



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 8356/22

לפני: כבוד הנשיא יצחק עמית
כבוד השופטת דפנה ברק-ארז
כבוד השופטת רות רונן

המבקשת: היועצת המשפטית לממשלה

נגד

המשיבים: 1. שלמה גולן
2. עירית תמיר
3. רפי בר-עוז
4. Volkswagen AG
5. Audi AG
6. צ'מפיון מוטורס בע"מ

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 28.9.2022 (כבי' סגנית הנשיא, השופטת צ' צפת) בת"צ 756-10-15, ת"צ 4870-10-15 ות"צ 768-10-15

תאריך ישיבה: ו' בניסן התשפ"ד (14.4.2024)

בשם המבקשת: עו"ד אסנת דפנה; עו"ד נעה בר צבי; עו"ד חגית פלאוט באב"ד

בשם המשיבים 1-3: עו"ד מיכאל בך; עו"ד רון לדרמן; עו"ד גלעד הלר; עו"ד יעקב דוידוביץ'; עו"ד סימון אלישקוב; עו"ד אופיר עמיאל

בשם המשיבות 4-6: עו"ד רון פלג; עו"ד רונן זיו; עו"ד נועם גילאון; עו"ד יונתן רום

פסק-דין

השופטת רות רונן:

תובע ייצוגי מבקש להגיש תביעה בשם כל אזרחי מדינת ישראל, שעניינה בפליטת מזהמים עודפת במכוניות שאותן ייצרה יצרנית הרכב פולקסווגן (Volkswagen) ואשר נמכרו בישראל. האם ניתן לאשר תביעה ייצוגית בעוולת חשיפה

המונית כזו, ואם כן – באילו תנאים? זו השאלה המרכזית העומדת בבסיס המחלוקת בין הצדדים בבקשת רשות הערעור שלפנינו.

העובדות הרלוונטיות

1. בשנת 2015 נחשפה בארה"ב פרשה אשר זכתה לכינוי "דיזלגייט", בה נטען כי המשיבה 4 – קבוצת פולקסווגן – תכננה, פיתחה והטמיעה במנועי הדיזל מתוצרתה רכיב תרמיתי (defeat device). רכיב זה נועד לזייף את נתוני פליטת הגזים המזהמים מכלי הרכב בעת שמבוצעת בהם בדיקת מעבדה (להלן: הרכיב התרמיתי). כך, נטען כי הרכיב התרמיתי מזהה כאשר המכונית מצויה בבדיקת מעבדה, ומעביר את תצורת הפעולה של המנוע באופן זמני ל"מצב בדיקה". במצב זה יורדת רמת פליטת הגזים המזהמים, ובפרט תחמוצות חנקן (NOx), במטרה לעמוד ברף הפליטה המותר על פי התקן. בסיום הבדיקה מעביר הרכיב התרמיתי את המכונית בחזרה למצב פעולה רגיל – בו נפלטת כמות מזהמים העולה עשרות מונים על זו שנפלטת במהלך בדיקת המעבדה, והחורגת מהמותר על פי התקן.

יצוין כי המשיבה 5 – Audi AG – היא חברה בת של המשיבה 4 (להלן הן יכונה יחד: פולקסווגן), והמשיבה 6 – צ'מפיון מוטורס בע"מ – היא היבואנית הרשמית של מכוניות מתוצרת פולקסווגן בישראל (להלן: צ'מפיון; וכיחד עם המשיבות 4-5, הן יכונה להלן: המשיבות).

2. לאחר חשיפת הפרשה, דרשו הרשויות בישראל מהמשיבות לזמן את כלי הרכב בהם הותקן הרכיב התרמיתי ל"ריקול" (recall) כדי להסיר את הרכיב ולהוריד את פליטת הגזים המזהמים לרמה המותרת על פי התקן (להלן: הריקול). כן נקבע כי לא ניתן יהיה לחדש את רישיון הרכב למכוניות שלא ייקראו לריקול.

3. עם חשיפת הפרשה הוגשו בישראל מספר בקשות לאישור תביעה ייצוגית נגד המשיבות. בסופו של דבר הוחלט על איחוד הדיון בשלוש מתוכן (ת"צ 756-10-15; ת"צ 768-10-15; ת"צ 4870-10-15) – אשר הוגשו על ידי המשיבים 1-3 (להלן: התובעים המייצגים או התובעים), והיתר נמחקו. התובעים המייצגים היו בעת הרלוונטית בעליהן של מכוניות מסוג פולקסווגן בעלות מנועי דיזל, אשר הותקן בהן לכאורה הרכיב התרמיתי.

4. בתמצית, נטען בבקשת האישור כי היקף פליטת המזהמים מכלי הרכב בעלי מנוע דיזל מתוצרת פולקסווגן שהותקן בהם הרכיב התרמיתי (להלן: המכוניות או כלי הרכב) חורג מהתקן המותר בישראל – אשר אימץ את התקינה האירופית. בהתאם, נטען כי אילו הוצגו נתוני האמת של פליטת הגזים המזהמים ממכוניות אלה, הרי שהיה נמצא כי היא חורגת מהמותר ולא ניתן היה לשווק אותן בארץ. כן נטען כי הרכיב התרמיתי איפשר למשיכות לשווק את המכוניות כידידותיות לסביבה, בעוד שבפועל הן מזהמות הרבה מעבר לדרישות התקן.

בקשת האישור הוגשה בשם שתי קבוצות תובעים: הקבוצה הראשונה – כללה את כלל הציבור אשר נחשף וייחשף לזיהום אוויר עודף כתוצאה מהפליטה העודפת של גזים מזהמים מכלי הרכב (להלן: הקבוצה הראשונה); הקבוצה השנייה – כללה את כל מי שהיה, עודנו או יהיה הבעלים או המחזיק במכונית מתוצרת פולקסווגן אשר מותקן בה הרכיב התרמיתי. הואיל ובקשת רשות הערעור שלפנינו ממוקדת בקבוצה הראשונה בלבד – המשך הדיון להלן יעסוק בעיקר בעניינים הנוגעים אליה.

עילות התביעה עליהן התבססה בקשת האישור בכל הנוגע לקבוצה הראשונה הן, בין היתר, עוולות סביבתיות מכוח חוק אוויר נקי, התשס"ח-2008 (להלן: חוק אוויר נקי) והתקנות שהותקנו מכוחו, והחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992; עשיית עושר ולא במשפט; ופגיעה באוטונומיה של הפרט. בכל הנוגע לנזקים, נטען כי לחברי הקבוצה הראשונה נגרם נזק בשל חשיפה עודפת למזהמים, ובפרט לתחמוצות חנקן (NO_x) ממספר עצום של כלי רכב במשך שנים, באופן שפגע בזכותם לתנאי סביבה נאותים וגרם לנזקים בריאותיים. לצורך חישוב הנזק המצרפי, הציעו התובעים המייצגים להתבסס על מחקר של המשרד להגנת הסביבה משנת 2012 ביחס ל"חישוב העלויות החיצוניות של זיהום אוויר מתחבורה ומתעשייה בישראל", הנוקב בעלויות החיצוניות של פליטת מזהמים שונים, לרבות תחמוצות חנקן (NO_x), בהתחשב במשתנים שונים (להלן: תחשיב העלויות החיצוניות).

5. ביום 14.10.2018 הודיע היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) על התייצבותו להליך, בהתאם לסעיף 1 לפקודת סדרי דין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]; וביום 21.3.2019 הוגשה עמדתו. לטענת היועמ"ש, התובעים המייצגים אינם רשאים לתבוע בשם כלל הציבור בגין נזקים שנגרמו לו כתוצאה מזיהום אוויר. זאת, בהיותם אנשים פרטיים שאינם טוענים לנזק מיוחד שנגרם להם או לקניינם. נטען כי הגורם המתאים ביותר לתבוע במקרים אלה היא המדינה, וזאת בכובעה כמייצגת

את כלל הציבור הנפגע כולו מעצם הפגיעה בסביבה. בהקשר זה, הציג היועמ"ש שתי דוקטרינות הלקוחות מן המשפט המקובל – דוקטרינת המדינה כ"נאמן הציבור" ("Public Trust") ודוקטרינת המדינה כ"אבי האומה" ("Parens Patriae"). יתרה מכך, נטען כי מעמדה של המדינה כתובעת בשם הציבור מתחזק במקרה דנן. זאת מאחר שזיהום האוויר העודף מושא התובענה גרם גם לנזקים בהם נושאת המדינה באופן ישיר – כמי שאחראית על בריאות הציבור. משכך, טען היועמ"ש כי אין מקום לאשר את בקשת האישור בכל הנוגע לקבוצה הראשונה, ובמקומה יש לדון בתביעת המדינה שתוגש בהמשך.

6. למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 6.7.2020 אכן הוגשה על ידי המדינה תביעה לבית המשפט המחוזי נגד המשיבות ונגד נתבעת נוספת (ת"א 10672-07-20, להלן: תביעת המדינה). בהתאם לבקשת המדינה, עוכבו ההליכים בתביעתה – תחילה עד להכרעה בבקשת האישור ולאחר מכן עד להכרעה בבקשת רשות הערעור דנן.

תחשיב העלויות החיצוניות

7. כטרם אעמוד על החלטת בית משפט קמא ועל טענות הצדדים בבקשת רשות הערעור שלפנינו, אקדים ואבהיר את אחד המונחים בהם עושים הצדדים שימוש בטענותיהם בהתייחס לנזק הנטען שגרמה פולקסווגן כתוצאה מהזיהום המוגבר שיצרה – תחשיב העלויות החיצוניות.

8. כאמור, בינואר 2012 פרסם המשרד להגנת הסביבה דו"ח שעניינו "חישוב העלויות החיצוניות של זיהום אויר מתחבורה ומתעשייה בישראל". מטרתו של הדו"ח הייתה להעריך את המשמעות הכלכלית של פליטת מזהמים לאוויר בישראל בשל פגיעה בבריאות הציבור בלבד (מבלי להתחשב בעלויות החיצוניות של הזיהום כתוצאה מפגיעה בסביבה, בחי ובצומח). התחשיב אומד את העלויות החיצוניות של הזיהום במונחים של שקלים חדשים לטון פליטה של מזהמים, ובהם תחמוצות חנקן (NO_x), וזאת באמצעות שתי שיטות שונות: שיטה אחת נקראת "גישת העברת התועלות", ורכיביה העיקריים הם גודל האוכלוסייה המושפעת, צפיפות האוכלוסייה והרכבה, וכן התוצר הגולמי לנפש. על פי שיטה זו ניתן לחשב את ערך הנזק למזהם ספציפי ביחס לערים או אזורים בעלי מאפיינים שונים, וכן את הערך הממוצע לישראל. השיטה השנייה – המכונה "תגובה-מינון" – עושה שימוש בפונקציות תחלואה ותמותה האומדות את הקשר בין חשיפת הציבור למזהם מסוים בריכוזים שונים לבין כמות התחלואה והתמותה.

תחשיב העלויות החיצוניות עומד על ההשפעות הבריאותיות השליליות הנגרמות לבני אדם כתוצאה מחשיפה למזהמים שונים, בהתחשב במשתנים שונים כדוגמת גיל, רמות הסף מהן הזיהום מתחיל להשפיע, מבנה אורבני ועוד; ומעריך את העלות הכלכלית של השפעות אלה עבור הפרט.

החלטת בית משפט קמא

9. ביום 28.9.2022 קיבל בית המשפט המחוזי (כב' סגנית הנשיא, השופטת צ' צפת) את בקשת האישור. בפתח הכרעתו, ציין בית המשפט כי בהתאם לסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות), ופרט 6 לתוספת השנייה – ניתן להגיש כתביעה ייצוגית "תביעה בקשר למפגע סביבתי נגד גורם המפגע; לענין זה, 'גורם המפגע', 'מפגע סביבתי' – כמשמעותם בחוק למניעת מפגעים סביבתיים".

10. לאחר מכן, בחן בית משפט קמא האם קיימת אפשרות סבירה כי התביעה הייצוגית תתקבל. תחילה צוין כי אין חולק שהתקינה בישראל ביחס לפליטת גזים מזהמים מאמצת את התקינה האירופית. התקינה אוסרת על שימוש ברכיב המבצע מניפולציה על מערכת פליטת המזהמים בעת בדיקת מעבדה; ומגבילה את כמות הפליטה המותרת של מזהמים. כך, לפי תקן יורו 4 משנת 2004 – סך פליטת תחמוצות חנקן (NO_x) עמד על 0.25 גרם לק"מ; לפי תקן יורו 5 משנת 2009 – 0.18 גרם לק"מ; ולפי תקן יורו 6 משנת 2015 – 0.08 גרם לק"מ.

לאחר שבחן בהרחבה את מכלול הראיות שהוצגו לפניו, קבע בית המשפט כי הוכח לו במידה הדרושה לשלב זה, כי פולקסווגן הפרה את התקינה האירופית שכאמור אומצה בישראל. תקינה זו מחייבת ראשית – שמערכות פליטת המזהמים ברכב יפעלו באותו אופן הן בזמן בדיקת מעבדה והן בתנאי כביש ללא מניפולציות; ושנית – שרמת פליטת המזהמים לא תחרוג מהמותר בתקן. בהקשר זה, הבהיר בית המשפט כי עצם הפרת האיסור הראשון מקים חזקה לפיה הופר האיסור השני. זאת, שכן חזקה על פולקסווגן שלא הייתה מתקינה את הרכיב התרמיטי אילו עמדו כלי הרכב בתנאי התקן לפליטת מזהמים ללא השימוש בו. על כן, נקבע כי יש להעביר את נטל הבאת הראיה אל כתפיה של פולקסווגן להוכיח כי כלי הרכב עמדו בתקן לפליטת מזהמים אף ללא התקנת הרכיב התרמיטי – נטל בו היא לא עמדה. משכך, קבע בית המשפט כי קיימת אפשרות סבירה

שתתקבל הטענה לחריגה בפליטת תחמוצות חנקן (NO_x) מכלי הרכב מעבר למותר על פי התקן.

בהמשך, דן בית משפט קמא בטענה לקיומם של נזקים סביבתיים לכלל הציבור. הוא ציין כי מטרתם של תקני פליטת מזהמים, כמו גם של חוק אוויר נקי והתקנות שהותקנו מכוחו, היא לשמור על בריאות הציבור ועל הסביבה. לאחר שסקר את המחקרים שהוצגו לפניו ביחס להשפעת זיהום אוויר על הציבור, לרבות תחשיב העלויות החיצוניות, הגיע בית המשפט למסקנה כי הזיהום שנפלט מכלי רכב בכלל; ומכלי רכב בהם הותקן הרכיב התרמיטי בפרט – גורם לכאורה לנזק לציבור. בית המשפט הדגיש כי התקן המגביל את רמות פליטת המזהמים מכלי רכב נועד למנוע זיהום אוויר ולשמור על בריאות הציבור. לכן, לשיטתו, המשמעות היא שכל חריגה ממנו מקימה חזקה לפגיעה באיכות האוויר ובבריאות הציבור. על כן, נקבע כי הוכח לכאורה כי לחברי הקבוצה הראשונה נגרם נזק בשל חשיפה עודפת לפליטת מזהמים מכלי הרכב. זאת, בין היתר, תוך התבססות על המחקרים, חוות הדעת של המומחה מטעם המשיבות וחקירתו.

בכל הנוגע להיקף הנזק הממוני שנגרם, ציין בית המשפט כי בשלב הדיון בבקשת האישור אין מקום להידרש לכך. בשלב זה די בכך שקיימת אפשרות סבירה לקבלת הטענה כי המשיבות גרמו לנזקים סביבתיים של פליטת מזהמים בשיעור גבוה מהמוצאה על ידיהן, ובכך חשפו את הציבור – חברי הקבוצה הראשונה – לנזקים בריאותיים ולפגיעה בזכותם לתנאי סביבה נאותים.

11. משם עבר בית המשפט לדון בטענה לקיומם של נזקים בלתי ממוניים. לעניין זה, נקבע כי קיימת אפשרות סבירה לקבלת הטענה לפיה נגרם לחברי הקבוצה הראשונה נזק בלתי ממוני כתוצאה מחשיפה לא מודעת, שלא מרצון ובניגוד לחוק, לאוויר מזוהם יותר מההווה סיכון לבריאותם; וכן כתוצאה מעוגמת הנפש, הכעס והחרדה שהם חוו עם גילוי ההונאה שחשפה אותם לזיהום העודף.

12. בהמשך החלטתו, בחן בית משפט קמא את עילות התביעה השונות שעמדו בבסיס בקשת האישור. בכל הנוגע לטענות ביחס לביצוען של עוולות סביבתיות, ציין בית המשפט כי תכליתו של חוק אוויר נקי היא שיפור איכות האוויר וצמצום זיהומו, "למען הציבור ולמען הדורות הבאים בהתחשב בצורכיהם" (ראו סעיף 1 לחוק אוויר נקי). בהמשך לכך, צוין כי סעיף 3 לחוק אוויר נקי אוסר על גרימת זיהום אוויר חזק או בלתי סביר; כאשר זיהום אוויר יכול להיחשב כחזק או כבלתי סביר גם אם לא נרשמה חריגה

פורמלית מערכי הפליטה המחייבים שנקבעו מכוח חוק אוויר נקי. על כן, קבע בית המשפט כי יש לראות כל פליטת מזהמים גבוהה מזו הקבועה בתקן כזיהום אוויר בלתי סביר. כפועל יוצא, נקבע כי קיימת אפשרות סבירה שתתקבל הטענה כי במעשיהן גרמו המשיבות לזיהום אוויר בלתי סביר.

באשר לעילה של עשיית עושר ולא במשפט, ציין בית המשפט כי בענייננו מדובר במקרה בוטה במיוחד בו המשיבות התעשרו על חשבון חברי שתי הקבוצות. כך, המשיבות הפיקו רווח ממכירת כלי רכב שאסור היה לשווקם בישראל; נהנו מיתרונות שיווקיים כתוצאה מהצגת כלי הרכב הללו כידידותיים לסביבה וחסכוניים בדלק; וחסכו בהוצאות פיתוח. התעשרות זו, סבר בית המשפט, נעשתה בין היתר על חשבון חברי הקבוצה הראשונה אשר נאלצו לשאת בתוצאות הפליטה העודפת של גזים מזהמים.

13. זאת ועוד, בית משפט קמא קבע כי במקרה דנן מתקיימים גם יתר התנאים לאישור תביעה ייצוגית. כך, נקבע כי בקשת האישור מעוררת שאלות משותפות של עובדה או משפט ביחס לשתי הקבוצות. בכל הנוגע לקבוצה הראשונה, ציין בית המשפט כי הציבור בכללותו נחשף לכאורה לפליטת מזהמים עודפת המסכנת את בריאותו; וכי אף אם קיים שוני בחשיפה בין חברי הקבוצה כתלות במיקום גיאוגרפי – אין בכך כדי להוות מכשול, שכן ניתן יהיה לחלק את חברי הקבוצה לתת-קבוצות. עוד הדגיש בית המשפט כי התביעה הייצוגית משיגה את מטרתה ועולה בקנה אחד עם הרציונל העומד בבסיס ההליך הייצוגי. זאת, שכן יש להניח שאף אחד מחברי הקבוצה הראשונה לא ינהל תביעה אישית שכזו, הכרוכה בהשקעת משאבים והוצאות רבים. עוד הוסיף בית המשפט כי קיים קושי להוכיח קשר סיבתי פרטני, מה שעלול לייצר הרתעת חסר בכל הקשור למניעת זיהום עודף ואי-עמידה בדרישות התקן לפליטת מזהמים. משכך, הגיע בית המשפט למסקנה כי תביעה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. בנוסף, סבר בית המשפט כי יש יסוד להניח שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

14. לבסוף, דן בית משפט קמא בעמדת היועמ"ש. ראשית, ציין בית המשפט כי בקשות האישור נגד המשיבות הוגשו באוקטובר 2015, ובסמוך לאותו מועד ידעה המדינה על אודות הגשתן. חרף זאת, רק בשנת 2019, לאחר שהצדדים השקיעו מאמץ ומשאבים רבים בהליך, הגישה המדינה את עמדתה. כמו כן, רק בחלוף כשנה נוספת, לאחר שהצדדים כבר הגישו את סיכומיהם לבקשת האישור, הגישה המדינה את תביעתה. בנסיבות אלה סבר בית המשפט כי לא ניתן להתעלם מהשיהוי שנפל בהתנהלותה של

המדינה. הוא הוסיף כי המדינה לא הציגה הסבר מניח את הדעת לשיהוי האמור, וכי לא הייתה כל מניעה להודיע כבר בתחילת ההליך הייצוגי על כוונתה להגיש תביעה עצמאית.

בכל הנוגע לשיקולי מדיניות, צוין כי קבלת עמדת היועמ"ש עלולה ליצור אפקט מצנן לתובעים מייצגים פוטנציאליים ובאי כוחם, בשל החשש שמא לאחר שיושקעו על ידיהם משאבים משמעותיים בהגשת תביעה ייצוגית – המדינה תיטול מידיהם את התביעה שעמלו עליה. כפועל יוצא, סבר בית המשפט כי קבלת עמדת היועמ"ש תביא לצמצום דרמטי של תובענות ייצוגיות בתחום איכות הסביבה ותפגע באינטרס הציבורי. זאת מאחר שמקום בו לא תנקוט המדינה בהליך – המזהם ימשיך במעשיו והציבור יישא בתוצאות. עוד צוין בהקשר זה כי לעיתים המדינה או רשויותיה הן המזהמות, ולכן קביעה גורפת לפיה רק המדינה זכאית להגיש תביעות בגין נזקים סביבתיים – אינה מתקבלת על הדעת.

שנית, ציין בית המשפט כי לפי פרט 6 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש תובענות ייצוגיות בעניין מפגעים סביבתיים; והמחוקק אף בחר לעודד את הגשתן באמצעות פטור מתשלום אגרה. מכך נובע כי כלי התובענה הייצוגית מאפשר אכיפה אזרחית גם בתחום איכות הסביבה, ואין למדינה זכות בלעדית לנהל תביעות מסוג זה. לעניין זה הודגש כי לעיתים הכלי של תובענה ייצוגית הוא המביא לאכיפה, מקום בו המדינה אינה מצליחה לעשות את מלאכתה.

בנוסף, דחה בית המשפט את עמדת המדינה לפיה על התובעים המייצגים להוכיח "נזק מיוחד" שנגרם להם, המובחן מהנזק שנגרם לכלל הציבור. הוא ציין תחילה כי לגישתו – ספק אם ראוי כי נזק בריאותי "מיוחד" שנגרם לפרט יתברר במסגרת תובענה ייצוגית, שהרי הוא דורש כימות אינדיבידואלי המשתנה מאדם לאדם. עוד הדגיש בית המשפט כי היועמ"ש עצמו מאשר בעמדתו כי המדינה תבעה לא רק נזק שנגרם לה עצמה באופן ישיר, אלא גם נזק בריאותי שנגרם לציבור. נובע מכאן כי הפרטים בציבור, בהם נכללים התובעים ואחרים כמותם, הם המעגל הראשון ש"סופג" את הפגיעה; ורק בעקבותיה נגרם הנזק לקופת המדינה. משכך, סבר בית המשפט כי לצורך הוכחת עילת התביעה של התובעים המייצגים אין הכרח להוכיח קיומו של "נזק מיוחד", אלא די בסיכון הבריאותי שנגרם מזיהום אוויר.

שלישית, קבע בית משפט קמא כי אין ממש בטענת המדינה לפיה סיכויי תביעתה להתקבל טובים יותר. הוא הבהיר כי לא קיים הבדל מהותי בין העילות והסעדים בבקשת האישור לאלה שבתביעת המדינה. אלה כמו אלה עוסקים בפיצוי עבור עלויות חיצוניות, הניתנות להוכחה באמצעות חוות דעת כלכליות, ללא צורך בהוכחת הנזק האישי שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה.

רביעית, בכל הנוגע לדוקטרינות מהמשפט המקובל שהוצעו על ידי המדינה בתביעתה, ציין בית המשפט כי לא הוכח שדוקטרינות אלה מקנות למדינה זכות תביעה בלעדית. משכך, אף אם יש מקום ליישמן בענייננו, הרי שעדיין אין בכוחן כדי להפקיע מהתובעים המייצגים את זכותם לתבוע מכוח חוק תובענות ייצוגיות.

לצד האמור, ציין בית המשפט כי קיים ערך מוסף לתרומת המדינה להליך. לכן לשיטתו, האיזון הנכון בנסיבות העניין הוא בצירוף המדינה להליך הייצוגי, לצד התובעים המייצגים. משכך, נקבע כי יש לדחות את בקשת היועמ"ש למתן זכות תביעה בלעדית למדינה ביחס לנזקי הקבוצה הראשונה; וכי המדינה רשאית, אם תחפוץ בכך, להצטרף לבקשת האישור.

15. על החלטה זו הוגשו שתי בקשות רשות ערעור אשר נידונו במאוחד – אחת על ידי המשיבות (רע"א 8320/22); והשנייה על ידי המדינה, באמצעות היועצת המשפטית לממשלה (רע"א 8356/22). בקשת רשות הערעור שהגישו המשיבות נמחקה, בהסכמתן, ביום 6.5.2024. בקשת רשות הערעור שהגישה המדינה היא שעומדת במוקד פסק דין זה. יצוין כי ביום 12.6.2023 הורתה השופטת ע' ברון על עיכוב ההליכים בבית המשפט המחוזי עד להכרעה בבקשת רשות הערעור.

טענות המדינה

16. בפתח בקשת רשות הערעור, מבהירה המדינה כי טענותיה מופנות נגד ההחלטה לאשר ניהול תביעה ייצוגית בכל הנוגע לקבוצה הראשונה בלבד – קרי כלל הציבור; וממוקדות באפשרות שניתנה לתובעים המייצגים לתבוע בגין נזק ממוני שנגרם לבריאות הציבור, ולכמתו בהתבסס על תחשיב העלויות החיצוניות. בהקשר זה, מבהירה המדינה כי הבקשה איננה עוסקת באפשרות התובעים לתבוע בשם כלל הציבור בגין נזק בלתי ממוני הנוגע לפגיעה באוטונומיה.

17. בראשית הדברים, טוענת המדינה כי במקרה דנן קיימים טעמים חזקים המצדיקים מתן רשות ערעור. היא מדגישה כי טענותיה בבקשה מופנות נגד קביעות בית משפט קמא שמשמעותן ייתור דרישת העילה האישית הנדרשת בחוק תובענות ייצוגיות, כך שמדובר בעניין תשתיתי הקודם לבחינת עילת התביעה המשפטית לגופה. משכך, מתבקש כי הבירור המשפטי בשאלה זו ייערך כבר בשלב זה. כן נטען כי ההחלטה לאשר את ניהול התביעה הייצוגית בכל הנוגע לקבוצה הראשונה עלולה להשפיע על הליכים נוספים תלויים ועומדים. זאת, הואיל ומדובר בהחלטה תקדימית המייתרת את הצורך בעילת תביעה אישית כשמדובר בתביעות בגין מפגעים סביבתיים, והמהווה נקודת מפנה בדין. עוד נטען כי בכל הנוגע לקבוצה הראשונה – סיכויי התביעה הייצוגית להידחות הם גבוהים, ולכן גם משיקולי יעילות שיפוטית ראוי לקיים את הבירור המשפטי כבר בשלב זה.

18. לגופו של עניין, טוענת המדינה כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי התובעים המייצגים רשאים לנהל את התביעה בשם כלל הציבור בגין מפגע סביבתי והפגיעה בבריאות הציבור כתוצאה ממנו. זאת מבלי לערוך דיון ישיר בשאלת קיומם של עילה אישית ונזק אישי – המתחייבים לצורך הוכחת עילת התביעה העומדת לחברי הקבוצה. לעניין זה, מדגישה המדינה כי חוק תובענות ייצוגיות יוצר מכשיר דיוני, וכי הוא אינו מקנה זכויות מהותיות חדשות או יוצר אותן. בהתאם, נטען כי על התובע המייצג להיות בעל עילת תביעה אישית; וכאשר אחד מיסודותיה של עילת התביעה היא נזק – עליו גם להראות כי נגרם לו לכאורה נזק.

לגישת המדינה, בקשת האישור בענייננו לוקה בקושי מובנה בהקשר זה, שכן לפי כל אחת מעילות התביעה שמכוחן תובעים חברי הקבוצה הראשונה – חסרה זיקה בין התובע לבין המשאב הציבורי במידה הדרושה כדי לבסס את מעמדו כתובע. המדינה מבהירה כי אלה הם פני הדברים הן ביחס לטענות לקיומו של נזק שנגרם לחברי הקבוצה הראשונה כתוצאה מהפגיעה בסביבה – שאינו נזק שנגרם להם באופן אישי; והן ביחס לטענות לעשיית עושר ולא במשפט, שכן אין מדובר בהתעשרות שנעשתה על חשבון זכותו או קניינו הפרטיים של מי מחברי הקבוצה הראשונה. משכך, טוענת המדינה כי בקשת האישור אינה עומדת בדרישות חוק תובענות ייצוגיות, וזאת בהיעדר עילה ובהיעדר נזק שהתובעים יכולים לייחס לעצמם.

המדינה מוסיפה וטוענת כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי לצורך קיומה של עילת תביעה אישית, די בכך שנטען כי פליטת המזהמים העודפת עלולה לפגוע בבריאות

הציבור, שכן המקרה נכנס תחת הגדרת "מפגע סביבתי" בהתאם לפרט 6 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. לשיטתה, הטענה לזיהום אוויר המנוגד לחיקוק או גורם לפגיעה בכריאותו של אדם רק מכניסה את התובע המייצג בשער הנושאים שבגינם ניתן להגיש תביעה ייצוגית, אך אין בה כשלעצמה כדי להקים לו עילת תביעה מהותית. המדינה חוזרת ומבהירה כי נדבך מהותי שחייב להתקיים בתובענות אלה הוא הוכחתה של עילת תביעה מהותית; וכאשר מדובר בתביעה לפיצויים – גם הוכחה של נזק אישי שנגרם לתובע המייצג, וכן לכל אחד מחברי הקבוצה, כחלק מיסודות עילת התביעה. קרי על התובע המייצג להוכיח כי הוא עצמו נפגע מזיהום האוויר העודף – מה שלא נעשה במקרה דנן.

לעניין זה, מדגישה המדינה כי זיהום אוויר אכן יכול לעורר זכות תביעה ליחידים וייתכן שגם לתובעים ייצוגיים, אך זאת רק ככל שנגרם להם נזק באופן אישי כתוצאה מהקרבה לזיהום, וככל שהנזק מגובה בחוות דעת מקצועית רלוונטית. ואולם, במקרה בו לא ניתן להצביע על נזק כזה – כמו בענייננו – הרי שבקשת האישור אינה עומדת בתנאים הדרושים לאישורה של תביעה ייצוגית, ובפרט בתנאי הדורש קיומה של אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה.

זאת ועוד, לטענת המדינה הדרישה לקיומו של נזק אישי שנגרם כתוצאה ממעשי המזיק מתיישבת גם עם עקרונות יסוד בדיני הנזיקין. קיומו של נזק כזה הוא אחד מיסודותיהן של עוולות נזיקיות שונות, וביניהן עוולת המטרד הרלוונטית במיוחד לנזקים סביבתיים. כן נטען כי בויתור על דרישת הנזק האישי, מותר בית המשפט למעשה גם על דרישת הקשר הסיבתי. זאת שכן לא ניתן לקשור בין ההתנהגות העוולתית לבין נזק שנגרם לאדם או לקבוצה ספציפיים. בענייננו, טוענת המדינה, התובעים המייצגים אינם טוענים שנגרם להם נזק בריאותי או חיסרון כיס כתוצאה מזיהום האוויר העודף; ואילו בית משפט קמא מצידו אינו מתייחס לנזק שנגרם למי מהתובעים או להיעדרו. בכך מבטל בית המשפט למעשה את דרישת הוכחת הנזק המיוחד בעוולות נזיקיות, וכפועל יוצא מכך – את הדרישה לקיומה של עילת תביעה אישית.

19. מעבר לאמור, טוענת המדינה כי שגה בית משפט קמא בכך שהכיר באפשרות של התובעים המייצגים לכמת את הנזק הממוני שנגרם לחברי הקבוצה הראשונה בהתבסס על "תחשיב העלויות החיצוניות". תחשיב זה, כך מבהירה המדינה, מבוסס על מחקר מקיף אשר מטרתו לספק "תג מחיר" לטון פליטה של מזהמי האוויר העיקריים, לכל רשות ממשלתית הנדרשת לאומדן כזה לצורך קביעת מדיניות שבתחום סמכותה או לחישוב

עלות-תועלת בתחום מזהמי האוויר. בהתאם, תחשיב העלויות החיצוניות מגלם את אומדן הנזק שנגרם כתוצאה מזיהום אוויר, הן לקופת המדינה – כמי שנושאת בעלות הטיפול בתחלואה וכמי שהכנסתה נפגעת כתוצאה מירידה במיסים; והן לכלל הציבור – כתוצאה מהפגיעה במשק בשל ירידה בצריכה ובשל תחלואה, וכתוצאה מהנזק הישיר שנגרם לכל פרט בציבור שאיכות חייו נפגמה או שתוחלת חייו עלולה להתקצר. לגישת המדינה, אין מדובר אפוא בנזק בו נושא אדם אחד ויחיד, ועל כן התובעים המייצגים אינם יכולים לייחס אותו לעצמם.

20. עוד טוענת המדינה כי שגה בית משפט קמא בקביעתו כי קיימת אפשרות סבירה לקבלת התביעה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט. כידוע, אחד מן היסודות הדרושים לצורך גיבושה של עילת תביעה זו הוא כי הזכייה תבוא על חשבון המזכה. קרי, נדרש שהתובע יצביע על פגיעה בקניין או בזכות שלו כדי לבסס עילה זו. בענייננו, כך נטען, לא ברור מהי אותה זכות של כל פרט מחברי הקבוצה הראשונה ש"על חשבון" הפגיעה בה הופקה ההתעשרות של המשיבות. בהקשר זה, מציינת המדינה כי אף אם תוכח הזכות לאוויר נקי כזכות הנתונה בידי כל פרט ופרט, הרי שעדיין קיים קושי לייחס התעשרות כלשהי דווקא לזכות של מאן דהוא באוויר נקי. אשר על כן, נטען כי גם בעילה של עשיית עושר ולא במשפט נתקלים התובעים בקושי מהותי לבסס עילת תביעה אישית. קושי זה נעוץ בהיעדר אפשרות לייחס לעצמם את הפגיעה במשאב הנתון לכלל הציבור – הוא האוויר במדינת ישראל.

21. לבסוף, מתייחסת המדינה למעמדה כתובעת בשם הציבור, וזאת תוך שהיא מבהירה כי בית משפט קמא לא נדרש להכריע בסוגיה זו. היא טוענת כי מן האמור עולה שבמקרים בהם הנזק הנגרם מפגיעה סביבתית הוא נזק הפוגע בכלל הציבור ואשר לא ניתן ליחסו לקבוצה, הרי שאין לפרט כלשהו עילה המוכרת בדין להגשת תביעה בגין אותו נזק. כתוצאה מכך עלול להיווצר מצב לא רצוי של הרתעה בלתי יעילה, שכן הגורם המזהם לא יפנים את העלויות להן גרם. משכך, סבורה המדינה כי כדי למלא את החלל שנוצר, יש לשאוב ממדינות המשפט המקובל את הדוקטרינות של המדינה כ"אבי האומה" וכ"נאמן הציבור". דוקטרינות אלה מאפשרות למדינה להגן על האינטרס הציבורי במשאבי טבע, ובכלל זה לתבוע בשל נזקים סביבתיים שנגרמו לכלל הציבור. ואכן, בהתבסס על דוקטרינות אלה הגישה המדינה את התביעה נגד המשיבות, וזאת בגין הנזק הכולל שנגרם כתוצאה מפליטת המזהמים העודפת.

בהקשר זה, מתייחסת המדינה לטענה לפיה דוקטרינות אלה יוצרות מחסום מפני הגשת תביעה נגד המדינה כמזהמת. היא טוענת כי אף אם הדוקטרינות יתקבלו, עדיין תהיה אפשרות לקבוצות שניזוקו באופן אישי לתבוע גורמים מזהמים, לרבות המדינה. בנוסף, נטען כי במצבים בהם המדינה היא המזהמת, עומדת בפני פרטים אף האפשרות להגיש עתירות ולדרוש את הפסקת המפגע.

22. מטעמים אלה, מבקשת המדינה כי נקבע ביחס לקבוצה הראשונה, כי "הנזק הממוני הנוגע לבריאות הציבור שאינו נזק אישי ומחושב על בסיס תחשיב העלויות החיצוניות, אינו יכול להיכלל בתביעתם". המדינה מבהירה כי אין בכך כדי לגרוע מקבלת בקשת האישור ביחס לקבוצה הראשונה בכל הנוגע לנזק הלא-ממוני, ומקבלתה ביחס לקבוצה השנייה.

טענות התובעים המייצגים

23. התובעים המייצגים סבורים כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור. ראשית, נטען כי יש לסלק הבקשה על הסף בשל התנהלותה הפגומה של המדינה. לעניין זה מציינים התובעים כי על אף שהמדינה הייתה ערה לקיומה של בקשת האישור מיד בסמוך להגשתה בשנת 2015, היא לא עשתה דבר ולא נקטה בהליכים לפיצוי הציבור בגין זיהום האוויר. רק בחלוף כשלוש שנים, ערב קיום ישיבת קדם המשפט האחרונה, הגישה המדינה ביום 14.10.2018 הודעת התייצבות ובקשה לאפשר לה להגיש תוך 90 ימים נייר עמדה המסביר מדוע יש לה זכות בלעדית לנהל את ההליך בנוגע לזיהום האוויר העודף אליו נחשף הציבור. בחלוף כחצי שנה נוספת הגישה המדינה ביום 21.3.2019 נייר עמדה בו טענה כי היא הגורם היחיד המוסמך להגיש את התביעה, וזאת בהתאם לדוקטרינות זרות אשר טרם התקבלו בפסיקה הישראלית.

עוד מוסיפים התובעים המייצגים כי רק בחלוף כ-5 שנים מהגשת בקשת האישור, הגישה המדינה את התביעה מטעמה, שהעתיקה למעשה את הטענות העובדתיות והמשפטיות שנטענו בבקשת האישור, ואף את הראיות שנאספו על ידי התובעים ובאי כוחם בעמל רב. זאת, מבלי להזכיר את קיומו של ההליך הייצוגי, את התייצבותה בו, ואת המתווה שנקבע במסגרתו לביור טענותיה. לטענת התובעים, מדובר בהתנהלות מקוממת העולה כדי שיהוי ואף חוסר ניקיון כפיים, ודי בכך כדי להצדיק את סילוקה של תביעת המדינה על הסף.

כן נטען כי על פי טענותיה בהליך קמא, הטעם מאחורי ניסיונה של המדינה להגיש את התביעה בשם הציבור הוא חששה שמא הפרשנות הנכונה של הדין המצוי תהיה שהוא אינו מאפשר לציבור לתבוע את הנזק שנגרם בגין זיהום סביבתי במסגרת תביעה ייצוגית, וכך ייווצר ריק משפטי שאינו מאפשר לתבוע את המשיבות. ואולם, משקבע בית משפט קמא כי הדין המצוי אכן מאפשר הגשת תביעה ייצוגית כאמור, התבדה חששה של המדינה, ולכן היא מנועה ומושתקת מלערער על החלטתו.

עוד טוענים התובעים המייצגים כי בבקשת רשות הערעור דגן שינתה המדינה חזית ביחס לעמדתה בהליך קמא. בין היתר, נטען כי בעוד שבמסגרת ההליך קמא טענה המדינה כי התובעים המייצגים אינם רשאים לייצג את הקבוצה הראשונה באופן גורף – ביחס לכל העילות והנזקים הנובעים מזיהום האוויר; בבקשת רשות הערעור חוזרת בה המדינה מטיעון גורף זה וממקדת את טענותיה בנזקים הממוניים שנתבעים על בסיס תחשיב העלויות החיצוניות. כן טוענים התובעים כי בבקשת רשות הערעור זנחה המדינה את טענתה לפיה תביעתה "עדיפה" על תביעתם הייצוגית, וזאת בצדק לגישתם. הם מוסיפים כי בבקשת רשות הערעור מעלה המדינה טענות ביחס לעילה של עשיית עושר ולא במשפט, וזאת על אף שעניין זה לא הוזכר כלל במסגרת הסעדים שהתבקשו בבקשה.

24. שנית, נטען כי המשמעות של קבלת עמדת המדינה היא כי שתי ערכאות שיפוטיות יידרשו לעסוק באותן שאלות מורכבות הנוגעות לנזקי הקבוצה הראשונה. כך, אף אם תתקבל בקשת רשות הערעור – עדיין יהיה על בית משפט קמא לדון בתביעה הייצוגית של הקבוצה הראשונה. זאת בכל הנוגע לנזקים הלא ממוניים; לעילה של עשיית עושר ולא במשפט (אשר כאמור לא נכללה בסעד המבוקש בבקשת רשות הערעור); ולבקשה לצווי עשה למניעת זיהום האוויר (אשר לשם קבלתה אין צורך להוכיח קיומו של נזק אישי). בכך ייווצר מצב של כפל הליכים, בשם אותם ניזוקים, ביחס לאותה פרשה ממש, באופן שיביא לסרבול מיותר, ואף עלול להוביל להכרעות סותרות. עוד מוסיפים התובעים המייצגים כי מאחר שממילא קבלת הבקשה לא תייתר את הדיון בתביעה הייצוגית בשם הקבוצה הראשונה, הרי שאין הצדקה כי ערכאת הערעור תידרש לטענות המדינה בשלב מקדמי זה.

25. שלישית, נטען כי המדינה מנועה מלטעון כי יש לה זכות בלעדית לנהל את התביעה וכי לתובעים המייצגים אין זכות לנהל תביעה ייצוגית בענייננו. לתמיכה בטענה זו, מציגים התובעים מקרים שונים בהן הוגשו תובענות ייצוגיות בהקשר של זיהום סביבתי בשם כלל תושבי המדינה: במקרה אחד שעסק בזיהום נחל "אשלים", העלתה

המדינה טענה דומה לפיה נדרש "נזק מיוחד" לפרט אך לבסוף חזרה בה מטענה זו, והצטרפה לתובעים המייצגים שם בניהול התביעה הייצוגית בשם הציבור (ת"צ 4930-17-07 אנטמן נ' אמפרט).

במקרה אחר שעסק בזיהום שמורת "עברונה", בו נתבעה גם המדינה, היא ביקשה לסלק את התביעה נגדה על הסף בהיעדר אחריות, ולא העלתה כל טענה ל"העדר זכות תביעה" של תובעים פרטיים בשם הציבור בגין נזקי השמורה (ת"צ 49319-12-14 פירסק נ' קצא"א). יתרה מכך, באותו עניין ביקשה המדינה להצטרף להליך הייצוגי, ולחלופין כי יותר לה להגיש בקשה נוספת לאישור תביעה ייצוגית מטעמה.

במקרה נוסף שעסק בזיהום סביבתי, אושרה תביעה ייצוגית בשם כלל תושבי המדינה, על אף שלא ניתן היה לייחס נזק אישי לתובעים המייצגים שם או למי מחברי הקבוצה (ת"צ 41376-11-17 בן שוהם נ' אירונואוטיקט). באותו עניין הודיע ב"כ היועמ"ש כי הגורמים המקצועיים במדינה לא מצאו לנכון להביע עמדה לגבי הבקשה. קרי, במקרה זה לא טענה המדינה כי לשיטתה לא הייתה לתובעים המייצגים זכות להגיש את התביעה בהיעדר "נזק מיוחד", וכי היא בעלת עילת התביעה "הבלעדית". לגישת התובעים, התנהלות המדינה במקרים אלה שומטת את הקרקע תחת טענתה כי היא בעלת הזכות "הבלעדית" לתבוע בשם הציבור, ומקימה לה מניעות מלטעון שבהיעדר "נזק מיוחד" אין אפשרות להגיש תביעה ייצוגית בעילה נזיקית-סביבתית.

במאמר מוסגר אציין כי מדובר בהליכים שהסתיימו כולם בהסדרי פשרה ואשר לא נתבעו בהם נזקי גוף ביחס לקבוצה הכוללת את כלל הציבור.

26. רביעית, טוענים התובעים המייצגים כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור גם לגופה, וזאת ממספר טעמים עיקריים. תחילה, נטען כי אין בסיס לטענות המדינה בכל הנוגע לעילה הנזיקית ולכימות הנזק בהתבסס על תחשיב העלויות החיצוניות. כך, נטען כי בעמוד 13 ל"ספר הירוק: הערכה ומדידה של עלויות סביבתיות – עלויות חיצוניות של מזהמי אוויר וגזי חממה" המפורסם על ידי המדינה ואשר על בסיסו נקבע תחשיב העלויות החיצוניות, נכתב כי "ניתן להשתמש במחירים סביבתיים במקרים מגוונים [...] תביעות (בפרט, תביעות ייצוגיות), שבמסגרתן נדרש לכמת השפעות חיצוניות".

התובעים מדגישים כי תביעות ייצוגיות מוגשות, בהגדרה, על ידי נציג מטעם ציבור חברי הקבוצה, והמדינה כלל אינה נמנית עם הגורמים המוסמכים להגיש תביעות

ייצוגיות על פי חוק. לגישתם, די בכך כדי לשמוט את הקרקע תחת טענות המדינה הן ביחס לזכותו של הציבור להגיש תביעה ייצוגית בעילה נזיקית בנסיבות דנן; והן ביחס לחישוב הנזק על בסיס תחשיב העלויות החיצוניות. בהקשר זה, מוסיפים התובעים המייצגים, כי ממילא בית משפט קמא לא קבע כי תחשיב העלויות החיצוניות הוא הדרך היחידה לחישוב הנזקים הממוניים של הקבוצה הראשונה, וכי הוא הבהיר מפורשות כי בשלב זה אין הוא נדרש לאופן חישוב הנזק. משכך, ברי כי אין מקום שערכאת הערעור תדון ותכריע בעניין זה, בטרם הוא נידון והוכרע על ידי הערכאה הדיונית.

בנוסף, נטען כי לציבור ישנה זכות להגשת תביעה נזיקית בגין כלל הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מזיהום אוויר, וזאת מכוח חוק אוויר נקי והתקנות שהותקנו מכוחו. לעניין זה, סומכים התובעים המייצגים את ידיהם על קביעות בית משפט קמא. עוד הם מוסיפים כי חוק אוויר נקי חוקק בדיוק מאחר שלא ניתן להראות את הנזק המידי שנגרם לציבור או לכל אחד מיחידיו כתוצאה מזיהום האוויר. החוק נועד כדי להקנות לכל אדם את הזכות לנשום אוויר נקי ולא להיחשף לגזים רעילים ולסיכונים הכרוכים בכך. כן מדגישים התובעים בהקשר זה כי החוק נועד להגן על הציבור ולא על המדינה, והפרתו מקימה חזקה כי נגרמו לציבור נזקים ממוניים ולא ממוניים. נזקים אלה הם נזקים עתידיים אשר מטבע הדברים הדרך לחשבם היא באמצעות כלים סטטיסטיים על בסיס תוחלת הסיכון ושווי הממוצע. זהו גם הרציונל הבסיסי העומד ביסוד תחשיב העלויות החיצוניות.

אם בכך לא די, התובעים המייצגים מוסיפים כי גם המדינה בעצמה הודתה כי חלק מהנזקים הנלקחים בחשבון במסגרת תחשיב זה, הם נזקים ישירים שנגרמים לחלקים מהציבור בשל הפגיעה בכריאותם וקיצור תוחלת החיים. כן נטען כי הפסיקה הכירה בכך שבתביעה ייצוגית ניתן לבחון את הנזק המצרפי הכולל מנקודת מבטה של הקבוצה כולה, ללא צורך בבחינה של הנזק האינדיבידואלי של כל אחד מיחידיה. משכך, סבורים התובעים כי צדק בית משפט קמא בקביעתו כי לא נדרש קיומו של "נזק מיוחד".

27. מעבר לאמור, מעלים התובעים המייצגים מספר טענות נוספות. כך, בין היתר, נטען כי גישת המדינה בדבר זכותה "הבלעדית" לתבוע בשם הציבור מבוססת על דוקטרינות זרות אשר כלל לא נקלטו בישראל; כי בשל תת-האכיפה הקיימת בתחום של ההגנה על הסביבה, קיימת חשיבות עצומה לעידוד תביעות ייצוגיות המוגשות בשם הציבור; וכי מעבר לעילה הנזיקית, קמה לתובעים גם עילה של עשיית עושר ולא במשפט, אשר כלל לא הוזכרה במסגרת הסעד המבוקש בבקשת רשות הערעור. בעניין אחרון זה,

טוענים התובעים כי בניגוד לעמדת המדינה, עצם זכותו של הציבור לאוויר נקי מקנה לו את הזיקה המספקת הנדרשת לקבלת פיצוי לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

כן נטען כי העובדה שהמדינה אינה חולקת על החלטת בית משפט קמא לאשר את התביעה הייצוגית בכל הנוגע לנזקים הבלתי ממוניים שנגרמו לציבור, מעידה על כך כי היא מכירה בכך שאכן נפגעה זכות של הציבור כתוצאה מהזיהום העודף שביצע המשיבות. בנסיבות אלה, ברי כי גם לשיטתה מתקיים היסוד של "התעשרות על חשבון פגיעה בזכות" ביחס לקבוצה הראשונה. בהקשר זה מובהר כי הזכות שעל חשבונה בוצעה ההתעשרות אינה חייבת להיות זכות קניין. התובעים המייצגים מוסיפים כי זכותו של הציבור להיפגע בגין הזיהום העודף בעילה של עשיית עושר ולא במשפט נובעת גם מן העיקרון לפיו "לא ייצא חוטא נשכר".

טענות המשיבות

28. המשיבות מצדן טוענות כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור ככל שהיא נוגעת לכישלונם של התובעים המייצגים להוכיח עילת תביעה אישית הנובעת מנזק בריאותי שנגרם, לכאורה, לציבור בכללותו; ולדחותה ככל שהיא נוגעת לזכותה של המדינה להגיש תביעה בשם הציבור בגין נזק זה.

בכל הנוגע לעניין הראשון – המשיבות סומכות את ידיהן על טענות המדינה בבקשת רשות הערעור, לפיהן התובעים המייצגים כשלו מלהוכיח כי נגרם להם באופן אישי נזק בריאותי כתוצאה מהזיהום העודף הנטען, ואף לא עומדת להם עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. המשיבות מדגישות כי התובעים הם שבחרו להגדיר את הקבוצה הראשונה באופן מרחיב וכוללני, וכי משבחרו לעשות כן – מוטל עליהם נטל כבד להוכיח כי אכן נגרם לכאורה נזק ממוני "לכלל הציבור"; וכי הם עצמם סבלו נזק ממוני באופן אישי. נטל זה לא הורם, ולכן שגה בית משפט קמא בכך שאישר ניהול תביעה ייצוגית בגין נזקים ממוניים שנגרמו לכלל הציבור.

באשר לעניין השני, מציינות המשיבות כי הואיל ולגישת המדינה בית משפט קמא לא נדרש להכריע בסוגיית מעמדה להגיש נגדן תביעה, הרי שטענותיהן לעניין זה מובאות "למעלה מן הצורך". המשיבות מעלות טענות בשני מישורים: במישור העקרוני-תיאורטי; ובמישור הנסיבתי-פרטני.

במישור העקרוני-תיאורטי, נטען כי המדינה נעדרת זכות עמידה להגיש תביעה בשם כלל הציבור ממספר טעמים: עקרון חוקיות המנהל – המדינה לא הפנתה לכל מקור נורמטיבי בדין המקנה לה סמכות להגיש תביעה אזרחית בשם כלל הציבור בגין נזקים שנגרמו לו; אישיותה המשפטית הנפרדת של המדינה – למדינה אישיות משפטית נפרדת מזו של אזרחיה ולכן אין היא יכולה לתבוע בשם נזקים בריאותיים שנגרמו להם לכאורה באופן ישיר; אין אדם רשאי לתבוע בעילה של אחר – לבעל דין, לרבות המדינה, לא קמה עילת תביעה בגין נזק שנגרם לאחר; המדינה אינה רשאית לעקוף את המסלול הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות – קבלת עמדת המדינה משמעה יצירת מסלול עוקף לחוק תובענות ייצוגיות, אשר לא כלל את המדינה ברשימת המורשים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ופסל את האפשרות שהמדינה תייצג את הציבור; הדוקטרינות שאובות מהמשפט המקובל – המדינה מבקשת לבסס את מעמדה לתבוע בשם הציבור על דוקטרינות שמקורן במשפט המקובל אשר מעולם לא התקבלו ואומצו במשפט הישראלי.

לצד האמור, נטען כי אין יסוד לטענת המדינה להיותה ניזוקה ישירה. כך, בכל הנוגע לנזקים שנגרמו לכאורה למשק, נטען כי אין מדובר בנזק שנגרם באופן ישיר למדינה ולכן היא אינה רשאית לתבוע בגינו. לעניין זה, נטען כי המדינה כלל לא מסבירה מהו מבחינתה "משק המדינה" ומדוע נתונה לה הזכות לתבוע בשמו. באשר לנזקים שנגרמו לכאורה לקופת המדינה, הרי שמדובר בנזקים הכוללים "הערכה כלכלית של הטיפול בתחלואה, בצירוף לערך הכלכלי של שנות אדם וחיי אדם, שנגרעו כתוצאה מהתחלואה המוגברת". מכך עולה כי המדינה מבקשת לתבוע מהמשיבות פיצוי בכובעה כ"מיטיבת הנזק" של הציבור. אולם טענות מסוג זה כבר נדחו בעבר על ידי בית משפט זה. עוד מוסיפות המשיבות כי אין המדינה יכולה להיתלות לצורך הוכחת נזקה הנטענים בתחשיב העלויות החיצוניות. זאת, שכן מדובר לכל היותר בהערכה המאפשרת לכמת את הנזק, ואין בה כדי להוכיח כי הוא נגרם.

במישור הנסיבותי-פרטני, טוענות המשיבות כי המדינה מנועה ומושקת מהגשת תביעה נגד המשיבות בשם כלל הציבור. הטעם הראשון לכך נעוץ בכך שהתייצבות המדינה להליך בבית משפט קמא נעשתה בשיהוי של ממש – למעלה משלוש שנים לאחר שהוגשה בקשת האישור. לטענת המשיבות, שיהוי זה מביא לפגיעה קשה בצדדים להליך אשר השקיעו משאבים רבים בניהולו; ולבזבוז המשאבים השיפוטיים שהושקעו על ידי בית המשפט. כן נטען כי קבלת עמדת המדינה חרף השיהוי – עלולה להוביל לגרימת אפקט מצנן מפני הגשת תובענות ייצוגיות סביבתיות. בנוסף, נטען כי התנהלות המדינה

אף יוצרת פגיעה בזכויותיהן הדיוניות והמהותיות של המשיבות, אשר במשך שש שנים פרסו את קו הגנתן באופן מלא ומפורט. לגישת המשיבות, מתן אפשרות למדינה להגיש את תביעתה בשלב זה, יקנה לה יתרון דיוני פסול ובלתי הוגן.

טעם נוסף להיותה של המדינה מושתקת מלהעלות טענות בקשר לפרשה שבנידון מצוי, לטענת המשיבות, בכך שהיא הגיעה להסדר פשרה ממצה וסופי עם צ'מפיון – היבואנית הישירה של פולקסווגן בישראל. לעניין זה, מציינות המשיבות כי ביום 30.5.2018 נחתם הסכם פשרה – אשר בהמשך קיבל תוקף של פסק דין – בין רשות המסים לבין צ'מפיון ביחס להודעת החיוב שהנפיקה רשות המסים בעקבות פרשת ה"דיזלגייט". על פי הנטען, בהסכם הפשרה – הכולל תשלום של עשרות מיליוני ש"ח על ידי צ'מפיון – הוסכם מפורשות כי הוא מסלק באופן סופי, מלא ומוחלט את הודעת החיוב שהוציאה רשות המסים בעקבות הפרשה, ובכך מיצתה המדינה את זכויותיה. לטענת המשיבות, המשמעות היא שהמדינה כבר חישבה את נזקיה ביחס לפרשה, כלכלה את צעדיה, ולאחר ששקלה את מכלול הדברים ראתה לנכון להתפשר בנסיבות העניין על תשלום בגובה עשרות מיליוני ש"ח. המשיבות מדגישות כי לו הייתה צ'מפיון מודעת לכוונת המדינה להגיש תביעה ביחס לנזקים נוספים בעקבות הפרשה, היא לא הייתה מסכימה לכריתת הסכם הפשרה. משכך, נטען כי המדינה מנועה ומושתקת מלתבוע כעת סכומים נוספים.

זאת ועוד, לטענת המשיבות אין לאפשר למדינה להגיש את תביעתה גם בשל שימוש לרעה בהליכים משפטיים. כך, נטען כי מאז שהודיעה על התייצבותה בהליך הייצוגי, המדינה פועלת כדי לסכל את התביעה של התובעים המייצגים. לגישת המשיבות, לא ראוי שהמדינה תעשה שימוש בכוחה ובסמכותה על מנת לבצר את ההליך המשפטי שהיא בחרה לנהל ולסכל הליך משפטי המבוסס על אותן טענות, שאחרים בחרו לנהל שנים לפנייה.

29. בשולי הדברים, טוענות המשיבות כי אף שעל פני הדברים נראה כי קבלת עמדתן עשויה להביא לתוצאה של הרתעת חסר, הלכה למעשה מדובר בחשש סרק. המשיבות מדגישות כי הן אינן טוענות כי התובעים אינם זכאים, מבחינה עקרונית, להגיש תביעה בגין מפגעים סביבתיים; אלא רק שבנסיבות הספציפיות של המקרה דנן – התובעים כשלו בהוכחה לכאורית של הנזק. העובדה שבמקרה כזה או אחר תובעים ייצוגיים לא הצליחו להרים את הנטל הרובץ לפתחם, אין פירושה כי קיימת בעיה קטגורית-רוחבית של הרתעת חסר. לכך יש להוסיף, לשיטת המשיבות, את העובדה כי קיימים מאסדרים

פעילים המוסמכים לבצע אכיפה מינהלית. למאסדרים אלה יש כלים לבדוק, לדרוש תשובות ולהטיל סנקציות. ואכן, גם בענייננו כבר הפעילה המדינה, באמצעות המאסדרים השונים, את סמכויותיה בקשר לפרשת ה"דיזלגייט". גם מטעם זה גורסות המשיבות כי אין חשש אמתי להרתעת חסר.

דיון והכרעה

30. בקשת רשות הערעור שלפנינו מעוררת את השאלה האם ניתן לאשר הגשתה של תביעה ייצוגית בשם כלל הציבור במדינת ישראל בגין נזק שנגרם בשל מפגע סביבתי, וזאת מבלי שניתן לייחס נזק "אישי" או "מיוחד" למי מחברי הקבוצה באופן ספציפי ובכלל זה גם לא לתובעים המייצגים. הואיל ומדובר בשאלה רחבה וכללית העשויה להשליך גם על הליכים עתידיים, אציע לחבריי כי נדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות לערער והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה. זאת, בהתאם לסמכותנו מכוח תקנה 149(2)(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018.

כפי שאפרט להלן, אני סבורה כי דין הערעור להידחות. בפתח הדברים, יש להבהיר כי בשונה מן העמדה שהציגה המדינה בפני בית משפט קמא – שם היא טענה כי אין מקום כלל לאשר את בקשת התובעים המייצגים בכל הנוגע לקבוצה הראשונה; במסגרת בקשת רשות הערעור דנן ממקדת המדינה את טענותיה באפשרות שניתנה לתובעים המייצגים להגיש תביעה ייצוגית בשם הציבור בישראל בגין נזק ממוני שנגרם להם לכאורה בשל הזיהום העודף שיצרה פולקסווגן. קרי, המדינה אינה חולקת על אפשרותם של התובעים המייצגים להגיש תביעה ייצוגית ביחס לנזק לא ממוני שנגרם לציבור כתוצאה מהזיהום העודף, לרבות פגיעה באוטונומיה. משכך, הדיון להלן יתמקד אך ורק בטענות הנוגעות לנזק ממוני.

עוד יובהר כי השאלה האם גם המדינה יכולה להגיש תביעה דומה עשויה אומנם להשליך על הדיון בהקשר של הפרשנות התכליתית והשגת התוצאה המשפטית הרצויה בהתייחס לתביעה הייצוגית. עם זאת, מדובר בשאלה משנית שתידון רק בהמשך. זאת מאחר שהשאלה הראשונה והעיקרית היא האם יכול תובע שהוא אדם מהציבור, להגיש בשמו של הציבור תביעה ייצוגית בגין נזק ממוני שנגרם לחברי הקבוצה אותה הוא מבקש לייצג.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: תחילה אעמוד על טיב הנזק לו טוענים התובעים המייצגים במקרה דנן, ועל השאלות הרחבות שהוא מעורר בהקשר של דיני הנזיקין; לאחר מכן אעמוד על תכליותיה של התובענה הייצוגית, בפרט בתחום של איכות הסביבה, ועל מאפייניה של התביעה הייצוגית ככלי המאפשר אגרגציה של תביעות פרטניות, תוך הבהרת ההבדלים בין מכשיר התביעה הייצוגית לתביעות פרטניות; אחר אלה אפנה לבחון האם היה מקום לאשר את התביעה הייצוגית במקרה דנן לאור הקשיים המתעוררים בהוכחת הנזק לחברי הקבוצה, ובכללם התובע המייצג, והוכחתו של קשר סיבתי פרטני; בשולי הדברים אתייחס ליחס בין התביעה הייצוגית לבין התביעה אותה הגישה המדינה.

הנזק לו טוענים התובעים הייצוגיים

31. כפי שעולה מן האמור לעיל, המדינה ממקדת את טענותיה בעניין הנזק. לטענתה, מתעוררת שאלה בדבר מהות הנזק שנגרם: האם מדובר בעצם החשיפה לפליטת מזהמים או בסיכון הבריאותי הנלווה לכך – שאז מדובר לשיטתה בנזקים בלתי ממוניים; או בנזק ממשי לבריאות הציבור – שאז מדובר אומנם בנזק ממוני, אלא לשיטתה חברי הקבוצה אינם יכולים לייחס לעצמם את הנזק הזה, בפרט לא על בסיס תחשיב העלויות החיצוניות שאינו כולל נזקים אישיים של אף לא אחד מהפרטים בציבור. כעולה מבקשת האישור ומתשובת התובעים הייצוגיים לבקשת רשות הערעור, התובעים הייצוגיים מגדירים את הנזק הממוני הנתבע על-ידיהם כ"פוטנציאל הפגיעה בבריאות" (ראו: סעיף 37 לתשובה לבקשת רשות הערעור). לטענתם, בריאותם של מאות אלפי אנשים במדינה נפגעה וצפויה להיפגע בשל התנהלותה של פולקסווגן. הם מוסיפים כי בשים לב למאפיינים הייחודיים של תביעות נזיקין בגין פגיעה באיכות הסביבה, הנזקים הפיזיים של יחיד הקבוצה כוללים לא רק נזקים שכבר קרו אלא גם נזקים עתידיים – שהדרך לחשבם היא באמצעות כלים סטטיסטיים. הנזק לשיטתם נגרם לכן לא רק כאשר אדם כבר חלה, אלא גם כאשר הוא נחשף לחומר מסוכן שעלול לגרום נזק לבריאותו בעתיד.

כאמור, בית משפט קמא קבע בהחלטה נושא בקשת רשות הערעור כי ניתן לקבוע לכאורה בשלב זה של הדיון שנגרם נזק לציבור כתוצאה מהתנהלות המשיבות. זאת, הן לאור המחקרים עליהם נסמכו התובעים הייצוגיים והן מאחר שחריגה מהתקינה ביחס לפליטת גזים מזהמים מקימה חזקה לפגיעה באיכות האוויר ולבריאות הציבור. עוד נקבע כי ניתן להוכיח נזק זה באמצעות חוות דעת כלכליות ללא צורך בהוכחת הנזק האישי

שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה או למי מהם. לטענת המדינה, קביעות אלה מייטרות הלכה למעשה את הדרישה להוכחת עילה אישית כאשר מדובר במפגעים סביבתיים.

32. המדינה טוענת, ובצדק, כי על מנת שהעילות הנזיקיות נושא בקשת האישור יתגבשו, נדרש להוכיח קיומו של רכיב הנזק – רכיב שהוא יסוד הכרחי להוכחתן של העוולות הנזיקיות. דומה כי המדינה אינה חולקת על כך שהזיהום העודף שיצרה לכאורה פולקסווגן עשוי להקים לפרטים מסוימים מהציבור עילות תביעה נזיקיות, ובהן הפרת חובה חקוקה, רשלנות ומטרד לציבור. יתרה מכך, המדינה אינה חולקת על כך שלכלל הציבור כבר נגרם נזק כתוצאה מהזיהום העודף שיצרה פולקסווגן. כך, היא טוענת בעצמה בתביעה שהגישה כי "כתוצאה ממעשי [המשיבות] ניזוק כלל הציבור והמשק בישראל בשל חשיפה לפליטה עודפת של מזהמים חמורים מסוג תחמוצות חנקן (NOx) בשטחי מדינת ישראל, מכלי הרכב שייצרו וייבאו [המשיבות], דבר המביא לעליה בתחלואה, בתמותה ולפגיעה באיכות חיי הציבור" (סעיף 102 לכתב התביעה של המדינה בת"א 10672-07-20). המדינה אף טוענת כי ניתן לאמוד נזק זה באמצעות "תחשיב העלויות החיצוניות", המתייחס בין היתר לנזקים הנגרמים לבריאות הציבור כתוצאה מזיהום האוויר. אלא שלשיטתה של המדינה, אין המדובר באגרזיה של נזקים לפרטים בציבור; אלא בנזק כולל שנגרם למשק ולקופת המדינה. לכן, פרטים ספציפיים בציבור אינם יכולים לטעון לנזקים אלה. עוד היא טוענת כי אין המדובר בנזק שנגרם לאדם אחד ויחיד, ולכן התובעים המייצגים אינם יכולים לייחס אותו לעצמם. מאחר שהתובעים המייצגים אינם יכולים להוכיח את שיעור הנזק המובחן שנגרם באופן אישי לכל אחד מהם; ולכל אחד מחברי הקבוצה הראשונה – הרי שיש בכך כדי לשלול קיומה של עילת תביעה ולהביא לכן לדחיית בקשת האישור.

יובהר כי המדינה בערעורה לא שללה את האפשרות להגשה של תביעות ייצוגיות הנוגעות לקבוצות אוכלוסייה רחבות, ובכלל זה תביעות בעילה של נזק סביבתי, אולם זאת רק ככל שניתן להוכיח קיומו של נזק אישי כתוצאה מהקירבה לזיהום. כך למשל היא ציינה כי לתובע מייצג עשויה לקום עילת תביעה אישית כאשר מפגע גרם לזיהום באזור גיאוגרפי מסוים (זיהום ממפעל בעיר מסוימת וכיו"ב). זאת בניסיון בהן ניתן להצביע על נזק שנגרם לו באופן אישי כתוצאה מהקירבה לזיהום. מנגד, אין מקום לשיטתה לאשר תביעות ייצוגיות מקום בו לא ניתן להוכיח נזק שנגרם באופן אישי לכל אחד מחברי הקבוצה כתוצאה מהקירבה לזיהום. מכאן – כך לגישה – כאשר מדובר בזיהום ארצי שהשפיע על כלל תושבי המדינה, הנזק שנגרם לכל אחד מהם אינו מובחן, ולכן לא יכולה לקום לאף אחד מהם עילת תביעה נגד המזיק.

המדינה הפנתה בהקשר זה לפסק הדין שניתן בת"צ (מחוזי חי') 11781-05-09 להט נ' כרמל כימיקלים בע"מ (2.12.2010), בו דובר בנזקי ריח של מי שגרו ליד מפעל. באותו עניין הוכח כי התובעים סבלו מריח חריף, אך לא הוכח קיומו של זיהום אוויר מסכן בריאות. בהתאם, נקבע שם כי נגרם לחברי הקבוצה נזק לא ממוני, וכי יש להעריכו על דרך האומדנה מאחר שהיה קושי להוכיח כמה תושבים אכן סבלו ממפגע הריח. מקרה זה שונה לגישת המדינה מהמקרה דנן. באותו מקרה היה ברור כי קיים נזק פרטני לחלק מהתושבים אלא שלא ניתן היה להוכיחו. במקרה דנן לעומת זאת, אין נזק שנגרם לכל אחד מהפרטים אלא נזק שנגרם לציבור כחטיבה אחת (ומגלם בחלקו אף נזק שנגרם לקופת המדינה).

33. השאלה הדרושה הכרעה היא אם כן האם במקרים בהם הנזק הסביבתי גורם או צפוי לגרום נזק לכלל הציבור במדינה או למצער לחלקים לא מזוהים מציבור זה, כמו במקרה דנן, עומדת לתובע המייצג וליתר הציבור – חברי הקבוצה המיוצגת – עילת תביעה אישית המאפשרת הגשת תביעה ייצוגית; או שמא, כטענת המדינה, נזק כלל ארצי שנגרם לציבור לא מזוהה אינו יכול להקים עילת תביעה אישית ביחס לכל פרט ופרט אלא לכל היותר עילת תביעה למדינה עצמה.

המדובר בשאלה מהותית שיש להכריע בה כבר בשלב זה. זאת מאחר שכידוע, קיומה של עילת תביעה אישית הוא תנאי להגשתה של תביעה ייצוגית (ע"א 3955/04 ריזול נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה ו(2) (4.7.2005); רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פסקאות 40-41 (11.4.2013)).

ודוקו – יש להבחין בין מקרה בו לתובע המייצג אין עילת תביעה כלל, וכך גם ליתר חברי הקבוצה – במקרים אלה אין חולק שלא ניתן יהיה לאשר ניהולה של תובענה ייצוגית; לבין מקרה בו ייתכן שעומדת לתובע המייצג עילה אלא שקשה לייחס את הנזק המדויק שנגרם לו; ובאשר ליתר חברי הקבוצה – למצער לחלקם נגרם או ייגרם נזק בריאותי, אלא שגם את אותו חלק מחברי הקבוצה לא ניתן יהיה לזהות. האם במקרים אלה יש להכיר בעילת תביעה אישית ובאפשרות להגיש תביעה ייצוגית?

כפי שיובהר להלן, השאלה מתעוררת במקרה דנן היות ומדובר בעוולת חשיפה המונית (Toxic torts). עוולות מסוג זה מתאפיינות בין היתר בקושי להוכיח נזק וקשר סיבתי פרטני. לכן, הסוגיה הנדונה קשורה לשאלה רחבה יותר: האם ניתן להגיש תביעות

– רגילות וייצוגיות – בגין עוולות שהנזק הממוני הנטען בהן נגרם כתוצאה מחשיפה המונית לחומרים מזיקים שונים.

אני סבורה כי משיקולי מדיניות התשובה על כך צריכה להיות בחיוב. כך, אני סבורה כי כאשר מוכח לכאורה כי ישנם פרטים בציבור אשר נגרם או ייגרם להם נזק כתוצאה מהעוולה שביצע הנתבע, אלא שלא ניתן – ולא יהיה אפשרי גם בעתיד – לאתר את הפרטים הללו ולזהות אותם ואת הנזקים שנגרמו להם ככאלה שנגרמו כתוצאה מהזיהום, יש לאפשר הגשה של תביעה ייצוגית. האמור לעיל יובהר בפירוט להלן.

האם עומדת לחברי הקבוצה עילת תביעה בעוולות המוניות?

34. כידוע, האחריות של מעוול כלפי ניזוק מחייבת, ככלל, הוכחה של קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק שנגרם לניזוק, קרי הוכחה על-ידי הניזוק כי על פי מאזן ההסתברויות – התנהגותו העולתית של המזיק היא שגרמה לנזקיו הספציפיים. כלל זה מגשים על-פי רוב את התכליות העיקריות העומדות בבסיס דיני הנזיקין – עקרון הצדק המתקן שנועד להשיב את המצב לקדמותו על-ידי פיצוי הניזוק בשיעור הנזק שנגרם לו; ועקרון ההרתעה היעילה שנועד להביא את המזיק להפנים את תוחלת הנזק הצפויה מפעולותיו (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פסקה 2 (11.8.2003) (להלן: עניין ברזני); אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" משפטים כג 311 (2004) (להלן: פורת-אחריות קיבוצית)). אלא שיישומו של עקרון זה בעוולות חשיפה המונית עשוי להחטיא את המטרות העומדות בבסיסו.

עוולות החשיפה המונית – אליהן משתייכות כאמור גם העוולות בבקשת האישור הנוכחית – מתאפיינות בכך שהתנהגות עולתית של גורם או קבוצת גורמים מביאה לכך שקבוצה גדולה של פרטים נחשפה למקור סיכון משותף. הנזקים בתביעות כאלה מתאפיינים בכך שהם מתגלים לעיתים זמן רב לאחר החשיפה לחומר המזיק; במועדים, בעוצמה, ובאופנים שונים. כמו כן, לעיתים קיימת מחלוקת מדעית בדבר קיומו של קשר סיבתי בין החשיפה לחומר המסוכן לבין הנזקים שנגרמו; ואף אם הוכח כי קיים קשר כזה, וישנם גם מחקרים סטטיסטיים המעידים על האחוז מהאוכלוסייה שצפוי להיפגע כתוצאה מההתנהגות העולתית – קיים קושי משמעותי לבסס קשר פרטני בין הנזק של תובע פלוני לאותה החשיפה; ובין החשיפה – לבין גורם מעוול ספציפי הנושא באחריות משפטית לנזק האמור (אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" משפטים לד(2) 301, 308 (התשס"ד) (להלן: קלמנט); ע"א 1639/01 קיבוץ

מעניין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 230-239 (2004) (להלן: עניין קרישוב); דנ"א 6181/11 שירותי בריאות כללית נ' brown and wililiamson tobacco corp, פסקאות 5-6 (26.1.2012) (להלן: עניין שירותי בריאות כללית)). העולה מהאמור הוא כי הנזקים הנגרמים בעוולות המוניות טומנים בחובם קשיי הוכחה מוכנים ואי-ודאות בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי (קושי המכונה בספרות ובפסיקה "סיבתיות עמומה") באופן המקשה לאפשר פיצוי בגין מכוח דיני הנזיקין המסורתיים. קושי זה בהוכחת עילת התביעה משותף לכאורה הן לתביעה "רגילה" ב"עוולה המונית" והן לתביעה ייצוגית בעילה כזו.

יוער כי בעיית הסיבתיות העמומה יכולה להתקיים במספר מישורים שונים בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי. כך, למשל, יכולה להתקיים עמימות ביחס לעצם קיומו של נזק; להיקפו של הנזק ולסיבה בשלה הוא נגרם; ביחס לזהותו של המזיק; וכן ביחס לזהות הניזוק. במקרה שלפנינו, נוגעת העמימות בעיקרה לזהות הניזוקים אשר ניזוקו כתוצאה מפליטת המזהמים העודפת שגרמה לה פולקסווגן. בהתאם לכך, פסק-דין זה מתייחס לעמימות סיבתית מסוג זה בלבד. במאמר מוסגר יוער כי עמימות נוספת יכולה להתייחס לשאלת עצם קיומו של נזק. אלה הם פני הדברים כשמדובר בראש הנזק של הגדלת הסיכוי לנזק, שטרם הוכר על ידי הפסיקה בישראל (ושאתיחס אליו בהמשך הדברים). עם זאת וכפי שיובהר בהמשך, אישור התביעה במקרה דנן איננו נסמך על דוקטרינת הגדלת הסיכוי לנזק, אלא על כלים משפטיים אחרים המאפשרים לטעמי להכיר בפיצוי בגין נזק בריאותי ממשתי שנגרם ושצפוי עוד להיגרם לחלק מהציבור בעוולות המוניות. לכן, לא יורחב הדיבור בשאלת ההכרה בראש נזק מהסוג האמור.

35. הקושי האמור לזהות ניזוקים פוטנציאליים כמו גם להוכיח קיומו של נזק וקשר סיבתי במאזן ההסתברויות, ובכך לבסס קיומה של עילת תביעה בנזיקין בהתאם לדיני הנזיקין המסורתיים, עלול להותיר את כל הניזוקים בתביעות של עוולות חשיפה המוניות בלא סעד שלו הם זכאים; ולהביא אפוא לתוצאה שמעוולים המוניים אינם נושאים באחריות מלאה, או אחריות בכלל, לנזקים שגרמו. זוהי תוצאה לא רצויה המביאה להרתעת חסר של הנתבעים הפוטנציאליים, באופן שעלול לסכל את התכליות העומדות בבסיס דיני הנזיקין. זאת, גם כאשר ראיות סטטיסטיות ואפידמיולוגיות מעידות באופן מובהק על גרימת נזקים בפועל לנתח לא מבוטל של אנשים מתוך כלל הניזוקים הפוטנציאליים בעקבות מחדלי הנתבע. בעיות אלה יוצרות קושי ממשתי בעידן המודרני (ראו: אריאל פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות" משפטים לג 477 (2003); רן המר וענבל בורוש "נזקים אפופי עשן – על

אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ' דובק" הארת דין ז 43 (התשע"ב)).

מהצד השני, קיים חשש כי חריגה מכללי האחריות של דיני הנזיקין המסורתיים, תביא לידי כך שהנתבע יישא בנזקים החורגים מאלה שהוא גרם להם בפועל. תוצאה כזו – לא זו בלבד שאינה צודקת אלא שהיא עלולה לייצר הרתעת-יתר שאף היא אינה רצויה (שכן תפגע בתמריץ של הנתבע להשקיע בפעילות שעשויה להיות חשובה ומועילה).

36. לנוכח הקשיים המתעוררים בחלק מהמקרים כאשר נעשה שימוש בכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות, ניכרת בפסיקה מגמה של מעבר מפתרונות של "הכל" או "כלום" אל עבר משטר דיוני גמיש וראוי יותר (ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה, פסקה 20 (2.12.2015)). בהתאם למגמה זו, בית משפט זה הביע במספר מקרים נכונות לשנות ממבחני הסיבתיות הקלאסיים באופן שיקל על הוכחת קיומו של קשר סיבתי.

פתרון אפשרי אחד שנדון בפסיקה הוא הכרה אפשרית בראש נזק עצמאי שלא נועד לפצות על עצם הנזק שנגרם אלא על הגדלת הסיכוי לנזק. הפיצוי בגין ראש נזק זה הוא פיצוי מלא (בגובה הסיכוי שהוכח) בהתאם לכללי ההוכחה הרגילים של מאזן ההסתברויות. ואולם, פתרון זה הוכר עד כה רק ביחס למקרים של אובדן סיכויי החלמה – קרי כאשר המטופל כבר ניזוק וחלה, וטרם החלים (ראו בהקשר זה למשל: ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988)). יצוין כי בפסיקה נשמעו עמדות שונות ביחס לשאלה האם מדובר בפתרון הנוגע רק להיקף הנזק או לעצם קיומו; וכן ביחס לשאלה אם אכן מדובר בפיצוי מלא בגין ראש נזק עצמאי או שמא בהטלת אחריות יחסית (ראו למשל: דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול (29.8.2010) (להלן: עניין מלול); ע"א 10399/08 פרוטס נ' צ'ירגייב, פסקה 5 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (4.4.2011)). מכל מקום, הפסיקה טרם הכירה במקרים אחרים של אובדן סיכוי להחלמה או הגברת סיכוי לנזק; ובפרט טרם הוכר ראש נזק ממוני של הגברת הסיכון לקיומם של נזקים בריאותיים באותם מקרים שנזק בריאותי טרם נגרם (ראו גם: אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605 (2000)). כפי שצינתי כבר לעיל, פסק הדין הנוכחי איננו מיישם את דוקטרינת הגדלת הסיכוי לנזק על נסיבות המקרה דנן, ולכן שאלת האפשרות להכיר בדוקטרינה הזו תיוותר לעתיד לבוא.

דוקטרינה נוספת בה עושה הפסיקה שימוש כדי להתמודד עם מצבים של סיבתיות עמומה היא העברת נטל השכנוע במקרים בהם קיים נזק ראייתי; קרי באותם

מקרים בהם קיים קושי אינהרנטי להוכיח קיומו של קשר סיבתי ספציפי בין התרשלות מוכחת של הנתבע לנזקו הישיר של התובע (ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004); אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) 191 (1998)).

פתרון אפשרי נוסף שנדון בפסיקה כדי להתמודד עם מקרים של סיבתיות עמומה הוא מבחן "ההטייה הנשנית" אשר הוגדר על-ידי השופט ריבלין בעניין מלול. לפי מבחן זה, ניתן לחרוג מכלל ההוכחה של "מאזן הסתברויות" כאשר קיים מעוול המגביר את הסיכון לסוג נזק מסוים בקרב קבוצה מסוימת של ניזוקים, ומוכח שהסיכון שיצר המעוול גורם לנזק אצל חלק מחברי הקבוצה; אולם, בהגשת תביעות פרטניות קיימת הטיה לרעת אחד מהצדדים המתדיינים אם יוחל הכלל של מאזן ההסתברויות (היינו אף אחד מהניזוקים לא יצליח להוכיח במאזן ההסתברויות כי קיים קשר סיבתי בין התנהגותו של המעוול לבין הנזק שנגרם לו). מבחן ההטיה הנשנית אינו מתמקד במישור של המקרה היחיד אלא בוחן קיומה של הטיה נשנית בקבוצה מסוימת של מקרים.

כלל ההטיה הנשנית יחול בהתקיים ארבעה תנאים: קיומם של מזיק או קבוצת מזיקים; היוצרים סיכון חוזר ומשותף; לקבוצת ניזוקים; בנסיבות בהן קיימת הטיה שיטתית בשימוש בכלל מאזן ההסתברויות, הגורמת לחוסר יכולת להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי. במקרים המקיימים את התנאים האמורים, יהיה הניזוק זכאי לפיצוי לפי ההסתברות לקיום אחריות נזיקית (עניין מלול, בפסקה 22 לחוות דעתו של השופט ריבלין). בהקשר זה הובהר בפסיקה כי גם אם יאומץ מבחן ההטיה הנשנית, הוא אינו פוטר מהצורך להוכיח קשר סיבתי. כך, לא די בהצגת מחקרים אפידמיולוגיים המצביעים על פוטנציאל נזק או תחלואה גבוהה בקרב הקבוצה ומתאם מסוים בין הקבוצה לנתבע; אלא נדרש לבסס את התביעה על הוכחה סטטיסטית-אפידמיולוגית לעודף התחלואה כתוצאה מהתנהלות המעוול; ולהוכיח קשר סיבתי פוטנציאלי בין הנזק שנגרם או הנזק הפוטנציאלי לחברי הקבוצה, לבין הסיכון החוזר אליו הם נחשפו על-ידי הנתבע (ע"א 6102/13 עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ, פסקאות 47-48 (24.9.2015) (להלן: עניין עצמון); עניין קרישוב; להרחבה על אודות שלוש הדוקטרינות ראו: גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה" ספר שלמה לוי 395 (2013)).

נראה שרוב חברי ההרכב בעניין מלול נטו לקבל את האפשרות להסתייע במבחן ההטיה הנשנית להוכחת תביעה קולקטיבית, אם כי הותירו שאלה זו בצריך עיון (יוער כי בעניין מלול נדחתה האפשרות של הטלת אחריות יחסית על מספר מזיקים פוטנציאליים במקרים של סיבתיות עמומה – נושא אליו איננו נדרשים להתייחס בפסק הדין דנן). גם הפסיקה שדנה בסוגיה זו לאחר עניין מלול הותירה אפשרות זו בצריך עיון ומבחן ההטיה הנשנית טרם יושם בפסיקה (ראו: עניין עצמון, בפסקה 47). ואולם, כפי שצוין בעניין שירותי בריאות כללית, נדמה כי לנוכח התפתחות זו של ההלכה "קיים ביטוי ראשוני המאפשר לדון בישראל גם בנוקטי עוולות המוניות הטומנות בחובן קשיי הוכחה מובנים ועמימות סיבתית" (שם, בפסקה 9; ראו והשוו גם: רע"א 7715/13 פלונית נ' קצין התגמולים, פסקה 13 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (8.5.2016); ע"א 9073/15 פלוני נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פסקה 14 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (4.9.2017)).

הבעייתיות בשימוש בדוקטרינת ההטיה הנשנית, כאשר היא מיושמת בתביעות פרטניות, נובעת מכך שאין היא מקיימת את אחד הרציונלים העיקריים של דיני הנזיקין – הרציונל של השבת המצב לקדמותו. זאת, שכן מדובר בפתרון שאינו מעניק פיצוי מלא לכל אחד מהניזוקים; והוא אף עשוי להעניק פיצוי למי שכלל לא נגרם או ייגרם לו נזק בסופו של דבר. עם זאת, הוא מקיים רציונל חשוב נוסף של דיני הנזיקין – הרתעה יעילה, שכן הוא מבטיח שהמזיק יישא בעלות המלאה של הנזק שגרם, ורק בה.

37. כפי שאפרט בהרחבה להלן, לטעמי, לאור תכליותיה של התובענה הייצוגית, מאפייניה הייחודיים על הכלים הדיוניים שהיא מתווה, ובפרט הסעדים אותם מאפשר חוק תובענות ייצוגיות להעניק – כאשר מוגשת תביעה ייצוגית בעילה שמקורה בעוולות חשיפה המונית, קרי תביעה הנוגעת לנזק שהוא בעל אופי מצרפי, מתייטר במידה רבה הצורך להתמודד עם בעיית העמימות הסיבתית הקיימת בעוולות המוניות. זאת, לנוכח הכלים הדיוניים שמעניק מוסד התביעה הייצוגית בכל הקשור לאופן הוכחת הזכאות לסעד. יתרה מכך, כאשר מדובר בתביעה ייצוגית, ניהולה בקשר עם חשיפה המונית נטענת למפגע סביבתי שגרם נזק לחברי הקבוצה או מי מהם, מקיים הן את ההצדקות העומדות בבסיס דיני הנזיקין והן את ההצדקות העומדות ביסוד מכשיר התובענה הייצוגית בדין הישראלי. משכך, אני סבורה כי הדרך הדיונית המתאימה להתמודד עם תביעות שעניינן בעוולות המוניות הוא ניהול הליך קולקטיבי באמצעות השימוש במכשיר התובענה הייצוגית (ראו גם: עמדתו של השופט י' עמית בעניין עצמון אשר עמד על כך כי במקרים של עוולות המוניות, שימוש בפיצוי הסתברותי בתביעות אינדיבידואליות עלול להוות פתרון בלתי יעיל לבעיית העמימות הסיבתית; וכי פתרון

אפשרי לקשיים המתעוררים במקרים אלה הוא הגשת תביעה ייצוגית (בפסקה 46 לפסק דינו); עוד ראו: ע"א 7547/99 מכבי שרותי בריאות נ' דובק בע"מ, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת מ' נאור; ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח ראבי ז"ל, פסקה 50 (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה)).

במסגרת תביעה שכזו על התובע המייצג להוכיח את אחריותו המשפטית של הנתבע כלפי חברי קבוצת הניזוקים, ואם יעשה כן, יחויב הנתבע בפיצוי בסכום של היקף הנזק הכולל שנגרם לכלל חברי אותה הקבוצה (ראו גם: פורת-אחריות קיבוצית, בעמ' 318). פיצוי זה ייפסק ביחס לחברי הקבוצה שנפגעו בפועל. מעבר לכך, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, ממילא אין הכרח כי הפיצוי יגיע לידיהם של חברי הקבוצה עצמם בכל מקרה ומקרה, וזאת בניגוד לתביעות נזיקיות פרטניות. כל זאת, בדומה לרציונאליים העומדים בבסיס מבחן ההטיה הנשנית, אך תוך שימוש בכלים הדיוניים אותם מקנה הדין החל על תובענות ייצוגיות (פסיקת סעד לטובת כלל הקבוצה שהוכחת הזכאות לו והיקפו נקבעת בכלים סטטיסטיים), ומבלי להכריע באפשרות החלתו של מבחן ההטיה הנשנית במקרים אחרים. נפנה אם כן להבהיר את תכליותיו השונות של מוסד התביעה הייצוגית, ואופן יישומן בדין הישראלי.

תכליותיה של התובענה הייצוגית

38. כידוע, התובענה הייצוגית מאפשרת לתובע המייצג להביא את עניינם של חברי קבוצה רבים שעומדת להם עילת תביעה דומה לזו שלו, להכרעתו של בית המשפט. תכליותיה של התובענה הייצוגית, כפי שהוגדרו בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, הן מגוונות. כך, התובענה הייצוגית נועדה לסייע לפרטים במימוש זכות הגישה לערכאות; לקדם מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; להביא לניהול יעיל וממצה של תביעות; וכן לאכוף את הדין ולהרתיע מפני הפרתו.

אחת ממטרותיו של החוק היא אפוא יצירה של מכשיר דיוני אשר מקדם את האינטרס הפרטי של חברי הקבוצה על-ידי כך שהוא מקל על פרטים בעלי עילת תביעה מבוססת לממש את זכויותיהם. זאת כאשר אין כדאיות כלכלית בהגשת תביעות אישיות או שקיימים חסמים אחרים המונעים את הגשתן, כדוגמת פערי כוחות ומידע בין הצדדים (דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (17.12.2019) (להלן: עניין יונס); ע"א 4354/22 פרופ' טל נ' רותם אמפרט נגב בע"מ, פסקה 28 (12.10.2023) (להלן: עניין פרופ' טל)). לצד זאת, החוק

נועד גם לשמש מכשיר לקידום אינטרסים ציבוריים. בפרט, נועד החוק לקדם הן את אינטרס ההרתעה מפני הפרת הדין בדרך של "אכיפה פרטנית", בפרט בתחומים הסובלים באופן שיטתי מתת-אכיפה; והן את האינטרס בניהול יעיל של הדיונים והסכונן במשאבים (ראו למשל: רע"א 3336/22 יורו מחלבות אירופה בע"מ נ' נסים סבטוב (12.09.2022); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ (2.4.2003); עניין יונס; ג' הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג 247 (2003)).

כפי שיובהר גם בפרק הבא של הדיון, התביעות הייצוגיות אינן עשויות מקשה אחת. חלקן מקיימות באופן מובהק יותר את תכלית הפיצוי לחברי הקבוצה, בעוד שחלקן האחר מקדם בעיקרו של דבר את האינטרסים הציבוריים ובראשם את תכלית ההרתעה. כל אחת מהתכליות הללו היא תכלית חשובה אשר יכולה לעמוד בפני עצמה במקרה המתאים. התייחסות לתכלית שהתביעה הייצוגית הספציפית מממשת, עשויה להשליך בין היתר על מידת החריגה האפשרית בתביעה זו מהכללים החלים על תביעות פרטניות (במישור הסעד, חישובו והתשלום שלו).

39. חוק תובענות ייצוגיות מונה בתוספת השנייה את העניינים אשר ניתן להגיש בהם תובענה ייצוגית. רשימה זו משקפת למעשה את עמדת המחוקק באשר לעניינים בהם קיימת חשיבות לשימוש בכלי זה, ואשר ניהול תביעה ייצוגית ביחס אליהם מגשים את התכליות העומדות בבסיסה.

הפרט הרלוונטי לענייננו הוא פרט 6 לתוספת השנייה, הקובע כי ניתן להגיש תביעה בקשר ל"מפגע סביבתי" כמשמעותו בחוק למניעת מפגעים סביבתיים. ואכן, למכשיר התובענה הייצוגית חשיבות רבה בהגשמת האינטרס הציבורי בשמירה על הסביבה ואכיפת הדין בתחום הסביבתי.

40. שמירה על הסביבה היא אינטרס ציבורי וחברתי רב ערך, והיא מהווה את אחד האתגרים החשובים ביותר של ימינו (ראו בהקשר זה למשל: עניין פרופ' אלון טל, בפסקה 23; בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 512-513 (2004)). זיהומים סביבתיים משפיעים באופן נרחב על תחומים שונים בחיי כלל הציבור – הם פוגעים באיכות הסביבה, בחי והצומח, ובבריאות האדם. המשפט מכיר באינטרס החברתי החשוב של הגנת הסביבה ואיכות הסביבה – הן לשם הגנה על בריאות הציבור ורווחתו והן כדי לשמר ערכי טבע ונוף; וכן

מכיר בתפקידו בשמירה על האינטרסים הללו (ראו למשל: רע"פ 8487/11 חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ נ' מדינת ישראל – המשדד להגנת הסביבה (23.10.2012); בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים (2.1.2013)).

בשנים האחרונות עלתה המודעות לחשיבות המהותית של ההגנה על הסביבה. לצד זאת, גברו האתגרים לשמירה על הסביבה שמקורם, בין היתר, בהתפתחויות הטכנולוגיות. כתוצאה מכך, נחקקו בישראל חוקים שונים שנועדו לקבוע הנחיות והוראות שיגבילו את הפגיעה בסביבה וירתיעו את הגורמים המפגעים. זאת על-ידי חיובם לשאת בעלויות הדרושות כדי למנוע את הנזקים, כמו גם על-ידי הטלת אחריות מינהלית ופלילית על מזהמים (ראו למשל: חוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984 והתיקונים שנעשו בו לאורך השנים; חוק שמירת הסביבה החופית, התשס"ד-2004; חוק הגנת הסביבה (סמכויות פיקוח ואכיפה), התשס"א-2011 ועוד). כמו כן, קמו רשויות סביבתיות בעלות סמכויות רחבות שתפקידן לטפל בבעיות סביבתיות בצורה כוללת (ראו דוגמאות שונות: בועז שנור תביעות נזיקין סביבתיות 27 (2011)). עם זאת, מנגנוני האכיפה במישור המנהלי והפלילי אינם נותנים מענה מלא למפגעים סביבתיים. זאת בין היתר, בשל משאביהן המוגבלים של הרשויות הציבוריות ובפרט גורמי הפיקוח; לנוכח תמריצים שליליים לאכיפה – ובהם חיוניותה של הפעילות המזהמת לציבור, התשלומים הציבוריים בהם נושא הגורם המזהם בגין פעילותו; ולנוכח הקושי להצביע על קשר ברור בין המפגע לבין הגורם המפגע (ראו: ת"צ (חי') 36568-07-19 עמותת אזרחים למען הסביבה (ע"ר) נ' אלקון מרכז מיחזור (2003) בע"מ, פסקה 52 (19.7.2021)). כל האמור מחדד את חשיבות מוסד התובענה הייצוגית בתחום הסביבתי ככלי שיכול לקדם את המטרות של הדין המהותי בהגנת הסביבה, על-ידי הגברת ההרתעה מפני הפרת הדין כאשר האכיפה הקיימת אינה מספקת.

המקרה דנן הוא דוגמה לאמור לעיל. כך, במקרה דנן וכפי שתואר לעיל, הרגולטור לא פעל מלכתחילה בהתאם לסמכויות הנתונות לו. הראשונים להגיש את בקשת האישור היו התובעים הייצוגיים, ואילו תביעת המדינה הוגשה רק מספר שנים מאוחר יותר. העובדה שהנתבעים הפוטנציאליים מודעים לכך שהם עשויים להיתבע לא רק על ידי המדינה (שאינה מפעילה תמיד את סמכותה לעשות כן), אלא גם על ידי תובע ייצוגי, מגבירה את חששם מפני תביעה כזו – ובה בעת מגבירה לכן את ההרתעה מפני הפרת הדין אשר עלולה לגרום נזק לכל תושבי המדינה.

בנוסף, התובענה הייצוגית מאפשרת להתגבר על חסמים הקיימים בהגשת תובענות סביבתיות פרטניות, ובכך מקדמת גם את זכות הגישה לערכאות (ראו גם: עניין פ' 909 טל, בפסקאות 27-28). בהקשר של תביעות סביבתיות, חסמים אלה נובעים לעיתים מכך שהנזק שסובל כל אחד מהפרטים בגין המפגע הסביבתי הוא קטן. אולם אף במקרים בהם סכום התביעה הוא גבוה והיה יכול להצדיק הגשת תביעה פרטנית, נותרים חסמים בהגשת תביעות פרטניות בתחום זה בין היתר בשל סיכויי ההצלחה הנמוכים של תביעות כאמור. הטעם לכך הוא הקושי שהובהר לעיל להוכיח קשר סיבתי בין העוולה לנזק; וכן נחיתותם של התובעים האינדיבידואליים הנדרשים להתמודד בדרך כלל עם נתבע שהוא תאגיד בעל משאבים ניכרים, ובעל מכלול הידע והמומחיות באשר לגורמי הסיכון הקשורים בו. כמו כן, מאחר שהגורם המפגע חשוף למספר רב של תביעות פרטניות, הוא יכול לעשות שימוש חוזר במשאבי ההתדיינות וכך השקעתו בתביעה יכולה להיות גדולה בהרבה מהשקעתו של הפרט היחיד. השימוש בכלי של תובענה ייצוגית במקרה שכזה מאזן בין כוחם של הצדדים לתביעה ובין תמריצי ההשקעה שלהם בתביעה, באופן המאפשר לנהל הליך יעיל וצודק ששיג את מטרות ההרתעה והפיצוי באופן מדויק יותר (קלמנט, בעמ' 342-345, 350).

תביעה ייצוגית – אגרגציה של תביעות אישיות או יצור כלאיים בעל מאפיינים גולטוריים?

41. כאמור לעיל, התובענה הייצוגית נועדה להיות מכשיר דיוני המאפשר הגשה וניהול של תביעות לשם ההגנה על זכויות הפרט, וכן היא נועדה להיות כלי לאכיפת הדין וליצירת הרתעה. תכליות אלה מביאות אותנו לשאלה האם תביעה ייצוגית איננה אלא אוסף של תביעות אישיות של פרטים רבים; או שמא היא עשויה לכלול גם מאפיינים אחרים שיכולים להצדיק את הגשתה גם במקרים בהם לא ניתן לזהות נזק מובחן שנגרם לכל פרט ופרט מהקבוצה המיוצגת או קשר סיבתי פרטני, אלא רק נזק כולל לחברים מסוימים מהקבוצה, מבלי שניתן לאתר את אותם חברים ולפצותם באופן אישי על הנזק הקונקרטי שנגרם להם.

42. ההלכה הפסוקה קבעה לא אחת כי ההליך הייצוגי הוא כלי דיוני המאפשר לבצע צבירה (אגרגציה) של תביעות פרטניות ולנהלן במסגרת הליך אחד בו מייצג אחד מבעלי זכות התביעה את כל התובעים הפוטנציאליים האחרים. כך, התפיסה המקובלת היא כי מדובר בכלי דיוני המאפשר את צירופן של תביעות אישיות מרובות להליך אחד, ואין בה כדי ליצור עילות תביעה חדשות לתובע המייצג או לחברי הקבוצה המיוצגת (ראו: עניין

ברזני, בעמ' 403-405; ע"א 2505/06 בקר נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 13 (9.12.2008); רע"א 3456/13 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר, פסקה 15 (29.8.2017). בעניין ברזני ציין השופט מ' חשין כי "התובענה הייצוגית היא בבחינת המשך לזכות התביעה האישית, ובאין זכות תביעה אישית לא תקום ולא תהיה אף תובענה ייצוגית. התובענה הייצוגית מדמה עצמה לחדר שלפניו מחדר, ואין אתה בא כלל אל חדר פנימי אלא אם עברת בחדר חיצוני" (שם, בעמ' 403). כמו כן, אין תכליתה של התובענה הייצוגית לפתור בעיות מתחום דיני הראיות או המשפט המהותי; וככלל, מערכת הדינים על פיה נבחנת זכות התביעה של הקבוצה בהליך הייצוגי אינה יכולה להיות שונה מזו הנבחנת באופן פרטני ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה (ראו מהעת האחרונה: רע"א 6992/22 AGODA COMPANY Pte.Ltd נ' צביה (27.5.2024)).

תפיסה זו מושתתת ביסודה על דרישת המחוקק הישראלי כי התובע המייצג יהיה מי שעומדת לו עילת תביעה אישית (סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). לכן, בשלב הראשון של הדיון בו נדונה בקשה לאישור תביעה ייצוגית, בית המשפט בוחן את השאלה האם עומדת לכאורה לתובע המייצג עילת תביעה אישית; האם עומדת עילה דומה ליתר חברי הקבוצה; והאם יהיה זה יעיל והוגן לדון בתביעות בדרך של תביעה ייצוגית (ראו סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות).

43. ההשקפה על התביעה הייצוגית כתביעה המאחדת בפועל תביעות של תובעים רבים במסגרת הליך אחד – הגם שהיא מקובלת, מצריכה "הערת אזהרה". זאת מאחר שישנם הבדלים משמעותיים בין ההליך הייצוגי לבין הליך "רגיל" המאחד מספר תביעות פרטניות. מעבר לעובדה שרוב רובם של התובעים אינם משתתפים בפועל בהליך הייצוגי; לעיתים אף אינם מודעים לו; והם אף לא יפו את כוחם של התובע המייצג ובא כוחו לייצגם, ישנם הבדלים נוספים בין הליך ייצוגי לבין הליך קבוצתי המאגד תביעות של קבוצה גדולה של תובעים. הבדלים אלה נוגעים בין היתר לסעדים שניתן להעניק בתביעות ייצוגיות באמצעות מנגנונים שונים; ולדרכי ההוכחה של הזכאות לסעד הנתבע. כפי שנראה להלן, חוק תובענות ייצוגיות והפסיקה קבעו כללים דיוניים המכירים באפשרות להעניק סעד בדרכים שונות ולהוכיח את הזכאות לו באופנים החורגים מדרכי ההוכחה הרגילות בהליך האינדיבידואלי.

כך למשל, בתביעה ייצוגית רשאי בית המשפט – במקרים בהם פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי בנסיבות העניין – לפסוק סעד "לטובת הציבור". היינו; סעד שלא יגיע לאף אחד מחברי הקבוצה (סעיף 20(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). ככל

שנפסק סעד כזה, מועברים כספי הפיצוי לקרן שהוקמה מכוח סעיף 27א לחוק תובענות ייצוגיות, שמטרתה לחלק את הכספים לטובת מטרות ציבוריות. משום כך, במקרים כאלה, חברי הקבוצה – קרי ה"תובעים" בתביעה, אינם נהנים ישירות – ואולי אף לא בעקיפין – מהסעד (היינו המטרה של פיצוי חברי הקבוצה אינה מוגשמת). מובן כי תוצאה כזו לא הייתה יכולה להתאפשר במסגרת תביעה מרובת תובעים, בה כל אחד מהתובעים זכאי לדרוש ולקבל את הפיצוי המגיע לו באופן אישי. בהעדר הסכמה מפורשת של כלל התובעים בתביעה "רגילה", אין כל אפשרות להורות על סעד שלא יגיע לידיהם אלא למטרה אחרת.

המנגנון המאפשר לפסוק סעד כספי לטובת הציבור במקרים בהם לא ניתן באופן מעשי ליתן פיצוי כספי לחברי הקבוצה, נועד לקדם את אחת המטרות המרכזיות של חוק תובענות ייצוגיות – מטרת ההרתעה (ראו: עניין תנובה, בפסקה 50; עניין יונס, בפסקה 9 (17.12.2019); דנ"מ 8626/17 מנירב נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (11.11.2020)). ההנחה היא כי כדי לייצר הרתעה אצל נתבעים פוטנציאליים מפני הפרות של הוראות הדין, עליהם לשאת בפועל בנזק שהם גרמו כתוצאה מכך. לכן, כאשר מתן סעד לחברי הקבוצה שנפגעו אינו אפשרי או אינו מעשי בנסיבות העניין (הגם שנגרם להם נזק בר פיצוי), נדרש הנתבע לשלם את הסכום שהיה עליו לשלם לחברי הקבוצה למטרה אחרת המשרתת את טובת הציבור (ראו: עניין תנובה, בפסקה 50). דומה שזוהי ההנמקה לחריגה שמאפשר חוק תובענות ייצוגיות מהכלל הרגיל ביחס לפיצוי הניזוק בגין הנזק שנגרם לו.

44. יתרה מכך, גם בחישוב סכום הפיצוי המגיע לחברי הקבוצה, בית המשפט אינו פועל בהכרח בשיטה אגרגטיבית. כך, בית משפט זה הכיר בשיטת החישוב הכולל כשיטה אפשרית לחישוב הנזק בתביעות ייצוגיות. לפי שיטה זו "ניתן לקבוע את הפיצוי הקבוצתי" על פי הנזק שנגרם לקבוצה בכללותה, אף שלא הוכח טרם קביעתו של סכום הפיצוי הכולל מהו הנזק שנגרם לכל אחד ואחד מן הפרטים באותה קבוצה" (ראו: עניין תנובה, בפסקה 46). שיטת החישוב הכולל נועדה למקרים בהם מתעורר קושי להוכיח את הנזק האינדיבידואלי שנגרם לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה המיוצגת (למשל במקרים בהם הנזק שנגרם לכל אחד הוא נמוך מאוד; כאשר קיים קושי לאתר ולזהות את חברי הקבוצה; או כאשר קיים קושי להציג נתונים או מסמכים מספקים להוכחת הנזק האינדיבידואלי). גם כאן, פסיקת פיצוי כאמור נעשית כדי שלא לסכל את תכליותיה של התביעה הייצוגית – ובראשן את תכלית ההרתעה (שם. ראו גם: ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437, 508-511 (2007); עניין ברזני, בעמ' 457-

456). דוגמה לשימוש בשיטת חישוב זו ניתן למצוא בפסק הדין שניתן בת"צ (מחוזי מרכז-לוד) 8214-05-14 מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (23.8.2018), שם נקבע סכום אחיד המשקף את הנזק הכולל שנגרם לקבוצה, וזאת בהתבסס על שלושה שיקולים: עוצמת הפגיעה שיצר הנחבע; היקף הפרקטיקה הפוגענית; ושיקולי אשם (ראו: שם, בפסקאות 60-62). השיקול של שיעור הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה באופן אישי לא היה אחד מהשיקולים שהובאו בחשבון.

גם בהקשר זה – ספק רב אם ניתן היה לעשות שימוש בשיטה דומה לו הייתה מוגשת תביעה שאינה ייצוגית בשמם של תובעים רבים, ולהעריך את הנזק הכולל שנגרם להם כקבוצה – על פני הערכת הנזק הספציפי שנגרם לכל אחד ואחד מהם.

45. הבדל נוסף בין תביעה ייצוגית לבין תביעה פרטנית של קבוצה גדולה של תובעים, נוגע לאפשרות לקבוע את שיעור הנזק הקולקטיבי שנגרם לחברי הקבוצה על-ידי שימוש בכלים סטטיסטיים. בדרך זו, בית המשפט נסמך על נתונים סטטיסטיים ועל חוות דעת מומחים כדי לקבוע את החלק מבין חברי הקבוצה אשר נגרם להם נזק, כאשר אין בהכרח חובה לזהותם באופן ספציפי ונפרד. לאחר מכן בית המשפט פוסק פיצוי כולל לטובת הקבוצה או הציבור בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. כך למשל, בעניין תנובה בית המשפט עשה שימוש בהערכה סטטיסטית כדי לקבוע מה הוא אותו חלק מבין חברי הקבוצה אשר חוו תחושות שליליות כתוצאה משתיית חלב המכיל סיליקון, ללא ידיעתם. מובן כי אמצעי זה לקביעת גודל הקבוצה אינו מזהה תובע כזה או אחר, אלא הוא מתייחס לסיכוי הסטטיסטי כי בקרב כלל הקבוצה של מי שנחשפו לפעולות הנחבע הפוטנציאלי, ישנם אנשים שנגרם להם נזק, ולהערכת מספרם הכולל של אנשים אלה.

פתרון כזה הוא שונה מהכלל החל בדרך כלל בתביעות שאחד מיסודותיהן הוא נזק, אשר דורשות להוכיח את שיעור הנזק שנגרם לכל תובע על בסיס ראיות אינדיבידואליות, ואת הקשר הסיבתי בין פעולות הנחבע לנזק האמור. אף שיש בפתרון זה ויתור מסוים על הדיוק במידת הנזק ושיעור הפיצוי, גלום בו גם יתרון משמעותי. השימוש בכלים סטטיסטיים לצורך הערכת מספרם של חברי הקבוצה ובהתאם לכך קביעת הפיצוי הכולל שעל הנחבע לשלם, מאפשר לקיים את תכלית התובענה הייצוגית בהפנמת עלויות על ידי המזיק הנחבע ובהרתעתו; חרף הקושי באיתור חברי הקבוצה ובהוכחת הנזק האינדיבידואלי של כל אחד מהם; ומבלי שהמזיק-הנחבע ישלם יותר מהנזק שהוא גרם לו.

46. מכאן כי התובענה הייצוגית שונה מתובענה רגילה בהיבטים שונים. הבדלים אלה נובעים מכך שתכליתה של התובענה הייצוגית אינה מתמצית – כפי שהובהר לעיל – באינטרס הפרטי ובהסדר דיוני של ניהול תביעות, וישנם מקרים בהם היא מקדמת גם אינטרסים ציבוריים ובראשם את אינטרס ההרתעה והשמירה על שלטון החוק. כך עולה מפורשות מדברי ההסבר לחוק לפיהם: "ההליך הייצוגי נחזה לאו דווקא כהסדר דיוני של ניהול תביעות, אלא בראש ובראשונה ככלי לקידום אינטרסים ציבוריים" (דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256, 257; ראו גם: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריינר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410, 515 (2014) (להלן: עניין ברזילי); אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935, 948 (2016) (להלן: חיות)).

מהאמור עולה כי התביעה הייצוגית היא יציר כלאיים. היא איננה הליך רגולטורי – מאחר שהיא מוגשת על ידי תובעים פרטיים שיש לכל אחד מהם עילת תביעה אישית ולא על ידי הרגולטור; הפיצוי הנפסק מכוחה מחושב ככלל בהתאם לנזקים שנגרמו ולא בהתאם לשיקולים רגולטוריים של קביעת קנסות וענישה; והפיצוי מועבר בדרך כלל לחברי הקבוצה שנפגעו בפועל. עם זאת, לא תמיד אלה הם פני הדברים, וכפי שציין בית משפט זה מספר פעמים בעבר, ההקשר הייצוגי עשוי להשפיע על פרשנות יסודות העילה האישית והגשמתם מתוך מטרה להגשים את תכליותיה של התובענה הייצוגית (ראו: עניין ברזילי, בפסקה 60; עניין תנובה, בפסקאות 36-37 לפסק דינה של השופטת א' חיות; ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 10 (11.12.2008) (להלן: עניין אביב שירותים); עניין ברזני, בעמ' 431).

הגמישות הזו באה לידי ביטוי בחוק עצמו, הקובע הסדר מקיף וייחודי לעניין הסעדים שניתן לפסוק ודרכי הוכחתם. בכלל זה מקנה החוק בסעיף 20 סמכויות שונות שנועדו להתגבר על הצורך בבירור פרטני לגבי כל אחד מחברי הקבוצה בנוגע להוכחת זכאותו לסעד וקביעת שיעורו; וכן, בפסיקה אשר הכירה כאמור באפשרות לפסוק פיצוי כולל, בין היתר על-ידי הוכחתו תוך שימוש באמצעים סטטיסטיים בלא בירור של זהותם של הנפגעים. הסדרים אלה מאפשרים לבחון קשר סיבתי מנקודת מבטו של "תובע-על" הרואה לנגד עיניו את האינטרס המשותף של התובעים בכוח כולם ואת הנזק המצטבר שנגרם להם, כדי להגשים את תכליות התובענה הייצוגית (בדומה לגישתו של השופט ריבלין כפי שהובעה בעניין אביב שירותים; ראו גם: חיות, בעמ' 949). הגמשה זו בעניין הסעד מסיטה את הדגש מהצורך בהוכחת היסודות המסורתיים הנדרשים להוכחת עילת

התביעה בהליך פרטני, ומאפשרת להסתפק, במקרים המתאימים, בהוכחת קשר סיבתי בין ההתנהגות העוללתית לבין הנזק הכולל שנגרם לחברים בקבוצה, ללא צורך לזהות את חברי הקבוצה להם נגרם הנזק אלא רק את חלקם היחסי מתוך כלל הקבוצה. ברי כי לצד זאת יש להקפיד שריכוך כאמור לא ייתר את הצורך בהוכחת הקשר הסיבתי בין התנהגותו של המזיק לבין הנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה; וכי הוא לא יוביל למצב שבו המזיק מחויב בסכום שהוא גבוה מסכום הנזק הכולל שלו גרם.

כאמור, הרציונל העומד בבסיס ההסדר הייחודי האמור הוא החשש שהיצמדות לכללי הפיצוי הנזיקיים הרגילים עלולה להביא להחטאת הרציונלים והתכליות העומדים בבסיס מוסד התובענה הייצוגית (חיות, בעמ' 948-949). מנגד, הגמשת התנאים בהם נדרשים תובעים ייצוגיים לעמוד, בפרט ביחס למישור הסעד, משרתת את תכלית התובענה הייצוגית ככלי לאכיפת הדין וליצירת הרתעה, תכלית המיושמת באופן שונה כאשר מדובר בתובענות ייצוגיות. אכן, תכלית ההרתעה עומדת כאמור גם בבסיס דיני הנזיקין, ואולם דיני הנזיקין מתמקדים קודם כל במזיק ובניזוק ואינם כלי להשגת מטרות חיצוניות למערכת היחסים ביניהם (ראו גם: אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג(3) 5-6 (2000); והשוו: ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (21.11.2006) שם עמד בית המשפט על כך כי התמקדות בניזוק, המאפיינת את עקרון השבת המצב לקדמותו, אינה מתחשבת בכל הערכים והאינטרסים שיש להתחשב בהם ובתוך כך במזיק ובציבור בכללותו).

אם כן, באותם מקרים – לא נדירים – בהם הפיצוי אינו מועבר לחברי הקבוצה; כאשר הוא אינו מחושב כאגרגציה של כלל הנזקים שנגרמו להם בפועל; וכאשר הוא נועד בעיקרו כדי להשיג את תכלית ההרתעה (ולא את התכלית של פיצוי חברי הקבוצה באופן ישיר), מקבלת התביעה הייצוגית "לבוש" מעין רגולטורי. זאת מאחר שבמקרים אלה מועבר הדגש מהתכלית של דיני הנזיקין בהשבת המצב לקדמותו בראי הנזוקים; אל עבר תכלית ההרתעה של המזיק, תוך חיובו בגובה הנזק שגרם (חיות, בעמ' 935).

47. סיכומה של נקודה זו – לאור כל האמור, אינני סבורה כי יש לשלול אפשרות של הגשת תביעה ייצוגית בגין עוולות המוניות במקרים של פגיעה סביבתית, גם כאשר קיימת עמימות מובנית ביחס לשאלת זהותם של חברי הקבוצה שניזוקו מהמפגע הסביבתי. זאת בתנאי שהוכח שהנתבע נהג באופן עוולתי וגרם לנזק בפועל; וכאשר ניתן להצביע על קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה המיוצגת. עוד יצוין, כי

אינני סבורה שהעובדה שבעוולות כאלה ההבדלים בין חברי הקבוצה הם רבים, מעוררת קושי. זאת לאור כלל האמור לעיל ומאחר שממילא השאלה שתיבחן במסגרת התובענה תהיה קיומו של קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק הכולל שנגרם לחברי הקבוצה, בלא לבחון באופן ספציפי את הנזקים שנגרמו לחברי קבוצה מסוימים כאלה או אחרים.

48. מכל האמור גם עולה, כי בתביעות מסוג זה יש מקום לרכך את הדרישה מהתובע המייצג להצביע על עילת תביעה אישית. כפי שהובהר בהרחבה לעיל, בעוולות סביבתיות הנוגעות לחשיפה המונית, קיים קושי מובנה בזיהוי הניזוקים הקונקרטיים; ובהתאם לכך קושי בהוכחת קיומם של נזק וקשר סיבתי עובדתי ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה ובכלל זה התובע המייצג. למעשה, עמידה על הוכחת עילת תביעה של התובע המייצג (קרי הוכחת נזק אישי הקשור בקשר סיבתי למעשה או למחדל של הנתבע), עלולה להביא לכך שאף אחד מחברי הקבוצה לא יוכל לשמש כתובע מייצג. אם זה יהיה המצב – לא ניתן יהיה להגיש תביעות ייצוגיות בעילה של עוולות סביבתיות הנוגעות לחשיפה המונית כלל, ותוצאה כזו אינה רצויה. לכן, כפי שאין לדרוש בתביעות מעין אלה הוכחת קשר סיבתי-פרטני בין העוולה לנזקים הנטענים; ויש להסתפק בהוכחת קשר סיבתי בין העוולה לנזק לכלל חברי הקבוצה שניזוקו, וזאת באמצעות מחקרים וחוות דעת סטטיסטיות-אפידמיולוגיות – כך גם אין לדרוש מהתובע הייצוגי להוכיח נזק וקשר סיבתי פרטני ביחס אליו – ויש להסתפק בנזק המצרפי שנגרם לחברי הקבוצה יחד. כאמור, כל פרשנות אחרת תסכל את הגשת התביעה הייצוגית במקרים האמורים.

מן הכלל אל הפרט

עילות התביעה הנזיקיות

49. כאמור, המקרה שלפנינו עוסק בבקשה לאישור תביעה ייצוגית שעילות התביעה העיקריות עליהן היא מבוססת הן עוולות סביבתיות שנגרמו כתוצאה מחשיפה המונית של הציבור לזיהום עודף כלל ארצי אותו נטען שיצרו המכוניות מתוצרת פולקסווגן. נראה כי אין בין התובעים הייצוגיים לבין המדינה – אשר הגישה את בקשת רשות הערעור דנן – מחלוקת על כך שהמשיבות יצרו בהתנהלותן זיהום סביבתי אשר גרם וצפוי לגרום לנזק ממוני בדמות פגיעה בכריאות למצער לחלק מתושבי המדינה. כך למשל במסגרת תביעת המדינה נטען כי כתוצאה ממעשיה של פולקסווגן נגרמה עלייה בתחלואה ובתמותה, ונפגעה איכות חיי הציבור (סעיף 102 לכתב התביעה). הקושי נובע מכך

שיתכן שלא כלל הפרטים בציבור ניזוקו, ובעיקר מכך שבאופן מעשי לא ניתן לאתר, ואי אפשר יהיה לאתר גם בעתיד, את התושבים להם נגרם נזק כאמור. כמו כן, כפי שצינו התובעים הייצוגיים עצמם, חלק מהנזקים לחברי הקבוצה הם נזקים עתידיים שטרם התגבשו. משכך, קיים קושי, כפי שטענה המדינה, להוכיח קשר סיבתי פרטני ונזק אינדיבידואלי לכל אחד מחברי הקבוצה או למי מהם.

אכן, כפי שהובהר בהרחבה לעיל, התביעה הייצוגית היא כלי דיוני שנועד, בין היתר, לאפשר לתובעים לממש את זכות התביעה האישית הנתונה להם באופן יעיל והוגן. אין המדובר בכלי שנועד להתגבר על קשיים מהותיים בדין או כדי ליצור עילת תביעה שלא ניתן לתבוע אותה בתביעה פרטנית. ואולם, אינני סבורה כי אישור התביעה הייצוגית במקרה דנן מעורר בעיות כאלה. כפי שהובהר, חוק תובענות ייצוגיות והפסיקה שהתפתחה בקשר אליו, איפשרו מתן פיצוי כולל המחושב בהתאם לנזק הסטטיסטי שהתנהגותו המעוולת של המזיק גרמה ועתידה לגרום לקבוצה, באופן המקל גם עם הדרישה להוכיח קיומו של נזק אינדיבידואלי לחבר קבוצה כזה או אחר וקשר סיבתי בינו לבין ההתנהגות העוולתית. מנגנונים אלה, עליהם עמדתי לעיל, אינם יוצרים עילת תביעה יש מאין, אלא הם נועדו להעניק מענה למקרים בהם ישנה עילת תביעה לחברי הקבוצה אלא שקיים קושי בזיהוים ובקביעת שיעור הנזק שנגרם לכל אחד מהם.

השימוש במנגנונים אלה מאפשר למעשה להתגבר על הקשיים עליהם עמדה המדינה בערעורה ולאשר את הבקשה להגיש תביעה ייצוגית, באופן שיגשים את תכליות מוסד התובענה הייצוגית ויעלה בקנה אחד גם עם עקרונות דיני הנזיקין. כך, לאור הקושי המעשי הקיים בנסיבות המקרה דנן (כמו במקרים אחרים של עוולות המוניות) לזהות את חברי הקבוצה מתוך כלל התושבים שנגרם או שצפוי להיגרם להם נזק בריאותי בשל התנהלותה של פולקסווגן ולפצותם באופן אישי; ומשהפסיקה הכירה זה מכבר באפשרות לעשות שימוש בכלים סטטיסטיים-אפידמיולוגיים, יוכל התובע המייצג לעשות שימוש בכלים אלה על מנת להוכיח ברמת המובהקות הנדרשת את קיומו של נזק בריאותי לציבור או לחלק ממנו, כתוצאה מהתנהלותה של פולקסווגן; ואת השיעור הסטטיסטי של הנזק הקולקטיבי שנגרם לחברי הקבוצה. זאת, אף אם לא ניתן יהיה לזהות את חברי הקבוצה שניזוקו עצמם. באופן זה ניתן יהיה לחייב את המשיבות לשלם פיצוי רק בגין אותם חברי קבוצה שלהם נגרם נזק ממוני מובחן, ולפסוק פיצוי לטובת הציבור בגובה סכום הנזק הכולל לו הן גרמו בהתאם למתווה הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

50. ודוק; אין בכל האמור לעיל כדי לשנות מכך שדרך המלך, גם בתביעות ייצוגיות, היא הוכחת הזכאות לסעד במאזן ההסתברויות הרגיל ופסיקת פיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה. המקרים בהם יסתפק בית המשפט בהוכחת הזכאות לסעד על סמך נתונים סטטיסטיים ויפסוק סעד כולל לטובת הקבוצה הם החריג. השימוש בכלים דיוניים אלה ייעשה באותם המקרים בהם יהיה בכך כדי לקיים את תכליות מוסד התובענה הייצוגית והתכליות בבסיס הדין המהותי. לא זו אף זו; לא בכל מקום בו יטען התובע לקיומה של עוולה סביבתית המונית, יהיה מקום לאשר את התביעה הייצוגית, ודאי שלא בשמו של ציבור בלתי מזוהה. ניתן יהיה לעשות כן רק במקרים ספציפיים וחריגים כגון למשל במקרה בו מדובר בנזק המתפרס על פני המדינה כולה; וכאשר קיימת סיבתיות עמומה בשל הטיה נשנית המקשה להוכיח קשר סיבתי פרטני; אך התובע הייצוגי עומד בנטל המוטל עליו להוכיח קיומו של קשר סיבתי כללי בין הנזקים הממוניים שנגרמו לחברים בקבוצה לבין המעשה העוולתי אליו נחשפו כל חברי הקבוצה.

כמו כן, תביעה ייצוגית כאמור תאושר רק מקום בו יוכל התובע להוכיח כי ניתן יהיה לכמת את הנזק הקולקטיבי שגרם הנתבע מבלי שקיים סיכון כי יוטל עליו לפצות את חברי הקבוצה ביתר; וכן, לא יהיה מקום לאשר תביעה ייצוגית מקום בו הנזק הקולקטיבי שנגרם הוא בבחינת "זוטי דברים".

המקרה דנן הוא אחד מאותם המקרים המצדיקים לאשר את התביעה הייצוגית בהתאם לאמור לעיל. ראשית, נראה כי למעשה אין בין המדינה – שהיא מבקשת רשות הערעור – לבין התובעים הייצוגיים מחלוקת ביחס למספר עניינים משמעותיים: ביחס לכך שניתן באמצעות מחקרים להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין זיהום מוגבר לעלייה בשיעור התחלואה והתמותה בציבור בכללותו; כי ניתן באמצעות חישובים סטטיסטיים לעמוד על מספר מקרי התחלואה והתמותה בעקבות כך (ראו למשל: סעיף 13 לבקשת רשות הערעור); וכי בפועל נגרמו באופן ישיר נזקים בריאותיים לבני האדם מהם מורכב הציבור (אף שלא ניתן לזהות למי מהם). למעשה, המדינה בעצמה מבקשת לתבוע בשם הציבור את הנזק שנגרם בין היתר לתושבי המדינה – מהמשיבות. כך, במסגרת התביעה שהגישה המדינה, היא טוענת כי "העלויות החיצוניות (של פליטת מזהמים – ר.ר.) קושרות בין שלושה מעגלי נזק באופן שבו הן משולבות למחיר אחד הכולל פגיעה בקופת המדינה, במשק ובתושבי המדינה" (ההדגשה שלי – ר.ר.).

מעבר לכך, וכעולה גם מהחלטת בית משפט קמא, התובעים הייצוגיים עמדו בנטל המוטל עליהם בשלב זה של ההליך והוכיחו לכאורה כי לחברי הקבוצה הראשונה

נגרמו נזקים בריאותיים בשל חשיפה עודפת לפליטת מזהמים כתוצאה ממעשיהן של המשיבות (ראו: פסקאות 75-86 לפסק הדין של בית משפט קמא). מסקנה זו נסמכת בעיקרה על בחינת תחשיב העלויות החיצוניות והנוסחאות שפותחו במסגרתו; וכאמור, גם המדינה אינה חולקת עליה.

כזכור, המדינה חלקה על האפשרות של התובעים המייצגים להסתמך לצורך הוכחת הנזק לו הם טוענים על תחשיב העלויות החיצוניות. זאת בעיקר מאחר שלשיטתה לא ניתן ללמוד ממנו על נזק אישי שנגרם לקבוצה מובחנת בציבור. ואולם, גם לשיטת המדינה עצמה תחשיב העלויות החיצוניות מאפשר לגלם את הנזק שנגרם לאותו ציבור לא מובחן כחטיבה (פסקה 28 לבקשת רשות הערעור). זהו כאמור הנזק הנתבע במסגרת התובענה הייצוגית שבנדון. לכן, למצער בשלב זה של ההליך, ומבלי לגרוע מהאמור לעיל בדבר הנטל המוטל על התובעים הייצוגיים להוכיח במסגרת ההליך גופו קיומו של קשר סיבתי מובהק בין המעשה העוולתי הנטען לבין הנזק הנטען – אני סבורה כי די בתחשיב העלויות החיצוניות כדי לעמוד בנטל המוטל על התובעים הייצוגיים בשלב זה להוכיח קיומם של נזקים לכאורה לחברי הקבוצה.

כמו כן, לא זו בלבד שהתובעים הייצוגיים הוכיחו קיומו של נזק לכאורי לבריאותם של חלקים מהציבור, אלא שמהחלטת בית משפט קמא עולה כי הנזק הקולקטיבי לו טוענים התובעים הייצוגיים אינו בבחינת "זוטי דברים" אלא כי מדובר בנזקים משמעותיים. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי דחה את טענת פולקסווגן לפיה תרומתה לזיהום האוויר היא מזערית והתנהלותה לא הביאה לסיכון בריאותי ממשי. זאת לאחר שבחן את חוות דעתו של המומחה ד"ר פרדלה עליה הסתמכה פולקסווגן, ואת חקירתו הנגדית.

בנוסף, לנוכח מהות העוולה וסוג הסיכון החוזר הגלום במעשיהן הנטענים של המשיבות, קיימת לכאורה זיקה בין כלל הציבור לבין הזיהום העודף באופן המאפשר לבסס עילת תביעה התחומה לכל לגבולות המדינה ולא לאזור גיאוגרפי מסוים. הטעם למסקנה זו נובע מהעובדה כי מדובר בנזק שנגרם ממכוניות שנוסעות מדרך הטבע בכל רחבי המדינה. יתכן כי אילו היה מדובר בזיהום באמצעות מפעל הממוקם באזור מסוים בארץ, לא ניתן היה לדבר על תביעה ייצוגית של כל תושבי הארץ (גם בהנחה שהאוויר המזוהם היה עשוי לעבור ממקום למקום ולהגיע לכל רחבי המדינה). זאת מאחר שבמקרה כזה, התביעה הטבעית יותר הייתה זו של אותם תובעים פוטנציאליים המצויים בקרבת מקום למפעל המזהם. בהקשר זה יצוין כי מטענותיה של המדינה עולה כי היא מסכימה

שאם נגרם זיהום בשכונה מסוימת שהשפיע על כל תושבי השכונה, הרי כל עוד ניתן להוכיח קיומו של נזק אישי כתוצאה מהקרבה לזיהום, רשאי כל אחד מהם להגיש תביעה אישית, ומשכך ניתן גם לבקש לאשר תביעה ייצוגית (סעיף 22 לבקשת רשות הערעור). ואולם, גם במקרה כזה קשה יהיה להוכיח מי מתושבי השכונה הם אלה שנגרם להם נזק אישי כתוצאה מהקרבה לזיהום, ומהו שיעורו. סביר להניח כי גם במקרה כזה – הדרך היחידה תהיה שימוש באמצעים סטטיסטיים לבחינת הנזק והוכחתו – כמו במקרה דנן המתייחס לאזור גיאוגרפי רחב יותר.

51. על כך יש להוסיף כי אומנם, חברי הקבוצה הראשונה הוגדרו ככלל הציבור אשר נחשף וייחשף לזיהום אוויר עודף כתוצאה מהפליטה העודפת לה גרמה פולקסווגן. זאת בעוד שכאמור, יש להניח כי לא לכל חברי הקבוצה, כפי שהוגדרה, נגרם או ייגרם נזק ממזיק כתוצאה מהחשיפה לזיהום העודף שיצרה פולקסווגן. עם זאת, אינני סבורה כי יש בכך כדי למנוע את קבלתה של בקשת האישור. זאת, מאחר שהפסיקה הכירה בכך שאין זה מן הנמנע לאשר בקשה לניהול תביעה כייצוגית כאשר גודל הקבוצה יתברר וייקבע במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית לגופה (ראו והשוו: רע"א 6810/21 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ברנובייט בע"מ, פסקה 20 (20.10.2022); רע"א 3717/20 רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ נ' דוד, פסקה 17 (3.3.2021)).

באשר לטענת המדינה לפיה בית משפט קמא "דילג" על הדרישה הבסיסית בדבר קיומה של עילת תביעה אישית לתובע הייצוגי – כפי שהובהר לעיל, דרישה זו חלה במקרה דנן באופן מרוכך. זאת מאחר שמדובר בתביעה המוגשת בשם קבוצה שיתכן שאף אחד מחבריה לא יוכל להוכיח נזק אישי שנגרם לו כתוצאה ממעשיהן או מחדליהן של המשיבות. לפיכך, משבית משפט קמא מצא כי התובעים הוכיחו ברף ההוכחה הנדרש בשלב זה כי נגרם נזק לחברי הקבוצה המיוצגת או למצער לחלקם; וכן כי קיים קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק שנגרם (למשל, בפסקה 121 להחלטה), אין מקום לדרוש מהתובע המייצג להוכיח נזק שנגרם לו עצמו וקשר סיבתי פרטני ביחס אליו. דרישה אחרת עלולה כאמור לסכל את הגשת התביעה במקרה דנן ולפגוע במטרות מוסד התובענה הייצוגית במקרים כבענייננו.

כימות הנזק

52. כזכור, בהקשר זה נחלקו ביניהם הצדדים ביחס לאפשרות לעשות שימוש בתחשיב העלויות החיצוניות לצורך עמידה על היקף הנזק. לגישת המדינה, תחשיב

העלויות החיצוניות מגלם את הנזק שנגרם לקופת המדינה באופן ישיר – כמי שנושאת בעלות הטיפול בתחלואה וכמי שהכנסתה נפגעת כתוצאה מירידת מיסים; ולנזק שנגרם לכלל הציבור – בין באמצעות הפגיעה במשק בשל אובדן תוצר, ובין באמצעות נזק שנגרם באופן ישיר לבני אדם מסוימים בקרב הציבור, שחלו, שאיכות חייהם נפגמה או שתוחלת החיים שלהם עלולה להתקצר. המדינה מבהירה כי אין מדובר באגרזיה של הנזק שנגרם לפרטים בציבור, אלא בנזק הנגזר מהניהול הכלל-משקי של תחלואה ומוות כתוצאה מזיהום האוויר. עוד היא טוענת כי אין המדובר בנזק בו נושא אדם אחד ויחיד.

כפי שקבע בית משפט קמא, בשלב אישור בקשה לניהול תביעה כייצוגית, די בהוכחת קיומה של אפשרות סבירה שאכן נגרם נזק לחברי הקבוצה, ואין צורך בשלב זה לכמתו. כפי שהבהרתי לעיל, במסגרת הדיון בתביעה לגופה, יהיה על התובעים הייצוגיים להוכיח, באמצעות ראיות סטטיסטיות-אפידמיולוגיות, את הקשר בין הזיהום העודף המיוחס לפולקסווגן לבין הנזקים הבריאותיים הנטענים על-ידיהם, ואת היקפם. השאלה האם ניתן לעשות זאת באמצעות תחשיב העלויות החיצוניות היא שאלה שתיבחן במסגרת ההליך גופו, ואין הכרח להכריע בה כבר עתה.

במאמר מוסגר אציין, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי על-פני הדברים, משהגענו לכלל מסקנה כי הדרך לחשב את היקף הנזק הכולל במקרה דנן היא באמצעות כלים סטטיסטיים על בסיס תוחלת הסיכון לנזק, אין זה מן הנמנע שניתן יהיה לעשות שימוש, בין היתר, בתחשיב העלויות החיצוניות כולו או חלקו, אשר זה גם הרציונל העומד ביסודו. כפי שמוסבר בתחשיב העלויות החיצוניות עצמו, הוא נועד להעריך את הנזק הכלכלי הגלום בנזקים בריאותיים כתוצאה מזיהום אוויר. עם זאת, יהיה מקום לבחון בהמשך האם התחשיב מתייחס לתוחלת הנזק שנגרם לפרטים השונים בציבור, או שמא רק לנזק שבו המדינה נושאת כתוצאה מכך.

53. אופן החישוב של הנזקים להם גרמה פולקסווגן איננו אם כן עניין שבית המשפט צריך להכריע בו כבר בשלב זה. בבוא העת, יוכל בית המשפט להעריך נזק זה במספר אופנים שונים. בין היתר הוא יוכל לשקול האם תחשיב העלויות החיצוניות עשוי לשמש "פרוקסי" לנזקים הללו. גם אם התשובה לכך תהיה בשלילה, ניתן להעלות על הדעת אמצעים נוספים להערכת הנזק המצרפי שנגרם לחברי הקבוצה. כך או כך, אין בקשיים שעשויים להתעורר בחישוב שיעורו של הנזק הכולל שנגרם לפרטים מהציבור שניזוקו כדי לשלול את האפשרות להגיש תביעה ייצוגית.

54. כזכור, נוסף על עילות התביעה הנוגעות לעוולות סביבתיות, התובעים הייצוגיים טענו גם לעילה של עשיית עושר ולא במשפט. בהתאם לחוק עשיית עושר ולא במשפט, מתגבשת עילה זו בהתקיים שלושה יסודות: (1) התעשרות; (2) על חשבון המזכה; (3) שלא על-פי זכות שבדין. המחלוקת בין הצדדים נוגעת ליסוד השני ולשאלה האם קיים קשר בין התעשרותה של פולקסווגן לבין זכויות של חברי הקבוצה שנפגעו.

לטענת המדינה, מקור הרווח של פולקסווגן אינו בקניין או בזכות של התובעים המייצגים וחברי הקבוצה. לכן, אין זיקה בין התובעים המייצגים והקבוצה לבין המשאב הציבורי באופן שיכול לבסס טענה להתעשרות על חשבונם. האוויר במדינת ישראל – כך נטען – הוא משאב טבע של כלל הציבור, והתובעים הייצוגיים אינם יכולים לייחס לעצמם את הפגיעה בו. בהקשר זה הפנתה המדינה לת"צ (חיפה) 16-09-2283 שיינס נ' נייר חדרה בע"מ (11.6.2017) שם קבע בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ב' טאובר) כי הגם שחוק המים קובע כי מקורות המים הם "קניין הציבור", פרשנותו הנכונה היא כי המים הם קניין הציבור כולו, קרי – קניינה של המדינה. לכן, אין זכות קניינית לכל אחד מיחיד הציבור במים, באופן המאפשר לציבור לתבוע בגין זיהום מקורות מים (באותו מקרה – נחל חדרה) סעד של השבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט בשל פגיעה בקניינו (בשונה, כך נקבע, מהגשת תובענה ייצוגית בגין הנזקים שנגרמו לציבור כתוצאה מזיהום מקורות המים).

מנגד, התובעים הייצוגיים טוענים כי לציבור ולכל אחד מיחידיו יש זכות לאוויר נקי המעוגנת בחוק אוויר נקי ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשיטתם, אין הכרח להכריע מיהו בעל זכות הקניין באוויר, שכן דיני עשיית עושר אינם מחייבים שהפגיעה תהא דווקא בזכות קניין, ודי בעצם זכותו של הציבור לאוויר נקי כדי להקים זיקה מספקת לקבלת פיצוי לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט.

לטעמי, אין הכרח להידרש ולהכריע כבר עתה האם התובעים הייצוגיים הוכיחו כי קיימת אפשרות סבירה שגם המחלוקת בהקשר זה יוכרעו לטובת הקבוצה הראשונה. זאת בשים לב לכך שביחס לקבוצה השנייה אושרה התביעה הייצוגית בין היתר גם בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, באופן אשר עשוי לחפוף לסעד לו עתרו התובעים הייצוגיים ביחס לקבוצה הראשונה ולייתר את הדיון בה. יצוין כי ההתעשרות הנטענת ביחס לקבוצה השנייה היא התעשרות ישירה, בעוד שביחס לקבוצה הראשונה – בה עוסק

הערעור דנן – מדובר בהתעשרות עקיפה. לאור זאת, ומאחר שלטעמי בדין אושרה התביעה הייצוגית ביחס לעילת התביעה העיקרית שנטענה בה – ניתן יהיה לבחון את השאלות הנוגעות לעילת עשיית עושר ולא במשפט בשלב השני של הדיון.

55. מעבר לכך, ומבלי לקבוע מסמרות בשאלות הדרושות הכרעה בהקשר זה, אציין כי גם לגופו של עניין לא מצאתי מקום להתערב בהחלטתו של בית משפט קמא ביחס לעילה זו. לטעמי, התובע הייצוגי הוכיח ברמה הנדרשת לשלב זה של ההליך כי פולקסווגן התעשרה שלא כדין כתוצאה משימוש ברכיב התרמיתי (ועל כך נראה שאין מחלוקת בין המדינה לבין התובעים הייצוגיים); וכי האופן בו היא התעשרה שלא כדין הביא לפגיעה באיכות האוויר. באשר ליסוד השני – התעשרות על חשבון המזכה – בית משפט קמא קבע כי ההתעשרות היא על חשבון בעלי כלי הרכב בהם הותקן הרכיב התרמיתי (חברי הקבוצה השנייה) בשל כך שנגרם להם הפסד רכושי; ועל חשבון הציבור (חברי הקבוצה הראשונה) בשל כך שחברי הקבוצה הראשונה נאלצו לשאת בתוצאות הפליטה העודפת של NO_x כדי להגדיל את רווחי המשיבות.

בקביעה לכאורית זו (שהיא הנדרשת בשלב זה של הדיון), אין פגם המצדיק התערבות של ערכאת הערעור. חברי הקבוצה הראשונה אכן נאלצים לשאת, בין היתר, בתוצאות הפגיעה באיכות האוויר – פגיעה אשר אפשרה למשיבות להתעשר שלא כדין. בהקשר זה ראוי לציין כי הפסיקה הכירה בכך שהתעשרות שלא כדין אינה חייבת בהכרח לנבוע מפגיעה בקניין או בזכות אחרת, וכי היא יכולה אף להיגרם מפגיעה בציפייה בלבד – כאשר למזכה יש אינטרס בזכייה במוכן זה שהיא באה על חשבוננו (ראו למשל: ע"א 6126/92 אטלנטיק חברה לדייג וספנות בע"מ נ' דג פרוסט תעשיות דג (1984) בע"מ, פ"ד נ(4) 471 (1997)).

לכן, אינני סבורה כי יש מקום לקבוע בשלב זה שאין כל אפשרות סבירה לקיומה של זיקה אשר יכולה לבסס טענה של התעשרות "על חשבון" הציבור. זאת מאחר שעל פני הדברים הוכח בשלב זה לכאורה כי המשיבות היו מוכנות לפגוע בבריאות הציבור, כמו גם בציפייה של הפרטים בו לנשום אוויר נקי – כדי להמשיך ולהתעשר. זאת מבלי לפתור את בעיית הזיהום, קרי תוך שהציבור משלם את ה"מחיר" הבריאותי הכרוך בהתעשרות.

לצד האמור, ראוי לציין כי בפני התובעים המייצגים עדיין ניצבת משוכה לא מבוטלת בכל הנוגע להוכחת עילת עשיית עושר ולהוכחת התנאי השני בפרט. זאת, שכן

אין מדובר במקרה בו ההתעשרות של הנתבע באה לו "על חשבון" התובעים באופן ישיר. הפסיקה הכירה אמנם בכך כי במקרים מסוימים גם התעשרות עקיפה עשויה לקיים את התנאי. עם זאת, בית המשפט יידרש לבחון בשלב הבא האם המקרה דנן הוא המקרה המתאים לעשות כן. זאת בשים לב, בין היתר, לחברי הקבוצה השנייה ששילמו מכספם על כלי הרכב; ותוך בחינת השאלה האם ניתן לומר שההתעשרות נעשתה "על חשבון" הקבוצה הראשונה, כמובן אליו התכוון חוק עשיית עושר ולא במשפט (ראו והשוו: ע"א 6266/19 מדינת ישראל המינהל האזרחי באיו"ש נ' אבנון, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ע' ברון (25.8.2021), וההפניות שם; עניין אטלנטיק, בעמ' 478-479). כאמור, מכלול הנושאים האלה ייבחן – ככל שיהיה בכך צורך – בשלב השני של הדיון.

היחס בין תביעת המדינה לבין התביעה הייצוגית

56. משעה שנקבע כי התובעים הייצוגיים רשאים לנהל תביעה ייצוגית בשם כלל האנשים מקרב הציבור שנגרמו וייגרמו להם נזקים כתוצאה מזיהום האוויר, אין הכרח לבחון את השאלה של היחס בין שתי התביעות – תביעת המדינה והתביעה הייצוגית. עם זאת, מאחר שהצדדים התייחסו לנושא זה בהרחבה, נייחד לכך מספר מילים.

כזכור, הטעם העיקרי בשלו טענה המדינה בבקשת רשות הערעור שיש לדחות את בקשת האישור וחלף כך לדון בתביעה שהוגשה על-ידיה, היה היעדר האפשרות, לשיטתה, לאפשר לפרטים בציבור לנהל תביעה בגין נזק שנגרם לכלל הציבור ואשר לא ניתן לייחסו לפרט כלשהו. במצב דברים כזה, טענה המדינה, כדי שלא ייווצר "חלל" משפטי שיביא להרתעה בלתי יעילה של הגורם המזהם, יש להותיר לה לנהל את תביעה כנגד המזהמים כ"נאמן הציבור". ואולם, משהגעתי לכלל מסקנה כי קיימת עילת תביעה בגינה ניתן היה לאשר את ניהול התביעה הייצוגית על-ידי התובעים הייצוגיים, הרי שלא נותר "חלל" משפטי שכזה.

במצב דברים זה, נראה כי השאלה שתעמוד לפתחו של בית המשפט המחוזי שידון בתביעת המדינה, היא ביחס לאפשרות של המדינה להגיש תביעה בשם כלל הציבור במדינה מכוח הדוקטרינות של המדינה כ"אבי האומה" או כ"נאמן הציבור". השאלה הזו תהיה רלוונטית כמובן רק אם גם למדינה ישנה עילת תביעה ביחס לנזקים סביבתיים לצד העילה שעשויה להיות לתובע המייצג ולחברי הקבוצה אותם הוא מבקש לייצג. בית המשפט טרם הביע עמדתו בשאלה האם למדינה עומדת עילת תביעה מכוח הדוקטרינות להן היא טענה. יוער כי אם בית המשפט המחוזי יכריע כי למדינה לא עומדת

עילת תביעה כזו (וכאמור טענות המדינה בהקשר זה הן חדשניות וטרם התקבלו בפסיקה הישראלית), הרי שמכוח הרציונל לו טענה המדינה, וכדי לא ליצור "חלל" באפשרות התביעה – מן הראוי להכיר באפשרות להגיש תביעה ייצוגית במקרים כגון המקרה דנן.

ככל שבית המשפט המחוזי ימצא כי המדינה אכן רשאית להגיש תביעה כאמור, יהיה עליו לבחון כיצד להמשיך ולנהל את הדיון בשני ההליכים, כדי להימנע מהכרעות סותרות או מכפל פיצוי. כך, למשל, הוא יוכל לבחון אפשרות לקיים דיון מאוחד בתביעת המדינה ובתביעה הייצוגית; או לעכב את הדיון באחד מההליכים. כמו כן, אין זה מן הנמנע כי לאור החפיפה החלקית בין העילות והנזקים הנתבעים בשתי התביעות, תידחה אחת מהתביעות. אינני קובעת מסמרות בשאלות אלה שייבחנו – ככל שיהיה בכך צורך – על ידי בתי המשפט הדנים בתביעות.

אחר הדברים האלה

57. אחר הדברים האלה – קראתי את חוות הדעת של שני חבריי, וברצוני להעיר מספר הערות ביחס אליהן.

58. ראשית, באשר לחוות דעתו של חברי, הנשיא י' עמית – כפי שהבהיר חברי, אף הוא סבור כי התוצאה אליה הגעתי בחוות דעתי היא תוצאה רצויה; אלא, שלגישתו, עולות ממנה משוכות משפטיות שאין להן מענה.

חברי התייחס בחוות דעתו קודם כל למכשיר התביעה הייצוגית. הוא הדגיש כי לא ניתן לעשות שימוש בכלי זה בלא שיש לתובע עילת תביעה אישית נגד הנתבע, שביחס אליו הוא מבקש לנהל את התביעה הייצוגית. חברי הבהיר כי במקרה דנן לא קיימת קבוצת ניזוקים מובחנת ולכן אין עילת תביעה אישית לאף תובע פוטנציאלי. לשיטתו, הכרה באפשרות להגיש תביעה ייצוגית בגין נזק ציבורי כללי בהעדר עילת תביעה אישית, מעוררת קושי של ממש; וזאת גם אם היא מקדמת את התכליות שאותן מבקש חוק תובענות ייצוגיות לקדם (פסקה 11 לחוות דעתו).

ואולם, אדגיש כי האמור בחוות דעתי אינו מכוון למתן אפשרות לתובע ייצוגי לתבוע בגין נזק ציבורי כללי. כפי שהבהרתי שם, הנזקים בגינם יש לאשר את בקשת התובעים הייצוגיים לתביעה ייצוגית, הם נזקים שנגרמו על ידי פולקסוואגן לקבוצה מובחנת של ניזוקים (ראו למשל, בפסקאות 33-34, 47, 49, 51). אכן, זהותם הפרטנית

של הניזוקים הקונקרטיים, חברי קבוצה זו, אינה ידועה – ולא ניתן יהיה לאתרם גם במהלך הדיון בתביעה לגופה. זאת מאחר שמבין כלל האנשים שחלו במחלות שיש להן קשר אפשרי לחשיפה לזיהום או שמחלתם הוחמרה – אין אפשרות להוכיח ברמת ההוכחה הנדרשת בהליך אזרחי, כי הסיבה למחלתם היא הזיהום העודף שגרמה פולקסוואגן. עם זאת, אין בכך כדי לשלול את העובדה כי אכן קיימת קבוצת תושבים מסוימת, שבשםם ובעניינם תנוהל התביעה הייצוגית.

לעניין זה אחזור ואבהיר, כי גם אם חברי הקבוצה הראשונה הוגדרו בבקשת האישור כ"כלל הציבור" שנחשף או ייחשף לזיהום, וגם אם יסתבר כי לא לכל אחד מחברי הקבוצה האמורה נגרם או ייגרם נזק ממוני כתוצאה מהחשיפה – אין בכך כדי למנוע את קבלת בקשת האישור. אכן, ככלל על התובע המייצג להגדיר את הקבוצה באופן מדויק וממצה ככל האפשר; אולם בנסיבות מסוימות היקפה המדויק של הקבוצה יוכל להתברר גם במסגרת הדיון בתובענה לגופה (ראו בפסקה 51 בחוות דעתי).

יתרה מכך, אף הקושי שהעלה חברי באשר להוכחת עילת התביעה האישית מצד התובע המייצג אינו משנה את המסקנה אליה הגעתי. כפי שהובהר, אין אפשרות במקרה דנן לקבוע ברמה הנדרשת בהליך אזרחי האם תובע מייצג מסוים כזה או אחר אכן נמנה עם חברי הקבוצה – ובתוך כך גם לא ניתן אפוא לקבוע כי מי מהתובעים הייצוגיים הם בעלי עילת תביעה אישית. מבחינה זו, על פני הדברים, גם אין טעם בהחלפת התובע המייצג – שכן ביחס לכל אחד מתושבי המדינה לא ניתן יהיה לדעת האם הוא חבר בקבוצה – קרי האם מחלתו נגרמה, או שמא הוחמרה, דווקא בשל התנהלותה של פולקסוואגן (ולא מכל סיבה אחרת). מטעמים אלה, סברתי בחוות דעתי כי ניתן לרוכך את הדרישה כלפי התובעים הייצוגיים, ובדרך זו לאפשר להם לייצג את הקבוצה, מבלי להורות על החלפת תובע מייצג (אפשרות שאתייחס אליה גם בהמשך, ביחס לחוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז).

ודוקו – כפי שהובהר בחוות דעתי, הנכונות להקל על תובע מייצג בהוכחת עילת תביעה אישית, אינה משפיעה על החובה המוטלת עליו לעמוד ברף ההוכחה הנדרש בשלב זה ולהוכיח כי הנתבע נהג באופן עוולתי וגרם נזק של ממש לחברי הקבוצה המיוצגת, או למצער לחלקם; כמו גם על החובה להצביע על קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק הכולל שנגרם ממעשי הנתבע (שם, בפסקאות 46-48, 50-51).

59. במישור הנזיקי, הטעים חברי כי לא ניתן לעקוף את הצורך בניתוח ההקשר הנזיקי בו אנו עוסקים, על הסוגיות המורכבות שמעורר הנושא של עמימות סיבתית (פסקה 19 לחוות דעתו). עוד הוא הוסיף כי ישנו קושי לתרגם את התביעה הייצוגית לתביעה פרטנית ולגזור עילה קונקרטית שניתן להגיש בגינה תביעה ייצוגית. הוא התייחס בין היתר לראש הנזק של "יצירת סיכון", וציין כי במשפט הישראלי לא הוכרה אחריות להעמדה בסיכון גרידא.

כן התייחס חברי לקושי בהוכחת נזק וקשר סיבתי בשלב בקשת האישור, וקבע כי התובעים הייצוגים לא הוכיחו – כפי שהיה עליהם לעשות – לא קשר סיבתי פוטנציאלי (בין הזיהום הסביבתי לבין קיומו של נזק גוף); ולא קשר סיבתי פרטני בעניינו של התובע הייצוגי. הוא סבור כי יסוד הנזק לא הוכח, ולו גם באופן לכאורי, בהעדר ממצאים עובדתיים לפיהם ישנה עלייה ברמת התחלואה בעקבות זיהום האוויר שפולקסוואגן גרמה לו. לשיטתו, לא ניתן היה להוכיח קשר סיבתי בהעדר חוות דעת מדעיות מטעם מומחים רלוונטיים שיעידו על קיומו של קשר כזה. אין די בהקשר זה – כך הוא סבור – בתחשיב העלויות החיצוניות.

ואולם, יש לזכור כי עניינו של ההליך שלפנינו הוא בבקשת רשות ערעור שהגישה המדינה נגד החלטתו של בית המשפט המחוזי. לכן, יש לבחון מהי עמדתה של המדינה; ובהתאם לכך – להגדיר את יריעת המחלוקת בין הצדדים להליך דנן. והנה – המדינה עצמה אינה חולקת על כך, כפי שהבהרתי בחוות דעתי, שפליטת המזהמים ממכוניות פולקסוואגן אכן הביאה ל"עליה בתחלואה, בתמותה ולפגיעה באיכות חיי הציבור" (סעיף 102 לכתב התביעה של המדינה בת"א 10672-07-20; וראו בפסקאות 32 ו-49-50 בחוות דעתי). התחלואה העודפת משמעה כי לגישת המדינה – ישנם אנשים שחלו כתוצאה מהזיהום העודף; והתמותה העודפת משמעה כי לגישת המדינה – ישנם אנשים שנפטרו כתוצאה ממנו. עמדתה זו היא הבסיס לתביעה שהגישה המדינה נגד פולקסוואגן.

לכן – וכפי שציינתי בחוות דעתי לעיל (בפסקה 49), אין למעשה כלל מחלוקת בין הצדדים להליך שלפנינו על כך "שהמשיבות יצרו בהתנהלותן זיהום סביבתי אשר גרם וצפוי לגרום לנזק ממוני בדמות פגיעה בבריאות למצער חלק מתושבי המדינה".

יתרה מכך – כפי שציינתי, לגישת המדינה ניתן לאמוד את הנזק שפולקסוואגן גרמה באמצעות תחשיב העלויות החיצוניות. המחלוקת בין הצדדים להליך דנן נובעת

מכך שעמדתה של המדינה – בניגוד לזו של התובעים הייצוגיים – היא כי הנזקים הללו (שעל קיומם היא אינה חולקת כאמור), אינם נזקים לפרטים בציבור אלא נזק כולל לקופת המדינה; ושלא ניתן להוכיח נזק מובחן שנגרם לאדם ספציפי כזה או אחר.

למעשה, כך צוין במפורש בחוות דעתי: "נראה כי למעשה אין בידי המדינה – שהיא מבקשת רשות הערעור – לבין התובעים הייצוגיים מחלוקת ביחס למספר עניינים משמעותיים: ביחס לכך שניתן באמצעות מחקרים להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין זיהום מוגבר לעלייה בשיעור התחלואה והתמותה בציבור בכללותו; כי ניתן באמצעות חישובים סטטיסטיים לעמוד על מספר מקרי התחלואה והתמותה בעקבות כך...; וכי בפועל נגרמו באופן ישיר נזקים בריאותיים לבני האדם מהם מורכב הציבור (אף שלא ניתן לזהות למי מהם)" (שם, בפסקה 50).

60. משאלה הם פני הדברים – נראה כי המחלוקת בין הצדדים נושא ההליך דנן איננה בשאלה האם הפליטה העודפת של מזהמים אכן גרמה לעלייה בתחלואה ובתמותה. בהקשר זה רואה המדינה עין בעין עם התובעים הייצוגיים. עמדת המדינה היא שונה ומתמקדת באפשרות להוכיח נזק מובחן לאדם כזה או אחר. ואכן, חוות דעתי מבוססת על הקושי האמור – שאף הוא אינו שנוי במחלוקת. לגישתי, בהינתן העובדה שהצדדים להליך דנן מסכימים כי נגרמה עלייה בתחלואה ובתמותה כתוצאה מהזיהום שגרמה פולקסוואגן, יכולה הקבוצה האנונימית של נפגעים אלה להגיש תביעה ייצוגית בשם כלל חברי הקבוצה – וזאת אף שזהותם הקונקרטי אינה ידועה; וכפי שצוין לעיל, גם לא תוכל להתברר במהלך הדיון בתביעה הייצוגית.

מהאמור לעיל עולה אפוא כי אין למעשה מחלוקת בין המדינה לבין התובעים הייצוגיים על אודות קיומה של קבוצת ניזוקים – אלא רק על השאלה מי מוסמך לנהל תביעה (יייצוגית או אחרת) בשמה של קבוצה זו. משכך, שאלת הוכחת הרכיבים של קשר סיבתי ונזק אינה עוד רלוונטית בהליך דנן, שכן בין הצדדים להליך אין לגביה מחלוקת. משעה שגם המדינה סבורה כי פולקסוואגן גרמה לנזקים לבריאות חלקים מהציבור בדמות תחלואה ומיתה עודפות – היא אינה חולקת על אודות קיומם של נזקים, ועל אודות קיומו של קשר סיבתי בין התנהלותה של פולקסוואגן לבין הנזקים הללו.

זאת ועוד – חברי הרחיב את הדיבור על אודות סוגיית הסיבתיות העמומה. ואולם, אישורה של התביעה הייצוגית מאפשר להתגבר על בעיה זו. כפי שהבהרתי בחוות דעתי, התביעה הייצוגית אושרה לגבי אותם חברי קבוצה שניזוקו בפועל מהתנהלותה האסורה של פולקסוואגן. לגבי אותם אנשים – הסיבתיות איננה עמומה. העובדה שלא ניתן לזהות

את האנשים הללו ולנקוב בשמם, אינה משנה את המסקנה לפיה הם קיימים; ומשכך – לכל אחד מהם עומדת עילת תביעה אישית נגד פולקסוואגן. פיצוי חברי קבוצה זו הוא אם כן פיצוי למי שניזוק בפועל – ולא למי שיש עמימות בדבר הקשר הסיבתי בין העוולה של פולקסוואגן לבין הנזקים שנגרמו לו.

61. כן התייחס חברי לראש הנזק של העמדה בסיכון – ראש נזק שטרם הוכר בפסיקה הישראלית. אלא שכפי שהובהר הן בחוות דעתי והן לעיל, ראש הנזק הרלוונטי לחברי הקבוצה בשמה אושרה התביעה הייצוגית אינו ראש הנזק של העמדה בסיכון – אלא ראש נזק של פגיעה בפועל. מדובר כאמור באותם תושבי המדינה אשר הזיהום גרם להם בפועל לתחלואה, החמרת תחלואה או אף מוות.

אחזור ואדגיש כי גם לגישת המדינה ישנם תושבים כאלה, שאין ספק כי עומדת להם עילת תביעה בגין ראש הנזק של רשלנות (ואף הפרת חובה חקוקה) נגד פולקסוואגן. אלא שאף אחד מחברי הקבוצה הזו (שקיימים בפועל אך אינם מזוהים), לא יוכל לעולם להוכיח במסגרת תביעה פרטנית כי הוא אכן אחד מאלה שהנזק שלהם נגרם כתוצאה ממעשיה של פולקסוואגן. כאן יתרונה של התביעה הייצוגית, המאפשרת לכל אותם חברי קבוצה אנונימיים – בעלי עילת תביעה אישית – להתאחד, לתבוע ולזכות בפיצוי בגין הנזקים שפולקסוואגן גרמה להם, אף אם פיצוי זה לא יגיע לבסוף לכיסיהם.

62. סיכומי של חלק זה – משעה שהמדינה עצמה הסכימה כי פולקסוואגן גרמה במעשיה לנזקים של תחלואה ומוות לחלק מהציבור – אין מחלוקת ביחס לקיומה של עילת תביעה לאותם אנשים שחלו או מתו כתוצאה ממעשיה ומחדליה של פולקסוואגן: אין מחלוקת על אודות קיומו של קשר סיבתי, ואף לא על קיומו של נזק. לטעמי אין בעובדה שלא ניתן לזהות בפועל את חברי הקבוצה – כדי לשלול ממנה את האפשרות לתבוע את פולקסוואגן כקבוצה, בניגוד לאפשרות התיאורטית של כל אחד מהם להגיש תביעה פרטנית נגד פולקסוואגן שלא הייתה מתקבלת. באופן זה יכולה התביעה הייצוגית לסייע בהשגת צדק מתקן ובעיקר בהשגת הרתעה – תכליות שאף חברי מסכים לגבי חשיבותן.

63. שנית, באשר לחוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז.

חברתי בחוות דעתה מבקשת לצעוד בנתיב ביניים. מחד גיסא, היא נכונה לאמץ גישה מקלה לעניין הדרישה להוכחת עילת תביעה אישית במקרים של חשיפה המונית

לפליטת מזהמים; ומאידך גיסא, לשיטתה, אין מקום לוותר באותם המקרים על הדרישה להוכחת נזק פרטני ביחס לתובע המייצג את חברי הקבוצה (פסקאות 4-5 לחוות דעתה).

דומה אפוא כי חברתי אינה שוללת את האפשרות התיאורטית של הגשת תובענה ייצוגית בשם מי שניזוקו מהתנהלותה של פולקסווגן, גם בנסיבות בהן אין אפשרות לזהות את חברי הקבוצה הקונקרטיים שלהם נגרם הנזק נושא התביעה. חברתי אף היא מכירה בכך שבין המדינה לבין התובעים המייצגים אין מחלוקת באשר לקיומה של קבוצת ניזוקים מובחנת, בעלת עילת תביעה אישית. ההיבט המרכזי בו מתמקדת חברתי, נוגע לעובדה כי במקרה שלפנינו התובעים המייצגים עצמם, לא טענו – וממילא לא הוכיחו – כי נגרם להם או לקרוביהם נזק אישי כתוצאה מהזיהום.

חברתי מוסיפה ומחדדת, כי במקרים שבהם ימצאו תובעים מייצגים מתאימים – אשר יצליחו לעמוד בנטל הנדרש להוכחת נזק אישי (נראה כי כוונתה למשל לתובעים הסובלים מתחלואה רלוונטית לנזק נושא התובענה) – יהיה מקום לאמץ בעניינם גישה ליברלית באשר לדרישת הקשר הסיבתי שבין הזיהום הסביבתי לבין מחלתם (פסקה 8 לחוות דעתה). במילים אחרות – בהתאם לגישתה, לו היו התובעים הייצוגיים סובלים ממחלות נשימה, לא היה מקום להחמיר עמם בדרישה שיוכיחו כי מחלתם אכן נגרמה כתוצאה מהזיהום שפולקסוואגן יצרה ולא מטעם אחר (דרישה שכאמור הם ממילא לא היו יכולים לעמוד בה). עם זאת, לשיטתה, מאחר שלא נטען לגבי אף אחד מן התובעים המייצגים כי הוא עצמו נמנה עם חברי הקבוצה שנפגעה – אין מקום להקל בדרישה לקיומה של עילת תביעה אישית.

64. כשלעצמי אני סבורה כי הדרישה שעליה מצביעה חברתי – ולפיה התובע המייצג יידרש להוכיח נזק פרטני (למשל כי הוא עצמו סובל ממחלה נשימתית) – היא דרישה מלאכותית בנסיבות העניין. זאת משום שגם לו היה התובע המייצג טוען ומוכיח כי הוא סובל ממחלה נשימתית, הוא ממילא לא יכול היה להוכיח כאמור, אף לא בשלב מאוחר יותר של ההליך, כי מחלתו שלו נגרמה כתוצאה מהתנהלותה של פולקסוואגן. בנסיבות אלה אין סיבה להעדיף תובע כזה על פני כל אדם אחר מקרב הציבור שיבקש לייצג את חברי הקבוצה שנפגעו מהזיהום הסביבתי.

על כל פנים, אף אילו הייתי מקבלת את עמדתה של חברתי, אני סבורה כי התוצאה הנובעת מעמדתה היא קבלת בקשת האישור תוך מתן אפשרות להחלפתם של

התובעים המייצגים דנן בתובע מייצג אחר, אשר לגישתה של חברתי היה מתאים לשמש כמייצג של חברי הקבוצה.

כידוע, סעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי משהוכחו התנאים לאישור תובענה כייצוגית, אין בהעדר עילת תביעה אישית של תובע מייצג כשלעצמה כדי להכשיל את בירור התובענה. בנסיבות כאלה, ניתן לאשר את התובענה הייצוגית תוך החלפת התובע המייצג (ראו מיני רבים: רע"א 2937/18 מכבי שירותי בריאות נ' המנוחה אנה דובין ז"ל, פסקה 5 (26.5.2019); בג"ץ 5148/18 שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 24 (11.7.2022); רע"א 5477/20 עיריית בני ברק נ' בן ששון, פסקה 13 (15.8.2021); רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (5.7.2012)).

מנגנון זה נועד כדי לשמר תובענות ייצוגיות שעל פני הדברים ראוי לבררן (ראו: רע"א 7202/18 קוזליק נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פסקה 13 (11.12.2019)) – ודומה כי חברתי אינה חולקת על כך כי התביעה דנן נמנית עם התביעות הללו.

סוף דבר

65. לאור כל האמור לעיל, אציע לחבריי כי נדחה את הערעור. לאור טיבה החדשני של השאלה במחלוקת, אציע כי לא נעשה צו להוצאות.



רות רונן
שופטת

הנשיא יצחק עמית:

קראתי בעיון את פסק דינה המקיף של חברתי, השופטת רונן, ולצערי אין בידי לצרף אליה את קולי.

פרשת "דיזלגייט" שניצבת בבסיס בקשת האישור לניהול תובענה ייצוגית שהוגשה לבית משפט קמא, חשפה התנהלות בלתי חוקית ומקוממת מצד פולקסווגן. כפי שתיארה חברתי, השופטת רונן, פולקסווגן הטמיעה במנועי הדיזל מתוצרתה רכיב

תרמית, שהקטין את כמות הפליטות של תחמוצות חנקן בעת בדיקות המעבדה שנערכו לכלי הרכב, בעוד שבנסיעה על הכביש עלתה כמות הפליטות באופן ניכר שחרג מהתקן המותר. אין חולק כי התנהלות בלתי חוקית נטענת זו מצד פולקסווגן הובילה לזיהום אוויר, ואין זה מפתיע כי בשל התנהלותה ננקטו נגד פולקסווגן הליכים משפטיים ברחבי העולם.

באספקלריה זו, התוצאה שאליה הגיעה חברתי מסברת את הדעת, באשר יש בה כדי להגשים את עקרון "המזהם משלם" ולגמול לפולקסווגן על התנהלותה הפסולה. ואולם, כפי שיפורט בהרחבה להלן, דיני התובענות הייצוגיות ודיני הנזיקין מציבים בפני התובעים הייצוגיים קשיים של ממש שלא מצאתי להם מענה בחוות דעתה של חברתי. עיקרו של דבר, עמדתי היא כי לא עומדת לתובעים הייצוגיים עילת תביעה, ומשכך לא היה מקום לאשר את התובענה הייצוגית.

בשורה התחתונה, בהיבט המעשי, אציע כי נורה על איחוד התביעה הנפרדת שהגישה המדינה (ת"א (מחוזי ת"א) 10672-07-20 מדינת ישראל נ' Volkswagen AG) עם ההליך הייצוגי דנן, מכוח תקנה 40(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018.

להלן פירוט הדברים.

מילות הקדמה

1. אפתח באזכור המסגרת הדיונית שלפנינו.

בעקבות הפרשה המכונה "דיזלגייט" עמדו בפני בית משפט קמא שלוש תובענות ייצוגיות שאוחדו והוגשו על ידי המשיבים 1-3 (להלן: המשיבים) נגד המשיבות 4-6 (להלן: המשיבות). בית משפט קמא אישר את התביעה הייצוגית של המשיבים, ועל כן הוגשו שתי בקשות רשות ערעור – האחת מטעם המשיבות והשנייה מטעם המדינה. בעקבות הדיון שנערך בפנינו, המשיבות מחקו את בקשת רשות הערעור תוך שמירת טענותיהן, כך שבפנינו נותרה בקשת רשות הערעור מטעם המדינה. לטענת המדינה, אין להכיר בקיומה של עילת תביעה בידי המשיבים בגין נזק בריאותי-ממוני שנגרם לניזוקים בלתי מזוהים, להבדיל מקיומה של עילת תביעה בגין נזק לא ממוני. לגישתה, האפשרות לתבוע בגין נזקים בריאותיים שנגרמו לציבור בלתי מזוהה נתונה למדינה בלבד.

הנה כי כן, המדינה מבקשת לסכל את עיקרה של תביעת המשיבים ובכך היא עומדת למעשה לצד המשיבות, שכאמור, חזרו בהן מבקשת רשות הערעור. זו הסיבה שבגינה נדרשה חברתי, השופטת רונן, להעמיד במרכז פסק דינה את השאלה שהציבה המדינה בטיעוניה – האם ניתן לאשר תביעה ייצוגית "כללית" בעוולה של השיפה המונית של הציבור בישראל לפליטת מזהמים? על שאלה זו השיבה חברתי בחיוב.

2. כפי שצינתי בפתח הדברים, אין לכחד כי במישור העקרוני, התוצאה שאליה הגיעה חברתי היא רצויה במוכן זה שהיא מקדמת תכליות של הרתעה, ובמידה מסוימת של צדק מתקן. חברתי מבקשת כי מי שמזהמים את הסביבה יפנימו את הנזקים שנגרמים על ידם ויפצו את הציבור (על עקרון "המזהם משלם" ראו פסק דיני בע"א 6102/13 עצמון נ' חיפה כימקלים בע"מ, פסקאות 26-27 (24.9.2015) (להלן: עניין עצמון); לחשיבות ההגנה על הסביבה ועל הכלים המשפטיים הנתונים לצורך זה ראו את פסק דינה של השופטת ברון בע"א 4354/22 טל נ' רותם אמפרט נגב בע"מ, פסקאות 23-26 (12.10.2023) (להלן: עניין טל)). ברם, אישור התביעה הייצוגית בנסיבות דנן מעורר לטעמי קשיים מהותיים במישור של דיני הנזיקין ודיני התובענות הייצוגיות, ומשכך אין בידי להצטרף לעמדתה של חברתי.

3. בבסיס בקשתם של המשיבים לאישור תובענה ייצוגית עומדות מספר הנחות: כי פולקסווגן החמירה את זיהום האוויר בישראל; כי כתוצאה מכך נפגעה בריאותם של פלונים בלתי מזוהים; כי בעיה זו נפרסת על כלל שטח המדינה, כפועל יוצא מכך שמדובר בזיהום ממקור נייד (רכב פולקסווגן); וכי ניתן להוכיח זאת באמצעות מחקרים מדעיים סטטיסטיים. במילים אחרות נוכח אופיו של הזיהום שיצרה פולקסווגן, לא ניתן לקבוע מי סבלו נזק בריאותי כתוצאה ממנו, וההנחה היא כי קיים קושי בכל הנוגע לזיהוי הניזוקים ולזיהוי הנזק המובחן שנגרם להם כתוצאה מהתנהגותה של פולקסווגן (עניין הנכנס במסגרת המקרים המכונים לעיתים בספרות "אי ודאות באשר לקיומה של פגיעה באינטרס", וראו אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג(3) 605, 633 (2000) (להלן: פורת, יצירת סיכון)).

4. השאלות המתעוררות במקרה שלפנינו מצויות בשני מישורים: במישור הדיוני ובמישור הנזיקי-מהותי. במישור הדיוני, המקרה שלפנינו מעורר שאלות בדבר הדרך שבה ניתן להביא את הטענות שאובכות מהדין הנזיקי לבירור משפטי. התשובות לכך נובעות

בעיקרן מחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות). במישור הנזיקי, המקרה שלפנינו מעורר שאלות בדבר זיהוי הנזוק, זיהוי הנזק שנגרם, וקיומו של קשר סיבתי בין השניים. התשובות לשאלות אלו נגזרות מדיני הנזיקין בישראל, ובענייננו, מהחקיקה ומהפסיקה הרלוונטיות, כמו גם מתאוריות של דיני הנזיקין.

אכן, לעיתים ההבחנה בין שני המישורים עשויה להיות מורכבת, ויש שהם משפיעים זה על זה. כפי שציינה חברתי בפסקה 46 לחוות דעתה, "ההקשר הייצוגי עשוי להשפיע על פרשנות יסודות העילה האישית והגשמתם מתוך מטרה להגשים את תכליותיה של התובענה הייצוגית". מקובל עליי כי המפגש שבין הדין המהותי לבין קידום תכליותיה של התובענה הייצוגית מצריך התאמות מסוימות (ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ, פסקה 13 לפסק דיני (12.3.2014) (להלן: עניין סלומון)). ברם, מן ההכרח לזכור כי חוק תובענות ייצוגיות מתבסס על עילות מן הדין המהותי שמקורן בחוקים אחרים. משכך, תנאי מקדמי לאישור בקשה לניהול תובענה ייצוגית הוא כי תוכח קיומה של עילה מהותית, באשר היא המפיתה חיים בהליך הייצוגי כולו:

"[...] התובענה הייצוגית לא נתכוננה – מעיקרה – כזכות מהותית וכעילת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה – וחשיבות רבה נודעת לה – אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת-גג אחת. בהיות התובענה הייצוגית מה שהיא, נתקשה לפרשה כך שיהא בכוחה – על דרך ההילוך לאחור כביכול – לשנות כללי-מהות בדין הנזיקין, ובהם כללי הקשר הסיבתי ויסודות בפסיקת פיצויים" (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 417 (2003)).

(לריכוז פסיקה החוזרת על הקביעה כי חוק תובענות ייצוגיות מהווה כלי דיוני, אשר אין בכוחו ליצור זכויות מהותיות, ראו בבג"ץ 6451/18 חיון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (19.7.2021)).

בהמשך לאמור לעיל, אדרש תחילה למישור הדיוני, ובפרט לשאלה אם ניתן להגיש תובענה ייצוגית במקום שבו התובע הייצוגי אינו מחזיק בעילת תביעה אישית, כפי שקורה בענייננו, בהיעדר טענה לכך שלמשיבים נגרם נזק גוף כתוצאה מהזיהום שיצרה פולקסווגן. לאחר מכן, אפנה לבחינת דיני הנזיקין ולקשיים הנובעים מאימוצה של עילת תביעה בגין זיהומים סביבתיים במתווה המוצע על ידי חברתי.

הגשת תובענה ייצוגית בהיעדר תובע בעל עילת תביעה אישית

5. חברתי סבורה כי יש לרוכך את התנאי הדורש כי לשם קבלת בקשה לאישור תובענה ייצוגית יוכיח התובע המייצג קיומה של עילת תביעה אישית. כשלעצמי, ספק אם מדובר בריכוך של התנאי או שמא באיון שלו.

בדרישת קיומה של עילת תביעה אישית יש במידה רבה כדי להוות את הגיונו המסדר של מוסד התובענה הייצוגית כפי שהוסדר בישראל. מוסד התובענה הייצוגית פועל על בסיס אינדוקציה, קרי היקש מסוג "מן הפרט אל הכלל", בבחינת איתור מקרה עולה בודד ומתן מענה באמצעותו לקבוצה הנפגעת כולה. לעומת זאת, דומה כי הגישה המוצעת על ידי חברתי משתמשת בו באופן דוקטיבי, קרי היקש מסוג "מן הכלל אל הפרט", ומבקשת להיעזר בו הגם שלא ניתן לזהות תובע ייצוגי האוחז בעילת תביעה אישית. אכן, חוק תובענות ייצוגיות מכיר בפסיקת נזק כולל לטובת הציבור – אך המדובר במנגנון שנועד לאפשר את "הקפיצה" מן המקרה היחיד אל הקבוצה, ולא להיפך.

6. נפתח בלשון החוק. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות דורש כי תובע ייצוגי המבקש כי יאושר לו לתבוע בשם קבוצה, יחזיק בעילת תביעה אישית:

אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א),
 המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט
 המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם –
 בשם אותה קבוצה;

דרישה זו מהווה תנאי לקבלתה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ואף הוכרה בפסיקה כתנאי סף (רע"א 3397/23 גלידת שטראוס בע"מ נ' ג'ובראן, פסקה 4 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (3.11.2024)); אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 116-112 (2017)).

7. על כך שחוק תובענות ייצוגיות לא ביקש ליצור עילת תביעה בגין נזק כללי לציבור, מקום שבו לא קיים ניזוק בעל עילת תביעה אישית, ניתן ללמוד גם מהתיקון המתהווה של חוק תובענות ייצוגיות. בימים אלה יושבת על המדוכה תת-ועדה משותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת הכלכלה ודנה בהצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16) התשפ"ד-2024. מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי מנסחיה אינם

מאפשרים במכוון הגשת תביעה בגין נזק שנגרם לציבור כולו, במצב שבו לא ניתן להצביע על ניזוק ספציפי:

"[...] מוצע להבהיר כי כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק והתובענה מוגשת בידי ארגון, על הארגון להראות כי נגרם נזק מיוחד לאחד מחברי הקבוצה או שקיימת אפשרות סבירה לנזק כאמור. סעיף זה נועד להבהיר כי הכוונה היא לאפשר לארגונים להגיש תובענות ייצוגיות רק מקום שבו ניתן להצביע על נפגעים ספציפיים ויש נזק מיוחד לחברי הקבוצה, ולא במקרים שבהם נזק לציבור בכללותו בלי שנגרם נזק מיוחד למי מחברי הקבוצה. בהקשר זה יובהר כי התובענה הייצוגית היא כלי דיוני לאיחוד תביעות פרטניות והיא אינה יכולה לייצר עילת תביעה לקבוצה, מקום שזו אינה קיימת לפי הדין המהותי לכל אחד מחברי הקבוצה. לכן, בעצם הגשת התביעה על ידי ארגון אין כדי להקנות לחברי הקבוצה עילת תביעה שלא הייתה מוקנית לכל אחד מהם בתביעה אישית" (הדגשות הוספו – י"ע; ה"ח הממשלה 1271, 1306).

גישה זו תואמת את עמדתו המקורית של המחוקק כפי שמשקפת בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, לפיה "גם תובענה ייצוגית המוגשת על ידי ארגון, רשות ציבורית או המדינה, צריכה להיות בשם קבוצת אנשים שלגבי כל החברים בה מתקיימות עילות התובענה" (ה"ח הכנסת 231, 234).

8. בית משפט זה עמד אך לאחרונה על תכליותיה של דרישת קיומה של עילת תביעה אישית, ונפנה לדברים:

"ראשית, מבחינה פורמלית, התובענה הייצוגית אינה אלא מכשיר דיוני לאיחודן של תובענות בעניינם של תובעים אחדים – ולכן אין היא מקנה עילת תביעה מהותית-עצמאית. בתוך כך ניתן לומר, כי בהיעדר עילה אישית התובע המייצג הוא, הלכה למעשה, חסר כוח, במובן ה'הופלדיאני', אל מול הנתבע. שנית, יש שטוענים כי הימנותו של התובע המייצג על חברי הקבוצה עשויה להבטיח ייצוג הולם וראוי יותר של האינטרס המשותף שלהם, זאת בהשוואה למצב בו הם מיוצגים על ידי גורם 'זר'. שלישית, האפשרות שתוגש תביעה שלא על ידי מי שנפגע במישרין מהנתבע, לא כל שכן תובענה ייצוגית – מעוררת חשש מפני ניצול לרעה של מנגנון התובענה הייצוגית, בין היתר על מנת לפגוע בנתבע או לשם הפקת רווח אישי. כידוע, חשש זה הוא חשש אינהרנטי למנגנון התובענה הייצוגית, אולם הוא אך מתעצם בנסיבות שכאלה. רביעית, ראוי להדגיש כי עמידה קפדנית על דרישת קיומה של עילת תביעה אישית, מקנה גם הגנה מסוימת לענייניו של הנתבע, במובן זה שהיא שומרת על זכותו לחקור בחקירה נגדית את התובע המייצג, לשם הוכחת

הגנתו. כמו כן, היא מאפשרת גם לבית המשפט להשתמש ב'סיפורו' של התובע המייצג בעל העילה האישית, כמעין 'מקרה בוחן' לתובענה הייצוגית כולה. חמישית, ועל אף שדבר ידוע הוא כי עורך הדין הוא 'הרוח החיה' שמאחורי מיזם התובענה הייצוגית, ולא התובע המייצג, ניתן גם לטעון כי הדרישה להשתתפות של תובע מייצג בעל עילת תביעה אישית בתובענה ייצוגית – וכנגזרת ממנה, גם זכאותו לגמול, עשויה לתמרץ נפגעים לפנות לעורך דין על מנת שזה יפעל להגשת תובענה ייצוגית בשם חברי הקבוצה, שעליה הם נמנים (הדגשות הוספו – י"ע; ע"א 7125/20 הצלחה לקידום חברה הוגנת נ' UBS AG, פסקה 225 לפסק דינו של השופט ח' כבוב (2.1.2025) (להלן: עניין UBS)).

כעולה מן האמור, הדרישה הסטטוטורית לקיומו של תובע ייצוגי בעל עילת תביעה אישית היא בבחינת "פיצ'ר" ולא "באג". בית משפט זה עמד על הצורך בעמידה קפדנית על דרישת קיומה של עילת תביעה אישית ועל כך שתכלית סעיף 4(א)(1) היא "לייחד את מעמד התובע הייצוגי לבעלי זכאות אישית" (ע"א 6979/20 חנוכה נ' הראל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 69 לפסק דינו של השופט א' שטיין (30.1.2023)); להיסטוריה החקיקתית של דרישת קיומה של עילת תביעה אישית ואופן פרשנותה על ידי הפסיקה, ראו בפסקאות 65-72 לפסק דינו של השופט א' שטיין באותו עניין).

נציין כי אמנם בענייננו מדובר במקרה "קל" מבחינת היותה של פולקסווגן נתבע חזק ובעל כיס עמוק, ונוכח התנהגותה החמורה לכאורה. ואולם, זיהום יכול להיגרם גם על ידי נתבעים חלשים יותר, אשר פעלו ללא כוונת זדון. בד בבד עם הרצון להחיל הסדרים המקדמים את שיקול ההרתעה ביחס למי שנוטלים על עצמם סיכונים לגרימת זיהום סיבתי, יש לספק למזיקים את ההגנות שהוקנו להם בדין. זאת, במיוחד כשעסקינן בכלי רב עוצמה כתובענה הייצוגית.

9. במקרה דנן, אין לפנינו קבוצת ניזוקים מובחנת, נזק מובחן או קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק, ומשכך לא קיימת עילת תביעה אישית.

חברתי, השופטת רונן, סבורה כי ניתן להשקיף על הבקשה לאישור מזווית מבטו של "תובע על" ולבחון את דרישת הקשר הסיבתי בהתאם (בפסקה 46 לפסק דינה). בהקשר זה היא מפנה לפסקי הדין שניתנו על ידי בית משפט זה בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה) ובע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (11.12.2008) (להלן: עניין אביב

שירותים). לטעמי, לא ניתן להסיק מפסקי הדין האמורים כי ניתן לוותר כליל על דרישת קיומה של עילת תביעה אישית. פסק הדין בעניין תנובה נסב על תביעה בגין פגיעה באוטונומיה עקב הטעיה צרכנית, ושם נקבע כי אין צורך בהוכחת הקשר הסיבתי ביחס לכל פרט בקבוצה כמובן של "סיבתיות ההחלטה" (עניין סלומון, בפסקה 27 לפסק דיני). לעומת זאת, התביעה שלפנינו הוגשה בגין נזקי גוף, וזאת מבלי שנטען לקיומו של נזק כלשהו שנגרם לתובע המייצג (לדרישה להוכיח נזק מובחן כתוצאה מהפגיעה באוטונומיה, ראו עניין סלומון, בפסקאות 25 ו-28 לפסק דיני). מובן אפוא כי קשה להקיש מדרך ההילוך שבה פסע בית משפט זה ביחס לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, שעניינו בנזק בלתי ממוני טהור, על מנת להגמיש את דרישת הקשר הסיבתי ביחס לראש נזק יסודי בדיני הנזיקין כמו נזק גוף. הוא הדין באשר לפסק הדין בעניין אביב שירותים, שנסב על תביעה בגין הטעיה צרכנית. בשונה מהמקרה שלפנינו, באותו מקרה הוכח קיומו של נזק פרטני לתובע, ו"הריכוך" לא נועד להתגבר על היעדר קיומה של עילת תביעה אישית, אלא התמקד באופן פרשנות יסוד הקשר הסיבתי.

10. דומה כי חברתי מבססת את פסק דינה, בעיקרו של דבר, על מנגנון פסיקת הפיצויים הקבוע בסעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר פסיקת פיצוי לטובת הציבור. ואולם, מנגנון פיצויי לחוד, וקיומה של עילת תביעה לחוד. העובדה שהחוק מאפשר פסיקת פיצוי לטובת הציבור, אינה מלמדת על נכונות המחוקק לוותר על קיומה של עילת תביעה, על כל יסודותיה. כשם שקיומו של מנגנון לקביעת פיצויי חוזי אין לו קיום בהעדר חוזה, כך למנגנון לפסיקת פיצוי לטובת הקבוצה אין קיום בהעדר עילה, שהיא המולידה את הזכות לפיצוי.

11. לסיכום חלק זה. הכרה באפשרות להגיש תביעה ייצוגית בגין נזק ציבורי כללי בהיעדר עילת תביעה אישית, מעוררת קושי של ממש, וזאת בראי לשון החוק; כוונת המחוקק; ההיגיון המסדר שבבסיסו של החוק; תכליותיו; ופסיקתו הענפה של בית משפט זה. ודוק: גישתה של חברתי אכן ראויה מבחינת התכליות שאותן היא מבקשת לקדם, אלא, שעמדתי היא שאין במוסד התובענה הייצוגית, כפי שהוא מוסדר כיום, כדי להוות פלטפורמה מתאימה לטיפול במקרים שבהם לא ניתן להצביע על קבוצת ניזוקים חשודה הכוללת בעלי עילת תביעה פרטנית.

12. האפשרות להגיש תביעה ייצוגית בגין עוולת חשיפה המונית, מבוססת על פרט 6 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, שעניינו ב"תביעה בקשר למפגע סביבתי". בהיותה עוולה נזיקית, עוולת החשיפה ההמונית מצריכה הוכחה של היסודות הרלוונטיים, ובהם קיומם של מעשה עוולתי, של ניזוק או ניזוקים, של נזק ושל קשר סיבתי בין מעשה העוולה לנזק (ואין זה משנה בשלב זה אם עוולת החשיפה ההמונית מבוססת על עוולת הרשלנות, על עוולת הפרה חובה חקוקה או על עוולה מכוח סעיף 70 לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008; ונזכיר בעניין זה כי נהוג לראות את רשימת העוולות הנזיקיות כרשימה סגורה, ולפיכך עוולת חשיפה המונית צריכה להתבסס על עוולה קיימת).

עמדנו לעיל על כך שאין בכוחו של חוק תובענות ייצוגיות כדי לייצר עילת תביעה יש מאין, והוא מהווה מכשיר דיוני שבאמצעותו ניתן "להעביר" עילה שקיימת בדין המהותי לפסים של תביעה קבוצתית. ואולם, התקשיתי להתחקות אחר העילה המהותית שמכוחה מבקשת חברתי לאשר את התובענה הייצוגית.

13. חברתי עמדה על כך שענייננו בסיטואציה של "עמימות סיבתית". בעניין עצמון מנתי את חמשת טיפוסים המקרים הנכנסים תחת הגדרה זו, ונחזור עליהם בצורה תמציתית (להרחבה והדגמות, ראו שם בפסקה 40; להצעה שונה לסיווג מקרי עמימות סיבתית, ראו אצל ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1389-1395 (2012) (להלן: גלעד, גבולות האחריות)):

(1) אי-יכולת לזהות את המעוול שגרם לנזק – מקרים שבהם קיים ניזוק עם נזק ברור, אך לא ניתן לזהות מי מבין קבוצת חשודים שפעלו במשותף גרם לו לנזק.

(2) אי-יכולת להבחין בין נזקים שנגרמו על ידי מעוולים שונים – מספר מזיקים הסבו נזק לניזוק אחד, ואין דרך לבודד את הנזקים שעליהם אחראי כל אחד מהמזיקים לצורך חלוקת האחריות הנזיקית.

(3) אי-יכולת לקשר בין מזיק לבין ניזוק – קבוצה של מזיקים שפעלו בנפרד, והתנהגותו העוולתית של מי מהם גרמה לנזק אצל הניזוק. במצב זה, הנזק והניזוק ברורים, אך לא ניתן לדעת מי מבין קבוצת המזיקים אחראי לנזקו של ניזוק פלוני.

(4) אי-יכולת להוכיח כי הנזק נגרם על ידי התנהגות עוולתית – נתבע התרשל כלפי הניזוק ולניזוק נגרם נזק, אלא שלא ניתן להוכיח כי התרשלות הנתבע היא שגרמה לנזק, ולא גורם חיצוני ללא תלות באשמו של הנתבע.

הקבוצה החמישית עשויה להיות רלוונטית למצבים שדומים לזה הנדון בענייננו, ונביא אותה במפורט:

(5) אי-יכולת לזהות את הניזוק – מקרים שבהם מזיק או מזיקים ביצעו מעשים מעוולים שגרמו לנזק, וניתן לזהות גם קבוצה של ניזוקים אשר נגרם להם נזק. אלא, שנזקיהם של חלק מבני הקבוצה נגרמו על ידי המזיק או המזיקים, בעוד שנזקם של אחרים נגרם על ידי גורמים אחרים. העמימות הסיבתית נובעת מכך שאין דרך לזהות, מתוך קבוצת הניזוקים הכללית, את מי שניזוק כתוצאה מפעולת המזיקים. כפי שציינתי בעניין עצמו, ניזוקים טיפוסיים הנופלים לתוך קטגוריה זו הם נפגעי זיהום סביבתי "toxic torts" (נזקי חומרים רעילים) וצרכני מוצרים פגומים או תרופות מזיקות. כל אלה נכללים תחת הקטגוריה של "עוולות חשיפה המונית".

14. במקרה שלפנינו, לא הוצגו ראיות מדעיות שמלמדות על קיומו של עודף תחלואה כתוצאה מהזיהום שנגרם על ידי פולקסווגן, אף לא ברמת הוכחה של "אפשרות סבירה" (ועל כך ארחיב בהמשך). משאלו הם פני הדברים, ובשונה מחברתי, איני סבור כי הונח לפנינו בסיס לקביעה כי הוכח במקרה דנן נזק לכאורי, לא לקבוצת ניזוקים ספציפית ולא בכלל (על קשיי ההוכחה במצבים דומים לזה שבו עסקינן, ראו אצל קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא, "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כז 323 (2003) (להלן: פוקס, שמואלי ושרפירא); כן ראו את מאמר התגובה של אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כז 357 (2003)). לטעמי, בהעדר קיומו של יסוד הנזק, לא עומדת לרשותנו מסגרת חוקית שמאפשרת לתבוע פיצוי מפולקסווגן; ובהעדר עילה מהותית - לא ניתן לאשר הגשת תובענה ייצוגית.

15. בכל אופן, גם אם נלך לשיטת חברתי לפיה נגרם נזק בענייננו, הרי שההנחה הטמונה ביסוד עמדתה היא כי אופיו של הזיהום שיצרה פולקסווגן אינו מאפשר להצביע על קבוצת ניזוקים שפוטנציאלית סבלה נזק כתוצאה מהזיהום. כלומר, בניגוד לקבוצה החמישית, אין בענייננו "קבוצת ניזוקים כללית" שעשויה לחשוד כי הזיהום הוא הגורם לנזקה, שכן הפרטים המרכיבים אותה אינם מודעים לאפשרות זו.

16. בפסק דינה עמדה חברתי על פתרונות אפשריים לבעיית העמימות הסיבתית, ולא אחזור על הדברים (ראו בפסקה 36 לפסק דינה; עוד ראו את הדיון בעניין עצמון, בפסקאות 39-48). מבין פתרונות אלה, נתמקד בדוקטרינה של פיצוי הסתברותי או אחריות יחסית, שנועדה לתת מענה לחלק ממצבי העמימות הסיבתית. ההיגיון מאחורי פיצוי הסתברותי הוא כי הכרעה מסוג "הכול או לא כלום", הנובעת מדרישת ההוכחה של מאזן הסתברותי, אינה יפה לכל הנסיבות ולעיתים מובילה לתוצאות הנתפסות כבלתי צודקות (דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 575 (2010) (להלן: עניין מלול)). דוקטרינה זו נדונה בפסק הדין בעניין מלול – שכלל דעות מקיפות ומורכבות מצדם של כל תשעת שופטי ההרכב – ומסקנתם של רוב השופטים הייתה כי אין מקום לקבלתה בישראל. זאת, למעט בשני מקרים פרדיגמטיים: האחד הוא של אובדן סיכויי החלמה (מקרה הנכנס תחת הקבוצה הרביעית, שעניינה באי-יכולת להוכיח כי הנזק נגרם על ידי התנהגות עוולתית), והאחר, שהוכר באופן תיאורטי בלבד ועד היום ספק אם נקלט באופן מלא בפסיקה הישראלית, הוא זה של הטיה נשנית, העוסק על דרך הכלל במקרים הבאים בגדרי הקבוצה החמישית (עניין עצמון, בפסקה 47; ע"א 7547/99 מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, 229-228 (2011) (להלן: עניין דובק); ע"א 1415/13 ל.ב.נ' היינץ רמדיה בע"מ, פסקה 25 לפסק דיני (22.7.2014) (להלן: עניין רמדיה)).

17. המקרה שנהוג להציג בעת דיון בהטיה נשנית, הוא זה של המפעל המזהם. נניח כי מפעל פולט מזהמים, ובכך מגביר את הסיכון לתושבים הגרים בסביבתו לחלות במחלות ריאה והוכח כי קיים עודף תחלואה בשיעור של 25% במחלת ריאה מסוימת בקרב התושבים. כלומר, בעוד שבהתאם לנתוני התחלואה הכלליים ניתן היה לצפות כי 80 מתושבי המקום יחלו במחלה, בגלל החשיפה למזהמים ישנם 100 תושבים חולים. אותם 100 תושבים אינם יודעים מי מהם חלה כתוצאה מהחשיפה למזהמים, ומי היה חולה במחלה בכל מקרה (Ariel Porat & Alex Stein, Tort Liability Under Uncertainty, 70) (להלן: פורת ושטיין); גלעד, גבולות האחריות, בעמ' 1405). במצב כזה, אף אחד מהתושבים לא יוכל להוכיח במאזן הסתברותי כי נזקו נגרם כתוצאה מהזיהום, שכן

סטטיסטית הסיכוי לכך עומד על 25% בלבד. לפי דוקטרינת ההטיה הנשנית, כל אחד מתושבי הקבוצה יהיה זכאי לפיצוי הסתברותי בהתאם לסיכוי שהוא מצוי בקבוצה שניזוקה כתוצאה מהזיהום (20/100). משמעות הדוקטרינה היא כי חלק מהניזוקים יפוצו על אף שמחלתם הייתה נגרמת ממילא, וחלק יפוצו בשיעור הנופל מנזקם האמיתי. מבחינת צדק מתקן, תוצאה זו עדיפה על התוצאה שהייתה מתקבלת בהתאם לכלל הוכחה של מאזן הסתברויות, שבה אף ניזוק לא היה מקבל דבר. הדבר גם מבטיח הרתעה יעילה, שכן המזיק נושא בנזק שגרם, ולא יותר מכך (עניין מלול, בעמ' 590-591; עניין עצמון, בפסקה 42).

18. התנאים להוכחת הטיה נשנית נקבעו בעניין מלול, והם דורשים מזיק; קבוצת ניזוקים; סיכון חוזר משותף לכלל הניזוקים; והטיה עקבית בהחלט כלל מאזן ההסתברויות (שם, בעמ' 593). עוד הובהר, כי "בעל-דין הטוען להתקיימותו של המבחן נדרש להוכיח כי כל יסודותיו מתקיימים באורח מובהק, או בלשון אחרת, כי הטעמים העומדים בבסיס המבחן מתגלים באופן ברור" (כן ראו בעניין עצמון, בפסקה 44). בכל הנוגע להוכחת קיומו של עודף תחלואה, הנדרש במסגרת התנאי השלישי, בעניין עצמון הבעתי עמדותי כי יש להראות כי הוא מובהק ולא זניח: "נקודת המוצא היא שקיים קשר סיבתי בין עודף התחלואה לבין המפעל המזהם, ולכן, לטעמי, עודף התחלואה צריך להיות משמעותי ובעל מובהקות סטטיסטית, ואין מקום להחלט פתרון זה, מקום בו עודף התחלואה הוא זניח או לא מובהק" (בפסקה 43 לפסק דיני); ובכל הנוגע לאופן הגדרת קבוצת הניזוקים, "רמת ההפשטה בה תיבחן התקיימותה של 'קבוצת ניזוקים' ורמת הדמיון הנדרשת לגבי נזקיו של כל חבר בקבוצה עשויה להשתנות ממקרה למקרה בהתחשב בנסיבות המיוחדות של מהות הנזק, מיהות הניזוקים, אופן גרימת הנזק על ידי המעורר וכיוצא באלו" (שם בפסקה 51; כן ראו עניין רמדיה, בפסקה 25).

19. במקרה שלפנינו, המשיבים לא הצביעו על קבוצת ניזוקים פוטנציאלית, כך שאינם נכנסים לגדר דוקטרינת ההטיה הנשנית כפי שהוכרה בפסיקה. אין זה ברור אפוא מכוח איזו עילה או דוקטרינה מוכרת בדין ניתן לאשר את התביעה הייצוגית ולפסוק פיצוי לטובת המשיבים. דומה כי אישור התובענה הייצוגית במקרה דנן משמעו הרחבה של דוקטרינת ההטיה הנשנית תוך הגמשה של מושכלות יסוד בדיני הניזוקין, טשטוש גבולות האחריות הנזיקית ופגיעה בוודאות המשפטית. יפים לענייננו דבריה של השופטת ד' ביניש שנאמרו בהקשר קרוב:

"נראה כי גישה המצדדת בקביעת פיצוי בגין ראשי נזק עצמאיים כאשר לא ניתן להוכיח על-פי מאזן ההסתברויות שהנזק הכולל נגרם בעוולה, גם אם ראוייה היא בנסיבות מסוימות, מחייבת גם קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק. ללא סייגים הנוגעים לשיעור הסיכוי או הסיכון שיש להכיר בהם ביחס לנזק הכולל, עלול להיפתח פתח רחב מדי להכרה בזכאות לפיצויים, פתח שעלול לשמוט את השטיח מתחת לרגלי השיטה הבנויה בעיקרה על הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלותו של המזיק לנזק" (הדגשה הוספה – י"ע; ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680, 710-711 (1999) (להלן: עניין כהן)).

כחלק מדיון בפתרון אפשרי למצבי זיהום סביבתי עם הוכחה מובהקת של עלייה בתחלואה, אך ללא יכולת להצביע על קבוצת ניזוקים חשודה, תידרש התייחסות לשאלה היכן עובר הגבול בין המקרים שבהם נועד לטפל פתרון כאמור, לבין אלה שבהם מטפלת הדוקטרינה של הטיה נשנית. קרי, מתי נאמר כי הזיהום הסביבתי מאפשר זיהויה של קבוצת ניזוקים ומאפשר פיצוי הסתברותי לכל ניזוק, ומתי נאמר כי קיים עודף תחלואה מובהק סטטיסטית המצדיק פיצוי, ללא קבוצת ניזוקים מובחנת (על חשיבות הסיווג של מצבי העמימות הסיבתית בהתאם למאפייניהם, ראו גלעד, גבולות האחריות, 1387).

מכל מקום, לא ניתן בעיניי לעקוף את הצורך לנתח את ההקשר הניזקי שבו עסקינן, על הסוגיות המורכבות המתעוררות בסיטואציות של עמימות סיבתית, וכפי שציין המשנה לנשיאה ריבלין בעניין מלול "הצדק המתקן הוא בגרעינו עקרון בילטרלי המצריך הוכחת קשר סיבתי" (שם, בעמ' 617).

20. שאלה נוספת היא מהו ראש הנזק שבגינו נתבע הפיצוי.

בענייננו, יש קושי של ממש "לתרגם" את התביעה הייצוגית לתביעה פרטנית, והתקשיתי לגזור מגישת חברתי מהי העילה הקונקרטית שניתן להגיש בגינה תביעה פרטנית, ומהו ראש הנזק שנתבע. האם התובע הייצוגי בענייננו יכול להגיש תביעה פרטנית בשל נזק שנגרם לכאורה לציבור? אם כן, מהו ראש הנזק הנתבע? ומהי הזיקה של התובע לאותו נזק? כיצד יש לקבוע את סכום הפיצוי שלו יהיה זכאי התובע בתביעה פרטנית כאמור? האם מדובר בפיצוי הסתברותי? ככל שלא ניתן לאתר עילת תביעה שמכוחה ניתן לתבוע תביעה פרטית, הרי שעסקינן ביצירת עילה מכוח חוק תובענות ייצוגיות, בניגוד להלכה הקובעת כי חוק זה אינו יוצר עילות יש מאין: "מערכת הדינים

על פיה נבחנת זכות התביעה של הקבוצה בהליך הייצוגי אינה יכולה להיות שונה ממערכת הדינים על פיה נבחנת זכותם הפרטנית של חברי הקבוצה (והמבקש ביניהם). [...] הדין המהותי החל על בחינת עילת התביעה העומדת לחברי הקבוצה במסגרת תובענה ייצוגית הוא אותו דין החל על בחינת עילת התביעה העומדת לכל אחד מהם במסגרת תובענה פרטנית" (רע"א 6992/22 AGODA COMPANY Pte. Ltd נ' צביה, פסקה 35 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (27.5.2024)). מכאן, שבהעדר עילת תביעה פרטנית מכוח דיני הנזיקין, תביעה ייצוגית בגין עוולה נזיקית לא תכון.

21. בנוסף לפתרון של פיצוי הסתברותי, פתרון אפשרי למצבים של עמימות סיבתית הוא הכרה בראש נזק נפרד של יצירת סיכון. הרעיון בבסיס ראש נזק זה הוא להכיר בעצם ההעמדה בסיכון, כנזק נפרד המזכה את הניזוק בפיצוי. מבחינת הפתרון למצבים של עמימות סיבתית, במצב כזה הפיצוי לא ניתן בגין הנזק שהתממש בסופו של דבר, אלא בגין הסיכון שהמזיק יצר להתרחשות הנזק. כך, אם לא ניתן להפריד בין גורמים שונים לנזק, או אם לא ניתן לזהות את הנזק שנגרם, המזיק יישא באחריות רק עבור גרימת הסיכון, ולא יפצה את הניזוק על מלוא הנזק שנגרם לו (פורת ושטיין, בעמ' 71-72; ראש נזק כאמור יכול לפעול גם ביחס לעתיד, וראו אריאל פורת נזיקין כרך א 367-368 וההפניות שם (2013) (להלן: פורת, נזיקין)).

אלא שבמשפט הישראלי, העמדה בסיכון בלבד לא הוכרה כמקימה אחריות

בנזיקין:

"אין לך עוולה נזיקית שתחילתה אינה ביצירת סיכון, אך ככלל, ובעוולת הרשלנות בפרט, אין מטילים אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא" (ע"א 7550/08 מכללת איסט לונדון השלוחה בישראל נ' סתון, פסקה 3 (10.6.2010)).

כאמור, חריג לכלל זה ניתן למצוא בדוקטרינה של פגיעה בסיכויי החלמה, כאשר לניזוק-המטופל נגרם נזק, אך אין בידו להוכיח במאזן הסתברויות כי דווקא התרשלנות של המטפל היא שגרמה לנזקו, להבדיל מגורם אחר. במצבים כאלה, הפסיקה אפשרה לתבוע פיצוי המביא בחשבון את הפגיעה בסיכויי של הניזוק להחלים (ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988); ע"א 10399/08 פרוטס נ' צ'ירגייב, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (4.4.2011) (להלן: עניין צ'ירגייב); עניין כהן, בעמ' 710-711; גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה

נשנית" ספר שלמה לוין 399-401 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013) (להלן: שני, הטיה נשנית)). על אף שהפסיקה נטתה בתחילה לראות בדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה כמבססת הכרה בראש נזק נפרד, הובהר לבסוף כי מדובר בדוקטרינה שמקנה זכאות לפיצוי יחסי מתוך הנזק הכולל שנגרם (עניין צ'ירגייב, בפסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה, פסקה 21 לפסק דיני (2.12.2015) (להלן: עניין הלל יפה); שני, הטיה נשנית, בעמ' 424-423). על כן, המסקנה היא כי טרם הוכר בדין הישראלי ראש נזק של העמדה בסיכון בלבד, בהיעדר נזק מוכח בצידו.

22. בית המשפט המחוזי הגדיר את הקבוצה בענייננו כ"כלל הציבור שנחשף וייחשף, עד למתן פסק הדין בתובענה, לזיהום אוויר עודף עקב פליטה עודפת של מזהמים מכלי הרכב המושפעים מעבר לתקן [...] "(בעמ' 64 להחלטה). חברתי, השופטת רון, מסכימה כי הקבוצה שבשמה התובע הייצוגי רשאי לתבוע בענייננו כוללת את כל הציבור בישראל, וזאת בשל האופן שבו התפזר הזיהום מהרכבים של פולקסווגן (ראו לדוגמה בפסקאות 33 ו-50 לפסק דינה). ברם, ראש הנזק היחיד שניתן להצביע עליו ככזה שרלוונטי לכלל הציבור בהקשר הבריאותי הוא ראש נזק של יצירת סיכון או הגברת סיכון לנזק בריאותי, אשר ביחס לחלק מהציבור התממש, ביחס לחלקו יתממש בעתיד, וביחס לחלקו לא התממש ולא יתממש. ביחס לחלקים מן הציבור שלא סבלו נזק בריאותי, עסקינן בהרחבת האחריות הנזיקית גם למצבים של העמדה בסיכון גרידא, אף ללא התרחשות נזק בפועל, וזאת בשונה מעמדת הפסיקה (עניין מלול, בעמ' 610; עניין צ'ירגייב, בפסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; עניין הלל יפה, בפסקה 23 לפסק דיני; שני, הטיה נשנית, בעמ' 424-423). ממילא מדובר בהרחבה של השימוש בדוקטרינה מעבר למקרים של אובדן סיכויי החלמה, באופן המנוגד להלכה שיצאה תחת ידו של בית משפט זה במסגרת הדיון הנוסף בעניין מלול.

אכן, יש הסוברים שדווקא במקרים של עוולות חשיפה המונית, שבהן הניזוקים אינם חושדים שנזקם, או חלק מנזקם, נובע מהעוולה, הכרה בראש נזק של יצירת סיכון היא פתרון ראוי (פורת ושטיין, בעמ' 113-114; פורת, יצירת סיכון, בעמ' 619; בועז שנור תביעות נזיקין סביבתיות 377-387 (2011) (להלן: שנור, תביעות סביבתיות)). ואולם, בהינתן שחוק תובענות ייצוגיות בנוסחו דהיום מצריך הוכחת נזק, לא ניתן לאפשר הגשת תובענה ייצוגית בראש נזק זה. כך, בין היתר, סעיף 20(ה) קובע כי "בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים [...] בלא הוכחת נזק" (וזאת למעט בתביעה לפי פרט 9

בתוספת השניה, שאינה רלוונטית לענייננו; עניין תנובה, בפסקה 51; שנוור, תביעות סביבתיות, בעמ' 487).

23. קושי מעשי בהגשת תביעה ייצוגית בגין יצירת סיכון נוגע לאפשרות כי מספר שנים לאחר הפגיעה הסביבתית יקום מן הציבור אדם שיטען לקשר סיבתי ספציפי בין המפגע לנזקו. במצב שבו המזיק כבר חויב בפיצוי, לא יהיה לניזוק ממי להיפרע – התביעה הייצוגית כבר "עשתה את שלה" ופיצתה את הציבור הרחב בגין העמדתו בסיכון. הניזוק שנזקיו הם פיזיים כבר קיבל פיצוי בשל רכיב ההעמדה בסיכון, ותישלל ממנו האפשרות לתבוע את נזקיו הממשיים. בכך יעדיף המשפט פיצוי בגין נזק תיאורטי על פני פיצוי בגין נזק ממשי שנגרם, באופן החותר תחת העקרון הבסיסי ביותר בדיני הנזיקין של השבת המצב לקדמותו (פורת, נזיקין, בעמ' 341; פורת ושטיין, בעמ' 112).

יובהר, כי הדוקטרינה של הטיה נשנית נועדה לאפשר מתן פיצוי חלקי בגין הנזק הפיזי שנגרם, מקום שבו לא ניתן להבחין בין אלו שניזוקו כתוצאה מהעוולה לבין אלו שניזוקו שלא כתוצאה מהעוולה. אך הגדרת הציבור הכללי כקבוצת הניזוקים בענייננו מביאה דה פקטו להכרה בזכאות לפיצוי בגין ראש נזק אחר, של יצירת סיכון, חרף החשש כי הדבר ייעשה על חשבון צדק מתקן למי שנגרם לו נזק פיזי.

24. חברתי, השופטת רונן, סבורה כי ניתן יהיה לקבוע את גודל הקבוצה בשלבים מתקדמים יותר של ההליך, באמצעות אמצעים סטטיסטיים, באופן אשר מסייע להימנע מהגדרת הציבור כולו כניזוק (בפסקאות 45 ו-51 לחוות דעתה). לעמדתי, לא די בכך כדי לפתור את הקושי שנובע מהגדרת הקבוצה בשלב הנוכחי כציבור כולו – הגדרה שיש בה השלכות רחבות על דיני הנזיקין בכלל, ועל ביטויים בהליכי תובענות ייצוגיות בפרט. למעשה, נראה כי הגדרה זו אף מתחייבת בענייננו, שכן אם וכאשר הקבוצה תצומצם לאותם אנשים מן הציבור שנגרם להם נזק בריאותי כתוצאה מהזיהום, הדבר יציב את המשיבים בבעיה, שכן הם עצמם אינם טוענים להשתייכות לקבוצה.

25. בית המשפט המחוזי הגדיר ראש נזק של "נזקים סביבתיים לכלל הציבור", שעניינם ב"נזק בשל חשיפה עודפת לפליטת מזהמים מכלי הרכב [...] ובחשיפה של הציבור לנזקים בריאותיים ולפגיעה בזכותם לתנאי סביבה נאותים" (בפסקה 86 להחלטה). מעבר לקושי שעליו עמדתי בהגדרת הקבוצה ככוללת את הציבור כולו, לא ברור למה התכוון בית המשפט בהתייחסו ל"נזקים סביבתיים" לציבור ולפגיעה בזכותו

“לתנאי סביבה נאותים”. לא מדובר בזכויות שהוכרו עד היום כבנות פיצוי בניזיקין, בהיעדר הצבעה על נזק פיזי או נפשי הכרוך בהן (בהקשר מעט שונה, לאחרונה נפסק כי לפרטים מן הציבור אין זכות קניין במשאב המים – עניין טל, בפסקה 36). ייתכן כי עסקינן ברכיב השייך לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, אשר כזכור בית המשפט המחוזי אישר הגשת תובענה ייצוגית ביחס אליו, ואין הוא עומד לדיון בגדר הערעור שלפנינו.

אופן הוכחת קיומם של נזק וקשר סיבתי בשלב בקשת האישור

26. בעניין עצמון עמדתי על האופן שבו יש להוכיח קשר סיבתי בתביעת נזיקין בגין חשיפה לחומרים מסוכנים, כפי שנקבע במקור בפסק דינה של השופטת נאור בע"א 1639/01 מעין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004) (להלן: עניין קרישוב). בשלב הראשון, התובע נדרש להוכיח קשר סיבתי פוטנציאלי, קרי, עליו להראות שהחשיפה הנטענת עשויה לגרום לפגיעה הבריאותית הנטענת. בשלב השני, ככל שהוכח קיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי, על התובע להוכיח קשר סיבתי ספציפי, קרי, כי החשיפה לחומר המסוכן גרמה בפועל למחלתו (עניין עצמון, בפסקה 31). לגבי האפשרות להכיר בקיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי אף במקום שבו המדע טרם אישש קיומו של קשר כאמור, הערתי כדלקמן:

“ברוח הדברים שנאמרו בדיון הנוסף בעניין קרישוב, אני נכון להניח כי ייתכנו מצבים ייחודיים ונסיבות חריגות בהן בית המשפט יהא נכון להכיר בקשר סיבתי או בתופעה מסויימת גם בהיעדר וודאות מדעית. זאת, נוכח מגבלות המדע ומאחר שקיימים שטחים נרחבים בהם המדע טרם גיבש עמדה ברורה. באותם מקרים ייחודיים, הנובעים מחוסר וודאות מדעית או מגבלות המדע, ההכרעה יכול ותתבסס על המודל האינדוקטיבי המבטא את נסיון החיים והשכל הישר, אך על בית המשפט לנהוג בזהירות יתרה במקרים אלו, ולהתבסס על חוות דעת מומחים ועל המארג הראייתי הכללי. ודוק: כאשר המדע אינו יכול לשלול תופעה מסוימת, אין לפרש את הדברים כחוסר וודאות מדעית, כאשר האמירה 'לא ניתן לשלול' כוונה כמעט לכל תופעה” (עניין עצמון, בפסקה 34).

בעניין קרישוב מצאה דעת הרוב כי קיים קשר סיבתי פוטנציאלי בין החומר המסוכן (באותו עניין, אסבסט) לבין הנזק הבריאותי (סרטן מסוג מסוים), וזאת חרף היעדרן של ראיות מדעיות תומכות. ואולם, כפי שהסברתי בעניין עצמון, בפועל נראה

שעמדתה של השופטת נאור היא המנחה את בתי המשפט, ולפיה יש לנהוג בזהירות רבה בעניין הוכחתו של קשר סיבתי פוטנציאלי וספציפי ולדרוש את ביסוסו בראיות מדעיות ברורות (בפסקאות 32-33).

27. ניתן להוכיח קשר סיבתי, בין היתר, באמצעות מחקרים אפידמיולוגיים: "על-אף מחלוקות רבות בנושא נזקי חומרים רעילים בארצות-הברית, כבר אין מחלוקת – בהנחה שמדובר במחקרים העומדים בסטנדרטים מדעיים [...] – כי מחקרים אפידמיולוגיים (בבסיס חוות-דעת מומחים) הינם ראיות קבילות, בעלות משקל" (עניין קרישוב, בעמ' 232). בעניין קרישוב עמדה השופטת נאור בפירוט על הדרישות ביחס למחקרים מסוג זה, ולא ארחיב על כך במסגרת הנוכחית (עניין קרישוב, בעמ' 240-250; על סוגי מחקרים נוספים המסייעים בהוכחת נזקי זיהומים ראו שנור, תביעות סביבתיות, בעמ' 366-370).

28. וכך סיכמתי את דרישת ההוכחה בכל הנוגע לקיומו של קשר סיבתי בין חשיפה לחומר מזהם לבין הנזק בהקשר של הטיה נשנית, והדברים רלוונטיים לענייננו (עניין עצמון, בפסקה 36):

"העובדה שחומר מסויים מהווה גורם סיכון אינה מספיקה להוכחת תביעה, ועל התובע להוכיח את תביעתו החל מהקשר הסיבתי הפוטנציאלי וכלה בקשר הסיבתי הספציפי, כלהלן:

- (-) יש להוכיח עודף תחלואה.
- (-) יש להוכיח קשר סיבתי פוטנציאלי, קרי, כי חומר פלוני מהווה גורם סיכון לסוג מסויים של סרטן [...].
- (-) יש להוכיח כי החומר מהווה גורם סיכון בתצורת החשיפה הרלוונטית (מוצק, נוזל, גז).
- (-) יש להוכיח כי החומר מהווה גורם סיכון בדרך החשיפה הרלוונטית (נשימה, בליעה, חשיפה עורית).
- (-) יש להוכיח כי החומר מהווה גורם סיכון במתאר החשיפה הרלוונטי הכולל את היקף ומידת החשיפה, תקופת החשיפה, ואופן החשיפה [...].
- (-) יש לקחת בחשבון גורמי סיכון רגילים אחרים (כמו גיל,

עישון, חשיפה לשמש, גנטיקה משפחתית ועוד)."

אמנם חלק מהדרישות האמורות נוגעות להוכחת קיומו של קשר סיבתי לנזק של תובע יחיד, ולפיכך אינן נוגעות באופן ישיר להוכחת קשר סיבתי לנזק קבוצתי-סטטיסטי. ואולם, רובן רלוונטיות אף למקרה אחרון זה ומכאן חשיבותן. בכל הנוגע לפרמטר שעניינו בעודף תחלואה, נזכיר כי הגם שהוכחתו הכרחית לביסוס קיומו של קשר סיבתי במקרים כמו זה הנדון בענייננו, אין בכך די. כך, יש להוכיח לא רק קשר-מתאם בין החשיפה לחומר המסוכן ושכיחותה של מחלה, אלא גם סיבתיות בין השניים (עניין עצמון, בפסקה 35).

29. גם אם אלך לשיטת חברתי ואותר על הוכחת קשר סיבתי פרטני בעניינו של התובע הייצוגי בין הזיהום הסביבתי לבין קיומו של נזק גוף – עדיין נדרשת הוכחתו של קשר סיבתי פוטנציאלי בין פליטת המזהמים לבין אפשרות קיומה של עלייה בתחלואה מסוימת (עניין עצמון, בפסקה 48); וכן נדרשת הוכחתו של קשר סיבתי ספציפי (ממשי) בין הזיהום לבין הנזק שנגרם לקבוצת הניזוקים. במילים אחרות, לא די בכך שפליטת מזהמים, ובענייננו, פליטת תחמוצות חנקן, עשויה להזיק לציבור בהקשרים מסוימים. אלא, יש להוכיח כי פליטת תחמוצות החנקן באופן שבו נפלטה אכן עשויה לגרום לנזק, ובנוסף לכך יש להוכיח כי היא גרמה לנזק בפועל. בכל הנוגע להוכחת קשר סיבתי ספציפי, בהיעדר הוכחת קיומו של עודף תחלואה כתוצאה מהפליטות של פולקסווגן, עסקינן, פעם נוספת, במתן פיצוי בגין יצירת סיכון גרידא. נראה כי אין מחלוקת בעניין זה ביני לבין חברתי, השופטת רונן, שכן גם היא סבורה כי על מנת לקבל את התובענה הייצוגית יידרשו המשיבים להוכיח בהמשך הדרך קשר סיבתי בין זיהום מוגבר לעלייה בשיעור התחלואה והתמותה בציבור וכי בפועל נגרמו נזקים בריאותיים ישירים מהזיהום שאותו יצרה פולקסווגן (ראו בפסקה 50 לפסק דינה).

30. הן לעמדת חברתי השופטת רונן, הן לעמדת בית המשפט המחוזי, ניתן להסתפק בשלב בקשת האישור בתחשיב העלויות החיצוניות לשם התגברות על המשוכה הדורשת אפשרות סבירה כי שאלת קיומו של קשר סיבתי תוכרע לטובת הקבוצה (בפסקה 50 לפסק דינה; בפסקאות 77-79 להחלטת בית המשפט המחוזי). אני מתקשה לקבל גישה זו.

עיון בתחשיב העלויות החיצוניות מלמד כי "מטרתו העיקרית היא לכמת באופן מושכל את העלויות החיצוניות למשק הנובעות מפליטתם של מזהמי אוויר מתחבורה,

תעשייה ומייצור חשמל [...]”, והוא נועד “לספק למשרד להגנת הסביבה [...] מאגר של הערכות כספיות בנוגע לעלות הכלכלית של פליטות מזהמים עיקריים אשר מקורם בתעשייה ובתחבורה. אומדנים אלו יכולים להוות בסיס להערכה מושכלת בקביעת מדיניות סביבתית אשר מסתמכת על ניתוחי עלות תועלת” (הדגשה הוספה – י”ע; עמ’ 4, 8 לתחשיב). מדובר אפוא בתחשיב כללי שנועד לשמש את הרגולטור, ובגדרו מוצגות מתודולוגיות אפשריות לכימות העלויות המשקיות שנגרמות עקב פליטה של סוגים שונים של מזהמים, ומטרתו להקל על מקבלי ההחלטות בבואם לקבוע מדיניות סביבתית. משקלו הראיתי של תחשיב זה רחוק אפוא מלבסס קיומם של נזק וקשר סיבתי במקרה הקונקרטי שלפנינו. אף למותר לציין כי אין בתחשיב כל התייחסות לנסיבות המקרה שלפנינו. ממילא, אין בכוחו של תחשיב זה להתגבר על הצורך הנפרד, בשלב בקשת האישור, להוכיח אפשרות סבירה לקיומו של נזק ולהוכיח אפשרות סבירה לקיומם של קשר סיבתי פוטנציאלי וספציפי (על דרישת ההוכחה בשלב הבקשה לאישור, ראו: עניין UBS, בפסקאות 13 ו-16 לפסק דינו של השופט מינץ; ע”א 5378/11 פרנק נ’ אולטייל, פסקאות 3-4 לפסק דינה של השופטת חיות (22.9.2014); רע”א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע”מ נ’ חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע”מ, פ”ד סו(1) 633, 654-655 (2013); ת”צ (מחוזי חי’) 19-07-36568 עמותת אזרחים למען הסביבה (ע”ר) נ’ אלקון מרכז מיחזור (2003) בע”מ, פסקאות 91-97 להחלטתו של השופט סוקול (4.2.2021)).

לפיכך, דומה כי היה על המשיבים להגיש חוות דעת מדעיות מטעם מומחים רלוונטיים ולהציג נתונים שיבססו את טענתם כי נגרם בענייננו נזק בריאותי, וכי קיים קשר סיבתי בין הזיהום של פולקסווגן לנזק הבריאותי האמור, דבר שלא נעשה (ראו והשוו לנתונים שהגישו קופות החולים בתביעתן לפיצוי בגין נזק כלכלי שספגו כתוצאה מהטיפול בנזקי עישון, עניין דובק, בעמ’ 177 (שם) דובר בתביעה אזרחית רגילה, ולא בבקשה לאישור תובענה ייצוגית)). שאם לא כן, המסקנה תהא כי די בהגשת תחשיב נזק לשם עמידה בדרישת הסף של “אפשרות סבירה” לקיומו של נזק ולקיומו של קשר סיבתי לנזק, ובכך ימצאו תובעים ייצוגיים פטורים מהוכחת רכיבים אלה בשלב בקשת האישור.

31. פתחתי בכך שהתוצאה שאליה הגיעה חברתי משקפת מדיניות של “המזהם משלם”, ובמובן הזה ניתן לסבור כי היא רצויה. אין לחדד, כי הוכחת קיומם של קשר סיבתי פוטנציאלי וספציפי בין זיהום סביבתי לנזק מסוים היא משימה קשה, בין שמדובר על נזקו של תובע בודד ובין שמדובר בקבוצת ניזוקים גדולה (ראו טענות דומות שנדחו, לדוגמה: ע”א (מחוזי ב”ש) 10-02-23611 אבו חצירה נ’ קצין התגמולים (27.6.2010); ת”א (מחוזי ב”ש) 14-04-4820 רחמן נ’ מ.ס.מ. מטל סינטר מפלטים (1994) בע”מ

(27.11.2017); ת"א (מחוזי נצ') 51958-04-13 יצחק נ' אפיקי מים – אגוד חקלאית שיתופית (15.11.2015); עניין דובק, בעמ' 212; כן ראו על שאלת הקשר הסיבתי בין צריכת מוצר פגום לנזק בריאותי בעניין רמדיה). הקושי אך גובר במקרה שבו, כמו בענייננו, מדובר על פליטות שהפיזור שלהן מתפרס בכל רחבי הארץ (ראו דיון בקשיים המדעיים העומדים בפני מי שעשוי לבקש להוכיח קשר סיבתי בנסיבות אלה, אצל פוקס, שמואלי ושרפירא). ברם, לא ניתן, בשל הרצון לגמול לפולקסווגן על מעשה התרמית הלכאורי שלה, שהביא לפליטה מוגברת של מזהמים, לוותר על הדרישה הבסיסית בדיני הנזיקין – שאינה מתאינת כאשר אנו באים ליישם במסגרת הדיונית של חוק תובענות ייצוגיות – להוכיח קיומם של נזק וקשר סיבתי, ולו ברמת הוכחה של אפשרות סבירה (והשוו לעניין עצמון, שם הודגש כי "[...] לא סגי באשם כדי להטיל אחריות בנזיקין, וענייננו מתמקד בשאלת הקשר הסיבתי לנזק" (שם בפסקה 27)).

ככל שעסקינן בנטל שיתברר שלא ניתן להרימו; ככל שאין די בהרתעה הגלומה באכיפה הפרטית ביחס לראשי הנזק שניתן להוכיחם; וככל שקובעי המדיניות מבקשים לקדם ערכים של הרתעה וגמול בשל החשיפה לזיהום האוויר גם בהיעדר יכולת להוכיח נזק מדעי קונקרטי אשר אותו המשפט דורש על מנת להטיל אחריות בנזיקין – יש בידם לפנות לאמצעי ענישה פלילית ולהטלת עיצומים מינהליים. ואם הענישה הפלילית והעיצומים המינהליים הקבועים כיום בחוק אינם מספקים להשגת תכליות אלו, או אם נמצא כי יש מקום להקל את הדרישה להוכחת נזק לשם הטלת אחריות בנזיקין במקרים של עוולות סביבה המוניות – הפתרון לכך מצוי בידי המחוקק.

32. הערה לסיום הדיון באופן הוכחת קיומם של קשר סיבתי ונזק. בנוסף לקביעתו כי יש בתחשיב העלויות החיצוניות כדי לעמוד בדרישה הראייתית הנדרשת לשלב בקשת האישור בכל הנוגע לקשר סיבתי, בית המשפט המחוזי קבע כי ניתן לבסס קיומו של קשר סיבתי גם על כך ש"הפרת התקן אשר נקבע לצורך השגת המטרה של מניעת זיהום אוויר ולמען שמירה על בריאות הציבור, מקימה חזקה שעלייה בזיהום האוויר מעלה גם את הסכנה לפגיעה בבריאות הציבור" (בפסקה 86 להחלטה). אלא שעמדנו על כך שהעמדה בסיכון כשלעצמה אינה מקימה אחריות בנזיקין, ולפיכך אין בחזקה זו (שאינה מוצא לדון בה כשלעצמה) כדי לפתור את הצורך בהוכחת קשר סיבתי לקיומו של נזק.

33. לסיכום, בהיעדר ממצאים עובדתיים כי קיימת עלייה בתחלואה בעקבות זיהום האוויר שלו גרמה פולקסווגן, יסוד הנזק לא הוכח, אף לא באופן לכאורי. ממילא, במצב

זה, יש קושי לקבוע לאיזו קטגוריה של עמימות סיבתית נכנס המקרה שלפנינו, אם בכלל. ככל שנניח כי ניתן לזהות עלייה מובהקת בתחלואה, אך ללא יכולת לזהות קבוצת ניזוקים מובחנת, הדבר מצריך עיון בשאלת קיומה של דוקטרינה המתמודדת עם בעיית העמימות הסיבתית במצבים מסוג זה. כמו כן, הצגתי את הבעיות האנליטיות ביחס לשאלת סיווג ראש הנזק בענייננו, כמו הקושי לזהות ראש נזק שניתן לתבוע מכוחו בעילה פרטנית, והחשש כי עסקינן בראש נזק של יצירת סיכון גרידא, שאינו מוכר בפסיקה הישראלית. בהינתן הקשיים האמורים, לעמדתי לא היה מקום לקבל את בקשת האישור בגין נזקים בריאותיים לציבור הכללי, ויש להותיר את האפשרות להכיר בעילה הנטענת, תוך דיון ביסודותיה וגבולותיה, לדיון עתידי.

מצאתי לעמוד על הסוגיות הנזיקיות השונות המתעוררות בענייננו, משום שאלה מצריכות מענה מתוך דיני הנזיקין עצמם. בכוחו של חוק תובענות ייצוגיות ליתן פתרונות הנצרכים לשם ביצוע ההיקש מן המקרה הפרטני לכלל, אך אין בכוחו ליצור כללים מהותיים בדיני הנזיקין. אחתום עם ההלכה השגורה בפי בית משפט זה, אותה הזכרתי לעיל, לפיה בראש ובראשונה מהווה התובענה הייצוגית כלי ליישום יעיל של הדין המהותי, וזאת באותם מקרים שהליכי הדיון הרגילים מתקשים לעשות זאת. אך אין במוסד התובענה הייצוגית, שהוא מכשיר דיוני בעיקרו, כדי ליצור עילות תביעה שאינן קיימות בדין המהותי, או כדי לשנות לבלי הכר את יסודותיו:

"[...] יש לציין גם את המובן מאליו. הערך שבקידום אכיפה אזרחית לצורך הגנה על הסביבה אינו יכול להצדיק ניהול תובענות ייצוגיות שאינן מבוססות על עילת תביעה אישית המוכרת בדין המהותי הישראלי ונכללת באחד הפרטים שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. כידוע, התובענה הייצוגית היא מכשיר דיוני בעיקרו, המאפשר לאדם אחד בעל עילת תביעה אישית לייצג בהליך את כל אותם חברי קבוצה החולקים עימו עילה דומה ושאלות משותפות של עובדה או משפט" (הדגשות הוספו – י"ע; עניין טל, בפסקה 30 לפסק דינה של השופטת ע' ברון).

34. אשר לעילה של עשיית עושר. אסתפק בהערה כי אושר ניהולה של תובענה ייצוגית גם מטעמים של רוכשי ומחזיקי הרכבים מתוצרת פולקסווגן שהכילו את הרכיב התרמיתי. בנסיבות אלה, כפי שציינה חברתי, השופטת רונן, מדובר בקבוצה שטענתה להתעשרות על חשבונה היא ישירה בהרבה לעומת הציבור שלטענתו נשם את האוויר המזוהם (בפסקה 54 לפסק דינה). ובכלל, מאחר שאושרה עילת תביעה נזיקית לציבור בגין פגיעה באוטונומיה, הרי ככל שזו תתקבל די בכך לעמדתי כדי לרפא את הנזקים הנטענים בענייננו ואין מקום לפנות לדיני עשיית עושר, על הקשיים הכרוכים בהפעלתם.

35. השאלה בדבר מעמדה של המדינה כתובעת את נזקיו של הציבור בכללותו במקרים של זיהומים סביבתיים לא נדרשה להכרעתו של בית משפט קמא ואף לא להכרעתה של חברתי. זאת, מן הטעם שהמדינה מיקדה את ערעורה בטענה כי לא ניתן לאשר תובענה ייצוגית בגין נזק גוף שנגרם לקבוצה לא מובחנת מן הציבור. כאמור, חברתי סבורה כי לתובע ייצוגי עומדת האפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בנסיבות אלה, הגם שאין היא שוללת את האפשרות כי אף למדינה זכות לטעון בשם הציבור. לגישתי, ומשהגעתי למסקנה כי לא היה מקום לאשר את התובענה הייצוגית מלכתחילה, הרי שנותרת בידי המדינה האפשרות לטעון טענותיה לגבי מעמדה בעניינים אלה במסגרת התביעה שהגישה נגד פולקסווגן בת"א (מחוזי ת"א) 10672-07-20 מדינת ישראל נ' Volkswagen AG.

36. לסיכום, איני סבור כי חוק תובענות ייצוגיות מאפשר קבלת בקשה לאישור תובענה ייצוגית בהיעדר עילה אישית, ולפיכך לא ניתן לקיים הליך ייצוגי בגין נזקי גוף שנטען כי נגרמו לקבוצה בלתי מובחנת מן הציבור. מעבר לכך, הכרה באפשרות זו מצריכה ליבון של שאלות מורכבות בתחום הסיבתיות העמומה, והיעדר דיון כאמור מצדיק גם כן שלא להכיר בשלב זה בעילת תביעה בנסיבות ענייננו. אסיים על דרך ההפניה לדבריה של השופטת א' פרוקצ'יה בעניין דובק, אשר מצאה אף היא לדחות תביעה בגין נזקי חשיפה המונית, חרף הטעמים הראויים שעמדו בבסיסה:

"כיצד לפתור שאלות אלה – האם בדרך של ביסוס אחריות מוחלטת ללא אשם, או בדרך של הכרה בתביעה קבוצתית' המתבססת על 'הוכחה קבוצתית' בדרך של ראיות סטטיסטיות, מדגמיות ואחרות, בלא דרישה להוכחה פרטנית של נזקי כל ניזוק וניזוק; וכיצד להבטיח איזון ראוי בין האינטרסים השונים של הצדדים בסוג תביעה כזה – כל אלה הן שאלות מדיניות מורכבות, שכל פתרון הכרוך בהן טומן בחובו השלכות מרחיקות לכת בהיבטים שונים. אלה הן שאלות מובהקות שבמדיניות חקיקתית, שיש להותירן למבטו הרחב של המחוקק ולהסדרה כוללת על ידו. [...] בארצות העולם, ובמיוחד בארצות הברית, מתלבטים המשפט ובתי המשפט בשאלות אלה בכלל, ובנושא המיוחד הכרוך בהטבת נזקי עישון בפרט. נסיונות לפתרון הקשיים בלא חקיקה לא עלו יפה" (בעמ' 216).

37. במישור המעשי, אציע כי נורה על איחוד התביעה האמורה של המדינה עם ההליך הייצוגי דנן, מכוח תקנה 40(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018.



יצחק עמית
נשיא

השופטת דפנה ברק-ארז:

1. בקשת רשות הערעור הנוכחית העלתה בפנינו סוגיה רבת חשיבות: האם אפשר להגיש תובענה ייצוגית בגין נזק שנגרם לכאורה לכלל הציבור בשל זיהום סביבתי נרחב. ליתר דיוק, השאלה שהתחדדה היא למי נתונה זכות התביעה במקרים מעין אלו, של "עוולת חשיפה המונית", באילו תנאים ובגין אילו נזקים.

2. שני חבריי כאחד מסכימים כי הכרה באפשרות לנהל תובענה ייצוגית במצבים של זיהום סביבתי רחב היקף – כלומר במקרים של חשיפה המונית לנזק – עשויה להוות כלי חשוב ואפקטיבי בידיהם של שוחרי איכות הסביבה ומגניה. אף אני מצטרפת לעמדה זו בכל לב. לצד האמור, וזהו ככל הנראה שורש המחלוקת – יש לבחון את הגבולות הראויים לכך. וכאן, לגופם של דברים, חברתי השופטת ר' רונן וחברי הנשיא י' עמית חלוקים בדעותיהם. חברתי סבורה כי בדין קיבל בית המשפט המחוזי את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית גם ביחס לנזקי ממון שנגרמו לכלל הציבור (דהיינו, כאלה שחורגים מנזקי הממון שנגרמו למחזיקי המכוניות), ואילו חברי חולק עליה. לשיטתו, בנסיבות העניין לא היה מקום לאשר את ניהול התובענה הייצוגית גם ביחס לנזקי ממון כאמור. במחלוקת זו בחרתי לפסוע בדרך ביניים. כפי שאסביר, הגם שאני שותפה באופן עקרוני לעמדה האוהדת שביטאה חברתי השופטת רונן ביחס לאפשרות של הגשת תובענה ייצוגית במצבים של עוולות חשיפה המונית גם בגין נזקים ממוניים שנגרמו לכלל הציבור, בנסיבות העניין הפרטניות אני סבורה שהמשיבים לא עמדו בנטל שהיה מוטל עליהם בכל הנוגע להוכחת הנזקים עצמם. על כן, במישור התוצאה האופרטיבית במקרה דנן אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיע חברי הנשיא עמית. עם זאת, אני סבורה כי אין לסתום את הגולל על האפשרות של הגשת תובענות ייצוגיות בגין נזק ממוני שנגרם לכלל הציבור בעקבות חשיפה לזיהום, או לשלול באופן קטגורי הליכים מסוג זה.

3. באופן יותר ספציפי, המחלוקת בין חבריי במקרה שבפנינו נסבה בעיקרה על אופן הוכחתה של זכות תביעה אישית (בגין נזקי הממון) בידי התובעים המייצגים, בהתחשב בכך שמדובר בתנאי סף לניהולו של הליך ייצוגי. חברתי השופטת רונן סבורה כי בתביעות שביסודן עולה של חשיפה המונית יש מקום לרכז את הדרישה מהתובע המייצג להצביע על עילת תביעה אישית. בשונה מכך, חברי הנשיא עמית עומד על חשיבותה של דרישה בסיסית זו ומסביר כי לשיטתו ה"ריכוך" המוצע עלול לעלות כדי "איון" שלה, הלכה למעשה. נקודות מוצא שונות אלה מובילות כל אחד מהם לתוצאה הפוכה בנסיבותיו של המקרה דנן.

4. כשלעצמי, אני סבורה שיש לאמץ גישה מקלה להוכחת עילת התביעה האישית במצבים של חשיפה המונית לפליטת מזהמים לצורך אישורה של תובענה ייצוגית. כפי שהסבירה חברתי השופטת רונן, בנסיבות מעין אלו טמונים קשיי הוכחה מובנים ביחס לקיומם של נזק ושל קשר סיבתי. קשיים אינהרנטיים אלו מצדיקים לשיטתי גמישות מסוימת לעומת החובה הנוקשה החלה במקרה הרגיל.

5. לצד זאת, יש לשמור על ההבחנה בין נקיטת גישה מקלה לבין ויתור מוחלט על התנאי של עילת תביעה אישית. בנסיבות העניין, אינני סבורה כי עלה בידם של התובעים המייצגים להצביע על קיומו של נזק ממון שנגרם להם באופן אישי (לצד אחרים מן הציבור) – גם בהתאם לאמת מידה מקלה או מרוככת יותר.

6. הנזקים לכלל הציבור שלהם טענו המשיבים נחלקו לשני סוגים עיקריים. ראשית – נזקים בלתי ממוניים טהורים, הנסבים על פגיעה באוטונומיה. אלה אינם שנויים במחלוקת בין הצדדים ובהתאמה אינם עומדים במרכזו של הערעור הנוכחי. שנית – נזקים ממוניים. לאמיתו של דבר, טיבם של הנזקים הנטענים במישור זה לא הוברר עד תום בהחלטתו מושא הערעור בית המשפט המחוזי קבע כי קיימת אפשרות סבירה לכך ש"המשיבות גרמו לנזקים סיבתיים של פליטת מזהמים בשיעור גבוה מהמוצהר על ידן, ובכך חשפו את הציבור, חברי הקבוצה הראשונה, לנזקים בריאותיים ולפגיעה בזכותם לתנאי סביבה נאותים" (בפסקה 86 להחלטה). קביעה זו נשענה על האופן שבו תואר הנזק בפסקה 218 לבקשה לאישור תובענה ייצוגית. בהליך דנן, חברתי השופטת רונן מכנה נזקים אלו "פוטנציאל הפגיעה בבריאות" (בפסקה 31 לחוות דעתה, וזאת בהתאם לאמור בסעיף 37 לתשובה מטעם המשיבים לבקשת רשות הערעור) וכן "נזקים בריאותיים בשל חשיפה עודפת לפליטת מזהמים" (פסקה 50 לחוות דעתה). לעומת זאת,

חברי הנשיא עמית מציין במישרין כי "התביעה שלפנינו הוגשה בגין נזקי גוף" (בפסקה 9 לחוות דעתו). מכל מקום, אינני סבורה כי המשיבים הוכיחו ברמה הנדרשת שנגרם להם נזק פרטני המקנה להם עילת תביעה אישית נגד המשיבות.

7. עצם קיומו של זיהום עודף אינו בהכרח מעיד על נזק גוף, נזק בריאותי או נזק ממוני שנגרמו לתובעים המייצגים באופן אישי (ראו: סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות)). על כן, הגם שהמדינה טוענת בתביעה מטעמה שפרשת "דיזלגייט" הביאה לעודף תחלואה ואף לעודף תמותה – אין בפיהם של המשיבים טענה כי הדבר נגרם להם או לקרוביהם באופן אישי. כך למשל, הם כלל אינם טוענים שהם לקו במחלה שניתן לקשור לזיהום החורג מצד המשיבות. במובן זה, אין לפנינו קושי בהוכחת הקשר הסיבתי, אלא מקרה שבו כלל לא עלתה טענה לנזק אישי קונקרטי בהקשר של תחלואה או פגיעה בבריאות. אכן, כפי שמציינת בצדק חברתי השופטת דונן, במקרים של חשיפה המונית קיימים קשיים אינהרנטיים לזהות מי ניזוק באופן ספציפי כתוצאה ממעשיו של הגורם המזהם. אולם, לנוכח טענותיהם של המשיבים שבפנינו, במקרה דנן ניתן לומר בוודאות כי אף אחד מהם אינו נמנה עם חברי אותה קבוצה אנונימית של חולים. לא מיותר להזכיר כאן כי כל התובעים המייצגים הם מי שרכשו כלי רכב מתוצרת פולקסווגן במועדים הרלוונטיים, ולא אפיינו עצמם בדרך אחרת.

8. אבהיר באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי התוצאה שאליה הגעתי תחומה אפוא למידותיו של ההליך שבפנינו, על כלל מאפייניו הקונקרטיים. לא מן הנמנע שבמקרים עתידיים יימצאו תובעים מייצגים מתאימים, אשר יצליחו לעמוד בנטל הוכחתה של עילת תביעה אישית (למשל, תובעים מייצגים הסובלים מתחלואה רלוונטית שאמנם יידרשו להתמודד עם שאלת הקשר הסיבתי בין הזיהום לבין מחלתם, ובהקשר לכך נכון יהיה לאמץ גישה ליברלית). מכל מקום, בשלב זה אין צורך להוסיף ולתת סימנים במקרים אלו, מאחר שכאמור – המשיבים שבפנינו אינם טוענים שסבלו אישית מאותה תחלואה עודפת או פגיעה בבריאות שנגרמה לכאורה מכלי הרכב.

9. אני שותפה לחששות של חברתי השופטת דונן מהיעדר הרתעה של גורמים מזהמים, אשר בנסיבות של חשיפה המונית יוכלו להתחמק ביתר קלות מפיצוי. יחד עם זאת, הדבר אינו יכול לפטור את התובעים המייצגים מחובתם להצביע על עילת תביעה אישית העומדת להם (גם אם, כאמור לעיל, באופן מרוכך יחסית). לא למותר לציין כי

במקרה דנן החשש להיעדר כל הרתעה מצטמצם בהתחשב ביתר ראשי הנזק ועילות התביעה שיוסיפו ויתבררו במסגרת ההליך.

10. אשר על כן, בפן היישומי, הגם שאני שותפה לשיקולי המדיניות שעליהם הצביעה חברתי השופטת דונן – בנסיבות המקרה, אינני סבורה שהמשיבים עמדו בנטל להוכיח עילת תביעה אישית בכל הנוגע לנזק ממוני שנגרם לכלל הציבור, ולו ברמה לכאורית. במובן זה אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי הנשיא עמית.

11. אוסיף ואציין כי ברקע הדברים תלויה ועומדת שאלה נוספת – שאמנם לא הוכרעה באופן ישיר בהליך הנוכחי, אך מטילה את צלה עליו – האם במקרה שבו עוולה סביבתית גרמה נזק לציבור כולו רשאית המדינה לתבוע את נזקיו מכוח דוקטרינות הלקוחות מן המשפט המקובל – דוקטרינת "נאמן הציבור" ("Public Trust") והדוקטרינה בעלת השם הארכאי "אבי האומה" ("Parens Patriae") (להרחבה, ראו: תמר קלהורה אכיפת חוק ציבורית-אזרחית: תביעות נזיקין מטעם המדינה בשל פגיעה באינטרס ציבורי 79-89, 93-104 (2018)).

12. כבר בשלב זה אציין כי טוב היה לו סוגיה זו הייתה נדונה ומוכרעת בד בבד עם השאלה הנוגעת לאישור הגשת תובענה ייצוגית, כשים לב לכך שבמובנים מסוימים אלה הן שאלות הכרוכות זו בזו. אולם, בפנינו מצב נתון שבגדרו הדיון פוצל, והתביעה שהגישה המדינה הושהתה עד להכרעה בבקשה לאישור. על כן, ההכרעה בכל הנוגע לזכות התביעה של המדינה אינה מונחת לפתחנו באופן ישיר. למרות זאת, לא ניתן להתעלם ממנה לחלוטין, בשל השפעתה האפשרית על הסוגיה העומדת להכרעתנו, כפי שיפורט להלן.

13. שאלת ההכרה בזכות להגיש תובענה ייצוגית במצבים שבהם נגרם נזק ממון לכלל הציבור עשויה להיות מושפעת מהשאלה האם המדינה יכולה לתבוע בגין נזק דומה, ולהפך. לשיטתי, יש להיזהר מיצירת מצב שבו נשארים "נזקים יתומים" שלא תוכל להתנהל בעניינם תביעה החורגת ממקרהו הפרטני של תובע בודד, במיוחד כאשר הנזק הנגרם לכל פרט הוא קטן. אכן, ככל שתוכר אף זכות התביעה של המדינה, עשויה להתעורר מורכבות מסוימת במצבים שבהם יוגשו שתי תביעות "מקבילות" – תובענה ייצוגית בגין נזקים שנגרמו לכלל הציבור ותביעה בשם המדינה – המבקשות לתבוע את נזקיו של הציבור בגין אותה עוולה סביבתית. אדרבה, כך היה בענייננו. הדרך "לתאם" בין שני המסלולים מבוססת לגישתי על סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

סעיף זה מכוון אותנו לבחון, בכל מקרה ומקרה, האם מסלול התובענה הייצוגית הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, בשים לב לקיומה של תביעה מתחרה שהמדינה הגישה או מתעתדת להגיש.

14. מבלי להיכנס לעובי הקורה, די יהיה שאציין מספר שיקולים שעשויים להיות רלוונטיים בהקשר לכך. בכלל זה ניתן לבחון את המועד שבו פעלה המדינה להגשת התביעה או ביצעה פעולות לקראת הגשתה, לעומת המועד שבו הוגשה הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. יש מקום אף לבחון אם המדינה פעלה בשקידה סבירה לצורך ניהול הליך או ש"שקטה על שמריה", דהיינו אפשרה לתובע המייצג "לעשות את העבודה הקשה" (למשל, על דרך עריכתו של מחקר ביחס לנזקים) ורק לאחר מכן הגישה תביעה מטעמה. זאת, אף בהתחשב בעובדה שבמצבים מסוימים העברת ניהול התביעה לידיה של המדינה, לאחר שהוגשה בקשה לאישור, עשויה ליצור אפקט מצנן ביחס להגשת תביעות ייצוגיות עתידיות. שאלות מעין אלו התעוררו במלוא עוזן בהליך הנוכחי.

15. שיקול נוסף ומרכזי שעשוי להיות רלוונטי בחלק מן המקרים, עניינו בשאלה אילו מבין התביעות תייצג את עניינו של הציבור בדרך הטובה ביותר. מדובר בבחינה לכאורית של עילות התביעה, כמו גם של השאלה מיהו הגורם המתאים יותר לניהול התביעה בנסיבות העניין. זאת, בין השאר, בשים לב לנגישות שיש למדינה למידע רלוונטי, לצמצום פער הכוחות הפוטנציאלי שבין תובע פרטי לבין חברה בעלת משאבים רבים, וכן לבעיית הנציג שמתעוררת לעתים בגדרם של דיני התובענות הייצוגיות (ראו והשוו: אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935, 940 (2016)). כמו כן, ואף זאת למדנו כלקח מההליך הנוכחי – תביעה כוללת מטעם המדינה עשויה להתגבר במקרים המתאימים על קשיי הוכחה של נזק אישי פרטני. מכל מקום, בשלב הנוכחי הדברים אמורים באופן כללי בלבד ומבלי לטעת מסמרות.

16. במאמר מוסגר אציין, בבחינת למעלה מן הצורך, כי כשלעצמי אני נוטה להכרה ביכולתה של המדינה להגיש תביעה לשם הגנה על האינטרס הציבורי הרחב. אכן, הדוקטרינות שמהן ביקשה המדינה ללמוד לא נקלטו (או טרם נקלטו) במישורן במשפט הישראלי. אולם, בזירות המתבקשת, אציין כי לכאורה ישנם עקרונות שכבר הוכרו בפסיקתו של בית משפט זה ויכולים לשמש בסיס להכרה כזו. אזכיר כי כבר לפני עשרות שנים הכיר בית משפט זה בכך שהרשות הציבורית היא בעלת מעמד של "נאמן הציבור" לצורך נשיאה בחובות שונות, לרבות בהליכים אזרחיים (ראו: בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2115 (1962)). למעשה, דוקטרינת

הנאמנות הציבורית של המדינה הוכרה ביחס למעמדה בהגנה על משאבי טבע בהקשרים
 תכנוניים (ראו: ע"א 1054/98 חוף הכרמל נופש ותיירות (1989) בע"מ נ' עמותת אדם טבע
 ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פ"ד נו(3) 385, 410-412 (2002)).

17. כך או אחרת, אפילו תוכר זכות תביעה של המדינה, אין משמעות הדבר
 שלמדינה תהא נתונה זכות תביעה בלעדית. לאמיתו של דבר, אני סבורה שהכרה בזכות
 התביעה של המדינה לצד ההכרה באפשרותם של תובעים פרטיים להגיש תובענה ייצוגית
 בכפוף למלוא התנאים שבדין, תיצור "תחרות בריאה" בין שני מסלולי פעולה אלה.
 והכול – לטובת האינטרס הציבורי.



דפנה ברק-ארז
 שופטת

לדעת כל חברי המותב, אין לשלול את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות
 במצבים של עוולות חשיפה המוניות גם בגין נזקים ממוניים שנגרמו לציבור בעקבות
 חשיפה לזיהום סביבתי, במקרים המתאימים.

עם זאת, בנסיבות העניין הערעור מתקבל ברוב דעות, במובן זה שתידחה הבקשה
 לאישור התובענה כייצוגית בכל הנוגע לסעדים שעניינם נזקי גוף לחברי הקבוצה
 הראשונה, וההליך הייצוגי דנן יאוחד עם תביעת המדינה (ת"א 10672-07-20) מכוח
 תקנה 40(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. זאת, כאמור בפסק דינו של
 הנשיא י' עמית, שלתוצאתו הצטרפה השופטת ד' ברק-ארז, כנגד דעתה החולקת של
 השופטת ר' רונן.

ניתן היום, א' אלול תשפ"ה (25 אוגוסט 2025).



רות רונן
 שופטת



דפנה ברק-ארז
 שופטת



יצחק עמית
 נשיא

