

הגנה ייצוגית וגבייה לא חוקית

מאת

אסף חמדני* ואלון קלמנט**

חוק תובענות ייצוגיות מגביל במידה ניכרת את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות נגד המדינה ונגד רשויות ציבור אחרות. החוק מאפשר לנהל תובענה ייצוגית נגד רשות בעיקר לצורך השבה של תשלומים שנגבו שלא כדין, וגם תובענות אלה כפופות למגבלות רבות. על רקע זה נציע ברשימה זו מנגנון דיוני עדיף לטיפול בסכסוכים שעניינם כספים שנגבו שלא כדין – ההגנה הייצוגית. מנגנון ההגנה הייצוגית מעניק לנתבעים – שאלהים מופנית דרישת התשלום – את האפשרות לנהל את הליך ההגנה באופן קבוצתי, ובכך מקנה להם יכולת אפקטיבית לשטוח את טענות ההגנה שלהם בפני בית המשפט. יתר על כן: נטען כי לשם השבתם של כספים שנגבו שלא כדין, הרי שבסכסוכים הנוגעים לגבייה לא חוקית – בין אם על ידי מוסדות פרטיים ובין אם על ידי רשות ציבורית – ההגנה הייצוגית עדיפה לא רק על ההגנה האינדיבידואלית אלא גם על התובענה הייצוגית. יתרונותיה של ההגנה הייצוגית נובעים מנקודת הזמן המוקדמת שבה ניתן לזווג אותה, היינו: עם תחילת הגבייה שלא כדין, להבדיל מתובענה ייצוגית להשבתם של כספים שנגבו, הדורשת גבייה כתנאי מוקדם. מכך נגזרים כמה יתרונות: ראשית, ההגנה הייצוגית יוצרת תמריצים לאיתור מוקדם של פגמים אפשריים בדרישת התשלום והבאתם הזריזה לליבון בפני הערכאות; שנית, בחינה של חוקיות התשלום במועד הדרישה לביצועו אינה כפופה לקשיים של בתי משפט לפסוק השבה בדיעבד גם כשברור שהתשלום לא היה חוקי. קשיים אלה נובעים משינוי מצבו של מקבל התשלום לרעה כמו גם מחוסר הוודאות התקציבי המתעורר כשרשות ציבורית נדרשת להשיב סכומים ניכרים שגבתה בעבר שלא כדין; שלישי, הליך ההגנה הייצוגית אינו כפוף למכשולים המשפטיים העלולים למונע מי שהסכים לכאורה לביצוע התשלום, ושילם אותו מלכתחילה, מתקיפתו בדיעבד; לבסוף, ההגנה הייצוגית מונעת מצבים שבהם אזרחים ששילמו תשלומים שלא כדין לא יוכלו לקבלם חזרה עקב חשש מחדלות פירעון של המוסד שקיבלם.

א. מבוא. ב. ההגנה הייצוגית. 1. בעיית פיזור התובעים; 2. בעיית פיזור הנתבעים; ג. השבה בגין גבייה לא חוקית: הדין הקיים. 1. הדין המהותי; 2. הדין הדיוני: תובענות ייצוגיות; ד. שיקולי מדיניות. 1. משלם יחיד; 2. ריבוי משלמים; 3. תובענות

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

** בית הספר למשפטים על שם רדזינר, המרכז הבינתחומי, הרצליה.

אנו מודים לתמר פישר, לכרמית סולימן ולשני מנחם על עזרה מצויינת במחקר.

ייצוגיות להשבה ותמריצים לרשויות ציבוריות; 4. חשיבותו של ממד הזמן; ה. הפתרון: הגנה ייצוגית. 1. ההגנה הייצוגית וממד הזמן; 2. האם ההגנה הייצוגית אפשרית לפי הדין הקיים?; 3. ההגנה הייצוגית: תחולה ותמריצים; ו. סיכום.

א. מבוא

לפני מספר שנים התקבל בכנסת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. החוק הגביל בצורה ניכרת את האפשרות להגיש תובענות ייצוגיות נגד המדינה ונגד רשויות ציבור אחרות. כיום מוגבלות התובענות הייצוגיות נגד הרשויות בעיקר לתביעות השבה בגין תשלומים שנגבו שלא כדין, וגם אלה כפופות למגבלות רבות. על רקע זה נציע ברשימה מנגנון דיוני עדיף לטיפול בסכסוכים שעניינם כספים שנגבו שלא כדין – מנגנון ההגנה הייצוגית.¹

ההצדקה המקובלת לתובענה הייצוגית מבוססת על הכשל הנוצר כשיש תובעים רבים יחסית בעלי עילות דומות, אך העלות של ניהול התביעה ומכשולים אחרים מניאים כל תובע בנפרד מהגשת תביעה למיצוי זכויותיו או מהשקעת המשאבים הנדרשים לניהול תביעה כהלכה. כשל זה עלול להתעורר גם בנסיבות של נתבעים רבים יחסית עם עילות הגנה דומות, כשעלות ניהול של הגנה אפקטיבית עבור כל נתבע בנפרד הינה ניכרת יחסית לסכום התביעה. במקרים מסוג זה סביר להניח שכל נתבע יבחר להיענות לדרישת התובע לתשלום ולו כדי למנוע מעצמו עלויות כספיות גבוהות יותר במקרה שהסכסוך יגיע לבית המשפט.

נדגים: פלוני מקבל דרישה לתשלום ארנונה מהעירייה שבתחום שיפוטה הוא גר. פלוני חושד שהסכום הנדרש ממנו גבוה מזה המותר על פי חוק, אך מכיוון שהסכום השנוי במחלוקת אינו גבוה הוא מעדיף לשלם אותו במלואו. פלוני אינו היחיד שנדרש לשלם ארנונה שסכומה גבוה מהרשום בחוק. תושבים רבים אחרים מקבלים דרישות כאלה ונוהגים להיעתר להן ממש כמוהו; חלקם הגדול אף אינו מודע לכך שהוא משלם לעירייה סכומים שאינם זכאית להם לפי החוק. מאחר שהתנגדות לתשלום כרוכה בהוצאות משפט, בשכר טרחה לעורך-דין ובעלויות נוספות, רוב התושבים אינם נוקטים את האמצעים החוקיים העומדים לרשותם כדי להשיג על גובה התשלום. אלה שבכל זאת מחליטים להתנגד לתשלום עשויים אמנם לזכות בהליך המשפטי או בפשרה, אולם עניינם ידוע לעירייה בלבד, וזו ממשיכה לגבות ארנונה משאר התושבים אף על פי שחוקיות התשלום מוטלת בספק.²

1 את מנגנון ההגנה הייצוגית הצגנו בהרחבה במקום אחר; ראו Assaf Hamdani & Alon Klement, *The Class Defense*, 93 CAL. L. REV. 685 (2005). (להלן: Hamdani & Klement). ברשימה זו נטען כי מנגנון זה מתאים במיוחד לטיפול בסכסוכים שעניינם גבייה לא חוקית.

2 מקרה זה נסמך על תאור העובדות בת"א (מחוזי י-ם) 1114/99 שוקרון נ' עיריית ירושלים, פ"מ

מנגנון ההגנה הייצוגית הופך את ההתגוננות מפני התביעה לכדאית משום שהוא מעניק לנתבעים – אליהם מופנית דרישת התשלום – את האפשרות לנהל את הליך ההגנה באופן קבוצתי. ריכוז הנתבעים בהליך אחד מגדיל את שווי התביעה עבור הנתבעים החברים בקבוצה ומאפשר להם ליהנות מאותם יתרונות גודל העומדים לרשות התובע. לבסוף, ההגנה הייצוגית פותרת את בעיית האינפורמציה החסרה לרוב הנתבעים הן באשר לזכויותיהם והן באשר להכרעות שיפוטיות שנתקבלו לגבי אחרים שמצבם דומה. אם כן, ההגנה הייצוגית מקנה לנתבעים יכולת אפקטיבית לשטוח את טענות ההגנה שלהם בפני בית המשפט ומבטיחה איזון בניהול המשפט בין כוחם לבין כוחו של התובע.

ברוגמה שלעיל, ההגנה הייצוגית מאפשרת לאחד התושבים להתנגד לגביית הארנונה בהליך ייצוגי, שתוצאותיו יחייבו במישור היחסים שבין העירייה לבין כלל תושביה; היא מאזנת את יחסי הכוחות בין כלל התושבים מצד אחד לבין העירייה מהצד האחר; היא מאפשרת לפצות את התושב שלקח על עצמו את ייצוג עניינם של כלל התושבים וכן את עורך-דינו, באופן שיהפוך את השקעתם ומאמציהם לכדאיים; והיא מונעת מצב שבו העירייה מתפשרת עם חלק קטן מהתושבים וממשיכה לגבות תשלומים לא חוקיים מכל היתר.

בהשוואה לניהול הגנה אינדיבידואלית על ידי כל נתבע בנפרד, יתרונותיה של ההגנה הייצוגית ברורים: ריכוז יעיל של מספר רב של תובענות, מתן תמריצים לנתבע המייצג ולעורך-דינו לזיהוי תובענות או דרישות תשלום שאינן ראויות ולהגנה כנגדן, טיפול בבעיות הפעולה המשותפת (collective action; כפי שנפרט בהמשך) בצד הנתבעים, ואיזון בין כוחו של הנתבע לכוחם של התובעים.

ברשימה זו תוצג התזה כי בסכסוכים הנוגעים לגבייה לא חוקית – בין על ידי מוסדות פרטיים ובין על ידי רשות ציבורית – ההגנה הייצוגית עדיפה מהגנה אינדיבידואלית; ולא

התשס"א (1) 500 (2001). באותו ענין הוגשה תובענה בשם 309 תובעים להשבת סכומי ארנונה ששילמו ביתר. הממצאים שקבע בית המשפט מעידים על התנהגות מכוונת של עיריית ירושלים להסתיר את הגבייה העודפת (שלטענתה סברה כי היא חוקית) מעיני תושביה. העירייה התעלמה מהקביעה של נציב תלונות הציבור שאינה נוהגת כהלכה, והמשיכה בגבייה תוך שהיא נוהגת איפה ואיפה בין תושבים שפנו אליה ושחששה מתביעתם (למשל קבוצה של 30 בעלי נכסים שהגישו נגדה תביעה שהסתיימה בפשרה), לבין אחרים שמהם המשיכה לגבות ביתר. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה וחייב את העירייה לשלם לכל אחד מהתובעים את הסכום המגיע לו. בערעור שהוגש לבית המשפט העליון ניתן פסק דין קצר שקבע כי בהסכמת הצדדים יוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי לקביעת גובה ההשבה. ראו ע"א 3255/01 עיריית ירושלים נ' שוקרון (לא פורסם, 9.12.2002). פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ת"א (מחוזי י-ם) 1114/99 שוקרון נ' עיריית ירושלים, תק-מח 2004(2) 9503, ניתן בדרך של פשרה וכלל לא רק את התביעה המקורית כי אם גם תביעות אחרות שהוגשו באותה עילה. פסק הדין התייחס גם לתובענות ייצוגיות שהוגשו באותו עניין, ואישר פשרה שהושגה באחת מהן מבלי שבית המשפט נדרש לתנאים לאישור תובענה ייצוגית.

זו בלבד אלא שהיא עדיפה גם מאחותה הבכירה – התובענה הייצוגית להשבת הסכומים שנגבו שלא כדין. יתרונוותיה של ההגנה הייצוגית בהקשר זה נובעים מנקודת הזמן המוקדמת שבה ניתן ליזום אותה – עם תחילת הגבייה שלא כדין – להבדיל מהתובענה הייצוגית להשבתם של הסכומים שנגבו, הדורשת גבייה כתנאי מוקדם. מכך נגזרים כמה יתרונות: ראשית, ההגנה הייצוגית יוצרת תמריצים לאיתור מוקדם של פגמים אפשריים בדרישת התשלום והבאתם הזריזה לליבון בפני הערכאות. שנית, בחינה של חוקיות התשלום במועד הדרישה לביצועו אינה כפופה לקשיים של בתי משפט לפסוק השבה בדיעבד גם כשברור כי התשלום לא היה חוקי, כלומר: שינוי מצבו של מקבל התשלום לרעה וחוסר-הוודאות התקציבי המתעורר כשרשות ציבורית נדרשת להשיב סכומים ניכרים שגבתה בעבר שלא כדין. בחינת חוקיות התשלום במועד דרישתו, והנעת הרשות לפעול לצמצום הגבייה הלא חוקית, מתגברות על קשיים אלה ואינן גורעות מהאפקטיביות של ההגנה הייצוגית. שלישית, הליך ההגנה הייצוגית אינו כפוף למכשולים המשפטיים העלולים למנוע מי שהסכים לכאורה לביצוע התשלום, ושילם אותו מלכתחילה, מתקיפתו בדיעבד. לבסוף, ההגנה הייצוגית מונעת מצבים שבהם אזרחים ששילמו תשלומים שלא כדין לא יוכלו לקבלם חזרה עקב חשש מחדלות פירעון של המוסד שקיבלם.

על אף כינויו, המנגנון המוצע אינו מחייב שחברי הקבוצה יהיו במעמד פורמלי של נתבעים. הטיעון שלנו כללי יותר: הכשל המבסס את המנגנון הייצוגי יכול להתרחש במגוון רחב של הקשרים דיוניים. במקרים אלה על מערכת המשפט לאפשר ניהול הליכים במסגרת קבוצתית ולהעניק לכך את התמריצים המתאימים, בין אם מדובר בהגנה ייצוגית, בתביעה ייצוגית לסעד הצהרתי או בכל מסגרת דיונית אחרת.³ עם זאת, ייחודה של ההגנה הייצוגית טמון ביכולתה למלא חלל שנוצר עם חקיקתו של חוק התובענות הייצוגיות. הגשת תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי, לצו עשה או לצו מניעה הייתה אפשרית בעבר, גם לאחר פסיקתו המגבילה של בית המשפט העליון בעניין מדינת ישראל נ' א.ש.ת.⁴ לעומת זאת החוק החדש אינו מאפשר הגשת תובענה ייצוגית אלא בעילות הקבועות בתוספת השנייה ובכפוף לסייגים שבחוק.⁵ אולם, הואיל וחוק התובענות הייצוגיות אינו שולל את הגשתה של הגנה ייצוגית, היא יכולה לשמש ערוץ

3 יש כיום מסגרות הדומות במידה מסוימת למנגנון ההגנה הייצוגית, לרבות ההכרה באפשרות של עותר "ציבורי" לבג"ץ; ראו זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר חמישים שנה" משפט וממשל ה' 235, 246 (2000); יורם רבין "שורת המתנדבים" ומשפט ההיסטוריה" המשפט ג 387, 400 (1996); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

4 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 269, 277 (2003) (להלן: רע"א א.ש.ת. ניהול פרויקטים).

5 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 138 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים").

חלופי לתביעות שיכלו להתנהל בעבר כתובענות ייצוגיות לסעדים הצהרתיים או לצווי עשה או לצווי מניעה.

בפרק ב' נציג את מנגנון ההגנה הייצוגית תוך השוואה בינו לבין המנגנון המוכר של תובענה ייצוגית. בפרק ג' נבחן את הדין המהותי הנוגע להשבת סכומים שנגבו שלא כדין ואת האפשרויות הקיימות כיום להגשת תובענות ייצוגיות בגין גבייה שלא כדין כנגד רשויות המדינה וכנגד מוסדות פרטיים. בפרק ד' נציג את השיקולים בעד ונגד השבת סכומים אלה, ונראה כי חלק ניכר מהקשיים שעמם הפסיקה והספרות האקדמית מבקשות להתמודד ניתנים לפיתרון באמצעות מנגנון שיקדים את מועד הבירור בדבר החוקיות של דרישת התשלום. בפרק ה' נסביר את יתרונותיה של ההגנה הייצוגית בסכסוכים הנוגעים לגבייה שלא כדין, נסקור את האפשרויות לנהל הליך של הגנה ייצוגית על פי הדין בישראל כיום, וכן את השינויים החקיקתיים הנדרשים, אם בכלל, להוצאתו של ההליך אל הפועל. בפרק הסיכום נעלה את האפשרות להשתמש במנגנון ההגנה הייצוגית גם בהליכים פליליים ומנהליים. שימוש זה חורג אמנם מהמסגרת המוטווה במאמר אך הוא ראוי לבחינה עתידית.

ב. ההגנה הייצוגית

בפרק זה נציג בקצרה את מנגנון ההגנה הייצוגית. תחילה נסקור את השיקולים התומכים בשימוש במנגנון המוכר של התובענה הייצוגית ונובעים מבעיית פיזור התובעים, ולאחר מכן נראה כי שיקולים אלה תומכים גם בהכרה במוסד ההגנה הייצוגית עקב הבעיה המקבילה של פיזור נתבעים. כמו כן נציג בקצרה את הקשיים הייחודיים העלולים להתעורר במסגרת מנגנון זה.

1. בעיית פיזור התובעים

התובענה הייצוגית נועדה להתמודד עם כמה קשיים הנובעים מפיזורם של תובעים בעלי עילות תביעה שיש להן מרכיבים משפטיים ועובדתיים משותפים. הקושי הראשון נובע מכך שערכה של כל תביעה אינדיבידואלית (דהיינו: המכפלה של סכום התביעה בסיכויי הצלחתה) עלול להיות נמוך מהעלויות הכרוכות בניהולה (דהיינו: שכר הטרחה של עורכי־הדין והוצאות אחרות הכרוכות בניהול הליך משפטי).⁶

6 למען פשטות הדיון אנו מתעלמים מהשפעת הכללים בדבר חיובו של הצד המפסיד לשאת בהוצאות הצד הזוכה. לדיון בהשפעתם של כללים אלה ראו, למשל, Steven Shavell, *Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, 11 J. LEGAL STUD. 55 (1982); Ronald Braeutigam, Bruce Owen & John Panzar, *An*

ככלל, תובעים לא יגישו תביעות אלה מכיוון שערך הנטו שלהן (דהיינו: הסכום הצפוי להיפסק לתובע בניכוי העלות של ניהול התביעה) הוא שלילי. ריכוז התביעות בהליך אחד מונע השקעה חוזרת בשאלות המשותפות ולפיכך מקטין את העלויות עבור כל תובע הכלול בתביעה המאוחדת. באופן זה התובענה הייצוגית הופכת תביעות שערך הנטו שלהן שלילי לתביעה מרוכזת שערך הנטו שלה חיובי. התובענה הייצוגית אף מקנה לקבוצת התובעים יתרונות גודל המאפשרים השקעה משמעותית יותר והגדלה של סיכוייהם לזכות בתביעה, בדומה ליתרון שממנו נהנה הנתבע ממילא.⁷

הקושי השני הוא בעיית הפעולה המשותפת (collective action) בצד התובעים. גם אם כל תובע היה מעריך את העילה העומדת לרשותו כבעלת ערך חיובי, קיומן של טענות עובדתיות ומשפטיות משותפות גורם לכך שכל אחד מהתובעים רוצה ליהנות מהשקעתם של תובעים אחרים בהוכחתן בעוד הוא משקיע מעט ככל האפשר בהוכחת טענות אלה.⁸ כך ינסה כל תובע להשיא את הרווח הצפוי לו מן התביעה, וכתוצאה מכך ייתכן שאף לא אחד מהתובעים ישקיע את המשאבים הנדרשים – כך שהסיכויים של כל אחד מהם לזכות יהיו נמוכים משהיו יכולים להיות אילו לא היו שאלות המשותפות לו ולאחרים. יתרה מכך: כאשר התובעים מפוזרים ייתכן שאף אחד מהם אינו מודע לכך שזכותו הופרה, וממילא אין לאף אחד תמריץ להשקיע בזיהוי הפרה כזו (בייחוד לאור העובדה שזיהוי הפרה ייטיב עם כלל התובעים שלא השקיעו דבר). התובענה הייצוגית, המרוכזת את התביעות בתביעה אחת, פותרת בעיות אלה באמצעות מתן תמריצים לעורכת-הדין (ולתובע המייצג) לבצע את ההשקעה הנדרשת בזיהוי עילות תביעה, בהגשתן ובניהולן, תוך שהיא מבטיחה להם תגמול מתוך זכיייתם של כל התובעים.⁹

הקושי השלישי נוגע לתקשורת בין התובעים השונים, לארגונם ולתהליכי קבלת ההחלטות בעניינם. בעוד שני הקשיים הקודמים נובעים מפיזור התובעים בתביעות

Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 173 (1984).

7 ראו אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוללות המוניות" משפטים לד 301, 319 (2004) (להלן: "קלמנט גבולות התביעה הייצוגית"); אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים – בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387, 402-406 (2004) (להלן: "קלמנט נתבע יחיד"); Bruce L. Hay & David Rosenberg, "Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in *Class Actions: Reality and Remedy*, 75 NOTRE DAME L. REV. 1377, 1380, 1383-1386 (2000).

8 ראו, לדוגמה, David Rosenberg, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for*, *Mass Tort Cases*, 115 HARV. L. REV. 831, 858-860 (2002).

9 על חשיבות התמריץ לעורכי-הדין המייצגים ראו David Rosenberg, *The Casual Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 849, 889-892 (1984).

נפרדות, קושי זה נובע מהיעדרו של מענה ארגוני מספק לניהול תביעות שצורפו שלא בדרך של תובענה ייצוגית. צירוף תובעים בדרך "הרגילה" מחייב, ראשית, כי יהיה גורם שיסכים לשאת בעלויות של איתור תובעים פוטנציאליים ושל צירופם האקטיבי לתובענה. שנית, צירוף התובעים דורש הסכמה באשר לדרכי קבלת החלטות תוך כדי התנהלותה של התובענה, לרבות ההחלטות אם להתפשר ותמורת איזה סכום. לבסוף, צירוף תובעים מותיר בידיו של כל תובע את הברירה לפרוש מן התובענה בכל שלב של ההליך המשפטי. כל אלה מאיימים על האפשרות לנהל תובענה בדרך הרגילה של צירוף תובעים.¹⁰

התובענה הייצוגית היא מנגנון ייעודי לפתרון בעיות ארגוניות אלה: צירוף התובעים נעשה לרוב באמצעות כלל של opt out, הקובע ברירת מחדל שלפיה כל חבר בקבוצת התובעים יהיה כפוף לתוצאות התובענה אלא אם הביע בתחילת ההליך הייצוגי את רצונו לצאת מן הקבוצה;¹¹ האפשרות לפרוש מן ההליך מוגבלת בדרך כלל לשלב אישורה של התובענה כייצוגית;¹² וקבלת ההחלטות באשר לניהול התובענה נתונה בידי התובע המייצג ועורכת-הדין של הקבוצה, בפיקוח בית המשפט, והאפשרות להתערבותם של חברי הקבוצה בהחלטות אלה מוגבלת מאוד.¹³

לתובענה הייצוגית יתרונות גם במקרים שבהם תביעות אינדיבידואליות היו מוגשות גם בלעדיה: היא מאפשרת חיסכון בעלויות המשפט לצדדים ולמערכת המשפט, ומונעת מצבים שבהם ניתנות פסיקות סותרות בשאלות זהות. נוסף על כך, כאשר קיים חשש שהנתבע יהפוך לחדל פירעון – ואז חלק מהתובעים עלולים להיותר בלא פיצוי בעוד היתר מפוצים בגין מלוא נזקיהם – התובענה הייצוגית מאפשרת ריכוז של התביעות וחלוקה שוויונית של הסכום שבו הנתבע יכול לשאת.¹⁴ בעיות אלה וזהו זה מכבר והביאו לחקיקה המאפשרת את התובענה הייצוגית, תחילה

10 לדיון בסוגיה זו ראו Diane Wood Hutchinson, *Class Actions: Joinder or Representational Device*, 1983 SUP. CT. REV. 459.

11 ס' 11 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 264.

12 אם כי יש אפשרות לפרוש מהקבוצה בשלבים שונים של אישור הפשרה – לפני אישורה (ס' 18(ו)) ולאחריו (ס' 19(ד)).

13 ס' 15 לחוק תובענות ייצוגיות.

14 ראו David Rosenberg, *Mass Tort Class Action: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, 37 HARV. J. ON LEGIS. 393, 419-421 (2000); Edwards H. Cooper, *Aggregation and Settlement of Mass Torts*, 148 U. PA. L. REV. 1943, 1949 (2000); קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 323-321, 347; מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים – בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים א 449, 481 (2004).

בארצות-הברית¹⁵ ואחר כך גם בארצות אחרות דוגמת אוסטרליה,¹⁶ קנדה¹⁷ וישראל.¹⁸ אולם עד לאחרונה לא ניתנה הדעת על כך שבעיות דומות יכולות להתעורר גם כשהפזור הוא בצד הנתבעים, כשהתביעות נגדם מעלות שאלות משפטיות ועובדתיות משותפות.

2. בעיית פיזור הנתבעים

נניח כי תובע אחד מגיש תביעות דומות בסכומים נמוכים יחסית נגד מספר גדול של נתבעים. לדוגמה, נניח כי חברה המעבירה שידורי טלוויזיה בלוויין מגישה תביעה נגד כל מי שרכש ציוד אלקטרוני המאפשר את קידוד השידורים שלה.¹⁹ בהנחה שסכום התביעה (או הסכום המוצע לפשרה) הוא נמוך מהעלויות הכרוכות בניהול המשפט, סביר להניח שכל תובע בנפרד יעדיף להתפשר מחוץ לכותלי בית המשפט מאשר לבחור באפשרות היקרה יותר של ניהול הליך משפטי.

בנסיבות אלה, איחוד הנתבעים בהליך קבוצתי יקנה להם יתרונות דומים לאלה שהתובענה הייצוגית מעניקה לתובעים: לאור הדמיון העובדתי והמשפטי בטענות ההגנה, ההגנה הייצוגית עשויה להפוך התגוננות שאינה כדאית כלכלית עבור נתבע יחיד לכדאית עבור קבוצת נתבעים. יתר על כן: ההגנה הייצוגית תאפשר לקבוצת הנתבעים ליהנות מיתרונות גודל שיאפשרו להם לנהל את ההגנה כראוי. מנגנון ההגנה הייצוגית אף פותר את הקשיים הכרוכים בתקשורת בין הנתבעים, בתיאום ובפעולה המשותפת. בצד יתרונותיה, ההגנה הייצוגית מעלה לכאורה כמה קשיים ייחודיים הנעדרים ממנגנון התביעה הייצוגית. קשיים אלה מחייבים אמנם את המערכת המשפטית לספק

15 התובענה הייצוגית במתכונתה המודרנית קבועה בכלל 23 של כללי הפרוצדורה האזרחית הפדרלית, FED. R. CIV. P. 23.

16 Federal Court of Australian Act. 1976, Part IVA (נכנס לתוקף ב-1992); Supreme Court Act, (Vic) Part 4A 1986 (נכנס לתוקף ב-2000).

17 ראו Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Rule 299.1 – 299.42 (2002).

18 בעבר הוסדר תחום התובענות הייצוגיות בעיקר על ידי חוקים ספציפיים בנושאים שונים, שאפשרו את אכיפתם באמצעות הגשה של תביעה ייצוגית. המבקש להגיש תביעה לפי חוקים אלה נדרש לעמוד בתנאים שפורטו בכל חוק. נוסף על החקיקה הספציפית שימשה תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי כהסדר כללי להגשת תובענה ייצוגית. האפשרות להשתמש בתקנה זו כאכסניה לתובענות ייצוגיות הייתה שנויה במחלוקת, וזו הגיעה לקצה עם החלטתו של בית המשפט העליון ברע"א א.ש.ת. ניהול פרוייקטים, לעיל ה"ש 4; דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פדאור (20)05 556 (2005) (להלן: דנ"א א.ש.ת. ניהול פרוייקטים). בעניין זה קבע בית המשפט העליון, ככלל, שתקנה 29 אינה הכלי המתאים להגשת תובענה ייצוגית מודרנית. חוק התובענות הייצוגיות, שהתקבל במרץ 2006, קבע מסגרת אחידה להגשת תביעות ייצוגיות. לסקירת החוק ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5.

19 דוגמה זו מבוססת על פרשת *DirectTV* שבה דנו בהרחבה במקום אחר; ראו Hamdani & Klement, לעיל ה"ש 1, בעמ' 702-704.

להם מענה – בעיקר באמצעות הגברת הפיקוח של בית המשפט על עורכי־הדין המייצגים – אך אין בהם כדי לשלול את ההצדקה העקרונית לאימוצו של מנגנון ההגנה הייצוגית. ראשית²⁰ ניתן לטעון כי ההגנה הייצוגית כרוכה בפגיעה קשה יותר מזו של התובענה הייצוגית בקניינם של הנתבעים חברי הקבוצה. כידוע, תוצאותיו של ההליך הקבוצתי הן מעשה בית דין עבור כלל חברי הקבוצה. במקרה של ניהול כושל של ההליך הייצוגי, התובעים בתובענה ייצוגית עלולים לכל היותר לאבד את עילת התביעה שלהם נגד הנתבע המשותף – עילה שספק אם היו מפעילים אותה מלכתחילה; לעומת זאת בהגנה ייצוגית חברי הקבוצה עלולים לאבד את זכותם להתגונן מפני תביעות שהתובע המשותף עלול להגיש נגדם בעתיד, ועלולות בסופו של דבר להביא לפגיעה מוחשית ברכושם של חברי הקבוצה. כפי שהסברנו בהרחבה במקום אחר,²¹ אנו מאמינים כי אין הבדל מהותי בין שני המנגנונים בכל הנוגע למהות הסכנה הטמונה בהם לפגיעה בזכויות של חברי הקבוצה. בתמצית, הפגיעה בזכותו של נתבע להתגונן מפני תביעה שהוגשה נגדו לתשלום סכום שאותו סירב לשלם אינה שונה מהפגיעה בזכותו של תובע לתבוע השבת סכום שאותו בחר לשלם. בשני המקרים נגרע מחבר הקבוצה סכום השווה לסכום הגבייה. מעמדו של חבר הקבוצה – כתובע או כנתבע – הוא תוצאה מהחלטתו אם לשלם את הסכום שנדרש אם לאו, והוא אינו גורר הבחנה מהותית לעניין זכותו של חבר הקבוצה ליומו בבית המשפט.²²

שנית, ההגנה הייצוגית מחריפה לכאורה את החשש לקנוניה (collusion) בין התובע המשותף לעורך־הדין המייצג את חברי הקבוצה.²³ התובע המשותף יכול לנצל לרעה את הליך ההגנה הייצוגית כדי להבטיח שעילת התביעה שלו תזכה לחסינות מפני תקיפה משפטית עתידית. חשש זה מתעורר במיוחד במקרים של סיום ההליך הייצוגי בפשרה, שאז לא ניתנת לבית המשפט הזדמנות לבחון את הראיות ולקבל הכרעה עצמאית. לגישתנו, הפתרון הראוי לחשש זה אינו שונה במהותו מהפתרון הקיים במסגרת התובענה הייצוגית, דהיינו: בית המשפט שבו מתנהל ההליך הייצוגי חייב להקפיד

20 קושי נוסף נוגע למקור לתשלום שכר הטרחה לעורך־הדין המייצג את קבוצת הנתבעים. ראו Hamdani & Klement, לעיל ה"ש 1, בעמ' 715-716. לדיון בנקודה זו ראו עמ' 485-489 להלן במאמר זה.

21 ראו Hamdani & Klement, לעיל ה"ש 1, בעמ' 719-721.

22 יש להבדיל בין ההבחנה בין תובע לנתבע לבין ההבחנה בין נתבע נוכחי לנתבע עתידי. על נפקותה של ההגנה הייצוגית לגבי נתבעים עתידיים ראו דיון בעמ' 482-485 להלן במאמר זה.

23 לדיון בחשש מפני קנוניות בהקשר של תובענות ייצוגיות ראו Alon Klement, *Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers*, 21 REV. LITIG. 25, 42-43 (2002); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343, 1373-84 (1995); Charles Silver, *Class Action – Representative Proceedings*, in 5 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 194, 213-214 (Boudewijn Bouchaert & Gerrit De. Geest eds., 2000).

בפיקוחו על עורך-הדין המייצג, בעיקר בכל הנוגע לאישורם של הסדרי פשרה בינו לבין התובע המשותף.²⁴ במקביל, על בתי המשפט לפעול להגברת התחרות בין עורכי-הדין המבקשים לזכות במעמד של עורכי-דין המייצגים את הקבוצה, אולי אפילו באמצעות מכרז.²⁵

ג. השבה בגין גבייה לא חוקית: הדין הקיים

רשימה זו מציגה את הטענה כי מנגנון ההגנה הייצוגית חיוני במיוחד להתמודדות עם סכסוכים שעניינם גבייה לא חוקית. כפי שנסביר בהרחבה בהמשך, מנגון זה יאפשר לפרט המקבל דרישת תשלום לפנות בהליך ייצוגי לבית המשפט כדי לטעון נגד חוקיות התשלום. לכאורה, אין צורך במנגנון דיוני חדש לניהול סכסוכים אלה. ניתן לטעון כי המצב הקיים – שבו הפרטים משלמים ורק לאחר מכן מוגשת תביעה ייצוגית להשבה נגד המוסד שגבה את התשלום – מספק הגנה נאותה מפני גבייה לא חוקית. גישה זו מתעלמת מהבעייתיות המאפיינת את תביעות ההשבה. בפרק זה נציג בקצרה את המכשולים שהדין הקיים בישראל מציב בפני מי שמבקש השבה של סכום ששילם שלא כדין; בפרק הבא נציג את שיקולי המדיניות המנחים בתחום זה. הדיון בפרק זה יתמקד בשלושה היבטים: הכללים המנחים באשר לסעד ההשבה עקב גבייה לא חוקית באופן כללי; הדין בנוגע לזכות הפרט להשבה בעקבות גבייה לא חוקית על ידי רשויות המדינה; והאפשרות להגיש תובענה ייצוגית להשבה.

1. הדין המהותי

זכותו של אדם להשבת סכומים שנגבו ממנו שלא כדין אינה זכות מוחלטת; בתי המשפט בישראל ובמדינות אחרות מתלבטים בדבר היקפה של חובת ההשבה.²⁶ חובת ההשבה

24 ראו Hamdani & Klement, לעיל ה"ש 1, בעמ' 730.

25 שם, בעמ' 731; לסוגיית השימוש במכרז לשם בחירת עורכי-דין מייצגים ראו: THIRD CIRCUIT TASK FORCE REPORT ON THE SELECTION OF CLASS COUNSEL (2002); Jill E. Fisch, *Lawyers on the Auction Block: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 102 COLUM. L. REV. 650 (2002); Lucian Arye Bebchuk, *The Questionable Case for Using Auction to Select Lead Counsel*, 80 WASH. U. L.Q. 889 (2002); Alon Harel & Alex Stein, *Auctioning for Loyalty: Selection and Monitoring of Class Counsel*, 22 YALE L. & POL'Y REV. 69 (2004); קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 176-178.

26 ראו Andrew Kull, *Defenses to Restitution: The Bona Fide Creditor*, 81 B.U. L. REV. 919 (2001); William J. Woodward, Jr., "Passing-on" the Right to Restitution, 39 U. MIAMI L. REV. 873 (1985).

של סכום שהתקבל שלא על פי זכות שבדין קבועה בחוק הישראלי בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר). מנגד, סעיף 2 לחוק עשיית עושר קובע כי "בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזוכה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת". היקפם של החובה והפטור, והיחס ביניהם, מעלים שאלות פרשניות רבות.

חובת ההשבה תלויה בקיומה של עילת השבה, למשל מחמת כפייה או טעות. הן כפייה והן טעות דורשות פגם ברצונו של המשלם, ומכך נגזרות גם השאלות הפרשניות לגבי עילות אלה. כך, למשל, טעות המזכה בהשבה²⁷ היא טעות יסודית, המשמיטה את הבסיס לרצונו של המשלם;²⁸ כמו כן צריך להתקיים קשר סיבתי בין הטעות לבין התשלום.²⁹ דוגמה נוספת היא הוספת קטגוריות מודרניות של כפייה – דוגמת לחץ כלכלי או איום בהפרת חוזה – על הקטגוריות המסורתיות, שלעניין כפייה המזכה בהשבה כללו איום באלימות או בשלילת נכסים נבחנת השאלה אם הייתה למשלם ברירה סבירה אחרת במקום התשלום, ובקטגוריות המודרניות נבחנת אף אפשרות הפנייה לערכאות.³⁰ אם כן, הפגמים ברצונו של המשלם עוברים כחוט השני ביסודות השונים של עילות ההשבה.

הפטור מהשבה תלוי, בין היתר, בהתנהגות הצדדים ובתום לבם,³¹ בשאלה אם היה שיהוי בהגשת התביעה להשבה במועד שבו הוגשה,³² ובנוק שייגרם לנתבע אם יידרש

27 הזכות להשבה הוגבלה בעבר למקרים של טעות שבעובדה, אך הכלל המשפטי השתנה בע"א 292/68 יעקב יפת ושות' בע"מ נ' איסטוד, פ"ד כג(1) 604 (1969) (להלן: עניין איסטוד), שם נקבע כי הפטור מהשבה קיים גם במקרה של טעות שמקורה בדין.

28 לעניין זה הוצעו מבחנים שונים בדין האנגלי ובוזה הישראלי. מבחן אחד קבע שכדי לזכות בהשבה יש להוכיח כי אילו הייתה העובדה נכונה, היה המשלם חייב לשאת בתשלום מכוח הדין; ראו Aiken v. Short, [1856] 156 E.R. 1180. על מבחן זה, המצמצם את הזכות להשבה, הועברה ביקורת והמבחן הורחב; ראו Barclays Bank v. Simms [1980] 1 QB 677 3 All E.R. 522, 538-539. מבחן נוסף עוסק בשאלה אם התשלום נעשה שלא מתוך רצון לסלק תביעה כנה; ראו עניין איסטוד, שם, בעמ' 616.

29 דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב, פרק 25, בעמ' 820-821 (מהדורה שנייה, 1998).

30 שם, בעמ' 920.

31 ראו ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 327-329 (1991); פרידמן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1184-1183.

32 על הגנת השיהוי ראו פרידמן, שם, בעמ' 1198-1199. עצם השיהוי אינו שולל את חובה ההשבה, אך יש בו כדי להעיד על אחת משתי הגנות אחרות. ראשית, שיהוי יכול לשמש ראיה לויתור או להשלמה; ראו ע"א 522/71 בנין נ' בנין, פ"ד כח(2) 309 (1974); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5)

להשיב את הסכום שגבה. לפי הפסיקה, מטרת הפטור הינה להביא לתוצאה צודקת במישור היחסים בין הצדדים בצד הסתכלות חברתית כוללת, המבקשת ליישם נורמה מוסרית שעל פיה לא יצא חוטא נשכר.³³ עיקרי התנאים לקיום ההגנה של "שינוי מצב לרעה" (המכונה גם שינוי נסיבות) הם נטייתו של "מאזן האשם" לטובת הנתבע, שינוי נסיבות בלתי-הדיר שגרם להרעה ממשית במצב הנתבע וקיומו של קשר סיבתי ישיר בין הזכייה לשינוי.³⁴

הנסיבות המקימות את חובת ההשבה או הופכות אותה לבלתי-צודקת הינן מורכבות, ואין ביכולתנו לתארן כאן באופן ממצה.³⁵ ככלל ניתן לומר שתכליתו המוצהרת של הדין הינה לאזן בין הרצון למנוע גבייה שלא כדין הנובעת מפגמים ברצונו של המשלם מחד גיסא, לבין ההכרה בחוסר-הצדק ובעלויות העלולים לנבוע מחובת ההשבה מאידך גיסא. סוגיית ההשבה נהפכת מורכבת יותר כאשר מדובר בגבייה על ידי רשות ציבורית. מחד גיסא המשפט הציבורי והמשפט המנהלי מטילים על הרשות הציבורית חובות מוגברות ביחס לאזרחים הכפופים לה או נדרשים לשירותיה;³⁶ מאידך גיסא, כאשר רשות ציבורית גבתה כספים על סמך טעות בחוק, הביאה אותם בחשבון תקציבה ואף הוציאה אותם לצורכי הכלל – חובת ההשבה עלולה להטיל עליה מעמסה תקציבית שתיפול בסופו של דבר על כתפיהם של כלל האזרחים.³⁷

- 433, 459 (2003) (לא ניתן לראות בהתנהגות המערערת ויתור שכן המשיכה במגעים ומשאים ומתנים עם הרשות). שנית, קיים קשר בין שיהוי לבין שינוי מצב לרעה עקב חלוף הזמן.
- 33 ראו ע"א 5267/03 פרג'גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 361-365 (2005).
- 34 מנחם מזוז "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת" – סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 "משפטים" 487, 512-514 (1980).
- 35 לדיון מקיף ראו פרידמן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 814-904 לעניין טעות, בעמ' 905-1007 לעניין כפייה ובעמ' 1176-1215 לעניין ההגנות מחובת ההשבה.
- 36 ראו ע"א (מחוזי י-ם) 5526/04 עיריית מעלה אדומים נ' סאסי קבלני בניין בע"מ, פדאור 05(15) 473, פסקה 8 (2005): "בסיסה העיוני של חובת ההשבה של הרשות במקרים כאלה נעוץ הן במשפט המינהלי – נוכח חובתה של הרשות לפעול בסבירות; והן במשפט הפרטי – מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט – זאת לאור הדואליות הנורמטיבית החלה על פעולותיה של רשות ציבורית"; ע"א (מחוזי י-ם) 5242/04 עיריית בית שמש נ' ד' רוטשטיין חברה לבניין ונכסים בע"מ, פ"מ התשסג(2) 481, 518-519 (2004). ראו גם ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פדאור 06(4) 549, פס' 43 (2006) (להלן: פרשת רשות העתיקות): "ואילו הרשות מצידה חייבת להקפיד הקפדה היטב כי כל פעולותיה תיעשנה על-פי דין. הנטל בעניין זה על כתפיה של הרשות מוטל הוא – על כתפיה ולא על כתפיו של הפרט".
- 37 פרידמן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 877, 956. בבג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 819-820 (1996) נקבע כי "השאלה, מה דינם של מסים שנגבו בחריגה מסמכות, היא שאלה קשה... עולה מתוך החומר ההשוואתי, כי בתי המשפט שקלו, מחד גיסא, את זכותו של אדם להשבה של סכומי קנס הפיגורים אשר שולמו מכוחו של חוק שהוכח כבלי תקף; ומאידך גיסא, נשקלו הבעיות הכלכליות והתקציביות שהשבת סכומי הקנס עלולה לגרום לרשות הציבורית ולציבור בכללותו". ראו

בע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ³⁸ נדונו השיקולים שביט המשפט צריך לשקול בכואו להחליט אם ראוי לפסוק השבה נגד רשות ציבורית שגבתה סכומים שלא כדין.³⁹ בית המשפט העליון השאיר את השאלה אם קיימת עילה עצמאית להשבה בגין חריגה מסמכות בצריך עיון,⁴⁰ וקבע כי לתובע ששילם עומדת עילת תביעה מכוח טעות שבדין, המקנה זכות להשבה, ולחלופין – מכוח כפייתו לשלם כתנאי לקבלת ההיתר שנדרש מן הרשות.⁴¹

בית המשפט אף עמד על כך שההגנה העיקרית נגד תביעת השבה בין יחידים היא בעילה של שינוי מצב לרעה. כאשר מדובר בתביעה נגד רשות ציבורית, עילת הגנה זו תלויה בשאלה אם קיים חשש מפני פגיעה חמורה בתקציב הרשות, ומכאן כינויה "הגנת התקציב". החשש נובע משניים: ראשית, ניתן להניח שהתנהגות הרשות פגעה במספר רב של אנשים, ולכן סכומי הכסף שהרשות עלולה להידרש להשיבם יהיו ניכרים; שנית, התביעה להשבה יכולה לצוץ לאחר שנים, ואז השבתם של הכספים עלולה לפגוע קשות בתקציב הרשות, וכתוצאה מכך – בפעילותה התקינה ובאינטרס הציבורי.⁴²

בית המשפט הכיר עקרונית בהגנת התקציב,⁴³ אך גם קבע שהשימוש בה ראוי כי ייעשה בזהירות מרבית: על הרשות להוכיח כי תקציבה ייפגע פגיעה ניכרת וכי אין בידיה

גם רע"א 2837/98 ארד נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(1) 612, 600 (2000);
ע"א 4335/01 עיריית צפת נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נח(2) 17, 24 (2003);
בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פדאור 05(17) 160 (2005).

38 פרשת רשות העתיקות, לעיל ה"ש 36.

39 שם.

40 שם, בפסקה 35.

41 שם, בפסקאות 36-39. לעניין ההכרה באילוף כעילה להשבה מרשות ראו גם ע"א 412/54 עיריית ת"א-יפו נ' חברת "ארמון אהרונוביץ 3" בע"מ, פ"ד י(3) 1835.

42 פרשת רשות העתיקות, לעיל ה"ש 36, בפס' 50 לפסק דינו של השופט חשין. נדגיש כי איננו נוקטים עמדה בשאלה אם הגנה מסוג זה הינה ראויה; הדיון בפרק זה נועד לסקור את עמדתם של בתי המשפט.

43 אחת ההגנות העומדות לרשות נגד תביעת השבה היא "הגנת הגלגול": מאחר שהנישום מגלגל חלק מהמס המוטל עליו על לקוחותיו, השבת מלוא המס תעשיר אותו שלא כדין. לדיון בהגנת הגלגול ראו יעקב נוסים "ניתוח כלכלי של הגנת הגלגול בדיני מסים" משפטים לח 43 (2008). לפסק דין שקבע סטנדרטים להשבת מסים לא חוקיים ראו McKesson v. Division of Alcoholic Beverages & Tobacco, 496 U.S. 18 (1990). כן ראו סעיף 6416(a)(1)(A) לחוק המס הפדרלי האמריקני (Internal Revenue Code), הקובע כי מסי קנייה פדרליים מסוימים ששולמו ביתר לא יוחזרו לנישום אלא אם יוכיח כי לא העבירם לקונים באמצעות מחיר המוצרים. גם סעיף 6 לחוק מסים עקיפים (מס ששולם ביתר או בחסר), התשכ"ח-1968, ס"ח 156, קובע הסדר דומה. ראו ע"א 180/99 מנהל מס קנייה נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נו(3) 625 (2003) (הגנת הגלגול הקבועה בסעיף 6 לחוק מסים עקיפים גוברת על הדינים הכלליים לעשיית עושר והמדינה זכאית לפטור מהשבה); ע"א

אמצעים חלופיים מעשיים לצמצום פגיעה זו. אל מול שיקולים אלה תישקל עצמת הפגיעה בשלטון החוק, התנהגות הצדדים ובעיקר עד כמה מקוממת הייתה התנהגות הרשות.⁴⁴

לסיכום: הדין המהותי מקנה זכות להשבה של סכומים ששולמו למקבל ללא זכות שבדין, אולם הוא גם מכיר בשלושה סייגים עיקריים: התנהגות הצדדים, הנזק לצדדים, והזמן שעבר ממועד התשלום ועד מועד הדרישה להשבה. נוסף על כך הדין המהותי מבחין בין תביעות השבה המוגשות נגד רשויות ציבוריות לבין תביעות השבה המוגשות נגד גופים פרטיים. הבחנה זו מתקיימת הן בצד עילת התביעה של המשלם והן בצד עילות ההגנה העומדות למקבל התשלום.

כפי שנראה בחלק הבא, הרצון לאזן בין הזכות להשבה לבין האינטרס בהגנה על נתבעים מפני תוצאות ההשבה במקרים שבהם הנטל הכספי הכרוך בה גדול, הביא בחוק התובענות הייצוגיות החדש להסדרה מיוחדת לא רק בדין המהותי כי אם גם בדין הדיוני.

2. הדין הדיוני: תובענות ייצוגיות

תביעות בגין גביית תשלומים שלא כדין מתאימות לכאורה לדין בדרך של תובענה ייצוגית. במקרים רבים פעל הנתבע באופן דומה כלפי מספר רב של תובעים, שלכולם טענה משפטית זהה הנוגעת לחוקיות הגבייה. התובעים נבדלים זה מזה בעיקר בגובה הסכום שנגבה מהם, וחישובו הוא פשוט ומיידית.⁴⁵ במקרים רבים מדובר בתביעות ששוויין עבור כל תובע אינו מצדיק את הגשתן כתביעות בודדות, בעוד איחודן בתובענה ייצוגית אחת הופך את הגשתה, את ניהולה ואת הייצוג בה לכדאיים. מאחר שמדובר

6080/97 קמור רכב בע"מ נ' מדינת ישראל, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נז(5) 855 (2003) (כאשר מועלית טענה בדבר אי-גלגול של מלוא הסכום אל הצרכנים יש להוכיח מהו הסכום שלא גולגל); פרידמן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1210-1202.

44 פרשת רשות העתיקות, לעיל ה"ש 36, פסקה 60 לפסק דינו של השופט חשין; עניין סאסי, לעיל ה"ש 36.

45 ראו, למשל, בש"א (מחוזי ב"ש) 7876/00 פול נ' עיריית אשקלון, פדאור (4)01 472, בעמ' 4-5 (2001): "ברור שאם בסיס הפיצוי הוא שווה והשוני הוא רק במכפלה מתמטית של כמות או של תקופת זמן, אין בכך לשלול את אישור התובענה הייצוגית"; בש"א (מחוזי ת"א) 55854/99 (ת"א 2328/99) טיומקין נ' עיריית תל אביב-יפו (לא פורסם, 14.5.2000): "הסעד המבוקש הנו אחד – קרי השבה. התוצאה הכספית של ההשבה לגבי כל אחד ואחד מחברי הקבוצה יכולה להיות שונה. תעריפי החיוב בגין פעולה אחת לעניין 'הוצאות האכיפה' זהים, למרות שייתכן שסה"כ ההוצאות עשוי להיות שונה מחייב לחייב... אין צורך בהוכחת נזק ספציפי לכל אחד; אין גם קושי באיתור סכומי ההשבה... לצורך ההשבה, אני מוצאת כי הסעדים הולמים ברמה הנורמטיבית הליך של תביעת ייצוג קבוצתית"; ת"א (מחוזי ת"א) 1690/01 רונן נ' מועצת עיריית בתים, פדאור (2)03 775, בעמ' 7 (2003): "חוסר זהות בסכום שלהשבתו יהיה זכאי כל אחד מהנמנים על הקבוצה, אינו משמש מניעה מהכרה בתובענה כייצוגית".

בשאלה משפטית אחת הנוגעת לחוקיות הגבייה, ללא סיבוכים הנוגעים לשאלות משפטיות נוספות או לשאלות עובדתיות מורכבות, ניהולה של תובענה ייצוגית בגין גבייה שלא כדין אינו דורש השקעת משאבים רבים; אין צורך בחוות דעת של מומחים, ורוב השאלות העובדתיות ניתנות לבירור בנקל מתוך מסמכיה של הנתבעת.⁴⁶ פשוטות של תובענות ייצוגיות בגין גבייה שלא כדין מקלה גם על ניהולן על ידי בית המשפט. חוק תובענות ייצוגיות קובע כי אישורה של כל תובענה ייצוגית מותנה בכך שבית המשפט ימצא שהתקיימו כמה תנאים: יש שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה; יש אפשרות סבירה להכרעה בשאלות אלה לטובת הקבוצה; התובענה הייצוגית היא אכן הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת; והתובע המייצג ועורך-הדין ייצגו וינהלו את עניינם של כלל חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב.⁴⁷ מאחר שעילות הגבייה שלא כדין אינן כרוכות בבירור עובדתי או משפטי מסובך, ההכרעה בשלב המקדמי באשר לאישור התובענה כייצוגית ולהתקיימותם של תנאים אלה היא פשוטה והסיכוי לטעות בה אינו גדול.

חוק התובענות הייצוגיות מאפשר, עקרונית, הגשת תובענות בגין גבייה שלא כדין הן כנגד נתבעים פרטיים והן כנגד רשויות המדינה. תביעות כנגד נתבעים פרטיים אפשריות, למשל, כשהגבייה נעשתה בקשר ליחסי עוסק-לקוח, ביחסי מבטח-מבוטח, ביחסים שבין לקוחות לבין תאגידים בנקאיים ובעילות לפי חוק ההגבלים העסקיים.⁴⁸ תביעות השבה נגד רשויות המדינה אפשריות לפי פרט 11 לתוספת השנייה, בכפוף לתנאים מיוחדים שיפורטו להלן. למעשה, תביעות אלה הן כמעט היחידות שניתן להגיש נגד רשויות המדינה על פי החוק החדש.⁴⁹

46 כך, למשל, בבדיקה שערכנו ביום 1.5.08 במאגרי הפסיקה ובפרסומי העיתונות באתרים TheMarker ו-Globes, עלה כי מתוך 345 תובענות ייצוגיות שהוגשו לאחר קבלת חוק תובענות ייצוגיות, 152 (כ-45%) היו תביעות להשבת סכומים שנגבו שלא כדין, ו-68 מהן הוגשו נגד המדינה או נגד רשויות ציבוריות אחרות.

47 ס' 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

48 פריטים 1 עד 4 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

49 ראו דבריו של חבר הכנסת רשף חן בישיבת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית של חוק תובענות ייצוגיות, ד"כ התשס"ו 27857: "מה הדבר שחסר מאוד בחוק הזה? בחוק הזה חסרה היכולת לתבוע את הרשות בעילות נזיקין. המקרה המובהק שמשמשים בו שוב ושוב כדוגמה מוצדקת הוא המקרה של העצירים שישנים על הרצפה בבתי-המעצר. אין כאן יחסי ספק לקוח, לכן אי-אפשר לתבוע את המדינה מכוח יחסי ספק לקוח. זהו מעשה של רשות, וגם זה לא מצב שגבו כסף. העילה מבחינת החוק היא או הפרת חובה חקוקה או רשלנות, והיתה תקווה, ומבחינתי עדיין יש תקווה, שדרך עוולת הרשלנות תפתח עוולה שנוהגים לכנות אותה העוולה החוקתית, של פגיעה בכבוד האדם, מפני שזה פוגע אנושות בכבוד האדם בכך שבמקום לתת לו מיטה הוא שוכב על הרצפה וזה לא צריך להיות כך" (כנס מיוחד, הישיבה ה-310 של הכנסת ה-16, יום רביעי, א' באדר התשס"ו (1 במרץ 2006)). זמין גם באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/plenum/data/00634906.doc.

במקביל, החוק מקנה לנתבעים כמה הגנות במקרים שבהם החשש לנזקים שייגרמו להם עקב התובענה הייצוגית הוא ניכר. ההגנה הראשונה שהחוק מקנה לנתבע קמה במקרים שבהם ניהול התובענה הייצוגית או פסיקת הסעד נגדו עלולים להביא לפגיעה בציבור. סעיף 8(ב) לחוק מאפשר לבית המשפט – במסגרת ההחלטה אם לאשר את התובענה כייצוגית – להתחשב בנזק חמור העלול להיגרם לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו כתוצאה מניהול ההליך כתובענה ייצוגית.⁵⁰ הגנה נוספת קמה מכוח סעיף 20(ד) לחוק, המאפשר לבית המשפט להפחית את שיעור הפיצוי שיפסוק בהתחשב בנזק העלול להיגרם לנתבע, לציבור הנזקק לשירותיו או לציבור בכלל בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו.⁵¹

נוסף על הגנות כלליות אלה החוק מעניק הגנות נוספות לנתבע שהוא רשות כהגדרתה בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.⁵² סעיף 21 לחוק זה מגביל את ההשבה בתביעות

50 ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 153-156. למעשה ההגנה נועדה להגן על הציבור ולא על הגוף נותן השירות. סעיף 8(ב)(1) חל על רשויות המדינה ואילו סעיף 8(ב)(2) חל על גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח מחמיר, ודורש שהנזק ייגרם עקב פגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע. פרשנותו של סעיף 8(ב) צריכה להיות דווקנית ולצמצם את היקף החריג רק למקרים שבהם עצם ניהול ההליך עצמו יגרום לנזק שעלותו גדולה מתועלתו, ושלא ניתן לתקנו בדרך אחרת – למשל על ידי סעיף 20 והגבלת הפיצויים או אישור שינויים מכוח סעיף 13.

51 קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 155-156. הן סעיף 8(ב) והן סעיף 20(ד) מבחינים בין נתבע ציבורי לבין נתבע פרטי. כאשר הנתבע הוא ציבורי (המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין) הרי אם שוכנע בית המשפט שעצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית (סעיף 8(ב)) או הפיצוי שייפסק (סעיף 20(ד)) צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו ביחס לתועלת הצפויה מניהול התובענה הייצוגית, וכי לא ניתן למנוע נזק זה, יוכל בית המשפט לשקול נזק זה בהחלטתו לגבי אישור התובענה הייצוגית (8(ב)) או פסיקת הסעד בה (20(ד)).

כאשר הנתבע הוא גוף פרטי נדרש כי נוסף על האמור לעיל ישתכנע בית המשפט גם שהנזק האמור ייגרם כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע. יש להדגיש שבעוד ההגנה בסעיף 20(ד) ניתנת לכל נתבע פרטי, ההגנה הניתנת לנתבעים פרטיים בסעיף 8(ב) מוגבלת לגוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח – נתבעים שאינם משתייכים לקבוצה זו, ואינם נתבעים ציבוריים, אינם נהנים מההגנה בסעיף 8(ב).

52 חוק תובענות ייצוגיות מתייחס למונח "רשות" בהקשרים ובמונחים שונים: "רשות ציבורית" מוגדרת בסעיף 1 כגוף המנוי בתוספת הראשונה. כיום מנויות בתוספת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. רשות ציבורית יכולה להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית מכוח סעיף 4(א)(2), להשתתף בדיונים בתובענה שלא הגישה לפי סעיף 15, ולהגיש התנגדות מנומקת להסדר פשרה לפי סעיף 18(ד). לעומת הגדרה זו, החוק משתמש במונח "רשות" כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, ס"ח 190: "רשות" – רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים

אלה לתקופה שאינה עולה על 24 החודשים שקדמו למועד שבו הוגשה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. סעיף 9 לחוק מאפשר לרשות שהוגשה נגדה בקשה לאישור תובענה ייצוגית להשבה, להודיע כי תחדל מהגבייה הלא חוקית שבגינה הוגשה הבקשה,⁵³ ואז נדרש בית המשפט לדחות את הבקשה מבלי לפסוק את השבת הסכומים שנגבו.⁵⁴ שני הסעיפים מקנים לרשות הגנה מלאה מפני העלויות הכרוכות בפסיקה המחייבת אותה להשיב את הסכומים שגבתה שלא כדין בהליך של תובענה ייצוגית, אם כי שניהם מותירים בעינה את אפשרות לתביעה אינדיבידואלית. יש להדגיש, עם זאת, שגם אם נחסמה התובענה הייצוגית לפי סעיף 9, בית המשפט רשאי לפסוק גמול לתובע המייצג ולעורך-הדין.⁵⁵

לסיכום: כמו הדין המהותי, גם חוק התובענות הייצוגיות יוצר מסגרת מורכבת המאפשרת תביעות השבה ייצוגיות מחד גיסא, ומעניקה לנתבעים הגנות שונות מאידך גיסא. כמו כן, כמו הדין המהותי כך גם חוק תובענות ייצוגיות מבחין בין נתבעים ציבוריים לפרטיים: ההגנה מפני תביעות השבה המוענקת לרשות ציבורית רחבה יותר מזו המוענקת לגוף פרטי.

מתן אפשרות להגשת תובענות ייצוגיות להשבה תוך הענקת הגנות שונות לנתבעים ככלל, ולנתבעים ציבוריים בפרט, מעיד על התמודדותו של המחוקק עם הדילמה שתוארה בחלק הקודם, דהיינו: הרצון להרתיע נתבעים מפני התנהגות שאינה חוקית ולחייבם להשיב סכומים שגבו שלא כדין, אל מול החשש כי תובענה ייצוגית המרכזת תובעים רבים תביא להטלת עלות משמעותית על הנתבע ותפגע בציבור הנזקקים לשירותיו. אלא, שהמסגרת שנוצרה עלולה לעקר מתוכן ממשי את התובענה הייצוגית. הניסיון לאחוז במקל בשתי קצותיו – להרתיע באמצעות איום בפיצוי והשבה, ולהימנע בדיעבד מאותם פיצוי והשבה – הוא בעייתי.

לכסוף, יש להדגיש שבעוד פריט 11 לחוק מאפשר הגשת תובענה ייצוגית נגד רשות להשבת סכומים שגבתה, לשונו אינה מאפשרת לכאורה תביעה לסעד הצהרתי או לצו

ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין". הגדרה זו חלה מכוח סעיף 3 לחוק על סעיפים 5(ב), 9 ו-21 לחוק. לבסוף, סעיפים 8(ב), 1(1) ו-20(ד) מתייחסים לרשות בקובעם את תחולתם על "המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין". אף על פי שמבחינה לשונית עולה כאילו היקף הנתבעים הכפופים לסעיפים אלו מצומצם מעט מההגדרה שבסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, נראה שהבדל זה אינו מכוון אלא נובע מחוסר תשומת לבו של המחוקק.

53 כפי שנסביר בהמשך, סעיף 9 לחוק קרוב במהותו למנגנון ההגנה הייצוגית. ראו דיון להלן בפרק ה.2.
54 יודגש שסעיפים אלה אינם פוגעים בזכותו של תובע לתבוע בהשבה בתביעה אינדיבידואלית; ראו סעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות.

55 ס' 9(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. לדיון בסעיף זה ראו בש"א (מנהליים ת"א) 19983/06 אכדיה סופטוור סטטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים, תק-מח 2007(1) 5218 (2007).

בין זכותו של המשלם לחופש פעולה הנקי מחשש לתשלומים מוטעים⁵⁹ לבין זכותו של המקבל לוודאות וליציבות בהסתמך על תשלומים שקיבל ושטעה לחשוב שהם מגיעים לו.⁶⁰ דגן הראה כי דרך ניתוח זו מוליכה למסקנה שכאשר גביית התשלומים נעשתה באופן מוסדי (ציבורי או פרטי), על מקבל התשלום המוטעה (החברה או הרשות הציבורית) להשיבם למשלם במלואם: זכותו של ארגון או מוסד ציבורי לאוטונומיה אינה ראויה להגנה כזכותו של הפרט המשלם.

הדרך השנייה לבחינת הסוגיה מבוססת על שיקולים חברתיים של רווחה ותועלת. גם בהקשר זה סבר דגן, בהתבסס על ניתוח כלכלי, כי מוסדות – בין ציבוריים ובין פרטיים – יש לחייב בהשבה, וזאת משום שיעילותו של ארגון גדול במניעת טעויות גבוהה יותר מזו של הפרט, והאינטרס שלו ממילא גדול יותר. עלויות ההסתמכות של הארגון יהיו בדרך כלל נמוכות, וגם העלויות האדמיניסטרטיביות לא יהיו גבוהות.⁶¹

להלן נתמקד בניתוח הכלכלי של הסוגיה, ובכלל זה בדרכים הדיוניות השונות שבהן ניתן להתנגד לתשלום הנדרש או לבקש את השבתו. הגישה המקובלת בספרות האקדמית מנתחת את סוגיית ההשבה באמצעות מודל נזיקי.⁶² לפי גישה זו, דיני ההשבה אמורים למזער את מכלול העלויות החברתיות הכרוכות בתשלום מוטעה, דהיינו: עלויות ההסתמכות של מקבל התשלום, העלויות הכרוכות במניעת התשלומים המוטעים, והעלויות האדמיניסטרטיביות הכרוכות בהשבתם.⁶³ יתר על כן: לפי ניתוח זה, האירוע "המזיק" שיש למנוע הוא ביצוע התשלום שלא כדין, כשהנזק המרכזי הנגרם עקב

59 דגן הסביר כי זכות זו ניתנת לתרגום בשלושה אופנים: זכותו של המשלם ליישום רצונו האמיתי, זכותו להרחבת חופש הפעולה שלו ללא חשש מתוצאות של תשלומים מוטעים, וזכותו ליישום ה"אני האמיתי" שלו המאפשר לו לחזור מטעויות שעשה. ראו Dagan, THE LAW AND ETHICS, שם, בעמ' 40-45; וכך: Dagan, *Mistakes*, שם, בעמ' 1798-1802.

60 ראו Dagan, THE LAW AND ETHICS, שם בעמ' 45-52; וכך Dagan, *Mistakes*, שם, בעמ' 1803.

61 ראו Dagan, *Mistakes*, שם, בעמ' 1820. לעמדה שלפיה אין להבחין בין גבייה על ידי מוסדות לגבייה על ידי פרטים ראו Richard J. Sutton, *Mistaken Payments: An Inner Logic Infringed?*, 37 U. TORONTO L.J. 389, 399-400 (1987).

62 ראו Dagan, *Mistakes*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1812, ה"ש 68: "The discussion... attempts to adapt the existing conventional wisdom of the economic analysis of accidents law to the context of mistakes". נוסף על הניתוח של חנוך דגן, הדיון בפרק זה מסתמך על המקורות הבאים: D. Cooter & Edward L. Rubin, *A Theory of Loss Allocation for Consumer Payments*, 66 TEX. L. REV. 63, 68-78 (1987); Peter K. Huber, *Mistaken Transfers and Profitable Infringement on Property Rights: An Economic Analysis*, 49 LA. L. REV. 71, 78-90 (1988); Jack Beatson & William Bishop, *Mistaken Payments in the Law of Restitution*, 36 U. TORONTO L.J. 149 (1986).

63 ראו Dagan, *Mistakes*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1810-1811.

האירוע הוא ההסתמכות ושינוי המצב לרעה של מקבל התשלום.⁶⁴ בדומה למודלים נזיקיים אחרים שבהם מעורבים שני צדדים היכולים להשפיע על התרחשות הנזק,⁶⁵ גם כלל ההשבה האופטימלי חייב להביא בחשבון את התמריצים של שני הצדדים – הגורם המשלם והמוסד מקבל התשלום.

הבחירה במודל הנזיקי בהקשר זה אינה נקייה מספקות. ראשית, ספק אם סעד ההשבה עולה בקנה אחד עם עקרונות ההרתעה העומדים ביסוד הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין. ככלל, הגישה הכלכלית מניחה כי סכום הפיצוי צריך להיות שווה לנזק החברתי.⁶⁶ בעוד שסעד ההשבה מוגבל לסכום ששולם בטעות, הנזק החברתי כתוצאה מתשלום לא חוקי אינו מלוא הסכום ששולם בטעות אלא נזקי ההסתמכות הנובעים מביצוע התשלום.⁶⁷ שנית, ספק אם יש בחיוב ההשבה גרידא כדי להביא להרתעה אופטימלית של גורם המבקש לגבות כספים שלא כדין. נניח לדוגמה שקיימת הסתברות של 50% כי עובדת קיומה של הטעות לא תתגלה. בנסיבות אלה, עקרונות ההרתעה האופטימלית מחייבים כי הסנקציה בגין גבייה שלא כדין תעמוד על 200% מסכום הגבייה⁶⁸ – אולם סעד ההשבה אינו מיועד להביא לתוצאה זו.

ברשימה זו אין בכוונתנו לעסוק במודל הכלכלי הראוי לניתוח של בעיית ההשבה.⁶⁹ לפיכך נתמקד בשאלה כיצד יש ליישם את המודל הנזיקי המקובל בהקשר של גבייה לא

64 ראו Dagan, *Mistakes*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1820: "the harm of mistakes is detrimental reliance. Detrimental reliance materializes when the recipient makes irrevocable postreceipt expenditures that were caused by the mistake: that is, that would not have been made but for the mistake"

65 ראו Steven Shavell, *Strict Liability Versus Negligence*, 9 J. LEGAL STUD. 1 (1980).

66 שם.

67 מנגד ניתן לטעון כי חיוב הגורם המקבל להשיב את הכספים גם אם שינה את מצבו לרעה גורם לו, למעשה, להפנים את העלות החברתית הכרוכה בגבייה לא חוקית, דהיינו: נזקי ההסתמכות.

68 ראו Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76(2) J. POL. ECON. 169 (1968).

69 מודל חלופי לניתוח הסוגיה הוא המודל הקנייני. על פי מודל זה המערכת המשפטית מעניקה הגנה בדמות כלל קניין לזכותו של הפרט לגבייה חוקית. להבחנה בין כללי קניין וכללי אחריות ראו Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). אם כך, לפי מודל זה מטרת הדין הינה להביא למניעה של גבייה לא חוקית שלא בהסכמת הפרט, וזאת במנותק מהעלויות הכרוכות בכך. גישה זו מתיישבת עם עמדת הדין כאשר שאלת חוקיותו של התשלום מתעוררת מלכתחילה ולא בדיעבד. לדוגמה, אם התושב יעורר את סוגיית חוקיותו של התשלום בשלב השני, סביר להניח כי בית המשפט יתעקש כי תשלום הארנונה יתבצע בהתאם לדרישות החוק, בהתעלם מהיקף המשאבים שתידרש הרשות המקומית להשקיע כדי להבטיח דיוק של 100%. כפי שנסקר בפרק הבא, מוסד ההגנה הייצוגית תומך בהגנה הקניינית לזכות הפרט על ידי הקדמה של מועד הביורור. למותר לציין כי התאמתו של המודל הקנייני לניתוח הסוגיה אף היא אינה נקייה מספקות.

חוקית. במסגרת הניתוח נבחין בין שלושה שלבים. בשלב הראשון המוסד מחליט מה גובה התשלום שיגבה. בשלב זה המוסד צריך להחליט כמה להשקיע בבדיקה אם התשלום שהוא מבקש לגבות הינו מוצדק עובדתית ומשפטית. לדוגמה, נניח כי מדובר ברשות מקומית השולחת לתושביה חשבונות לתשלום ארנונה: בשלב זה עליה להחליט אם להשקיע בבחינת החוקיות של דרישות התשלום.

בשלב השני כל פרט המקבל את דרישת התשלום מחליט אם לשלם את מלוא הסכום שנדרש ממנו ואם – ועד כמה – להשקיע בבירור אם התשלום נדרש ממנו כדין. לדוגמה, תושב המקבל דרישה לתשלום ארנונה צריך להחליט אם לשלם את מלוא הסכום ועד כמה להשקיע זמן ומשאבים בבדיקת החישוב שערכה הרשות המקומית.

השלב השלישי מתקיים לאחר ביצוע התשלום על ידי הפרט. בשלב זה הפרט מחליט כמה להשקיע בבירור השאלה אם הסכום ששילם נגבה ממנו כדין, ואם לא – האם לתבוע את השבתו. יש להדגיש כי בעוד שהשלב השני תחום בפרק זמן קצר, השלב השלישי הינו למעשה פרק זמן מתמשך המוגבל רק על ידי כללי שיהוי והתיישנות.

כדי להפוך את הדיון לברור יותר נניח שתי הנחות מפשטות: ראשית נניח שהפרט שנדרש לשלם פועל במנותק מפרטים אחרים שאליהם הופנתה דרישה דומה; שנית נניח שהסכום שנדרש הפרט לשלם הוא גדול דיו כדי להצדיק השקעת משאבים בבירור של חוקיות הדרישה, אם הסיכויים שתימצא לא חוקית הם גדולים.

נפתח בניתוח התנהגותו של הפרט בשלב השלישי – בדוגמה שלנו, התושב משלם הארנונה. בשלב זה נדרש התושב, בהנחה שלא התנגד לתשלום קודם לכן, להחליט כמה (אם בכלל) להשקיע בבדיקה של חוקיות התשלום. נוסף על גובה ההחזר ועלויות הבדיקה, החלטת הפרט בשלב זה תהיה תלויה גם בהסתברות שיימצא כי התשלום היה לא חוקי. הסיכוי לכך נגזר מהשקעתה הראשונית של הרשות בבדיקה של חוקיות התשלום. מובן, כי החלטתו של הפרט תהיה תלויה בכך שיזכה להשבה אם הגבייה נעשתה שלא כדין. רק אם השבה כזו היא אפשרית ישקול הפרט אם לבדוק את חוקיות התשלום.

סך העלויות בשלב זה (בהנחה שהשבה היא אפשרית) יהיה שווה לעלויות שישקיע הפרט בבירור של חוקיות התשלום, בצירוף העלויות הכרוכות במשא ומתן או בהתדיינות משפטית אם התשלום יתברר כלא חוקי לדעתו של הפרט, ובצירוף העלויות שבהן יהיה על הרשות לשאת אם אכן תצטרך בסופו של דבר להשיב את התשלום שגבתה.

בשלב השני הפרט בוחר בין שתי אפשרויות: לשלם ולדחות את ההחלטה אם לבדוק את חוקיות התשלום למועד מאוחר יותר, או לערוך בדיקה לפני התשלום. החלטתו של הפרט בשלב תסתמך בין היתר על ציפייתו לגבי התנהגותו בשלב השלישי. מאחר שפרק הזמן העומד לרשות הפרט בשלב זה הוא מוגבל, בירור בשלב זה יהיה מסוכן יותר מאשר בירור מאוחר בשלב השלישי. הפרט יצטרך להביא בחשבון גם שדחיית הבירור לשלב מאוחר יותר עלולה להיות כרוכה בסיכון כלכלי מסוים (חדלות פירעון של הגורם

מקבל התשלום, למשל) או בעלויות עסקה או התדיינות משפטית שונות מאלו הכרוכות בהתנגדות מראש. במקרים רבים יהיו בידי הגורם שדרש את התשלום אמצעי לחץ שיגדילו את עלויותיו של הפרט אם יסרב להיענות לדרישה. כך, בדוגמה שלנו העירייה עלולה לעקל ולמכור את נכסי המיטלטלין של החייב, ואם לא נמצאו די מיטלטלין – אף למכור את נכסי המקרקעין שברשותו.⁷⁰ באופן פורמלי פחות העירייה עלולה לעכב שירותים ואישורים שהחייב נדרש להם לענייניו השונים. במקרים כאלה לא יהיה טעם לברר את חוקיות הדרישה בשלב השני, אם הפרט צופה שממילא יעדיף להיענות לדרישה כדי לחסוך מעצמו את העלויות הללו. מנגד, ברור כי כלל שאינו מאפשר השבה בשלב השלישי יחזק את תמריציו של הפרט לבדוק את חוקיות התשלום כבר בשלב השני.

בשלב הראשון המוסד – הרשות המקומית בדוגמה שלנו – מחליט אם לבדוק את חוקיות התשלום שהוא דורש. החלטה זו תלויה בסיכוי שהפרט המשלם יבדוק בעצמו את חוקיות התשלום ויתנגד לו בשלב השני, ובסיכוי שהפרט ישלם בשלב השני אולם בשלב השלישי יחליט לבדוק את חוקיות התשלום ויתבע השבה כשהדבר אפשרי. המודל הנזיקי מניח כי העלויות הצפויות למוסד תהיינה גבוהות יותר אם הערעור על חוקיות התשלום יתבצע בשלב השלישי, משום שהמוסד שינה את מצבו לרעה בהנחה המוטעית כי המשאבים העומדים לרשותו גדולים יותר משהם באמת.⁷¹ לפיכך, סביר להניח כי השקעתו של המוסד בבדיקה של חוקיות התשלום תהיה גדולה יותר כשהשבה היא אפשרית (גובה התמריץ תלוי בנזק הצפוי בגין הסתמכות). כתוצאה מכך, הסיכוי לכך שהתשלום אינו חוקי יהיה קטן יותר, והשקעתו של הפרט בבדיקת חוקיות התשלום – בין בשלב השני ובין בשלב השלישי – תהיה גם היא קטנה יותר.

לסיכום: כלל המאפשר השבה יפחית דרישות תשלום לא חוקיות, יפגע בתמריצי ההתנגדות לגבייה בשלב השני, ויגדיל את העלויות הכרוכות בתביעות השבה בשלב השלישי. לפיכך, השאלה אם זהו כלל יעיל תלויה בייעלותם היחסית של הצדדים במניעת

70 סעיפים 4-10 לפקודת המיסים (גביה), 1929, ח"א" ב 1374. פקודת המיסים (גביה) חלה גם על ארנונה ותשלומי חובה לרשויות החל בשנת 2000 מכוח הוראות שעה. ביום 16.3.2000 פורסמה אכרזת המיסים (גביה) (ארנונה כללית ותשלומי חובה לרשויות המקומיות) (הוראת שעה) התש"ס-2000, ק"ת 406, ובה הכריז שר האוצר כי על חובות לרשויות המקומיות תחולנה הוראות פקודת המיסים (גביה). האכרזה הנ"ל הייתה תקפה עד ליום 31.12.2000. לאחר מכן פורסם בק"ת התשס"א 278 תיקון שהאריך את תוקף האכרזה עד 31.3.2001, ולאחר מכן פורסם בק"ת התשס"א 723 תיקון הארכה לתוקף האכרזה מיום 31.3.2001 ועד 30.6.2001, וכך הלאה פורסמו אכרזות נוספות בהוראות שעה המאריכות את תוקף האכרזה באופן רציף מאז 16.3.2000 ועד היום. יש לציין כי בשנת 2002, עקב ביקורות רבות, תוקנה האכרזה והוסף סעיף 2 בדבר הקפאת הליכי הגבייה לגבי סכום השנוי במחלוקת עד לגמר הליכי ההשגה והערעור.

71 לכאורה, מוסד הגובה במכוון סכומים שלא כדין יכול למנוע את הנזק בשלב השלישי על ידי "אי-הסתמכות" על קיומם של המשאבים הכלכליים המגולמים בסכום התשלום השנוי במחלוקת.

התשלום הלא חוקי, בהשוואה בין עלויות השלב השלישי לבין עלויות השלב השני ובתועלת מהפחתת הגבייה הלא חוקית.

עד עתה השונו בין כלל המקנה זכות להשבה לבין כלל השולל קטגורית זכות שכזו; אולם מערכת המשפט יכולה גם לעצב כללים גמישים, שינסו לקבוע את הזכות להשבה או את היקפה בהתאם למנגנונים להשוואת אשמים של הצדדים, בין במסגרת כלל המקנה הגנה מפני השבה עקב שינוי המצב לרעה ובין במסגרת כלל משפטי אחר.⁷² מכל מקום אין בכוננתנו להכריע ברשימה זו בדבר מהותו של כלל ההשבה האופטימלי אלא רק להציג את השיקולים שיש להביא בחשבון בבחינת הכלל.

2. ריבוי משלמים

עד עתה נערך הניתוח תחת שתי הנחות: הראשונה היא שקיים תובע אחד בלבד, והשנייה היא שעורך התשלום שחוקיותו מוטלת בספק גדול דיו כדי להצדיק התגוננות מפני התשלום בשלב השני, או תביעה להשבה בשלב השלישי. כפי שהראינו, במסגרת הנחות אלה, שלילת סעד ההשבה יכולה להשפיע על תמריצי הפרט להתנגד לתשלום בשלב השני.

אולם במקרים רבים גם שלילת סעד ההשבה לא תביא את הפרט להקדים את התנגדותו לדרישת התשלום. נניח כי דרישת התשלום מופנית כלפי קבוצה גדולה של פרטים הנדרשים לבצע תשלום דומה למוסד אחד. עוד נניח כי מדובר בסכום פעוט יחסית עבור כל פרט בנפרד. לדוגמה, נניח כי גדר הספק בנוגע לחוקיות של תשלום הארנונה נוגע רק לאופן חישוב הריבית וההצמדה במקרה של איחור קל בתשלום. בנסיבות אלה סביר להניח שכל תושב בנפרד לא ימצא לנכון להשקיע משאבים בבחינה של חוקיות התשלום בשלב השני. בהיעדר מנגנון לבירור קבוצתי של חוקיות התשלום, סביר אף להניח שכל פרט בנפרד לא ימצא לנכון להשקיע בבדיקת חוקיות התשלום בשלב השלישי. מכאן החשש הממשי לפגיעה בתמריץ של המוסד – בדוגמה שלנו, הרשות המקומית – להקפיד על דיוק בדרישות התשלום בשלב הראשון.

חשש זה יוסר אם תוכר האפשרות להגיש, בשלב השלישי, תובענה ייצוגית להשבה של סכומים ששולמו שלא כדין. כאמור לעיל,⁷³ תביעות בגין גביית תשלומים שלא כדין מתאימות לבירור בדרך של תובענה ייצוגית. בדרך כלל מדובר בנתבע שפעל באופן דומה כלפי מספר רב של תובעים, שלכולם טענה משפטית או עובדתית זהה המתייחסת לחוקיות הגבייה, ואשר נבדלים זה מזה רק בגובה הסכום שנגבה מהם.⁷⁴ יתרה מכך:

72 ראו דיון אצל Dagan, *Mistakes*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1814-1817.

73 ראו דיון לעיל בפרק ג.2.

74 במקרים אחדים סירבו בתי המשפט לקבוע כי מתקיימים התנאים לאישור של תביעת השבה כייצוגית. ראו ע"א 3613/97 אוזב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787 (2002) (בקשה לאישור תובענה ייצוגית

במקרים רבים מדובר בתביעות ששוויין עבור כל תובע אינו מצדיק את הגשתן כתביעות נפרדות. התובענה הייצוגית הופכת את הגשת התביעה, ניהולה והייצוג בה לכדאיים. מכאן, שהאפשרות להגיש תובענה ייצוגית לקבלת סעד השבה תגביר את התמריץ של המוסד מקבל התשלום – בדוגמה שלנו, כאמור, הרשות המקומית – להשקיע משאבים בעריכת בדיקות בשלב הראשון. האפשרות להגיש תובענה ייצוגית אף תעודד תחרות בין עורכי־דין בהשקעה בחיפוש אחר עילות תביעה, בדומה לתחרות המוכרת מתחום הקניין הרוחני.⁷⁵ אם כן, סביר להניח שהאפשרות לתובענה ייצוגית תגדיל את הסיכוי לחשיפת אי־חוקיותה של הגבייה – וגם בכך יש כדי להשפיע על המוסד – בדוגמה שלנו, העירייה – להקפיד שגביית התשלומים על ידו תיעשה על פי חוק.

אמנם פתיחת פתח לתקיפת חוקיותו של התשלום במסגרת תובענה ייצוגית בשלב השלישי תפחית תאורטית את התמריץ לפרטים לערוך בדיקות בשלב השני, מכיוון שעלות הברור עבור כל פרט זולה יותר במסגרת הליך קבוצתי. בדוגמה שלנו, התושבים יעדיפו לשלם את הארנונה בהנחה שחוקיות הגבייה תתברר בעתיד במסגרת תביעה ייצוגית, שבעקבותיה הם יזכו להשבה. אולם, בהנחה שעלות הבדיקה של חוקיות התשלום עבור כל פרט בנפרד גבוהה בכל מקרה מהסכום שאותו נדרש כל פרט לשלם, נראה כי ההשפעה המעשית על תמריצי הפרטים לערוך בדיקה של חוקיות התשלום בשלב השני תהיה לכל היותר זניחה.⁷⁶

בגין אי־חוקיות של תקנת קנסות חנייה. בין היתר נקבע כי העותרת לא הוכיחה מכנה משותף לקבוצה לצורך תקנה 29; רע"א 696/92 עטייה נ' עיריית ירושלים, פדאור 92(2) 33 (1992) (בקשה לאישור תובענה ייצוגית על בסיס תקנה 29 בגין גביית סכומים מופרזים בעד מים. הטענה נדחתה משום שתושבי הכפר המעוניינים בכך יכולים להצטרף לתובענה כתובעים ולתת יפוי־כוח למבקשים); כש"א (מחוזי ת"א) 10723/02 עיריית חולון נ' כללי (טרם פורסם, 16.1.2006) (מכשיר התובענה הייצוגית אינו מתאים לסכסוך בגין תעריפי ארנונה משום שהעירייה, כגוף מנהלי, בכל מקרה תחיל את התוצאה על כולם). לעומת זאת אישרה הפסיקה במקרים אחרים תביעות השבה כיייצוגיות. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1690/01 רונן נ' מועצת עיריית בתיים, פדאור 03(2) 775 (2003) (אישור בקשה לתובענה ייצוגית לפי תקנה 29 בגין גביית ארנונה לצורך החלפה של מכלי אשפה); ת"א (מחוזי ת"א) 2157/99 סמואלס נ' עיריית רחובות, תק-מח 2000(2) 22164 (2000) (אישור בקשה לתובענה ייצוגית לפי תקנה 29 בגין גביית אגרת חינוך גם על ימי שביתה).

75 למעשה, בדומה לתחום הקניין הרוחני, ההשקעה בחיפוש אחר עילות תביעה תביא להשקעת־יתר מסוימת מעבר להשקעה האופטימלית. הסיבה להשקעת־יתר זו נובעת מכך שכל אחד מעורכי־הדין אינו מתחשב בהשפעת חיפושיו על סיכויי האחרים למצוא ראשונים את עילת התביעה. תופעה זו נותחה רבות בתחום הקניין הרוחני ובתחומים אחרים שבהם מתקיימת תחרות בחיפוש אחר קניין ללא בעלים (אוצרות טבע, ספינות טבועות וכו'). ראו, למשל, דיון אצל STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 34-38, 144-145 (2004).

76 במצבים שבהם כדאי לתובע בודד לבחון לבדו את חוקיות הגבייה, תיווצר בעיה אחרת של השקעה חוזרת ומיותרת מנקודת ראות חברתית בבחינת אותה שאלה על ידי כל אחד מהתובעים. השקעת יתר זו נמנעת, בחלקה (ראו הערה קודמת) באמצעות התובענה הייצוגית.

לסיכום: בהיעדר תובענה ייצוגית להשבה לא יהיה לפרטים תמריץ לערער על חוקיות התשלום ולפיכך לא יהיה למוסד תמריץ להקפיד על דיוק בדרישת התשלום. לעומת זאת, האפשרות להגיש תובענה ייצוגית תעודד תביעות השבה בשלב השלישי ותביא להכבדה משמעותית על המוסד. מכאן עולה שהשאלה אם להכיר בתובענה ייצוגית להשבה מחייבת איזון בין הרצון לספק תמריצים מראש – בשלב הראשון – למוסד גובה התשלום לבין הצורך בהגנה מפני פגיעה בדיעבד – בשלב השלישי – במוסד זה עקב הסתמכות או שינוי מצב לרעה.

3. תובענות ייצוגיות להשבה ותמריצים לרשויות ציבוריות

לדעתנו, הגישה הכלכלית למשפט מבטאת התייחסות בעייתיות לסוגיה של רשויות הציבור והתמריצים שהן מקבלות,⁷⁷ ואין בכוונתנו לנקוט כאן עמדה בסוגיה זו. בחלק זה של המאמר נבקש להתמקד רק בקשיים אפשריים הכרוכים באפשרות להגיש תביעות ייצוגיות כנגד המדינה להשבת תשלומים שנגבו שלא כדיון.

סוג אחד של קשיים נובע מהספק בדבר התועלת החברתית שבתביעות השבה כמנגנון להנעה של רשויות המדינה להשקיע בהבטחת דיוק בדרישות התשלום. ספק זה נובע משתי סיבות. מצד אחד יש אי-בהירות בדבר הצורך ליצור תמריצים עבור רשויות ציבוריות דרך מנגנוני האחריות. יש הטוענים, לדוגמה, כי אין כל צורך בהתערבות משפטית לשם הנעת רשויות ציבוריות להשקעת משאבים במניעת טעויות, שכן חזקה על המדינה ועל רשויות ציבוריות אחרות כי הן פועלות משיקולים של טובת הציבור. במסגרת המודל שלנו, גישה זו מוליכה למסקנה כי לרשויות המדינה יש תמריצים אופטימליים לבדיקת חוקיות התשלום בשלב הראשון גם ללא התערבות משפטית. סול לבמור (Levmore) השתמש בטיעון זה כדי להצדיק את הכלל המעניק למדינה פטור מתביעות השבה בגין גבייה לא חוקית.⁷⁸

⁷⁷ Daryl J. Levinson, *Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. CHI. L. REV. 345 (2000); RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 64 (Aspen Law & Business, 5th ed. 1998); Michal A. Heller & James E. Krier, *Deterrence and Distribution in the Law of Takings*, 112 HARV. L. REV. 997, 999 (1999); Louis Kaplow, *An Economic Analysis of Legal Transitions*, 99 HARV. L. REV. 509, 567-568 (1986); John C. Jeffries, Jr., *In Praise of the Eleventh Amendment and Section 1983*, 84 VA. L. REV. 47, 72-75 (1998); Mark R. Broen, *The Demise of Constitutional Prospectivity: New Life for Owen?*, 79 IOWA L. REV. 273, 305-311 (1994).

⁷⁸ Saul Levmore, *Explaining Restitution*, 71 VA. L. REV. 65, 74 (1985): "Inasmuch as it has no self-interest or selfish nature, the government is assumed to be by nature sensitive to social costs and benefits. Hence, the government may never be deemed negligent. Similarly, the governmental taxing unit that receives overpayments may be assumed to be a

מין הצד האחר יש ספק בדבר התאמתם של מנגנונים – שתכליתם לספק תמריצים לשחקנים בשוק הפרטי – למלא תפקיד דומה ביחס לרשויות המדינה. על רקע זה יש המטילים ספק בכוחם של תמריצים כספיים גרידא (בהיעדר תרגום של תמריצים כאלה למישור הפוליטי) להשפיע באופן ממשי על התנהגותן של רשויות המדינה.⁷⁹

היבט ייחודי נוסף הקשור למדינה הינו השיקול התקציבי.⁸⁰ הכרה באפשרות להגיש תביעות ייצוגיות בגין גבייה לא חוקית עלולה להגביר במידה ניכרת את מגוון המקרים שבהם תידרש המדינה בדיעבד להחזיר כספים שנגבו שלא כדין. בהתחשב במגוון העצום של נסיבות שבהן המדינה גובה כספים מאזרחיה, הרחבה של תביעות ההשבה עלולה לפגוע בוודאות התקציבית ולמנוע מהרשות למלא את תפקידה כראוי.⁸¹ בעייתיות זו מוחרפת בין אם מניחים שרשויות המדינה פועלות ממילא למען טובת הציבור (אף כי הן טועות לעתים) ובין אם מניחים כי לתביעות ההשבה יש השפעה הרתעתית מוגבלת על המדינה, מתוקף מעמדה כגורם שלטוני שאינו מגיב ישירות לתמריצים כלכליים. בשני המקרים תעלה ההכרה בתביעות השבה את מספר המקרים שבהם נדרשת הרשות לשלם כספים בגין טעויות העבר, אך בלי שהעלייה במספר תביעות ההשבה תביא לשינוי במספר המקרים שבהם המדינה מבצעת גבייה לא חוקית. לבסוף, יש ספק בדבר הערך החברתי של תביעות השבה כנגד המדינה, או לפחות של חלק מתביעות אלה. במקרים רבים הטעויות שהמדינה מבצעת בדרישות התשלום הינן בערך זניח יחסית עבור כל פרט בנפרד. הואיל וחיסול מוחלט של תופעת הטעויות (דהיינו: דיוק מושלם בגבייה) כרוך בעלויות ניכרות, סביר להניח שיהיו מקרים שבהם העלויות הנדרשות למניעתן של טעויות אלה או להקטנת הסיכוי שיתרחשו יהיו גבוהות מהחיסכון הצפוי לנתבע. לדוגמה, אם הסיכוי לגבייה לא חוקית הוא 1%, והעלויות הכרוכות בגבייה ולאחר מכן בהשבה הן 100, מניעתן של טעויות אלה לא תהיה כדאית אלא אם העלות הכרוכה בכך קטנה מ-1.

עם זאת, מאחר שהמדינה מהווה "כיס עמוק", יש לעורכי־הדין הפעילים בתחום התביעות הייצוגיות תמריץ ניכר להגיש תביעות השבה כנגד רשויות המדינה.⁸² במילים אחרות: הכרה באפשרות להגיש תביעות השבה נגד המדינה עלולה לגרום להעשרת

selfless cost avoider, checking for mistakes to a degree that is socially optimal even in the absence of restitution”

79 ראו Levinson, לעיל ה"ש 77. אחד הקשרים המשפטיים שבהם עולה שאלת ההשפעה של תמריצים כלכליים על המדינה הינו הפקעות. ראו Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Takings Reassessed*, 87 VA. L. REV. 277 (2001).

80 שיקול זה אף זכה להכרה על ידי בתי המשפט; ראו, לדוגמה, פרשת רשות העתיקות, לעיל, ה"ש 36.

81 לביקורת על שיקול זה ראו John F. Coverdale, *Remedies for Unconstitutional State Taxes*, CONN. L. REV. 73, 82-84 (1999).

82 ראו לעיל ה"ש 46.

עורכי־הדין העוסקים בהגשת תביעות אלה על חשבון הציבור, וזאת מבלי שהציבור יפיק תועלת ממשית מפעילות אכיפתית זו.⁸³

4. חשיבותו של ממד הזמן

מהדיון בפרק זה עולה כי הקושי המרכזי בגיבוש הכלל הראוי לתביעות השבה נובע מפער הזמנים שבין מועד התשלום (השלב שני) למועד שבו נדרש בית המשפט להכריע בדבר חוקיותו של התשלום (השלב השלישי). אילו הייתה חוקיות התשלום מתבררת במועד הדרישה לביצוע התשלום לא היו נגרמים נזקי הסתמכות. לפי הגישה המקובלת, הנזק החברתי הנובע מתשלום מוטעה הוא שינוי מצב לרעה, הן של המשלם והן של המקבל. לפיכך, הקדמת מועד הבירור תמנע את התגבשותו של הנזק הן אצל המשלם והן אצל המקבל, ובמילים אחרות: הקדמת מועד הבירור תמנע את הדילמה בין הצורך להעניק תמריצים להימנע מגבייה לא חוקית מראש (ex ante) לבין העלות בדיעבד (ex post) של סעד ההשבה.⁸⁴

כאשר מדובר בסכומים גדולים ייתכן שניתן להניע את הפרט המשלם להקדים את הבדיקה לשלב השני באמצעות שלילת סעד ההשבה או הגבלתו, אולם כאשר מדובר בסכומים שאינם גדולים יחסית עבור כל פרט בנפרד (אם כי הקבוצה הנדרשת לשלם עשויה להיות גדולה מאוד), ספק אם די יהיה בשלילת סעד ההשבה כדי להביא כל פרט להשקיע את המשאבים הנדרשים לשם בדיקה של חוקיות התשלום.

יתרה מכך: כפי שהוסבר לעיל, בנסיבות מסוימות עלות ההתנגדות לתשלום בשלב השני גבוהה יותר עבור הפרט מאשר בשלב השלישי. לעתים רשויות ציבוריות מתנות שירותים או אישורים מסוימים בביצוע התשלום על ידי הפרט; במקרים אחרים יש קשר בין שירותים שונים שהפרט המשלם נזקק להם מגופים פרטיים (הלוואות מהבנק, מתן אשראי וכו') או מרשויות המדינה, ואז התנגדות לתשלום בגין שירות אחד עלולה לפגוע במשלם בקשר לשירותים האחרים. נוסף על אלה, פרק הזמן העומד לצורך התנגדות אינו ארוך, גם אם אין התניה או קשר בין שירותים כאמור.⁸⁵ הצורך בהליך קבוצתי שיאפשר

83 עם טענה זו ניתן להתמודד באמצעות שינוי כללי האחריות, לדוגמה: באמצעות הקביעה כי המדינה תידרש להשיב כספים שנגבו שלא כדין רק במקרים שבהם ניתן היה למנוע את הטעות על ידי נקיטת אמצעים סבירים. מאפיין מרכזי נוסף של רשויות ציבוריות הינו שחזקה עליהן שהן לא ינסו לפעול בניגוד לקביעה שיפוטית בדבר אי־חוקיות עקרונית או בדבר אי־חוקיות של תשלום מסוים. ראו בש"א בללי, לעיל ה"ש 74 (שימוש בנימוק זה במסגרת דחיית בקשה לאישור תובענה כייצוגית).

84 כאמור, יש השוללים את העמדה שלפיה יש להתחשב בנזקי הסתמכות של מוסדות.

85 לדוגמה, סעיף 3 לחוק הרשויות המקומיות (עור על קביעת ארנונה כללית), התשל"ו-1976, ס"ח 252, קובע כי תוך 90 יום ניתן להשיג בפני מנהל הארנונה על יסוד הטענות המפורטות בסעיף; תקנה 2 לתקנות בית משפט (ערעורים בעניני מס הכנסה), התשל"ט-1978, ק"ת 193, קובעת כי על החלטת

לייצג קבוצה של משלמים בעלי שאלות משותפות, עובדתיות או משפטיות, הוא חיוני בשלב השני אף יותר מאשר בשלב השלישי.

כדי למנוע את הקושי העומד בדרכם של בתי המשפט להכרעה בדבר סעד ההשבה בדיעבד, יש לפתח מנגנונים שיעניקו תמריצים לבירור מהיר של חוקיות התשלום גם במקרים שבהם הסכומים שבבסיס הסוגיה הינם פעוטים יחסית עבור כל פרט בנפרד. בפרק הבא נסביר כיצד המנגנון המוצע – מנגנון ההגנה הייצוגית – פותר את הדילמה בין הרצון להרתיע *ex ante* לבין השאיפה להימנע מעלויות *ex post*. פתרון זה, כך נראה, אפשרי גם במצב החוקי כיום.

ה. הפתרון: הגנה ייצוגית

עד עתה הצבענו על הצורך בפיתוח מנגנונים לבירור מהיר של חוקיות הדרישות לתשלום, וזאת כדי להרתיע מפני גבייה לא חוקית תוך ביטול המתח בין שיקולי *ex post* לשיקולי *ex ante*. בפרק זה נראה כי ההגנה הייצוגית הינה המנגנון המתאים להשגת מטרה זו. ראשית נסביר מדוע ההגנה הייצוגית עדיפה בהקשר זה מהתביעה הייצוגית; לאחר מכן נעמוד על הקשיים הכרוכים בעיצוב מנגנון אפקטיבי של הגנה ייצוגית לצורך ניהול סכסוכים שעניינם גבייה שלא כדין; לבסוף נציג את הדרכים להתגבר על קשיים אלה ולהוציא אל הפועל מנגנון של הגנה ייצוגית בדין הקיים.

1. ההגנה הייצוגית וממד הזמן

הדין המהותי והדין הדיוני מנסים לאזן בין הרצון להרתיע מפני גבייה לא חוקית לבין החשש מנזקי הסתמכות שנגרמו למוסד גובה התשלום. במישור המהותי, התמודדות זו מתבטאת באמצעות קביעת הזכות להשבה מחד גיסא ומתן הגנה מפני תביעת השבה בנסיבות מסוימות מאידך גיסא. במישור הדיוני, החוק מנסה לאזן בין מתן אפשרות לתובענה ייצוגית לבין החשש מהכבדה יתרה של התובענה הייצוגית על הנתבע ועל הציבור הנזקק לשירותיו. שני המישורים נדרשים לגשר על פרק הזמן שעובר ממועד הגבייה ועד למועד ההשבה.

מנגנון ההגנה הייצוגית מספק פתרון אפקטיבי לממד הזמן, וזאת על ידי החלפתה של התערבות משפטית מאוחרת במתן אפשרות מעשית להתנגדות מוקדמת. במסגרת המודל שלנו, ההגנה הייצוגית מעודדת ניהול הליך קבוצתי לליבון של חוקיות התשלום כבר בשלב השני. הקדמת הבדיקה לשלב השני תחסוך את העלויות הכרוכות בהשבה במקרים

פקיד שומה יש להגיש ערעור לבית המשפט המחוזי (לפי ס' 153(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], ג'ח 120) תוך 30 יום מיום מסירת השומה למערער.

שבהם יימצא שדרישת התשלום אינה חוקית, וזאת בהנחה שהתמריצים לאיתור של דרישות תשלום שחוקיותן מוטלת בספק יהיו גדולים דיים (הנחה התלויה בגובה שכר הטרחה שישולם לעורכת-הדין). בהגנה הייצוגית יש כדי למנוע גבייה לא חוקית מבלי להביא לנזקים הנגרמים מהגשה של תביעות השבה ייצוגיות בדיעבד. התערבות בשלב השני מונעת את המתח בין זכויותיו של מי ששילם לבין זכותו של המקבל לביטחון וליציבות, בהסתמך על תשלומים שקיבל ושטעה לחשוב שהם מגיעים לו. התערבות כזו חוסכת את הצורך להידרש להשוואה הבעייתית בין התנהגותם ותום לבם של הצדדים, ולחקירה בדבר הברירות שעמדו בפני המשלם בעת התשלום ולאחריו.⁸⁶

דרך נוספת להבין את היחס בין ההגנה הייצוגית לבין התובענה הייצוגית היא כיחס שבין מניעה להרתעה.⁸⁷ ההגנה הייצוגית אמורה לפעול במועד שבו מתבצעת הגבייה הלא חוקית, ולאפשר לנתבעים להתגונן כדי למנוע גבייה זו. התובענה הייצוגית אמורה לפעול באמצעות הרתעת הנתבע, הצופה כי לאחר שיגבה את הסכומים יאלץ להשיבם. כאמור לעיל, יעילותו של סעד ההשבה כאמצעי הרתעתי הינה מוגבלת, ולפיכך יוצא שתובענה ייצוגית בגין גבייה לא חוקית אינה יכולה להרתיע די הצורך את הנתבע מנקיטתה. התוצאה היא שעלויותיה בדיעבד גבוהות, ויעילותה מראש מוגבלת. לעומת זאת ההגנה הייצוגית מאפשרת למנוע את הגבייה הלא חוקית: בהנחה שניתנים די תמריצים לעורכי-הדין ולנתבעים לבקש את אישור הגנתם כייצוגית, יהיה בידם למנוע מהתובע לפעול בדרך שאינה כדין. לפיכך, אם יש כוונה למנוע באורח אפקטיבי גבייה שלא כדין, יש לעודד עורכי-דין להקדים את מועד הפנייה לערכאות ככל שניתן, וזאת במסגרת מנגנון ההגנה הייצוגית.

במסגרת ההגנה הייצוגית, עורכי-דין המעוניינים בליכון שיפוטי של חוקיות התשלום לא יידרשו להמתין עד שיצטבר מספר גדול יחסית של פרטים ששילמו את התשלום המוטעה כדי להפוך את התביעה לאפשרית מבחינה משפטית וכדאית מבחינה כלכלית. ניתן יהיה לפתוח בהליך קבוצתי לבריור חוקיות התשלום עם קבלתה של דרישת התשלום. מבחינה דיונית, ההליך יכול להיפתח בכמה דרכים: בשכנועו של אחד מחברי הקבוצה לסרב לשלם, מתוך הנחה שהסירוב לשלם יביא עמו תביעה שתגרור בקשה להגנה ייצוגית; הגשת ערר קבוצתי במקרים שבהם זהו ההליך המחויב על פי דין; או הגשת תובענה ייצוגית לקבלת סעד הצהרתי בדבר אי-חוקיותו של התשלום. מתווים דיוניים אלה שונים זה מזה מבחינה פורמלית, אך דומים במהותם – הליך ייצוגי לדיון בחוקיות התשלום הנדרש כבר בשלב השני, לפני ביצוע התשלום.

86 לדוגמאות שבהן נעשתה השוואה כאמור ראו פסק דין סאסי, לעיל ה"ש 36, פסקאות 21-40; בג"ץ 417/84 קלפיש נ' המועצה המקומית סביון, פ"ד לט(2) 110, 112 (1985); עניין רוטשטיין, לעיל ה"ש 36, בעמ' 537-538; פרשת רשות העתיקות, לעיל ה"ש 36, בפסקה 68; נורית בהט שיהוי ומניעות 61-64, 141-146 ב(2003), תוספת ראשונה מ-2006.

87 ראו גם הדיון להגנה על זכות הפרט באמצעות כללי קניין, לעיל ה"ש 69.

כדי שיישומה של ההגנה הייצוגית יהיה אפקטיבי צריכים להתקיים כמה תנאים: ראשית, המועד להעלאת הטענה בדבר אי־החוקיות של דרישת התשלום צריך להיות מוקדם ככל האפשר, קודם לתשלום, ובלשונונו – בשלב השני. שנית, תוצאותיו של ההליך צריכות לחול על כל מי שמתעוררת לגביו שאלה משפטית דומה באשר לחוקיות התשלום; במילים אחרות: ההליך צריך ליצור מעשה בית דין לגבי כל המיוצגים בו. שלישית, ההליך צריך לספק תמריצים שיניעו פרטים הנדרשים לשלם לייצג את כלל המעוניינים בהתנגדות לתשלום, ויניעו עורכי־דין פרטיים לחפש אחר מקרים שבהם דרישת התשלום עלולה להיות לא חוקית.

להלן נדון בהליכים המשפטיים העשויים לעמוד בדרישות אלה. ראשית נבחן את האפשרות המשפטית לפעול בהליך של הגנה ייצוגית לפי הדין הקיים; לאחר מכן נבחן כמה סוגיות עקרוניות המחייבות מענה במסגרת יישום הליך של הגנה ייצוגית.

2. האם ההגנה הייצוגית אפשרית לפי הדין הקיים?

לצורך ניהול הליך של הגנה ייצוגית ניתן להשתמש לפחות בשני מנגנונים, הנבדלים זה מזה במעמד הרשמי של קבוצת הפרטים הנדרשים לשלם. המנגנון הראשון הוא הגנה ייצוגית והשני – תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי או לצו מניעה, בין בדרך של תובענה ייצוגית ובין בדרך של הליך ייצוגי אחר דוגמת פנייה לבג"ץ. אף על פי שמבחינה פורמלית הליכים אלה נראים כהליכי תקיפה, מבחינה מהותית הם משמשים הגנה מפני תביעה בגין סירוב לשלם. להלן נציג את שני המנגנונים הללו ונבחן אם הדין הקיים מאפשר לעשות בהם שימוש אפקטיבי.

(א) הגנה ייצוגית

נניח כי הפרט שקיבל דרישת תשלום מסרב לשלם את הסכום הנדרש ולכן מוגשת נגדו תביעה כספית לבית משפט. נתבע שנדרש להגיש כתב הגנה נגד תביעה כזו יוכל לבקש מבית המשפט לאשר את הגנתו כהגנה ייצוגית. דרך אחת לעשות זאת כיום היא באמצעות תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. תקנה 29(א) קובעת כי "היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול, יכולים מקצתם – לבקשת תובע אם הם תובעים, או לבקשת תובע או נתבע אם הם נתבעים, וברשות בית המשפט או הרשם – לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים" (ההדגשה הוספה). בעבר שימשה התקנה תובעים שרצו לתבוע בתובענה ייצוגית, אך לשונה מאפשרת לכאורה אישור הליך ייצוגי גם לנתבעים. לאור הוראת סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, לא ניתן כיום להשתמש בתקנה לצורך הגשת תובענה ייצוגית; אולם לשונו של סעיף זה אינה מגבילה בדרך כלשהי את האפשרות לפתוח בהליך של הגנה ייצוגית – ולכן ניתן לכאורה להשתמש בתקנה 29 למטרה זו. לפי תקנה 29, הנתבע יכול לבקש לייצג בתובענה שהוגשה כנגדו את כל

המעוניינים – מי שנתבע כבר או שעלול להיתבע בגין דרישת התשלום – בדרך של הגנה ייצוגית.⁸⁸

יישומה של תקנה 29 לתכלית זו אינו נקי מספקות. ראשית, מבחינה היסטורית, ספק אם התקנה נועדה לאפשר מכשיר מסוג זה המוצג כאן כהגנה ייצוגית.⁸⁹ שנית, בענין א.ש.ת. נתן בית המשפט העליון פרשנות מצמצמת לתקנה, ככל שזו התייחסה לתובענה הייצוגית, תוך העדפה להסדרה של הנושא בחקיקה על פני הסדרה ופיתוח שיפוטיים.⁹⁰ לבסוף, התקנה אינה מסדירה היבטים החיוניים ליישום אפקטיבי של ההגנה כגון אישור ההגנה כייצוגית, צירוף ויציאה של נתבעים מיוצגים מההגנה הייצוגית, וקביעת שכר הטרחה לעורך־הדין ולנתבע המייצג. עם זאת, בית משפט המעוניין ליישם כבר כיום מנגנון של הגנה ייצוגית יכול להשתמש בתקנה כפי שהשתמשו בה בעבר לצורך תובענה ייצוגית, ולמלא אותה תוכן בהתאם לשיקולים המנחים שעליהם נעמוד להלן.

דרך נוספת שבה ניתן לכאורה להחיל את תוצאות התביעה גם על נתבעים נוספים היא באמצעות השתק פלוגתא הגנתי לא הדדי. כאשר התובע הפסיד בתביעה כנגד פלוני, דוקטרינה זו מאפשרת לנתבעים מאוחרים להעלות טענת השתק פלוגתא כטענת הגנה.⁹¹ אלא שהסדר זה אינו מספק מענה נאות משום שאינו ייצוגי, דהיינו: ההסדר אינו כולל מנגנוני הגנה על הקבוצה המיוצגת או תמריצים לעורך־הדין לייצג את עניינם של כלל חברי הקבוצה. ההסדר אף אינו הדדי ולכן אינו מאפשר לתובע ליהנות מתוצאות התביעה, אם זכה בה, כלפי יתר הנתבעים. חוסר ההדדיות והיעדר הייצוג הנאות מביאים

88 לדיון בהרכבה של הקבוצה המיוצגת ראו להלן פרק ה.3.א.

89 לסקירת מטרתיה של תקנה 29 ראו חמי בן-נון "מעמדה של תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984" שערי משפט ד 193 (2005); סטיבן גולשטיין ויעל עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א 27 (1999).

90 ראו ד"א א.ש.ת. ניהול פרוייקטים, לעיל ה"ש 18; רע"א א.ש.ת. ניהול פרוייקטים, לעיל ה"ש 4; אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות דיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק", בעמ' 3 למאמר (צפוי להתפרסם בעיוני משפט לא(2)); קלמנט "נתבע יחיד", לעיל ה"ש 7; קלמנט ושפירא "יעילות וצדק", לעיל ה"ש 57.

91 רע"א 6830/00 ברנוביץ' נ' תאומים, פ"ד נו(5) 695, 711 (2003) (להלן: פסק דין ברנוביץ'); רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נו(1) 673, 683-685, 692 (2002) (להלן: פסק דין צוריאנו); ע"א 1041/97 סררו נ' נעלי תומרס בע"מ, פ"ד נד(1) 642, 655 (2000) (להלן: פסק דין סררו). ראו גם קרייני "התביעה הייצוגית בישראל", לעיל ה"ש 14, בעמ' 496, ההפניות שבהערה 198; ת"א (מחוזי י-ם) 1251/96 מבני גזית (2000) בע"מ נ' מדינה ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פדאור 01(3) 274, פס' 11-17 (2001); ה"פ 1843/92 בינדר נ' קרן הגימלאות של דן בע"מ (לא פורסם, 4.4.1993); דורון מנשה "הערך שבשימור תנאי ההדדיות בדוקטרינת השתק פלוגתא" עיוני משפט כג 357-358 (2000).

אף לפער בתמריצי הצדדים באופן העלול להטות את תוצאות ההליך לטובתו של התובע, כפי שיוסבר בסעיף הבא.⁹²

(ב) מנגנונים של תביעה ייצוגית

פלוני המקבל דרישת תשלום מגוף פרטי וסבור שהיא אינה חוקית יכול ליוזם תביעה (במקום לחכות שייחבע); עם זאת, שימוש בתביעה לסעד הצהרתי כמנגנון הגנתי בדרך של הקדמת תרופה למכה כפוף לתנאים שקבעה הפסיקה.⁹³ כאשר דרישת התשלום הינה של רשות מכוח חוק – כגון במקרים שבהם רשות מקומית מטילה היטלים, אגרות או מסים – ההליך האינדיבידואלי עשוי להיות שונה מזה הנוהג בין צדדים פרטיים. מקצת החוקים קובעים הליכי ערר בפני ועדות ערר מיוחדות⁹⁴

92 ראו קלמנט "נחבע יחיד", לעיל ה"ש 7, בעמ' 409-412; קרייני "התביעה הייצוגית בישראל", לעיל ה"ש 14, בעמ' 497-501; קלמנט ושפירא "יעילות וצדק", לעיל ה"ש 57, בעמ' 20-21. ראו גם Bruce L. Hay, *Some Settlement Effects of Preclusion*, 1993 U. ILL. L. REV. 21, 47-48.

93 בית המשפט העליון פסק במקרים רבים שפנייה כזו אינה ראויה, בעיקר כשדרך המלך הינה להמתין לתביעה על ידי מי שדורש את התשלום ואז לדון בתשלום גופו. עם זאת יש להבחין בין תביעה לסעד הצהרתי המקדימה תרופה למכה וקודמת לתשלום בדרך שבמהותה הינה הגנה ייצוגית, לבין תביעה לסעד הצהרתי הבאה לאחר התשלום וכל מטרתה לעקוף את המגבלות שמטיל חוק תובענות ייצוגיות על אפשרויות ההשבה. ההגנה הייצוגית עושה שימוש בסעד הצהרתי מהסוג הראשון, המקדים תרופה למכה, שהאפשרות לו הוכרה בעבר בפסיקה. ראו ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד לב(1) 85, 90-91 (1977), שם ציין השופט לוי: "לתובע המקדים תרופה למכה יכול ויהיה אינטרס לגיטימי לקבל את הסעד שלו הוא עותר ואין בין הסוגיה שנדונה באותה מובאה לבין הסוגיה שלפנינו ולא כלום. לא מן הנמנע הוא, שלו עתר הבנק למתן הצהרה שאין הוא חייב למשיבים מאומה, תוך כדי הצהרה שאם בקשתו תידחה הוא ישלם למשיבים את שהם תובעים, עשוי היה בית-המשפט להיעתר למבוקשו על-מנת ליתן לו הדרכה אם לשלם למשיבים את שהם דורשים אם לאו"; ברע"א 1910/04 אילונית פרויקטים תיירותיים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 193 (2004), נדון מקרה בו התבקש סעד הצהרתי על סכום לקיזוז מתוך תביעת חוב, במקור טרם תביעת בעל החוב. בית המשפט ציין כי "אין ספק שלחייב יש אינטרס מובהק לדעת מהו הסכום המדוייק של החוב המגיע ממנו... לשיעורו המדוייק של החוב יש אף חשיבות בכל הנוגע להליכים למימושם של הנכסים המשועבדים"; בת"א (מחוזי חי') 1770/94 אלעזרה סעדיה נ' "צים" קוי-נוסעים (1970) בע"מ, פ"מ התשל(1) 76, 84 (1975), דן בית המשפט בבקשה לסעד הצהרתי שהגישו ימאים לקבוע כי הם רשאים לעבוד כימאים וכי כל איסור על עבודתם בים וכל התחייבות להחזיר כספים לצים הם בטלים וחסרי תוקף. בית המשפט קבע: "העובדה שמתבקשת הצהרה שלילית, אינה צריכה לשמש מניעה למתן צו הצהרתי. אמנם הצהרה כזו מטרתה לחסום תביעת הנתבעת בעתיד, בבחינת הקדמת תרופה למכה, אך אין זו סיבה להימנע ממתן ההצהרה במקרה מתאים"; ראו גם ברק מדינה "תביעה לסעד הצהרתי – האומנם "הליך סרק"? משפטים כד 605 (1995).

94 יש ועדות ערר שהפנייה אליהן ישירה, דוגמת סעיפים 29 ו-30 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב),

או גופים מנהליים אחרים; ⁹⁵ חוקים אחרים אינם קובעים הסדרי ערר על דרישת התשלום. ⁹⁶ החוקים הקובעים הליכי ערר ניתנים עצמם לחלוקה בין כאלה המגבילים את סמכויותיהם של גופי הערר לעילות מוגדרות ⁹⁷ לבין אחרים שעילות הערר בהם אינן מוגבלות. ⁹⁸ לבסוף, בכל מקרה שבו לא פונה האזרח להליך הערר או לבית המשפט, הרשות עשויה לנקוט נגדו צעדי גבייה מכוח פקודת המיסים (גבייה) ⁹⁹ מבלי שתזקק לפסק דין הקובע את זכותה.

השאלה כיצד ניתן לתקוף את חוקיותו של מעשה הרשות הינה בעייתית. כאשר החוק המסמיך אינו קובע הליך ערר, ניתן לתקוף את דרישת התשלום בבית המשפט האזרחי המוסמך (שלום או מחוזי) כשהתביעה היא להשבת הסכום ששולם, ¹⁰⁰ ובבית המשפט לעניינים מנהליים כשהתביעה היא לסעד הצהרתי. ¹⁰¹ לעומת זאת, כאשר קיים הליך ערר בחוק המסמיך יש לפנות להליך זה ולא לעקוף אותו בדרך של תקיפה בבית המשפט, אלא אם מדובר בעניין בעל חשיבות ציבורית או עקרונית מיוחדת. ¹⁰²

התשכ"ב-1962, ס"ח 96, ויש ועדות שהפנייה אליהן היא לאחר פנייה ראשונית לגוף אחר, דוגמת סעיף 6(א) לחוק הרשויות המקומיות (ערר על קביעת ארנונה כללית), התשל"ו-1976, הבא לאחר פנייה למנהל ארנונה לפי סעיף 3 לחוק, וכן סעיפים 88 ו-89 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח), מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, ס"ח 156, שהפנייה בו לוועדת הערר היא לאחר פנייה ראשונית למנהל ("מנהל" – מי שנתמנה על ידי שר האוצר בהודעה שפורסמה ברשומות להיות מנהל או סגן-מנהל לעניין חוק זה) מכוח סעיף 87.

95 ראו, למשל, סעיף 28 לפקודת העיריות (אספקת מים) 1936, ע"ר תוס' 1, 1, הקובע ערעור בפני שר הפנים על החלטה בדבר חיבור צינורות שירות לצינור ראשי; סעיף 150 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], הקובע סמכות בהשגה לפקיד השומה; סעיפים 13, 16, 20, 31, 43, 44, 51, 75, 89, 98, 117, 124 לחוק המיס, התשי"ט-1959, ס"ח 169, הקובע סמכות לבית דין לענייני מים (כהגדרתו בסעיף 140 לחוק); סעיף 82 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, ס"ח 52, הקובע סמכות בהשגה למנהל.

96 ראו, למשל, חוק הרשויות המקומיות (אגרת העברת מקרקעין), התשי"ט-1959, ס"ח 82; חוק כבישי אגרה (מנהרות הכרמל), התשנ"ה-1995, ס"ח 493; פקודת המכס [נוסח חדש], דמ"י התשי"ז 39 (ניתן לשלם את הסכום תחת מחאה לשם תובענה עתידית).

97 כך, למשל, סעיף 3 לחוק הרשויות המקומיות (ערר על קביעת ארנונה כללית), התשל"ו-1976, קובע ארבע עילות – טכניות בעיקרן – שלפיהן ניתן להשיג בפני מנהל הארנונה.

98 סעיף 30 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב). ברע"א 2425/99 עיריית רעננה נ' י.ח. יזום והשקעות בע"מ, פ"ד נד(4) 481, 497 (2000) (להלן: פסק דין יזום) קבע בית המשפט כי עקב ניסוחן הכללי של סמכויות גופי הערר ואי-הגבלתן לעילות מוגדרות, עולה כי ניתן לטעון לפנייה כל טענה נגד החבות הספציפית, וגם טענה מהותית; סעיפים 87-90 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963.

99 ראו לעיל ה"ש 70.

100 רע"א 6590/05 עיריית אשדוד נ' שמעון צרפתי בע"מ, פדאור 05(31) 788 (2005).

101 רע"א 11224/04 המועצה המקומית פרדסיה נ' בלונדר, פ"ד נט(5) 473 (2005).

102 פסק דין יזום, לעיל ה"ש 98, 492-493; למקרה של הבטחה מנהלית ואפשרות ההסתחררות ממנה,

לכשעצמה, הפנייה לבית המשפט בתביעה לסעד הצהרתי אינה הליך ייצוגי שכן פלוני – התובע – מנהל את ההליך בשם עצמו בלבד. האם ניתן להסתפק בהליכים אלה במצבים שבהם דרישת התשלום מופנית למספר גדול של פרטים? כדי להשיב לשאלה זו יש לבחון שני היבטים מרכזיים: ראשית, האם תוצאת ההליך תהיה מחייבת במישור היחסים שבין הנתבע (שהוציא את דרישת התשלום) לבין כלל הפרטים שאליהם מופנית דרישת התשלום? שנית, האם לעורך־הדין היוזם את ההליך המשפטי (או לפלוני המנהל אותו) יש תמריץ נאות להביא בחשבון את האינטרסים של אותם פרטים?

בהיעדר הליך ייצוגי פורמלי, תחולתם של הליכים מסוג זה על מי שלא היה צד להם תלויה בכמה גורמים: בנכונותו של הנתבע להפסיק את הגבייה אם ייקבע שאינה חוקית,¹⁰³ במידה שבה ניתן להחיל כנגד הנתבע השתק פלוגתא הגנתי לא הדדי,¹⁰⁴ ובמקרה של נתבע ציבורי – בשאלה האם ראוי שיחיל על עצמו את פסיקת בית המשפט מכוח כללי המשפט הציבורי.¹⁰⁵ אולם בעוד שגורמים אלה עשויים לחייב נתבע שהפסיד

שבו נקבע כי אין למנהל הארנונה סמכות לדון בעניין עקרוני, ראו ע"א 6971/93 עיריית רמת גן נ' קרשין, פ"ד נ(5) 478 (1997); בע"א 10977/03 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' עיריית בני ברק, פדאור 1906 (19) 804 (2006), בפסקה ר' לפסק דינו, ציין השופט רובינשטיין כי על אף שכללל יש לפנות קודם לבירור בגופי הערר, "...אין בכך כדי לנעול את הדלת להליך שיפוטי, משמוצו ההליכים במערכת המינהל, או כשהנושאים מלכתחילה הם בעלי אופי משפטי או עקרוני מובהק, או בעלי חשיבות ציבורית"; בע"א 4452/00 ט.ט. טכנולוגיה מתקדמת בע"מ נ' עיריית טירת הכרמל, פ"ד נ(2) 773 (2002) נקבע בעמ' 780 לפסק הדין כי כיום, לאחר הוספת סעיף 3(ג) לחוק רשויות מקומיות, בנושאים עקרוניים ובנושאים בעלי חשיבות כללית וחשיבות ציבורית, הרשות להעלות טענות המנויות בסעיף 3(א) בערכאות השיפוטיות הרגילות תינתן ביתר קלות; כמו כן, נקבע שם כי שיקולים נוספים הבאים בחשבון הנם מידת מודעותו של האזרח להליכי ההשגה המנהליים ומידת הפגיעה ועיוות הדין שייגרמו לו עקב חסימת דרכו לערכאות השיפוטיות הרגילות.

103 שאז התביעה היא מעין test case; ראו קלמנט "נתבע יחיד", לעיל ה"ש 7, בעמ' 409-412.

104 ראו דיון בהמשך.

105 ברע"א 3126/00 א.ש.ת. ניהול פרוייקטיים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 272 נקבע: "מבין שיקולים אלה ראוי לציין כי ככלל, נוהגת המדינה להחיל את פסיקתו של בית־המשפט בשאלות עקרוניות שהן בגדר "מקרה מבחן" (Test Case) בעניינו של יחיד, גם על הקבוצה שהוא משתייך אליה ועל עניינים אחרים מאותו סוג, אם אכן זהים הם"; לניתוח אפשרות זו ראו קלמנט "נתבע יחיד", לעיל ה"ש 7, בעמ' 407; קרייני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 502-503. ניתן לראות כי המדינה מנסה להתחמק מפסקי דין שאינה מעוניינת בהם, כפי שקרה באפריל 2008 כאשר קבע בית המשפט המחוזי בעניינה של המערערת ורד פרי כי הוצאות בגין טיפול בילדים יוכרו לצורכי מס לנשים עובדות, עמ"ה (מחוזי ת"א) 1213/04 פרי נ' פקיד שומה גוש דן, פדאור 1108 (11) 332 (2008). פקיד השומה, המשיב בתיק, סירב להכיר בהחלטתו של בית המשפט וסירב להחילה על הקבוצה שאליה השתייכה התובעת, וערעור על החלטה זו הוגש לבית המשפט העליון.

בתביעה, אין בהם כדי לחייב תובעים אחרים שדרישת תשלום הופנתה אליהם או שתופנה אליהם בעתיד.¹⁰⁶

יתרה מכך: העובדה כי הפסד של המוסד גובה התשלום בהליך אינדיבידואלי עשוי לחייב אותו ביחס לכלל חברי הקבוצה שאליהם מופנית הדרישה עלולה להחריף את הבעייתיות הנובעת מפערי הכוחות בין הצדדים.¹⁰⁷ מוסד הצופה כי תוצאות ההליך היחיד יקבעו את מעמדו ביחס לכלל חברי הקבוצה ישקיע בניהול ההליך משאבים בהתאם לשווי של תוצאות ההליך ביחס לכלל חברי הקבוצה. לעומת זאת, בהיעדר מנגנון ראוי לניהול קבוצתי של ההליך, הפרט המערער על חוקיות התשלום (או בא כוחו) יקבע את השקעתו בניהול ההליך בהתאם לעניינו האישי המוגבל בתוצאות ההליך עבורו.¹⁰⁸ סביר להניח כי פער תמריצים זה יפגע בסיכויי ההצלחה של הפרט המערער על חוקיות דרישת התשלום.

לבסוף, הליכים אלה מוגבלים לנפגעים שבחרו להגיש תביעה נגד המוסד גובה התשלום. הנתבע, מצדו, ישתדל להשתיק כל מידע בנוגע לחבותו כדי להימנע מתובעים נוספים.

אם כן, הדרך הראויה ליצירת השתק ודאי והדדי כתוצאה מהליך לסעד הצהרתי היא תובענה ייצוגית.¹⁰⁹ סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות מגביל כיום את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי לעילות התביעה המנויות בתוספת השנייה לחוק. ככל שמדובר בגופים פרטיים, ניתן להגיש תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי בכל מישורי היחסים שבהם יעלו בדרך כלל תביעות בגין גבייה לא חוקית – בין עוסק ללקוח, בין מבטח למבוטח, בין תאגיד בנקאי ללקוחותיו או בין מעביד לעובדיו.¹¹⁰ לעומת זאת,

106 לכאורה נראה כי פנייה לבג"ץ במקרה של רשות ציבורית תביא, מבחינה מעשית, לחיוב הרשות לנהוג לפי פסיקת בג"ץ ביחס לכלל האזרחים שעניינם דומה; אולם גם כאן בעיית המידע של כלל האזרחים והיעדר תמריצים לאכיפה כוללת על ידי התובע יביאו לתשלום חסר, ובעקבותיו להרתעת-חסר של הרשות.

107 ראו Hamdani & Klement, לעיל ה"ש 1, בעמ' 737-738.

108 אמנם לעתים ארגונים ציבוריים או פרטים אינם פועלים בהכרח משיקולי עלות-תועלת כמוכנס הצר בלבד; עם זאת לא ניתן להסתמך על קיומם העקרוני של מניעים "אלטרואיסטיים" מסוג זה כתחליף מלא למנגנון שיספק תמריצים נאותים למי שפועל ממניעים צרים יותר.

109 מאחר שהליכי הערר מיועדים על פי טבעם לדיון אינדיבידואלי, על ידי גוף מנהלי מקצועי שאינו כפוף לדיני ראיות ולסדרי דין מפורטים, לא ניתן לקיים בהם הליך ייצוגי ומורכב. מטעם זה ראוי שההליך הייצוגי יתנהל בבית המשפט. יתרה מכך: על אף ההלכה הנוגעת להליך האינדיבידואלי, התובענה הייצוגית עומדת בתנאי הסייג לכלל הקובע חובת פנייה להליך הערר, שכן יש בה חשיבות ציבורית או עקרונית מיוחדת המצדיקה פנייה ישירה לבית המשפט. ראו עניין ט.ט. טכנולוגיה מתקדמת, לעיל ה"ש 102. לפיכך, התייחסותנו בגוף הטקסט היא להליכים המתנהלים בבית המשפט ולא להליכי ערר.

110 חוק תובענות ייצוגיות, פריטים 1-4 לתוספת השנייה.

כאשר הנתבע הוא רשות ציבורית, אפשרות התביעה לסעד הצהרתי מוגבלת מכוח לשונו של פריט 11 לתוספת השנייה, המאפשרת רק תביעה "להשבת סכומים שגבתה שלא כדין". במילים אחרות: התביעה מוגבלת לכאורה לשלב השלישי – שלב ההשבה, ואינה כוללת את השלב השני – שלב ההתנגדות.¹¹¹

עם זאת יש לציין שחוק התובענות הייצוגיות יוצר הסדר הקרוב במהותו למוסד ההגנה הייצוגית. סעיף 9(א) לחוק קובע שרשות שהוגשה נגדה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעילת השבה רשאית להודיע על החלטתה לחדול מן הגבייה שבשלה הוגשה הבקשה ("הודעת חדילה"). על פי סעיף 9(ב) לחוק, במקרה כזה לא יאשר בית המשפט תובענה ייצוגית נגד הרשות בתביעת ההשבה. עם זאת, סעיף 9(ג) מאפשר לבית המשפט לפסוק גמול לתובע הייצוגי ולקבוע שכר טרחה לעורך-הדין המייצג.¹¹²

הסדר זה דומה למוסד ההגנה הייצוגית בכך שהוא מונע את המשך הגבייה, נותן תמריצים לעורך-הדין (ולתובע המייצג) להגשת התביעה ובה בעת חוסך את העלויות הכרוכות בהשבה. אולם, כדי שההסדר יפעל למניעה מוקדמת צריך ששכרם של עורך-הדין והתובע המייצג ייגזר מהסכום שנחסך עקב הפסקת הגבייה ולא מהסכום שנגבה עד להגשת התביעה (ואינו מוחזר לציבור). רק כך יהיה התמריץ להגשת התביעה גדול יותר ככל שתוגש מוקדם יותר לאחר התחלת הגבייה האסורה. בכמה תביעות שהוגשו מאז קבלת החוק והסתיימו בהודעת חדילה פסקו בתי המשפט המחוזיים שכר טרחה נמוך שלא נגזר מהסכום שנחסך לציבור.¹¹³ כדי שהתובענה הייצוגית תצליח במניעתה של גבייה לא חוקית נדרש לתקן טעות זו.

עוד יש להדגיש שההסדר חל רק על תביעות השבה נגד רשות ואינו חל על מוסדות

111 יש לשים לב גם לס' 5(א)(2) לחוק, הקובע את סמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים לדון ב"בקשה לאישור נגד רשות בתביעה שעילתה החלטה של הרשות ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים או השבה". מהו אם כן דינן של בקשות לאישור בתביעות שעילתן החלטה של הרשות ושהסעד בהן הוא צו עשה, צו אל תעשה או סעד הצהרתי? ראו גם בש"א (מחוזי ת"א) 31213/06 (ת"מ 109/06) בן ישי נ' עיריית לוד, פדאור 06(23) 86 (2006).

112 כך, למשל, בבדיקה שעשינו ביום 1.5.2008 בפרסומי העיתונות באתרים TheMarker ו-Globes ובמאגרי הפסיקה, גילינו כי בשש מתוך 68 התביעות הייצוגיות שהוגשו נגד המדינה או נגד רשויות ציבוריות אחרות ניתנה הודעת חדילה; ראו ה"ש 46 לעיל.

113 ת"מ (מנהליים ת"א) 120/06 זדור נ' עיריית חולון, פדאור 07(1) 204 (2007) (הסדר פשרה שקיבל תוקף של פסק דין ובו נפסק תשלום בסך 1,500 ש"ח לתובעת המייצגת ושכר טרחה בסך 5,000 ש"ח לעורך-דינה); ת"מ (מנהליים ת"א) 139/06 וורסל נ' עיריית רמת גן, פדאור 07(29) 895 (2007) (לתובע המייצג נפסק גמול בסכום של 5,000 ש"ח ולעורכי-דינו נפסק שכר טרחה בסך 35 אלף ש"ח); בש"א (מנהליים י-ם) 1543/06 (ת"מ 202/06) התנועה להגינות שלטונית נ' מדינת ישראל, תק-מח 2007(3) 7786 (2007) (למבקשים נפסק גמול בסכום של 20 אלף ש"ח ולעורכי-דינם נפסק שכר טרחה בסך 20 אלף ש"ח); בש"א אכדיה סופטוור סיסטמס, לעיל ה"ש 55 (למבקשות נפסק גמול מיוחד בשיעור של 200 אלף ש"ח ולעורכי-הדין נפסק שכר טרחה של 300 אלף ש"ח).

פרטיים.¹¹⁴ לפיכך, על אף שניתן לראות בהסדר הקבוע בסעיף 9 סוג של הסדר עקיף להגנה ייצוגית, ייטיב המחוקק לעשות אם ייקבע הסדר כזה באופן מפורש. לסיכום: לפי הדין הקיים, פעולה בדרך של תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי היא אפשרית באופן עקרוני (אם כי בעייתית) ביחס לדרישות תשלום מצד מוסדות פרטיים בלבד. באשר לרשויות ציבוריות, תקנה 29 – ולחלופין, ההסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק – יכולים לכלול את רעיון ההגנה הייצוגית אולם לשם כך נדרש שעורכי־הדין והתובע או הנתבע המייצג יזכו לתגמול שיהיה גדול יותר ככל שהמניעה שהשיגו תהיה משמעותית ומוקדמת יותר. הרחבת תחולתו של החוק באמצעות תיקון התוספת השנייה, וקביעה מפורשת בדבר הדרך שבה צריכים התגמול ושכר הטרחה להיגזר ממועד הגשת התובענה, יסייעו במימוש רחב יותר של ההגנה הייצוגית בדין הקיים, כפי שנסביר בפרק הבא.

3. ההגנה הייצוגית: תחולה ותמריצים

במנותק מן האכסניה הפורמלית שבה תנוהל ההגנה כייצוגית – בדרך של תביעה לסעד הצהרתי או בדרך של בקשה לאשר הגנה בהליך אינדיבידואלי כמייצגת את כלל חברי הקבוצה – יש לדון בכמה שאלות הנוגעות לכוחו של ההליך להשיג את מטרותיו. ככל שהדברים אמורים בתנאים לאישור ההגנה כייצוגית, לניהולה ולאישור פשרה בה ניתן להחיל על ההגנה הייצוגית כללים דומים לאלה החלים בתובענה הייצוגית. לדוגמה, ניתן יהיה לאשר הגנה כייצוגית אם היא מעלה שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה ויש אפשרות סבירה שהן תוכרענה בהליך לטובת הקבוצה, אם היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, ואם הייצוג שמציעים

114 בפשרות שהושגו בתובענות ייצוגיות שהוגשו מאז קבלת החוק, בעילות שאינן עילות השבה, בחרו הצדדים להחיל הסדר דומה של הפסקת הפעולה או המחדל נשוא התובענה ללא השבה או פיצוי בגין העבר. ראו, למשל, בש"א 21100/03 (ת"א 2286/03) טורבתיאן נ' הנקל סוד בע"מ, פדאור 07(4) 245 (2007) שם נקבע כי חברת הנקל סוד תפיץ במהלך שנה אבקת כביסה עם תוספת משקל ללא שינוי במחיר; בש"א (מחוזי ת"א) 11936/06 (ת"א 1668/06) בנק נ' ליימן שליסל בע"מ, פדאור 08(7) 463 (2008), שם נקבע כי חברת ליימן שליסל תמכור בשני סבבים של חודשיים צנצנות שוקולד נוטלה עם תוספת משקל ללא שינוי במחיר; בש"א (מחוזי ת"א) 16332/07 (ת"א 1574/07) ברמי נ' תעשיות "פילטונה" בע"מ, חברה פרטית, תק-מח 2008(1) 5498 (2008), שם נקבע כי חברת פילטונה תשווק במשך שישה עד תשעה חודשים מיליון אריות עם תוספת משקל ללא שינוי במחיר. בשלושת המקרים לא פיצו הנתבעות את התובעים בגין נזקי העבר. תהיות רבות עולות באשר לתועלתן של פשרות אלה לאינטרס הציבורי, שכן בתביעות שבהן הוגשו אין נימוק ראוי שלא לחייב את הנתבע – אם הפר את חובותיו – בפיצוי והשבה: במקרים אלה, מתן פטור מפיצוי והשבה מביא לדילול יסוד ההרתעה ללא הצדקה.

עורך-הדין והנתבע המייצג הוא הולם, ראוי ובתום לב.¹¹⁵ עם זאת, שני נושאים דורשים דיון מפורט יותר: האחד נוגע להגדרת הקבוצה, ובעיקר לתחולתה של ההגנה הייצוגית על מי שטרם נדרש לשלם מחד גיסא ועל מי שכבר שילם מאידך גיסא; הנושא האחר נוגע לפסיקת שכר הטרחה לעורך-הדין ולנתבע המייצגים.¹¹⁶

(א) הגדרת הקבוצה המיוצגת

פסק דין בתובענה ייצוגית מהווה מעשה בית דין עבור כל חברי הקבוצה שבשמם נוהלה התובענה הייצוגית.¹¹⁷ לכאורה יחול כלל דומה גם לגבי ההגנה הייצוגית, אולם בשם מי מנוהלת ההגנה הייצוגית? ניתן לחלק את המעוניינים בהגנה הייצוגית לשלוש קבוצות: מי שטרם נדרש לשלם אולם עלול להידרש לכך בעתיד, מי שנדרש לשלם וטרם שילם, ומי ששילם כבר את שנדרש.¹¹⁸

בהתחשב בפרק הזמן הקצר שבין דרישת התשלום למועד ביצועו, סביר להניח כי הקבוצה השנייה – שאליה משתייך הנתבע המייצג – תהיה בדרך כלל קטנה. ככל שההגנה הייצוגית תהיה יעילה יותר באיתור מוקדם של גבייה שלא כדין, כך תהיה הקבוצה הראשונה גדולה יותר והקבוצה השלישית קטנה יותר. כדי להשיג את מטרתה צריכה ההגנה הייצוגית לכלול לפחות את חברי הקבוצה הראשונה והשנייה. לכן עלינו לבחון באיזו מידה מוצדק להחיל מעשה בית דין על מי שטרם נדרש לשלם, ועד כמה עולה הדבר בקנה אחד עם מסגרתה המקובלת של דוקטרינה זו.

למעשה בית דין שני ענפים: השתק עילה והשתק פלוגתא.¹¹⁹ באשר להשתק עילה, אין הוא יכול לחול על מי שבמועד פסק הדין טרם עמדה נגדו כל עילה, ולכן החלתו על

115 ראו ס' 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

116 ייתכנו שאלות הנוגעות לאופן ניהולה של ההגנה הייצוגית שידרשו פתרון נקודתי כגון שאלת סמכותו של בית המשפט. מאחר שהסמכות נקבעת לפי כתב התביעה, ייתכן שזו תוגש בבית משפט השלום לפי ס' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198; הגנה ייצוגית המכפילה את שווי התביעה עלולה להוציא את התביעה מגדר סמכותו של בית משפט השלום. נקל לפתור בעיה זו באמצעות העברת התביעה לבית המשפט המוסמך, כדרך שעושים בתביעה שעקב תיקונה יצאה מגדר סמכות בית משפט אחד ועברה למסגרת סמכותו של בית משפט אחר. ראו רע"א 2992/98 ספקטור נ' מגדל, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נב(3) 673 (1998); בש"א (מחוזי חי') 5898/02 (ת"א 367/02) הדר נ' ישראל ליברמן (לא פורסם, 26.8.2003).

117 ראו ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות. הדבר ברור גם ללא הוראה מפורשת זו; ראו רע"א א.ש.ת. ניהול פרוייקטים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 248; נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 432-428 (1991).

118 כאשר מדובר בתשלום תקופתי כגון ארנונה ייתכן שתהיה חפיפה מסוימת בזהות החברים בקבוצות. 119 ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583-584 (1968): לעניין השתק עילה: "... הכלל האחד הוא: מקום שתביעה נדונה לגופה והוכרעה על ידי בית משפט מוסמך שוב אסור להיזקק לתביעה נוספת בין אותם הצדדים או חליפיהם, אם זו מבוססת על עילה זהה. במקרה כזה, אם

חברי הקבוצה הראשונה מכוח ההגנה הייצוגית תהווה חריגה משמעותית מהדין הנוהג כיום. קיצונית פחות היא החלתו של השתק פלוגתא על נתבעים עתידיים אלה. דוקטרינת ההשתק ההגנתית הלא הדדי, שהתקבלה בכמה פסקי דין בישראל,¹²⁰ מאפשרת להשתיק תובע משותף שהפסיד בתביעה שהגיש נגד אחד הנתבעים, ולכן יצירת השתק דומה מכוח הליך ייצוגי מתיישבת עם דוקטרינה זו. אולם, בשונה מדוקטרינת ההשתק ההגנתית הלא הדדי, ההגנה הייצוגית אמורה להקים מעשה בית דין לא רק לטובת הקבוצה המיוצגת כי אם גם נגדה. נתבע פוטנציאלי שטרם הופנתה כלפיו דרישת תשלום לא יוכל להעלות טענות הסותרות את קביעת בית המשפט בהליך ההגנה הייצוגית אף שזוה הסתיים בטרם קיבל את דרישת התשלום. על אף שייצירת השתק כזה נדמית קיצונית היא אינה כזו. ראשית, יש לזכור שההשתק ייווצר רק בכל הנוגע לשאלות המשותפות לקבוצה המיוצגת. בדוגמת הארנונה שהצגנו לעיל, השאלה שלגביה יושתקו נתבעים עתידיים עשויה להתייחס לחוקיות צו הארנונה ולסכומיו. מאחר שמדובר בהשתק פלוגתא בלבד, כל השאלות שלא נכללו במסגרת ההגנה הייצוגית, והן מיוחדות לכל נתבע (גודל הנכס שלו, סיווגו וכו'), יישארו פתוחות לדיון בתביעות אינדיבידואליות.

שנית, חברי הקבוצה המיוצגת יזכו להגנה מפני התנהגות אופורטוניסטית או רשלנית של הנתבע ועורך-הדין המייצגים באמצעות מנגנונים הדומים לאלו שקיימים בתובענה הייצוגית, וניתן ליישם כאמור גם בהגנה הייצוגית.¹²¹ בעיקר יידרש בית המשפט

במשפט הראשון זכה התובע בדין, כי אז אומרים שעילת תביעתו שם 'נבלעה' (merged) בפסק הדין, אשר הכיר בזכותו ובא במקום העילה, שאיננה עוד, בחינת *judicatum rem in transit*; וכן, אם במשפט הראשון זכה הנתבע בדין, אזי אומרים שקם מחסום (bar) המשתיק את התובע מלהזכר על תביעה שניה המבוססת על אותה עילה, בחינת היותה חסומה או מושתקת *per judicatum rem*. עד כאן הכלל הראשון ורגילים לכנותו בשם 'ענין שנדון' (*res eadem*) ולאחרונה בשם 'השתק ישיר' (*estoppel direct*) ואף 'השתק עילה' (*estoppel action of cause*). "לענין השתק פלוגתא: "הכלל העיקרי האחר הוא: אם במשפט הראשון הועמדה במחלוקת שאלה עובדתית מסוימת, שהיתה חיונית לתוצאה הסופית, והיא הוכרעה שם, בפירוש או מכללא, כי אז יהיו אותם בעלי הדין וחליפיהם מושתקים מלהתדיין לגביה מחדש במשפט השני, חרף אי-הזוהות בין העילות של שתי התביעות. העיקר הזה ידוע בשם הכלל של *quaestio eadem* ויש המכנים אותו בשם 'השתק עקיף' (*estoppel collateral*) או 'השתק הפלוגתא' (*estoppel issue*). ראו גם אליהו הרנון "הפלוגתא הפסוקה (*Collateral Estoppel*) כמעשה בית דין" הפרקליט כג 344, 348, 351-350 (1967); זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי, לעיל ה"ש 117, בעמ' 3-12.

120 ראו ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658 (1986); ע"א 258/88 פיכטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2) 576 (1990); פסק דין סררו, לעיל ה"ש 91; פסק דין ברנוביץ', לעיל ה"ש 91; ע"א 2590/90 ניסים נ' דניאלי, פ"ד מח(3) 846 (1994); פסק דין צוריאנו, לעיל ה"ש 91.

121 אחד החששות המרכזיים הינו לקנוניה בין עורך-הדין המייצג לבין המוסד גובה התשלום. חשש זה

להשתמש בכל מנגנוני הפיקוח על הפשרה הקיימים כיום לפי סעיפים 16-19 לחוק תובענות ייצוגיות. ככל שהדברים אמורים בנתבעים שהסכום שהם נדרשים או שיידרשו לשלם הוא קטן באופן שממילא לא היו מתגוננים כנגד דרישות אינדיבידואליות שהיו מופנות כנגדם, זכותם למעשה אינה נפגעת.

יתר על כן: גם ללא הכרה בהליך של הגנה ייצוגית, להליכים משפטיים עשויה להיות השלכה על נתבעים עתידיים. כפי שהסברנו לעיל, בכל הנוגע לנתבעים עתידיים השפעתה של ההגנה הייצוגית תתמקד בעיקר בשאלת חוקיותו של התשלום, אולם גם תוצאותיו של הליך שאינו ייצוגי שבו יקבע בית המשפט עמדה בסוגיות משפטיות עשויות להשפיע על נתבעים עתידיים – בין כתקדים מנחה ובין כתקדים מחייב. יתרונו של מוסד ההגנה הייצוגית בכך שהוא יכול מנגנונים דיוניים שינסו להבטיח את האינטרס של חברי קבוצת התובעים העתידיים.

לפיכך, תוצאות ההגנה הייצוגית יחייבו או יזכו, לפי העניין, את כל מי שטרם שילם, כהשתק פלוגתא. בכך אין כדי לחרוג באופן משמעותי ממרחב האפשרויות הקיים כיום בין התובענה הייצוגית, מצד אחד, לבין השתק הפלוגתא ההגנתי הלא הדדי, מהצד האחר. מטרתה של ההגנה הייצוגית יושגו תוך שמירה על זכויותיהם של נתבעים קיימים ועתידיים, והתובע יאלץ להימנע מפעולה בניגוד לפסק הדין או הפשרה שהושגו בהגנה הייצוגית. בעוד שבתובענה הייצוגית יש צורך בהשתק עילה כדי לחסוך את הצורך בתביעה על ידי כל אחד מהתובעים, ההגנה הייצוגית יכולה להסתפק בהשתק פלוגתא שיקים הגנה אפקטיבית כנגד תביעות על ידי התובע המשותף.

לבסוף יש להעיר שדרישת ההדדיות אינה הכרחית להקמתו של מנגנון ההגנה הייצוגית. מאחר שממילא התובע חשוף להשתק פלוגתא לא הדדי על פי הדין הנוהג כיום,¹²² החלתו של מנגנון ייצוגי בתביעה הראשונה רק תשרת באופן מלא יותר את המטרות שלשמן נוצר ההשתק הלא הדדי – הגנה על הנתבעים מפני התובע המשותף. יתרה מזו: באופן פורמלי, גם הדין החל כיום מפר את דרישת ההדדיות שבסעיף 9 לחוק. הודעת החדילה של הרשות פוטרת אותה מחבות ייצוגית לתשלומי העבר ומחייבת אותה שלא לגבות בעתיד. הרשות אינה יכולה להשיג הכשר לגבייה עתידית גם אם תזכה בתובענה ייצוגית. לא זו אף זו, אפשרות התביעה האינדיבידואלית נותרת בידי כל אחד מהתובעים המיוצגים וסעיף 9(ב) לחוק מונע רק את האפשרות לתבוע בתובענה ייצוגית. מכאן שהרשות רק מוותרת על זכויותיה ללא אפשרות לויתור הדדי, במובן הפורמלי, מצד התובעים. על אף שדרישת ההדדיות רצויה, מטעמים של שוויון והגנה על זכויותיו של התובע המשותף, חריגה ממנה אפשרית לאור הדין הקיים.

באשר לחברי הקבוצה השלישית, ששילמו את הסכום שנדרש מהם, ניתן להחיל

מחייב את בית המשפט להגביר את הפיקוח על ההליך הייצוגי, לרבות מתן אפשרות לעורכי-דין

מייצגים נוספים להתחרות על האפשרות לייצג את הקבוצה. ראו לעיל ה"ש 23-25.

122 ראו לעיל ה"ש 119.

עליהם באופן דומה את השתק הפלוגתא בתביעות שיגישו להשבה, בין בדרך של תביעות אינדיבידואליות ובין בדרך של תובענה ייצוגית. כאמור, ככל שההגנה הייצוגית תהיה יעילה יותר, כך יהיה גודלה של קבוצה זו קטן יותר, ואתו הבעייתיות הנובעת מנזקי ההסתמכות שנגרמו לצדדים עקב הגבייה הלא חוקית.

(ב) פסיקת שכר טרחה בהגנה הייצוגית

כאשר מוגשת תובענה ייצוגית לסעד כספי משולם שכר הטרחה לעורך-הדין ולתובע המייצג מתוך הסכום שנפסק לקבוצה בפסק דין או בפשרה.¹²³ פירוש הדבר הוא ששכר הטרחה משולם רק כשהקבוצה המיוצגת זוכה בסעד כספי, והוא משולם מתוך אותו סעד.¹²⁴ כתוצאה מכך יש קשר ישיר בין התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה לבין שכר הטרחה שמקבלים עורך-הדין והתובע המייצג.¹²⁵ קשר זה הוא חיוני לצורך התאמה (גם אם חלקית) בין תמריציהם של המייצגים לבין תועלתם של המיוצגים. לעומת זאת, זכייה בהגנה הייצוגית אינה מביאה לסכום כסף מוגדר שמתוכו ניתן לגזור את שכר הטרחה. לא נוצר שום common pool שמתוכו ניתן לפצות את עורך-הדין והתובע המייצג על השקעתם. בידי בית המשפט שתי חלופות אפשריות לפסיקת שכר הטרחה והתגמול: שכר טרחה באחוזים או שכר טרחה לפי שעה, המוכפל במכפיל הגדול או שווה ל-1, לפי שיטת ה-loadstar.¹²⁶ לפי האפשרות הראשונה ייקבע חלקם של עורך-הדין והתובע המייצג מתוך הסכום שנחסך מנתבעים שטרם שילמו. מאחר שההגנה הייצוגית צריכה לדרבן נתבעים ועורכי-דין להגיש את ההליך הייצוגי מוקדם ככל האפשר, על שכר הטרחה להיגזר מהסכום שנחסך ולא מהסכום שכבר נגבה. כך צריך להיעשות היום לפי ס' 9 לחוק תובענות ייצוגיות, וכך צריך יהיה בית המשפט לנהוג בהליכים אחרים של הגנה ייצוגית. הקושי הטמון באפשרות זו הוא שערכה של ההגנה הייצוגית עבור ציבור המיוצגים קשה לכימות משום שציבור זה אינו מוגדר: ההגנה הייצוגית מגנה על כל מי שהיה נדרש בעתיד לשלם את החיוב הלא חוקי. מיהם אותם אנשים, מה מספרם, ומה בדיוק הסכום שהיה נדרש מהם¹²⁷ – כל אלה אינם בהכרח ברורים במועד מתן פסק הדין או קבלת הפשרה לטובת הנתבעים המיוצגים. לכן יש לפנות לאפשרות השנייה, והיא פסיקת שכר הטרחה בהגנה הייצוגית על בסיס עלות, לפי שיטת ה-loadstar. במקרה זה יתבסס שכר הטרחה על הכלל הרגיל הנוהג בישראל,

123 סעיפים 22 ו-23 לחוק התובענות הייצוגיות; קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 157-178, 169-168.

124 שם, בעמ' 162-166.

125 איננו דנים כאן בבעיות הנציג הנוצרות ומביאות לכך שקשר זה יהיה לעתים רופף ביותר. ראו קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 7, בעמ' 350-361; קלמנט "נתבע יחיד", לעיל ה"ש 7.

126 קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 159-160.

127 לעתים הסכום הינו אחוז מערך כלשהו, המשתנה בין הפרטים.

שלפיו המפסיד בתביעה משפה את הזוכה בגין הוצאותיו,¹²⁸ תוך התאמה לצרכיה המיוחדים של ההגנה הייצוגית. זכאותם של עורך־הדין והתובע המייצגים לשכר טרחה מותנית בזכייה בהגנה הייצוגית, ואם הפסידו לא ישולם להם דבר. לכן קיים סיכון בייצוג – סיכון שהשקעתם של עורך־הדין והתובע המייצג באיתור עילת ההגנה ובניהול ההגנה ירדו לטמיון. הגישות המקובלות לגבי פסיקת שכר טרחה בתובענות ייצוגיות, הן בספרות והן בפסיקה בארצות־הברית, הכירו בסיכון זה ובצורך לפצות עליו כשמוענק שכר טרחה בפשרה או בפסק דין.¹²⁹ הדרך לעשות זאת היא באמצעות הכפלת סכום ההוצאות – שכר הטרחה לפי שעות שהושקעו בתביעה (מרכיב עלות) – במכפיל סיכון הגדול מ־1. נוסף על כך יש להכפיל את סכום ההוצאות במכפיל שיהיה גדול יותר ככל שהתובענה הוגשה מוקדם יותר לאחר תחילת הגבייה הלא חוקית. רק שכר טרחה כזה יביא לתמריצים ראויים לייצוג ולניהול של הגנה ייצוגית, ותמריצים אלה הם תנאי להשגת מטרותיה, דהיינו: הקדמה ככל שניתן של מועד בירור חוקיותו של התשלום¹³⁰ והשקעה ראויה בניהול ההגנה הייצוגית.

יש להדגיש כי מאחר שמדובר בשאלה משפטית אחת הנוגעת לחוקיות הגבייה, ללא סיכוכים הנוגעים לשאלות משפטיות נוספות או לשאלות עובדתיות מורכבות, ניהולה של הגנה ייצוגית בגין גבייה שלא כדין אינו דורש השקעת משאבים רבים. המחקר המשפטי הנדרש אינו בעייתי, אין צורך במומחים, ורובן של השאלות העובדתיות ניתן לבירור בנקל מתוך מסמכיה של הנתבעת. לפיכך, רבים הם עורכי־הדין המסוגלים לנהל הגנה ייצוגית כזו, ושכר הטרחה שיש לשלם להם אינו גבוה כזה שנדרש בתובענות ייצוגיות מסובכות יותר. יתרה מכך: הסיכון בהגנה הייצוגית יהיה בדרך כלל נמוך לאור האפשרות הפשוטה, יחסית, לברר מראש את חוקיות הגבייה.

לסיכום: בקביעת שכר הטרחה יש להתחשב בסכום שנחסך לציבור, בין אם באמצעות חישוב אחוז שכר הטרחה מתוכו ובין בדרך של הגדלת מכפיל ה־loadstar

128 לדרך הראויה לפסיקת הוצאות בהליך אינדיבידואלי ראו בג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסמכת למתן רישיונות יבוא – משרד התעשייה, המסחר, פדאור (16)05 (2005).

129 שם, בעמ' 174-175.

130 מאחר שהדרך לפסיקת שכר טרחה בהגנה ייצוגית שונה מזו הנוהגת בתובענה הייצוגית עלול להיווצר פער בין כדאיותם של שני ההליכים עבור עורכי־הדין. לכאורה עלול היה פער כזה להביא לכך שעורכי־הדין יעדיפו להמתין ולהגיש תובענות ייצוגיות להשבה במקום להתערב בשלב המוקדם באמצעות ההגנה הייצוגית. למעשה, התחרות בין עורכי־הדין והעובדה שההגנה הייצוגית חוסמת תובענה ייצוגית מאוחרת ימנעו קושי זה. עורכי־דין שגילו גבייה לא חוקית יודרו להגיש את ההגנה הייצוגית עקב החשש שאחרים יעשו זאת במקומם. בהנחה ששכר הטרחה בהגנה הייצוגית ישפה את עורכי־הדין בגין עלויותיהם והסיכון שנטלו, לא יהיה בשכר טרחה גבוה יותר בתובענה הייצוגית כדי להפוך את ההמתנה לגבייה ולהזדמנות להגשת תובענה ייצוגית להשבה לכדאית.

כתלות בחיסכון זה. רק בדרך זו יינתן תמריץ לנתבעים ולעורכי-דין לבקש לייצג בהגנה ייצוגית מוקדם ככל האפשר.

1. סיכום

מנגנון התובענה הייצוגית נועד להתמודד עם נסיבות שבהן קיימת א-סימטריה בין הנתבע המשותף לבין קבוצה מפורזת של תובעים פוטנציאליים בעלי עילות דומות. הדמיון בעילות התביעה מאפשר לנתבע המשותף ליהנות מיתרונות לגודל בניהול ההליך. יתר על כן: לאור ההשפעה האפשרית של הליך אחד על תוצאות הליכים דומים אחרים, יש לנתבע המשותף תמריץ גדול יותר מאשר לתובע להשקיע משאבים בהליך הפרטני. התובענה הייצוגית מתמודדת עם א-סימטריה זו באמצעות מתן אפשרות לניהול קבוצתי של התובעים השונים.

אולם, תופעת חוסר הסימטריה ביחסי הכוחות של הצדדים אינה מתעוררת רק בנסיבות שבהן חברי הקבוצה הם במעמד של תובעים פוטנציאליים. כשל דומה יכול להתעורר גם כשקבוצה גדולה של נתבעים, שעניינם מעלה שאלות עובדתיות או משפטיות משותפות, ניצבים מול תובע משותף. בנסיבות אלה על מערכת המשפט לעצב מנגנונים לניהול קבוצתי של ההליך מטעם קבוצת הנתבעים, וזאת באמצעות מוסד ההגנה הייצוגית.

רשימה זו עסקה בהתאמתה של ההגנה הייצוגית לבירור סכסוכים שעילתם גבייה לא חוקית. ההגנה הייצוגית חיונית במיוחד בתחום זה כיוון שהיא מתמודדת ישירות עם הדילמה המרכזית העומדת ביסוד דיני ההשבה, דהיינו: כיצד ניתן להניע מוסדות להשקיע משאבים לשם הבטחת חוקיותו של התשלום מבלי להכביד עליהם יתר על המידה בדיעבד, בהנחה ששינו את מצבם לרעה בעקבות הגבייה העודפת. ההגנה הייצוגית עוקפת קושי זה באמצעות מנגנונים לעידוד הבירור המוקדם של חוקיות התשלום. במילים אחרות, מנגנון אפקטיבי של הגנה ייצוגית ימנע גבייה לא חוקית בעלות נמוכה יותר מאשר סעד ההשבה. במסגרת הרשימה הוצגו גם דרכים שבהן ניתן ליישם מנגנון שכזה במסגרת הדין הקיים בישראל.

ההגנה הייצוגית מרחיבה את גבולותיה של התובענה הייצוגית כדי לספק מענה לכשל המתעורר במקרה של קבוצת נתבעים שעניינם מעלה שאלות עובדתיות משותפות, אולם היעדר הסימטריה בין הצדדים יכול לבוא לידי ביטוי גם בהקשרים נוספים שבהם לא עסקנו ברשימה קצרה זו. לדוגמה, נניח כי עניינו של נאשם בתיק פלילי מעלה שאלות עקרוניות, שעשויה להיות להן השלכה לגבי קבוצה גדולה של נאשמים בכוח בהליכים עתידיים. רשויות התביעה ינהלו את התיק מתוך מודעות להשלכותיה רחבות ההיקף של פסיקת בית המשפט, אך הנאשם היחיד לא בהכרח יביא בחשבון את הערך התקדימי של

הפסיקה בעניינינו. נסיבות אלה מקנות יתרון ברור לרשויות התביעה ומפחיתות את הסיכוי לליבון מעמיק של השאלה העקרונית על ידי בית המשפט. עם זאת, נשאלת השאלה האם על מערכת המשפט לפעול כדי לאזן את יחסי הכוחות בין הצדדים, ואם כן – מהי הדרך הראויה לעשות זאת. שאלה עקרונית זו ראויה לדיון במחקר עתידי.