



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 7639/20

לפני :
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער : יוסף עזר

נ ג ד

המשיבה : עיריית רחובות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
מרכז-לוד מיום 4.10.2020 בת"צ 67405-03-16 שניתן על-
ידי כב' השופטת מ' נד"ב

תאריך הישיבה : כ' באדר ב התשפ"ב (23.3.2022)

בשם המערער : עו"ד עופר ורד

בשם המשיבה : עו"ד אילוביץ' אשר

פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופטת מ' נד"ב) בת"צ 67405-03-16 מיום 4.10.2020, שבו נדחתה על-הסף בקשת המערער לאישור תובענה ייצוגית שעניינה בחוק עזר שהתקינה המשיבה (להלן בהתאמה: פסק הדין, התובענה הייצוגית והעירייה).

רקע

2. ביום 21.9.2010 התקינה העירייה את חוק עזר לרחובות (שטחים ציבוריים פתוחים), התשע"א-2010, שעניינו בהיטלים שגובה העירייה מבעלי נכסים לצורך הקמת

שטחים ציבוריים פתוחים בתחומה (להלן בהתאמה: חוק העזר והיטלי שצ"פ). ביום 7.1.2014 פורסם תיקון לחוק העזר, ובמסגרתו שונו תעריפי ההיטל בהתאם לנוהל של משרד הפנים ("נוהל לחישוב היטל למימון שטחים ציבוריים ברשויות המקומיות – מהדורת אוגוסט 2006"; להלן: הנוהל), אשר מחייב לתחום את תקופת תוקפם של חוקי עזר בעניין היטלי שצ"פ. יצוין כי במסגרת הנוהל נקבעו גם כללים הנוגעים לאופן עריכת התחשיב שעומד בבסיס התעריפים.

3. ביום 16.11.2014 נשלחה למערער דרישה לתשלום היטל שצ"פ בהתאם לחוק העזר, על רקע בקשה שהגיש לתוספת בניה. ביום 16.9.2015 פנה המערער לעירייה בהתראה לפני הגשת תביעה ייצוגית, בדרישה לחדול מהגבייה בהתאם לחוק העזר בשל פגמים שנפלו, לטענתו, בתחשיב העומד בבסיס תעריפי היטל שצ"פ (להלן: התחשיב). ביום 6.2.2016 השיבה העירייה למערער כי התחשיב נערך על-ידי מומחה מטעמה ואושר על-ידי חברה מקצועית מטעם משרד הפנים.

4. ביום 31.3.2016 הגיש המערער בקשה לאישור התובענה הייצוגית, לפי פרט 11 בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: בקשת האישור). בבקשת האישור נטען כי נפלו טעויות בתחשיב, וכי על העירייה להשיב לנישומים את כל היטלי שצ"פ שגבתה מכוח חוק העזר במהלך 24 החודשים שקדמו להגשת בקשת האישור.

5. יצוין, כי לאחר הגשת בקשת האישור וטרם מתן פסק הדין, ביום 18.8.2019 פורסם תיקון לחוק העזר שבמסגרתו שונו התעריפים, אולם נראה כי נתון זה לא הובא לידיעת בית המשפט המחוזי.

6. בפסק-דינו מיום 4.10.2020 דחה בית המשפט המחוזי את בקשת האישור על-הסף בהתבסס על פסק-דינו של בית משפט זה בעניין אלפריח (ע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה (6.3.2019)), שם נקבע כי תקיפה של חוק עזר צריכה להיעשות בתקיפה ישירה, ולא בתקיפה עקיפה כפי שעשה המערער בעניינו.

על פסק דין זה הוגש הערעור שלפנינו.

7. בערעורו מעלה המערער שלוש טענות עיקריות:

(א) מתקיימות בענייננו נסיבות חריגות שמצדיקות דיון בחוקיות חוק העזר בתקיפה עקיפה, גם בהתאם להלכת אלפריח. ראשית, נטען כי הפגם המינהלי בחוק העזר הוא במישור הסמכות, משום שאין לעירייה סמכות לגבות היטלים בהתאם לתחשיב כלכלי מוטעה. שנית, נטען כי בשלב זה חסומה הדרך לתקיפה ישירה, משום שהתעריפים מושא התביעה הייצוגית כבר אינם בתוקף, משונו כאמור ביום 18.8.2019.

(ב) הלכת אלפריח אינה חלה כאשר לבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, מוקנית סמכות ישירה (ולא רק נגזרת) לדון בטענות מינהליות שמועלות במסגרת תובענה ייצוגית.

(ג) בקשת האישור הוגשה לפני שניתן פסק הדין בעניין אלפריח, ואין מקום להחילו באופן רטרופקטיבי.

8. מנגד סומכת העירייה ידיה על פסק הדין, ומוסיפה כי עתירות "דומות ואף זהות" לזו שלפנינו הוגשו לבית המשפט המחוזי – וכולן נדחו (עת"ם 16-02-12674 קופת חולים מאוחדת נ' עיריית רחובות (10.7.2018); עת"ם 16-09-16085 מכון ויצמן למדע נ' עיריית רחובות (6.1.2019); עת"ם 18-04-26536 בניי מ"י גינדי הנדסה ופיתוח בע"מ נ' עיריית רחובות (30.1.2019)). עוד טוענת העירייה כי לא מתקיימים בענייננו החריגים שנמנו בעניין אלפריח, משום שהמערער היה – ועודנו – יכול לפסוע במסלול של תקיפה ישירה, כיוון שהחיובים שהוצאו מכוח התעריפים הקודמים עדיין בתוקף. כמו כן נטען כי הלכה למעשה, טענות המערער נגד חוק העזר אינן במישור הסמכות, וכי הפגמים הנטענים אינם פגמים מובהקים הגלויים על פניהם.

אשר לתחולה בזמן של הלכת אלפריח, העירייה טוענת כי הלכה זו מפרשת את הדין ולא משנה אותו ולפיכך – היא חלה גם באופן רטרופקטיבי.

דיון והכרעה

9. כפי שיפורט להלן, אני סבורה כי דין הערעור להתקבל, וכך אציע לחבריי להורות.

10. נקודת המוצא לדיוננו היא ההלכה שנקבעה בעניין אלפריח, שלפיה טענות נגד חוקיות של חוק עזר צריכות להתברר, ככלל, בתקיפה ישירה בבית המשפט המינהלי המוסמך, ולא בתקיפה עקיפה במסגרת תובענה ייצוגית.

הסמכות הנתונה לבית משפט לדון באופן עקיף בטענות שברגיל אינן בתחום סמכותו העניינית, מעוגנת בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שכותרתו "סמכות נגדרת". בסעיף זה סייג המחוקק את השימוש בסמכות הנגדרת למקרים שבהם השאלה היא אינצידנטלית לבירור השאלה העיקרית בהליך. עוד נקבע בסעיף הנ"ל כי תחולתה של ההכרעה שניתנה מכוח הסמכות הנגדרת תחומה רק "לצורך אותו ענין". דהיינו, הכרעה כאמור אינה יוצרת מעשה בית-דין, גם לא בין אותם הצדדים בהליך אחר.

11. בעניין אלפריח הובהר כי תקיפה עקיפה היא מסלול חריג, שגובש מטעמי יעילות דיונית וסובל מחסרונות משמעותיים – "בראש ובראשונה בכך שהביקורת השיפוטית על מעשי המינהל במסגרת תקיפה עקיפה מתבצעת על ידי ערכאה שיפוטית שהנושא אינו בתחום סמכותה ומומחיותה, ובמסגרת סדרי דין ודיני ראיות שאינם מותאמים להליך של ביקורת שיפוטית" (פס' 12 לפסק-דינו של השופט מ' מזוז; ההדגשות הוספו). חסרון נוסף של התקיפה העקיפה שנמנה שם נעוץ בחשש מעקיפת כללים שונים החלים בתקיפה ישירה, כגון פתיחת ההליך ללא שיהוי; לאחר מיצוי הליכים אל מול הרשות המינהלית; ותוך צירוף כלל המשיבים הנוגעים בדבר. לפיכך, נקבע בעניין אלפריח כי כאשר השאלה העיקרית של ההליך מתייחסת לחוקיות של מעשה שלטוני, יש להימנע, ככלל, מבירורה בתקיפה עקיפה. באופן ספציפי יותר נקבע כי ככלל, אין לאפשר תקיפה עקיפה של החלטה שלטונית בהליך של תובענה ייצוגית שמושבתת, בעיקרה, על טענה לאי-חוקיות ההחלטה האמורה. זאת, משום שבהליך כזה לא מתקיימים שני הסייגים הנזכרים לעיל בנוגע לשימוש בסמכות הנגדרת – אינצידנטליות השאלה מושא הביקורת העקיפה ותחימת ההכרעה בה לצורך אותו עניין בלבד.

לצד זאת, נקבע כי ייתכנו מקרים חריגים שבהם תתאפשר סטייה מהכלל הנ"ל:

"אין משמעות הדברים כי בתובענה ייצוגית לעולם לא תתכן תקיפה עקיפה של החלטת רשות. אכן, גם בתובענה ייצוגית יתכנו מקרים חריגים בהם תהיה הצדקה לאפשר

תקיפה עקיפה של החלטת רשות. כך, ברע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ (26.4.2010) העיר השופט א' גרונר, בהערת אגב, כי למרות הגישה המסתייגת מכך, הוא נוטה לדעה שייתכנו מקרים בהם תתאפשר תקיפה עקיפה של מעשה מינהל במסגרת תובענה ייצוגית כגון 'מקום שלא פתוחה בפני התובע אפשרות של תקיפה ישירה' (פסקה 17). מקרה אחר אפשרי הוא מקום שמדובר בפגם חוקיות מובהק שאינו שנוי במחלוקת או שהוא גלוי על פניו ותוצאתו ברורה, כגון מעשה שנעשה על פניו ללא סמכות, או בהעדר פרסום כדין של חיקוק או חוק עזר שלא אושר על ידי שר הפנים. לא כן מקום בו נתקף שיקול הדעת השלטוני גופו, כגון בטענות סבירות ומידתיות" (עניין אלפרין, פס' 23 לחוות-דעתו של השופט טייטלבוים).

יישום הלכת אלפרין במקרה דנן

12. בענייננו, בקשת האישור מושתתת כאמור על טענת המערער לפגמים שנפלו בתחשיב העומד בבסיס תעריפי היטל השצ"פ שבחוק העזר. סעד ההשבה המבוקש במסגרת התובענה הייצוגית הוא רק פועל יוצא של אי החוקיות הנטענת בחוק העזר עצמו. מכאן, שטענת אי החוקיות כאמור אינה אינצידנטלית להליך, אלא היא הטענה העיקרית שעליה מבוססת התובענה הייצוגית. לפיכך, הלכה למעשה, עסקינן בתקיפה ישירה של חוק עזר בכסות של תקיפה עקיפה. לעניין זה יצוין, כי בית משפט זה (בשבתו כבג"ץ) קבע אך לאחרונה, כי ההליך המתאים לתקיפת חוק עזר בתקיפה ישירה הוא עתירה לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (ראו: בג"ץ 280/21 האחים מאיה תמ"א 38 בע"מ נ' מועצת העיר פתח תקווה (25.2.2021)). לפיכך, על פני הדברים, נראה כי היה על המערער להגיש עתירה מינהלית, ולא תובענה מינהלית, כפי שעשה בענייננו. עם זאת, בהלכת אלפרין נקבע כאמור כי בנסיבות חריגות ניתן לסטות מכלל זה, למשל כשאין אפשרות לתקיפה ישירה.

ואומנם, נדמה כי זה המצב בענייננו, שכן לנוכח שינוי התעריפים בחוק העזר, טענות המערער בבקשת האישור כנגד חוק העזר אינן עוד אקטואליות. כידוע, בית המשפט המינהלי אינו נוהג להידרש לעתירה התוקפת חוקיות חוק שאינו עוד בתוקף, בהיותה עתירה תיאורטית (ראו, מני רבים: בג"ץ 1125/19 עיריית ראשון לציון נ' שר הפנים, פס' 11 (1.6.2020)). אכן, ככלל, ההליך המינהלי צופה פני עתיד – ולא פני עבר. לפיכך, ברגיל, הליך מינהלי הצופה פני עבר וכולל אך ורק סעד של השבה יידחה על-הסף, וראו לעניין זה את דבריו של המשנה לנשיאה א' דובינשטיין ברע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל (19.1.2017):

"יז. [...] אחד העקרונות המנחים בדיני הפיצויים בנזיקין הוא השבת המצב לקדמותו [...] קרי, ככלל (לא תמיד), הסעד צופה פני עבר. לעומת זאת, במשפט המינהלי הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, ככלל (לא תמיד), צופה פני עתיד, והסעד העיקרי – והנחשב חזק ומשמעותי – הוא סעד הציווי. משמעותו של סעד הציווי היא חיוב הרשות המינהלית לפעול בדרך פעולה שונה מזו שעליה החליטה" (ההדגשות במקור).

[ראו והשוו גם: רע"א 88/17 גולן נ' ראש עיריית תל אביב, פס' 5 (9.5.2018)].

13. אם כן, בנסיבות שנוצרו עם שינוי התעריפים כאמור בחוק העזר, נדמה כי ניסיון לתקוף בתקיפה ישירה את הנוסח שהיה בתוקף במועד הגשת בקשת האישור – לא יצלח. לפיכך, מתקיימות במקרה זה נסיבות חריגות המאפשרות, בהתאם להלכת אלפרד, תקיפה עקיפה.

14. יובהר, כי לא נעלמה מעיני טענת העירייה, שלפיה המערער יכול היה לתקוף את חוק העזר בתקיפה ישירה, בסמוך לאחר שנמסרה לו דרישת התשלום המבוססת על התחשיב הקודם. ואמנם, יש ממש בטענה זו, שהרי כידוע, חסימת המסלול המתאים בשל כללים דיוניים הקבועים בו, דוגמת הכלל המחייב הגשת עתירה בלא שיהוי, אינה מצדיקה פתיחה של מסלול אחר לשם עקיפת כללים אלה (ראו: בג"ץ 1614/12 דביזדה נ' מנהל רשות המיסים, פס' 6 (3.7.2012)).

חשש מביצוע מעקף מסוג זה אף מתחדד בענייננו לנוכח הנוהל, שלפיו רשויות מקומיות נדרשות כאמור לתחום את תוקף תעריפי היטלי השצ"פ לתקופה מוגבלת. ויודגש: הצורך לעמוד על תקיפה של חוקי עזר שעניינם בהיטלים וכיו"ב ללא שיהוי – אינו צורך טכני בלבד, שכן הרשויות מכלכלות צעדיהן על בסיס הנחות שנוגעות, בין היתר, להכנסותיהן מחוקי העזר האמורים. לפיכך, שיהוי בתקיפת חוקי עזר כאמור עלול לפגוע בהסתמכות הרשות המקומית בהיבטים תקציביים רחבים.

15. ואולם, בענייננו, יש לתת את הדעת לכך שהמערער הגיש את בקשת האישור עוד בחודש מרץ 2016, כשלוש שנים וחצי לפני השינוי בתעריפי חוק העזר, ונראה כי לא היה בנקיטת ההליך דנן ניסיון לעקוף כללים החלים ביחס לעתירה מינהלית, כגון הכלל המחייב הגשת עתירה ללא שיהוי. מכאן שבהקשר זה פעל המערער בתום-לב, ואף על פי שטעה – בסוברו כי יש מקום לתקוף את חוק העזר בתקיפה עקיפה – מדובר בטעות

סבירה, במיוחד בשים לב לכך שהיא נעשתה שנים לפני מתן פסק הדין בעניין אלפרח. בנסיבות מיוחדות אלו, לא ראיתי לזקוף לחובת המערער את מצב הדברים שנוצר ולהעמידו כיום לפני שוקת שבורה. ודוק: אכן, כפי שציין בית המשפט המחוזי, נקודת המוצא היא כי הלכה שיפוטית חלה גם באופן רטרואקטיבי (ראו: רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד, פס' 17 (27.2.2006)). לצד זאת, ניתן לסטות מכלל זה משיקולים שונים, שהעיקרי בהם הוא אינטרס ההסתמכות של מי שניהלו את עניינם על בסיס מצב הדברים שקדם להלכה החדשה (שם, בפס' 18). סטייה כאמור צריכה להיעשות בזהירות, והיא תחומה לנסיבות חריגות כמו המקרה שלפנינו.

אחר הדברים האלה:

16. אחר הדברים האלה, הגיעו לעיוני חוות הדעת של חבריי, השופט ע' גרוסקופף והשופטת ד' ברק-ארז. אני מצטרפת לאמור בחוות-דעתה של חברתי, השופטת ברק-ארז; וברצוני להוסיף התייחסות תמציתית לחוות-דעתו של חברי, השופט גרוסקופף.

17. לגישתו של חברי, כאשר הביקורת השיפוטית הישירה על המעשה השלטוני מושא התובענה הייצוגית נתונה אף היא לסמכותו העניינית של בית המשפט לעניינים מינהליים – יש, ככלל, לאפשר את ניהול התובענה ולברר במסגרתה את הטענות המינהליות המופנות כלפי המעשה השלטוני; ואין הצדקה לדרוש תחילה בירור של טענות אלו במסגרת עתירה מינהלית.

18. דעתי שונה. סוגיית סמכות השיפוט וסוגיית התקיפה העקיפה הן שתי סוגיות מובחנות, ולכל אחת מהן "זכות קיום" עצמאית ושיקולי מדיניות משלה. אכן, גם בשיטת משפט שבה כל ההליכים המשפטיים מתנהלים בערכאה אחת ויחידה – עשויות להתעורר שאלות בנוגע לתקיפה עקיפה של החלטות שלטוניות (ראו: יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587, 612-615 (התשנ"ד)). כידוע, בתקיפה ישירה של החלטה שלטונית, ההליך מוכוון לבחינת תוקפה המשפטי של ההחלטה. לעומת זאת, בתקיפה עקיפה, בירור תוקפה המשפטי של ההחלטה המינהלית אינו תכליתו של ההליך, אלא אמצעי בלבד להשגתה. ודוק: העובדה שהסוגיות אשר בירורן נדרש באופן אגבי מצויות אף הן בסמכותו של אותו בית משפט שדן בהליך, אינה מאיינת, כשלעצמה, את האופי האגבי שלהן בהקשר של ההליך הספציפי. לצד זאת יוער, כי לא תמיד ההבחנה בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה היא פשוטה. כפי שצוין לעיל, בנסיבות מסוימות, כבענייננו, סוגיה שנחזית לכאורה כאגבית לסעד המבוקש, ניצבת בליבו של ההליך, כך

שלמעשה מדובר בתקיפה ישירה במסווה של תקיפה עקיפה. בנסיבות כאלו, תגבר הנטייה לעמוד על בירור השאלה המשפטית בדרך המלך, היא דרך התקיפה הישירה (ראו והשוו: עניין אלפרח, בפס' 27; דותן, בעמ' 604-605).

19. כמתואר לעיל, בדרך של תקיפה עקיפה טמונים חסרונות וקשיים, "מהם כאלה הניתנים לתיקון, אך מהם גם כאלה הטבועים בעצם מהותה של הדרך" (יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 43 (1975)). אמנם, החיסרון בתקיפה עקיפה אשר נוגע לבירור טענות על-ידי ערכאה שהנושא אינו בתחום סמכותה ומומחיותה, אינו רלוונטי כאשר גם השאלות האגביות הן בתחום סמכותו של אותו בית משפט. אולם, הקשיים בבירור טענות מינהליות בדרך של תקיפה עקיפה אינם מתייחסים רק למומחיות של הערכאה הדנה בהליך, אלא גם להבחנה המהותית בין דיון בחוקיות של מעשי המינהל בתקיפה עקיפה לבין דיון כאמור בתקיפה ישירה. ראו דבריו של פרופ' זמיר, שלפיהם "אין להתעלם מן ההבדל הקיים בין ביקורת עקיפה לבין ביקורת ישירה. ההבדל בצורת הביקורת עשוי להוביל להבדל גם בתוצאות הביקורת: יש מקרים שבהם פגם מסוים עשוי להצדיק סעד מסוים, למשל הצהרה על בטלות ההחלטה המינהלית בביקורת ישירה אך לא בביקורת עקיפה" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד 2664 (2017)). עוד ראו והשוו לדבריו במקום אחר, שלפיהם עילות ההתערבות השיפוטית חלות בביקורת עקיפה כמו בביקורת ישירה, אולם היישום שלהן עשוי להיות שונה בשל ההבחנה בין שתי דרכי הביקורת (יצחק זמיר "ביקורת עקיפה על החלטות מינהליות" ספר דורית בייניש 359, 394-396 (ק' אזולאי, א' בר-סימן-טוב, א' ברק ושל' ליפשיץ עורכים, 2018)).

כמו כן, ייתכנו הבדלים בין תקיפה ישירה לעקיפה בכל הנוגע לתחולת עילות הסף מהמשפט המינהלי וליישומן (ראו: שם, בעמ' 391-394; ע"א 3202/11 אבו פריח ז"ל נ' מדינת ישראל, פס' 22 (30.12.2012); דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח ז"ל, פס' 15 לחוות-דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (12.4.2015); ע"א 9569/04 עבידאת נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים, פס' 2 לחוות-דעתו של השופט א' גרוניס (14.2.2008)).

20. ההבדלים המשמעותיים בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה נובעים, במידה רבה, מההבדלים ב"DNA" של סוגי ההליכים השונים, הבדלים אשר קיימים גם כאשר ההליכים מתנהלים באותו בית משפט או לפני אותו מותב. כך למשל, דיון בתביעה קטנה שונה מהותית מאופיו של דיון בתביעה אזרחית "רגילה", אף ששני ההליכים עשויים להתנהל לפני אותו מותב. כמו כן, ראו דברי הנשיאה מ' נאור, אשר עמדה על כך ש"תפקידו של בית משפט זה ביושבו כבית משפט לערעורים אינו זהה לתפקידו שעה

שהוא יושב כבג"ץ, אף אם הנושאים העולים בכל אחד מהמקרים הם זהים" (דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח ז"ל (12.4.2015); וראו גם, באשר להבחנה בין הכובע "האזרחי" לכובע "המינהלי" של בית המשפט המחוזי: בר"ם 3922/12 ההסתדרות הציונית העולמית נ' "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם, פס' 9-10 (8.7.2012)).

ואכן, בענייננו, קיים שוני משמעותי ב"אופי" של העתירה המינהלית לעומת זה של התובענה הייצוגית (ובכלל זה תובענה ייצוגית מינהלית). שוני זה נעוץ, בין היתר, בהבדלים שבסדרי הדין ודיני הראיות אשר חלים בכל אחד מסוגי ההליכים. חבריי עמדו על הבדלים אלה בחוות-דעתם, ואף לעניין זה אני מצטרפת לאמור בחוות-דעתה של חברתי, השופטת ברק-ארז, אשר עמדה על ההשלכות של הבדלים אלה – הן בנוגע לטיבה ולמאפייניה של הביקורת השיפוטית על המעשה המינהלי, הן בנוגע ליעילות ההליך. אכן, התובענה המינהלית היא מעין "יצור-כלאיים" של משפט אזרחי ומינהלי; והגם שהיא דרה בבית המשפט המינהלי בכפיפה אחת עם העתירה המינהלית, ההבדלים בין השתיים מהותיים ונכבדים (ראו ע"ע"ם 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון (פ"ד נט' 6) 241, 248-249 (2005)).

ויודגש: ההבדלים בין ההליכים השונים אינם מתמצים בהיבטים של סדרי דין ודיני ראיות; אלא נוגעים כאמור גם להיבטים של יישום הכללים המהותיים של המשפט המינהלי. כך למשל, עיקרון בסיסי הוא כי בית המשפט אשר דן בהליכים מינהליים אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו (ראו, מני רבים: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה' (1) 421, 443 (1980); בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז' (3) 29, 42-43 (1983)). לאורו של עיקרון מהותי זה, נקבעה ההלכה שלפיה, ככלל, אין מקום להידרש לחוות דעת מומחים במסגרת הליך מינהלי (ראו: ע"ע"ם 2141/09 הוועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה איכות חיים לתושבי השרון, פס' 19 (17.11.2010); בר"ם 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח' (4) 754, 766-767 (2004); ע"ע"ם 6626/18 תעשיית אבן וסיד בע"מ נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של מתחמים מועדפים לדור, פס' 16 (17.12.2019)). אם כן, אמנם הכללים הדיוניים מתעצבים לאור אופייה המהותי של הביקורת השיפוטית; אך גם לא ניתן להתעלם מכך שלמעשה, הכללים הדיוניים משליכים על אופן יישומה המהותי של הביקורת השיפוטית, ובכך גם מעצבים את אופייה.

כזכור, בענייננו מבקש המערער לבסס את טענותיו בדבר טעות בתחשיב שעומד בבסיס התעריף שקבעה העירייה, על חוות-דעת מקצועית מטעמו. איני מביעה כל עמדה לגוף הטענות בעניין זה, אך יש לזכור כי השוני הדיוני באופן הבירור של טענות אלו

במסגרת תקיפה עקיפה, עלול לגרור עמו שוני מהותי הנוגע לאופי הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל – בהשוואה לאופייה כאמור בתקיפה ישירה, כפי שעוצב לאורך השנים.

21. בטרם סיום, אציין כי בשים לב לתוצאה שאליה הגעתי, שלפיה בנסיבות החריגות של המקרה שלפנינו, ועל אף השוני המהותי והדיוני בין העתירה המינהלית לבין התובענה הייצוגית, יש לאפשר דיון בחוקיותו של חוק העזר בהליך של תובענה ייצוגית – מתעוררת שאלה בנוגע לאופיו של הדיון האמור. אין זה המקום לטעת מסמרות בנדון, שכן הסוגיה לא התעוררה במסגרת ההליך שלפנינו. בתמצית יצוין, כי על פני הדברים, יש הצדקה לכך שהדיון בשאלות אשר היו צריכות להתברר, ברגיל, במסגרת הליך של עתירה מינהלית, ייעשה ב"משקפיים מינהליים", בהתאמות המתבקשות; וברוח דבריו של השופט א' רובינשטיין: "הדעת נותנת כי בית-המשפט המינהלי לא יתעלם מ'מינהליות התובענה' בדונו בתיקים הבאים לפניו כתובענות מינהליות, אף שיסודם אזרחי" (עניין שבדרון, בעמ' 249).

סוף דבר

22. כפי שנקבע בעניין אלפריח, טענות נגד חוקיות של חוקי עזר יש להעלות, ככלל, בתקיפה ישירה לפני בית המשפט המינהלי המוסמך (הוא בית המשפט לעניינים מינהליים, בהתאם לעניין האחים מאיה). אולם, במקרים חריגים, ניתן לסטות מכלל זה. ענייננו כאמור בא בקהלם של אותם מקרים. לפיכך, אציע לחבריי לקבל את הערעור, ולאפשר למערער להמשיך בהליך שהחל בו לאישור התובענה הייצוגית.

עוד אציע כי בנסיבות העניין, לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט ע' גרוסקופף:

1. אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי, השופטת יעל וילנר, לפיה דין הערעור להתקבל. יחד עם זאת, הנימוקים המובילים אותי לתוצאה זו שונים מנימוקי חברתי, כפי שיפורט להלן.

2. העובדות תוארו בחוות דעתה של חברתי ואחזור עליהן אך בקצרה: ביום 31.3.2016 הגיש המערער, מר יוסף עזר (להלן: המערער), תביעה ובקשה לאישורה כתובענה ייצוגית נגד המשיבה, עיריית רחובות (להלן: המשיבה או העירייה), לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות): "תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר..." (להלן: בקשת האישור). עניינה של בקשת האישור בטענה כי בשיטה לחישוב היטל השטחים הציבוריים הפתוחים (להלן: היטל שצ"פ), הקבועה בחוק העזר לעיריית רחובות (שטחים ציבוריים פתוחים), התשע"א-2010 (להלן: חוק העזר), נפלו שלוש טעויות אשר הובילו לגביית היטל שצ"פ ביתר.

המשיבה, בתגובה, טענה כי יש לדחות את בקשת האישור על הסף, הן משום שמדובר בתקיפה עקיפה של דבר חקיקה והן בשל השהיוי שדבק בבקשה; ולגופה, מן הטעם שאין בטעויות הנטענות על ידי המערער כל פגם המצדיק את ביטולו של חוק העזר.

3. ביום 4.10.2020 דחה בית המשפט המחוזי (כב' השופטת מיכל נד"ב) את בקשת האישור על הסף. זאת, לאור ההלכה שנקבעה בעניין ע"א 4291/17 עו"ד אלפריח נ' עיריית חיפה (6.3.2019) (להלן: הלכת אלפריח או עניין אלפריח), לפיה תקיפת סבירותו וחוקיותו של חוק עזר עירוני מקומה להתברר בהליך של תקיפה ישירה ולא בדרך של תקיפה עקיפה, במסגרת תובענה ייצוגית להשבת סכומים שנגבו ביתר. עוד יצוין כי לאור מסקנתו זו, נמנע בית המשפט המחוזי מהכרעה בטענות המערער לגופו של עניין (להלן: פסק הדין).

4. וזו המשמעות האופרטיבית של פסק דינו של בית המשפט המחוזי: על המערער להגיש עתירה מנהלית, לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (בהתאם לקביעתו של בית משפט זה בבג"ץ 280/21 האחים מאיה תמ"א 38 בע"מ נ' מועצת העיר פתח תקווה, פסקאות 7-13 (25.2.2021) (להלן: עניין האחים מאיה)), וזאת בהליך פרטני בינו לבין העירייה. לאחר מכן, וככל שיזכה בעתירה המנהלית, יוכל להגיש מחדש תובענה ייצוגית להשבת הסכומים ששולמו ביתר, אשר תוגש אף היא לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (בהתאם לסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות). ואולם, לאור המגבלה שבסעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות, סעד ההשבה יוגבל אך לשנתיים עובר להגשת בקשת האישור (כאשר לבית המשפט מסור שיקול דעת האם להרחיב את הקבוצה ביחס לתקופה שלאחר הגשת בקשת האישור. ראו: דנ"מ

8626/17 מנידב נ' משרד האוצר – רשות המיסים (11.11.2020)). לא זו אף זו, סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגית מאפשר לעירייה להודיע בתוך 90 ימים מעת הגשת בקשת האישור כי היא תחדל מהגבייה שבגינה הוגשה בקשת האישור, וככל שהוכח כי עשתה כן עד למועד הקובע, בקשת האישור תידחה ללא צורך בהתדיינות משפטית, כך שחברי הקבוצה לא יהיו זכאים כלל להשבת הכספים שנגבו מהם שלא כדין (להרחבה, ראו: דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוט האזורי בע"מ, פסקאות 39-40 (17.12.2019) (להלן: ד"נ מי הגליל)). ויובהר, הסדרים אלה, הקבועים בסעיפים 9 ו-21 לחוק, רלוונטיים כאשר עסקינן בתביעה ייצוגית שמוגשת לפי פרט 11 לתוספת השנייה, כבענייננו, בעוד שהם אינם מונעים מחברי הקבוצה להגיש תובענה אישית נפרדת להשבת מלוא הסכום שנגבה ביתר, בכפוף למגבלת ההתיישנות (בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, פסקה 41 (29.8.2011) (להלן: עניין כהן)).

5. חברתי, השופטת וילנר, סבורה כי למרות שעל פני דברים ההליך המתאים להעלאת טענותיו של המערער נגד חוקיותו של חוק העזר הוא במסגרת תקיפה ישירה (באמצעות הגשת עתירה מנהלית), המקרה שלפנינו נכנס בגדר המקרים החריגים שנמנו בעניין אלפריח, לפיו לא פתוחה בפני המערער האפשרות לתקיפה ישירה. זאת, בהינתן שביום 18.8.2019 תוקן חוק העזר ושנוו התעריפים שנקבעו במסגרתו, ובהתחשב בכך שההליך המנהלי צופה פני עתיד, ועל כן, ככלל, בית המשפט המנהלי לא יידרש לעתירה המבקשת לתקוף חוק שאינו בתוקף עוד והעותרת למתן סעד הצופה פני עבר. לפיכך, מגיעה חברתי למסקנה כי יש לקבל את הערעור ולדון בטענות המערער במסגרת בקשת האישור שהוגשה.

6. כאמור, מסקנתה של חברתי לפיה דין הערעור להתקבל מקובלת עליי, ואולם הטעם לכך לדידי שונה, ורחב מזה שמציגה חברתי. לשיטתי, כאשר עסקינן בתובענה ייצוגית נגד רשות למתן סעד כספי של פיצויים או השבה הכרוכה בתקיפה של מעשה שלטוני שהסמכות לדון בה נתונה לבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (להלן: בית המשפט המנהלי) (להבדיל מבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. להלן: בית המשפט העליון), יש, ככלל, לאפשר את ניהולה, תוך מתן אפשרות במסגרתה לטעון נגד תוקפו של המעשה השלטוני. במצב דברים זה, אין להבנות לא בסיס משפטי ולא הצדקה עניינית לדרוש כי יקדם להגשת התובענה הייצוגית הליך נפרד של "תקיפה ישירה" של המעשה השלטוני לאותו בית משפט מנהלי. זו הייתה עמדת היחיד אותה הצגתי בעניין אלפריח, ובהתאם לה סבורני כי יש לקבל את הערעור במקרה דנן.

עמדתי נשענת על ארבעה אדנים: ראשית, מבחינת ההיסטוריה החקיקתית של חוק תובענות ייצוגיות, כוונת המחוקק הישראלי הייתה לאפשר דיון בהיבטים המנהליים המועלים כתובענה במסגרת הליך התובענה הייצוגית המנהלית (להלן: הטיעון ההיסטורי); שנית, סמכות בית המשפט המנהלי לדון בתובענה הייצוגית המנהלית משמיעה שאין מדובר כלל ב"תקיפה עקיפה" של המעשה השלטוני, כמשמעות המקובלת של המונח מבחינת הדוקטרינה המשפטית (להלן: הטיעון הדוקטרינרי); שלישית, מבחינת שיקולי המדיניות של המשפט המנהלי אין, במקרה הרגיל, הצדקה לפיצול ההתדיינות לשני הליכים נפרדים המתנהלים בפני אותה ערכאה עצמה – עתירה מנהלית ותובענה ייצוגית מנהלית (להלן: הטיעון המנהלי); רביעית, מבחינת שיקולי המדיניות שביסוד דיני התובענות הייצוגיות, פיצול ההתדיינות לשני הליכים נפרדים, המתנהלים בטור, משמעה פגיעה קשה בתמריץ לנהל תובענות ייצוגיות מנהליות (להלן: הטיעון הייצוגי).

להלן ארחיב ואפרט ביחס לכל אחד מהנדבכים הללו.

הטיעון ההיסטורי

7. כידוע, לא בנקל נתנה המדינה את הסכמתה לכך שמנגנון התובענה הייצוגית יוכל לשמש גם לניהול הליכים כלפיה וכלפי רשויות ציבוריות כהגדרת סעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מנהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט מנהליים). להכללת הוראתו הקצרה של סעיף 29 לחוק תובענות ייצוגיות – "חוק זה יחול על המדינה" – קדם דיון נרחב בין מצדדים ומתנגדים, אשר בסופו אומצה גישת ביניים, במסגרתה נקבעו הוראות מיוחדות הנוגעות לניהול הליכי תובענה ייצוגית נגד המדינה ורשויותיה למיניהן (להרחבה בהוראות אלה, ראו עניין כהן; רע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' טיומקין (13.2.2011); עע"מ 6687/11 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פסקאות 20-24 (25.12.2012); ד"נ מי הגליל). בין ההוראות הללו, מצויה גם הוראת סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, שזו לשונה:

בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, תוגש לבית משפט לענינים מנהליים; בסעיף קטן זה, "החלטה של רשות" – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מנהליים.

8. ויובהר, קביעת המחוקק בסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, איננה טריוויאלית. תביעות כספיות של אזרח נגד רשות נדונות לרוב בבתי המשפט האזרחיים.

כך הוא, למשל, המצב ביחס לתביעת השבה שמגיש אדם בגין מס או אגרה ששילם ביתר, כדוגמת התביעה האישית של המערער. משמעותו של סעיף 5(ב)(2) לחוק היא שלמרות זאת, כאשר תביעות כאלה מאוגדות לכדי תובענה ייצוגית, הן נדונות בפני בית המשפט המנהלי. עמדה על כך חברתי, השופטת דפנה ברק-ארז, בצינה:

חלק ניכר מן התובענות הייצוגיות נגד רשויות נדונות בבית המשפט לעניינים מינהליים, מאחר שהסמכות לדון בתובענות ייצוגיות נגד רשויות שעילתן היא "החלטה של רשות" מסרה לו, ולא לבית המשפט האזרחי. הדברים אמורים גם בתובענה ייצוגית להשבת כספים שנגבו שלא כדין, ולכן תביעת השבה רגילה נגד רשות תידון בבית המשפט האזרחי, ואילו תובענה ייצוגית שנסבה על אותה עילה תידון בבית המשפט לעניינים מינהליים (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני 158-159 (2017) (להלן: ברק-ארז)).

9. מה היה הרציונל שהביא להעברת הסמכות לדון בתובענה ייצוגית "שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה" מבית המשפט האזרחי לבית המשפט המנהלי? עיון בדיונים שהתקיימו בדבר הצעת החוק מעלה כי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד שרית דנה, הביעה את החשש מפני מתן האפשרות לנהל תובענה ייצוגית נגד המדינה ורשויותיה בגין השבת כספים שנגבו שלא כדין בכלל, ובערכאות האזרחיות בפרט. כמענה לכך, הציע יו"ר הוועדה, חבר הכנסת רשף חן, כי ייקבע "שכל תביעה נגד רשות ציבורית, לפי החוק הזה [חוק תובענות ייצוגיות], תוגש כתביעה מנהלית. אז את בפורום שאת רוצה. אותו בית דין שרגיל לעסוק במאטריה הזאת, ושמפעיל את ההלכות שאת מעוניינת בהן. אותו בית דין שאמון על האיזון בין האינטרס הציבורי לאינטרס הזה. בנוסף לזה, את נותנת לו את כל הכלים, שנכנסו לפה בכוונה תחילה, כדי להגן עלייך" (פרוטוקול ישיבת ועדת משנה ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 65 (26.1.2006), וכן ראו דיון בעמ' 62-70). בהמשך לדברים אלה, נוסף סעיף 5(ב)(2) לחוק אשר מורה כאמור כי תביעות לפיצויים או להשבה נגד רשות בגין החלטה מנהלית ידונו בבית המשפט המנהלי, ולא בבית משפט אזרחי רגיל (ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 310 של הכנסת ה-16, 67 (1.3.2006)).

10. העברת הדיון בתובענות ייצוגיות לבית המשפט המנהלי נעשתה, אם כך, בכוונה מכוון, על מנת לאפשר דיון על ידי "אותו בית דין שרגיל לעסוק במאטריה". ואולם, מה הועילו חכמים בתקנתם אם בית המשפט המנהלי בבואו לדון בתובענה ייצוגית המנהלית מנוע מלדון בהיבטיה המנהליים של התובענה (דהיינו, הטענות שמועלות נגד ההחלטה המנהלית) מאחר שהן נטענות לפניו בתקיפה עקיפה (במסגרת תובענה מנהלית)

ולא בתקיפה ישירה (במסגרת עתירה מנהלית)? על כורחך אתה אומר כי לא לכך כיוון המחוקק, אלא שהעברת הדיון בתובענות הייצוגיות המנהליות לבית המשפט המנהלי נועדה מלכתחילה לאפשר דיון אחוד הן בהיבטים המנהליים של ההליך (הטענות התוקפות את המעשה השלטוני) והן בהיבטים האזרחיים של ההליך (סעדי הפיצויים וההשבה הנגזרים מהקביעות במישור המנהלי).

11. ויובהר, ככל שהסמכות לדון בהיבט זה או אחר של התובענה הייצוגית המנהלית מלכתחילה לא הייתה נתונה לבית המשפט המנהלי, פשיטא כי אין ללמוד מעצם קיומה של הוראת סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות על כוונת המחוקק לאפשר דיון בבית המשפט המנהלי בנושא שאינו בסמכותו. כך, למשל, אם מס נגבה מכוח חוק של הכנסת, ובתובענה הייצוגית נטען נגד תוקפו של חוק זה, הרי שברור וגלוי כי הנושא אינו מצוי בסמכותו של בית המשפט המנהלי (אלא בסמכות בית המשפט העליון), וקביעת סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות כמובן שאינה משליכה על עניין זה. ואולם, אם בית המשפט המנהלי מוסמך לדון בכל היבטיה של עתירה מנהלית התוקפת את המעשה השלטוני, האין ללמוד מכך שסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות העביר אליו את הדיון בתובענות ייצוגיות מנהליות, כי כוונת המחוקק הייתה שיממש סמכותו ומומחיותו בעניינים אלה, וידון בהם במסגרת ההליך הייצוגי שהונח לפתחו?

12. סיכום הטיעון ההיסטורי – במסגרת הליכי חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות נתן המחוקק דעתו לקושי שעלול להיווצר אם ערכאה אזרחית תבחן שאלות מתחום המשפט המנהלי במסגרת תובענה ייצוגית. על מנת להתמודד עם קושי זה, קבע המחוקק הוראה מיוחדת בחוק, המקנה לבית המשפט המנהלי, ולו בלבד, את הסמכות לדון בתובענות ייצוגיות מנהליות. הקניית סמכות זו, משמיעה לנו שכוונת המחוקק הייתה לאפשר דיון במסגרת תובענה ייצוגית גם בשאלות הנוגעות לחוקיות המעשה השלטוני, כשהן מצויות בסמכותו העניינית של בית המשפט המנהלי.

הטיעון הדוקטרינרי

13. עניינה של הלכת אלפרד הוא בשאלה מתי ראוי לאפשר "תקיפה עקיפה" של מעשה שלטוני בהליך של תובענה ייצוגית. כידוע, הנחת המוצא, הנגזרת מעקרון החוקיות, היא שערכאה שיפוטית מוסמכת לדון אך ורק בנושאים המסורים לסמכותה, וכי היא מנועה מלדון בנושאים החורגים מתחום סמכותה, ומצויים בתחום סמכותו של בית משפט או בית דין אחר. יחד עם זאת, מצא המחוקק לנכון להכיר בכך שלבית משפט נתונה "סמכות שבגררא" לדון באופן אגבי בנושאים החורגים מתחום סמכותו, ולהכריע

בהם "לצורך אותו ענין". ההסדר בעניין זה קבוע בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), שזו לשונו:

הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר.

14. בהקשר המנהלי והחוקתי, כאשר רשות שאינה מוסמכת לדון במישרין בטענות נגד מעשה שלטוני מתבקשת להכריע בהן (כגון בית משפט אזרחי הדן בתביעת השבה, או בית משפט מנהלי הדן בסוגיה שבסמכות בית המשפט העליון), הרי שהיא מוסמכת לצורך אותו ענין לעשות כן מכוח סעיף 76 לחוק בתי המשפט, ומקובל לראות את המהלך כ"תקיפה עקיפה" של המעשה השלטוני (ע"א 3129/19 זנלכל בע"מ נ. פקיד שומה חיפה, פסקה 71 והאסמכתאות המובאות שם (25.8.2022) (להלן: עניין זנלכל)).

15. בעניין אלפריח נדרש השופט מני מזוז לחסרונות וליתרונות של מסלול "התקיפה העקיפה", והוא מנתח אותם בזיקה הדוקה לסעיף 76 לחוק בתי המשפט. כך, למשל, הוא מדגיש את חוסר סמכותה ומומחיותה של הערכאה השיפוטית להכריע בסוגיה, את האופי האגבי של הכרעה ואת תחימת השלכות הכרעה לצורך אותו ענין בלבד (ראו פסקה 12 לפסק דינו). בהתאם לכך הוא מנתח את הסוגיה שלפניו, ומתווה את המגבלות הראויים על השימוש בסמכות "התקיפה העקיפה" במסגרת הליך של תובענה ייצוגית (וראו פסקאות 18-23 לפסק דינו של השופט מזוז).

16. עד כאן, הדברים מקובלים גם עליי. ואולם, הניסיון להרחיב את הלכת אלפריח, ולהחיל אותה גם על מצב בו לבית המשפט המנהלי סמכות לדון בתוקפו של המעשה המנהלי, כפי שנעשה בענייננו, מעוררת קושי דוקטרינרי ניכר, שבעיניי הוא בלתי עביר. כאמור, הסדר החוק המרכזי שבאמצעות פרשנותו מתווה השופט מזוז את גבולות השימוש במכשיר התובענה הייצוגית המנהלית הוא סעיף 76 לחוק בתי המשפט, והאופן בו ראוי כי בתי המשפט יעשו בו שימוש. ואולם, על פי לשונו ותכליתו, סעיף זה מתייחס למצב דברים בו "הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר". מצב דברים זה אינו מתקיים במקרה בו בית המשפט המנהלי הוא בית המשפט המוסמך לדון בשאלה שבמחלוקת, דהיינו כאשר תקיפת המעשה המנהלי בו מדובר מצויה בגדר סמכותו. על כן, ממילא, לצורך הכרעה בתובענה הייצוגית המנהלית במצבים אלה לא נדרש בית המשפט המנהלי לעשות כלל שימוש בסעיף 76 לחוק בתי

המשפט. כנגזר מכך, להכרעתו גם אין את מאפייניה של הכרעה שכזו – ההכרעה אינה חורגת מתחום סמכותו ומומחיותו של בית המשפט המנהלי, והשלכותיה אינן מוגבלות לצורך אותו עניין. נהפוך הוא, גם אם ההכרעה בשאלת תוקף המעשה המנהלי היא רק השלב הראשון בדיון המשפטי, היא מצויה בתחום סמכותו ומומחיותו של בית המשפט המנהלי, והכרעתו לגביה אינה מוגבלת לצורך אותו עניין בלבד.

17. ויובהר, כאשר בית המשפט המנהלי דן בתובענה ייצוגית מנהלית אין הוא מקיים את ההליך הרגיל נגד החלטה של רשות, שהוא הליך של עתירה מנהלית לפי סעיף 5(1) והתוספת הראשונה לחוק בתי משפט מנהליים, אלא הליך שונה של תובענה ייצוגית לפי סעיף 5(3) והתוספת השלישית לחוק בתי משפט מנהליים. ואולם, העובדה כי מדובר בהליך מיוחד, אינה משמיעה לנו כי בעת שבית המשפט המנהלי דן בו, הוא נעדר סמכות להכריע בעניינים המצויים בשגרה בתחומי סמכותו, ובוודאי שאינה משמיעה לנו כי עניינים אלה מצויים "בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר". סעיף 76 לחוק בתי המשפט מיועד להתמודד עם מצבים בהם בית משפט פלוני אינו מוסמך לדון בעניין מסוים; אין הוא נוגע כלל למצב בו קיימים מספר מסלולים דיוניים שונים בהם ניתן להביא עניין לפני בית המשפט המוסמך (והשוו לדיון בע"א 2618/03 פ.א.א.ס. (רסטורנט סוליושנס) בע"מ נ' ליפקונסקי, פ"ד נט(3) 497, 516-522 (2004)).

18. ניתן להמחיש את השוני בין המצבים באמצעות מקרה מקביל הנוגע להתדיינות אזרחית: תביעה להכריז על בטלות עסקה במקרקעין ניתן להביא לפני בית המשפט המחוזי, ולפניו בלבד. הדרך הדיונית לעשות כן היא באמצעות בקשה למתן סעד הצהרתי לפיו העסקה בטלה. לעיתים בוחר אדם להגיש תביעה להשבת כספים ששולמו על פי עסקה במקרקעין שהיא בטלה לשיטתו. אם תביעה כספית שכזו תוגש לבית משפט השלום, מאחר שסכומה נופל לגדר סמכותו, הרי שערכאה זו מוסמכת אומנם לדון בסעד ההשבה, אך אינה מוסמכת לדון בשאלת תוקף ההסכם, אלא מכוח סמכות שבגררר על פי סעיף 76 לחוק בתי המשפט, על כל המשתמע מכך. לעומת זאת, אם תוגש תביעת השבה בבית המשפט המחוזי על סכום העולה על סמכות השלום, הרי שבית המשפט המוסמך לדון בתביעת ההשבה הכספית, הוא אותו בית משפט המוסמך לדון בשאלת תוקף ההסכם. מכאן שבית המשפט המחוזי לא יידרש כלל לדון בהפעלת סעיף 76 לחוק בתי המשפט, היות שאין השאלות שעולות בתביעה נופלות מחוץ לתחומי סמכותו: סמכותו לדון בתביעה הכספית נובעת מהיקפה, וסמכותו לדון בשאלת תוקף העסקה במקרקעין נובעת מכך שהנושא מצוי בגדרי סמכותו. במקרה אחרון זה, כמו בענייננו, שאלת הבחירה בין "תקיפה עקיפה" לבין "תקיפה ישירה" כלל אינה מתעוררת. לכל

היותר יכולה להישאל השאלה האם מסלול התביעה הכספית אפשרי, נוכח קיום מסלול הסעד ההצהרתי. לא אחדש דבר, אם אבהיר כי בהקשר האזרחי לא רק שהמסלול אפשרי, אלא שהוא גם עדיף וראוי, שכן בדין האזרחי מקובל כי מקום בו ניתן לתבוע סעד אופרטיבי אין מקום לאפשר תביעה למתן סעד הצהרתי (ראו: ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד לב(1) 85, 90-92 (1977); רע"א 1910/04 אילוני פרויקטים תירותיים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 193, 198 (2004); ע"א 9580/05 גליקלד נ' צ'ורני, פסקה 6 (10.9.2007); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 563 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995)).

19. שלוש הערות משלימות נדרש להוסיף לטיעון הדוקטרינרי טרם סיכמו:

ראשית, עמדה קרובה, שאת המקרה דנן ניתן לגזור כקל וחומר ממנה, הביעה חברתי, השופטת ברק-ארז, בהקשר של הליכי הסדר מקרקעין לפי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969. בעניין ע"א 3202/11 ג'ארד אבו פריח ז"ל נ' מדינת ישראל (30.12.2012), קבעה חברתי (ואליה הצטרפו השופטים יורם דנציגר ו-יצחק עמית), כי בית משפט מחוזי הדן בהליכי הסדר מקרקעין מוסמך לדון בתקיפה עקיפה גם בטענות כנגד תוקפה של הפקעת המקרקעין. בנמקה תוצאה זו, עמדה חברתי על כך שתכליתו של סעיף 76 לחוק בתי המשפט היא למנוע מצבים שבהם הכרעה במסגרת תקיפה עקיפה תחסום את האפשרות לדון בטענות שהוכרעו על ידי הערכאה המוסמכת לכך מלכתחילה, ובפרט כאשר מדובר בערכאה בעלת סמכות שיפוט ייחודית. ואולם, צורך זה אינו מתעורר במקרה זה היות ש"בית המשפט המוסמך לדון בשאלת תוקפה של ההפקעה הוא בית המשפט העליון (בשבתו כבג"ץ), וממילא בית המשפט העליון הוא אף הערכאה המוסמכת לדון בערעורים על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בהליכים לפי פקודת ההסדר. על כן, גם אם תתברר שאלת תוקפה של ההפקעה בפני בית המשפט המחוזי, הכרעה זו לא תמנע מבית המשפט המוסמך – בית משפט זה – מלהידרש לשאלה" (שם, בפסקה 19). בדיון נוסף שהוגש על פסק הדין, הוחלט פה אחד להותיר את התוצאה על כנה, אף כי התעוררה מחלוקת ביחס לטעמים המצדיקים תוצאה זו. עם זאת, הנשיא (בדימ') אשר גרוניס, אשר כתב את דעת הרוב, התייחס לטענה בדבר ההבדלים בין סמכות בית המשפט הגבוה לצדק לבין סמכות בית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור, וציין כי אינו רואה קושי מיוחד בהבדלים אלה (דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח ז"ל, פסקה 18 (12.4.2015) (להלן: עניין אבו פריח)). על דעת הרוב בדיון הנוסף הוסיפה חברתי, השופטת ברק-ארז, את נימוקיה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, ואל הערותיה הצטרפו השופט (כתוארו אז) סלים ג'ובראן והשופט יורם דנציגר (וראו גם ברק-ארז, בעמ' 117, שם הביעה חברתי את העמדה כי "ניתן להוסיף כי מאחר שבית המשפט העליון מפקח

ב'כובעו' הערעורי על כלל פסקי הדין הניתנים במערכת השפיטה, יש בידו להבהיר את המצב המשפטי בשאלות המינהליות שנדונו גם שלא בהליכים מינהליים, במקרים שבהם ההליך שבו התקיימה התקיפה העקיפה מגיע אל בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים או פליליים". ואם כך ביחס לסמכותו של בית משפט זה בשני כובעיו (וכשתי ערכאות שונות), מקל וחומר לסוג המקרים שלפנינו, בהם אותו בית משפט דן בהליך כערכאה ראשונה.

שנית, הנחת המוצא של חוות דעתי בעניין אלפריח הייתה כי לבית המשפט המנהלי לא הייתה סמכות לדון בתוקפו של דבר החקיקה שהותקף באותו עניין, חוק עזר לחיפה (שילוט), התשנ"ו-1995, וכי הסמכות לכך הייתה נתונה לבית המשפט העליון בלבד. למיטב הבנתי, ולמרות שהדבר אינו נאמר במפורש בפסק דינו של השופט מזוז (העושה שימוש במונח "בית המשפט המינהלי המוסמך" לאורך חוות דעתו), זו הייתה גם הנחת המוצא שהנחתה אותו. אם לא כן, אני מתקשה לראות את ההצדקה לשימוש המרכזי שעשה בסעיף 76 לחוק בתי המשפט על מנת לנמק את החלטתו. מכל מקום, בניגוד להנחת המוצא האמורה, נקבע על ידי בית משפט זה בפסק דין שניתן כשנתיים לאחר שנפסקה הלכת אלפריח, כי הסמכות להורות על בטלות חוקי עזר עירוניים או על התקנתם מחמת אי חוקיות או אי סבירות מסורה לבית המשפט המנהלי (ראו עניין האחים מאיה שניתן ביום 25.2.2021). הלכה זו הייתה חידוש בעת שניתנה (ולראיה – עמדת המדינה באותו עניין), ואת הלכת אלפריח (ובוודאי שאת חוות דעתי בעניין אלפריח) יש להבין לאור התפיסה שהייתה מקובלת בעת שניתנה.

שלישית, השופט מזוז מזכיר בפסק דינו בעניין אלפריח גם את האפשרות להגביל את השימוש בתובענה הייצוגית המנהלית מכוח הוראת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות ("תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"). עם זאת, המדובר בנימוק מצטבר לנימוק העיקרי, שעניינו היה כאמור שאין לאפשר בהליך של תובענה ייצוגית "תקיפה עקיפה" של המעשה השלטוני בגדר סעיף 76 לחוק בתי המשפט, אלא במקרים חריגים. זאת ועוד, לא הובא בפסק הדין כל ניתוח של התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, וההפניה היחידה שהובאה ביחס אליו היא לפסק דין שניתן טרם שנחקק חוק תובענות ייצוגיות, וזאת על דרך ההשוואה (ראו פסקאות 5, 9 ו-29 לפסק דינו של השופט מזוז בעניין אלפריח). ממילא, לא ניתן להחיל בענייננו את הלכת אלפריח מכוח סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות לבדו, בוודאי שלא בהעדר ניתוח ראוי.

20. סיכום הטיעון הדוקטרינרי – הניתוח הדוקטרינרי מוביל איפוא למסקנה כי השאלה שעמדה לפני בית המשפט בעניין אלפריח, והשאלה העומדת לפנינו במקרה זה, הן שאלות שונות. בעניין אלפריח דן בית המשפט, והכריע בעיקרו של דבר, בהתאם לגדרי השימוש הראוי בסמכות להכריע בעניין שבגררא לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט. בענייננו שאלה זו אינה מתעוררת כלל, שכן בית המשפט המנהלי אינו זקוק לסעיף זה על מנת שיהיה ראוי לדון בהחלטה של רשות. במילים אחרות, אין אנו נזקקים כלל לבחירה שבין "תקיפה עקיפה" ל"תקיפה ישירה", כמשמעות שנהוג לתת להבחנה זו, שהיא המשמעות שניתנה לדברים גם בעניין אלפריח. השאלה היחידה שניתן להעלות היא האם ראוי לאפשר שימוש במסלול של תובענה ייצוגית מנהלית בהינתן קיומו של מסלול העתירה המנהלית. שאלה זו צריך לבחון לפי הכללים הרגילים לאישור תובענה ייצוגית, ובכלל זה התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות. ואולם, פשיטא כי ניתוח זה הינו שונה בתכלית מזה שנערך בעניין אלפריח. כך, למשל, לשיקול המרכזי שהזכיר השופט מוזס באותו עניין – שיקול הסמכות והמומחיות, אין כל רלוונטיות בענייננו. משמעות הדברים, איפוא, היא שמבחינה דוקטרינרית, הדין שיש להחיל במקרה דנן, אינו הלכת אלפריח.

הטיעון המנהלי

21. החלת הלכת אלפריח על מקרה כגון המקרה בו עסקינן, משמעה פיצול ההתדיינות לשני הליכים נפרדים אשר ינוהלו שניהם, האחד אחר השני, בפני אותה ערכאה: בהליך הראשון תידון שאלת תוקפו של המעשה השלטוני במסגרת הליך של עתירה מנהלית לפני בית המשפט המנהלי; בהליך השני יידונו הזכויות הכספיות שנובעות מהקביעות ביחס לתוקפו, וזאת במסגרת הליך של תובענה ייצוגית מנהלית שיתקיים אף הוא לפני בית המשפט המנהלי. האם לפיצול הליכים זה, דהיינו פיצול ההתדיינות לשני הליכים משפטיים נפרדים (וזאת, להבדיל מפיצול הדיון בהליך אחד לשני שלבים), קיימת הצדקה עניינית בהינתן שיקולי המדיניות הפועלים בתחום המשפט המנהלי? לדידי, התשובה על כך, במקרה הרגיל, שלילית. אבהיר.

22. הטעמים שהובאו בעניין אלפריח להצדקת הדרישה כי להליך התובענה הייצוגית יקדם, במקרה הרגיל, הליך של תקיפה ישירה, מצויים, רובם ככולם, בעולמו של המשפט המנהלי. להלן פירוט חסרונותיו של הליך "התקיפה העקיפה" כפי שהם מוצגים על ידי השופט מוזס בפסקה 12 של פסק דינו בעניין אלפריח:

לצד היתרון של יעילות דיונית יש להליך זה חסרונות לא מבוטלים. בראש ובראשונה בכך שהביקורת השיפוטית על מעשי המינהל במסגרת תקיפה עקיפה מתבצעת על ידי ערכאה שיפוטית שהנושא אינו בתחום סמכותה ומומחיותה, ובמסגרת סדרי דין ודיני ראיות שאינם מותאמים להליך של ביקורת שיפוטית.

[...]

שנית, בהליך כזה החלטה שלטונית תעמוד לביקורת במקרים רבים כאשר הרשות השלטונית הנוגעת בדבר לא תהיה כלל צד להליך, ובכך נעקף כלל בסיסי של המשפט המינהלי בדבר צירוף משיבים ראויים. שלישית, תקיפה עקיפה מאפשרת למעשה לעקוף גם את המגבלה של שיהוי ואת הדרישה למיצוי הליכים בתקיפת מעשי המינהל, ואף עשויה לעודד התעלמות מהחלטה שלטונית ותקיפתה בתקיפה עקיפה רק כאשר ננקטת סנקציה בגין אותה הפרה. ולבסוף, התוקף המוגבל כאמור של הכרעה במסגרת תקיפה עקיפה, לצורך אותו ענין בלבד, עלול ליצור אי וודאות לגבי תוקפם של אקטים שלטוניים, הכרעות סותרות בנוגע לאותו אקט שלטוני, ואף מראית פני דברים מטרידה כאשר אקט מינהלי נמצא כמשולל תוקף לענין פלוני במסגרת ביקורת עקיפה, אך בשל התוקף המוגבל של הכרעה זו ממשיכה הרשות לפעול מכוחו בהקשרים אחרים.

(ההדגשות במקור).

23. יפה ונכון (וראו גם עניין זנלכל, בפסקאות 72-73 והמקורות הנזכרים שם). ואולם, כפי שכבר צוין, חלק משמעותי מהחסרונות הללו מתקיימים אם, ורק אם, קיים שוני בין הערכאה הדנה בהליך התקיפה הישירה לבין הערכאה הדנה בהליך התובענה הייצוגית המנהלית. זהו דינם של לפחות שני חסרונות מרכזיים של תקיפה עקיפה מבין אלה המוצגים על ידי השופט מזוז: "הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל במסגרת תקיפה עקיפה מתבצעת על ידי ערכאה שיפוטית שהנושא אינו בתחום סמכותה ומומחיותה" (בעניינו הביקורת השיפוטית מתבצעת על ידי הערכאה שהנושא בתחום סמכותה ומומחיותה; וראו והשוו: ע"מ 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 8 לחוות דעתו של הנשיא אשר גרוניס (2.11.2014)); ו-"התוקף המוגבל כאמור של הכרעה במסגרת תקיפה עקיפה, לצורך אותו ענין בלבד" (בעניינו תוקף ההכרעה אינו מוגבל, שכן בית המשפט המנהלי מכריע מכוח סמכות המסורה לו לדון בעניין, ולא מכוח הכרעה בעניין שבגררא).

24. אכן, ישנם הבדלים בין התובענה הייצוגית המנהלית ובין העתירה המנהלית המתקיימים גם כאשר שני ההליכים מתנהלים לפני אותה ערכאה. כך, למשל, סדרי הדין

והראיות הם שונים. סדרי הדין בעתירה מנהלית מתבססים בעיקרם על הגשת כתב עתירה וכתב תשובה, בצירוף תצהירים, וככל שבית המשפט מצא להורות כן, יקוים דיון בעתירה במעמד הצדדים לו יגישו הצדדים עיקרי טיעון (תקנות 5, 7, 10, 14 ו-36 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 (להלן: תקנות בתי המשפט המנהליים או התקנות)). למעט מקרים מיוחדים, אין הליך לגילוי מסמכים ואין שומעים ראיות ועדויות בעתירה המנהלית (ראו תקנות 11-12 ו-15 לתקנות בתי המשפט המנהליים. כן ראו גם סעיף 20 לתקנות; ע"מ 10811/04 סורחי ו-20 אח' נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411, 416-418 (2005)). הכול, במטרה להבטיח "סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש" (סעיף 13 לחוק בתי משפט מנהליים). לעומת זאת, התובענה הייצוגית המנהלית מתנהלת, ככלל, על פי סדרי הדין והראיות של ההליך האזרחי (תקנה 29 לתקנות בתי המשפט המנהליים; תקנה 19 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010). בתוך כך, מעבר לחלוקה לשני שלבים דיוניים (שלב בקשת האישור ושלב הדיון בתובענה לגופה, ככל שתאושר הבקשה), הליך התובענה הייצוגית המנהלית כולל הגשת מספר רב יותר של כתבי טענות, וכן הליכי גילוי ועיון במסמכים, הגשת ראיות ביד רחבה יחסית (לרבות הגשת חוות דעת מומחים) ודיוני הוכחות (להרחבה ראו תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקסד"א החדשות)). הבדל שני, שיתקיים רק בחלק מהמקרים, עשוי להיות בזהות הצדדים להליך. לעתירה המנהלית יש לצרף את כל המשיבים הדרושים לצורך ההכרעה (כך, למשל, את שר הפנים כשהתקנות הותקנו באישורו; ראו סעיף 6(א) לתקנות בתי המשפט המנהליים), בעוד שלתובענה הייצוגית המנהלית יש לצרף רק את הגורמים כנגדם מתבקש הסעד האופרטיבי. לעיתים אין הכללים הללו מביאים לאותה תוצאה. שוני שלישי עשוי להיות נעוץ בסוג הטענות המועלות בשני ההליכים. כך, בית המשפט המנהלי דן בעתירה המנהלית בהתאם למבחני הסף שנקבעו ביחס לעתירה שמוגשת לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, ובכלל זה זכות עמידה, מיצוי הליכים, שיהוי וניקיון כפיים (וראו סעיף 8 לחוק בתי משפט מנהליים). לעומת זאת, אין טענות אלה נדונות, על דרך הכלל, במסגרת התובענה הייצוגית המנהלית (והשוו להלכה שאינה מחייבת הגשת פנייה מוקדמת לרשות בטרם הגשת תובענה ייצוגית מנהלית לפי פרט 11 לתוספת השנייה לחוק: ד"נ מי גליל, פסקאות 31-46. להרחבה נוספת על סדרי הדין והסעדים בבתי המשפט המנהליים, ראו ברק-ארז, בעמ' 413-503).

25. אף על פי כן, לשיטתי, המענה להבדלים הללו מצוי בגמישות המוקנית לבית המשפט המנהלי בניהול ההליך שלפניו, וזאת מכוח הסמכויות הדיוניות הכלליות והספציפיות המסורות לו בבואו לדון בתובענה ייצוגית מנהלית. בהינתן גמישות זו, אינני

סבור כי קיימת, במקרה הרגיל, הצדקה מבחינת שיקולי המשפט המנהלי לפיצול ההתדיינות לשני הליכים משפטיים שונים. אפרט.

26. כאמור, סדרי הדין והראיות בתובענה הייצוגית המנהלית שונים מסדרי הדין בעתירה המנהלית. ואולם, שוני זה, כשלעצמו, אינו מצביע על הצדקה לפיצול ההתדיינות לשני הליכים נפרדים. על מנת לספק הצדקה כזו נדרש להראות כי בחינת שאלת חוקיות המעשה השלטוני בהליך התובענה הייצוגית המנהלית עלולה לפגוע באחת התכליות של הליך העתירה המנהלית. ודוק, השאיפה לזרז את ההליכים המנהליים, ולהבטיח סעד מהיר ויעיל, בוודאי שאינה מקודמת באמצעות התניית קבלת הסעד המבוקש בכך שתקדם להתדיינות לגביו במסגרת התובענה הייצוגית המנהלית הגשת עתירה מנהלית. באותם מקרים בהם קיים חשש לפגיעה כאמור, יש לבחון בראש ובראשונה התמודדות עמה באמצעות הגמישות המסורה לבית המשפט במסגרת כללי הפרוצדורה האזרחית (למשל, על דרך של פיצול הדיון לשלבים). רק באותם מקרים נדירים בהם כלים אלה אינם מספקים פתרון נאות, ניתן לשקול את הפתרון הדרסטי של פיצול ההתדיינות לשני הליכים המתנהלים לפני אותה ערכאה בזה אחר זה (לכך שאין לנהל במקביל הליך של עתירה מנהלית ושל תובענה מנהלית ראו תקנה 30 לתקנות בתי המשפט המנהליים).

27. באשר לזהות הצדדים להליך, הרי שלרוב לא ייווצר כלל שוני בזהות הצדדים, או שהצד שלא יצורף יהיה בעל חשיבות משנית להליך. מצב אחרון זה הוא שמתקיים במקרה הקונקרטי בו עסקינן (השוו להבהרת השופט עוזי פוגלמן בעניין האחים מאיה, פסקאות 11 ו-13 לפיה כשמדובר בחוקי עזר עירוניים "ממילא ההיבט הדומיננטי בנסיבות אלו אינו החלטת שר הפנים"). זאת ועוד, באותם מקרים בהם קיים צד שנוכחותו נדרשת לצורך בירור שאלת חוקיותו של המעשה המנהלי, אך הוא לא צורף להליך התובענה הייצוגית המנהלית מאחר שלא מתבקש סעד נגדו, ניתן וראוי לרפא ליקוי זה באמצעות צירוף אותו צד להליך, וזאת מכוח סמכות בית המשפט להורות כן על פי כללי סדר הדין האזרחי (תקנות 26 ו-46א) לתקסד"א החדשות. להבדלים בין תקנות אלה לבין תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקסד"א הישנות), ראו: יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 179-187 (2021). כן, ראו, למשל ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 115 (14.5.2012). בוודאי שלא נדרש לצורך כך לפצל את ההתדיינות לשני הליכים נפרדים.

28. ככל שמדובר בטענות הגנה שעמדו לרשות בהליך של עתירה מנהלית, כדוגמת שיהוי או חוסר ניקיון כפיים, קשה לראות מדוע אין הרשות יכולה להעלותם כאשר מדובר בתובענה ייצוגית מנהלית. בית משפט זה הכיר בעבר כי גם במסגרת תקיפה עקיפה שמורה האפשרות להעלות טענות מסוימות שהיו עומדות לו היה פועל התובע בדרך של תקיפה ישירה, כגון שיהוי (ראו: בר"מ 8689/16 עיריית רמת השרון נ' הכפר הירוק ע"ש לוי אשכול, פסקה 13 (26.7.2017); עניין אבו פריח, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') אשר גרוניס ופסקה 15 לחוות דעתה של השופטת דפנה ברק-ארז. כן ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית – סדרי הביקורת המשפטית 2670-2669 (2017)); ואם כך בתקיפה עקיפה המתנהלת לפני בית משפט שאינו מוסמך לדון בשגרה בעניינים מנהליים, קל וחומר כאשר מדובר בתובענה ייצוגית מנהלית המתנהלת לפני בית המשפט המנהלי המוסמך. זאת ועוד, חלק מהטענות הללו עשויות להיות רלוונטיות לצורך העמידה בתנאים לניהול תובענה כייצוגית, וממילא יבחנו כבר מטעם זה במסגרת הדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית (כך, למשל, הדרישה הקבועה בסעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות לעניין זהות הגורמים הרשאים להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, שהינה מחמירה ממבחן זכות העמידה במשפט המנהלי; הדרישה הקבועה בסעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, כי "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב" עשויה להיות מקבילה לדרישה לניקיון כפיים (לפרשנות דרישה זו ראו ע"א 1582/20 עו"ד חלפון נ' שמן משאבי נפט וגז בע"מ, פסקאות 53-55 (29.12.2021)), וכן הלאה).

29. לבסוף, לא למותר לציין כי במסגרת הליך של תובענה ייצוגית מנהלית מסור בידי בית המשפט הן שיקול הדעת הכללי, שלא לאשר את התובענה כייצוגית אם סבר כי אין בה כדי לקדם את תכליות החוק (סעיף 8(א) רישא לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם: ע"א 6007/21 מטאלחה נ' עיריית עפולה, פסקה 8 (26.12.2021); בג"ץ 5148/18 שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 24 (11.7.2022); ת"צ (מרכז) 49512-01-16 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אלאולף ושות' ספנות בע"מ, פסקאות 36-23 (22.9.2019). ערעור וערעור שכנגד על פסק הדין נדחו מכוח תקנה 460(ב) לתקסד"א הישנות ביום 18.10.2021 במסגרת ע"א 7560/90, והן שיקול הדעת המיוחד שלא לנהל תובענה ייצוגית נגד רשות אם נזקה לציבור הנזקק לשירותי הרשות עולה על תועלתה (סעיף 8(ב)(1) לחוק). שימוש מושכל בשיקול דעת זה יכול אף הוא לסייע להתמודדות עם אותם מצבים חריגים בהם ניהול תובענה ייצוגית מנהלית עלול להתנגש עם תכליות המשפט המנהלי.

30. סיכומו של הדיון בטיעון המנהלי – בשונה מהמצבים בהם תקיפה עקיפה מבוצעת לפני בית משפט שאינו מוסמך לדון בתקיפת המעשה השלטוני, כאשר בית המשפט המנהלי הוא הערכאה המוסמכת לדון הן בעתירה המנהלית (התוקפת ישירות את ההחלטה המנהלית) והן בתובענה הייצוגית המנהלית (במסגרתה נתבעים סעדים הנגזרים מהפגמים בהחלטה המנהלית), עיקר הטעמים מתחום המשפט המנהלי שעמדו ביסוד הלכת אלפריח אינם מתקיימים, ואילו באותם טעמים העשויים להתקיים ניתן לטפל באמצעים אחרים, מידתיים יותר, מאשר הדרישה לפצל את ההתדיינות לשני הליכים משפטיים נפרדים.

הטיעון הייצוגי

31. מבחינת הגשמת התכליות של ההליך הייצוגי, להלכת אלפריח עלויות ניכרות.

פגיעתה המיידית והברורה היא בתמריצים להגיש תובענות ייצוגיות מנהליות. זאת, משני טעמים: ראשית, היא מביאה לפיצול נוסף של ההליכים משפטיים שעל התובע המייצג ובא הכוח המייצג (להלן: מייצגי הקבוצה) לנקוט, כך שעל מנת לזכות בסעד המבוקש (הוא הסעד הכספי, להבדיל מסעד של ביטול או שינוי המעשה המנהלי גרידא) הם נדרשים לנקוט שני הליכים, שהם למעשה שלושה: עתירה מנהלית תחילה, ותובענה ייצוגית מנהלית, המורכבת מבקשת אישור ומתובענה ייצוגית, לאחר מכן. פיצול נוסף זה צפוי להביא להארכת ההליך הייצוגי, ולהכבדת העלויות המוטלות על מייצגי הקבוצה. שנית, היא מפחיתה משמעותית את התמריצים לפתיחה בהליכים מלכתחילה. כך, שכן אף אם יצליחו מייצגי הקבוצה לצלוח את השלב הראשון של ההליך (קרי, יזכו בעתירה המנהלית) קיים סיכוי לא מבוטל שהרשות תודיע על שינוי בהתנהלותה, באופן המגבש על פי דין הודעת חדילה, ובכך תייתר את הדיון בהליך התובענה הייצוגית המנהלית ואת האפשרות לקבל סעד עבור הקבוצה. ודוק, דרישה להגשת עתירה מנהלית כתנאי לניהול תובענה ייצוגית מנהלית מציבה בפני מייצגי הקבוצה מחסום משמעותי מהדרישה לבצע פנייה מוקדמת לרשות. בקביעתה כי הדין הישראלי איננו מציב דרישה שכזו בפני מייצגי הקבוצה, ציינה הנשיאה אסתר חיות, אשר נתנה את דעת הרוב, כי "חיזוק ותימוכין למסקנה זו ניתן למצוא בקשיים הבלתי מבוטלים המתעוררים בעקבות הטלת חובת פנייה מוקדמת על התובע הייצוגי הפוטנציאלי בהליך נגד הרשות" (ראו ד"נ מי הגליל, פסקאות 39-45 (הציטוט מפסקה 42)). אם כך, כשמדובר בנטל הנובע מחובת פנייה מוקדמת, מקל וחומר, כשמדובר בהגשת הליך של עתירה מנהלית כתנאי להגשת התובענה הייצוגית המנהלית.

אפס, עלויות הלכת אלפריח מבחינת מנגנון התובענה הייצוגית המנהלית אינן מסתכמות בפגיעה בתמריצי מייצגי הקבוצה, אלא עשויות להגיע לכדי פגיעה ישירה בתכליות מנגנון התובענה הייצוגית, הן מההיבט של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו" (סעיף 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות), הן מההיבט של "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" (סעיף 1(3) לחוק). זאת, מאחר שהיא עלולה להיות כרוכה במצבים מסוימים בפגיעה של ממש ביעילותו של מנגנון התובענות הייצוגיות, כאמצעי להרתעה ולמתן סעד הולם לחברי הקבוצה. אפרש. מחד גיסא, כל עוד מתנהל הליך העתירה המנהלית, אין הרשות נדרשת, במקרה הרגיל (קרי, כשלא ניתן צו ביניים) להפסיק לפעול לפי המעשה השלטוני. בהקשר של גביית מיסים, אגרות או תשלומי חובה אחרים, משמעות הדבר היא כי הרשות רשאית להמשיך ולגבותם, למרות הטענה כי הגבייה היא שלא כדין. מאידך גיסא, כפי שכבר צוין, לא ניתן לנהל במקביל עתירה מנהלית ותובענה ייצוגית מנהלית (תקנה 30 לתקנות בתי המשפט המנהליים). כתוצאה מכך, רק לאחר סיום הליכי העתירה המנהלית, יכול מגישה לפנות בהליך של תובענה ייצוגית מנהלית. ואולם, מכוח הוראת סעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות לא ניתן לחייב רשות בהשבה במסגרת תובענה ייצוגית "לגבי תקופה העולה על 24 החודשים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור". משמעות הדבר היא שהדרישה להקדים תקיפה ישירה בדמות עתירה מנהלית להליך הייצוגי מצמצמת משמעותית את התקופה בגינה תידרש הרשות במסגרת הליך התובענה הייצוגית לבצע השבה, וזאת גם אם ייקבע במסגרת הליך העתירה המנהלית כי החיקוק מכוחו בוצעה הגבייה בטל. גרוע מכך, ככל שיתמשך הליך העתירה המנהלית, כן תגדל תועלתה של הרשות המנהלית מהיבט זה.

32. ועדיין, כל עוד מתקיימים מכלול הטעמים שצוינו בעניין אלפריח להעדפת הליך התקיפה הישירה בבית המשפט המנהלי המוסמך על פני תקיפה עקיפה בבית משפט שאינו מוסמך, סברתי, ועודני סבור, כי יש להשלים עם הפגיעה ביעילות ההליך הייצוגי, בשל היתרונות מתחום המשפט המנהלי, שהמרכזי בהם הוא שתתקבל הכרעה אחידה ומחייבת בדבר תוקף המעשה השלטוני על ידי הערכאה המנהלית שלה הסמכות והמומחיות להכריע בעניין. ואולם, במקרה כמו ענייננו, בו בין כך ובין כך ההחלטה בעניין תוקף המעשה השלטוני תתקבל באופן מחייב על ידי אותו בית משפט מנהלי – שָׁאֲנִי. אינני סבור כי קיימת הצדקה לשאת בעלויות הנכבדות במישור הייצוגי, כאשר התועלת מבחינת הטיעון המנהלי היא מוגבלת מאד, אם בכלל קיימת תועלת שכזו. במילים אחרות, היתרונות שבהצבת דרישה כי לניהולה של תובענה ייצוגית מנהלית בבית המשפט המנהלי תקדם תקיפה במסגרת עתירה מנהלית אשר תתנהל אף היא בבית המשפט המנהלי, נראים לי בטלים בשישים לעומת העלויות הניכרות של דרישה כזו למנגנון התובענה הייצוגית המנהלית, והפגיעה הקשה ביכולתו להגשים את תכליותיו.

33. סיכומו של הטיעון הייצוגי – להלכת אלפריח עלויות כבדות מבחינת מנגנון התובענה הייצוגית המנהלית, עלויות העולות על אלה בעטיין נמנע בית משפט זה מלהציב בד"נ מי הגליל דרישה לפנייה מוקדמת. ככל שמדובר במקרה בו לבית המשפט המנהלי אין סמכות לדון בתוקפו של המעשה השלטוני, ראוי, בכפוף לחריגים שנבעו בהלכת אלפריח, להעדיף הפניית הצדדים לקבלת הכרעה מחייבת ואחידה בבית המשפט העליון על פני הכרעה בתקיפה עקיפה. ואולם, כאשר לבית המשפט המנהלי סמכות לדון בתוקפו של האקט המנהלי, אין היתרונות המוגבלים שבניהול עתירה מנהלית יכולים להצדיק את העלויות הכבדות שבעיקור מוסד התובענה הייצוגית המנהלית.

ראשית ואחרית

34. בחוות דעתי הקצרה בעניין אלפריח הצטרפתי לעמדת השופט מזוז וחברתי השופטת וילנר לפיה יש להעדיף תקיפה ישירה בנסיבות המקרה דשם. בצד זאת הוספתי את הדברים הבאים:

קשה יותר בעיני עמדתו של חברי [השופט מזוז – ע.ג.] לפיה ניתוח משפטי זה יפה במידה שווה גם בנסיבות בהן התקיפה הישירה של האקט המנהלי צריכה להתבצע על דרך של הגשת עתירה מנהלית לבית המשפט המנהלי, בהתאם לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים (ראו התוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים). במצב דברים זה קיימים לכאורה טעמים טובים לנקוט ביד רחבה ביחס לאפשרות להגיש תובענה ייצוגית המבוססת על תקיפת עקיפין של אקט מנהלי, וזאת במיוחד בשים לב לסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 המורה כי "בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, תוגש לבית משפט לעניינים מנהליים" (וראו גם הפריט השני לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים). וזאת השאלה המטרידה – אם ממילא כל ההליכים מתקיימים בבית המשפט המנהלי, האם מוצדק לפצלם לשתי תובענות, שהם למעשה שלושה שלבים דיוניים: תחילה, עתירה מנהלית; אחר כך, בקשה לאישור תובענה כייצוגית; ולבסוף, התובענה הייצוגית גופה. זאת ועוד, ניתוב מבקש המעוניין להגיש תובענה ייצוגית להליך מקדמי של עתירה מנהלית משמעו פגיעה נוספת בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות מנהליות...

(ההדגשות במקור).

באותו מקרה סברתי (כפי שהיה מקובל באותה עת) כי הסמכות לדון בחוקיות המעשה השלטוני הנדון נתונה לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, ולא לבית המשפט המחוזי ביושבו כבית המשפט המנהלי. לאור זאת ציינתי בסוף דבריי: "וידוגש, במקרה שלפנינו לא מתעורר הקושי האמור, שהרי תקיפת חוק העזר אינה יכולה להתבצע לפני בית המשפט המנהלי. ממילא ניתן להותיר מחלוקת זו לעת אחרת".

35. עתה, לאור פסיקה מאוחרת להלכת אלפריח שניתנה על ידי בית משפט זה בעניין האחים מאיה, ניצבת לפנינו השאלה האמורה, ולשיטתי עלינו להידרש אליה לגופה. עמדתי בעניין זה לא השתנתה, ואולם מצאתי לנכון להבהיר ולחדד את נימוקיי בהינתן שאין מדובר עוד באמרת אגב (Obiter Dictum), אלא בנושא הנדרש להבנתי לצורך ההכרעה (Ratio Decidendi).

36. סיכומו של דבר: אם תישמע דעתי, נבהיר כי הלכת אלפריח אינה חלה מקום בו לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים מסורה הן הסמכות לדון בתובענה הייצוגית המנהלית והן הסמכות לדון בתוקפו של המעשה המנהלי, ונורה מטעם זה על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, על מנת שידון בבקשה לאישור התובענה המנהלית כייצוגית לגופה. עמדת חברתי, לפיה אין מקום לחייב בהוצאות, מקובלת עליי.

אחר הדברים הללו

37. קראתי בעניין את חוות דעתה של חברתי, השופטת דפנה ברק-ארז, ואת התוספת לחוות דעתה של חברתי, השופטת יעל וילנר. חברותיי סבורות כי, ככלל הכפוף לחריגים, יש לדרוש הקדמת עתירה מנהלית לניהולה של תובענה ייצוגית מנהלית במסגרתה מתעוררת שאלת תקפותו של אקט מנהלי כפי שנקבע בהלכת אלפריח, וזאת גם כאשר הן העתירה המנהלית והן התובענה הייצוגית אמורות להידון באותה ערכאה – בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. עם זאת, מקובל על חברותיי כי במצב דברים זה ראוי להרחיב את קשת החריגים לכלל האמור (וראו במיוחד פסקה 42 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). מבלי להיכנס לגופם של טיעוני חברותיי, אסתפק בשלוש הערות ממעוף הציפור ביחס לעמדתן:

ראשית, עמדת חברותיי נשענת על אדנים צרים במידה ניכרת מאלו שעליהן נסמכה הלכת אלפריח, וזאת הן מבחינת הדין והן מבחינת שיקולי המדיניות. מבחינת הדין, בעוד שהלכת אלפריח נסמכה בעיקרה על שיקול הדעת המסור לבית המשפט

במסגרת סעיף 76 לחוק בתי המשפט (ורק באופן חלופי, וכמעט אגבי, על סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות), עמדת חברותיי נשענת באופן בלעדי על סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות; מבחינת שיקולי המדיניות, הרי שעה שהלכת אלפריח נסמכה בעיקר על טיעון העדר המומחיות של הערכאה הדנה בתקיפת עקיפין והעדר התחולה הכללית של הכרעותיה, שאינם רלוונטיים בענייננו, טעמיהן של חברותיי מוגבלים לחשש לפגיעה בתמריץ להגיש עתירה מנהלית, ולהבדלים הקיימים בין סדרי הדין בתובענה הייצוגית לסדרי הדין בעתירה מנהלית. ככל שאבחנות מהותיות אלה אינן מכריעות לטובת סטייה מהלכת אלפריח כשאותה ערכאה מוסמכת לדון הן בעתירה המנהלית והן בתובענה הייצוגית המנהלית (כשיטתי), בוודאי שהן מצדיקות מתן פרשנות מרחיבה לחריגים להלכת אלפריח במצב דברים זה. על כך דומה כי גם חברותיי אינן חולקות.

שנית, עמדת חברותיי מכניסה 'דרך החלון' תפיסות מצמצמות של דיני התובענות הייצוגיות שפסיקת בית משפט זה מנעה את כניסתן 'דרך הדלת'. כך, לעניין דרישת מתן ההתראה לרשות בטרם הגשת תובענה ייצוגית, אשר נדחתה בד"נ מי הגליל על מנת שלא לפגוע בתמריצים לנהל תובענה ייצוגית, וחוזרת עתה ביחס למגזר חשוב של תובענות ייצוגיות מנהליות בצורה מועצמת בדמות הדרישה להגיש עתירה מנהלית כשמדובר בתקיפת תוקף מעשה הרשות; כך, לעניין הגבלת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית למי שאין לו די תמריצים לניהול תביעה שאינה ייצוגית – דרישה שנדחתה בשורה של פסקי דין (ראו, למשל, ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 47 (28.5.2012); רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 18 (5.7.2012)), והחוזרת בדמות שיקול מרכזי לחריגה מהכלל בחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז (פסקה 42 לחוות דעתה); כך גם לעניין ראיית התובענה הייצוגית כמכשיר שעניינו העיקרי הוא צופה פני עבר, ולא תיקון העתיד, וזאת למרות ההכרה הרווחת כיום בערך שיש למכשיר התובענה הייצוגית בקידום הסדרה צופה פני עתיד (ראו פסקה 23 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז).

שלישית, דומה כי שיקול המדיניות המרכזי העומד ביסוד העדפת התפיסות המצמצמות הללו בהקשר המנהלי דווקא, הוא החשש כי "ישן מפני חדש יוציאו", דהיינו שיפחת השימוש במנגנון המסורתי (עתירות מנהליות) אם תוכר אפשרות רחבה לעשות שימוש במנגנון המודרני (תובענות ייצוגיות). חברתי השופטת ברק-ארז אף אומרת את הדברים בצורה מפורשת, בציינה כי גישתי "פוגעת באופן ניכר בתמריץ לבירורן של שאלות הנסבות על חוקיות מינהלית באמצעות הגשתן של עתירות" (פסקה 21 לחוות דעתה). ודוק, "הפגיעה הניכרת" אליה מתייחסת חברתי, אינה חלילה שגישתי מונעת או מקשה על פרט להגיש עתירה מנהלית; "הפגיעה הניכרת" אליה היא מתייחסת היא שגישתי מרחיבה את

האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות, ובכך מעמידה לטובת המבקש לתקוף את חוקיות מעשה הרשות הציבורית אפשרות העשויה להיות אטרקטיבית יותר מהגשת עתירה מנהלית. ספק בעיני אם שיקול זה משכנע, בהינתן ההסדר שאומץ בחוק תובענות ייצוגיות, המכיר בחשיבותה של התובענה הייצוגית המנהלית. ודוק, המחוקק קבע הוראות מיוחדות שתפקידן לאזן בין שיקולי המדיניות המתנגשים כשמדובר בניהול תובענה ייצוגית נגד רשות ציבורית, אך לא קבע הוראה לפיה הגשת עתירה מנהלית היא תנאי לניהולה של תובענה ייצוגית מנהלית בהקשר כזה או אחר (והשוו, לעניין זה, את החריג שקבע המחוקק בפרט 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ממנו הקישה חברתי השופט ברק-ארוז, לענייננו, בפסקה 27 לחוות דעתה). הוספת דרישה זו בהלכת אלפריח היא בגדר חריג, המוצדק בעיני רק כשמתיימים לכך טעמים משכנעים במיוחד. טעמים אלה התקיימו להבנתי בעניין אלפריח, משהנחת המוצא אותה עת הייתה שבית המשפט המוסמך לדון בתובענה הייצוגית המנהלית אינו מוסמך לדון במישורין בחוקיות האקט המנהלי שהותקף (אלא רק בתקיפת עקיפין). טעמים כאלה אינם מתקיימים לדידי במקרה מהסוג בו עסקינן – דהיינו כאשר אותה ערכאה – בית המשפט המנהלי – מוסמכת לדון הן בתוקף המעשה המנהלי והן בתובענה הייצוגית המנהלית שהוגשה.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארוז:

1. האם יש מקום לאפשר הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית להשבת סכומים ששולמו לפי חוק עזר עירוני, מבלי שהוגשה קודם לכן עתירה התוקפת במישורין אותו חוק עזר? זוהי השאלה המרכזית שעליה התבקשנו להשיב. באופן קונקרטי יותר, שאלה זו התחדדה בהתחשב בכך שהעתירה בנושא זה, לו הייתה מוגשת, הייתה נדונה בפני בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (להלן: בית המשפט לעניינים מינהליים), שהוא אף בית המשפט המוסמך לדון בהליך התובענה הייצוגית.

2. שני חבריי, השופטת י' וילנר מצד אחד, והשופט ע' גרוסקופף מצד אחר, סבורים כי בנסיבות העניין התשובה לשאלה האמורה היא חיובית, וכך סבורה אף אני. עם זאת, בין חבריי התגלעה מחלוקת באשר לטעמים העומדים ביסוד ההכרה באפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית במקרה דנן. המחלוקת היא חשובה בשל השלכותיה על ההכרעה במקרים דומים אחרים, שבהם גישותיהם של חבריי צפויות להוביל לתוצאות

שונות. כל זאת, על רקע פסק דינו של בית משפט זה בע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה (6.3.2019) (להלן: הלכת אלפריח), שבו הותוו העקרונות החלים על מערכת היחסים שבין פתיחת הליך של תובענה ייצוגית הנסב בעיקרו על תוקפה של חקיקת משנה מינהלית, לבין הגשת עתירה באותו עניין. כפי שצינו חבריי, בהתאם להלכה זו, "דרך המלך" לתקיפתם של מעשי מינהל שמכוחם מתבצעת גבייה (בנתון לחריגים) היא הגשת עתירה מתאימה המכוונת – במישרין – לביטולם, להבדיל מהגשתה של תובענה ייצוגית, שבה תתברר – בעקיפין – שאלת תוקפם.

3. חברתי השופטת וילנר סבורה כי במישור העקרוני הלכת אלפריח אמורה להנחות אותנו אף במקרה שבפנינו. עם זאת, היא סבורה כי ענייננו נופל לגדר המקרים ה"חריגים" שהוכרו כבר בהלכה עצמה (ראו: הלכת אלפריח, פסקה 23 לפסק דינו של השופט מ' מזוז. כן ראו: רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 17 לפסק דינו של השופט א' גרוניס (26.4.2010) (להלן: עניין קו מחשבה בע"מ)). זאת, מאחר שבמקרה דנן תוקן בינתיים חוק העזר הרלוונטי שמכוחו בוצעה לפי הנטען הגבייה הבלתי-חוקית. נוכח התפתחות זו, אפשרות הגשתה של עתירה מינהלית בשלב זה הפכה לתיאורטית. על כן, סבורה חברתי כי קיימת הצדקה להתיר במקרה דנן את המסלול הדיוני של הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית.

4. בשונה מכך, עמדתו של חברי השופט גרוסקופף נשענת על נימוקים אחרים ורחבים יותר, נימוקים המסייגים את היקף תחולתה של הלכת אלפריח. לשיטתו, יש מקום להבהיר כי הלכת אלפריח מוגבלת אך למקרים שבהם תקיפתו העקיפה של המעשה השלטוני בגדרי הליך התובענה הייצוגית, מתבצעת שלא בפני הערכאה המוסמכת לדון בעתירה שהייתה מוגשת כנגד תוקפו. במילים אחרות, לשיטתו של חברי, הלכת אלפריח צריכה לחול אך ביחס להליכי תובענות ייצוגיות שבהם ההכרעה בשאלת תוקפו של המעשה המינהלי מתעוררת באופן עקיף ונעשית תוך שימוש ב"סמכות נגזרת", מכוח סעיף 76 לחוק בתי המשפט, [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). בהמשך לכך, חברי סבור כי הלכת אלפריח "אינה חלה מקום בו לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים מסורה הן הסמכות לדון בתובענה הייצוגית המנהלית והן הסמכות לדון בתוקפו של המעשה המנהלי" (פסקה 36 לפסק דינו). זאת, לשיטתו, מאחר שבנסיבות אלו לא חלים טעמים מרכזיים שעמדו ביסודה של הלכת אלפריח.

5. אקדים ואומר כבר בראשית הדברים כי אני מסכימה לטעמיה של חברתי השופטת וילנר. אף לשיטתי המקרה הקונקרטי שבפנינו נופל לגדרי המקרים החריגים שבהם

חסומה בפני התובע האפשרות לתקיפה ישירה של חוק העזר באמצעות הגשתה של עתירה מינהלית מתאימה. במובן זה, די בכך כדי להוביל לתוצאה כי דין הערעור להתקבל וכי יש להשיב את הדיון בענייננו לבית המשפט המחוזי (ראו והשוו: ע"מ 97/21 יעד שיאן נדל"ן בע"מ נ' עיריית ראשון לציון (3.1.2022)). יחד עם זאת, משחברי השופט גרוסקופף בחן בהרחבה את גבולותיה של הלכת אלפריח, מצאתי אף אני להידרש לסוגיה עקרונית זו. בהמשך לכך, אציין כבר עתה כי אין בידי להסכים לגישתו הכללית של חברי בהקשר זה, הגם שאני שותפה לחלק מהחששות שהביע ביחס לשמירה על תמריצים מתאימים להגשת תובענות ייצוגיות, ועל כן ניסיתי לתת להם מענה.

הלכת אלפריח והפטיקה שבאה בעקבותיה

6. האמת ניתנת להיאמר: השאלה שעורר חברי השופט גרוסקופף – באשר לתחולתה של הלכת אלפריח במקרים שבהם הן התובענה הייצוגית והן העתירה באשר לתוקפו של האקט המינהלי צפויות להיות נדונות בבית המשפט לעניינים מינהליים – מעוררת התלבטות של ממש ומחייבת הכרעה בין שיקולי מדיניות סותרים. מבחינות רבות, וכפי שאף עולה מפסק דינו של חברי, שאלה זו היא תולדה של שינוי נסיבות משפטי שהתחולל לאחר שנקבעה הלכת אלפריח. על רקע זה, ועוד קודם שאציג את עמדתי העקרונית בעניין, אדרש אף אני בתמצית לעיקרי התפתחויות אלו ולמשמעותן.

7. נקודת המוצא לדיון בענייננו מצויה כאמור בהלכת אלפריח עצמה, שבה נקבע כי ברגיל, ובנתון לחריגים, אין לאפשר תקיפה עקיפה של אקט שלטוני במסגרת תובענה ייצוגית, מבלי שקדם לכך הליך של תקיפה ישירה בפני "בית המשפט המינהלי המוסמך". אפתח אפוא בהצגתה של הלכה זו באופן שיקל עלי להסביר את השיקולים הנוגעים לשימושה בנסיבות בפנינו.

8. בעיקרו של דבר, בבסיסה של הלכת אלפריח ניצבו החסרונות הניכרים הכרוכים בהליך של תקיפה עקיפה, שבגדרו נדרש בית המשפט להכריע בעניין שאינו מסור לסמכותו העניינית, תוך שימוש בסעיף 76 לחוק בתי המשפט. כפי שצינו חבריי, סעיף זה, שעניינו ב"סמכות נגדרת", חל במקרים שבהם נדרשת ערכאה שיפוטית להכריע בסוגיה אינצידנטלית לשאלה העיקרית מושא ההליך, ובהתאם לו כוחה של הכרעה כאמור מוגבל "לצורך אותו עניין" בלבד (כלומר, אין מדובר בהכרעה כללית). בכלל זה, הלכת אלפריח עמדה על הקשיים הנובעים מהכרעה על-ידי ערכאה שיפוטית כאשר הנושא הנדון אינו בתחום מומחיותה, והכרעתה בו אף אינה ניתנת במסגרת סדרי הדין והראיות הייעודים המותאמים לכך. כמו כן, הודגש בהלכת אלפריח החשש כי במקרים רבים

תאפשר התקיפה העקיפה להתגבר על כללים יסודיים של ההתדיינות המינהלית, כגון החובה לצרף את כלל המשיבים הרלוונטיים, מגבלת השיהוי והדרישה למיצוי הליכים. לבסוף, צוין שם כי תוקפה המוגבל של ההכרעה בתקיפה עקיפה עלול להקים חשש להחלטות סותרות באשר להתנהלות הרשות ואף לפגיעה במראית פני הצדק.

9. הלכת אלפריח הוסיפה והדגישה כי מגרעותיה של התקיפה העקיפה מחריפות כאשר היא נעשית בגדר הליך של תובענה ייצוגית שבמרכזו טענות הנסבות על תוקפו של מעשה מינהלי. בתמצית, הוסבר כי בנסיבות אלו, בשים לב למאפייניו המיוחדים של ההליך הייצוגי, יש יסוד לטענה כי במישור המהותי לא מתקיימים התנאים להפעלתה של סמכות נגזרת בהתאם לסעיף 76 לחוק בתי המשפט. זאת, מאחר שבמקרים אלו שאלת תוקפו של המעשה השלטוני אינה אך עניין אינצידנטלי, כי אם לב ליבו של ההליך, ובנוסף אין מדובר בהכרעה המוגבלת לעניינם הנקודתי של בעלי הדין הישירים, אלא בהכרעה החלה על כלל הציבור הרלוונטי לסוגיה הנדונה. על כן, הובהר כי ניהולו של הליך התובענה הייצוגית בנסיבות אלה מוביל לתוצאות דומות להכרעה בתקיפה ישירה, וזאת מבלי שניתן מענה לחסרונותיה האמורים של התקיפה העקיפה. להשלמת התמונה, יוער כי במסגרת הלכת אלפריח צוין עוד כי בנסיבות אלו ניהול הליך תובענה ייצוגית אף אינו "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין" כדרישת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

10. מאז ניתנה הלכת אלפריח זו יושמה על-ידי בתי המשפט המחוזיים במספר לא מבוטל של הליכי אישור של תובענות ייצוגיות אשר נסבו על טענות ביחס לתוקפם ולסבירותם של חוקי עזר שונים (ראו למשל: ת"צ (מחוזי מרכז) 42121-04-16 מגדלי מיכאל בע"מ נ' עיריית רחובות (1.7.2020); ת"צ (מחוזי מרכז) 18995-01-14 הרמן נ' עיריית רחובות (9.10.2020); ת"צ (מחוזי ת"א) 34138-07-19 קמיל נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ (23.12.2021)).

11. נוכח התבססותה של הלכת אלפריח, שנקבעה זה מקרוב, מהו אפוא הטעם לדיון המיוחד בה? כפי שהסביר חברי השופט גרוסקופף, הטעם לכך נעוץ בהשלכותיו הדיוניות של פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 280/21 האחים מאיה תמ"א 38 בע"מ נ' מועצת העיר פתח תקווה (25.2.2021) (להלן: עניין מאיה). באותו פסק דין נקבע לראשונה כי הסמכות העניינית לדון בעתירות הנוגעות לחוקיותם ולסבירותם של חוקי עזר עירוניים מצויה ברגיל בידי בית המשפט לעניינים מינהליים (ראו גם: ע"ם 7654/19 עלמי נאטור חשמל בע"מ נ' המועצה האזורית חבל מגידו (24.10.2022)). זאת, בהתבסס על פרשנות תכליתית של הסמכות המסורה לבית המשפט לעניינים מינהליים לדון

בהחלטותיהן של רשויות מקומיות, בהתאם לפרט 8 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מינהליים).

12. במילים אחרות, ובזיקה לענייננו, עניין מאיה הבהיר כי בית המשפט לעניינים מינהליים הוא "בית המשפט המינהלי המוסמך", כלשונה של הלכת אלפריח, לדון בתקיפה ישירה של חוקי עזר עירוניים. במובן זה, במישור המעשי, עניין מאיה סלל לראשונה את קיומו של מצב הדברים המשפטי שבפנינו – שבו בית המשפט לעניינים מינהליים הוא הערכאה המוסמכת לדון הן בתובענות ייצוגיות המופנות להשבת סכומים שגבתה רשות מקומית שלא כדין (בהתאם לסמכותו מכוח פרט 2 לתוספת השלישית לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים יחד עם סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות), והן בעתירות מינהליות כנגד תוקפם של חוקי העזר שמכוחם נעשתה הגבייה (בהתאם לפרשנות של פרט 8 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים).

13. מצב דברים חדש זה, כפי שהדגיש חברי השופט גרוסקופף בפסק דינו, משליך, ולו באופן חלקי, על הניתוח המשפטי שעמד בבסיס הנמקתה של הלכת אלפריח. כאמור, בהתאם להבחנה המסורתית במשפט הישראלי, שדומה כי הנחתה אף את השופט מזוז בהלכת אלפריח, תקיפה עקיפה של אקט שלטוני נעשית מקום בו בית המשפט מכריע בעניין מכוח "סמכותו הנגזרת" (שם, בפסקאות 10-11. כן ראו: עניין קו מחשבה בע"מ, בפסקה 16; דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס (12.4.2015); רע"א 2933/18 עיריית אור עקיבא נ' מקורות חברת מים בע"מ, פסקה 17 (1.8.2019); ע"א 3129/19 זנלכל בע"מ נ' פקיד שומה חיפה, פסקה 71 (25.8.2022)). דהיינו, על דרך הכלל, נהוג לכרוך במישור העיוני בין הליך של תקיפה עקיפה לבין השימוש בסעיף 76 לחוק בתי המשפט (ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 168-169 (2017) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני)). מנקודת מבט זו, לכאורה, כעת, טענות העולות נגד תוקפם של חוקי עזר בהליך של תובענה ייצוגית אינן עוד טענות הנדונות תוך שימוש ב"סמכות נגזרת" מכוחו של סעיף 76 לחוק בתי המשפט.

14. למעשה, ניתן להביט על המקרה הנוכחי כמשקף "יציר כלאיים" חדש. מחד גיסא, נקודת המוצא היא כי עסקינן במקרה שבו בית המשפט נדרש להפעיל ביקורת שיפוטית עקיפה על תוקפם של חוקי עזר (שכן אין מדובר בהליך המכוון ישירות נגד המעשה השלטוני, קרי הליך שבו הסעד המבוקש הוא ביטולו או שינויו של מעשה זה). מאידך גיסא, הדבר נעשה בפני הערכאה השיפוטית בעלת הסמכות העניינית לדון במישרין בטענות נגד חוקיותם של חוקי העזר (דהיינו, בנסיבות שבהן בית המשפט כלל

לא נדרש לעשות שימוש בסמכותו הנגררת). למעשה, ובמבט רחב, ניתן להוסיף כי מצב ייחודי זה, הנסב על ביקורת עקיפה שאינה מכוח סמכות נגררת, משקף את המורכבות הדיונית המיוחדת הנובעת מעצם קיומם של הליכי "תובענה מינהלית" – המהווים "הליך חריג ביחס לסוג ההליכים המתנהלים בבית המשפט לעניינים מינהליים" (ע"ע 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד, פסקה 16 (6.1.2013)). זאת, על רקע מאפייניהם המינהליים והאזרחיים המשולבים, ובשים לב לעובדה כי טרם חקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, הליכים אלו נהגו להתנהל בשגרה בפני הערכאות האזרחיות (ראו גם: ע"ע 9660/03 עיריית רחובות נ' שבדרון, פ"ד נט(6) 241, 248 (2005)).

15. להשלמת התמונה, יש להצביע על התפתחות נוספת, שאף היא חלה לאחר הלכת אלפריח, ומתבטאת בפסק דינו של בית המשפט זה בדנ"ם 5519/15 יונס נ' מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ (17.12.2019) (להלן: הלכת מי הגליל). במוקד הדיון הנוסף באותו עניין עמדה השאלה אם על המבקש לנקוט בהליך של תובענה ייצוגית מינהלית מוטלת החובה להקדים ולפנות לרשות במתכונת של "פנייה מוקדמת". זאת, בהתאם לדרישה המקובלת ברגיל כחלק ממיצוי ההליכים טרם הגשתה של עתירה מינהלית. בתמצית, בהלכת מי הגליל נקבע בהרכב מורחב, שבו ישבתי גם אני, כי אין מקום לדרישה כאמור של פנייה מוקדמת בגדרי הליך של תובענה ייצוגית מינהלית. ביסודה של הלכה זו ניצבו מספר רב של טעמים שפורטו בפסק הדין, וביניהם קיומו של הסדר סטטוטורי מפורט וספציפי ביחס לתובענות ייצוגיות נגד רשויות, החשש מפני הסדרי פשרה בלתי מפקחים בגדרה של אותה פנייה מוקדמת, וכן האפשרות כי הטלת חובת פנייה כאמור תפגע בתמריצים הכלכליים להגשתן של תובענות ייצוגיות מינהליות. יחד עם זאת, הלכת מי הגליל לא נדרשה במישרין לזיקה בינה לבין הלכת אלפריח, ובכלל זה לדרישה להגשתה של עתירה בטרם ניהולן של תובענות ייצוגיות מינהליות מסוימות. זאת, חרף העובדה כי דרישה זו, כפי שאף ציין חברי השופט גרוסקופף (פסקה 31 לפסק דינו), עלולה להצטייר כמחמירה אף יותר מהדרישה לבצע פנייה מוקדמת לרשות. במובן זה, יש צורך בהבהרת היחס שבין שתי ההלכות הנזכרות.

16. אם כן, השאלה הקונקרטית הנדרשת להכרעתנו היא האם יש בשינויים המשפטיים המתוארים, המאחרים להלכת אלפריח, ובפרט בקביעותיו של בית משפט זה בעניין מאיה, להצדיק סטייה מאותה הלכה, כך שהיא לא תחול על תובענות ייצוגיות מינהליות המוגשות לבתי המשפט לעניינים מינהליים. לאחר שבחנתי את הדברים הגעתי לכלל מסקנה כי התשובה לכך היא בשלילה. חרף השינויים האמורים, אף כעת, רבים מהשיקולים שניצבו ביסודה של הלכת אלפריח עומדים בעינם גם במקרים האמורים. אבהיר, כי בשלב הנוכחי, גישתי זו נשענת בעיקרה על שיקול הדעת המוקנה לבית

המשפט בבואו לבחון אם התמלאו הדרישות לאישורה של תובענה ייצוגית, ובאופן קונקרטי ביחס לשאלה האם מדובר בדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. אפרט את נימוקי לכך.

על היסטוריה חקיקתית והתפתחויות פסיקטיות

17. הנדבך הראשון שעליו מושתתת חוות דעתו של חברי נסב על ההיסטוריה החקיקתית הרלוונטית והשלכותיה על השאלה שבפנינו (מה שכונה על-ידו "הטיעון ההיסטורי"). בעיקרו של דבר, חברי סבור כי הקניית הסמכות להכריע בתובענות ייצוגיות מינהליות לבית המשפט לעניינים מינהליים דווקא (ולא לבית המשפט המחוזי בכובעו "האזרחי") "משמיעה לנו שכוונת המחוקק הייתה לאפשר דיון במסגרת תובענה ייצוגית גם בשאלות הנוגעות לחוקיות המעשה השלטוני" (פסקה 12 לפסק דינו).

18. במישור העקרוני, אדגיש כי ככלל, מנקודת מבטי, עיון בהיסטוריה החקיקתית של הדיונים בכנסת אינו אמור לשמש ככלי ראשון במעלה לדיון בשאלות פרשניות מן הסוג דנן. כפי ששבתי וצינתי בעבר, "הפנייה לדיונים שהתקיימו בכנסת ובוועדותיה על מנת ללמוד על 'כוונת המחוקק' צריכה להיעשות בזהירות הראויה, ולא כל שכן כאשר מדובר באמירות של חלק מן המשתתפים בדיונים בלבד" (ראו: דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 11 לפסק דיני (26.10.2017); רע"א 6898/16 עזבון המנוח שלמה אהרונז'ל נ' עופר מרכזים בע"מ, פסקה 57 (28.12.2017)).

19. מכל מקום, ואף במנותק מן ההסתייגות האמורה, אני סבורה כי בחינת ההיסטוריה של התפתחות הדיון בתחום שבפנינו אינה מובילה למסקנות ברורות שיש בהן כדי להכריע את הכף. כפי שכבר ציינתי, ההכרה בסמכותם של בתי המשפט לעניינים מינהליים לדון בעתירות נגד תוקפם של חוקי עזר היא התפתחות פרשנית חדשה, שאומצה בעניין מאיה, וממילא אין לומר כי הייתה לנגד עיני המחוקק בעת שהתווה את המדיניות בתחום. יתר על כן, בעת שנקבעה ההלכה החדשה בעניין מאיה, האפשרות שתהיה לה השלכה פוטנציאלית על תחום התובענות הייצוגיות נגד רשויות כלל לא נדונה או נזכרה בה. עוד ניתן לומר, כי בעת שהעביר המחוקק את הדיון בתובענות ייצוגיות מסוימות לבית המשפט לעניינים מינהליים, הוא ביקש להקפיד על קיום ההבחנה הדיונית בין הליכים אלו לבין ניהולן של עתירות מנהליות (כמפורט גם בפסקאות 30-34 להלן). אם כן, הפקדת התובענות הייצוגיות המינהליות בידי בית המשפט בעל המומחיות בתחום

המינהלי, לא נועדה לבטל את השימוש בכלי של עתירה מינהלית, במקרים המתאימים לכך. במילים אחרות, אין כל אינדיקציה היסטורית לטעמי לבחירה להפוך את הביקורת השיפוטית הישירה על חקיקת משנה שעניינה תשלומי חובה לאופציה שולית, תוך סימונה של התובענה הייצוגית כהליך המרכזי של הביקורת השיפוטית בהקשר זה.

שיקולי מדיניות – בין הגנה על שלטון החוק לבין הקפדה על סדרי דין מותאמים

20. בשלב זה אפרוס את הנימוקים המהותיים הנציבים בבסיס עמדתי. כמוסבר להלן, אני סבורה כי גישתו של חברי אינה מעניקה משקל ראוי למספר שיקולים משמעותיים המשליכים על הדיון המשפטי בענייננו, ובראשם החשיבות הנודעת לקידום ודאות שיפוטית וביקורת יעילה וישירה בתחום המינהלי, בהתאם לסדרי הדין המותאמים לכך. טעמים אלו יורדים לידי לשורש הטיעונים שהוזכרו על-ידי חברי הן במישור "המינהלי" והן במישור "הדוקטרינרי".

21. ראשית, וזהו העיקר מבחינתי, בהיבט העקרוני אני סבורה כי מנקודת המבט של קידום שלטון החוק ושל ההקפדה על חוקיות המנהל, כאשר מתעוררת שאלה שעניינה חוקיותו של חוק עזר, האינטרס הציבורי תומך בכך שזו תתברר במהירות האפשרית בהליך קצר, גמיש ויעיל יחסית המופנה במישרין לתיקון הפגם שדבק במעשה השלטוני. הליך זה הוא העתירה המינהלית. בהתאם, אני סבורה כי קיים קושי בכך שגישתו של חברי השופט גרוסקופף פוגעת באופן ניכר בתמריץ לבירורן של שאלות הנסבות על חוקיות מינהלית באמצעות הגשתן של עתירות.

22. כידוע, בהתאם לנקודת המוצא המסורתית שעליה מושתתים סדרי הדין במשפט המינהלי, הגשתה של עתירה היא ברגיל הכלי המרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על התנהלות שלטונית, מתוך מטרה להביא לריפוי הפגם שנפל בהחלטה המינהלית. מנקודת מבט זו, העתירה המינהלית אמורה לשמש כמסגרת הדיונית העיקרית לשמירה על האינטרס הציבורי החשוב שעניינו בהקפדה על כך שפעילותן של רשויות השלטון תעשה בהתאם להוראות הדין בלבד (ראו גם: ע"ע 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פסקה 28 (28.12.2014)). רציונל זה בא לידי ביטוי בראש ובראשונה במאפייניהם המיוחדים של הסעדים הניתנים ככלל בגדרי הליך של עתירה מינהלית, המכוונים במישרין לתיקון דרכיה של הרשות, בין אם בדרך של נקיטת פעולה אקטיבית ובין אם על-ידי הימנעות מפעולה פסולה (ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני, בעמ' 414-415). במובן זה, חשיבותה הרבה של העתירה המינהלית נעוצה

ביכולתה לאפשר ביקורת שיפוטית אפקטיבית ללא דיחוי, אף ללא תלות בקיומו של נזק כלכלי רלוונטי.

23. אכן, יש להודות כי במקרים מתאימים אף ניהולן של תובענות ייצוגיות עשוי לתרום להכוונת התנהגותן העתידית הרצויה של רשויות ציבוריות. זאת, בין היתר, כמנגנון אכיפה פרטי המכוון ליצירת הרתעה ותמריץ כלכלי לתיקון דרכיהן של הרשויות בעתיד (ראו: אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי כרך ב 1345-1357 (מהדורה שלוש עשרה 2020) (להלן: גורן); אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 70-77 (2017) (להלן: פלינט וויניצקי). כן ראו: גיא הלפטק, "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג 247 (התשס"ה). מנגד, על הקשיים הייחודיים במימוש תכלית ההרתעה בתובענות ייצוגיות כנגד רשויות, ראו גם: אסף חמדני ואלון קלמנט "הגנה ייצוגית וגביה לא חוקית" משפטים לח, 445, 469-471 (2008)). יחד עם זאת, בשונה מן העתירה המינהלית, זו אינה מטרתו הבלעדית של הליך התובענה הייצוגית, שמטבעו, ובשים לב למאפייני הסעדים הניתנים בגדרו, מכוון גם להשגת תכליות נוספות, ובכללן מתן תרופה הולמת לחברי הקבוצה בדמות פיצוי מתאים (ראו: ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, פסקה 8 (11.12.2008); כן ראו: גורן, בעמ' 1293; פלינט וויניצקי, בעמ' 77-80). במובן זה, הליך התובענה הייצוגית אינו מיועד בעיקרו לתיקון מיידי וישיר של הפגם המינהלי (וממילא אף אינו מותאם לכך). הוא משמש כאפיק עקיף המתנהל "לאחר מעשה", בשלב שבו כבר התגבש נזק קונקרטי. ויובהר, כי קושי זה נכון בין אם ההליך הייצוגי נעשה בפני הערכאה שלה הסמכות העניינית לדון בפגם המינהלי הרלוונטי (כמו במקרה דנן) ובין אם לאו.

24. לא למותר להזכיר, כי הבחנה דומה עמדה בעבר אף בבסיס פסק דינו של בית משפט זה בעע"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה (9.9.2015) (להלן: עניין קסם מילניום), שהכיר בחובה להקדים ולהגיש עתירה מינהלית קודם לנקיטת הליך של תובענה מינהלית שעילתה במכרז מינהלי. כל זאת, בכפוף לחריגים במקרים שבהם מסלול האכיפה אינו ישים או קיים חשש לפגיעה חמורה בשלטון החוק (ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 177 (2013)). הדברים אמורים, בין היתר, אף בשים לעובדה כי גם בהקשר המכרזי, בדומה למקרה שבפנינו, הן העתירה והן התובענה המינהלית צפויות לידון בפני אותה הערכאה השיפוטית – בית המשפט לעניינים מינהליים. בין השאר, צוין בפסק הדין כך:

”חיוב הנפגע להגיש עתירה לאכיפת הזכייה – שמשמעותה המעשית היא תיקון הפגם שנפל בפעולת הרשות, מקדם את ההגנה על שלטון החוק ועל עקרון חוקיות המינהל... ודוקו: גם תביעת הפיצויים בשל פגם שנפל בפעולת הרשות מקדמת את ההגנה על האינטרס הציבורי בשמירה על שלטון החוק בכך שיש בה כדי לתמרץ את הרשות לנהוג כדין כאמור לעיל. ברם, התועלת שבעתירה מינהלית עולה על התועלת שבתביעת הפיצויים בהיבט זה, שכן במסגרת העתירה ניתן לרפא את הפגם הקונקרטי שנפל בפעולת הרשות בזמן אמת, וזאת מעבר להמרצת הרשות לנהוג כדין במבט צופה פני עתיד, המושגת הן בתביעת פיצויים הן בעתירה מינהלית. מטעם זה נראה כי ברגיל, כלל שמכווין בעלי דין לפנות תחילה למסלול שבמסגרתו יתוקן הפגם שנפל בפעולת הרשות מגשים את התכלית של הגנה על עקרון שלטון החוק בצורה מלאה יותר” (עניין קסם המילניום, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט ע’ פוגלמן).

25. אכן, אין להתעלם מההבדלים בין התמריצים הכספיים הקיימים להגשתה של עתירה מינהלית בהקשר המכרזי (שבו ככלל הנזק האישי לפרט עשוי להיות רב) לבין אלו החלים בהקשר הצרכני-ייצוגי (ראו גם: עניין מי הגליל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן). זאת, במיוחד באותם המקרים שבהם הנזק לכל אחד מחברי הקבוצה הוא מינימלי. אדרש למשמעותו של שוני זה בהמשך דבריי. אולם, לפחות כנקודת מוצא כללית, אני סבורה כי אף בענייננו ההגנה על האינטרס הציבורי תצא נשכרת בראש ובראשונה, וביתר שאת, על-ידי הגשתן של עתירות המכוונות במישרין לתיקון מיידי של הפגם המינהלי. למעשה, ובשים לב לגמול הכספי הנלווה לניהול הליכי תובענה ייצוגית, קבלת גישתו של חברי עלולה להוביל לכך שתובענות אלו תהפוכנה בפועל ל”דרך המלך” לבירורן, רק בדיעבד, של מחלוקות מינהליות חשובות הנסבות על תוקפם של חוקי עזר מוניציפליים, זאת, אף באותם מצבים שבהם קיימת אפשרות להגשתה של עתירה מתאימה בזמן אמת. משכך, כוחה של ההנמקה שהוצגה בהלכת אלפריח יפה גם כאן: הדבר עלול “לעודד התעלמות מהחלטה שלטונית ותקיפתה בתקיפה עקיפה רק כאשר ננקטת סנקציה בגין אותה הפרה” (שם, בפסקה 12).

26. ויוטעם – בהמשך למוסבר בהלכת אלפריח עצמה – החשש האמור מקבל משנה תוקף נוכח מאפייניו הציבוריים-קיבוציים של הליך התובענה הייצוגית, המשליך מעצם הגדרתו על כלל הציבור הנוגע בדבר. כוונתי לכך שתוצאותיה של תקיפה עקיפה בדרך של הגשת תובענה ייצוגית דומות במידה רבה להכרעה בתקיפה ישירה על דרך הגשת עתירה מינהלית (שם, בפסקה 19).

27. לשם השוואה, ולו על דרך ההיקש, אני מוצאת לנכון להזכיר את החריג המגביל את אפשרות הגשתן של תביעות ייצוגיות (להבדיל מתביעות אישיות) במקרה של "תביעה של עובד שחל עליו הסכם קיבוצי המסדיר את תנאי עבודתו, והמעסיק של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו, צד להסכם הקיבוצי" (סעיף 10(3) לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות). כידוע, ביסודו של חריג זה ניצבה "הגישה העקרונית לפיה ההליך הקיבוצי הוא דרך המלך לפתרון סכסוכים במשפט העבודה" מתוך הבנה כי לארגון העובדים יתרון מובנה בהגנה על זכויותיהם של העובדים (בג"ץ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה בישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 40 לפסק דיני (30.8.2015) (להלן: עניין מפעלי השמירה)). בהתאם לכך, בית משפט זה אימץ גישה זהירה ביחס למסלולים עוקפים העלולים להחליש את מערכת יחסי העבודה הקיבוציים (בכפוף לסייגים שעניינם בנסיבות שבהן מערכת ההגנה הקיבוצית כושלת בפועל. ראו: שם, בפסקה 69).

28. לשיטתי, קו מחשבה דומה ראוי להתקיים, בשינויים המתבקשים, אף בהקשר הנדון בפנינו עתה. במובן זה, יש להישמר מפני עידוד יתר של מנגנון התביעה הייצוגית מקום שבו הדבר יוביל לפגיעה ניכרת בתמריץ להגשתן של עתירות המהוות, כאמור, את הכלי העיקרי לביקורת אפקטיבית, קלה ונוחה במישור המינהלי. זאת, למעט במקרים חריגים, שבהם ערוץ העתירה המינהלית חסום, כדוגמת המצב שבפנינו, או בנסיבות אחרות ההופכות את הפנייה לנתיב זה לבלתי אפקטיבית או לחסרת תוחלת.

29. זאת ועוד, יש להוסיף ולהטעים כי הקושי במישור ההגנה על חוקיות המנהל הכרוך באימוץ גישתו של חברי השופט גרוסקופף, בולט במיוחד על רקע העובדה כי לא אחת הליכי תובענה ייצוגית מסתיימים בהסדרי פשרה (ראו: אלון קלמנט, "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5 (2011); אמיר ויצנבליט, "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 353-354 (2012)). למעשה, נתון זה מבטא במידה רבה את אופיו הכלכלי-אזרחי של הליך התביעה הייצוגית, השונה במובן זה מהליך מינהלי "טהור". והנה, דווקא בשאלות שעניינן המרכזי הוא בחוקיותם ובסבירותם של חוקי עזר עירוניים, האינטרס הציבורי נוטה בבירור אל עבר הכרעה משפטית ברורה ומנומקת בתום ההליך, אשר מבהירה לכל כיצד על הרשות לפעול בעת מילוי תפקידה הציבורי באופן התורם להגנה על אינטרס הציבור (ראו והשוו: ע"ב 6615/22 שיקלי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25, פסקה 23 לפסק דיני (3.11.2022)). אמנם, ניתן היה לטעון כי במקרים כגון אלה יש לאפשר דיון במתכונת של תובענה ייצוגית, ותוך הקפדה על הימנעות מחתירה לפשרה. דא עקא, ניהולו של

הליך תובענה ייצוגית מתוך מודעות מראש לכך שדרך הפרשה אינה ראויה מעורר קושי לא מבוטל.

30. חיזוק נוסף לעמדתי אני מוצאת בשיקולים הנוגעים לשוני בסדרי הדין והראיות לפיהם פועל בית המשפט לעניינים מינהליים בעת שהוא דן בהליך של עתירה מינהלית וזאת בהשוואה להליך של תובענה מינהלית. אכן, כפי שציין חברי השופט גרוסקופף, בעניינינו אין מדובר במקרה ה"קלאסי", שהוזכר בהלכת אלפריו, שבו תקיפה עקיפה נעשית על-ידי ערכאה שהנושא כלל אינו בתחום סמכותה ומומחיותה. במובן זה אכן נחלשים מקצת מן החסרונות שעליהם נשענת הלכה זו. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שעל התובענה המינהלית חלים ככלל ההסדרים הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), שהם פורמאליים ומורכבים יותר בהשוואה לסדרי הדין של הדיון בעתירה המינהלית (ראו: תקנה 29 תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000 (להלן: תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים)). הדברים אף זכו לעיגון מפורש ביחס לתובענות ייצוגיות מינהליות שלגביהן נקבע כי "על אף האמור בכל דין, על תובענה ייצוגית לפני בית המשפט לעניינים מינהליים לא יחולו תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000" (ראו: תקנה 19 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010). לעומת זאת, סדרי הדין בעתירה המינהלית נערכים "במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים שיקבע שר המשפטים, באופן שיבטיחו סעד מהיר ויעיל תוך אפשרות לקיום בירור עובדתי ככל שהדבר דרוש" (סעיף 13(2) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים. ההדגשה הוספה – ד' ב' א'). על רקע זה, כבר הובהר בעבר בהתייחס להבחנה בין ההליכים השונים הנדונים בבית המשפט לעניינים מינהליים כי "מדובר אפוא בהליכים נפרדים, הנבדלים זה מזה הן במהותם, בהיותם מוקדשים לעניינים שונים, הן בצורתם, בהיותם שונים זה מזה מבחינת סדרי הדין הנהוגים בכל אחד מהם (ראו: ע"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים, פ"ד נט(6) 411, 417 (2005), הנזכר גם על-ידי חברי).

31. חברי השופט גרוסקופף עמד על הבדלים דיוניים אלה בפירוט ועל כן אחזור על הדברים אך בתמצית. בעיקרו של דבר, אני סבורה כי אין זה נכון להמעיט במשמעויות הנובעת מן העובדה כי הליך התובענה המינהלית, מטבעו, הוא הליך "כבד", אשר נועד לאפשר בירור ראייתי מקיף. כך, בין היתר, ובדומה לנהוג בתביעות אזרחיות רגילות, חברי מציין כי "הליך התובענה הייצוגית המינהלית כולל הגשת מספר רב יותר של כתבי טענות, וכן הליכי גילוי ועיון במסמכים, הגשת ראיות ביד רחבה יחסית (לרבות הגשת חוות דעת מומחים) ודיוני הוכחות" (פסקה 24 לפסק דינו). זאת, בשונה מהליך העתירה

המינהלית, שעל דרך הכלל, מתמצה בהגשת תצהירים תוך הימנעות מהליכי גילוי, העדה וחקירת עדים, על כל הכרוך בכך במישור המעשי (ראו: ע"ס 7186/10 זילבר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים, פסקה 20 (22.4.2013)).

32. על כך יש להוסיף כי סדרי הדין המיוחדים החלים בעתירות, להבדיל מאשר בתובענות מינהליות, משפיעים באופן מהותי אף על סוג הטענות שנשמעות ברגיל בפני בית המשפט. הדבר נכון אף ביתר שאת ביחס לעילות הסף השונות המקובלות במשפט המינהלי (ראו: ע"א 3069/17 משרד החינוך נ' עמותת גני חב"ד צפת (בפירוק), פסקה 7 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (29.10.2017)). כן ראו: ברק-ארז, משפט מינהלי דיוני, בעמ' 282 ואילך). מדובר בעילות שאינן נשמעות ב"דרך המלך" בהליכי תובענה ייצוגית, וממילא תחולתן בהם אינה אוטומטית ומלאה. הדבר יוצר חשש מובנה לעקיפת המגבלות הדיוניות שעליהן מושתתת הביקורת המינהלית הרגילה. כל זאת בנוסף להבדלים הנוגעים לזהות הצדדים להליך, בשים לב לדרישה שעניינה צירופם של כלל המשיבים הנוגעים בעניין, שהוזכרה גם כן על-ידי חברי. קשיים אלו עמדו אף ביסוד ההלכה שנקבעה בעניין קסם מילניום, שנסב כאמור על ההעדפה הניתנת להליך של הגשת עתירה מינהלית נגד מכרז. אף שם צוין כי –

"הגשת עתירה מינהלית על ידי מציע שקופח במכרז צפויה 'להכניס' תחת כנפי הליך משפטי יחיד את כלל הטוענים נגד אותו הליך מכרז ויש בה כדי לצמצם הלכה למעשה את ההתדיינות האפשריות בנושא הליך זה וליצור ודאות בשאלת זהות הזוכה... לעומת זאת, התובענה המינהלית ממוקדת במערכת היחסים הפרטנית בין מציע מסוים לבין הרשות, כך שיתר הצדדים הנוגעים בדבר אינם צד לה והתובע אינו מחויב, על פני הדברים, בצירופם. תובענה זו מנוהלת בדומה לתביעה אזרחית רגילה ועל פי סדרי הדין הנהוגים בה" (שם, בפסקה 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

33. בהתייחסו לקושי זה, חברי השופט גרוסקופף מצייין כי פתרון מעשי להבדלים האמורים יכול להיות מבוסס על הגמישות הדיונית המוקנית לבית המשפט המינהלי לצורך ניהול ההליך שלפניו, וזאת מכוח הסמכויות הדיוניות הכלליות והספציפיות המסורות לו בבואו לדון בתובענה ייצוגית מינהלית. אין בידי לקבל עמדה זו, המייחסת משקל מועט להשלכותיהם של הבדלים דיוניים אלה. לטעמי, מדובר בשוני דיוני של ממש, אשר משליך הן על יעילות ההליך והן על טיבה ומאפייניה של הביקורת השיפוטית ביחס למעשה המינהלי. משמעות הדברים היא כי לצורך שמירה על מאפייני הביקורת המינהלית יידרש בית המשפט להתאמות ולסטייה מסדרי הדין הרגילים בחלק ניכר מן התובענות הייצוגיות המינהליות הנסבות על טענות עקרוניות ביחס לתוקפו של האקט

השלטוני (כל זאת בניגוד לתפיסה כי "כאשר בית המשפט לענינים מינהליים דן בתובענה ייצוגית (כולל בבקשת האישור) חלים אותם כללים דיוניים החלים בבית המשפט האזרחי (מחוזי או שלום) בדונו בתובענה ייצוגית" (עע"ס 7752/12 אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא גרונס (2.11.2014)). מצב זה אף מעורר חשש לחוסר וודאות ביחס לאופן ניהול ההליך. בשורה התחתונה, יש חשש ממשי כי קבלת עמדתו של חברי תוביל, הלכה למעשה, להפיכת הכלל לחריג.

34. עוד אדגיש כי במידה רבה עמדתי עולה בקנה אחד אף עם הכלל הקבוע בתקנה 30 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים שעניינו "סייג להגשת תובענה מינהלית", וזו לשונו:

"לא תוגש תובענה מינהלית יחד עם עתירה מינהלית; ואולם בכל שלב של הדיון בעתירה רשאי בית המשפט, בהסכמת העותר, להמיר הליך של עתירה להליך של תובענה מינהלית, ולהורות לשם כך על תיקון כתבי הטענות והתאמתם להליך של תובענה מינהלית..."

מתקנה זו ניתן ללמוד על החשיבות שביקש מחוקק המשנה לייחס להקפדה על ההבחנה המסורתית בין הליכי התובענה והעתירה, וזאת גם במחיר פיצול ההתדיינות המשפטית (ותוך מתן של מעמד בכורה, ולו חלקי, להליך העתירה המינהלית). בכך משתקפת עמדה עקרונית השונה מזו הנהוגה בהליכים אזרחיים רגילים, שבהם כידוע נדרשת התביעה לאגד את כלל הסעדים המבוקשים ונובעים מאותה עילה, בכפוף לחריג של פיצול סעדים (ראו: תקנה 25 לתקנות סדר הדין האזרחי). חשוב מכך, תקנה זו מלמדת טעמי על הגמישות המובנית שביקש מחוקק המשנה להקנות דווקא להליך העתירה המינהלית – באופן המאפשר את המרתה, בשלב הדיוני המתאים, לתובענה מינהלית (ובכלל זה גם תובענה ייצוגית כנגד רשות).

סיכום ביניים

35. אסכם את הדברים עד כה: להשקפתי, נוכח שיקולי המדיניות שפורטו לעיל, קיים אינטרס ציבורי חשוב במתן העדפה למסגרת התקיפה הישירה – קרי ניהול של עתירה מינהלית – אף באותם מקרים שבהם החלופה לכך היא תובענה ייצוגית הנדונה בפני בית המשפט לענינים מינהליים. במישור הדוקטרינרי, משמעות הדברים היא כי במצבים אלה, במקרה הרגיל, ניהול התובענה הייצוגית המינהלית, מבלי שקדמה לה הגשת עתירה, לא ייחשב "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בנסיבות הענין" (ראו: סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות).

36. לצד זאת, ועל מנת להציג את התמונה במלואה, אבקש לייחד עוד מספר דברים במענה לטיעון הנגד האחרון שהוזכר על-ידי חברי השופט גרוסקופף – "הטיעון הייצוגי".

על תמריצים והכוונת התנהגויות

37. לשיטתו של חברי, מה שהוגדר כטיעון הייצוגי נשען בעיקרו על החשש כי עמידה על הלכת אלפריח כרוכה בפגיעה נרחבת יתר על המידה בתמריצים להגשתן של תובענות ייצוגית מינהליות. בעשותו כן, חברי מדגיש את העלויות הכרוכות בפיצול ההתדיינות המשפטית. זאת, לצד הסיכוי הממשי כי אף במקרים שבהם יזכו מייצגי הקבוצה בעתירתם, תבחר הרשות להודיע "על שינוי בהתנהלותה, באופן המגבש על פי דין הודעת חדילה, ובכך תייתר את הדיון בהליך התובענה הייצוגית ואת האפשרות לקבל סעד עבור הקבוצה" (פסקה 31 לפסק דינו). חברי אף מוסיף כי הדבר עלול אף לפגוע בתכליותיו של מנגנון התובענה הייצוגית, בשים לב לעובדה שכל עוד העתירה המינהלית תהיה תלויה ועומדת הרשות תוכל להוסיף ולגבות כספים על-פי חוק העזר שתוקפו שנוי במחלוקת.

38. אכן, אין לכחד כי עלינו להיזהר מיצירת תמריצי חסר לניהול הליך משפטי שעניינו הפסקת גבייה בלתי חוקית. הדברים אמורים ביתר שאת מקום בו עסקינן בגבייה המסתכמת בסכום "זניח" ביחס לכל פרט ופרט, באופן המעורר חשש להיעדר תמריץ אישי מספק לפנייה לערכאות שיפוטיות. במובן זה הטרידה אותי כאמור הבעייתיות שעליה הצביע חברי. לצד זאת, ולאחר שהפכתי בדבר, אני סבורה כי אין בהיבט זה, כשלעצמו, כדי להכריע את הכף. בהקשר זה אבקש לחדד מספר נקודות חשובות.

39. ראשית, יש להבהיר כי ביקורתו של חברי כלל אינה ייחודית למצבים העומדים בלב ההליך דנן, קרי אותם מצבים שבהם הסמכות לדון הן בעתירה והן בתובענה הייצוגית מוקנית לבית המשפט לעניינים מינהליים. לאמיתו של דבר, הוא מצביע על הקושי המובנה הטמון בהלכת אלפריח עצמה, אף במקרים שבהם העתירה נגד המעשה המינהלי היא בסמכות בג"ץ. קושי זה הובא בחשבון כבר בעת שנקבעה הלכת אלפריח, ובשונה מחברי אינני סבורה שיש בו כדי להכריע את הכף, גם כאשר "נופל" אחד מטעמיה, דהיינו העובדה שמדובר במקרה שבו התקיפה הישירה הייתה מסורה לסמכותו

של בית המשפט לעניינים מינהליים. על רקע זה, ומשמצאתי כי עיקר טעמיה העקרוניים של ההלכה עומדים על מכונם גם בנסיבות כמו אלה שבפנינו, איני סבורה כי יש בקשיים המתוארים כדי לשנות מן התוצאה שאליה הגעתי. לא למותר להוסיף, כי מלכתחילה הלכת אלפריח עוסקת בנתח מסוים בלבד של ענף התובענות הייצוגיות – אך במקרים שבהם עולות טענות שורשיות ביחס לתוקפו של מעשה מינהלי. מיקוד זה חשוב על מנת להבהיר כי הלכת אלפריח אינה כרוכה בהכרח בפגיעה רוחבית ומקיפה בתחום התובענות הייצוגיות בכללותו אף בתחום המינהלי.

40. שנית, קיימת חשיבות רבה לבחינת עמדתו של חברי השופט גרוסקופף על רקע מאפייניו המיוחדים והייחודים של ההליך הייצוגי כנגד רשויות, שבו השבת הכספים אינה נתפסת כעיקר, בשונה מאשר בכל תובענה ייצוגית אחרת. כך, נקודת המוצא העקרונית שביטא המחוקק הישראלי ביחס להליכי תובענות ייצוגיות מינהליות היא כזו הנותנת משקל מכריע להפסקת הגבייה הבלתי חוקית במבט צופה פני עתיד, וזאת על פני השבה מלאה של הכספים שנגבו בעבר (ראו: רע"א 2598/08 בנק יחב לעובדי המדינה בע"מ נ' שפירא, פסקה ח' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (23.11.2010); רע"א 6340/07 עיריית תל אביב נ' טיומקין, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת א' חיות (13.2.2011); עע"ם 6687/11 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פסקה 30 (25.12.2012); דנ"ם 8626/17 מנירב נ' מדינת ישראל - משרד האוצר - רשות המיסים, פסקה 6 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (11.11.2020)). עמדה זו באה לידי ביטוי בשורת הגנות מיוחדות שניתנו לרשויות מכוח חוק תובענות ייצוגיות, ובראשן מנגנון הודעת החדילה המקנה "פתח מילוט" לרשות, כזה שיש בו "ליטול את העוקץ מן התובענה הייצוגית" (רע"א 7860/96 מדינת ישראל נ' ינובר, פסקה 3 (23.3.2008)). זאת בצד המגבלות החלות על היקף הפיצוי שניתן לפסוק לחובתן של רשויות (ראו: סעיפים 20(ד)(1) ו-21 לחוק זה. כן ראו: הלכת מי הגליל, בפסקאות 39-40 לפסק דינה של הנשיאה חיות)). אם כן, ההיבט התמריצי אינו חזות הכול בהקשרן של תובענות ייצוגיות נגד רשויות, אלא רק אחד השיקולים.

41. שלישית, וזהו העיקר מבחינתי, המענה לחשש לאכיפת חסר ולפגיעה מוגזמת בתפקידן הציבורי החשוב של הליכי התובענה הייצוגית אמור להיעשות במסגרת הלכת אלפריח עצמה, תוך הכרה בחריגים מתאימים לתחולתה. כך, כפי שהסבירה חברתי השופטת וילנר, המקרה שבפנינו נופל כבר עתה לגדרי אחד החריגים שעוצבו בפסיקה. לצד זאת, יש לזכור כי הלכת אלפריח לא התיימרה להציג רשימה סגורה למקרים שבהם תקום הצדקה לניהולה של תובענה ייצוגית, אף מבלי שקדמה לה הגשתה של עתירה. על

רקע זה, אני סבורה כי ייתכן ויש מקום לשקול גם חריגים נוספים, שיוכרו, כך יש להניח, ככל שיצטבר ניסיון מהפעלתה של ההלכה.

42. בשנים לב לכך, מנקודת מבטי, חשש עיקרי בכל הנוגע להחלתה של הלכת אלפריח נוגע לאותם מקרים שבהם הפגיעה בכל אחד מן הפרטים בקבוצה היא מזערית (בסדר גודל של שקלים בודדים, למשל). כאשר אלה הם פני הדברים ניתן להעריך ברמת וודאות גבוהה את החשש שלא יהיה כל תמריץ אישי להגשתה של עתירה מינהלית מתאימה בזמן אמת. לטעמי, בנסיבות מסוג זה האינטרס הציבורי עשוי להצדיק סטייה מהלכת אלפריח, כך שייפתח צוהר להגשתה של תובענה ייצוגית מתאימה. במלים אחרות, יש מקום לתת קדימות ועדיפות לעתירה המינהלית רק באותן נסיבות שבהן יש בסיס לסברה שיהיה תמריץ, ולו מסוים, להגשתה. קל להדגים את הדברים מהעובדות ששימשו רקע לקביעת התקדים הבסיסי בעניין – הלכת אלפריח עצמה. שם, כזכור, התובענה הייצוגית נסבה על אגרת שילוט, תחום שבו קיימים מטבע הדברים חיובים אישיים בהיקפים לא מבוטלים, באופן פוטנציאלי, ולכן יש תמריץ להגשתה של עתירה מינהלית. למעשה, ניתן לומר כי הכרה בסייג שכזה עולה בקנה אחד אף עם החריגים המקבילים שהותוו בפסיקה ביחס לתחום המכרזים ולתחום משפט העבודה, שעליהם עמדתי לעיל. זאת בנסיבות שבהן "דרך המלך" לתקיפת הפגם הרלוונטי איננה ישימה או איננה אפקטיבית (ראו והשוו: עניין קסם מילניום, בפסקאות 23-24 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין מפעלי השמירה, בפסקה 76-77 לפסק דיני). מכל מקום, ומבלי למצות את הדיון בכך, יש להדגיש כי הפעלתו של חריג שכזה צריכה להיעשות בצורה זהירה ושקולה, תוך הפעלת שיקול דעת פרטני של בית המשפט בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. מובן כי הנטל בהקשר זה יהיה מונח לפתחו של מי שיבקש לפעול בגדרו של החריג האמור, וזאת במסגרת הדיון בבקשת אישור הבקשה לתובענה ייצוגית. מבלי לקבוע מסמרות, ניתן להתרשם כי אין זה המקרה שבפנינו, שבו ממילא הוחל חריג אחר.

43. בשלב זה ישאל השואל: כיצד מתיישבת הלכת מי הגליל, המייתרת את הצורך בפנייה מוקדמת, עם הגישה המוצגת על-ידי כאן, לפיה יש מקום להגשת עתירה קודם להגשתה של תובענה ייצוגית מינהלית? במילים אחרות – כיצד מתיישב הוויתור על הדרישה הקלה יחסית (פנייה מוקדמת), עם העמידה על דרישה מכבידה יותר לכאורה (הגשת עתירה)? השאלה היא במקומה, ואכן הדברים מעוררים מידה מסוימת של קושי. עם זאת, אני סבורה כי זהו קושי שניתן לתת לו מענה, ולו חלקי. תחילה, יש לומר כי מלכתחילה מידת החפיפה (ובהתאמה עוצמת הסתירה הפוטנציאלית) בין הלכת מי הגליל להלכת אלפריח היא מוגבלת. זאת, בשנים לב לכך שהלכת מי הגליל דנה באופן רחב בכלל

המקרים של הליכי תובענה ייצוגית מינהלית, ולא רק במקרים שבהם ההליך הייצוגי נסב בעיקרו על טענות כנגד תוקפו של המעשה המינהלי. במובן זה, הלכת מי הגליל כלל לא דנה במישרין בשיקולים המיוחדים הנוגעים לשימוש בתובענה הייצוגית כמנגנון לתקיפה עקיפה של חוקיות מעשיים שלטוניים. כפי שהסברתי, סוגיה זו מערבת בתוכה שיקולי מדיניות חשובים אשר לא ניתן להתעלם מהם בעת עריכת האיזון הכולל. לא למותר לציין בהקשר זה כי הלכת מי הגליל ניתנה לאחר הלכת אלפריח וממילא לא נאמר בה כי היא גורעת מתחולתה של האחרונה. על כך ניתן להוסיף עוד כי בהלכת מי הגליל נקבע כי לדרישה לפנייה מוקדמת בהליך של תובענה ייצוגית לא היה מקום, בין היתר, נוכח החשש כי הדבר יפתח פתח לא רצוי להליכי פשרה בלתי מפוקחים, ואף יצור אי-וודאות באשר לשאלה מי היה הראשון לנקוט בהליך של פנייה מוקדמת. לעומת זאת, הדרישה להגשת עתירה מינהלית אינה מעוררת חששות דומים. כך, היא אינה מייצרת מסגרת לקבלת סעד כספי בלתי מפוקח, ואף עשויה דווקא לתרום ליצירת וודאות ביחס למועד הגשתה וזהותו של מי שהקדים להגישה.

44. בטרם סיום, אבהיר עוד כי מכל מקום, השאלות הנדונות בפסק דינו זה נוגעות לשיקולי המדיניות המיוחדים באשר לקשר בין שני הליכים שיש בהם ממד קבוצתי (עתירה מינהלית הנוגעת לציבור מול הליך של תובענה ייצוגית). בשונה מכך, שאלת המתכונת הדיונית העדיפה – ניהול הליך של עתירה מינהלית או ניהול הליך של תובענה, כאשר שניהם נסבים על אותו פגם נטען בהתנהלותה של הרשות – עלולה להתעורר גם בהקשרים בעלי אופי פרטני. שיקולי המדיניות הנוגעים לתיעדוף בין ההליכים השונים אינם אחידים בהכרח בהקשר זה. לשיטתי אפוא אין להקיש באופן אוטומטי מן הסוגיה שבפנינו להכרעה במקרה של התובע הבודד.

45. מבלי למצות את הדיון בהשוואה בין המקרים, אחזור ואזכיר כמה הבדלים חשובים ביניהם. כידוע, בתביעות שבהן הסעד המבוקש הוא השבה, כאשר מדובר בהליך הפרטני, אפשרות החדילה אינה פתוחה בפני הרשות, ואף תקופת ההשבה אינה מוגבלת לשנתיים. לכך יש להוסיף את מאפייניהם השונים של הליכים פרטניים המכוונים לפסיקתו של סעד כספי. כך לדוגמה, עניין קסט המילניום נסב על מקרה שבו הסעד המבוקש השתרע אל עבר תביעת פיצויים הטומנת בחובה גם הגנה על אינטרס הציפייה (דהיינו, הרווח שנמנע כתולדה של אי-הזכייה במכרז). לעומת זאת, תביעת השבה אישית מכוונת בעיקרה לתיקון של חסרון הכיס שנגרם לפרט. כבר על פני הדברים, במקרה האחרון החשש שצד יימנע מנקיטת הליך נגד הרשות באופן אינטרסנטי ויעדיף להמתין מצטמצם בהרבה. גם אם ימתין – לא יקבל יותר מאשר פיצוי על חסרון הכיס שלו. וקיימות אף דוגמאות אחרות (ראו למשל: ע"א 3202/11 אבו פריח ז"ל נ' מדינת ישראל

(30.12.2012) שנזכר על-ידי חברי השופט גרוסקופף ונסב על העלאת טענות במסגרת הליכי הסדר, הקשר בעל ייחוד בפני עצמו). כך או כך, השאלות הנוגעות לתחולת הלכת אלפריח בהליכים פרטניים אינן בפנינו, ולמעשה הן עומדות במרכזו של הליך אחר התלוי ועומד בפני בית משפט זה (ע"א 4151/20 נוה-גד בניין ופתוח בע"מ נ' עיריית באר שבע). ממילא, אין מקום להרחבה נוספת בהתייחסות לכך בשלב הנוכחי.

46. בשלב זה, עיינתי בהערותיו האחרונות של חברי השופט גרוסקופף ביחס לעמדותי בסוגיה שבפנינו. מרבית הטענות לכאן ולכאן כבר הוצגו, וממילא אין בכוונתי לחזור על דברים שנאמרו, אלא אך לשפוך אור נוסף על גדרי המחלוקת מנקודת מבטי.

אכן, צודק חברי השופט גרוסקופף כי העמדה שהצגתי ביחס למקרים מן הסוג מושא ההליך דנן נשענת על אדנים צרים מאלה שעליהם נסמכה הלכת אלפריח בעת שנקבעה לראשונה. על כך אין מחלוקת, ומנקודת מבטי יש ערך רב בכך שנקרתה בדרכנו ההזדמנות להבהיר את הדברים. לצד זאת, אינני מקבלת כלל ועיקר את קביעתו של חברי כי גישתי מבטאת "תפיסות מצמצמות של דיני התובענות הייצוגיות" שנדחו בעבר וכעת קיבלו לבוש חדש (כאמור בפסקה 37 לחוות דעתו). כפי שהסברתי, אין מקום להקבלה מלאה בין שלילת הדרישה לפנייה מוקדמת בלתי מפוקחת לרשויות, כפי שנקבע בסופו של דבר בעניין מי הגליל, לבין ההכרה במקומה החשוב של העתירה המינהלית כאמצעי להבטיח במישרין את אכיפת הדין (כמפורט בפסקה 43 לעיל). אוסיף ואבהיר כי השמירה על ערוץ זה של הביקורת השיפוטית המסורתית לא נועדה לקדש את "הישן" ולהעדיפו על פני "החדש", אלא מבטאת את היתרונות המובנים של הליך העתירה המינהלית, בין השאר, מן ההיבט של תרומה להבהרת הדין, כמו גם בהתחשב בעלויות המצומצמות יותר של ניהול ההליך. עוד ראוי להבהיר, כי אין מדובר ב"סייג" לאפשרות לנהל תובענה ייצוגית נגד רשות, אלא – מנקודת מבטי – פן פרשני של התנאי הקבוע בחוק בכל הנוגע לשאלה האם התובענה הייצוגית היא "הדרך היעילה וההוגנת" לניהול ההליך.

לא למותר להוסיף כי גישתי, הכוללת הכרה בחריגים נוספים להלכת אלפריח (כמפורט בפסקה 42 לעיל), פותחת פתח לניהולן של תובענות ייצוגיות מינהליות מקום בו אלו מהוות את הכלי האפקטיבי היחיד לבירורן של טענות מינהליות. למעשה, הכרה זו כוללת מענה רחב יותר, ולו במובנים מסוימים, מגישתו של חברי השופט גרוסקופף, המוגבלת כאמור אך להליכים שבהם הן התובענה הייצוגית והן העתירה צפויות לידון בפני בית המשפט לעניינים מינהליים. במובן זה, אני סבורה כי גישתי מהווה איזון ראוי בין השיקולים המנוגדים המונחים לפתחנו.

לסיום אחזור ואדגיש את היסודות המשותפים לכלל העמדות שהוצגו כאן: התובענה הייצוגית היא כלי פרוצדוראלי חשוב לאכיפת זכויות – במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי. עשויות להיות מחלוקות על הפרטים הנוגעים ליישומה, אך לא על עיקרון זה עצמו.

סוף דבר

47. אשר על כן, מצאתי להצטרף לתוצאה כי דין הערעור להתקבל. כאמור, גם אני שותפה לעמדתו של חברי השופט גרוסקופף כי השינויים שחלו לאחר שנקבעה הלכת אלפריח, ובהם פסק דינו של בית משפט זה בעניין מאיה, חייבו אותנו לשוב ולבחון את היקף תחולתה. עם זאת, משעשיתי כן, מצאתי כי שינויים אלה אינם מהווים טעם מספיק לשינוי ההלכה האמורה, להבדיל מאשר חידוד הטעמים העדכניים לה כמו גם החריגים להפעלתה.

ש ו פ ט

הוחלט לקבל את הערעור כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר.

ניתן היום, י"ג בתמוז התשפ"ג (2.7.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט