובה הנזק האישי וטענות הגנה נגד חברי קבוצה, לרבות התיישנות אפשרית של תביעותיהם האישיות. יתר-על-כן, ראוי שבית-המשפט יפעיל את שיקול-דעתו על-מנת להתוות את מתכונת ההתדיינות באופן שיש בו לאפשר ניצול יתרונות של גודל גם ביחס לשאלות שאינן משותפות לכלל הקבוצה, אך משותפות לחלק מהקבוצה.

(ד) סיכויי ההצלחה בתביעה

ככלל, עיצוב הכלל המשפטי שעניינו בחינת סיכויי ההצלחה בטרם תאושר התביעה כייצוגית צריך שיביא בחשבון קיומם של מנגנוני בקרה חלופיים (ראו להלן), לרבות שיקול-הדעת השיפוטי לא לאשר הסדר פשרה שהושג על-ידי הצדדים, בין מחמת שאינו

הוגן לקבוצה ובין מחמת שאינו הוגן לנתבע (תביעה סחטנית). מחד גיסא, הצבת רף גבוה מדי עשויה למנוע את הגשתן של תביעות־סרק ותביעות סחטניות, אך עלולה בד בבד, להביא לידי כך שתביעות שיש בהן ממש לא יוגשו. מאידך גיסא, הצבת רף נמוך מדי עלולה לפתוח את הצוהר לתביעות־סרק ותביעות סחטניות, אך תבטיח כי תביעות שיש בהן ממש לא יזנחו על־ידי עורכי־דין ייצוגיים.

(ה) התביעה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת

ככלל, העובדה שמכשיר התביעה הייצוגית מגביל במידת־מה את הזכויות הדיוניות האישיות של חברי הקבוצה (שבחרו לא לפרוש מן הקבוצה) אינה, כשלעצמה, הופכת את השימוש בתביעה הייצוגית לבלתי־הוגן; חברי הקבוצה רשאים לפרוש מן הקבוצה, לשמר את זכויותיהם הדיוניות ועילות התביעה שלהם ולכלכל את צעדיהם בהתאם. לפיכך, בהעדר טעמים אחרים, נראה כי התביעה הייצוגית עדיפה על מכשירי התדיינות חלופיים, אישיים או קבוצתיים, מאחר שיש בה כדי להביא לאכיפת חוק מיטבית ולצמצום את העלויות החברתיות הכוללות הכרוכות בהפעלת המערכת לאכיפת החוק. זאת ועוד: בהינתן מנגנוני בקרה יעילים ותמריצי השקעה ראויים, התביעה הייצוגית מיטיבה את מצבם של חברי הקבוצה ומעלה את רווחתם האישית.

השאלה אם התביעה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת מעלה סוגיה נוספת בתביעות ייצוגיות המוגשות נגד המדינה ורשויות המנהל. במקרים מסוג זה יש לבחון בדקדקנות אם התחייבות המדינה ורשויותיה לכבד פסיקה הצהרתית של בג"ץ²⁰¹ או של בית־משפט אחר, התחייבות המייתרת לכאורה את התביעה הייצוגית, אכן מהווה, כפי שהמדינה טוענת, תחליף הולם להתדיינות ייצוגית, והופכת על־כך את התביעה הייצוגית לבלתי־יעילה בנסיבות העניין. נראה שקבלת הטענה ללא בדיקה לגופו של עניין עלולה לאיין את האפשרות להגיש תביעות ייצוגיות נגד המדינה ורשויותיה. למעשה, במצבים מסוימים, התביעה הייצוגית עשויה להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת חרף העובדה שהמדינה ורשויותיה מתחייבות לאכוף פסק־דין כאמור. כך, למשל כאשר חברי הקבוצה הפוטנציאלית נדרשים להשקיע משאבים לצורך אכיפת פסק־הדין על המדינה ורשויותיה, ויש סיכוי (כפי שתואר בהרחבה לעיל) שלא יעשו כן, ראוי שבית־המשפט ידחה את טענת המדינה ויאשר את התביעה כתביעה ייצוגית בהנחה שהתנאים האחרים לאישור מתקיימים אף הם.

6. פיתוח מנגנוני ביקורת יעילים

לנוכח התועלת החברתית הפוטנציאלית שבשימוש בתביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת

201 טיעון זה של המדינה היווה את אחד הנימוקים שבעטיים נדחתה הבקשה להכרת בתביעה ייצוגית בעניין א.ש.ת., לעיל הערה 15.

החוק, דחיית בקשה לאישור תביעה ייצוגית שיסודה בטעות (false-negative error) תקטין את הרווחה החברתית המצרפית. בדומה לכך, אישור תביעה כתביעה ייצוגית שיסודו בטעות (false-positive error) מקטין אף הוא את הרווחה החברתית המצרפית. הוא הדין בדחיית הסדר פשרה ראוי או באישור הסדר פשרה שאינו ראוי, בהתאמה. ראוי אפוא שמנגנוני ביקורת שיפוטית יעוצבו באופן הממוצר את ההסתברות לטעות משני הסוגים ואת סך עלויות הטעות, על-מנת להגדיל את הרווחה החברתית המצרפית. בעוד שהסיכוי לטעות באישור תביעה כתביעה ייצוגית או בדחיית בקשה לאישור תביעה כתביעה ייצוגית טומן בחובו עלות חברתית ראשונית בלתי-זניחה, טעויות מסוג זה אינן בלתי-הפיכות. ראשית, לבית-המשפט עומדת האפשרות לבטל אישור שניתן בטעות מקום שהוא מוצא במהלך ההליך, לאחר שכמות המידע הזמין הולכת ורבה, כי התנאים לאישור התביעה כייצוגית אינם מתקיימים. שנית, דחיית בקשה לאישור תביעה כתביעה ייצוגית אינה מקימה מעשה-בית-דין ואינה מונעת אפוא הגשת תביעה דומה על-ידי עורכי-דין אחרים. בשוק תחרותי, עורכי-דין המבקשים לפעול בשם הקבוצה עשויים לעקוב אחר תביעות תלויות ועומדות ולהגיש תביעה דומה מקום שהם סבורים כי בית-המשפט דחה בטעות בקשה לאישור תביעה כתביעה ייצוגית. לעומת זה, חרף העובדה שכמות המידע הזמין לבית-המשפט באשר לעילת התביעה הולכת ורבה במהלך ההתדיינות, וחרף העובדה שלבית-המשפט שיקול-דעת נרחב באשר לאישור הסדר הפשרה המוצע על-ידי הצדדים, הביקורת השיפוטית באישור הסדרי פשרה סובלת מכשל מבני, מאחר שלשופט, בניגוד לצדדים המתדיינים, יש לכל היותר מידע חלקי, ואין הוא מצוי לחלוטין (ולמעשה, אף אינו יכול לברר) את הערכת הסיכונים של הצדדים, הערכת שווי העילה (או העילות) וכיצד, בסופו של דבר, הכסף עובר בין החברה הנתבעת לקבוצה, לעורכי-הדין של הקבוצה, ולעיתים אף בחזרה לחברה הנתבעת. במצב דברים זה ברי כי הביקורת השיפוטית באישור הסדרי פשרה אינה חסינה בפני טעות, וכי עלות הטעות עלולה להיות גבוהה מאוד. ראוי אפוא שבמקביל לקיומה של ביקורת שיפוטית על הסדרי פשרה המובאים לאישור בית-המשפט, על בית-המשפט לעצב הסדרי שכר-טרחן המספקים תמריצים הולמים לעורכי-הדין של הקבוצה לשאת-ולתת על הסדר ראוי בשם הקבוצה.

7. קווים מנחים לפסיקת שכר-טרחן לעורכי-דין

הגמול הכלכלי הצפוי לעורך-הדין, לרבות הגמול הצפוי ממוניטין וניסיון מקצועיים ותרומתם של אלה לגמול עתידי ולהקטנת עלויות עתידיות (עקב ההתקדמות של עורך-הדין על-פני עקומת הלימוד), מונח בבסיס היוזמה המשפטית והכלכלית הכרוכה בשימוש בתביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת חוק והנכונות של עורך-הדין לשאת בסיכונים כלכליים משמעותיים לפני ההליך ובמהלכו. תפקידו המרכזי של שכר-הטרחן מלמד כי עיצוב מבנהו על-ידי בית-המשפט הינו עניין רב-חשיבות בגדרו של ההליך הייצוגי. לפיכך, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, ראוי שבת-המשפט ייתנו את דעתם על הגורמים

הבאים: ראשית, ראוי שפסיקת שכר-הטרחה (או מבנה שכר-הטרחה הנקבע על-ידי בית-המשפט מראש) תתגמל את עורך-הדין על הסיכון הכרוך בהגשת התביעה ובניהולה באופן שיתמרץ עורכי-דין אחרים להשקיע באכיפת החוק ולשאת בסיכונים דומים בעתיד. שנית, על פסיקת שכר-הטרחה להביא בחשבון את היקף ההשקעה הממונית והאינטלקטואלית של עורך-הדין הפועל לטובת הקבוצה לפני ההליך הייצוגי ובגדרו, את אופן ניהול ההליך ואת רמתו המקצועית ונסיונו של עורך-הדין. שלישית, ראוי שפסיקת שכר-הטרחה תהיה פרוגרסיבית (מתקדמת) על-מנת להקטין את הסיכוי להסדרי פשרה מוקדמים ושאינם ראויים.

מסקנות אלה בדבר ההסדרה המשפטית הראויה של מוסד התביעה הייצוגית הינן בעלות אופי ראשוני בלבד, שכן עיצוב הסדרה משפטית ראויה מצריך התמודדות עם סוגיות נוספות. בכלל זה, הסדרה משפטית ראויה צריכה להתמודד עם פנים שונים של בעיית הנציג, לרבות השקעת משאבים נמוכה מדי (shirking) ואפשרות של קנוניה עם הצד שכנגד (collusion). מחקר נוסף על-אודות תמריצי ההשקעה של עורכי-הדין המבקשים לפעול ולהתמנות לעורכי-דין ייצוגיים, אופן השפעתם של תמריצי ההשקעה על תוצאותיה של אכיפת החוק והגורמים השונים שעשויים להשפיע על גודלם של תמריצים אלה יספק תובנות חיוניות לעיצוב ההסדרה המשפטית המיטבית של השימוש במוסד התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת חוק.