



בית המשפט העליון בירושלים

עע"ס 7752/12 - א'

לפני: כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט צ' זילברטל

המערערים: 1. ישראל אסל, עו"ד
2. עדי אסל

נגד

המשיב: מינהל מקרקעי ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים
בתל אביב-יפו מיום 9.9.12 בת"צ 18668-01-12 שניתן על
ידי כבוד השופטת מ' סוקולוב

תאריך הישיבה: י"ט באדר א' התשע"ד (19.2.2014)

בשם המערערים: עו"ד א' וינרוט; עו"ד א' לוקשינסקי-גל;
עו"ד י' אסל

בשם המשיב: עו"ד ל' פלד

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (השופטת סוקולוב),
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, בת"צ 18668-01-12 מיום 9.9.12. השאלה
שבמוקד ההליך היא האם המשיבה (להלן רשות מקרקעי ישראל, הרשות או המשיבה)
בהחלטותיה למתן פטור מדמי היתר פעלה כ"עוסק" כמובנו בפרט 1 לתוספת השניה
לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן חוק תובענות ייצוגיות או החוק), או שמא
כ"רשות" כאמור בפרט 11 לתוספת, שעניינו תביעת השבה כנגד רשות בגין סכומים
שגבתה שלא כדין כמס, כאגרה או כתשלום חובה אחר.

ב. המערערים הגישו לבית המשפט לעניינים מינהליים תובענה ובקשה לאישורה כתובענה ייצוגית, בטענה לגביית דמי היתר ביתר על ידי המשיבה בסך כולל של 500 מיליון ₪. במוקד התובענה במובן המהותי החלטה 1184 של מועצת מקרקעי ישראל מחודש מרץ 2009, שהעניקה הנחות ופטורים בדמי היתר בעבור רכישת זכויות בניה נוספות. תוקף הסעיף מושא הערעור, שעניינו חוזי חכירה מהוונים באזור עדיפות לאומית ב' ובאזורים שאינם אזורי עדיפות לאומית, היה לשנתיים. ביום 28.12.09 בוטלה החלטה זו, ונתקבלה החלטה 1186 אשר נכנסה לתוקף ביום 22.3.10, והיא האריכה את תוקף ההטבות מושא הערעור לשנתיים נוספות. ביום 14.3.12 בוטלה החלטה 1186, ונכנסה לתוקף החלטה חדשה שמספרה 1245, שקבעה הסדר שונה. כנטען בתובענה הייצוגית, במסגרת מספר החלטות של הנהלת רשות מקרקעי ישראל שלא פורסמו, גבתה רשות מקרקעי ישראל דמי היתר ביתר בניגוד להחלטות מועצת מקרקעי ישראל. הוסף, כי במסגרת החלטה פנימית 2689 מיום 16.3.10 צוין, כי ככל שחוכר יפנה בבקשה להחזר כספים ששולמו ביתר, אלה יושבו לו. בבקשתם לתובענה ייצוגית נסמכו המערערים על שתי עילות – פרט 1 ופרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.

ג. לשם הנוחות נביא כאן את הסעיפים הרלבנטיים בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, המונה "רשימה סגורה" של מקרים, שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית:

"1. תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו.

....

11. תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר".

ד. המשיבה עתרה לדחיית הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית בהתאם להוראות סעיף 9(ב) לחוק, שלפיהן לא תאושר תובענה ייצוגית לפי פרט 11, כנגד "רשות" אשר הודיעה על חדילת הגביה במועדים הקבועים בחוק. נטען, כי ביום 14.3.12 בוטלה החלטה 1186, ורשות מקרקעי ישראל חדלה מגביית דמי היתר לפי החלטה זו.

פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים

ה. בית המשפט לעניינים מינהליים קבע, כי בנסיבות המקרה שלפנינו אין לראות בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל מושא הבקשה ובפרשנותן פעולה של המשיבה כ"עוסק" אלא פעולה כרשות שלטונית, אשר מוציאה את רשות מקרקעי ישראל מגדרו של פרט 1 לתוספת השניה לחוק. נומק, כי רשות מקרקעי ישראל פועלת בשני מישורים: במישור המינהלי מזה ובמישור העסקי, כ"עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, מזה. נקבע, כי בנדון דידן לימדה התנהלות המערערים שאנו מצויים במישור המינהלי: התובענה ובצידה הבקשה להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית הוגשו לבית המשפט לעניינים מינהליים; בפתח הבקשה צוין מפורשות כי הבקשה מוגשת מכוח פרט 11 שעניינו תביעות כנגד "רשות", ובפרק י"ג לבקשה עתרו המערערים לקבוע, כי רשות מקרקעי ישראל תשיב את שגבתה ביתר ב-24 החודשים שקדמו להגשת הבקשה. העובדה שהמערערים הגבילו את סעד ההשבה לפרק זמן זה שאובה, כך הוסבר, מסעיף 21 לחוק תובענות ייצוגיות, שעניינו אישור תובענה ייצוגית כנגד רשות. נוכח אלה נקבע, כי המערערים מושתקים מטענה, כי בקשתם לא נסמכה על פרט 11 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, או כי פרט 11 לתוספת השניה אינו חל בענייננו. עוד צוין, כי אמנם ננקב בבקשה גם פרט 1 לתוספת השניה, אולם שעה שצוינו שתי האפשרויות, בידי רשות מקרקעי ישראל לבחור בזו הנראית לה מתאימה. נפסק לעיצומם של דברים, כי בנסיבות המקרה דנא פעלה רשות מקרקעי ישראל – כאמור – כרשות ציבורית ופעולתה, שעניינה מתן סובסידיה, היא שלטונית, ולכן אינה נכללת בגדרי הדיבור "עוסק". הוסף, כי השיקולים שהנחו את מועצת מקרקעי ישראל בקביעת תנאים למתן פטור מתשלום דמי היתר, היו ציבוריים במובהק.

ו. משבא בית המשפט קמא למסקנה כי אין לראות בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל ובפרשנותן בגדר פעולה של רשות מקרקעי ישראל כ"עוסק", אלא של רשות שלטונית, נפנה לבחון האם סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, שלפיו "בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה כנגד רשות, אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגביה שבשלה הוגשה הבקשה לאישור והוכח בבית המשפט כי היא חדלה מהגביה כאמור לכל המאוחר במועד הקובע...", חל בנדון דידן. נקבע, כי סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות חל על הסיטואציה שלפנינו: בהחלטה 1186 מיום 22.3.10 נקבע, כי היא מוגבלת בזמן, וביום 30.1.12 ניתנה החלטה חדשה, מס' 1245, שנכנסה לתוקפה ביום 14.3.12, אשר החליפה את ההסדר הקיים, וקבעה תנאים שונים בנוגע לתשלום דמי היתר ופטור מהם; בכך יש להוות "חדילה" של הרשות. נוכח האמור נדחתה

הבקשה לאישור התובענה. הוטלו על המערערים הוצאות ושכר טרחת עורך-דין בגובה 20,000 ₪.

טענות המערערים

ז. במישור העובדתי טוענים המערערים, כי בשנה העוקבת לאחר קבלת החלטה 1184 נמנעה רשות מקרקעי ישראל מיישום הפטור; מהחלטת הנהלה פנימית 2689 מיום 16.3.10 עולה, כי רשות מקרקעי ישראל היתה מודעת לכך שיישום ההחלטה נעשה באופן הנוגד את החלטות מועצת מקרקעי ישראל וגרם לגביית יתר. כן נקבע בה, כי רשות מקרקעי ישראל תשיב את הכספים ששולמו ביתר לחוכרים אשר יפנו בבקשה לכך. הוסף, כי בהחלטה פנימית 2920 מיום 8.3.11 הודתה רשות מקרקעי ישראל כי לא היה מקום להגבלת הפטור שניתן בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל. במישור המהותי טוענים המערערים, כי תשלום דמי היתר על ידי חוכרים לצורך קבלת הסכמת רשות מקרקעי ישראל לתוספת בניה, הוא עסקה רצונית בין מחכיר לחוכר על בסיס הסכם החכירה. אין, כנטען, בהסכם זה כל מאפיין שלטוני מיוחד, ורשות מקרקעי ישראל אינה רשאית לעשות שימוש בכוחה כרשות שלטונית על מנת לכפות על חוכר דבר מה בניגוד לרצונו. בהסתמך על רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (2002) (להלן עניין צ'רטוק) ויישומו ברע"א (תל-אביב-יפו) 2458/01 לנגברט נ' מדינת ישראל (2002) (להלן עניין לנגברט), נטען, כי רשות מקרקעי ישראל היא במובהק "עוסק" בעסקאות דמי היתר עם חוכרים מהטעמים הבאים: ראשית, מקור הסמכות לגביית דמי היתר הוא הסכמת הצדדים בחוזה החכירה – הסכמה הדדית, ולא פעילות כופה חד-צדדית; אין בידי רשות מקרקעי ישראל להטיל דמי היתר שאינם מעוגנים בחוזה, ועליה לקבל את הסכמת החוכר לכל שינוי בתנאיו. שנית, ביסוד החלטות אלה של מועצת מקרקעי ישראל עמדו שיקולים עסקיים מהותיים, שעניינם הרצון להפנות משאבים לאפיקים אחרים על מנת להשיא את רווחיה של רשות מקרקעי ישראל. שלישית, רשות מקרקעי ישראל רשומה כ"עוסק" לעניין חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975 וגובה מס ערך מוסף ביחס לעסקה של תשלום דמי היתר. רביעית, החלטות מועצת מקרקעי ישראל התקבלו מתוך שיקולים מסחריים מובהקים. הוסבר, כי אף אם ביסוד החלטות מועצת מקרקעי ישראל עמדו, לצד השיקולים המסחריים, גם שיקולים ציבוריים ורצון להיטיב עם חוכרים, הנה ביישום ההחלטות הרעה הנהלת רשות מקרקעי ישראל את מצב החוכרים, ובראש מעייניה עמד אינטרס כספי צר אופקים.

ח. לטענת המערערים, רשות מקרקעי ישראל היא "עוסק" גם נוכח התכלית שביסוד חוק הגנת הצרכן, שכן בניסיון לקבלת פטור מדמי היתר על פי החלטות מועצת

מקרקעי ישראל ניצב החוכר הבודד מול גוף מקצועי, שמומחיותו בעסקאות של דמי היתר, ושבאמתחתו מלוא המידע הרלבנטי. הוטעם, כי התנהלות רשות מקרקעי ישראל בתיק זה מהוה ניצול לרעה של כוחה הכלכלי ושל פערי המידע, שהיא עצמה יצרה בהסתירה את החלטותיה. עוד נאמר, כי טענת רשות מקרקעי ישראל שעסקת דמי היתר אינה בעלת אופי עסקי מובהק, עומדת בסתירה לטענתה בתיק אחר (בש"א 106812/98 טוגנרייך נ' מדינת ישראל (1999) (להלן עניין טוגנרייך)), ומשכך, כפי שגם נקבע בעניין לנגברט, רשות מקרקעי ישראל מושתקת מטענה זאת. עוד נטען, כי "הודעת החדילה" אינה כדין, שכן בפני רשות מקרקעי ישראל תלויות ועומדות בקשות רבות לתוספת בניה אשר הוגשו טרם כניסתה של החלטה 1245 לתוקף, ואינטרס ההסתמכות של החוכרים מחייב החלתן של ההחלטות שבוטלו. יתר על כן, החלטה 1186 נקצבה מתחילה לזמן מוגבל, והחלפתה באחרת בתום מועד התחולה אינה מהוה איפוא "חדילה". לבסוף נטען, כי פניית המערערים לבית המשפט לעניינים מינהליים היא מצוות סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, ואין ללמוד מכך כי הם ראו בפעולת רשות מקרקעי ישראל פעולה בכובעה כ"רשות" ולא כ"עוסק". הוסף, כי לתובע זכות לעתור מכוח מספר עילות, ואין בעצם ציוןן כדי להקנות זכות בחירה לנתבע.

טענות המשיבה

ט. לטענת רשות מקרקעי ישראל, הבקשה הוגשה מכוח פרט 11 לתוספת השניה לחוק, וההתייחסות לפרט 1 היתה משנית. לעיצומם של דברים נטען, כי ככלל עשויה המדינה להיכלל בגדרי הדיבור "עוסק" בכפוף לנסיבות העניין, והדבר תלוי בשאלה האם הפעולה מושא התובענה היא מסחרית-עסקית גרידא. נאמר, כי בבסיס התובענה שלפנינו עומדת שאלה של פרשנות החלטות מיטיבות של מועצת מקרקעי ישראל; אלה, כך הוטעם, הן בעלות אופי שלטוני-ציבורי, שאינו נוגע להתנהלות כלכלית-עסקית. נטען, כי אין דומה עניין לנגברט לענייננו, שכן ניתן טרם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, אשר ערך הבחנה בין "עוסק" ל"רשות", וכי את קביעותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים יש להבין על רקע המצב החקיקתי באותה עת. לא זו אף זו, בנדון דידן, כנבדל מעניין לנגברט, אין המדובר בהסכמות חוזיות דו-צדדיות, אלא בטענות הנוגעות להחלטות מיטיבות של מועצת מקרקעי ישראל ולפרשנותן, וככאלה מדובר בטענות במישור המינהלי כלפי הרשות. באשר ל"הודעת החדילה" נטען, כי הוראת סעיף 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות אינה דורשת קיומו של קשר סיבתי בין החדילה מן הגביה ביתר לבין הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, והוראות סעיף 9(ב) חלות אף אם הרשות חדלה מן הגביה קודם להגשת הבקשה. הוסף, כי החלטה 1245 חלה על כל הבקשות שהיו על שולחנה של רשות מקרקעי ישראל, והיא מתייחסת לכל

חוכר שטרם שילם את דמי ההיתר. פקיעת החלטה 1186 וקבלת החלטה 1245 מהוות למעשה "הודעת חדילה".

בקשה להוספת ראיות

י. המערערים ביקשו לצרף כראיות חדשות את תצהירו של מנהל תחום ביקורת חשבויות באגף הכספים ברשות מקרקעי ישראל, מר אריאל מזוז, שהוגש במסגרת ת"צ 5793-08-07 גוטמן נ' מדינת ישראל (להלן עניין גוטמן) אשר נדון בבית המשפט המחוזי, וכן תגובה שהוגשה בתיק זה (ערעור על פסק הדין (ע"א 3339/12) נדחה ביום 18.9.13). נטען, כי הראיות הנוספות מבססות את טענתם המרכזית של המערערים ואף מעצימות את טענת ההשתק השיפוטי. באת כוח המשיבה ציינה, כי בידי המערערים עמדה אפשרות להציג את המסמכים בערכאה הדיונית; אולם זאת לא עשו, ועם זאת אינה מתנגדת כי אלה יוגשו. לאחר עיון סברנו, שאף כי לא הוצג הסבר מניח את הדעת לשאלה מדוע לא הוגשו המסמכים בבית המשפט קמא, הרי שנוכח הסכמת רשות מקרקעי ישראל, תותר הגשתם.

הדיון בפנינו

י"א. בדיון בפנינו הסתמך בא כוח המערערים בטיעוניהם על עניין לנגברט וטען להשתק שיפוטי של רשות מקרקעי ישראל; עוד נטען, כי לא התקיימה "חדילה", משהחלטה היתה קצובה בזמן מתחילה. באת כוח רשות מקרקעי ישראל הטעימה, כי גביית דמי היתר נעשית לפי מחיר ריאלי, ובמובן זה פועלת הרשות כ"עוסק", אולם החלטה של רשות הבאה להיטיב עם הציבור אינה יכולה להיעשות על ידי כל "עוסק", ועל כן מדובר בפעולה של "רשות".

הכרעה

רשות מקרקעי ישראל

"המקרקעין הם נכס יחיד במינו מבין נכסיה של המדינה. קשה להפריז בחשיבותם לחברה ולמדינה. אם האומה ומפעלה התרבותי הם ה'נשמה' של העם, הרי שמקרקעיה הם ה'גוף' שלו" (בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 62 (2002) (השופט – כתארו אז – אור); בג"ץ 4646/08 יואל לביא נ' ראש הממשלה (2008)).

רשות מקרקעי ישראל מופקדת על יותר מ-90% מקרקעות המדינה, ואחראית על ניהולם בהתאם למדיניות שמתווה מועצת מקרקעי ישראל (סעיף 3 לחוק רשות מקרקעי ישראל, תש"ך-1960). היא מופקדת על ניהול מקרקעי ישראל כמשאב "לשם פיתוחה של מדינת ישראל לטובת הציבור, הסביבה והדורות הבאים, ובכלל זה להשאר עתודות קרקע מספיקות לצרכיה ולפיתוחה של המדינה בעתיד, תוך איזון ראוי בין צורכי שימור לצורכי פיתוח, ובין שיווק קרקע לשמירה על עתודות קרקע לצורכי ציבור" (סעיף 1א(1) לחוק). כן אמונה היא על קידום התחרות בשוק המקרקעין ומניעת ריכוזיות בהחזקת מקרקעין (סעיף 1א(2) לחוק). על תפקידיה נמנים הקצאת קרקעות למטרות מגורים, דיור בר-השגה, דיור ציבורי, תעסוקה ושטחים פתוחים, במקומות ובהיקפים הנדרשים על פי צורכי המשק, החברה והסביבה; שמירת זכויותיהם של הבעלים במקרקעי ישראל; פרסום מידע בקשר למקרקעי ישראל, לרבות נתונים בדבר זמינותם של מקרקעין לתכנון, לפיתוח ולשמירה על שטחים פתוחים; כל תפקיד אחר הנוגע לניהול מקרקעי ישראל, המוטל עליה לפי כל דין או לפי החלטת ממשלה (סעיף 2 לחוק).

י"ב. רשות מקרקעי ישראל היא רשות מרשויות המדינה, כפי שמעיד גם שמה; ראו חוק מינהל מקרקעי ישראל (תיקון מס' 7), תשס"ט-2009, שבו הפך מינהל מקרקעי ישראל, במסגרת שינוי ארגוני, לרשות פנים ממשלתית, ובגדרי האמור שונה שמו מ"מינהל מקרקעי ישראל" ל"רשות מקרקעי ישראל" (הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), תשס"ט-2009 הצעות חוק 348, 514). לרשות – כאמור – תפקיד ציבורי ראשון במעלה, שקשה להפריז בחשיבותו. במסגרת תפקידיה פועלת היא בפונקציות שונות: בראש וראשונה כגוף ציבורי, וככזה כפופה היא לעקרונות המשפט הציבורי, ובראשם סבירות, פעולה משיקולים ענייניים, העדר אפליה ועוד. עם זאת, לא אחת פועלת היא בכובע מסחרי-עסקי, וכפופה בהקשר זה הן לדיני המשפט הפרטי והן לכללי המשפט הציבורי. פרופ' י' זמיר (הסמכות המינהלית (מה' 2-תש"ע) כרך א', עמ' 405) מסביר, כי ניהול מקרקעי ישראל שונה מניהול עסקי מקרקעין על ידי חברה לתיווך נדל"ן, וסמכותה של רשות מקרקעי ישראל לנהל את מקרקעי ישראל – סמכות הכפופה למדיניות מועצת מקרקעי ישראל – כוללת יסודות של משפט פרטי ומשפט ציבורי כאחד. על כך לא יתכן חולק.

רשות מקרקעי ישראל – האם היא "עוסק" לעניין חוק תובענות ייצוגיות?

י"ג. נזכיר בתמצית, כי חוק תובענות ייצוגיות חל על המדינה, ואין מוחרגת הימנו. לא כך היתה כוונת מציעיו (ראו תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ה-2005 והצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ה-2005), והאפשרות להגיש תובענה כנגד המדינה

כ"רשות" היא תוצר דיונים סוערים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (ראו בין היתר עמ' 23-41 לפרוטוקול ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 11.1.2006). ועם זאת, לאורך החוק משולכות הוראות המבחינות בין הרשות הציבורית לנתבעים אחרים לעניין הגשתה של תובענה ייצוגית ואופן ניהולה, מתוך הכרה במעמדה הייחודי של המדינה:

"הרציונלים התומכים במוסד התובענה הייצוגית, עליהם עמד בית משפט זה... מתקיימים ולעיתים ביתר שאת, כאשר הנתבע הוא גוף ציבורי רב סמכות ועוצמה שהתובע הבודד, אף אם בידו עילה טובה, נוטה להשלים עם פעולותיו ואינו מהין לקרוא עליהן תיגר. מנגד, לא ניתן להתעלם ממכלול שלם של שיקולים ייחודיים המחייבים התייחסות מקום שבו הנתבעת היא רשות המשמשת כנאמן על כספי הציבור והמופקדת על ביצוע המטרות הציבוריות שלצורך הגשמתן היא קיימת. כך למשל חיוב רשות ציבורית לשלם סכומים גבוהים מאוד עלול לפגוע בוודאות התקציבית שלה ולמנוע ממנה להמשיך ולמלא את תפקידה כראוי... במובן זה, פגיעה ברשות הציבורית, אשר למעשה 'אין לה משל עצמה', עלולה להוביל לפגיעה בציבור כולו, ופגיעה כזו עשויה לעיתים לעלות על התועלת שהציבור יכול להפיק מקבלת התובענה הייצוגית שעל הפרק..." (רע"א 6340/07 עדיית תל אביב נ' חגי טיומקין (2011), פסקה 23 (השופטת חיות) (להלן עניין טיומקין)).

י"ד. ועתה לסוגיה שבפנינו. פרט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר כאמור להגיש תובענה כנגד "עוסק", כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, "בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן מוגדר "עוסק" כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן"; ו"נכס" מוגדר כ"טובין, מקרקעין, זכויות...". אין חולק, וככל שקם ספק, בא סעיף 42 לחוק הגנת הצרכן והסירו, כי "דין המדינה כעוסק כדין כל עוסק אחר" כמשמעו בחוק הגנת הצרכן.

ט"ו. בעניין צ'רטוק התוה הנשיא ברק את היסודות להבחנה בין פעולות עסקיות-מסחריות של המדינה לבין פעולות שלטוניות-ציבוריות בהקשר של הגדרת "עוסק" בחוק הגנת הצרכן:

"ראשית, לשון החוק. החוק לא חל על מי שאך...מוכר נכס או נותן שירות...!". נדרש גם כי מכירת הנכס או מתן השירות יהיו על דרך של עיסוק. המונח 'עיסוק' מופיע בהקשרים רבים בחקיקה ובפסיקה. המובן הפשוט של ביטוי זה הינו מקצוע, עבודה, מסחר של הפרט. עיסוק הוא '...פעילות מתמשכת של האדם אשר עשויה להעניק לו בסיס לחיים' (בג"ץ 1064/94 קומפיוטסט ראשל"צ (1986) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808, 816) מרבית הפעולות שמבצעת המדינה אינן נכללות במסגרת זו. אלו פעולות שלטוניות שאינן קשורות למסחר או למקצוע של הפרט (ראו למשל: בג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מו(1) 550, 543). ממילא אין לראות בהן - על פי החוק - כמאפשרות ראיית המדינה כ'עוסק' לצורך החוק. שנית, תכלית החוק. אין חולק בדבר תכלית זו. עיקרה '...להשליט אורחות התנהגות על המגזר העסקי ולקבוע כללי משחק הוגנים ביחסים שבין הצרכן לעוסק. החוק בא להבטיח, כי העוסק לא ינצל את מעמדו הכלכלי העדיף, על מנת להתעשר שלא כדין על חשבוננו של הצרכן'... החוק בא לצמצם את פערי הכוחות והמידע בין ספקים שיש להם מומחיות בתחום עיסוקם, ובין הפרט... מתכלית זו עולה, כי אין היא מתקיימת ברוב המקרים שבהם הפעילות המבוצעת היא פעולה שעיקרה שלטוני ציבורי. אכן, 'מכירת נכסים או שירותים 'דרך עיסוק' מוציאה ממסגרת הגנת הצרכן מתן שירותים ציבוריים הניתנים כחלק מפעולות שלטוניות שהן חלק מהמשפט הציבורי' (ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן (כרך א') -240 (239))" (עמ' 883, הדגשה במקור - א"ר).

ט"ז. ביסוד ההכרעה האם עסקינן ב"עוסק" אם לאו, ניצבים איפוא שני שיקולים: האחד, עניינו מהות הפעולה והאחר, הקשור בטבורו לראשון, עניינו תכליתו של חוק הגנת הצרכן. פרופ' ס' דויטש מסביר, כי "עוסק" הוא המקיים את הפעילות דרך קבע, ולא אך באופן ארעי, שכן התכלית ביסוד חוק הגנת הצרכן היא להגן מפני "עוסק" הנהנה מיתרון כלכלי, ואין הצדקה להחיל את החוק על "עוסק" בתחומים שאין לו מומחיות, ואינו בעל יתרון מקצועי וכלכלי (דיני הגנת הצרכן (כרך א')-יסודות ועקרונות) (תשס"א), עמ' 239-246); כן ראו הגדרת "עוסק" במלון אבן-שושן (מחודש ומעודכן לשנות האלפיים)). חוק הגנת הצרכן נועד - כידוע - להגן על הצרכן בחוזים שבין צדדים לא שוים ולהטיל על "הצד החזק - הספק - חובת הוגנות מוגברת כלפי הצד החלש - הצרכן. זאת, כיוון שעל-פי טבע הדברים סומכים צרכנים על ספקים -

שלהם המומחיות והניסיון בתחום עיסוקם" (רע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(1) 168 (1999) (השופטת דורנר); ראו גם הצעת חוק הגנת הצרכן, תש"ם-1980, הצעות חוק תש"ם, 302).

י"ז. בראיה זו, "מעמדן המיוחד של רשויות המדינה השונות כגופים שעליהן חל, בין היתר, גם המשפט הציבורי לא יעמוד להן למגן בפני תביעה, מקום בו המדינה עסקה בפעילות שניתן לראותה כ'עסקית', או כ'פרטית' במהותה" (ע"א 7808/06 ל"ר ואח' נ' מדינת ישראל (2012), פסקה 12 (השופט מלצר)), וההבחנה בין פעולה מסחרית-פרטית של הרשות לבין פעולה שלטונית-ציבורית תיבחן בכל מקרה לגופו על יסוד נסיבותיו והתאמתן לתכלית החוק (ס' דויטש, דיני הגנת הצרכן (כרך ב')- הדין המהותי) (תשע"ב), עמ' 478-479). בעניין לנגברט עמדה השופטת חיות על אמות המידה להבחנה זו, ביניהן היתרונות המסחריים אשר צומחים למדינה מן הפעילות, השיקולים העסקיים הנלוים לה, כפיפות לחוק מס ערך מוסף והתכלית שבבסיס חוק הגנת הצרכן.

י"ח. ועם זאת, יתכנו גם מצבים דו-מהותיים, מקום שהרשות חובשת את שני כובעיה – הכובע השלטוני והכובע העסקי, ולפעולתה שני פנים, כמין יאנוס בעל שני פרצופים. במקרים כאלה יש להידרש להתנהגותה תוך החלת שני סוגים של אמות מידה גם יחד.

לאור אלה נפנה לבחון את ההחלטות מושא הערעור.

גביית דמי היתר וההחלטות מושא הערעור

י"ט. דמי היתר הם דמי חכירה מהוונים שגובה רשות מקרקעי ישראל כתשלום בעבור היתר שהיא נותנת לחוכר המבקש להפיק הנאה נוספת מן המקרקעין על זו שהיה זכאי לה לפי חוזה החכירה המקורי קודם למתן ההיתר (ג' ויתקון, דיני מקרקעי ישראל (תש"ע) חלק ב', עמ' 799 (להלן ויתקון)); ע"א 6826/93 הועדה המקומית לתכנון נ' דב חייט, פ"ד נא(2) 286 (1997) (להלן עניין חייט)). לשון אחר, עסקינן בדמי חכירה מהוונים בעבור זכויות חכירה לבניה נוספת במקרקעין, שבגינן לא שולמה לרשות מקרקעי ישראל תמורה. ויתקון מסביר (פרק 23), כי בגביית דמי היתר עושה רשות מקרקעי ישראל שימוש בסמכות אשר ניתנה לה בהחלטה 1 של מועצת מקרקעי ישראל, שבה מעוגן העיקרון של גביית דמי חכירה נוספים ומעודכנים בגין מקרקעין שייעודם או היקף ניצולם שונה; זאת – על דרך פיצול דמי החכירה, כך שתחת אשר ישלמו החוכרים מראש בעבור כל הזכויות בנכס, כולל זכויות בניה עתידיות, משולמים דמי

חכירה על פי ההנאה והשימוש בפועל. שיעורי החיוב בדמי היתר נקבעים בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל, וגובהם משתנה על-פי סוג ההיתר המבוקש (שינוי מטרת השימוש או תוספת בניה) והשפעת השינוי המבוקש על ערכם של המקרקעין. תחילה, נקבעו בהחלטה מספר 402 של מועצת מקרקעי ישראל משנת 1988 כללים ליישום תשלום דמי היתר. החלטה זו הוחלפה בשנת 2002 בהחלטה 933, וזו עודכנה בהחלטה 950. בשנת 2008 החליטה מועצת מקרקעי ישראל לבטל את החלטות 933 ו-950, והתקבלה החלטה 1143. בשנת 2009 נתקבלה החלטה 1184 המוכרת לנו (ויתקון, פרק 23).

כ. נטעים את שנקבע בפסיקת בית משפט זה לא פעם, כי הבסיס לגביית דמי היתר הוא הסכמי, וגבייתם תתאפשר אך ככל שזו עוגנה בחוזה החכירה או קיבלה את הסכמת החוכר (ע"א 6518/98 הוד אביב נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 46-48 (2001) (להלן עניין הוד אביב); ע"א 6651/99 הדר נ' קק"ל - באמצעות מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(1) 241, 250 (2001)). לדמי ההיתר איפוא "מקור שלטוני" ו"גוף הסכמי".

ההחלטות מושא הערעור

כ"א. כאמור, לרשות מקרקעי ישראל תפקידים המבטאים מטרות ציבוריות, חברתיות ולאומיות. בכך נבדלת היא מגוף מסחרי-פרטי מובהק שעיסוקו במכירת נכסים ובמתן שירותים, ולנגד עיניו אין לו אלא טובתו שלו. ברם אין להסיק מזאת כי לעולם פעולותיה של רשות מקרקעי ישראל הן שלטוניות-ציבוריות. השאלה תהא איפוא ככלל להיכן נוטה הכף, לעבר הפן העסקי או הפן השלטוני; אך יתכן, כאמור, גם כפל כובעים – מעין "דו מהותיות" מסוג מיוחד, שהרי מטבע הדברים, המציאות מזמנת סיטואציות מורכבות ואין עסקינן בשחור או לבן (פעולה שלטונית מובהקת או פעולה עסקית מובהקת) אלא בגוני אפור; ו"דו המהותיות", שלא כרגיל, הוא עירוב נורמות המשפט הפרטי בפעולת רשות ציבורית, בעוד ש"דו מהותיות" כמקובל היא החלת נורמות משפט ציבורי על יישויות מן המשפט הפרטי.

כ"ב. החלטה 1184 התקבלה בשנת 2009, ובגדרה הוחלט כי בבניה רוויה לא ייגבו דמי היתר בגין תוספת בניה, וכן לא ייגבו דמי היתר בעבור כל תוספת בניה מבעלי חוזי חכירה מהוונים באזור עדיפות לאומית א' ובאזורי קו עימות. במוקד הערעור סעיף ההחלטה המורה, כי באזורי עדיפות לאומית ב' ובאזורים שאינם אזורי עדיפות לאומית ייגבו דמי היתר בעבור תוספת ליחידת מגורים אחת, אם שטחה המבונה של יחידת הדיור הקיימת יחד עם תוספת הבניה עולה על 240 מ"ר, או אם תוספת הבניה המבוקשת עולה על 160 מ"ר, אך בעקבות מימוש תוספת הבניה, נוספת יחידה על זו

הקיימת. תוקפה של ההחלטה הוארך כאמור בהחלטה 1186. בבקשה לאישור התובענה הייצוגית טענו המערערים כי "המטרה בבסיס החלטה 1184 בקביעת הזיכוי ו/או הפטור ביחס לתוספת בניה, בדרך שנקבעה, נועדה לנצל במהרה עתודות קרקע קיימות במגזר העירוני שטרם נוצלו, עתודות אלו נמצאות באזורים עירוניים מפותחים ומחוכרים כבר לתשתיות העירוניות הקיימות, וללא צורך בהוצאות פיתוח נוספות, כך למעשה ביקש המשיב, לצופף את הבניה ולהפחית את הלחץ על שטחים פתוחים, באמצעות מתן תמריצים לחוכרים" (פסקה 107).

כ"ג. על פניהן ההחלטות מושא הערעור שעניינן מתן פטור או הנחה, הן החלטות של מדיניות, המופנות כלפי כלל אוכלוסיית החוכרים בסקטור העירוני. ביסוד ההחלטות ניצבה על פני הדברים תכלית ציבורית ברורה, אף לשיטת המערערים. עם זאת, למבחן עומדים לא רק ההחלטות המיטיבות, אלא גם כתובת יישומן ואופן יישומן, וכלשון החלטת הנהלה 2689 "התגלעה מחלוקת (בנוגע-א"ר) ל'כוונת המשורר'; ולא היה ברור כיצד יש לפעול" (פסקה ז'). מבט מדוקדק ילמדנו כי להחלטות אלה אופי מעורב, עסקי-מסחרי ושלטוני בעת ובעונה אחת; על כן ההתבוננות בהן כוללות את שני ההיבטים – לא רק החלטות מיטיבות גרידא, אלא אף פעילות עסקית. תפיסת רשות מקרקעי ישראל עצמה את תפקידה בהקשר זה מעידה על כך. הפרצוף השלטוני והפרצוף עסקי – מה יטה את הכף? ניתן לשרטט רשימה קצרה, לא בהכרח ממצה, של סימנים שאפשר ליתן בהחלטות כדי לנסות לקבוע להיכן נוטה הכף. החלטת מדיניות אמורה להיות מופנית למספר לא מסוים של אנשים ועסקאות, היא בעלת השלכות רוחב ומתקבלת בגוף בעל כוח לקבוע מדיניות, ותקיפת ההחלטה צריכה ככלל להיעשות בבית משפט העוסק במשפט המינהלי, מה שאין כן החלטה עסקית הסכמית, שסכסוכים לגביה צריך שיידונו בבית משפט אזרחי. ומה באשר להחלטה שראשיתה "כללי" ומימושה "פרטי"?

כ"ד. נעמיק קמעא בתפיסה של הרשות באשר לתפקידה. מר אריאל מזוז, מנהל תחום ביקורת חשבונות באגף הכספים ברשות מקרקעי ישראל, מסר בתצהירו בעניין גוטמן הנזכר, שבמוקדו חיוב בתשלום מס ערך מוסף לרבות בהקשר של דמי היתר, במסגרת עסקאות עם חוכרים פרטיים, כלהלן:

"עובדות אלה מכתיבות מצב לפיו פועל ממ"י – בכל הנוגע למקרקעין אשר נותרו בחזקתו- באורח תחרותי עם בעלי קרקע אחרים... ממ"י הינו הגוף האחראי על פי דין לניהול מקרקעי ישראל; תכנונם ופיתוחם של מקרקעין אלה נעשה בכפוף ובהתאם למדיניות אשר

קובעת מועצת ממ"י. ואולם, חשוב להדגיש, כי אין לומר כי ממ"י אינו פועל, בבצעו מדיניותו ובכפוף לה, גם, ולעיתים- בעיקר, כגוף עסקי. העובדה כי ממ"י פועל גם כגוף עסקי אין משמעה כי השיקול הבלעדי המכתיב צעדיו הינו מיקסום תקבוליו, שהרי מן המפורסמות שבין האינטרסים אשר עליהם אמון ממ"י מצויים גם שיקולים לאומיים וחברתיים... פעולת ממ"י באזורי הביקוש, שם מתבצעת עיקר הפעילות, מוכתבת בעיקר על ידי שיקולים עסקיים. אולם אף באזורים שאינם אזורי ביקוש, ואשר לצורך הדיון נניח כי מנימוקים לאומיים/חברתיים שווקה בהם קרקע במחיר מופחת, מכניסה פעילות ממ"י רווחים, הן במקרקעין אלה והן במקרקעין הסמוכים".

בסיכומי טענותיה בעניין גוטמן ציינה רשות מקרקעי ישראל כך: "מאחר שהמבקשים שוב אינם חולקים על כך כי המינהל והקק"ל הינם בגדר עוסקים בהתאם לחוק... אין המינהל מאריך בטענותיו באשר להיותו ולהיות קק"ל עוסקים החבים בתשלום מס עפ"י חוק מע"מ בגין העסקאות שביצעו" (פסקה 15) כן ראו עניין טוגנרייך). הנה, רשות מקרקעי ישראל, לשיטתה היא, פועלת כעוסק גם בהקשר של דמי היתר. היש אינדיקציה מובהקת מזו? אתמהה.

כ"ה. נוכח זאת התקשיתי להלום את טענת רשות מקרקעי ישראל בדיון לפנינו, כי דברי באי כוחה בעניין גוטמן נטענו בהקשר לחוק מס ערך מוסף בלבד, ואין דין זה כדין החלטות מיטיבות של הרשות בעניין דמי היתר. ברי כי אין הרשות המינהלית יכולה "לדבר בשני קולות" בהקשר דומה; ברצותה תטען, כי היא עוסק, וברצותה תטען לפעולה שלטונית. התנהלות זו קשה להלום נוכח חובת ההגינות וחובת תום הלב המוטלת על הרשות הציבורית:

"חובת ההגינות היא 'ברום הערכי של חובותיה' של הרשות הציבורית... כאמור, הרשות הציבורית אינה פועלת למען עצמה, אלא פועלת כנאמן הציבור... מהנאמנות של הרשות הציבורית לציבור נגזרת חובת ההגינות..." (ע"א 7726/10 מדינת ישראל נ' מחלב (2012), פסקה 35 (השופט דנציגר)).

כמותי כשופטת חיות בעניין לנגברט, סבורני כי רשות מקרקעי ישראל מנועה, יותר מכל אחר, מטענת דבר והיפוכו; עליה להפגין אמינות, וכדי לשכנע בהבדל שבין מצבים שונים עליה להעמיד הסבר הגיוני המעיד על הבדל אמיתי.

בע"א 8301/04 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' פי גלילות (2007) נזדמן לי לומר בעניין המשיכה דשם – ולאחרונה הובא שוב בע"א 367/14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה (9.3.14) – דברים היפים גם לענייננו:

"והריהי איפוא כאותו אדם הבא לשכור דירה ברחוב הירקון בתל-אביב ושואל את המשכיר, היש בדירה משב רוח בקיץ מהים? והמשכיר אומר בוודאי, הנה הבית והנה הים, ואז שואל השוכר, היש טחב בחורף מהים? והמשכיר משיב: חלילה, איפה הבית ואיפה הים? כך, אוהזת המערערת בחבל בשני קצותיו כאמור, וטוענת דבר והיפוכו במקומות שונים – בתיק מס לחוד ובתכנון מקרקעין לחוד. אם נרצה, לפנינו השתק שיפוטי ככל משפטו וחוקתו (ראו רע"ב 4224/04 בית ששון נ' שיכון עובדים, פ"ד נט(6) 625).

בנידון דידן עסקינן בהחלטות מיטיבות למתן פטור, ולא בעסקאות לגביית דמי היתר כפשוטן, וכאן הפן השלטוני. אולם, ניתן עם זאת לומר כי האפשרות למתן פטור או הנחה, יסודה בעצם האפשרות לגביית דמי היתר, על בסיס חוזי בכל מקרה – ופעילות זו נושאת במהותה גוון עסקי.

כ"ו. לתצהירו של מר מזוז ולטענות רשות מקרקעי ישראל בעניין גוטמן, המדברים בעדם, מצטרפות אינדיקציות נוספות שיש לבחן. ראשית, הסכמת רשות מקרקעי ישראל למתן פטור והנחה, ורצון החוכר בתוספת בניה בכפוף לתשלום מופחת בהתאם לתנאי החלטה, יש בהם רכיב הסכמי ואין המדובר בהחלטה כופה חד-צדדית; וכאמור, דמי היתר מעצם מהותם אינם חיוב חד-צדדי, אלא נחוצה הסכמת החוכר לגבייתם. לא זו אף זו, ביסוד ההחלטות המיטיבות משמשים בערבוביה שיקולים ציבוריים שעליהם עמדו הצדדים, אך גם, ולא פחות, שיקולים עסקיים, כעולה מדברי ההסבר להחלטה 1184. צוין שם, כי "הגברת ניצולת הקרקע המיועדת למגורים והגדלת הציפוף, והחיסכון שנובע מכך, במתיחת תשתיות, הינם בעלי תרומה כספית העולה להערכתנו על דמי ההיתר שעליהם 'מוותר המינהל'. יתר על כן, הפנית משאבים לטיפול בקרקעות פנויות ובעסקאות גדולות, תאפשר זירוז הליכים במינהל, ובכך תקטין את ההפחתה, אם בכלל בהכנסות המינהל". לפי ההסבר האמור, ניתן לומר, שבסופו של יום תוצר ההחלטות המיטיבות, בצד הטבה לנוגעים בדבר הוא כפול-פניית משאבים לטובת טיפול בקרקעות שטרם הוקצו במישור ה"כללי" והשאת רווחים לרשות בכובעה המסחרי; על כן לפנינו גם פעילות להשאת רווחים בגדרי

"עוסק". ועוד, רשות מקרקעי ישראל רשומה כ"עוסק מורשה" לצורך חוק מס ערך מוסף, וכאמור עסקאות דמי היתר חייבות במס (ראו והשוו עניין לנגברט; כן ראו דברי סגן הנשיאה מודריק בת"מ 105-08 הומינר נ' מינהל מקרקעי ישראל (2012), שם ציין: "החכרת מקרקעי המדינה, לרבות גביית דמי חכירה והיוונם היא בעיני פעילות מסחרית-עסקית מובהקת. זו פעילות מתמשכת רבת אנפין" (עמ' 15)). ערעור על פסק דין זה (ע"א 8599/12) נדחה (בכפוף להחזר הוצאות ששולמו והאפשרות לנהל תביעה אישית) ביום 3.4.14.

כ"ז. הרציונל הניצב בבסיס חוק הגנת הצרכן, שעניינו צמצום פערי כוחות ומידע, מוביל במקרים מסוימים אף הוא לעבר המסקנה כי יש לראות ברשות מקרקעי ישראל "עוסק", ולטעמי "גם עוסק". הרשות מקיימת פעילויות רבות ומורכבות עם חוכרים בודדים, ונדרשת לעסקאות כגון דא מדי יום ביומו; בידיה המומחיות ובעיקר המידע באשר לאופן יישום ההחלטות. בעניין הוד-אביב נדרש בית המשפט לפערי הכוחות המובנים ביחסים שבין רשות מקרקעי ישראל לחוכרים:

"המינהל, כמי שמופקד על מקרקעי ישראל, פועל כנאמן הציבור לגבי קרקעות אלה ונדרשת ממנו רמת הגינות גבוהה בהתקשרו עם האזרח בהקשר לכך. מרכיב התמורה המחייב את האזרח בהתקשרות החוזית עם המינהל הינו יסודי ומהותי ביחס למכלול תנאי החוזה... במסגרת התקשרויות החוזיות, על הרשות הציבורית להימנע מניצול מצבי חולשה של האזרח כרקע להעלאת דרישות כספיות שאין להן עיגון חוזי ברור... החשש אינו מתמצה בחריגה מפרשנות סבירה של הוראות החוזה אלא הוא עלול להיות כרוך בשימוש בכוח מרותו של המינהל לעכב את אישורן של תכניות בניה המוצעות על ידי היזם הפרטי כאמצעי לתבוע תוספות תשלום לתמורה החוזית המוסכמת וזאת, גם מקום שאין תשתית משפטית ברורה לדרישה כזו, ותוך חשש לניצול חוסר השוויון הבולט ביחסי הכוחות בין שני הצדדים" עמ' 46, (השופטת פרוקצ'יה)).

מכלול אינדיקציות אלה מלמד, כי הכף בענייננו נוטה לכך שהאופי הדומיננטי של ההחלטה, שבה עסקינן, הוא עסקי-מסחרי, גם אם לא נעלם הימנה הפן השלטוני בעצם היותה החלטה "כללית".

כ"ח. אמנם, כפי שטענה המשיבה, פסק הדין בעניין לנגברט ניתן באקלים משפטי שונה, שעה שהאפשרות להגשת תובענה ייצוגית כנגד המדינה היתה בעיקרה במסגרת חוק הגנת הצרכן, ובטרם חוק תובענות ייצוגיות, אולם הקביעה בפסק הדין כי רשות מקרקעי ישראל בעניין לנגברט היא "עוסק", התבססה על בחינת אופי פעולת הרשות המינהלית באותו הקשר, והשאלה שהוצפה שם יפה כוחה גם כיום.

כ"ט. כללם של דברים: בנסיבות ענייננו, על פי אופי ההחלטות בהן עסקינן, נראה כי המדובר בשילוב בין שני כובעים של הרשות, מזה בכובעה הכללי, כרשות שלטונית, על פי צורתה ותחולתה של ההחלטה, ומזה בתפקידה הפרטני בעסקאות כ"עוסק", והכף נוטה בסופו של יום לזה האחרון. בנוסף לכך נעיר, כי ספק אם ההחלטות שעניינן כאמור פטור או מתן הנחה מדמי היתר, כמו גם אופן יישומן, נכללים בגדרי פרט 11, והאם המדובר ב"מס, אגרה או תשלום חובה אחר", ראו דבריו של השופט (כתארו אז) מצא בעניין חייט, שלפיהם "דמי היתר אינם מעין מס או היטל, שהחובה לשלמם אינה תלויה במישרין בסיבת הטלתם, אלא תנאי למימוש זכויות בניה על-פי תכנית נתונה; ולפיכך רכיב חיוני לחישוב שוויין של זכויות הבניה" (עמ' 302); כן ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין הוד אביב (עמ' 47); לבסוף ראו דברים מפי רשות מקרקעי ישראל שהובאו בת"צ 5127-07-10 כפתורי נ' מינהל מקרקעי ישראל, שמהם לא הסתייגה בסיכומיה בערעור דנן; כן ראו מאמרם של א' חמדני וא' קלמנט "הגנה ייצוגית וגביה לא חוקית" משפטים לח, 445 (תשס"ט), שבו מוצע תחליף לכלי של תובענה ייצוגית במקרים של תביעה להשבה כנגד רשות. ואולם, נושא זה לא נדון בעיקרו בפי בעלי הדין, ועל כן לא נרחיב לגביו את הדיבור.

חדילה ושיקולי הכרעה נוספים

ל. משבאנו לכלל מסקנה כי רשות מקרקעי ישראל פעלה בשני כובעים במבנה הדו-מהותי וכי הכף נוטה לכך שהאופי הדומיננטי בנושא פעולתה הנדון הוא עסקי, הריהי נכללת גם בגדרי פרט 1, ואיננו צריכים להידרש לעת הזאת בפרטות לשאלת החדילה; זאת בלא שנביע כל דעה לעניין שלב ההמשך במשפט וההכרעה בו.

ל"א. אכן, חוק תובענות ייצוגיות חל כאמור גם על המדינה. עם זאת מצויות בו הוראות המבחינות בין הרשות לנתבעים אחרים לעניין הגשתה של תובענה ייצוגית וניהולה. סעיף 9 לחוק תובענות ייצוגיות, הנזכר מעלה, הוא אחד מהם; כן ראו סעיף 8(ב)(1) המקנה לבית המשפט שיקול דעת שלא לאשר תובענה ייצוגית כנגד "המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין", אם עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית עלול לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור

בכללותו לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים. בקביעת שיעור הפיצוי ואופן תשלומו כתובענה ייצוגית שהתקבלה כנגד מי מן הגופים המנויים שם, בידי בית המשפט להתחשב גם בנזק העלול להיגרם לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור (סעיף 20(ד)(1)); עניין טיומקין; כן ראו א' קלמנט "קוים מנחים לפרשנות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006", הפרקליט מט, 131 (תשס"ז).

בדיוני הכנסת בקריאה השניה והשלישית לקראת חקיקת החוק ציין חבר הכנסת רשף חן, יו"ר ועדת משנה בעניין חוק תובענות ייצוגיות, ביחס למעמדה המיוחד של המדינה בכלל ובאשר לסעיף 9(ב) בפרט, כך:

"אחרי שאמרנו את האמירה שובת הלב, שאם המדינה גבתה, המדינה תשלם, צריך לזהות את הסיטואציה המיוחדת שהמדינה נמצאת בה וכמעט אף אחד אחר לא נמצא בה. בראש ובראשונה היקף החשיפה של המדינה הוא עצום, הוא לא דומה לאף אחד אחר. שנית, כאשר אנו פוגעים בקופה הציבורית, מה שעומד הוא האינטרס של קבוצה מוגדרת מול האינטרס של קבוצה גדולה. הקופה הציבורית, גם היא אינטרס ציבורי. דבר שלישי, ניתן להניח ביחס למדינה ולרשות ציבורית, יותר מאשר ביחס לגוף פרטי, שהיא פועלת בתום לב, ושואם נעשתה טעות, זו היתה טעות ולא היתה כוונה לעשוק את הציבור. לכן הסיטואציה היא שונה.

הוויכוח עם משרד המשפטים לא היה על עצם הזכות של המדינה לקבל הגנות, אלא על אופי ההגנות והיקפן... במיוחד היא חששה מתביעות השבה, ממצב שבו נגבו כספים, למשל מסים, שבדיעבד מתברר שנגבו שלא כדין, והיא חששה שעכשיו המדינה והרשויות השונות יצטרכו להשיב מאות מיליוני שקלים, וזו בעיה גדולה. כנגד זה, אנו בועדה דאגנו מאוד מכך שלא יהיה אינטרס להפסיק את הגביה שלא כדין, והאיזון נמצא בכך שניתן להגיש תביעה ייצוגית גם בעילה הזאת של השבה, ובכך המדינה ויתרה ויתור גדול מאוד... כאן יש את ההגנות המיוחדות שניתנות לה, ולטעמי הן סבירות: יש למדינה אפשרות להודות ולעזוב... אז עוצרים בכך" (הישיבה השלוש מאות ועשר של הכנסת הששה עשר דברי הכנסת 16(4) מיום 1.3.06, עמ' 27857).

ל"ב. נמצאנו למדים כי הוראת סעיף 9(ב) לחוק מבקשת לתמרץ את הרשות לחדול מפעולה בניגוד לדין; ברקע הדברים ההכרה, שהמדינה אינה ככל בעל דין, ושאינן זה מוצדק מבחינת עלות ותועלת ציבוריות להטיל על הרשות לשאת בסכומים גבוהים ביותר (ס' גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 עלי משפט ו, 11 (תשס"ז)). תכלית זאת מתממשת אף במקרה שבו ה"חדילה" התרחשה מאליה (עניין טיומקין, פסקה 25; רע"א 7860/96 מדינת ישראל נ' ינובר (2008), פסקה 3). כך בכובעה של הרשות כרשות; במסגרת תובענה כנגד הרשות כ"עוסק" עומדות לה ההגנות שבחוק, המקנות שיקול דעת לבית המשפט לעניין אישור התובענה וקביעת שיעור הפיצוי.

סמכות בית המשפט לעניינים מינהליים

ל"ג. שאלה נוספת שהתעוררה אגב הטיפול בתיק זה, היא לאיזה בית משפט הסמכות העניינית לדון בתובענה ייצוגית כנגד הרשות כ"עוסק", ולאיזה בית משפט יש להגיש בקשה לאישורה. נתייחס לכך בקצירת האומר.

סעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כהאי לישנא:

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

סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, שאליו מפנה סעיף 5(ב)(2), קובע, כי "החלטה של רשות" היא "החלטה של רשות במילוי תפקיד ציבורי על פי דין, לרבות העדר החלטה וכן מעשה או מחדל". לטענת המערערים, נוכח לשון החוק המתייחסת ל"פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר", מקומן של בקשות כגון זו שלפנינו להתברר בבית המשפט לעניינים מינהליים. לא נכחד, לשון החוק אינה ברורה, וניתן ללמוד הימנה כי היא מבקשת להוסיף על תביעות השבה לפי פרט 11 - שאין חולק כי על אלה להתברר בפני בית המשפט לעניינים מינהליים - תביעות השבה נוספות המקימות עילה לפי חוק תובענות ייצוגיות.

ל"ד. אולם, קשה להלום שבתובענות ייצוגיות יחול הסדר שונה מן הכלל הנקוט בידינו בשגרה, שמצא ביטויו בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, ושלפיו תקיפת החלטה מינהלית של רשות תידון בבית המשפט לעניינים מינהליים או בבית המשפט הגבוה לצדק, להם הכלים בהיבט המהותי והדיוני; וזאת כמובחן מפעילויות "אזרחיות" של הרשות, הנדונות בפני בתי המשפט האזרחיים. כך גם אם לעתים – כמו בענייננו – שני הכובעים משלימים זה את זה. עיון בדברי הכנסת לקראת חקיקת חוק תובענות ייצוגיות מוביל למסקנה כי המחוקק כיוון לכלול בגדרי סעיף 5(ב)(2) אך תביעות השבה לפי פרט 11 ותביעות לפיצויים בגין מעשה או מחדל במסגרת תפקידה הציבורי של הרשות: "באותן תביעות השבה בלבד הדיון לא יתקיים בבית-משפט אזרחי רגיל, אלא בבית-משפט לעניינים מינהליים, על דרך של תובענה מינהלית, לא עתירה מינהלית. זה ייתוסף לתובענות המינהליות בענייני מכרזים, וזה מפני שזה בעצם הגוף שאמור להיות הבג"ץ הקטן, ומן הראוי שהנושא הזה יידון שם ולא בבתי המשפט האזרחיים" (דברי חבר הכנסת רשף חן; הישיבה השלוש מאות ועשר של הכנסת השש עשרה דברי הכנסת 16 (4) מיום 1.3.06, עמ' 27857).

ל"ה. ענייני הרואות, שאשר היה הוא שיהיה, וכך גם מורה השכל הישר; לכאורה החלטות הרשות בכובעה המינהלי תבואנה בפני ערכאה מינהלית כבדרך כלל, ופעילויות במישור האזרחי תבואנה בפני בית המשפט האזרחי. עם זאת, כשהמדובר בכפל כובעים יהא על בית המשפט להכריע בעניין הקונקרטי מהו הרכיב הדומיננטי בפעולה. במקרה דנא לכאורה הרכיב הדומיננטי היה כובע העוסק, ועל כן מקומו אמור היה להיות בבית המשפט האזרחי. ואולם, ראשית לסיטואציה יסוד מינהלי "כללי" בהחלטה, וגם מטעמי יעילות אין מקום להסב את התיק לבית משפט אזרחי בשלב זה, לאחר שבית המשפט קמא למד את התיק ועסק בו, ואציע כי ההליך יימשך במקום בו החל, מה גם שעסקינן בסיטואציה דו-מהותית.

ל"ו. אכן אין להקל ראש בקביעתו של בית המשפט קמא, כי משפנו המערערים לבית המשפט לעניינים מינהליים, הביעו דעתם כי הם טוענים לפרט 11 לתוספת השניה, שעניינו כאמור תובענה כנגד רשות, אולם הגשת תובענה לבית המשפט לעניינים מינהליים כשלעצמה, אינה יכולה להצביע בהכרח על עילת התובענה במישור המהותי, גם נוכח חוסר הבהירות שבסעיף 5(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. ויוזכר – המערערים ציינו בבקשתם לתובענה ייצוגית את שתי העילות: זו לפי פרט 1, וזו לפי פרט 11. עיקר הבקשה התמקד בפרט 11, אך מקומו של פרט 1 לא נפקד הימנה, ועל כן אין הדלת נעולה לניהול התובענה גם על פיו.

עוללות

ל"ז. מבלי לטעת מסמרות לעניין ההשתלשלות העובדתית, על פניו עולה תחושה לא נוחה, לשון המעטה, בכל הנוגע לאי מתן פומבי להחלטות הנהלת רשות מקרקעי ישראל. למותר להזכיר את התכליות שביסוד חובת הפרסום של החלטות מינהליות, ביניהן שקיפות, יצירת ודאות משפטית ומתן אפשרות לפרטים לתכנן את מעשיהם בהתאם לעמדת הרשויות ((ד' ברק – ארז משפט מינהלי (תש"ע) כרך א', עמ' 327 (להלן ברק-ארז)). לאו מילתא זוטרתא היא. החלטות רשות מקרקעי ישראל מבקשות ליישם את החלטות מועצת מקרקעי ישראל ולפרשן, הן מתוות את אופן הפעולה באשר ליישום החלטות המועצה, ולהן השלכה ישירה על זכויות חוכרים. ככאלה חייבות הן בפרסום (ברק-ארז, עמ' 235-244). הדברים נאמרים באשר לכובע הרשות, וזאת גם אם ישנו כובע נוסף שבו פעלה רשות מקרקעי ישראל כ"עוסק". הרשות המינהלית כפופה, בכל פעילותה, לרבות המסחרית-פרטית, לכללי המשפט הציבורי, בגדרי אותה "דו מהותיות" והיא אינה יכולה לנער חוצנה מסממניה הציבוריים בפעילויות אלה.

ל"ח. סוף דבר: רשות מקרקעי ישראל היא, בנידון דידן בת כלאיים של רשות ועוסק, ופן ה"עוסק" גבר; נכללת היא גם בגדרו של פרט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות. על כן מתקבל הערעור, התיק יושב לבית המשפט קמא לצורך בירור הבקשה לאישור תובענה ייצוגית לגופה. נחזור ונזכיר, בלא לטעת מסמרות, את שיקול הדעת הנתון לבית המשפט כאמור בפסקה ל"א למעלה. הרשות תשלם הוצאות המערערים ושכר טרחה בסך כולל של 20,000 ₪.

ש ו פ ט

הנשיא א' גרוניס:

1. אני מסכים לתוצאה המוצעת על ידי חברי השופט א' רובינשטיין. ככל שעסקינן בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהגישו המערערים נגד רשות מקרקעי ישראל (להלן – המשיבה), דעתי הינה כי יש לראות במשיבה "עוסק" במשמעות פרט 1 בתוספת השנייה של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן, בהתאמה – התוספת השנייה ו-החוק או חוק תובענות ייצוגיות). ודוקו, נראה כי רשות מקרקעי ישראל עונה להגדרה של "רשות" לצורך החוק (ראו סעיף 3(א) סיפה לחוק המפנה להגדרה שבסעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן – חוק בתי משפט לענינים מינהליים)). עם זאת, אפילו הוגש ההליך דנא נגד "רשות" במשמעות החוק, הרי שאין

מדובר בתביעה נגד "רשות" להשבת סכומים שנגבו שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, במשמעות פרט 11 בתוספת השנייה לחוק. מדובר אם כן, בתביעה נגד "רשות" שאינה לפי פרט 11 בתוספת השנייה לחוק, אלא לפי פרט 1 בתוספת השנייה, כאשר המשיבה מהווה "עוסק" לצורך פרט 1 הנזכר. מסכים אני עם חברי, כי האופי הדומיננטי של ההחלטה שבגינה הוגשה בקשת האישור הינו עסקי-מסחרי.

2. המסקנה המתבקשת מכך היא שלא עמדה למשיבה אפשרות להגיש "הודעת חדילה" מכוח סעיף 9 לחוק. די בטעם זה כדי להוביל לביטול ההחלטה העומדת במוקד הערעור, בה קבע בית המשפט לענינים מינהליים בתל-אביב-יפו כי המשיבה עמדה בתנאים הנדרשים לצורך הוכחת החדילה. המשמעות של קבלת הודעת חדילה הינה סיום הדיון בבקשה לאישור תביעת השבה נגד רשות לפי חוק תובענות ייצוגיות (ראו, בר"ם 7689/13 מינהל מקרקעי ישראל נ' דהאן (29.6.2014)). משמצאנו כי לא ניתן היה להגיש הודעת חדילה במקרה דנא, ברי כי יש להחזיר את הדיון לערכאה הדיונית על מנת שתברר את בקשת האישור לגופה, כפי שמוצע על ידי חברי השופט רובינשטיין. כל זאת, בלא שאביע עמדה לגבי בקשת האישור לגופה. נוכח מסקנה זו, איני סבור כי נושא החדילה צריך לעמוד עוד על הפרק בהליך שיתברר בערכאה דלמטה.

3. שאלה נפרדת היא לאיזה בית משפט מוקנית הסמכות העניינית לדון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית המוגשת נגד "רשות" במשמעות החוק. אין ספק כי בקשה לאישור נגד רשות "להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום אחר", צריכה להתברר בבית המשפט לענינים מינהליים (ראו, השילוב של סעיף 5(ב)(2) לחוק ושל פרט 11 בתוספת השנייה). אלא שעדיין נשאלת השאלה האם יש לברר בבית המשפט לענינים מינהליים סוגים אחרים של בקשות לאישור נגד "רשות" במשמעות החוק. חוסר הבהירות בסוגיה זו נובע מהבדלי ניסוח בין שתי הוראות מרכזיות בחוק:

(א) ההוראה הראשונה הרלוונטית לענייננו היא זו הקבועה בסעיף 5(ב)(2) לחוק, המובא במלואו בפסקה ל"ג לחוות דעתו של חברי. סעיף זה קובע, כזכור, את היקף סמכותו העניינית של בית המשפט לענינים מינהליים בהליכים המוגשים מכוח חוק תובענות ייצוגיות. נקבע בו, כי בית המשפט לענינים מינהליים ידון בבקשה לאישור שעילתה החלטה של רשות "...ושהסעד המבוקש בה הוא פיצויים אן השבה, לדבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" [כל ההדגשות הוספו – א' ג].

(ב) ההוראה השנייה החשובה לענייננו היא זו הקבועה בפרט 11 בתוספת השנייה. כידוע, התוספת השנייה לחוק כוללת רשימה של סוגי הליכים שניתן להגיש בהם בקשה לאישור תובענה ייצוגיות (ראו סעיף 3(א) לחוק). פרט 11 בתוספת השנייה קובע, כי ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מכוח החוק, שעה שמדובר ב"תביעה נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" [ההדגשה שלי – א' ג'].

4. רואים אנו, אם כן, כי פרט 11 בתוספת השנייה מתייחס לתביעות השבה בלבד, ובגין סכומים שנגבו "שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר". כפי שצוין, מדובר באחד מסוגי ההליכים שניתן להגיש מכוח החוק. לעומת זאת, סעיף 5(ב)(2) לחוק, הקובע את גדר סמכותו העניינית של בית המשפט לענינים מינהליים, מתייחס גם לתביעת פיצויים נגד רשות. במילים אחרות, לפי סעיף זה, כאשר מוגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית בתביעת פיצויים נגד רשות (לפי הפרט הרלוונטי שבתוספת השנייה שאינו פרט 11), הרי שאף הליך זה אמור להתברר בבית המשפט לענינים מינהליים (אך ראו הסייג להגשת תובענה ייצוגית לפיצויים נגד רשות, הנזכר בסעיף 3(א) סיפה לחוק). זאת ועוד, בכל הנוגע לתביעות השבה, הרי סעיף 5(ב)(2) לחוק מתייחס לכאורה לא רק לתביעות להשבת סכומים שנגבו "כמס, אגרה או תשלום חובה אחר", אלא גם לתביעות השבה של סכומים בעלי אופי שונה. זו למעשה טענת המערערים הנסמכים בהקשר הזה על הדיבור "לרבות" המופיע בסעיף האמור (...פיצויים או השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר...). במילים אחרות, לטענת המערערים יש לברר בבית המשפט לענינים מינהליים כל סוג של תביעת השבה המוגשת נגד רשות לפי חוק תובענות ייצוגיות, כלומר גם תביעת השבה שאינה להשבת סכומים שנגבו כמס, אגרה, או תשלום חובה אחר. יוזכר, כי המערערים מעוניינים במקרה דנא שהמשיבה תשיב כספים אשר אינם מהווים לטענתם "מס, אגרה או תשלום חובה אחר" (ראו גם פסקה כ"ט לחוות דעתו של חברי השופט רובינשטיין).

5. דעתי היא, כי לבית המשפט לענינים מינהליים מוקנית הסמכות העניינית לדון רק בתביעות השבה נגד רשויות הנכנסות לגדר פרט 11 בתוספת השנייה (היינו, להשבה של מס, אגרה או תשלום חובה אחר). כלומר, בית המשפט לענינים מינהליים אינו מוסמך לדעתי לדון בתביעות השבה נגד רשויות לגבי סכומים מסוג אחר. לפיכך, תובענות ייצוגיות נגד רשות, שהסעד המבוקש בהן הוא השבה של סכומים שאינם מס, אגרה או תשלום חובה אחר, צריכות להיות מוגשות לערכאה אזרחית "רגילה" ולא לבית המשפט לענינים מינהליים. איני מתעלם מכך שסעיף 5(ב)(2) לחוק קובע כי בית המשפט לענינים מינהליים ידון בתביעות נגד רשות שהסעד המבוקש בהן הוא

"...השבה, לרבות השבת סכומים שגבתה הרשות כמס, אגרה או תשלום חובה אחר" [ההדגשה הוספה – א' ג']. ניתן לטעון, כפי שגורסים המערערים, כי השימוש בדיבור "לרבות" מיועד להרחיב את סוגי תביעות ההשבה נגד רשויות שאמורות להתברר בבית המשפט לענינים מינהליים, מעבר להגדרה שבאה לאחור מכן. אלא שמסקנה זו אינה ברורה מאליה, שהרי המילה "לרבות" יכולה לשמש, מבחינה לשונית, לצורך הבהרה גרידא, כפי שציין השופט מ' לנדוי:

"המלה 'לרבות' בה מתחילה הרשימה הנ"ל... יכולה לסמן אחת משתיים: שהמקרים שברשימה כלולים ממילא בעקרון הכללי שברישא, ונאמרו מפורשות רק לשם יתר בהירות, או שהם באים להוסיף על האמור בעקרון הכללי."

(ע"א 48/50 היועץ המשפטי נ' ריבקינד, פ"ד ח 254, 259 (1954); וראו גם, עע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' עויסאט, פסקה 12 (10.8.2008) והאסמכתאות שם).

דעתי היא, כי אין לייחס משמעות מרחיבה למילה "לרבות" המופיעה בסעיף 5(ב)(2) לחוק. זאת, מן הטעמים שהובאו בפסקה ל"ד בחוות דעתו של חברי. כלומר, מסקנתי היא כי תביעות השבה שאינן להשבת סכומים שנגבו שלא כדין, כמס, אגרה או תשלום חובה אחר, אלא להשבת סכומים אחרים, בדומה למקרה דנא, צריכות להיות מוגשות לערכאה אזרחית "רגילה" ולא לבית המשפט לענינים מינהליים.

6. מצאנו, אם כן, כי בית המשפט האזרחי ה"רגיל" הוא הערכאה אליה היו המערערים צריכים להגיש את ההליך הייצוגי שלפנינו. דא עקא, המערערים הגישו את ההליך לבית המשפט לענינים מינהליים. זאת ועוד, בהגישם את בקשת האישור היפנו המערערים הן לפרט 1 בתוספת השנייה, הן לפרט 11 בתוספת השנייה. כל זאת, בגין אותה עילה בדיוק, שעניינה הגבייה העודפת, לשיטתם, של דמי ההיתר. הגשת ההליך באופן המתואר מעוררת בעייתיות. דעתי היא כי אין כל אפשרות להגיש בגין אותה עילה, תביעה ייצוגית אחת הנסמכת הן על פרט 1, הן על פרט 11 בתוספת השנייה. מוכן אני להניח לכל היותר, כי ניתן להסתמך על אחד הפרטים, אך לציין כי התביעה נסמכת לחלופין על הפרט האחר. זאת, כאשר מתעורר חוסר בהירות לגבי השאלה אם הרשות פעלה בכובעה ה"שלטוני" (בדרך של גביית מס, אגרה או תשלום חובה אחר), או בכובעה כ"עוסק" במשמעות פרט 1 בתוספת השנייה. בענייננו, המערערים לא הבהירו ברחל בתך הקטנה כי הם נסמכים על פרט 1 בתוספת ורק לחלופין על פרט 11

בתוספת. עם זאת, מסכים אני עם חברי השופט רובינשטיין, כי אין מקום לדחות את הערעור מטעם זה בלבד.

7. יצוין, כי כאשר תובע ייצוגי מגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד רשות, הרי שלעתים לא יהיה מנוס מלברר כבר בשלב המקדמי את השאלה אם הרשות פעלה בכובעה ה"שלטוני" או לא. זאת, אם קיימת אי בהירות בנושא, ובשל החשיבות שיש להכרעה בשאלה זו לעניין הסמכות העניינית. הסיבה לצורך בבירור זה נובעת בעיקרה מן השוני הבסיסי בין האופן בו נקבעת סמכותו העניינית של בית המשפט לענינים מינהליים לבין האופן בו היא נקבעת לגבי הערכאות האזרחיות הרגילות (בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי). כידוע, הכלל הוא כי סמכותם העניינית של בתי המשפט האזרחיים נקבעת, ככלל, באמצעות "מבחן הסעד". בית המשפט בודק מהו הסעד המבוקש, ועל פיו יכול הוא לדעת אם ההליך הוגש לבית המשפט המוסמך (ראו, ע"א 2846/03 אלדרמן, עו"ד נ' ארליך, פ"ד נט(3) 529, 534 (2004) (להלן – עניין אלדרמן); רע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר, פסקה 5 לחוות דעתי (1.8.2013)). לעומת זאת, קביעת הסמכות העניינית בבית המשפט לענינים מינהליים סוטה ממבחן הסעד, ונקבעת בעיקר "לפי העניין הנדון, על פי רשימת נושאים שנקבעו בחוק וכאשר אחד הצדדים הוא 'רשות' כהגדרתה בחוק" (ע"מ 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד, פסקה 15 (השופט י' עמית) (6.1.2013)). על כן, על מנת לבחון אם העניין הוא בסמכותו של בית המשפט לענינים מינהליים, אם לאו, אין מנוס מבדיקה מקדמית של העניין שבגינו הוגשה בקשת האישור. בדיקה של נושא הסמכות העניינית הינה קלה בהרבה כאשר מדובר בבתי המשפט האזרחיים, יען כי "מבחן הסעד" הינו מבחן פשוט יחסית (עניין אלדרמן, עמ' 534-535).

8. שאלה נוספת היא, כיצד בית המשפט נדרש לפעול אם הוא מוצא שבקשת האישור המתבררת לפניו נתונה לסמכותו של בית משפט אחר. למשל, מקום בו בית המשפט לענינים מינהליים מוצא כי בקשת האישור אינה נופלת בגדר המקרים המפורטים בסעיף 5(ב)(2) לחוק, ועל כן היא בסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי (כערכאה אזרחית). כמובן שבית המשפט לענינים מינהליים רשאי להורות על העברת הדיון לבית המשפט המחוזי (סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). לצד זאת, ניתן לטעון כי אין למעשה חשיבות מעשית בהעברת הדיון לבית המשפט המחוזי, שהרי בית המשפט לענינים מינהליים הוא מחלקה בבית המשפט המחוזי. ברור, שכל שופט של בית המשפט לענינים מינהליים הוא שופט של בית המשפט המחוזי (סעיף 3 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים). עם זאת, לא כל שופטי בית המשפט המחוזי מכהנים אף כשופטים של בית המשפט לענינים מינהליים (ש).

מכאן קביעתו של חברי השופט רובינשטיין, לפיה מטעמים מעשיים "אין מקום להסב את התיק לבית משפט אזרחי בשלב זה" (פיסקה ל"ה לחוות דעתו).

9. בנסיבות העניין מסכים אני עם עמדתו של חברי לפיה יש להחזיר את הדיון לבית המשפט לענינים מינהליים ולא לבית המשפט המחוזי כערכאה אזרחית. יוער, בהקשר זה, כי בעע"מ 7151/04 הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל נ' דן, פ"ד נט(6) 433 (2005) (להלן – עניין הטכניון) דן בית המשפט העליון בשאלה אם יש לבטל פסק דין שניתן שלא במסגרת הסמכות העניינית של בית המשפט לענינים מינהליים. בית משפט זה קבע כי התשובה לשאלה זו הינה מורכבת. עליה להתחשב בשאלה אם המחלוקת בין הצדדים מחייבת הצגת תשתית עובדתית והכרעה בענייני עובדה, וכן בשאלה אם ניהול הדיון בהתאם לסדרי הדיון המיוחדים את ההליך המינהלי עשויה לקפח את זכויותיו הדיוניות של מי מבעלי הדין (שס, בעמ' 444-445). בעניינו, איני סבור כי טעמים אלה מלמדים על קושי בהמשך בירור ההליך שלפנינו בבית המשפט לענינים מינהליים. זאת, משום שאין הבדל בין אופי הדיון וסדרי הדין הנוהגים לגבי הליך ייצוגי המתברר בבית משפט אזרחי "רגיל", לבין הליך ייצוגי המתברר בבית המשפט לענינים מינהליים. אכן, אופי הדיון והבירור העובדתי בבית המשפט לענינים מינהליים, כאשר מדובר בעתירות מינהליות, שונה, ככלל, ממתכונת הדיון הנערך בערכאה האזרחית (ראו תקנה 20 לתקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000; עניין הטכניון, בעמ' 444 והאסמכתאות שס). ברם, לגבי תובענות ייצוגיות קובעת תקנה 19(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010, כי "על אף האמור בכל דין, על תובענה ייצוגית לפני בית המשפט לענינים מינהליים לא יחולו תקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000". על כן, כאשר בית המשפט לענינים מינהליים דן בתובענה ייצוגית (כולל בבקשת האישור) חלים אותם כללים דיוניים החלים בבית המשפט האזרחי (מחוזי או שלום) בדונו בתובענה ייצוגית. בהיעדר הבדל לגבי סדרי הדין, ובהתחשב בכך ששופטי בית המשפט לענינים מינהליים ממלא מוסמכים לשמוע תיקים אזרחיים "רגילים" המתבררים בבית המשפט המחוזי, ומטעמי יעילות ושיקולים פרקטיים נוספים, מסכים אני עם חברי כי יש להשיב את ההליך לבית המשפט לענינים מינהליים, על אף שמלכתחילה היה על המערערים להגישו לבית המשפט המחוזי, כערכאה אזרחית "רגילה".

10. סיכומו של דבר הוא שאני מסכים עם חברי השופט רובינשטיין, כי יש לקבל את הערעור ולהחזיר את ההליך לבית המשפט לענינים מינהליים על מנת שיברר את בקשת האישור לגופה.

ה נ ש י א

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי השופט א' רובינשטיין ולהערותיו של הנשיא. יתכן שפורמאלית ניתן היה להורות בשלב זה על העברת הדיון בתובענה לבית המשפט המחוזי, על יסוד הוראת סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ואולם כיוון שבנסיבות המקרה אין לענין זה נפקות מעשית, אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעו חבריי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ט' בחשוון התשע"ה (2.11.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 12077520_T11.doc רח/שצ
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il