<u>בבית המשפט העליון</u>

דנ"א 4960/18

לפני:	כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר כבוד השופט נ' הנדל כבוד השופט ע' פוגלמן כבוד השופט נ' סולברג כבוד השופטת ד' ברק-ארז כבוד השופט ד' מינץ כבוד השופטת י' וילנר
המבקשים:	1. שולמית זליגמן 2. אורית זליגמן 3. יצחק פינקלשטיין 4. דן בירנבוים 5. יוסף גולדנברג 6. עדי קסטנבאום 7. יהושע ברוט ז"ל
	נ ג ד
המשיבות:	1. הפניקס חברה לביטוח בע"מ 2. הראל חברה לביטוח בע"מ 3. כלל חברה לביטוח בע"מ 4. מנורה מבטחים ביטוח בע"מ 5. מגדל חברה לביטוח בע"מ
מתייצב להליך:	היועץ המשפטי לממשלה
המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט:	עמותת נציגי הציבור
המבקש להצטרף כצד להליך:	מר אמיר יוסף ברוט

דיון נוסף על פסק דינו של בית משפט זה ב-ע"א 7488/16 ו-רע"א 9778/16 (השופטים: א' שהם, ד' מינץ ו-י' וילנר) מתאריך 31.05.2018

תאריך הישיבה:	ה' באב התש"ף	(26.07.2020)
בשם המבקשים:	עו"ד איל גולדנברג; עו"ד עדי קסטנבאום	

בשם המשיבות:	עו"ד ברק טל; עו"ד גיא קורתני
בשם היועץ המשפטי לממשלה:	עו"ד לימור פלד
בשם המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט:	עו"ד אלרן שפירא בר-אור
המבקש להצטרף כצד להליך:	בעצמו

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. **מהו המשקל שיש ליתן לפרשנות המאסדר ביחס להנחיות, אשר יצאו תחת ידו? האם הגנת "זוטי דברים" חלה בתובענות ייצוגיות?**

אלו השאלות העיקריות המונחות לפנינו בבסיס הדיון הנוסף – בפסק דינו של בית משפט זה (מפי השופטת י' וילנר ובהסכמת השופטים: א' שהם ו-ד' מינץ) ב-ע"א 7488/16 ו-רע"א 9778/16 (להלן: פסק הדין, או פסק הדין, נושא הדיון הנוסף), במסגרתו התקבלה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ר' כהן) ב-ת"א 1018/08, אשר נדונה כערעור שהתקבל (רע"א 9778/16), בצד דחיית הערעור האחר (ע"א 7488/16).
בתאריך 02.07.2019 נעתרתי לבקשת העותרים לקיום דיון נוסף בפסק הדין, וזה התקיים בתאריך 26.07.2020 ובעקבותיו הוגשו אף השלמות שונות, הכל כפי שיפורט בהרחבה בהמשך.

להלן יובאו איפוא הנתונים הנדרשים להכרעה.

רקע עובדתי והליכים קודמים

2. **העותרים הגישו בקשה לאישור תובענה – כתובענה ייצוגית לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (להלן: בקשת האישור), ובגדרה טענו כי המשיבות (להלן גם: חברות הביטוח) גבו מחלק מהמבוטחים שלהן "תת שנתיות", שזהו כינוי לתוספת בשיעור של 4% או 6% לתשלום שהמבוטחים משלמים בגין פריסה של דמי הפוליסה. מדובר,**

למעשה, בריבית שאמורה לשקף את פריסת התשלומים של הפרמיה – לתשלומים חודשיים (להלן: תת שנתיות).

3. בחוזרים שהוציא בעבר משרד האוצר – אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן גם: המפקח על הביטוח, או: המפקח) נקבעו התנאים לגביית תת שנתיות (חוזר 338, שחל על פוליסות ביטוח שהונפקו בין השנים: 1982-1992 וחוזר 419, שחל על פוליסות שהונפקו משנת 1992 ואילך; להלן ביחד: החוזרים).

4. העותרים שבכאן (שהיו המבקשים בבקשת האישור) טענו בבקשת האישור כי חברות הביטוח גבו וגובות תת שנתיות באופן המנוגד לקבוע בחוזרים, במספר היבטים עיקריים:

א) חברות הביטוח גבו וגובות תת שנתיות גם ביחס לביטוחים, שאינם ביטוחי חיים, בניגוד לאמור בחוזרים.

ב) חברות הביטוח גבו וגובות תת שנתיות גם ביחס לרכיב **החיסכון** בביטוח חיים, משולב בחיסכון.

ג) חברות הביטוח גבו וגובות תת שנתיות ביחס לרכיב תשלום המכונה: "גורם פוליסה", והוא סכום חודשי קבוע המתווסף לפרמיה, אשר נועד לכסות הוצאות טיפול בפוליסה (להלן: גורם הפוליסה). נטען כי גבייה זו מנוגדת לחוזרים, שכן גורם הפוליסה איננו מהווה חלק מתעריף הביטוח, או הפרמיה, אלא נגבה במקור באופן חודשי, ולא שנתי.

ד) חלק מחברות הביטוח גבו וגובות, במקרים מסוימים, תת שנתיות בשיעור העולה על זה שהותר בחוזרים.

5. חברות הביטוח, בתגובה לבקשת האישור, השיבו ביחס לטענות העותרים בהתאמה כדלקמן:

א) תת שנתיות נגבות בגין ביטוחים שונים המשויכים לתחום ביטוח החיים, כגון: ביטוחים מסוג אובדן כושר עבודה, נכות תאונתית וסיעוד, אשר מבטחים מפני מקרים הקשורים לחייו או גופו של המבוטח.

ב) החוזרים לא אוסרים על חברות הביטוח לגבות תת שנתיות לגבי רכיב החיסכון בביטוח המערב רכיב של חיסכון. כאשר מבוטח בוחר לשלם **בתשלומים** פרמיה בפוליסות מעורבות קלאסיות (ביטוח הכולל רכיב חיסכון, בגדרו המבוטח יקבל את אותו הסכום הן במקרה של מוות, הן במקרה של הגעה לגיל פרישה, והפרמיה עבור ביטוח זה משולמת ללא הבחנה בין שני המקרים הנ"ל) – יש הצדקה לגביית תת שנתיות. יתרה מכך, בפוליסות "עדיף" (בהן יש הפרדה בין תשלום הפרמיה עבור הסיכון למוות, לבין התשלום עבור הגעה לגיל פרישה) – אין גבייה של תת שנתיות.

ג) לפי החוזרים, חברות הביטוח רשאיות לגבות תת שנתיות על **רכיב** גורם הפוליסה, **אשר נטמע בתעריף הביטוח השנתי.**

ד) גביית התת שנתיות נעשתה לפי השיעורים הקבועים בחוזרים.

6. המפקח על הביטוח הגיש את עמדתו במסגרת הדיון בבקשת האישור ביחס למספר סוגיות שבהן נדרשה התייחסותו, זאת בהתאם להחלטת בית המשפט המחוזי הנכבד.

בגדר כך המפקח על הביטוח ציין, בעיקרי הדברים, כי ניתן לפרש את החוזרים ככאלה שאינם שוללים גבייה של תת שנתיות בהתייחס לכל חלקי התעריף, לרבות גורם הפוליסה.

עוד צוין, בנייר העמדה של המפקח באשר לגביית תת שנתיות על רכיב החיסכון, כי בפוליסות מעורבות קלאסיות – אין מניעה לגבות תת שנתיות על הסכום הכולל של הפרמיה המשולמת, משום שהפרמיות חושבו כשנתיות, בהתבסס על ההנחה שהתשלום בגינן יועבר בתחילת השנה, כאשר בדיעבד הן נפרסות על פני כל השנה. בנוסף הן בנויות כ"חבילה סגורה", ללא הבחנה בין המרכיב המיועד לחיסכון לבין זה המיועד לביטוח.

לבסוף, המפקח על הביטוח ציין כי הרציונל שבבסיס גביית תת שנתיות בביטוחי חיים, בגדרם הפרמיה מחושבת מתוך הנחה שהתשלום עבורה ישולם בתחילת השנה,

זהה לזה העומד בבסיס גביית תת שנתיות בפוליסות מסוג: סיעוד, נכות תאונתית ואובדן כושר עבודה, בהן קיימות אותן העלויות הכרוכות בפריסת התשלומים. משכך, צוין כי אין מניעה לגבות תת שנתיות גם בענפי הביטוח הנ"ל, שאינם ביטוחי חיים.

7. בית המשפט המחוזי הנכבד (כב' השופט ר' כהן) קיבל את בקשת האישור ביחס למרבית העילות. בתוך כך, נקבע כי החוזרים אינם שוללים את האפשרות לגבות תת שנתיות ביחס לפוליסות – המבטחות: בריאות, נכות, מחלות קשות, אובדן כושר עבודה וסיעוד, בתנאי שהפרמיה חושבה בהן על בסיס ההנחה שדמי הביטוח יתקבלו בתחילת השנה, והגבייה נעשית בתשלומים. עם זאת, נקבע כי מתעוררות בנושא זה מספר שאלות הדרושות הכרעה, וכי יש אפשרות סבירה שהעניין יוכרע לטובת המבקשים (העותרים שבכאן). עוד נקבע כי טענות המבקשים ביחס לאפשרות להפריד בין רכיב הסיכון בביטוח מעורב לבין מרכיב החיסכון – מספיקות לצורך אישור הבקשה. בנוסף, נקבע כי ניתן לפרש את חוזר 419 כתומך בעמדת המבקשים ביחס לגביית תת שנתיות לגבי גורם הפוליסה.

8. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את בקשת האישור ביחס לטענה שנגבו תת שנתיות מעבר לשיעור המותר (טענות שהופנו כנגד חברות הפניקס ומנורה בלבד), שכן טענות המבקשים בהקשר לסוגיה זו היו פרטניות, לא הוכח שמדובר היה בתופעה כללית, והנזקים הנטענים היו זעירים, אם בכלל. משכך, נקבע כי עניינים אלה **לא** מעוררים שאלות מהותיות של עובדה, או משפט אשר משותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן תוכרענה לטובת הקבוצה כולה.

9. לבסוף, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי ניתן להסיק מסקנות שונות מקביעותיו של המפקח על הביטוח, וכי אמנם יש לתת לעמדה זו משקל מסוים בפרשנות החוזרים, אך בית המשפט הוא זה שאמון בסופו של דבר על פרשנותם של החוזרים.

פסק הדין, נושא הדיון הנוסף

10. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד הוגשו בקשת רשות ערעור וערעור, שנדונו בפסק הדין שניתן כאמור על-ידי כב' השופטים: א' שהם, ד' מינץ ו-י' וילנר בתאריך 31.05.2018.

השאלה העיקרית שנדונה בפסק הדין ואשר רלבנטית לענייננו היא, כאמור, מהו מעמדה של פרשנות המאסדר (בענייננו – המפקח על הביטוח) להנחיות שיצאו תחת ידו.

בנסיבות העניין, נבחנה השאלה האם סביר שתתקבל הפרשנות לה טוענים המבקשים (העותרים שבכאן) לחוזרים, לפיה חברות הביטוח גבו תת שנתיות שלא כדין, כאשר עמדת המפקח עלתה בקנה אחד עם טענות חברות הביטוח. בנוסף, התעוררה בפסק הדין סוגיית תחולת ההגנה של "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות.

11. חברתי, השופטת י' וילנר, עמדה בחוות דעתה (לה צירפו הסכמה חבריי, השופטים: א' שהם ו-ד' מינץ) על מעמדם של דברי הסבר בפרשנות של חקיקה ראשית, ועל המשקל שיש לתת לעמדתה הפרשנית של רשות מינהלית ביחס להסדרים נורמטיביים, שאותם היא מיישמת, וציינה כי זוהי סוגיה שטרם נדונה, לשיטתה, בפסיקה עד מועד פסק הדין.

12. בתוך כך, חברתי, השופטת י' וילנר, מנתה בחוות דעתה את השיקולים הרלבנטיים בקביעת המעמד שיש להעניק לעמדת המאסדר ביחס לפרשנות הנחיותיו. תחילה, היא עמדה על הטעמים **המצדיקים** מתן עדיפות לפרשנות המאסדר להנחיותיו, ובמסגרת זו היא מנתה כמה נימוקים:

ראשית, השופטת י' וילנר ציינה כי המאסדר מרכז תחת ידיו מספר תפקידים: חקיקתיים, אכיפתיים ו-"מעין שיפוטיים". בענייננו – המפקח מנסח את החוזרים, אוכף אותם, והוא מוסמך גם להטיל עיצומים כספיים על מפרי החוק וההוראות שהוצאו מכוחו. כמו כן בסמכותו לברר תלונות מהציבור בענייני ביטוח ולהכריע בהן. החלטת המחוקק למסור למפקח את שלל התפקידים הללו, מעידה, לעמדת חברתי, על כך שהמפקח נתפס על-ידי המחוקק הראשי כגורם המיטבי לקבל החלטות ביחס לשוק הרלבנטי. השופטת י' וילנר קבעה כי גם מטעמים של אחידות משפטית ראוי לאמץ את פרשנות המאסדר להנחיותיו, כדי שלא ייווצר מצב בו בתי משפט נוקטים פרשנות מסוימת, ואילו המאסדר פועל על פי פרשנות אחרת.

שנית, השופטת י' וילנר קבעה כי המאסדר הוא בעל מומחיות מיוחדת בתחומו ולו ידע מקצועי מובהק, כך שיש הצדקה לצמצום ההתערבות השיפוטית בהחלטותיו והותרת מתחם רחב לשיקול דעתו, הן בעת קיום ביקורת שיפוטית על החלטותיו, והן בעת בחינת עמדתו הפרשנית ביחס להנחיותיו. בנוסף, חברתי, השופטת י' וילנר קבעה כי קבלת עמדתו הפרשנית של המאסדר תוביל להגשמה מיטבית של מדיניותו, ותקדם את האינטרס הציבורי, שעליו הוא אמון.

שלישית, השופטת י' וילנר ציינה כי המאסדר, ככל רשות מינהלית, נהנה מחזקת התקינות המינהלית ועליו לפעול בהגינות, ביושר ובתום לב.
לשיטתה, נימוקים אלה, וההנחה שלנגד עיניו של המאסדר עומדים האינטרס הציבורי וטובת השוק עליו הוא מופקד – תומכים גם הם במתן משקל של ממש לעמדתו הפרשנית ביחס להנחיותיו.

13. לצד האמור, חברתי, השופטת י' וילנר מנתה גם את השיקולים שאינם תומכים במתן משקל ממשי, ואולי אף משקל בכורה, לעמדת המאסדר בעת פרשנות הנחיותיו, והזכירה שני טעמים עיקריים:

ראשית, היא קבעה כי בית המשפט הוא הגורם האמון על פרשנות הסדרים נורמטיביים. משכך, אין מקום להאצלה מוחלטת של מלאכת הפרשנות למאסדר, או לקבלת פרשנותו בבחינת "כזה ראה וקדש", ועל בית המשפט לבחון האם פרשנותו של המאסדר מצויה בגדרי מתחם הסבירות.

שנית, השופטת י' וילנר ציינה כי אחד מתפקידיו של בית המשפט הוא קיום של בקרה ופיקוח על המאסדר, בין היתר באמצעות מנגנון התובענה הייצוגית. משכך, לקביעתה, תפקידו הביקורתי של בית המשפט כלפי המאסדר מצדיק עמדה מסויגת וביקורתית באשר לעמדתו הפרשנית של המאסדר.

14. לאחר סקירת השיקולים המנוגדים, חברתי, השופטת י' וילנר, קבעה כדלקמן:

> "לנוכח האמור, הצעתי היא כי מקום בו התבקשה והתקבלה עמדתו של המאסדר בהליך אזרחי בנוגע לפרשנות שיש ליתן להנחיותיו, בשלב ראשון על בית המשפט לבחון האם עמדה זו מתיישבת עם לשון ההנחיות והאם הפרשנות שהציע המאסדר היא סבירה. זאת, בשים לב לכך שמתחם הסבירות ביחס לפעולותיו של המאסדר בתחום מומחיותו הוא, כאמור, רחב ביותר. אם מצא בית המשפט כי עמדתו של המאסדר סבירה ומתיישבת עם לשון הנחיותיו, ברירת המחדל תהיה לאמץ עמדה זו. סטייה מברירת המחדל האמורה, תתאפשר מקום בו ימצא בית המשפט כי קיימים טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת המאסדר ואימוץ פרשנות חלופית תחתיה. כך למשל, מקום בו ישתכנע בית המשפט כי עמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד עניינים, יהווה הדבר טעם כבד משקל לדחיית עמדת המאסדר.
>
> הצעה זו מאזנת, לטעמי, בין היתרונות המשמעותיים המגולמים באימוץ עמדת המאסדר ביחס

לפרשנות הנחיותיו לבין תפקידיו הפרשניים והביקורתיים של בית המשפט" (פיסקה 40 לפסק הדין; ההדגשות שלי – ח"מ).

15. בנסיבות העניין, חברתי, השופטת י' וילנר, קבעה כי יש ליתן משקל בכורה לעמדת המפקח באשר לפרשנות החוזרים, שכן היא מצויה במתחם הסבירות, מנומקת, בהירה ומבוססת על קביעות עובדתיות ועל תכליות שוק הביטוח וההיסטוריה שלו, וכן בשים לב לכך שהיא מתיישבת עם לשון החוזרים.

בתוך כך, השופטת י' וילנר דחתה את טענת המערערים (העותרים שבכאן) כי עמדת המפקח לא כללה דיון מעמיק, שכן, לקביעתה, עמדת המפקח התייחסה למכלול הסוגיות שלגביהן היא התבקשה, וזאת באופן מנומק וסביר. השופטת י' וילנר דחתה גם את הטענה כי עמדת המפקח אינה חד משמעית.

לסיכום, חברתי, השופטת י' וילנר קבעה כי עמדת המפקח עולה בקנה אחד עם לשון החוזרים ומצויה בגדר מתחם הסבירות, ומאחר שלא נמצאו טעמים כבדי משקל לסטות הימנה – היא קבעה כי יש לאמצה. לפיכך היא הגיעה גם למסקנה כי המערערים לא עמדו בנטל להוכיח כי חברות הביטוח גבו תת שנתיות בניגוד לדין. משכך, נקבע כי הערעור שהיה בפניה צריך להתקבל, שכן לא היה מקום לקבל את בקשת האישור.

16. שאלה נוספת, אשר נדונה בפסק הדין עסקה כאמור בהגנת "זוטי דברים" ובתחולתה בתחום התובענות הייצוגיות. המערערים שם (העותרים שבכאן) טענו כי אחת מחברות הביטוח, הפניקס, גבתה תת שנתיות בשיעור של 4.04%, כאשר הרכיב המקסימלי שנקבע בחוזר 419 הוא 4%, וכי יש לפצות אותם בגין נזק זה שנגרם למבוטחים. להערכתם, חברת הפניקס גבתה 6.7 מיליוני ש"ח שלא כדין במהלך 7 השנים שקדמו להגשת התביעה, ומיום הגשת התביעה ועד למועד החלטת האישור סכום זה הגיע לכדי סכום כולל של 15 מיליון ש"ח (במהלך כ-8.5 שנים).

חברת הפניקס טענה מנגד כי גבייתה נבעה מעיגול הסכום לתשלום התת שנתיות, כי החישוב שהציגו המערערים הוא שגוי, וכי ממילא – הנזקים הנטענים עולים כדי "זוטי דברים", וזאת משום שגביית היתר עומדת על סכום של כ-4 אגורות לחודש בלבד מכל מבוטח.

17. חברתי, השופטת י' וילנר ציינה כי בפסיקה נקבע שהגנת "זוטי דברים" חלה גם בהליך של תובענה ייצוגית, ואולם בחינתה נעשית מנקודת מבטה של הקבוצה כולה, ולא

של היחיד, ובגדרה יש לבדוק האם מדובר באירוע שרוב חברי הקבוצה היו רואים בו עניין פעוט וקל ערך, שבגינו הם לא היו מגישים תובענה ייצוגית. השופטת י' וילנר קבעה כי בנסיבות העניין, רוב חברי הקבוצה לא היו טורחים להגיש תובענה ייצוגית כנגד חברת הפניקס בגין עילת תביעה זו בלבד, שכן הנזק הנטען עומד רק על 4 אגורות לחודש למבוטח, והוצאות ניהול ההליך היו עולות על הפיצוי שעשוי היה להתקבל בסופו, כך שהגשת התובענה הייתה הופכת ללא כדאית.

עוד קבעה השופטת י' וילנר כי ייתכן שהכלי היעיל והרצוי למניעת מקרים בהם גופים במשק מתעשרים על-ידי גביית יתר נמוכה מיחידים – הוא פנייה למאסדר לשם הפעלת סמכויותיו לצורך מניעת הגביה האמורה.

18. לגופו של עניין, קבעה חברתי, השופטת י' וילנר, כי טענות המערערים כלפי חברת הפניקס הן אכן בבחינת "זוטי דברים", ולכן בצדק דחה בית המשפט המחוזי את בקשת האישור בהתבסס על עילה זו.

19. באשר לטענות המערערים כנגד חברת מנורה – השופטת י' וילנר קבעה כי המערערים לא הצליחו לעמוד בנטל לשכנע שהתביעה מעוררת שאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ומשכך אף בקשת האישור ביחס לעילה זו כנגד חברת מנורה נדחתה כדין.

20. חבריי: השופטים א' שהם ו-ד' מינץ, הצטרפו כאמור בהסכמה לפסק דינה של חברתי, השופטת י' וילנר, על כל חלקיו.

טענות הצדדים בעתירה לקיום דיון נוסף

21. העותרים טענו בעתירתם כי מתקיימים, בנסיבות, התנאים הנדרשים לצורך היעתרות לבקשה לקיום דיון נוסף, וכי לפסק הדין יש השלכות רוחב מהותיות, המחייבות הידרשות של הרכב מורחב לפסק הדין, שכן נקבעו בו הלכות, אשר חורגות מעניינם של הצדדים הישירים להליך.

בתוך כך, נטען כי יש להכריע גם בעניין ההגנה של "זוטי דברים" – האם ניתן להחילה על תובענה ייצוגית כספית, והאם היא תיבחן לפי גובה הנזק הכולל לקבוצה, או לפי עמדת רוב חברי הקבוצה באשר לשאלה האם כדאי להגיש בגין העילה בה מדובר תובענה ייצוגית.

לעניין עמדת המאסדר ביחס להנחיותיו – נטען כי יש לפסוק האם בית המשפט יכול להסתפק בכך שעמדה זו נראית לו סבירה, בהתחשב בלשון ההנחיות, ולא לבצע את מלאכת הפרשנות בעצמו.

22. לגופו של עניין, באשר להגנת "זוטי דברים", העותרים טענו כי המקרים בהם בית משפט זה נדרש לתחולת הגנה זו בתובענות ייצוגיות עסקו בתובענות ייצוגיות שנסבו על עילות נזיקיות, וכי בית משפט זה טרם נדרש להחלת ההגנה במקרים של תובענה ייצוגית כספית, המתבססת על הוראות חיקוק, או דיני חוזים, כמו המקרה שבפנינו. העותרים טענו בהקשר זה כי פסק הדין סטה מההלכה הקיימת, ולחילופין כי נקבעה בו הלכה חדשה, המחייבת דיון נוסף מפאת חשיבותה.

בהמשך לאמור, העותרים טענו כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין שומטת את הקרקע תחת מוסד התובענה הייצוגית, אשר נועד לטפל במצבים בהם מצטברים נזקים קטנים שבנפרד לא היו מניעים הליך משפטי. זאת ועוד, נטען כי הפתרון שהוצע – של פנייה למאסדר – איננו בהכרח אפשרי, שכן מוסד התובענה הייצוגית נדרש לטפל, בין היתר, במצבים בהם למאסדר אין את היכולת להידרש לכך.

23. באשר למשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר בפרשנות הנחיותיו – העותרים גרסו, בעיקרי הדברים, כי ההלכה החדשה שנקבעה בהקשר זה בפסק הדין פורקת את בתי המשפט מסמכותם, בכך שהיא מחליפה למעשה את שיקול דעתם בזה של המאסדר, ופוגעת בעיקרון הדמוקרטי של הפרדת הרשויות, שכן מלאכת הפרשנות מסורה לרשות השופטת, ולא לזו המבצעת. בנוסף נטען כי החוזרים הם חוזרים היסטוריים שפורסמו לפני עשרות שנים, וכי בכך מצטמצם עוד יותר היתרון הלכאורי שנטען כי הוא נתון בידי המאסדר הנוכחי, על פני בית המשפט.

24. בתאריך 02.07.2018 המבקשת להצטרף כידידת בית המשפט – עמותה שמטרתה לייצג את האינטרס הציבורי בהליכים ייצוגיים (להלן: המבקשת להצטרף), ביקשה להציג בפני בית המשפט את עמדתה. המבקשת להצטרף טענה כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין סטתה מהדין שהיה נהוג עד הנה, וכי מדובר בחריגה בלתי רצויה שעלולה לפגוע בציבור הרחב ולחזק את מעמדם של התאגידים שפעילותם מוסדרת על-ידי מאסדרים.

המבקשת להצטרף מיקדה את טענותיה ביחס ל**משקל** שיש ליתן לעמדת המאסדר. בתוך כך, נטען כי ההשקפה לפיה המאסדר הוא גורם המייצג בהכרח את האינטרס הציבורי – מתעלמת מכשלים רגולטיביים המוכרים בספרות המקצועית, ובעיקרם מכשל

מסוג של: "שבי רגולטורי". המאסדר הלוקה בכשל זה עלול, על פי הטענה, להיות "שבוי" בידי הגורם המפוקח, ולסייע לו יותר מהנדרש – נושא עליו עמדה המבקשת להצטרף בהרחבה ובאופן מעמיק. בנוסף, נטען כי בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של הדין, וכי יש חשיבות רבה בשמירת עצמאותו הפרשנית.

לבסוף, המבקשת להצטרף טענה כי פסק הדין איננו עולה בקנה אחד עם ההלכה הנהוגה ביחס להשפעת דברי הסבר על פרשנות חקיקה.

25. המשיבות הגישו תגובה מטעמן לעתירה לקיום דיון נוסף, ובגדרה טענו כי פסק הדין לא קבע הלכות חדשות ביחס למשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר ובנוגע להגנת "זוטי דברים", אלא רק יישם הלכות קיימות בנושאים אלה.

בתוך כך, המשיבות טענו, ביחס לסוגיית עמדת המאסדר, כי פסק הדין איננו משמיע הלכה כי בית המשפט מתפרק מסמכותו, שכן שההחלטה הסופית האם לאמץ את עמדת המאסדר נותרת בידיו.

26. לגופו של עניין, המשיבות טענו כי העובדה שחברות הביטוח פעלו בהתאם לעמדת המפקח והסתמכו עליה מקנה להן הגנות, כגון: הגנה מסוג של "הרשאה חוקית", והיא מעידה על כך שפרשנותן לחוזרים הייתה נכונה. לפיכך, לשיטת המשיבות, ההכרעה בסוגיה העקרונית לא תשפיע ממילא על התוצאה האופרטיבית בסוגיית פרשנות החוזרים. יתרה מכך, המשיבות גורסות כי פסק הדין רק יישם הלכה קיימת, לפיה בית המשפט יטה לאמץ את פרשנות הרשות המינהלית, ככל שההסדר הנורמטיבי שיש לפרשו עוסק בתחום הדורש מקצועיות ומומחיות. בענייננו, כך נטען, בית המשפט יישם הלכה זו בנסיבות בהן הרשות היא זו שניסחה את ההסדר, ומדובר בהסדר מקצועי קונקרטי.

27. המשיבות הוסיפו וטענו בהקשר הנ"ל, כי יש מספר טעמים לאימוץ פרשנות המאסדר ביחס להנחיותיו:

ראשית, ההנחיות יצאו תחת ידו, ועומדת לו חזקת התקינות המינהלית.

שנית, המאסדר הוא בעל המומחיות המקצועית בתחום.

שלישית, המאסדר הוא צד לחוזרים, ואף חתום עליהם, ומשכך הוא מהווה כתובת ראויה לבירור "כוונת" החוזרים.

28. באשר להגנת "זוטי הדברים", נטען כי בפסק הדין נקבע שטענות העותרים בנוגע לחברת הפניקס לא הוכחו כראוי בבית המשפט המחוזי, וכי "מכל מקום" עומדת לחברת הפניקס הגנת "זוטי דברים". לכן, לטענת המשיבות, גם אם יתקבלו טענותיהם העקרוניות

של העותרים – אין בכך כדי לשנות את התוצאה שנפסקה בהקשר זה. יתר על כן, נטען כי בית משפט זה התייחס במפורש להלכה הנוהגת, שנפסקה ב-ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תאופיק ראבי ז"ל (04.12.2011) (להלן: עניין תנובה), ביחס לתחולתה של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות, ועל כן יש לדחות את טענות העותרים, אשר מופנות כנגד יישום של ההלכה התקפה – על נסיבות המקרה.

29. בתאריך 09.12.2018 המשיבות הגיבו לבקשת המבקשת להצטרף וטענו כי הבקשה אינה עומדת בקריטריונים לצירוף המבוקש.

השתלשלות הדברים והתפתחויות נוספות

30. בתאריך 02.07.2019 הוריתי כי מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), כפי שהוענקה לי על-ידי כב' הנשיאה, יתקיים דיון נוסף בפסק הדין.

במסגרת החלטה זו קבעתי עוד כי בקשת ההצטרפות כצד להליך, שהוגשה בתאריך 28.05.2019 – נדחית, וכי בקשת המבקשת להצטרף שהוגשה בתאריך 02.07.2018 תידון בפני ההרכב. כן הוריתי שהיועץ המשפטי לממשלה ישקול התייצבות בהליך, וכי הצדדים רשאים להגיש השלמות טיעון בכתב.

31. היועץ המשפטי לממשלה הודיע בתאריך 12.11.2019 כי הוא מתייצב להליך, והגיש בתאריך 02.02.2020 את עמדתו. במסגרת זו הוא סקר את הליך הפרשנות השיפוטית ביחס לדברי חקיקה שונים, כפי שזה משתקף בפסיקות בית המשפט ובספרות, והציג את התפיסות השונות באשר למעמד שיש ליתן לפרשנות של הרשות המינהלית, וכן את המאפיינים שנקבעו בפסיקה ביחס למאסדרים.
היועץ המשפטי לממשלה עמד גם על המחלוקת הקיימת בפסיקה ובספרות בנוגע למשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר, והציג סקירה הנוגעת למשפט משווה בארצות-הברית.

נוכח כל האמור לעיל, היועץ המשפטי לממשלה הביע את עמדתו, ולפיה, בעיקרי הדברים:

> "יש חשיבות בקביעת משקל מוגבר העולה כדי 'משקל בכורה' לעמדת הגורם המאסדר, במסגרת פרשנות של הנחיות או חוזרים שהוציא מתוקף סמכותו. זאת בין היתר

> לאור מומחיותו, אחריותו להסדרת השוק המפוקח, היכרותו וניסיונו בהסדרת שוק זה, כמו גם יכולתו לבחון את התנהלותו של השוק המפוקח על ידו ברציפות ולאורך זמן".

היועץ המשפטי לממשלה הדגיש כי בחינת הפרשנות המוצעת של המאסדר צריכה להיעשות לא רק במובן הלשוני, אלא גם במובן התכליתי (תוך התייחסות לפרשנות הסובייקטיבית והאובייקטיבית), כמקובל בתורת הפרשנות.

32. לצד האמור לעיל – היועץ המשפטי לממשלה ציין כי הוא מסתייג מהשימוש במונח "מתחם סבירות" בקשר לפרשנות, והציע לקבוע חריגים להלכה שנקבעה בפסק הדין, שבגינם **לא** יינתן משקל בכורה לעמדתו הפרשנית של המאסדר, כגון: מצב בו העמדה הפרשנית של המאסדר סוטה מעמדה פרשנית שונה שהוא קבע בעבר; חוסר עקביות בעמדותיו של המאסדר ללא הצדקה; או מקרה בו המאסדר התנהל בהתאם לפרשנות שהשתרשה בשוק מסוים, ורק בחלוף השנים הוא מביע עמדה פרשנית שונה.

לבסוף, היועץ המשפטי לממשלה הדגיש כי גם במתן משקל בכורה לעמדה הפרשנית של המאסדר – שיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט ביחס לפרשנות נשמר, שכן בידי הערכאה השיפוטית נתונה הסמכות לקבוע אם פירוש שהמאסדר הציע הוא בכלל פירוש אפשרי, לפי כללי הפרשנות המקובלים, ולבחון האם בנסיבות המקרה מתקיימים טעמים חריגים שלא ליתן משקל בכורה לעמדת המאסדר.

33. העותרים הגישו השלמת טיעון מטעמם בתאריך 05.02.2020, ובגידרה הם חזרו שוב על עיקר טענותיהם באשר להגנת "זוטי דברים".
ביחס למשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר, העותרים הוסיפו כי בעמדה מטעם אותו המאסדר שבענייננו, שהוגשה בתיק אחר (נספח לתשובה לבקשת רשות ערעור ב-רע"א 9778/16) נכתבו לכאורה דברים **הפוכים** מאלה שהוצגו על-ידי המאסדר בהליך, נושא פסק הדין, באשר לגביית תת שנתיות ביחס לרכיב החיסכון. העותרים ציינו כי סיטואציה זו מעוררת קושי ביישום ההלכה שנקבעה בפסק הדין. בנוסף, העותרים עמדו על ראיות חיצוניות שונות, שלשיטתם, מעידות על כך שפרשנות המאסדר שהוצגה בענייננו – איננה נכונה.

34. יתר על כן, העותרים גרסו כי העובדה שמדובר, בנסיבות העניין, בחוזרים היסטוריים, שפורסמו לפני כ-38 ו-28 שנה (חוזר 338 וחוזר 419 בהתאמה) – משמיעה לנו מסקנה כי אין מדובר בהוראה רגולטורית שהמאסדר הנוכחי הוא מי שנתן אותה

ומוסר מידע לגביה, אלא בפרשנות שלו, כצופה מן הצד, להוראות ישנות. הדבר בא לידי ביטוי, לשיטתם, בנוסח עמדתו של המאסדר הנוכחי, שנוקטת במונחים כגון: "ניתן לפרש", "אין מניעה" ו-"אינן שוללות", שאינם חד משמעיים. בכך, לשיטת העותרים, מתאיין היתרון הלכאורי שנטען כי יש למאסדר הנוכחי, על פני בית המשפט.

35. המשיבות הגישו בתאריך 15.03.2020 השלמת טיעון מטעמן, וציינו כי אין בהכרעה בשאלות העקרוניות העומדות לדיון נוסף כדי לשנות את התוצאה האופרטיבית שבענייננו. כמו כן המשיבות חזרו על טענותיהן המרכזיות, וביניהן הטענה כי בנסיבות המחלוקת היא מקצועית מובהקת ששייכת לתחומי המאסדר.

36. המשיבות גרסו בנוסף כי פסק הדין מיקד את ההלכה שנקבעה בו בשני מובנים, אשר דווקא מחזקים את ההצדקות להעדפת עמדתו הפרשנית של המאסדר:

המיקוד הראשון הוא כי פסק הדין אימץ גישה מרוככת יותר מזו הנהוגה במשפט האמריקאי, שכן נקבע כי יש להעדיף את עמדתו הפרשנית של המאסדר רק כאשר הוא מפרש הנחיות שהוא **בעצמו** קבע, וכך גם הובן פסק הדין, לשיטת המשיבות, בפסיקה מאוחרת יותר של בית משפט זה.

המיקוד השני הוא כי מדובר בפרשנות של הנחיות שנושאן מקצועי-רגולטורי, המצוי בגרעין מומחיותו המקצועית של המאסדר, ולא בנושאים המוסדרים על ידו ואשר עוסקים בעניינים נורמטיביים-ערכיים, או משפטיים כלליים.

37. המשיבות הוסיפו והדגישו כי הסמכות להצהיר על פרשנותו הנכונה של הדין, לרבות של הנחיות המאסדר (שלחלקן יש פועל תחיקתי, לשיטתן), נותרת בסופו של דבר בידי בית המשפט, וכי עיקר הכובד עובר אל **שאלת המשקל** שיש ליתן לפרשנות המאסדר. בתוך כך, קביעת המשקל מחייבת יצירת כללי הכרעה, אשר נקבעו, לשיטת המשיבות, בפסק הדין, כשהם לוקחים בחשבון, בין היתר, את השיקולים הבאים: אם מדובר בעמדת המאסדר בהליך אזרחי ואם מדובר בפרשנות הנחיותיו של המאסדר בנושא מקצועי-רגולטורי. בהתחשב בשיקולים הללו בית המשפט מצא, ובדין כך, כי הפרשנות שניתנה על-ידי המאסדר מתיישבת עם לשון ההנחיות, כי היא סבירה, וכי אין טעמים כבדי משקל לדחייתה, ולכן במקרה שכזה ראוי שברירת המחדל תהיה לאמץ עמדה זו. בכך נשמר, לטענת המשיבות, שיקול דעתו של בית המשפט לאורך כל שלבי הבחינה הנ"ל.

38. לאחר שהעותרים הגיבו להשלמת הטיעון מטעם המשיבות, התקיים בתאריך 26.07.2020 דיון בפנינו, אשר צולם ושודר בשידור ישיר, במסגרת הפרויקט הניסיוני להעברת שידורים ישירים של דיונים נבחרים בבית המשפט העליון, ובהתאם לסמכותנו לפי סעיף 70(ב) לחוק בתי המשפט.

39. בפתח הדיון הוחלט כי בקשת ההצטרפות כידידת בית המשפט נדחית, אך יחד עם זאת ציינו כי קראנו את הדברים שנאמרו בבקשה והם מונחים בפנינו.

40. במהלך הדיון, העותרים חזרו על טענותיהם המרכזיות, והוסיפו וגרסו כי טענה לפיה המאסדר כשל באכיפה של הנחיות מסוימות, עלולה להשפיע בדיעבד על פרשנותו לאותן הנחיות, שכן ייתכן שהוא לא ירצה להודות בכישלונו. יתר על כן, העותרים גרסו כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין מהווה צעד ראשון (ולא חיובי) בדרך לאימוץ בארצנו של ההלכה האמריקאית שנפסקה בפרשת: Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, Inc., 467 U.S. 837 (1984) (להלן: עניין **Chevron**, או הלכת **Chevron**). הלכה זו איננה מתאימה, לגישתם, לשיטת המשפט והמערכת השלטונית הנהוגה בישראל, מה גם שעל הלכה זו נמתחה אף בארצות-הברית ביקורת רבה. ממילא, נטען כי גם לו הייתה הלכת **Chevron** מקובלת בישראל – היא לא הייתה חלה, מטעמים שונים, בנסיבות שלפנינו (שכן אלו שונות מאלו שנדונו בעניין **Chevron**).

41. המשיבות חזרו אף הן על עיקרי טיעוניהן בדיון שנערך לפנינו.

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועמ"ש) הדגישה בטיעוניה כי עמדת המאסדר מובאת לבחינת היועמ"ש, לפי כללי הפרשנות המקובלים. באשר להגנת "זוטי דברים", ב"כ היועץ המשפטי לממשלה גרסה כי לא מדובר בהלכה חדשה, וכי קיימת הלכה פסוקה לפיה ההגנה יכולה לחול גם בתובענות ייצוגיות.

42. לאחר שסקרתי את הרקע העובדתי, את הדיון שהתנהל בהליכים הקודמים, ותיארתי את טענות הצדדים ואת ההתפתחויות שחלו במכלול – אעבור כעת לליבון הדברים.

דיון והכרעה

43. לאחר עיון בחומר הרב שבתיק ושמיעת טיעוניהם של ב"כ הצדדים – הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את הערעור ב-ע"א 7488/16, ולדחות את הערעור ב-רע"א 9778/16, כך שפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד יחזור ויעמוד על כנו, ובקשת האישור

תתקבל, למעט ביחס לטענות הפרטניות כנגד חברות הפניקס ומנורה; אציע לפיכך לחברותיי ולחבריי לאמץ תוצאה זו. טעמי לכך יובאו בהמשך, כאשר הילוך ההנמקה יהיה כזה שראשית לכל, אדון בסוגיית המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיות, אשר יצאו תחת ידו, ולאחר מכן אדון בשאלה האם הגנת "זוטי דברים" חלה בתובענות ייצוגיות. לבסוף איישם את העקרונות שיוצעו על הנושאים שעלו במכלול.

44. בטרם אפנה לבירור מעמדה הפרשני של חוות דעת של רשות רגולטורית הנדרשת להגיש לבית המשפט את עמדתה, אעיר כי קיימת חוסר-בהירות בשאלה מהו בכלל מקור הסמכות המקנה לבית המשפט את האפשרות להורות לאותו גורם שלטוני להתייצב בפניו ולהציג את עמדתו (עיינו: חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ונדב קליין "המאסדר כידידו של בית המשפט" (טרם פורסם; אמור לראות אור בשנת 2021; להלן: כבוב, אברהם-גדליה וקליין); מתן גוטמן "התקדים המסוכן של פרשת זליגמן – מתחם הפרשנות הסבירה ואימוצה של הלכת Chevron במשפט הישראלי" ICON-S-IL Blog (12.06.2018)).

ניתן לחשוב על דברי חקיקה שונים שיש בהם כדי להקנות במשתמע סמכות כאמור (ראו בהקשר זה: כבוב, אברהם-גדליה וקליין, בעמ' 27-38), אולם דומה כי היעדרה של סמכות מפורשת כאמור, ייתכן והיא אף מונעת מהרשויות הרגולטוריות עצמן לפתח מנגנון סדור של גיבוש עמדה ביחס לפניות שכאלו.

בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך זה, לא פורט:

האם קיימות הנחיות כלליות המתוות את דרך העבודה (שעשויה, כמובן, להשתנות ממקרה למקרה), במסגרתה מתגבשת עמדתה של הרשות הרגולטורית בפני בתי המשפט;

הגורמים שאישורם נדרש לצורך הגשת חוות דעת ותפקידם, וכן הנפקות שיש לה לגבי פעילותה של אותה רשות מכאן ולהבא (בין אם זו מתקבלת במסגרת הסכסוך הפרטני, ובין אם זו נדחית).

45. לצד האמור – בענייננו, אין צורך להידרש לסוגיה הנ"ל ולהכריע בה כאן, שכן היא לא נדונה בפסק הדין (ראו: פיסקה 29 שם), וממילא הכרעה בה גם לא נדרשת בפנינו בגדר הדיון הנוסף.

לאחר הערה מקדימה זו – ניתן איפוא להתקדם וכך אעשה מיד בסמוך.

על המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיות שיצאו תחת ידו

46. כאמור, לגישתי יש להחזיר על כנו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, כך שבקשת האישור תתקבל, והתובענה הייצוגית תנוהל לגופה. הטעמים שהובילו אותי למסקנה זו הם בעיקרם אלה:

ראשית, יש לשאוב השראה מסוימת מההלכה הפסוקה הקיימת בעניין המשקל הפרשני שיש ליתן לדברי הסבר המצורפים להצעות חוק ולעבודות ההכנה הנעשות במהלך הליכי החקיקה, ולהשליכה על העמדה הפרשנית של הרשות המינהלית באשר להסדר נורמטיבי שעל ביצועו היא אמונה, לרבות ביחס להנחיות שהוציאה. להשקפתי, אף שהמעמד הפרשני לו זוכות עבודות הכנה אלו שונה מזה הניתן לפרשנות של רשות מינהלית לגבי כלליה שלה, הרי שקיימות נקודות השקה מסוימות בין השניים, בשינויים מתחייבים.

שנית, דומה שפסק הדין חרג מהלכות הפסיקה הקיימת, וראוי להחזיר עטרה ליושנה.

שלישית, סבורני כי בחינה של שיקולי מדיניות שונים, שיפורטו בהמשך, מובילה למסקנה כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין מעוררת מספר קשיים, שעל חלקם ועל הדרך להימנע מהם ניתן ללמוד גם על-ידי פניה למשפט המשווה בנושאים קרובים (בעיקר רלבנטית לעניין זה הפסיקה האמריקאית, שכן התובענות הייצוגיות מפותחות מאוד שם).

להלן אפרט את הדברים – ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

ההלכות הקיימות לעניין פרשנות של חקיקה ראשית ויישומן על עניינו

47. בהסתכלות רחבה, רשות רגולטורית מתפקדת לעתים כ"מעין מחוקק", שכן חוזרים שיוצאים מטעמה וכן כללים שהיא מנפקת כדי להנחות את השוק המפוקח, מנוסחים על ידה; בד בבד, הרשות הרגולטורית אף ממלאת תפקיד של גורם מבצע המוציא לפועל את ההנחיות ומפקח על יישומן (זאת, בהתאם למודל 'הקלאסי' של "ציווי ושליטה"; ראו: בג"ץ 7846/19 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' פרקליטות המדינה יחידת הסייבר, בפיסקה 46 וההפניות שם (12.04.2021)).

בענייננו, הדיון הנוסף עוסק בשאלה עד כמה הרשות הרגולטורית אמורה להוות הפרשן המוסמך של הכללים המוצאים על-ידה.

הדמיון בין תפקידה של הרשות הרגולטורית לגופים מחוקקים אחרים – פותח את האפשרות להחיל על הפרשנות שהמאסדר מציע לכלליו, מעמד דומה לזה שמייחסים לדברי ההסבר לעבודות ההכנה בהקשר לחוקי הכנסת (כפי שאלה משתקפים בדברי ההסבר להצעות החוק, באמירות של חברי הכנסת במליאה, או בוועדות הכנסת, וחוות דעת של מומחים המביעים דעתם בוועדות). דומני כי ההשוואה בין מקומו של המחוקק כפרשן המוסמך של דברי חקיקה היוצאים תחת ידו, לבין פעילות דומה מצד המאסדר, עשויה לשפוך אור מסוים על הבעיות שעלולות להתעורר בעקבות מתן משקל רב מדי לעמדתו הפרשנית של המאסדר.
אבאר הדברים מיד בסמוך.

מעמדן הפרשני של עבודות הכנה לגבי חקיקה ראשית והשלכותיהן לגבי עמדת המאסדר

48. ההלכה קובעת כי מקום בו לשון החוק מאפשרת יותר מפרשנות אחת, יש לבחון את הפרשנות, אשר תגשים באופן מיטבי את תכליות החוק (ראו: בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, 144-141 (1986) (להלן: עניין עוף העמק); עע"מ 7825/19 יוניון מוטורוס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, בפיסקה 13 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן (18.10.2020) (להלן: עניין יוניון מוטורוס)). כידוע, תכליתו של דבר חקיקה מורכבת מתכלית סובייקטיבית, שבגדרה נבדקת הכוונה הסובייקטיבית של יוזמי ומנסחי החוק, ומתכלית אובייקטיבית – האינטרסים, המטרות והערכים שהחוק נועד לקדם ולהגשים (ראו: עניין יוניון מוטורוס; ע"א 6455/19 ירוחימוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי, בפיסקה 10 (28.01.2020) (להלן: עניין ירוחימוביץ); רע"א 3106/16 עו"ד יעקב כהן המפרק הקודם לקלרין טבריה חברה לבניין בע"מ (בפירוק) נ' עו"ד איתן ארז מפרק קלרין טבריה חברה לבניין בע"מ (בפירוק), בפיסקה 10 (30.11.2017); עיינו: אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה כרך שני 79-81 (1993) (להלן: ברק, פרשנות במשפט)).
כדי לאתר את תכלית החוק, הפרשן יכול להיעזר בלשון החוק, בהיסטוריה החקיקתית שלו ובעקרונות היסוד של השיטה (רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, בפיסקה 20 (02.05.2012); ע"א 2112/95 אגף המכס והמע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 769, 792 (1999)).

הנה כי כן, עבודות ההכנה שנעשו בקשר לחוק שאותו באים לפרש – הן **אחת** מהאינדיקציות לבחינת התכלית הסובייקטיבית (שהיא רק **אחד** מהרכיבים שבודקים במסגרת בחינת תכלית החוק).

49. בהמשך לאמור לעיל, וכפי שנקבע בפסק הדין, דברי הסבר להצעת החוק שהולידה את החוק – לא נהנים ממעמד של בכורה, אלא שהם נתון, מני רבים, שיש להביאו בחשבון בבחינת תכלית החקיקה, **ואין בהם כדי להכריע** (ראו: פיסקה 31 לפסק הדין, שם מאוזכר ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה, פ"ד נ(4) 549, 564 (1997), ואסמכתאות נוספות). ראו בהקשר זה גם את הדברים שנאמרו על-ידי השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין עוף העמק:

> "... על דבר תכלית החוק ניתן לדלות מההיסטוריה החקיקתית... אין לנו לחפש בהיסטוריה החקיקתית את עמדתו של חבר-כנסת זה או אחר לבעיה הפרשנית הספציפית המטרידה אותנו. פתרונה של הבעיה מוטל על בית המשפט ועליו בלבד... **השאלה אם דרוש אישור ממונה, היא שאלה משפטית, אשר** בית המשפט צריך להכריע בה על יסוד פירושו שלו לחוק ולא על יסוד פירושם של אחרים... **בפנייתי להיסטוריה החקיקתית, לא ביקשתי לדעת כיצד פירש סגן שר הפנים את סעיף 23 לחוק המתקן. איני מעוניין במידע על תפיסתו הפרשנית של סגן השר באשר לצורך באישור הממונה.** אנו עוסקים באנאליזה של החוק ולא בפסיכואנאליזה של המחוקק... **אכן, ההיסטוריה החקיקתית אינה חזית הכול. היא אך כלי עזר משני לגילוי תכלית החקיקה**" (שם, בעמ' 143-144; **ההדגשות הוספו** – ח"מ).

עם זאת, כפי שצוין בפסק הדין, במקרה בו דברי ההסבר מציינים אמירה חד משמעית וברורה באשר לאופן יישום החוק המדובר, אשר תואמת את לשון החוק ותכליתו, יש בכך משום "ראיה ניצחת" לקבלת פרשנות זו (ע"א 9111/08 הקופה לתגמולים ופנסיה של עובדי הסוכנות היהודית לא"י נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור ירושלים, **בפיסקה י"ז (19.05.2011)**).

50. חברתי, השופטת י' וילנר עמדה בהקשר זה על ההבדלים הקיימים בין דברי הסבר לחקיקה ראשית, לבין עמדתו הפרשנית של מאסדר ביחס להנחיותיו: העובדה כי דברי הסבר ניתנים **לפני** חקיקת החוק, ואילו עמדת המאסדר ניתנת **לאחר** פרסום ההנחיות ובמסגרת הליך משפטי; העובדה כי עמדת המאסדר מתבקשת אד-הוק ביחס לסכסוך קונקרטי, לאחר חשיפת טענות הצדדים, ואילו דברי הסבר לחקיקה ראשית אופיים כללי ורחב, והעובדה כי רשות מחוקקת איננה אמונה על אכיפת החוק, ואילו המאסדר אחראי

הן על ניסוח ההנחיות והן על יישומן ואכיפתן. לכך ניתן להוסיף אף את העובדה כי ישנה חשיבות מוסדית לכך שחקיקה ראשית היא פרי הכרעה דמוקרטית בבית הנבחרים, לעומת הרשות הרגולטורית, שסמכויותיה אמורות להיות מעוגנות בדבר חקיקה, והכרעותיה נעשות על-פי שיקולים מקצועיים, הנוגעים למישור הפעילות שעליו היא אמונה.

51. נוכח ההבדלים הללו – חברתי, השופטת י' וילנר, הסיקה כי מעמדם הפרשני של דברי ההסבר, כפי שנקבע בפסיקה, איננו משליך ישירות על ענייננו. גישתי שונה מעט, שכן לתפיסתי, על אף ההבדלים הנ"ל, ניתן להקיש בצורה מסוימת מההלכה הפסוקה הנוגעת למעמדם הפרשני של דברי הסבר לחקיקה ראשית – על מעמדה הפרשני של עמדת המאסדר ביחס להנחיותיו.
בהקשר זה יש לציין כי אם ההשוואה נעשית, למשל, ביחס לדברי הסבר לחקיקה, משום שאלה מהווים אינדיקציה מסוימת לאופן שבו ראוי לפרש את החוק הרלבנטי, ובכל זאת הם לא זוכים למעמד בכורה, הרי שמקל וחומר שעמדתו של מאסדר ביחס להנחיותיו לא צריכה לזכות אפילו במעמד כזה, שכן לא ייתכן שעמדתו הפרשנית תזכה למעמד פרשני גבוה מזה שניתן לדברי הסבר לחקיקה. מספר טעמים לדבר, ואלה יבוארו להלן.

המחוקק אמור לפעול מאחורי "מסך בערות" ואילו המאסדר עלול להימצא ב"שבי רגולטורי"

52. כפי שציינה חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין, דברי ההסבר לחקיקה ראשית ניתנים מראש, וביחס לסיטואציות כלליות ורחבות. מנסחי החוק אמורים להימצא איפוא במצב זה מאחורי "מסך של בערות", כאשר אין הם יודעים בוודאות מי יהנה מפרשנות מסוימת לחוק, לעומת הגורם שיפסיד מפרשנות אחרת. לעומת זאת, המאסדר מוסר את עמדתו הפרשנית **בדיעבד**, ביחס לסכסוך נתון שהוביל להליך משפטי, לאחר ש"נחשפו בפניו כל הקלפים", לרבות זהות הצדדים והאינטרסים שלהם, במצב בו הוא מודע לזהות הגורם שיהנה מקבלת עמדתו הפרשנית.

בהקשר זה, יש לקחת בחשבון שעל אף שיש לייחס למאסדר, כמו לכל גורם מינהלי, את חזקת תקינות המינהל – לא ניתן להתעלם מהרגישות המובנית בתחום הפעילות של רשויות רגולטוריות מגוונות, ודאי כאלה העוסקות בפיקוח אחר סקטורים שונים בתחומי הכלכלה והשווקים הפיננסיים וכן בענפי המסחר והתעשייה, כך שהמאסדר עלול לסבול מכשל המוגדר בספרות (כחלק מתאוריית הבחירה הציבורית, ה-Public Choice) כ**"שבי רגולטורי"**. מדובר במקרים בהם קיים חשש שמא המאסדר "שבוי" בידי הגורם עליו הוא מפקח, ומזדהה עמו ועם מטרותיו. מכאן עולה החשש כי המאסדר יבקש לסייע לגורם זה, למעלה מן הדרוש, מתוך רצון לרצות אותו. התופעה

נובעת, בין היתר, מקירבה של המאסדר לשוק המפוקח, ומקשר ארוך טווח שהוא מקיים עם "השחקנים החוזרים" בשוק זה.

במצב הדברים המתואר, החשש הוא כי הרגולציה מעוצבת באופן שמיטיב עם הגורמים המפוקחים, על חשבון טובת הציבור (ראו: שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 156-157 (2016) (להלן: ידין); מיכל (שיצר) גל והילה נבו "אסדרה של קבוצת ריכוז" דין ודברים י 237, 281 (2017)). מסיבה זו, יש לבחון, לגישתי, בזהירות ראויה כל פרשנות שאותה מציע המאסדר להוראותיו, הניתנת אגב סכסוך פרטני, כאשר הצדדים למחלוקת הם "שחקנים חוזרים" הנתונים לפיקוחו. כמו כן יש לבדוק בתשומת לב מירבית אם המאסדר לא כלל, במסגרת פרשנותו, שיקולים החורגים מהסכסוך הפרטני שלגביו בית המשפט נדרש להכריע.

53. על תופעת "השבי הרגולטורי" בהקשר לשוק הביטוח עמד השופט י' זמיר באחת הפרשות, בציינו כדלקמן:

> "סכנה נוספת לתכלית של הגנה על המבוטחים נובעת מן המבנה החברתי של הפיקוח. הפיקוח מחייב קשר שוטף בין המפקחת על הביטוח, מצד אחד, לבין יתר הגורמים בתחום הביטוח, ובעיקר חברות הביטוח והמבוטחים, מצד אחר. אולם ציבור המבוטחים, ובכלל זה המבוטחים בביטוח רכב, אינו מאורגן. הוא אינו מקיים קשר, כציבור, עם המפקחת. הצרכים שלו וההשפעה שלו כציבור עשויים לבוא לידי ביטוי בדרך עקיפה, כגון באמצעות תלונות אישיות של מבוטחים נגד חברות ביטוח. אך הדעת נותנת שאין זו דרך יעילה. לעומת זאת חברות הביטוח, לפחות החברות הגדולות השולטות על חלק גדול מנפח הביטוח, הן גופים חזקים מבחינה כלכלית, מאורגנים היטב, לחוד וביחד, ומנוהלים על־ידי מקצוענים. הן מקיימות קשר שוטף עם המפקחת על הביטוח. יש להן גם עניין משותף: השמירה על היציבות הפיננסית של החברות. במצב זה מתעורר חשש כי יופר האיזון הראוי שבין השמירה על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח לבין הפיקוח על תכניות הביטוח, והתכלית של הגנה על המבוטחים תיפגע" (בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח ישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001) (להלן: עניין איגוד שמאי ביטוח)).

על תופעת "השבי הרגולטורי" ראו בהרחבה גם במקורות הבאים: רונן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" פורום עיוני משפט מד 1 (תש"ף) (להלן: אברהם); ע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה

לביטוח בע"מ, בפיסקה 54 לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז (04.02.2020) (להלן: עניין שמעון) (בקשה לדיון נוסף נדחתה על-ידי חברי השופט נ' הנדל ב-דנ"א 1953/20 איי. די. איי. חברה לביטוח בע"מ נ' שמעון (02.03.2021) (להלן: דנ"א שמעון)); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 289-291 (2010)); לילך ליטור "תחולת נורמות ציבוריות-פליליות בעידן המשילות החדשה: שרטוט מחדש של הגבולות בין הציבורי לפרטי בראי המשפט הפלילי" מחקרי משפט לב 7, 32 (2019).

54. בענייננו, חברות הביטוח – שחקניות מתוחכמות, בעלות ידע, אשר מאורגנות כקבוצה קטנה בעלת כוח (ראו למשל: עניין שמעון, בפיסקה 47 לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז) – הן שנהנות מהפרשנות המוצעת על ידי המפקח, ואילו הצרכנים – חלק לא מאורגן מהציבור הרחב, המהווה קבוצה גדולה ומבוזרת הסובלת מקשיי ארגון ומפערי מידע – הם המפסידים ממנה.

לגישתי, ניתן ללמוד מכך כי במקרים שבהם קיים חשש הנובע ממבנה השוק המפוקח – לקיומו של "שבי רגולטורי", ראוי **להתחשב** בנתון זה ובמערך התמריצים הפועל על המפקח בבואנו לבחון את השאלה האם יש ליתן משקל בכורה לעמדתו הפרשנית של המפקח, ולהכיר בכך שייתכן כי במקרה כזה, של העדפת קבוצה מרוכזת וחזקה על פני קבוצה מבוזרת וחלשה, יש ליתן לעמדתו הפרשנית משקל נמוך יותר. כמובן, אין די בעובדה כי הרשות הרגולטורית פועלת בשוק ריכוזי המאסדר "שחקנים חוזרים" כדי להביא בהכרח לדחיית הפרשנות אותה היא מציעה, אך יש בכך משום הדלקה של "נורת אזהרה", המסמנת לנו שאל לו לבית המשפט לאמץ עמדה זו בנקל.

55. זה המקום להוסיף כי שוק הביטוח, המאופיין בריכוזיות גבוהה (ראו: הפיקוח על שוק ההון – המכון הישראלי לדמוקרטיה, 200-201 (אבי בן בסט עורך, 2007)), נחשב לענף שבו החשש מכשל רגולטורי הוא גבוה במיוחד (רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'" פורום עיוני משפט מד 1, 6-7 (תש"ף) (להלן: שפירא); ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 612 (2017); ידין, בעמ' 156).

56. ביטוי נוסף ל"שבי רגולטורי" מצוי ב-"תופעת הדלת המסתובבת", שמכוחה נושאי משרה בכירים לשעבר במגזר הציבורי וברשויות הרגולטוריות מתמנים למשרות בגופים פרטיים, אשר עליהם הם פיקחו בעבר ("תרחיש יציאה"), וקורה גם ההפך –

כאשר בכירים בשוק הפרטי המפוקח מתמנים להיות מאסדרים של אותו השוק ("תרחיש כניסה").

"תרחיש היציאה" מעורר חשש שמא מאסדרים יפעלו באופן, אשר מיטיב עם הגופים המפוקחים, מתוך תקווה להותיר עליהם רושם חיובי ובציפייה לעבוד איתם בעתיד, כך שהרגולציה תעוצב למעשה, ואפילו שלא במודע, לטובת המפוקחים. "תרחיש הכניסה" מעורר חשש שמאסדרים, אשר עבדו בעבר בגופים הפרטיים המפוקחים – יטו לטובתם מתוך הזדהות עמם, או עם בעיותיהם, או עם הניסיון והתודעה שצברו. בתוך כך יש ליתן את הדעת לכך שפעמים רבות תופעת "הדלת המסתובבת" חוזרת על עצמה יותר מפעם אחת (ידין, בעמ' 158).

יש לציין כי מאסדרים לא בהכרח מודעים לכך שהם פועלים באופן מוטה, לטובת הגורם עליו הם מפקחים, והם עשויים לפעול מתוך אמונה שהם משרתים את טובת הציבור (ידין, בעמ' 157; אברהם, בעמ' 12). בהקשר זה, יש להדגיש כי תופעת "השבי הרגולטורי" איננה משמיעה כי המאסדר יקבל בהכרח החלטה שאיננה ראויה, אלא שיש שיקולים שעשויים להשפיע על שיקול דעתו לכיוון מסוים (כאמור אפילו בתת-מודע), ועל כן על בית המשפט לקיים דיון עצמאי ומושכל לפני שהוא מקבל את עמדתו הפרשנית של המאסדר.

57. זאת ועוד – אחרת. מקום בו נטען כי הגורמים המפוקחים פעלו בניגוד להנחיה, אותה מתבקש המאסדר לפרש, יש ליתן את הדעת לכך שלמאסדר עלול להיות אינטרס לפרש את ההנחיה באופן שלא ישתמע מהפירוש שהגורמים המפוקחים פעלו בניגוד להנחיה, שכן משמעות הדבר היא כי המאסדר **כשל בפיקוח**, וניתן יהיה להפנות אליו "אצבע מאשימה". המאסדר עלול איפוא לפרש בדיעבד את ההנחיה באופן שעולה בקנה אחד עם שמירת המוניטין שלו (שפירא, בעמ' 8-10; השוו בהקשר אחר: עע"מ 8814/17 דן נ' עיריית תל אביב-יפו, בפיסקאות 37-38 לפסק דינה של חברתי, השופטת י' וילנר (26.05.2019), שם נדחתה פרשנותה המוצעת של רשות מינהלית, עיריית תל-אביב, בין היתר משום שהיא הוצגה בדיעבד – לאחר הגשת תובענה ייצוגית, ונקבע כי: "פרשנות זו אינה משקפת את הפרשנות האותנטית..." (ההדגשה במקור – ח"מ)).

הנה כי כן, ייתכן ובענייננו – המפקח נטה להעדיף, משיקולים של שמירת המוניטין שלו, פרשנות לפיה חברות הביטוח פעלו כדין, חלף פרשנות שמשמעותה היא שחברות הביטוח גבו כספים מצרכנים שלא כדין, וזאת כדי שלא להודות בכישלונו לעצור את גביית היתר "בזמן אמת" (שפירא, בעמ' 9).

58. נקודה נוספת שיש לקחת בחשבון בהקשר זה היא כי המאסדר עלול להיות מושפע משיקולים של שמירה על יציבות השוק עליו הוא מפקח. כך, הוא עלול ליתן משקל יתר לרצון לשמור על יציבות החברות הגדולות המפוקחות, אף על חשבון הניזוקים-תובעים בתביעה שחוות דעתו הוגשה במסגרתה, ולהימנע מאימוץ פרשנות שתיאלץ את החברות האלו להחזיר סכומי כסף גבוהים רטרואקטיבית. דברים אלה נכונים במיוחד בקרב מאסדרים שמפקחים על שווקים פיננסיים (שפירא, בעמ' 10-12, והאסמכתאות הנזכרות בה"ש 27 שם).

59. נוכח כל האמור לעיל, יש לבחון את עמדתו הפרשנית של המאסדר בזהירות רבה, ולקחת בחשבון את האפשרות שהתנהלותו לוקה בכשל מסוג של: "שבי רגולטורי", על כל היבטיו (גם אם באופן לא מודע, כאמור) וזאת בעת שאנו נדרשים לשאלה האם יש מקום לאמץ את פרשנותו.

לנימוק מהותי זה מצטרף טעם הליכי, שיתואר להלן.

פומביות ההליך החקיקתי לעומת אי-שקיפות בהליך בגדרו מציג המאסדר את עמדתו

60. נימוק שני לכך **שאין** מקום להעניק לפרשנות המאסדר **משקל בכורה**, במיוחד לאור מעמדן הפרשני של עבודות ההכנה לחקיקה ראשית הוא כי דברי הסבר להצעות חוק, למשל, מפורסמים ברשומות וזוכים לפומביות בהליך החקיקה, כך שבעלי אינטרסים שונים יכולים להביע את עמדותיהם ולנסות להשפיע על הליך החקיקה – לטובתם. כנגד זאת, עמדתו של המאסדר, אשר ניתנת במסגרת הליך משפטי כתוצר מוגמר – איננה זוכה לפומביות מראש, ואף איננה מאפשרת, לרוב, שימוע לקבוצה המחזיקה בעמדה הפרשנית המנוגדת. יתר על כן, יש לזכור בהקשר זה כי המאסדר מצוי בקשר שוטף עם הגורם המפוקח על ידו, וזאת נוכח מערכת היחסים המובנית ביניהם. בכך נוצר חוסר איזון בין קירבתם של הצדדים השונים אל המאסדר ויכולת ההשפעה שלהם עליו, בהשוואה לצרכנים, שאינם "בני-בית קבועים אצלו".

61. הנה כי כן, ניתן היה לצפות שדווקא דברי הסבר לחוק, המנוסחים מראש ועוברים הליך חקיקה ציבורי – יזכו למעמד פרשני גבוה מזה של עמדת המאסדר, החשופה לכשל מסוג של "שבי רגולטורי", וניתנת בדיעבד, כאשר ההנחה היא שתהיה בה הטיה לטובת הגופים המפוקחים. עם זאת, משההלכה הפסוקה קבעה כי לדברי ההסבר לחקיקה ראשית – **אין** להעניק משקל בכורה בעת פרשנות חוק, המסקנה המתבקשת היא כי גם עמדת המאסדר לא צריכה לקבל משקל שכזה, ואפילו על דרך של קל וחומר.

מעמדה הפרשני של עמדת הרשות המינהלית ביחס להסדר חקיקתי שעל ביצועו היא אמונה

62. ההלכה הפסוקה קובעת כי יש ליתן **משקל מסוים (ולעיתים אף מוגבר)** לעמדה המוצעת מטעם רשות מינהלית בהקשר לפרשנות דבר חקיקה שעל ביצועו היא אמונה (להבדיל מהמקרה שלפנינו, העוסק בפרשנות הרשות המינהלית את כלליה שלה), זאת כאשר ישנן כמה פרשנויות אפשריות, ואולם גם במקרה כזה – אין לייחס לעמדתה משקל מכריע. כפי שנקבע בעבר, על בית המשפט **להטות אוזן** לפרשנות הרשות המינהלית ולהתחשב בה, שכן היא איננה בעלת דין רגילה, אלא שנתונה לה מומחיות בתחום עליו היא אמונה, נוכח היכרותה עם השוק הרלבנטי והניסיון המעשי שלה באותו מגזר פעילות. עם זאת, התפקיד הפרשני הסופי נותר בידי בית המשפט, ועליו לבחור מבין הפרשנויות המוצעות – את זו הראויה ביותר לשיטתו, כך שאין הוא מחויב לאמץ את עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית, אם מצא כי אין לקבלה (**בג"ץ** 716/86 מלון מרחצאות מוריה ים המלח נ' המועצה האזורית תמר, **פ"ד מא**(2) 389 (1987); **ע"א** 2512/93 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, **פ"ד נא**(3) 252, 261 (1997); **רע"א** 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, **פ"ד נב**(5) 385, **בפיסקה** 15 **לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז)** ד' ביניש (1998); **בג"ץ** 6395/98 אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, **פ"ד נד**(1) 454, 462 (2000); **ע"א** 976/06 מרום נ' נציבות מס הכנסה – פקיד שומה באר-שבע, **בפיסקה** 38 **לפסק דינו של השופט (כתוארו אז)** ס' ג'ובראן **ופסק דינו של המשנה לנשיאה** א' ריבלין (06.11.2008); עניין עוף העמק, **בעמ'** 146-145, **רע"פ** 8135/07 גורן נ' מדינת ישראל, **בפיסקה ט"ז** (11.02.2009) **ו-בג"ץ** 7009/04 עיריית הרצליה נ' היועץ המשפטי לממשלה, **פ"ד סו**(3) 596, 628-629 **ו-**686 (2014) – **לעניין המשקל שיש ליתן לפרקטיקה הנוהגת בהקשר זה; בג"ץ** 2875/18 התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל, **בפיסקאות** 27-28 **לפסק דינה של חברתי, השופטת** י' וילנר (18.06.2019); **החלטתה של חברתי השופטת** ע' ברון **ב-רע"א** 7600/19 בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים, **בפיסקה** 6 (30.12.2019) (**להלן**: עניין בירון-ביטון); עניין ירוחימוביץ, **בפיסקה** 13; עניין שמעון, **בפיסקה** 49 **לפסק דינה של חברתי, השופטת** ד' ברק-ארז; דנ"א שמעון, **בפיסקה** 6). **גישה זו כונתה על-ידי** פרופ' אהרן ברק "**גישת שיקול הדעת השיפוטי**" (ברק, פרשנות במשפט **בעמ'** 795-796; **ראו גם**: כבוב, אברהם-גדליה וקליין, **בעמ'** 50-53).

63. **לא מצאתי טעם לחרוג מהלכה נוהגת זו, בהקשר למעמדה הפרשני של עמדת הרשות המינהלית, שכן ניתן ליישמה גם ביחס למשקל שיש להעניק לעמדתו הפרשנית של המאסדר, נוכח קווי הדמיון הקיימים בין השניים. כעת אפרט.**

חברתי, השופט י' וילנר עמדה בפסק הדין על השוני הקיים, לשיטתה, בין רשות מינהלית "רגילה", לבין מאסדרים. לגישתה, ההסדר הנורמטיבי שאותו המאסדר מפרש במקרה כמו זה שלפנינו – **איננו מיושם** על ידו, אלא רק נקבע ומנוסח על ידו, והוא נועד להיות מיושם על-ידי הגורמים בשוק המפוקח (פיסקה 35 לפסק הדין). זאת, בשונה מרשות מינהלית, אשר **מיישמת** את ההסדר הנורמטיבי אותו היא באה לפרש.
אציין כי להשקפתי – אין בהבדל זה ממש. אמנם, בפועל, חברות הביטוח הן שמיישמות את החוזרים שקובע המפקח. אך המפקח הוא גם הגורם, אשר אוכף ומכריע בתלונות ובסכסוכים המתעוררים מכוח החוזרים (כפי שציינה השופטת י' וילנר בפיסקה 37(א) לפסק הדין). סמכויות האכיפה והטלת הסנקציות נתונות למפקח בהקשר לחוזרים שאותם הוא מפרש – ולכן **לא ניתן לקבוע כי הוא איננו מעורב ביישומם**, גם אם מדובר רק ביישום ברמה האכיפתית. משכך, הטעם שאותו מנתה חברתי, השופטת י' וילנר להבחנה בין רשות מינהלית לבין מאסדרים – איננו עומד במבחן בהקשר לנסיבות שבפנינו.

64. נוכח האמור, סבורני כי על אף שאכן קיימים הבדלים מסוימים בין מאסדר לבין רשויות מינהליות אחרות – הם **לא מצדיקים סטייה מההלכה הקיימת** ביחס למשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של הגורם המינהלי, וממילא – הרציונלים העומדים בבסיס ההלכה הפסוקה – התחשבות בעמדה של הגורם המקצועי, תוך הותרה של תפקיד הפרשנות הסופי בידי בית המשפט – חלים גם בענייננו.

65. זאת ועוד – אחרת. ישנם מופעים שונים בדין הקיים, בהם היחס אל מאסדרים זהה ליחס הניתן לרשויות מינהליות אחרות, ואלה מהווים חיזוק נוסף למסקנה שהגעתי אליה כאן – כי יש להחיל גם על מאסדרים את הדין הקיים באשר למשקל הניתן לעמדותיהן הפרשניות של רשויות מינהליות.

כך, למשל, על מאסדרים חלות החובות לנהוג בתום לב, בסבירות, ובהתאם לכללי הצדק הטבעי:

> "המפקח על **הביטוח**, כמו כל רשות ציבורית אחרת, **נדרש** לפעול בהגינות וביושר. אסור לו לפעול מתוך שרירות, **משוא פנים, ניגוד עניינים, הפליה, חוסר תום לב או חוסר סבירות**" (**ראו: ירון אליאס** דיני ביטוח **1610-1611** (**מהדורה שלישית, 2016**) (**להלן: אליאס, דיני ביטוח**) (**ההדגשה שלי – ח"מ**); **רע"א 9402/05** כלל חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל המפקח על הביטוח, **בפיסקה 12** (**01.08.2006**)).

בנוסף לאמור, שיקול דעתו של המאסדר, וההחלטות שיוצאות תחת ידו – נבחנים במשקפי המשפט המינהלי **הנוהג לגבי בחינת החלטותיהן של רשויות מינהל אחרות**:

> "... בענייננו מדובר בהחלטה של גורם מפקח (רגולטור) בעניין הנתון תחת השגחתו, אשר דורש מקצועיות, ומעורבים בו שיקולים של מדיניות ציבורית-כלכלית, ושאלות של "צדק חלוקתי" ביחס למשאב ציבורי מוגבל... בהחלטות מינהליות כגון דא, המתייחסות לעניין הטעון רישיון – אשר אין לפרט זכות קנויה בו – מתחם שיקול הדעת המינהלי הוא, ככלל, רחב, וכפועל יוצא מכך "מתחם ההתערבות" השיפוטית בשיקול דעת זה הוא צר ונשמר למקרים חריגים, שבהם הרגולטור חרג באופן קיצוני מאמות המידה המשפטיות, או כאשר הפגיעה בפרט, או באינטרס הציבורי הכללי עליו מופקד הרגולטור – הינה מהותית" (**בג"ץ** 8938/11 "All for Peace" חברה לתועלת הציבור נ' שר התקשורת, **בפיסקה** 18 **לחוות דעתי** (24.02.2015)).

ראו גם:

> "... בית המשפט לא ייטה להתערב בהחלטה של רשות מינהלית מוסמכת, המבוססת על שיקול דעת מקצועי, אלא אם נפלו בהחלטה פגמים המקימים אחת מעילות **ההתערבות השיפוטית בשיקול דעת**. בחינת שיקול דעתו המקצועית של המפקח על הביטוח נעשית בדומה לבחינת שיקול דעתה המקצועי של כל רשות מינהלית אחרת" (**בג"ץ** 2969/19 התאחדות משרדי הנסיעות ויועצי התיירות בישראל נ' הממונה על רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, **בפיסקה** 11 (16.07.2019) (**להלן**: עניין התאחדות משרדי הנסיעות) (**ההדגשה שלי** – ח"מ)).

וראו עוד בנושא זה: עניין איגוד שמאי ביטוח; **בג"ץ** 5048/07 ארבל – עו"ד נ' בנק ישראל – המפקח על הבנקים, **בפיסקה** 7 (09.10.2007); **בג"ץ** 5934/09 ארגון גמלאי מבטחים נ' ראש ממשלת ישראל, **בפיסקה** 7 (31.03.2011)); **ע"א** 9300/05 מדינת ישראל המפקח על הביטוח נ' קוסקוסי (18.02.2007) (**להלן**: עניין קוסקוסי); **שרון ידין** רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי 34 (2018).

המאסדר גם נתפס, ככל רשות מינהלית אחרת, כמי שנהנה מחזקת התקינות המינהלית כאמור (פסק הדין, **בפיסקה** 37(ג); אליאס, דיני ביטוח, **בעמ'** 1613).

66. מן המקובץ לעיל נראה כי אין טעם מבורר להתייחס אל המאסדר באופן שונה מכל רשות מינהלית אחרת, ועל כן, להשקפתי, בהכרעה בשאלה איזה משקל יש ליתן לעמדתו הפרשנית – יש להחיל את הפסיקה הנהוגה ביחס לרשות מינהלית בשאלות של פרשנות. אבאר עוד ואפרט להלן.

המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר

67. נוכח כל האמור לעיל, ובהתאם להלכות הקיימות בנושאים קרובים – להשקפתי, עמדתו הפרשנית של המאסדר לא צריכה לקבל מעמד בכורה. בתוך כך, לא יהיה זה נכון, לגישתי, לקבוע מראש ובאופן גורף מהו המשקל שיש ליתן לפרשנות המאסדר, אלא שיש להטות את האוזן ולשמוע את עמדתו, כפי שנעשה ביחס לעמדתה הפרשנית של רשות מינהלית, תוך בחינת כל מקרה לגופו, לפי נסיבותיו הקונקרטיות, ורק אז להכריע בדבר המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר.

68. במסגרת זו, יש מקום ליתן את הדעת למספר שיקולים ייחודיים הנוגעים למאסדרים, שעל בסיסם, בהתאם לנסיבות המקרה, יש לבחון האם יש מקום לקבל, או לדחות את עמדתם הפרשנית:

א) האם הפרשנות המוצעת מטעם המאסדר תואמת את כללי הפרשנות המקובלים, כפי שנקבעו בפסיקה? הכוונה היא לבחינת לשון ההנחיות, ומקום בו יש מספר אפשרויות לשוניות – יש לבדוק את התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית, והכל לפי כללי תורת הפרשנות המקובלת, שהוצגו בפיסקה 48 שלעיל. מן הראוי, בהקשר זה, כי שלבי הבחינה הפרשנית המקובלים יוצגו במסגרת חוות הדעת מטעם המאסדר. ככל שהעמדה הפרשנית של המאסדר לא נערכה לפי כללי הפרשנות המקובלים, הדבר מהווה שיקול משמעותי שלא ליתן משקל רב לעמדתו המוצעת (השוו: DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Building Construction Trades Council, 485 U.S. 568, 575 (1988), שם נדחתה פרשנות הרשות המינהלית משום שהיא סטתה מהכלל הפרשני המקובל בארצות-הברית, לפיו יש להימנע מפרשנות המעוררת קשיים חוקתיים, אם יש אפשרות פרשנית שלא תעורר קשיים כאלה. עיינו: מתן גוטמן "הערת פסיקה – רע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ: הנזקה של הלכת מתחם הפרשנות הסבירה לרשות המינהלית" עתיד להתפרסם במשפט ועסקים כז 13 (2021) (להלן: גוטמן)). בהקשר זה, ניתן לבחון גם האם הייעוץ המשפטי של

המאסדר היה מעורב בגיבוש העמדה הפרשנית. ככל שהתשובה לכך חיובית, כך ניתן לייחס משקל רב יותר לעמדה המוצגת.

ב) מומחיות המאסדר – האם העמדה הפרשנית שהציג המאסדר היא טכנית ומקצועית, שאז יתרון המומחיות שלו עשוי לבוא לידי ביטוי, או שמא מדובר בעמדה נורמטיבית, שאז המומחיות נתונה לבית המשפט כפרשן המוסמך? האם המאסדר שהגיש את עמדתו הפרשנית ניסח בעצמו את ההנחיות, או שמדובר בהנחיות ישנות שהוא רק מביע את עמדתו לגביהן כפרשן חיצוני? ככל שהמאסדר הנוכחי רחוק, מבחינה כרונולוגית, ממועד ניסוח ההנחיות – יתרון "המומחיות" שלו הולך ופוחת. בנקודה זו יש לבחון גם האם המאסדר **הביא לידי ביטוי** את מומחיותו בעמדה הפרשנית המוצעת על ידו. הכוונה היא כי אין די בכך שלמאסדר נתונה מומחיות מסוימת, אלא שיש לבדוק האם המומחיות שלו נדרשה בפועל לצורך גיבוש העמדה הפרשנית ביחס להנחיות הנדונות.

ג) האם מבנה השוק המפוקח וזהות הצדדים שנוגעים להליך מעוררים את החשש שהמאסדר נגוע בכשל רגולטורי? במסגרת זו יש לבחון האם מדובר בשוק שהוכר בפסיקה ככזה שעלולה להתעורר בו בעיית "השבי הרגולטורי"; האם יש פערי כוחות ניכרים בין הצדדים המעורבים – קבוצה חזקה ומאורגנת לעומת ציבור חלש ומבוזר, ועם איזה מן הצדדים מיטיבה העמדה הפרשנית המוצעת מטעם המאסדר; האם יש חשש מפני התחשבות בשיקולי שמירת מוניטין ושמירת יציבות השוק המפוקח והאם יש חשש לתופעת "הדלת המסתובבת" (ראו פיסקאות 52-59 שלעיל). ניתן גם לשאול האם המאסדר קיים היוועצות, או האם הוא הקנה זכות שימוע לצדדים לפני שנוסחה עמדתו הפרשנית, באופן שעשוי להפחית את החשש מכשל רגולטורי.

ד) יסודיות העמדה: האם העמדה הפרשנית שהציג המאסדר מעמיקה, מנומקת ורחבת היקף? בתוך כך, ניתן לבחון האם המאסדר הסתמך בעמדתו על מקורות אובייקטיביים חיצוניים והאם הוא נועץ בגורמים רלבנטיים ופירט את עמדתם (בהקשר זה ראו: אברהם, בעמ' 24-26).

ה) האם אותו מאסדר הציג עמדות פרשניות סותרות לגבי אותו נושא, במסגרת הצגת עמדותיו הפרשניות בהליכים משפטיים שונים? ככל שהתשובה לכך חיובית, כך המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית פוחת.

ו) האם יש שני מאסדרים לאותו תחום שהציגו עמדות פרשניות נוגדות? אם כך, לא ברור איפוא אילו כללי הכרעה יובילו להעדפה של עמדה פרשנית אחת על גבי השנייה. סבורני כי פסק הדין לא התייחס לסוגיה זו, שעלולה להתעורר מהחלת ההלכה שנקבעה בו.

ז) האם המקרה נופל לגדר החריגים שנקבעו בפסק הדין? חברתי, השופטת י' וילנר קבעה (בפיסקה 40 לחוות דעתה בפסק הדין), כחריג להלכה שנקבעה שם, כי במקרים בהם בית המשפט ישתכנע שעמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים, או מניגוד עניינים – הדבר יהווה טעם משמעותי לדחיית עמדתו הפרשנית. שיקולים אלה מקובלים גם עליי ככאלה שיש לדחות בגינם את פרשנות המאסדר.

שיקולי מדיניות ומשפט משווה

69. בנוסף לכל האמור לעיל, סבורני כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין עלולה לעורר מספר קשיים, אשר לא נסקרו במסגרת פסק הדין, ויש לתת עליהם את הדעת. יצוין כי שיקולים אלו היוו נימוק נוסף למסקנה שהגעתי אליה בנסיבות העניין שבפנינו, כי ניתן ללמוד מן ההלכה הפסוקה בנושאים קרובים כדי להכריע בשאלת המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר.

אסקור לפיכך את השיקולים שהועלו במסגרת פסק הדין כתמיכה למתן מעמד בכורה לעמדת המאסדר, ואוסיף את השקפתי לגביהם. לאחר מכן, אמנה שיקולים, אשר, לדעתי, מהווים טעם שלא ליתן משקל בכורה לעמדתו הפרשנית של המאסדר, ולא אוזכרו בפסק הדין. בתוך אלה, אשלב סקירה של המשפט המשווה בארצות-הברית, שלשיטתי ניתן ללמוד ממנו לענייננו.

70. תשובות אחדות ניתן להעלות כנגד הגישה הגורסת שיש להעניק מעמד בכורה לעמדתו הפרשנית של המאסדר. אלה ייסקרו להלן.

71. ראשית, סבורני כי דווקא ריכוז התפקידים הנתון בידי המאסדר – שנסקר בפיסקה 37(א) לפסק הדין (בהיותו של המאסדר מנסח החוזרים, הגורם האמון על אכיפתם ואף מוסמך להטיל עיצומים כספיים על מפריהם) – עשוי להצדיק ביתר שאת את תפקידו של בית המשפט כגורם הנדרש לפקח "מבחוץ" על ריכוזיות זו, כחלק מהמנגנון החוקתי הרחב של "איזונים ובלמים". תפיסה זו יונקת את חיותה מעיקרון הפרדת הרשויות ומעצמאות הרשות השופטת. הדרך בה בית המשפט יקיים את הפיקוח היא באמצעות בדיקה של פרשנות ההנחיות, לרבות תכליתן האובייקטיבית.

72. שנית, חברתי, השופטת י' וילנר הזכירה בפסק הדין את נימוק האחידות המשפטית כמצדיק את אימוץ פרשנותו של המאסדר להנחיותיו. היא קבעה בהקשר זה כך:

> "... אף מנקודת מבט של אחידות משפטית ראוי לאמץ את הפרשנות של המאסדר להנחיותיו, שאם לא כן עלול להיווצר מצב בו בתי המשפט מבכרים פרשנות אחת בתביעות הנדונות על-ידם ואילו המאסדר פועל על-פי פרשנות שניה בפעולותיו בשוק המפוקח" (בפיסקה 37(א) לפסק הדין).

על כך יש להעיר כי על המאסדר, ככל גורם אחר במדינתנו, מוטלת החובה לפעול לפי הפרשנות שבית המשפט קובע שהיא הנכונה, והחלטות בית המשפט מחייבות אותו. משכך, לטעמי, שיקול זה איננו יכול לתפוס. דווקא מנקודת מבט של אחידות משפטית, יש להותיר את מלאכת הפרשנות בידי בית המשפט, האמון על פרשנות הסדרים נורמטיביים במגוון תחומים שונים. בית המשפט הוא הגורם היחיד המרכז את מלאכת הפרשנות ובידו היכולת להשקיף על מכלול החוקים, התקנות וההנחיות המינהליות וליתן להם פרשנות תוך שאיפה להרמוניה חקיקתית (אהרן ברק מידתיות במשפט 483 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט)). נושא של הכרעה בין עמדות, גישות, או פרשנויות שונות – מוכר היטב לשופטים, ועיקרון ההיררכיה השיפוטית מאפשר להם לייצר הכרעה מחייבת שתוביל לאחידות משפטית בנושא מסוים. לא כך הדבר לגבי מאסדרים, שכאמור, יכולים להתחלף עם הזמן, ולהציג עמדות מנוגדות, מבלי שיש להם מנגנון היררכי מובנה, המאפשר הכרעה ביניהן. הערה זו מועצמת עוד יותר כאשר יש בנמצא

יותר ממאסדר אחד בתחום נתון (וראו בהקשר זה את דעת המיעוט של השופט Gorsuch בעניין Kisor, בו אדון להלן).

73. שלישית, חברתי, השופטת י' וילנר הציגה גם את שיקול המומחיות המיוחדת הנתונה למאסדר:

> "בדרך כלל למאסדר ידע מקצועי מובהק ומומחיות מיוחדת בתחומו, באופן המצדיק הותרת מתחם רחב לשיקול דעתו בפעולותיו וצמצום ההתערבות השיפוטית בהחלטותיו.
>
> [...]
>
> שיקולים אלה יפים לא רק בעת בחינה שיפוטית של החלטת המאסדר, אלא גם בשעה שעמדתו הפרשנית ביחס להנחיותיו מצויה בידי בית המשפט הדן בסכסוך קונקרטי. הפרשנות של המאסדר להנחיותיו כוללת בחובה ידע וניסיון והיא נובעת ממומחיותו בתחום. ההנחה היא שגם עמדתו הפרשנית תוביל להגשמה מיטבית של מדיניותו ותפעל לטובת האינטרס הציבורי שעליו הוא אמון" (בפיסקה 37(ב) לפסק הדין).

להשקפתי נימוק זה איננו שונה ממקרים בהם כל רשות מינהלית, שגם לה נתונה מומחיות מקצועית מובהקת, מביעה את עמדתה הפרשנית ביחס להנחיה נורמטיבית שעל ביצועה היא אמונה. כאמור, לפי ההלכה שנסקרה לעיל – עמדתה הפרשנית של הרשות נלקחת בחשבון ומקבלת משקל מסוים, **אך אין היא מקבלת משקל בכורה**. לא מצאתי, כאמור, שוני בין מאסדר לבין רשות מינהלית, לעניין המומחיות המקצועית, המצדיק מתן משקל שונה לעמדתם הפרשנית של גורמים אלה במצבים השונים.

74. ניתן להשוות את הכלל האמור לאופן שבו נוהגים בתי המשפט ביחס לעדות מומחה – ראיה נפוצה, שנעשה בה שימוש בשלל הליכים משפטיים שונים. אכן, המומחה, כשמו כן הוא – הוא בעל המומחיות בתחום המסוים עליו הוא אמון, ואשר לגביו הוא מחווה את דעתו בפני בית המשפט. אולם ההחלטה האם לאמץ את עמדתו, אם לאו – נותרת בידי בית המשפט, ומתבצעת לאחר בחינת כל השיקולים הרלבנטיים. הנה כי כן, המומחה איננו מחליף את שיקול דעתו של בית המשפט, וכך, על דרך ההיקש, גם אין מקום לקבוע כי חוות דעת פרשנית של מאסדר ביחס להנחיותיו, או עמדה פרשנית של רשות מינהלית בהקשרים אחרים – יבואו חלף בחינה עצמאית ומעמיקה של בית המשפט (השוו בעניין זה: ע"א 7276/18 עזבון המנוחה פלונית נ' מדינת ישראל – המרכז לבריאות הנפש "מעלה הכרמל", בפיסקה 6 לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג

(02.03.2021); בקשה לדיון נוסף על פסק הדין הנ"ל נדחתה – דנ"א 1812/21 פלוני נ' מדינת ישראל – המרכז לבריאות הנפש "מעלה הכרמל" (01.06.2021)).

75. יתר על כן, יש הבדל בין הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטת המאסדר, או הרשות המינהלית, שאז, כפי שציטטה חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין את חברי, השופט ע' פוגלמן ב-בג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, בפיסקה 11 (26.11.2012)) – מתחם שיקול הדעת המוקנה לרשות המינהלית הוא רחב ביותר, ובית המשפט יטה להתערב בו בצמצום, לבין בחינת עמדתם הפרשנית של המאסדר, או של הרשות, שאז המומחיות נתונה דווקא בידי בית המשפט.

76. **ואכן המומחיות בפרשנות היא של בית המשפט**, שכן הוא הגורם שעוסק במלאכה זו כדבר שבשגרה (ברק, פרשנות במשפט בעמ' 796; יואב דותן "Chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד 1, 4 (תש"ף) (להלן: דותן); שרון ידין "פרשנות החוזה הרגולטורי: בעקבות הלכת זליגמן" פורום עיוני משפט מד 5 (תש"ף)). זאת, בשונה מהמאסדר, שאין לו מומחיות בפירוש הדין, אלא שהמומחיות הנתונה לו היא בנושאים המקצועיים הנוגעים לתחום עליו הוא מפקח.

77. רביעית, באשר לשיקול חזקת התקינות המינהלית שהופיע בפסק הדין, ואשר לגביו נאמר כדלקמן:

> "ככל רשות מינהלית, גם המאסדר נהנה מחזקת התקינות המינהלית, והוא נדרש לפעול בהגינות, ביושר ובתום לב... מאפיינים אלה תומכים במתן משקל של ממש לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו, שכן ההנחה היא שלנגד עיניו עומד האינטרס הציבורי וטובת השוק עליו הוא אמון" (בפיסקה 37(ג) לפסק הדין).

לשיטתי יש לשקול מנגד גם את תופעת "השבי הרגולטורי" המוכרת בפסיקה ובספרות, במיוחד בשוק הביטוח, עליה עמדתי בהרחבה, ואפנה בנקודה זו לאמור בפיסקאות 52-59 שלעיל.

שיקולים נגד מתן מעמד בכורה לעמדתו הפרשנית של המאסדר

78. השיקול הראשון אשר הוצג בפסק הדין רק בקצרה (בפיסקה 38(א) שם), הוא העובדה כי בית המשפט הוא הגורם הייחודי האמון על מלאכת הפרשנות. ארגז הכלים

הפרשני הוא כלי משמעותי וחשוב בידי בית המשפט, המשמש למילוי תפקידו הרחב של הפעלת ביקורת שיפוטית על הרשויות האחרות (הרשות המבצעת והרשות המחוקקת) אגב ביצוע "איזונים ובלמים", זאת כחלק מהעקרונות הקונסטיטוציוניים של הפרדת רשויות ועצמאות הרשות השופטת. מתן פרשנות על-ידי בית המשפט מתחייב גם מהצורך לשמור על שלטון החוק, שכן במקרים בהם החוק נתון למספר פירושים אפשריים, המילה האחרונה צריכה להיאמר על-ידי בית המשפט, ובית המשפט העליון בפרט – ורק כך האזרח, או הרשות המינהלית ידעו לאיזה חוק עליהם לציית (ראו: ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 57, 792).

כך נפסק בעבר בנושא זה:

> "במשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה - החל בחוקי-יסוד וכלה בתקנות ובצווים - היא סמכותו של בית המשפט... אכן, כל אורגן ממלכתי - ולענין זה גם כל פרט ופרט - עוסק בפירוש החוק כדי לכוון את מהלכיו... אך במקום ששאלת הפירוש מתעוררת בבית המשפט, כוח הפירוש נתון בידיו, ופירושו שלו הוא המחייב את הצדדים, ואם הפירוש בא מפני בית המשפט העליון, הריהו מחייב את כלל הציבור (מכוח עקרון התקדים המחייב: סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה)" (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל – יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985) (להלן: עניין סיעת כך)).

במקום אחר עמד על כך השופט (כתוארו אז) א' ברק:

> "אמת, בגיבוש עמדתו של בית המשפט - ובמסגרת בתי המשפט, של בית המשפט העליון - יאזין בית המשפט לפירוש שנתנה הרשות השלטונית ואף ייתן לו משקל מסוים, שהרי רשות זו הופקדה על-ידי המחוקק על ביצוע החוק, ובידה לרוב נתונים החשובים לפירושו. עם זאת, ההכרעה הסופית בדבר הפירוש היא בידי בית המשפט... פירוש החוק הוא מקצועו של בית המשפט, והאחריות המוטלת עליו מחייבת אותו ליתן אותו פירוש הנראה לו - לו ולא למאן דהוא אחר כראוי... האחריות הכוללת, המאחדת את כל המסגרות, היא אחריותו של בית המשפט, ובמסגרת בתי המשפט - זו אחריותו של בית המשפט העליון. מאחריות זו אין בית המשפט העליון רשאי להשתחרר" (בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 305-307 (1987)).

עמד על כך גם חברי, השופט מ' מזוז:

> "וקודם לסיכום ראוי להבהיר, כי אמנם הלכה היא ששיקול הדעת המסור לרשות המקומית בקביעת צו הארנונה בתחומה הוא רחב, בכפוף למגבלות חקיקת ההקפאה עליהם עמדנו בראשית הדברים, ובית המשפט ימעט להתערב בו (...). אלא שעניינו של הערעור דנן אינו בשאלה של מדיניות, המסורה לשיקול דעת הרשות, אלא בפרשנות של דין... תפקיד המסור כל כולו לבית המשפט" (עע"מ 2503/13 זהר נ' עיריית ירושלים, **בפיסקה 38** (04.02.2015) (**ההדגשות שלי – ח"מ**)).

פרופ' ברק כתב על כך בספריו והתבטא בנושא – בזו הלשון:

> "אכן, כל גופי השלטון מפרשים דברי חקיקה, אך 'הפעילות הפרשנית הסופית והמחייבת נעשית על-ידי בית המשפט'. דבר זה נגזר מעקרון הפרדת הרשויות, ומהאחריות הממלכתית שהוא מטיל על בית המשפט" (ברק, פרשנות במשפט, **בעמ' 58**).

> "כל הוראה חקוקה כוללת בחובה, כדבר טבעי ומובן מאליו, האצלה של סמכות הפירוש לבית המשפט" (אהרן ברק פרשנות במשפט **כרך א' 161 (1992)**).

להרחבה ראו גם: ברק, מידתיות במשפט, **בעמ' 482-484; בג"ץ 428/86** ברזילי נ' ממשלת ישראל, **פ"ד מ(3) 505 (1986)**.

79. הנה כי כן, הגישה הקובעת כי התפקיד הפרשני מסור לבית המשפט, והוא הגורם הסופי שיקבע מהי הפרשנות הנכונה והראויה – הושרשה בפסיקתנו זה מכבר, ולא מצאתי טעם מבורר לשנותה ל"גישת מתחם הפרשנות הסבירה" (**ראו גם:** עניין בירון-ביטון, **בפיסקה 6**). בהקשר זה, יש לציין כי השימוש במונח "סביר" בהקשר הפרשני, עלול להוביל לשימוש בסטנדרטים של "סבירות", אשר שייכים למלאכת הביקורת השיפוטית, וכאמור יש הבדל בין **פרשנות** של הסדרים מינהליים לבין קיום **ביקורת שיפוטית** על אלה. כפי שהזכיר היועץ המשפטי לממשלה **בעמדתו** שהוגשה לנו – השימוש במונחי "סבירות" עלול להוביל להיקש מוטעה על פיו יהיה מי שיגרוס כי התערבות בית המשפט בעמדת המאסדר תיעשה רק במקרים קיצוניים, בדומה ל"מתחם הסבירות" שחל ביחס להחלטות מינהליות.

80. זאת ועוד: הפרשנות הנכונה לחוזרים לא חייבת להיות זהה, בהכרח, לכוונה של המפקח. כאמור לעיל, בעת פירוש חקיקה ראשית – הפניה ל"כוונת המחוקק" נעשית כדי

לברר מהי "התכלית הסובייקטיבית" של החוק (ויש להדגיש בהקשר זה כי בוחנים את כוונת המחוקקים המקוריים שיצרו את החוק – ולא מבקשים מהמחוקק הנוכחי להביע את עמדתו בנושא). אולם תכלית זו היא רק כלי אחד בארגז הכלים הפרשני, שכן יש לבדוק גם את התכלית האובייקטיבית. כך גם באשר לכוונת המאסדר, שאמון על ההנחיה המינהלית – עמדתו איננה חזות הכל. לכך יש להוסיף כי בהנחה שהחוזרים מאפשרים מספר פרשנויות לשוניות שונות (ואינני קובע מסמרות בדבר), ואחת הפרשנויות לא עולה בקנה אחד עם כוונת מנסח החוזרים – הרי שהמפקח רשאי לשנותם, בדרך המקובלת לכך בדין.

81. שיקול נוסף בהקשר זה הוא כי מאסדרים מתחלפים עם הזמן, ואין זה הגיוני שפרשנות הנחיה מינהלית מסוימת תהיה תלויה בזהות המאסדר הנוכחי שמביע את עמדתו לגביה, שכן הדבר עלול לגרור חוסר ודאות משפטית. ייתכן, למשל, שעמדתו של המאסדר הנוכחי בתחום מסוים תהיה אפילו מנוגדת לזו של המאסדר שניסח את ההנחיה (להנמקה קרובה השוו: דעת המיעוט של השופט Gorsuch בעניין **Kisor**, בו אדון להלן).

82. השיקול השני שהוצג במסגרת פסק הדין הוא כי תפקידו הביקורתי של בית המשפט כלפי המאסדר, שמתבטא באמצעות כלי התובענה הייצוגית, מצדיק עמדה מסויגת ביחס לעמדתו הפרשנית של המאסדר (להרחבה על היות בית המשפט הגורם המפקח על המאסדר ראו: איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות, 81-84 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016)). אני מסכים לנימוק זה, אך סבורני כי הוא איננו חל רק לגבי תובענות ייצוגיות, אלא שתחולתו רחבה הרבה יותר. כפי שציינתי לעיל, בית המשפט פועל כחלק ממנגנון ה"איזונים ובלמים" המופעל, בין השאר, ביחס לרשות המבצעת, וזאת כדי לשמר את עיקרון הפרדת הרשויות (ברק, פרשנות במשפט בעמ' 796; ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 482-483). משכך, אין להתייחס לשיקול זה באופן צר, אלא במובנו הרחב והחוקתי. ההכרח בפיקוח על המאסדר מטעם בית המשפט רלבנטי ביתר שאת לנוכח תופעת "השבי הרגולטורי", על כל סוגיה, וראו בהקשר זה האמור בפיסקאות 52-59 שלעיל (השוו גם: עניין בירון-ביטון).

83. מעבר לשני השיקולים הנ"ל שנסקרו בפסק הדין, להשקפתי יש טעמים נוספים התומכים בכך **שאין** ליתן משקל בכורה לעמדה הפרשנית של המאסדר כברירת מחדל, ועליהם אעמוד כעת.

84. השיקול השלישי נובע ממסקנות שניתן ללמוד מסקירת המשפט המשווה בארצות-הברית בנושא קרוב לזה שבו אנו דנים כאן, ובפרט מהקשיים שהתעוררו בעקבות ההלכה המנחה בתחום זה בארצות-הברית שנקבעה בעניין **Chevron**. שיקולים אלה – לא נלקחו בחשבון במסגרת פסק הדין. הלכת **Chevron** והקשיים שהיא עוררה ידונו מיד בסמוך, וזאת משום שההלכה שקבעה חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין – קרובה אליה במהותה.

85. בתמצית – בעניין **Chevron** אומצה גישה לפיה מקום בו יש שיקול דעת פרשני, על בית המשפט לכבד ולהנסיג את דעתו מפני עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית ביחס לחוק שאותו מפרשים (הנסגה זו מכונה: "Deference"). וכעת נפרט.

86. עניין **Chevron** דן בפרשנות הראויה שהיה צריך לתת למונח "מקור זיהום", המופיע ב-Clean Air Act. השאלה שהתעוררה שם הייתה מהו מקור הזיהום שיש להפחית את הזיהום היוצא ממנו לאוויר. הרשות המינהלית הרלבנטית, ה-Environmental Protection Agency (להלן: EPA) נקטה בעמדה פרשנית מסוימת, לפיה די לעמוד בקריטריון של הפחתה כוללת של רמת הזיהום באחוזים במספר "מקורות זיהום", כגון: מספר מפעלים, או חברות בהיקף שהחוק דורש, וכי אין צורך להפחית את הזיהום ברמה הנדרשת באחוזים מכל "מקור זיהום" בנפרד.

בית המשפט הפדרלי קיבל פרשנות מנוגדת לזו שהציעה ה-EPA, וקבע כי החישוב צריך להיעשות בהתייחס לכל "מקור זיהום" בנפרד. בית המשפט העליון האמריקאי הפך את החלטתו של בית המשפט הפדרלי, תוך שקבע את ההלכה המכונה: הלכת **Chevron**. זו גורסת כי במקרים בהם לשון החוק איננה חד משמעית, לרשות המינהלית נתון מתחם סבירות פרשני רחב שעל בית המשפט לכבד ולמעט להתערב בו, גם במקרים בהם קיים פירוש אחר לדין, שנראה לבית המשפט נכון יותר (דותן, בעמ' 7-8).

עוד נקבע כי הבחינה תיעשה בשני שלבים: בשלב הראשון, יש לבדוק האם כוונת המחוקק עולה באופן ברור מהחוק עצמו. אם התשובה לכך חיובית, יש ליתן ביטוי לכוונת המחוקק בפרשנות, ללא קשר לעמדה שהביעה הרשות המינהלית. אולם אם התשובה לכך שלילית, ונראה שהחוק שותק, או מעורפל – יש לעבור לשלב השני, ולאמץ את העמדה הפרשנית של הרשות המינהלית ביחס לחוק זה, כל עוד היא סבירה (עניין **Chevron**; גוטמן, בעמ' 7; Jonathan P. Riedel, *Chevron and the Attorney*

General's Certification Power, 95 N.Y.U.L. REV. 271, 275-276 (2020); JACOB A. STEIN, GLENN A. MITCHELL & BASIL J. MEZINES, 6 ADMINISTRATIVE LAW § 51.01 (2019).

87. לפסק הדין בעניין **Chevron** היו השלכות נרחבות ביותר, והוא נתפס ככזה שהוביל למהפכה במלאכת הביקורת השיפוטית על רשויות המינהל בארצות-הברית. ההשלכות המידיות של פסק הדין הנ"ל היו **צמצום** של מידת ההתערבות של בתי משפט פדרליים בפרשנות מטעם רשויות מינהל, והקטנת ההתערבות בהחלטות מינהליות בכלל. הגישה של הריסון השיפוטי זלגה בארצות-הברית גם לתחומים נוספים, מלבד זה שעסק בו עניין **Chevron**, כך שההלכה שנקבעה בו הוחלה גם על פרשנות תקנות, או הנחיות מינהליות שנוצרו על-ידי הרשויות המינהליות עצמן – מצב דברים קרוב לנסיבות העניין שבפנינו (ראו: Auer v. Robbins, 519 U.S. 452, 461 (1997) (להלן: עניין **Auer**); Bowles v. Seminole Rock & Sand Co., 325 U.S. 410 (1945); אברהם, **בעמ' 9**).

מעבר לכך, יש הטוענים כי פסק הדין בעניין **Chevron** השליך באופן נרחב גם על חלוקת האחריות בין זרועות הממשל בארצות-הברית, בכך שהוא איתגר את עיקרון הפרדת הרשויות, שלפיו, עד לפסק הדין, תפקיד הפרשנות היה מצוי באחריות הבלעדית של הרשות השופטת. כך, נטען כי הלכת **Chevron** טישטשה למעשה את ההבחנה בין עריכה של פרשנות שיפוטית, שהיא תפקידה של הרשות השופטת, לבין קביעת מדיניות, שהיא בסמכות הרשות המבצעת, כך שנוצרה תפיסה לפיה פרשנות שיפוטית היא חלק מהתווית מדיניות (Cass R. Sunstein, *Chevron as Law*, 107 GEO. L. J. REV. 1613, 1626 (2018) (להלן: Sunstein); (דותן, **בעמ' 7-14**)).

להרחבה אודות הלכת **Chevron** והלכת **Auer**, ולסקירת הביקורת החריפה שנמתחה עליהן ראו: Ronald A. Cass, *Vive la Deference: Rethinking the Balance between Administrative and Judicial Discretion*, GEO. WASH. L. REV. 83 1294 (2014); Sunstein, 1615-1617; Jonathan R. Siegel, *The Constitutional Case for Chevron Deference,* 71 VAND. L. REV. 937 (2018); Christopher J. Walker, *Attacking Auer and Chevron Deference: A Literature Review*, 6 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 103 (2018); Richard J. Pierce, *Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*, 41 VAND. L. REV. 301 (1988); Thomas W. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent,* 101 YALE L.J. 969 (1992); Christopher J. Walker, *The Kavanaugh Court and the Schechter-to-*

Chevron Spectrum: How the New Supreme Court Will Make the Administrative State More Democratically Accountable, IND. L. J. Vol. 95 Iss. 3, Article 7, 947-962 (2020) (להלן: Walker); קולין דייבר "המשפט המינהלי הישראלי מנקודת מבט אמריקנית" משפט וממשל ד 27, 31-32 (תשנ"ז); וראו גם: דותן, אשר גורס במאמרו כי העקרונות והנחות היסוד המבססים את הלכת **Chevron** אכן מעוררים קושי לקלוט הלכה זו, כפי שהיא אל תוך המשפט הישראלי.

88. לאור הקשיים המתוארים לעיל שהתעוררו מההלכות בעניין **Chevron** ו-**Auer** – פסיקה מאוחרת מן העת האחרונה של בית המשפט העליון האמריקאי צימצמה מאוד את גבולותיה של האחרונה – ראו: Kisor v. Wilkie, 139 S. Ct. 2400 (2019) (לעיל ולהלן: עניין **Kisor**).

השופטים בעניין **Kisor** נחלקו בדעותיהם, וההלכה הוכרעה ברוב של חמישה שופטים כנגד ארבעת שופטי דעת המיעוט. דעת הרוב, מפי השופטת **Kagan**, קבעה כי אין מקום לבטל את הלכת **Auer** בשל עיקרון התקדים המחייב (Stare Decisis), אך קבעה כי יש **לצמצם** את תחולתה של הלכה זו, באמצעות קביעת התנאים הבאים:

א) יש לפנות ליישום הלכת **Auer** רק לאחר מיצוי של בחינה פרשנית עצמאית, של בית המשפט, לפי כללי הפרשנות המקובלים, אשר מובילה למסקנה כי ההנחיה המינהלית היא אכן עמומה.

ב) הפרשנות המוצעת מטעם הרשות היא סבירה.

ג) עמדה הפרשנית של הרשות ניתנה במסגרת הליך רשמי ופורמלי, וגובשה באופן הוגן ורציני, ולא כעמדה "אד-הוק".

ד) הפרשנות של הרשות משקפת את המומחיות הנתונה לה ביחס לסוגיה.

(עניין **Kisor**, בעמ' 13-17 ו-20 לחוות דעתה של השופטת **Kagan**).

וכך קבעה השופטת Kagan לאחר שמנתה את התנאים הנ"ל (עניין Kisor, בעמ' 18-19 לחוות דעתה):

> "As described above, this Court has cabined Auer's scope in varied and critical ways — and in exactly that measure, has maintained a strong judicial role in interpreting rules."

89. לעומת זאת, דעת המיעוט, שלגישתי יש מקום לאמצה במקרה שלפנינו, בוטאה על-ידי השופט Gorsuch וגרסה כי יש לבטל את הלכת Auer (שכזכור, החילה את הלכת Chevron על פרשנות הנחיות מינהלית שיצאו תחת ידי הרשות המינהלית). השופט Gorsuch פתח את חוות דעתו כך:

> "It should have been easy for the Court to say "goodbye to Auer v. Robbins"".

וקבע בהמשך דבריו כי:

> "The Court's failure to be done with Auer, and its decision to adorn Auer with so many new and ambiguous limitations, all but guarantees we will have to pass this way again. When that day comes, I hope this Court will find the nerve it lacks today and inter Auer at last. Until then, I hope that our judicial colleagues on other courts will take courage from today's ruling and realize that it has transformed Auer into a paper tiger." (בעמ' 3 לחוות דעתו).

90. השופט Gorsuch קבע, בדעת מיעוט כאמור, כי הלכת Auer סותרת את עיקרון הפרדת הרשויות, שכן פירוש הדין מסור לבית המשפט ואין להעביר סמכות זו לרשות המינהלית, ו"גישת הפרשנות הסבירה" מכפיפה, למעשה, את בית המשפט לרשות המינהלית ולגורמים בעלי אינטרסים, באופן הפוגע בעיקרון העצמאות השיפוטית.

עוד נקבע על ידו כי בית המשפט מבצע את מלאכת הפרשנות לפי כללי הפרשנות המקובלים, ואילו רשות מינהלית לא עושה כן, ואף לא הוגדרו קריטריונים ברורים לפיהם יש לבחון האם הפרשנות המוצעת מטעם הרשות היא סבירה.

בנוסף, נקבע בחוות דעתו כי הלכת Auer סותרת את עיקרון היסוד במשטר דמוקרטי של זכות הפרט **לעמוד בפני שופט ניטרלי**, וכי בניגוד לגורמים מינהליים,

שעשויים להיות מוטים ונגועים באינטרסים זרים, שופטים הם ניטרליים ועצמאיים, ועל כן מלאכת הפרשנות הופקדה בידיהם. השופט Gorsuch קבע למעשה כי הלכת Auer היא: "Really little more than an accident" (בעמ' 3 לחוות דעתו).

ניתן למצוא חיזוק לעמדת המיעוט של השופט Gorsuch גם בפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי ב-VF Jeanswear LP v. EEOC, 140 S. Ct. 1202 (2020) (בדעת המיעוט של השופט Thomas), שם נקבע ביחס להלכת Auer כי:

> "This doctrine has rightly fallen out of favor in recent years, as it directly conflicts with the constitutional duty of a judge to faithfully and independently interpret the law".

91. הנה כי כן, נראה כי בסופו של דבר הלכת Auer נותרה על כנה בעיקר מכוח עקרון התקדים המחייב. כך גם קבע שופט המיעוט Gorsuch בעניין Kisor: "... a majority retains *Auer* only because of *stare decisis*". זאת ועוד: נראה שדעת הרוב בעניין Kisor קבעה תנאים רבים להחלת הלכת Auer, עד כדי כך שהנשיא Roberts, שנמנה עם דעת הרוב, קבע כי אין הבדלים ממשיים בין דעת הרוב, אשר קבעה כאמור כי יש להותיר את ההלכה על כנה, לבין דעת המיעוט, שגרסה כי יש לבטלה לחלוטין. לפיכך, ייתכן כי מבחינה תוצאתית – בהתחשב בצמצום של ההלכה, היא תישחק עד כדי ביטול, וזאת נוכל לדעת רק בעתיד (עניין Kisor, בעמ' 2 לחוות דעתו של שופט המיעוט Gorsuch; עיינו: Walker, בעמ' 952-959, אשר טוען במאמרו כי בית המשפט העליון האמריקאי ימשיך לצמצם את ההלכה בעתיד, עד כדי האפשרות שהיא תבוטל כליל).

92. בהערת ביניים אציין כי החלוקה המקובלת בארצות-הברית בין שופטים ליברלים לבין שופטים שמרנים נתנה פה תוצאה הפוכה ממה שהיה מצופה "בעיניים ישראליות", והסיבה העיקרית לכך היא שהשופטים ה"שמרנים" בארצות-הברית מבקשים לצמצם את כוחן של הרשויות המינהליות – לטובת חופש הפעולה של האזרח.

93. זה המקום להוסיף ולציין כי בינתיים, בערכאות נמוכות יותר בארצות-הברית נדחו טענות של רשויות שם לקיום דוקטרינת ה- Deference ביחס לפרשנותן המוצעת לחוק, או לתקנות:

ב-Mayo Clinic v. United States, 412 F. Supp. 3d 1038 (D. Minn. 2019) הטענה נדחתה בנימוק כי החוק לא עמד בדרישת העמימות ("Genuinely Ambiguous")

– בהתבסס על התנאי הראשון שנקבע בהלכת **Kisor**. כך גם ב- Laturner v. United States, 933 F.3d 1354 (Fed. Cr. 2019) ו- State Div. of Servs. for the Blind v. USDE, 2019 U.S. Dist. (M.D.N.C. 2019) נקבע שהתקנות הרלבנטיות שנדונו שם לא עמדו בתנאי העמימות, לאחר שבתי המשפט מיצו את הבחינה שערכו לפי כללי הפרשנות המקובלים. בנוסף, ב- Belt v. P.F. Chang's China Bistro, Inc., 401 F. Supp. 3d 512 (E.D. Pa. 2019) נדחתה טענת הרשות לתחולת דוקטרינת ה-Deference, על אף שנקבע שהתקנה אכן הייתה עמומה, וזאת נוכח הקביעה כי פרשנותה לא הייתה סבירה, ולא שיקפה בחינה הוגנת ושקולה (התנאים השני והשלישי שנקבעו בהלכת **Kisor**), משום שהרשות הפכה פרשנות קודמת שהייתה נוהגת לאורך זמן.

לפירוט נוסף והרחבה על עניין **Kisor** ראו: גוטמן, **בעמ' 19-20**; Roberta S. Karmel, *Little Power Struggles Everywhere: Attacks on the Administrative State at the Securities and Exchange Commission*, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper 610 (2019); Lacey Ferrara, *A New Auer: Overview and Analysis of the Supreme Court's Decision in Kisor v. Wilkie*, 70 CASE W. RES. L. REV. 70, 217 (2019).

94. **סיכומם של דברים** – ניתן ללמוד מהמשפט המשווה בארצות-הברית כי גישת ה"הנסגה" מפני העמדה הפרשנית של הרשות, שבוססה בעניין **Chevron**, בעניין **Auer** ובפסקי דין נוספים (אשר דומה, במידה מסוימת, להלכה שנקבעה בפסק הדין שלפנינו) – מעוררת קשיים רבים, שחלקם נוגעים גם לעקרונות חוקתיים, ועל כן היא צומצמה שם לאחרונה. נראה כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין לא לקחה בחשבון את השלכותיהן של הפסיקות בנושאים הקרובים הנ"ל בארצות-הברית, ואת הוויכוח רב השנים שחל לגביהן. הדבר מהווה טעם נוסף **שלא** לאמץ את עמדתו הפרשנית של המאסדר כברירת מחדל, כחלק מ"גישת הפרשנות הסבירה" (אשר קרובה, כאמור, לגישה האמריקאית המתוארת לעיל).

95. השיקול הרביעי הדוחק לדחיית עמדתו הפרשנית של המאסדר כברירת מחדל נובע מהמשקל הניתן לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, המוצגת בפני בתי המשפט במסגרת הליכים שונים. כבר נפסק בבית משפט זה כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של החוק, ועמדתו הפרשנית מחייבת את גורמי המינהל השונים, אלא אם כן בית המשפט קבע אחרת (עניין סיעת כך, **בעמ' 152**; **בג"ץ 4646/08** לביא נ' ראש הממשלה, **בפיסקה 33** (12.10.2008) (להלן: עניין לביא); **בג"ץ 3495/06** הרב לישראל הרב יונה מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, **בפיסקה 8** (30.07.2007) (להלן: עניין מצגר);

בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, בפיסקה 48 (14.11.2016); בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (31.01.2021); בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפיסקאות 27-28 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות ובפיסקה 3 לחוות דעתי שם (25.03.2021); ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 791). היועץ המשפטי לממשלה מוחזק איפוא כ"שומר סף", האחראי על כך שפעולות המינהל מבוצעות כדין.

היועץ המשפטי לממשלה יכול להתייצב גם בהליכים שונים מכוח פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. סעיף 1 לפקודה זו קובע כדלקמן:

> "ראה היועץ המשפטי לממשלה, כי זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או ענין ציבורי מושפעים או כרוכים, או עלולים להיות מושפעים או כרוכים, בהליך פלוני שלפני בית משפט או לפני פקיד מסדר כמשמעותו בפקודת הקרקעות (סידור זכות הקנין), רשאי הוא, לפי ראות עיניו, להתייצב באותו הליך ולהשמיע דברו, או להסמיך במיוחד את נציגו לעשות זאת מטעמו."

בפסיקה נקבע כי סמכות זו של היועץ המשפטי לממשלה נועדה להגשים את אחד מתפקידיו העיקריים – להגן על האינטרס הציבורי ועל שלטון החוק (ראו: עניין מצגר; עניין לביא; ע"א 347/71 סנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון, פ"ד כו(2), 328, 332 (1972); רע"א 5208/06 דיויס נ' מלכה, בפיסקה ד(6) (29.06.2006)). הטעם לדבר נעוץ בכך שלעיתים הליך משפטי מסוים עשוי לחרוג מעניינם הצר של בעלי הדין, וכי ללא התייצבות היועץ המשפטי לממשלה במקרים המתאימים – לא יובאו שיקולים הנוגעים לאינטרס הציבורי בחשבון כראוי, מה שעלול, לעיתים, אף לעמוד בניגוד לאינטרסים הפרטיים של בעלי הדין עצמם (להרחבה על התייצבות היועץ המשפטי לממשלה ראו: דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, בפיסקאות 12-24 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס, ובפיסקאות ה'-ט' לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (14.04.2015); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד' 22-24 (2017)).

בהמשך לאמור, הנחיית פרקליט המדינה מס' 16.4 קובעת את נוהל הטיפול בתיקי התייצבות היועץ המשפטי לממשלה, ולפיה הפרקליטות מקיימת הליכי התייעצות, לרבות עם מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, המגבשים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה אם להתייצב להליך מסוים. היועץ המשפטי לממשלה שוקל את העמדות השונות המובאות בפניו ואת ההשלכות שעשויות להיות לעמדתו, כך שבסופו של דבר – העמדה שמתגבשת על ידו ביחס לסוגיה מסוימת אמורה להיות שקולה ומאוזנת.

96. כפי שציינתי לעיל, חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את רשויות המינהל, **כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת**. בסמכות בית המשפט שלא לאמץ איפוא את עמדתו הפרשנית של היועץ המשפטי לממשלה, אם הוא סבור כי היא איננה הפרשנות הנכונה (עניין סיעת כך, **בעמ' 152**; **עע"מ 8832/12** עיריית חיפה נ' יצחק סלומון בע"מ (15.04.2015), **בו דעת הרוב לא קיבלה את עמדתו של** היועץ המשפטי לממשלה; **רע"א 3456/13** חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר (29.08.2017), **שם לא התקבלה עמדתו של** היועץ המשפטי לממשלה, **אשר התנגד להחלת דיני עשיית עושר ולא במשפט בנסיבות העניין**).

נוכח האמור, אם בית המשפט לא מאמץ, כברירת מחדל, את עמדתו הפרשנית של היועץ המשפטי לממשלה – שהוא "שומר הסף" האמון על האינטרס הציבורי והפרשן המוסמך של החוק, אשר התייצבותו בהליך מבוצעת מכוח הסדר סטטוטורי, ועמדתו המאוזנת והשקולה מתגבשת לאחר ביצוע הליכי התייעצות מגוונים, ולאחר שנבחנו כלל ההשלכות, **אלא בוחן את העמדה הפרשנית לגופה**, לרבות הבדיקה האם יש פרשנות אחרת, נכונה וראויה יותר – הרי שמקל וחומר אין מקום לקבוע כלל לפיו יש לאמץ, כברירת מחדל, את עמדתו הפרשנית של מאסדר. המאסדר איננו פרשן מוסמך, ואף איננו משפטן, וכאמור, עמדתו עשויה להיות נגועה בכשלים רגולטוריים, עליהם עמדתי לעיל, מה גם שהליך הגיבוש של עמדתו איננו יסודי ומעמיק כגון זה שמבצע היועץ המשפטי לממשלה.

97. השיקול החמישי הוא שההלכה שנקבעה בפסק הדין עלולה לעורר קשיים במערכת היחסים שבין היועץ המשפטי לממשלה לבין רשויות המינהל ברשות המבצעת. כפי שציינתי לעיל, היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשויות המינהליות, וכל עוד לא נפסק אחרת, עמדתו הפרשנית מחייבת את הרשות המבצעת (ראו פיסקאות 95-96 שלעיל, והאסמכתאות הנזכרות בהן). מעמד זה חיוני לתפקוד היועץ בתור "שומר סף", אשר מוודא שהפעולות שמבצעות הרשויות נעשות בהתאם לחוק. ההלכה שנקבעה בפסק הדין עלולה להפוך את מלאכת הפרשנות לכזו שאיננה משפטית בהכרח, אלא לתהליך שהוא חלק מקביעת מדיניות, אשר תלויה בשיקולים מקצועיים, באופן שעלול לערער גם את מעמדו של היועמ"ש כלפי רשויות המינהל, שכן המשמעות היא כי למשפטנים אין בהכרח יתרון בביצוע מלאכת הפרשנות.

בנוסף לאמור, לפי פסק הדין ייתכנו מספר פירושים אפשריים, שניתן לאמץ אחד מהם כל עוד הוא "סביר". זוהי "גישת הפרשנות הסבירה". תפיסה זו מנוגדת לגישה לפיה

ההנחה היא כי יש פרשנות אחת נכונה, ושהדרך לבירורה היא פרשנות משפטית, על פי תורת הפרשנות התכליתית. אמנם, לבית המשפט נתונה הסמכות לדחות את עמדתו הפרשנית של היועץ המשפטי לממשלה, אם הוא סבור שזו איננה נכונה, אך למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה יש חשיבות גם בהתנהלות מול רשויות המינהל כלפי פנים, במקרים שאינם מגיעים להתדיינות משפטית בבית המשפט (דותן, בעמ' 17-20, אשר דן בשיקולים דומים בהקשר להלכת **Chevron**).

98. שיקול שישי שאמנה בהקשר זה הוא החשש שההלכה שנקבעה בפסק הדין תתמרץ מאסדרים לנסח הנחיות באופן עמום (ראו בהקשר זה: Christopher v. SmithKline Beecham Corp., 567 U.S. 142, 155 (2012); דעת המיעוט בעניין **Kisor**). הטעם לכך עשוי להיות הרצון לחסוך את העלויות הישירות של המאמץ הכרוך בניסוח בהיר ואת הביקורות מצד מי שמתנגד לנוסח ההנחיות (שכן ניסוח עמום מקשה על הצדדים להבין מי "מרוויח" מההנחיות ומי "מפסיד" מהן). הדבר עשוי להתקיים גם על מנת שמאסדרים יוכלו להותיר לעצמם גמישות בפירוש ההנחיות במסגרת הליכים משפטיים שעשויים להתעורר בעתיד, ולהימנע מכבילה עצמית לפרשנות מסוימת (דותן, בעמ' 22). ניסוח הנחיות באופן עמום עלול לפגוע איפוא בוודאות המשפטית, להותיר פתח לקבוצות לחץ לנסות ולהשפיע על האופן שבו המאסדר יפרש את ההנחיות בעתיד, ואף להחריף את תופעת "הדלת המסתובבת" עליה עמדתי לעיל (שפירא, בעמ' 12-14; אברהם, בעמ' 16 ו-21). הכלל הפרשני החוזי לפיו במקרים בהם יש אי-בהירות פרשנית בחוזה – יש לפרש אותו כנגד המנסח (סעיף 25(ב1) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973: "חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו") – מבוסס גם הוא, בין היתר, על יצירת תמריץ לניסוח ברור. הסיכון באשר לאי-בהירות החוזה יוטל על המנסח, באופן שאמור לתמרץ אותו להימנע מניסוחים עמומים.

99. שיקול שביעי הוא ההקשר הדיוני – ההליך שבו נקבעה ההלכה בפסק הדין. מדובר בערעור על החלטה **בבקשה לאישור תובענה ייצוגית**, שבגדרה התובעים נדרשים רק להוכיח **אפשרות סבירה** לכך שהשאלות העובדתיות והמשפטיות יוכרעו לטובתם (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות); רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, בפיסקה 16 (05.07.2012) (להלן: עניין עמוסי); ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410, בפיסקה 22 לחוות דעתי שם (2014) (להלן: עניין ברזילי)), מבלי שנדרשת, בענייננו, הכרעה חד משמעית בדבר הפרשנות הנכונה של החוזרים.

בית המשפט המחוזי הנכבד לא דחה את עמדת המפקח, אלא רק קבע כי היא איננה מייתרת בירור עובדתי של השאלות המשותפות, שעתיד היה להתקיים במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית לגופה בהקשר זה. בקשה לאישור תובענה כייצוגית היא רק **הליך מקדמי**, ועל כן מתעצם הקושי בהכרעה המתבססת על אימוץ עמדה פרשנית של המאסדר כברירת מחדל, שמשמעותה דחיית טענות המבקשים, מבלי שמתבצעת בחינה שיפוטית-פרשנית מעמיקה באותו השלב. משמעות הדבר היא כי די בכך שמאסדרים יסברו שהגורמים המפוקחים פעלו בהתאם לדין, כדי לחסום את השימוש במנגנון התובענה הייצוגית נגד אותן חברות מפוקחות, ובכך הוא דן את גורל התובענה הייצוגית לשבט.

אפשרות זו מעוררת קושי, לאור התכליות של מוסד התובענה הייצוגית, כפי שעמדה עליהן חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין: התכלית הפרטנית של מתן סעד ליחיד שהיה נמנע מלהגיש תביעה לריפוי נזקו הנמוך, והתכלית הציבורית של אכיפת הדין, הרתעה מפני הפרתו בעתיד וקידום יעילות שיפוטית (פיסקה 19 לפסק דינה והאסמכתאות הנזכרות שם; אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 65-66 (2017) (להלן: תובענות ייצוגיות); וראו הרחבה על כך גם להלן). התובענה הייצוגית מהווה, למעשה, פתרון חלקי לתופעת "השבי הרגולטורי", עליה עמדתי לעיל. כך, התובענה הייצוגית מספקת תמריצים (גמול לתובע הייצוגי ושכר טרחה לעורך הדין המייצג), שנועדו לשדל את הפרט לשים לב ולאתר תופעות אשר מתרחשות בניגוד לדין, כגון גביית יתר על-ידי חברות גדולות. הפתרון שהוצע על-ידי חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין (בפיסקה 51 לחוות דעתה שם) – של פנייה למאסדר, חלף שימוש במוסד התובענה הייצוגית – איננו מספק תמריץ דומה, ועל כן אינני בטוח כי הוא אפקטיבי דיו (ראו בהקשר זה: גוטמן; שפירא, בעמ' 14-15).

100. שיקול שמיני שלא לקבוע כי עמדתו הפרשנית של המאסדר תזכה למשקל בכורה נובע מקשיים יישומיים המתעוררים מההלכה שנקבעה בפסק הדין:

קושי יישומי אחד הוא בהגדרה של המונח "עמדת המאסדר" בהקשר לפרשנות שיש ליתן להסדר הנורמטיבי המדובר. השאלה המתעוררת כאן היא איזה "תוצר מינהלי" בנוגע לפרשנות הדין יקבל משקל בכורה? האם תוצר זה צריך להיות חוות דעת מוסמכת של יועץ משפטי של מאסדר, או שמא מספיקה עמדה המובאת מטעמו של המאסדר במסגרת ההליך השיפוטי? בתוך כך, האם העמדה צריכה להיות בכתב, או שדי בהתבטאות בעל-פה? שאלות אלו מתעוררות, שהרי מאסדרים ורשויות מינהליות בכלל, פועלים בדרכים מגוונות – על-ידי מתן: החלטות, צווים, חוות דעת, חוזרים, הנחיות,

מכתבים ועוד. לא ברור, אם כן, מהי ה"עמדה המינהלית" שתזכה למשקל הבכורה (גוטמן).

קושי יישומי שני שמתעורר עולה מהקביעה הבאה המופיעה בפסק הדין:

> "... הצעתי היא כי מקום בו התבקשה והתקבלה עמדתו של המאסדר בהליך אזרחי בנוגע לפרשנות שיש ליתן להנחיותיו, **בשלב ראשון** על בית המשפט לבחון האם עמדה זו מתיישבת עם לשון ההנחיות והאם הפרשנות שהציע המאסדר היא סבירה... **אם מצא בית המשפט כי עמדתו של** המאסדר סבירה ומתיישבת עם לשון הנחיותיו, ברירת המחדל תהיה לאמץ עמדה זו" (**בפיסקה 40** לפסק הדין, **ההדגשה שלי** – ח"מ).

הנה כי כן, בפסק הדין נקבע כי על בית המשפט לבצע בחינה של לשון ההנחיות ולקבוע האם עמדת המאסדר מתיישבת איתן, ובנוסף לבחון האם פרשנות המאסדר היא **סבירה**. בדומה לכך, גם היועץ המשפטי לממשלה ציין בעמדתו שהוגשה בפנינו כי בחינת עמדת המאסדר צריכה להיעשות לא רק במובן הלשוני, אלא גם במובן התכליתי, כמקובל בכללי הפרשנות.

אולם הדרך שבה בית המשפט יבצע את הבדיקה המתוארת היא על-ידי ביצוע פרשנות, ופרשנות זו תיעשה לפי כללי הפרשנות המקובלים בשיטתנו. במצב דברים זה, כאשר בית המשפט כבר עורך ממילא את מלאכת הפרשנות המקובלת, ומגיע למסקנה פרשנית מסוימת – מתעוררת השאלה מה הטעם במתן **משקל בכורה** לעמדתו הפרשנית של המאסדר, שהרי ניתן לבסס את ההכרעה על המסקנה השיפוטית שהתקבלה בתום מלאכת הפרשנות השיפוטית.

כך, גם שופט בית המשפט העליון האמריקאי, השופט Gorsuch קבע בדעת מיעוט שלו בעניין **Kisor** כי מקום בו ממילא יש צורך לבחון את עמדת הרשות המינהלית, ולבדוק האם היא נערכה לפי כללי הפרשנות המקובלים (כפי שנקבע בתנאי הראשון ליישום הלכת **Auer**, בדעת הרוב בעניין **Kisor**) – יהיה יעיל הרבה יותר להשתמש במסקנה אליה הובילה הבדיקה השיפוטית, שנעשתה לפי כללי הפרשנות המקובלים. לפיכך התנאים שנקבעו להחלת הלכת **Auer**, לשיטת השופט Gorsuch, רק **יכבידו** על שופטים שיצטרכו לבחון אם יש מקום להעדפת עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית (ראו: עמ' 41-42 לחוות דעת המיעוט של השופט Gorsuch בעניין **Kisor**).

101. נוכח כל האמור לעיל – להשקפתי **אין** מקום לאמץ את עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיות שיצאו תחת ידו כברירת מחדל, אלא שיש להטות אליה את האוזן, ולבחון אותה בהתאם להלכה הפסוקה באשר לבחינת העמדה הפרשנית של רשות מינהלית ביחס להסדר נורמטיבי שעל ביצועו היא אמונה, ולאמות המידה הייחודיות שהצעתי לעיל.

כעת איישם את התשתית הנורמטיבית שהצגתי על נסיבות העניין שבפנינו.

המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר – מן הכלל אל הפרט

102. עד כה עמדתי על ההלכות הנוהגות באשר למשקל הפרשני שיש ליתן לדברי הסבר ועבודות ההכנה לחקיקה ראשית, או לעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית בנוגע להסדר נורמטיבי שעל ביצועו היא אמונה. לאחר מכן, ניסיתי ללמוד מאלה התייחסות לשאלה שבפנינו (מהו המשקל שיש ליתן לעמדה הפרשנית של מאסדר בנוגע להנחיות שיצאו תחת ידו), והגעתי למסקנה כי אין להגדיר משקל זה מראש, אלא לבחון, בהתאם להלכה הפסוקה (באשר למשקל שניתן לעמדתה הפרשנית של רשות מינהלית) – כל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבות, תוך "הטיית האוזן" לעמדתו הפרשנית של המאסדר, כגורם בעל מומחיות מקצועית. לצד האמור, סקרתי גם את שיקולי המדיניות הכלליים, שאף הם טעמים למסקנה שאליה הגעתי.

103. כעת אפנה ליישום האמור על הנסיבות שבפנינו, כדי לבדוק האם יש מקום, בענייננו, לקבל את עמדתו הפרשנית של המפקח ביחס לחוזרים, לפיה חברות הביטוח פעלו כדין. אדון בשאלה זו תוך יישום הקריטריונים לבחינת המשקל שיש ליתן לעמדה הפרשנית של המאסדר, אותם מניתי לעיל.

אקדים ואומר כבר כעת כי לשיטתי – **אין** לקבל את עמדתו הפרשנית של המפקח בנסיבות העניין שבפנינו, ויש לכך משקל בבחינת השאלה האם קיימת אפשרות סבירה שהשאלות העובדתיות והמשפטיות תוכרענה לטובת העותרים, שאם התשובה לכך חיובית – יש לקבל את בקשת האישור.

אפרט הדברים מיד בסמוך.

104. שימוש בכללי הפרשנות המקובלים: כזכור, מלאכת הפרשנות המקובלת מתחילה בלשון, ומקום בו יש מספר אפשרויות לשוניות – יש לבחור באפשרות המגשימה את

התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית של ההסדר אותו מפרשים (וראו את האסמכתאות בנושא זה בפיסקה 48 שלעיל).

105. בענייננו, אני סבור כי עמדת המפקח – לא עולה בקנה אחד עם לשון החוזרים באשר לנושאים הבאים:

ראשית, המפקח ציין בעמדתו כי ניתן לגבות תת שנתיות ביחס למרכיב החיסכון, שכן לשיטתו: "לא קיימת הבחנה בין המרכיב המיועד לחיסכון לבין המרכיב המיועד לביטוח". אולם חוזר 419 קובע במפורש כי תוספת תת שנתיות: "**לא חלה על תוכנית חסכון**" (סעיף 3 לחוזר זה).

שנית, המפקח גרס כי ניתן להחיל תוספת של תת שנתיות על ביטוחים שאינם ביטוח חיים. אולם, מהכותרת של חוזר 419, שבה נכתב: "הנדון: תעריפי **ביטוח חיים**", ומסעיף 3 לחוזר זה, שכותרתו: "**ביטוח חיים** – תוספת תשלום בגביה תת שנתית" (ההדגשות שלי – ח"מ) עולה, באופן שאיננו משתמע לשני פנים, לטעמי, כי חוזר זה מסדיר גביית תת שנתיות **בביטוחי חיים בלבד**, שכן לא נמנו בו סוגים אחרים של ביטוחים (ראו גם: גוטמן, בעמ' 23).

106. נראה, אם כן, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי עמדת המפקח איננה הולמת את לשון החוזרים, וכי טענות העותרים בנקודה זו מספיקות כדי לעבור את שלב בקשת האישור, כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי הנכבד. יתרה מכך, אף אם קיימות בענייננו מספר אפשרויות לשוניות בהקשר זה – לגישתי עמדת המפקח לא עולה בקנה אחד גם עם התכלית האובייקטיבית של החוזרים. ארחיב ואבאר מיד בסמוך.

107. כפי שציינתי לעיל, בחינה תכליתית של ההסדר שאותו מפרשים כוללת בחינה של התכלית הסובייקטיבית, וכן של התכלית האובייקטיבית. באשר לתכלית האובייקטיבית, סעיף 1ג(1) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח) קובע כי תפקידה של רשות שוק ההון הוא להגן ולשמור על עניינם של המבוטחים, העמיתים ולקוחות הגופים המפוקחים. בית משפט זה קבע בהקשר זה כי "תכלית העל", אשר צריכה להנחות את פעולות המפקח על הביטוח, היא הגנה על ציבור המבוטחים, וכי בהתאם לתכלית זו יש לפרש את היקף סמכויותיו של המפקח ולבחון את אופי הפעלתן (עניין התאחדות משרדי הנסיעות, **בפיסקה 7**; **בג"ץ 7611/01** מכבי מגן אגודה שיתופית לביטוח הדדי נגד מחלות בע"מ נ' שר האוצר, **בפיסקה 18 (20.08.2006)**;

עניין קוסקוסי, בפיסקה ז(2), הנזכרים אצל גוטמן, בעמ' 23). מעמדם של החוזרים שנוסחו על-ידי המפקח קרוב לזה של הנחיות מינהליות, וכפי שנקבע בפסיקה – הנחיות מינהליות מתפרשות, ככל נורמה אחרת, על פי תכליתן (עע"מ 7749/09 אורט ישראל חברה לתועלת הציבור נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, בפיסקה 11 (30.11.2011) (להלן: עניין אורט); בג"ץ 219/81 שטרית נ' שר החקלאות, פ"ד לז(3) 481, 487 (1983)). בתוך כך, יש להתחשב גם בתכלית החוק המסמיך, וזאת לאור החזקה כי הרשות שיצרה את ההנחיות ביקשה להגשים את תכלית החקיקה המסמיכה (ראו: עניין אורט; עע"מ 2849/07 עיריית תל אביב-יפו נ' אנרג'י מכון כושר ובריאות בע"מ (08.04.2009)).

נוכח האמור, אף אם התכלית הסובייקטיבית של החוזרים היא זו המוצגת בעמדתו של המפקח, הרי שלפי התכלית האובייקטיבית – יש לבחור בפירוש אשר יגן על ציבור המבוטחים, ומשכך יש מקום לדחות את הפרשנות שהוצעה על-ידי המפקח, ולפיכך קיימת אפשרות סבירה שבתובענה הייצוגית תתקבל דווקא עמדת העותרים, לפיה חברות הביטוח גבו תת שנתיות בניגוד לדין.

108. הנה כי כן, עמדת המפקח בענייננו לא נערכה לפי כללי הפרשנות המקובלים – לא צוינה בה ההבחנה בין בחינה לשונית של החוזרים לבין בחינה תכליתית שלהם, ולא הוצגו בה נימוקים המתייחסים לתכליות אלו. אף לא הוסבר בה מדוע הפרשנות המוצעת מטעם המפקח נוגדת לכאורה את "תכלית העל" הצרכנית, שנקבע בפסיקה שיש לפרש הסדרים מכוח חוק הפיקוח לאורה.

109. יודגש כאן כי אינני קובע מסמרות באשר לפרשנות הנכונה של החוזרים, שהרי כל הנדרש בשלב מקדמי זה, של בדיקה האם יש מקום לאשר תובענה ייצוגית, היא הכרעה כי קיימת **אפשרות סבירה** שתתקבל עמדתם הפרשנית של המבקשים, כאמור, וכך הדברים הם בענייננו לטעמי.

110. יסודיות חוות הדעת: זאת ועוד – אחרת. המפקח הגיש עמדה תמציתית, קצרה יחסית (בת שלושה עמודים בלבד), שאיננה מנומקת, מקיפה או מעמיקה דיה. בהקשר אחר, ביחס לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כאשר זו מתבקשת במסגרת הליך משפטי, נקבע כי:

> "ראוי כי תוצג חוות דעת מפורטת, המתמודדת עם סוגיות שונות אשר מתעוררות בתיק, באופן שיש בו כדי להביא את התמונה המלאה בפני בית המשפט בבואו להכריע

> בסוגיה נתונה" (ע"א 7187/12 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל, בפיסקה ל"ח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (17.08.2014); אברהם, בעמ' 24-25).

סבורני כי דברים אלה יפים גם לענייננו – והיה מצופה מחוות דעתו של המפקח להיות מפורטת, מנומקת, ולהתמודד עם העמדה הנוגדת לזו המוצגת בה.

111. יתר על כן, עמדת המפקח הוצגה תוך שימוש בלשון זהירה, מסויגת, שאיננה נחרצת, או חד משמעית, באופן שמותיר פתח למסקנות שונות, שכן נעשה בה שימוש במונחים: "אין מניעה", "ניתן לפרש" ו-"אינן שוללות". כך קבע גם בית המשפט המחוזי הנכבד. הדבר מהווה טעם נוסף שלא לאמצה כברירת מחדל.

112. מומחיות המאסדר: כאמור לעיל, אין די בכך שלמפקח נתונה מומחיות מסוימת, אלא השאלה היא האם אותה מומחיות **נדרשה בפועל** לצורך פרשנות החוזרים. בענייננו, החוזרים הם מסמכים קצרים ודי בהירים, כך שלא נדרשה מומחיות מיוחדת כדי להבינם, או לפרשם. זאת, בניגוד למקרה אחר, למשל, בו נדרשה עמדת המאסדר הרלבנטי, שם היה מדובר ברישיון סבוך וארוך, וכך נקבע באותו עניין:

> "הרישיון הוא מסמך ארוך וסבוך, הכולל מגוון הוראות מתירות ואוסרות, בשורה של נושאים מקצועיים, צרכניים ואחרים; ומשרד התקשורת הוא הגורם בעל המומחיות הדרושה על מנת להשקיף על הרישיון כמכלול, ובהתאם נודע גם משקל לפרשנותו את ההוראות הרלוונטיות בהקשרן" (רע"א 7169/17 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פירט, בפיסקה 10 להחלטתה של חברתי, השופטת ע' ברון (03.02.2019) (להלן: עניין פלאפון)).

בענייננו לא כך הדבר, כאמור, שכן החוזרים מנוסחים בצורה שלא מצריכה, בהכרח, פרשנות מטעם גורם בעל מומחיות מקצועית.

113. זאת ועוד: החוזרים הם חוזרים **ישנים מאוד** (חוזר 338 פורסם בשנת 1982, וחוזר 419 פורסם בשנת 1992), והם לא נוסחו על-ידי המפקח הנוכחי עצמו. משכך, ניתן לומר כי המפקח פירש אותם בבחינת "צופה מן הצד", ובכך מתאיין, במידה מסוימת, יתרון המומחיות המיוחס לו. נוסח העמדה שהוצגה על-ידי המפקח, שהיה לא חד-משמעי כאמור, עשוי גם הוא לתמוך במסקנה זו.

114. האפשרות שהמאסדר לוקה בכשל רגולטורי: **בנקודה זו אשוב ואזכיר את עיקרי הדברים, עליהם עמד השופט י' זמיר בעבר, אשר רלבנטיים גם לענייננו:**

> **"... ציבור המבוטחים, ובכלל זה המבוטחים בביטוח רכב, אינו מאורגן. הוא אינו מקיים קשר, כציבור, עם המפקחת... לעומת זאת חברות הביטוח, לפחות החברות הגדולות השולטות על חלק גדול מנפח הביטוח, הן גופים חזקים מבחינה כלכלית, מאורגנים היטב, לחוד וביחד, ומנוהלים על-ידי מקצוענים. הן מקיימות קשר שוטף עם המפקחת על הביטוח. יש להן גם עניין משותף: השמירה על היציבות הפיננסית של החברות. במצב זה מתעורר חשש כי יופר האיזון הראוי שבין השמירה על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח לבין הפיקוח על תכניות הביטוח, והתכלית של הגנה על המבוטחים תיפגע" (עניין איגוד שמאי ביטוח).**

הנה כי כן, בענייננו יש לקחת בחשבון שהמפקח עלול ללקות בכשל מסוג: **"שבי רגולטורי"**, שכן מדובר בשוק, בו יש, מצד אחד, חברות חזקות ומאורגנות – חברות הביטוח, ומן הצד השני, ציבור שאיננו מתוחכם, או מאורגן – צרכני הביטוח. המבנה הארגוני של השוק עלול, לפי הספרות המקצועית, להיות מועד לכשל רגולטורי, והעמדה הפרשנית של המפקח, אשר מיטיבה כאן דווקא עם חברות הביטוח, ולא עם הצרכנים, עלולה לחזק חשש זה. משכך, מדובר במקרה שבו המאסדר, המפקח, מעדיף קבוצה מאורגנת ומתוחכמת על פני קבוצה מבוזרת וחלשה, ולפיכך יש טעם לייחס משקל נמוך יחסית לעמדתו הפרשנית, כאמור לעיל.

לכך יש להוסיף את החשש שמא עמדתו הפרשנית של המפקח בענייננו עלולה לנבוע משיקולים של שמירת מוניטין, שכן פרשנותו עולה בקנה אחד עם התפיסה לפיה הוא לא כשל בפיקוח על חברות הביטוח, וקבלת העמדה המנוגדת – תוביל למסקנה שהוא חדל בכך שהוא לא עצר, "בזמן אמת", את גביית היתר מצד חברות הביטוח.

גם שיקול שמירת היציבות, שנזכר לעיל, הוא בעל משקל בנסיבות העניין, שכן קבלת עמדה המנוגדת לעמדת המפקח, לפיה חברות הביטוח פעלו בניגוד לחוזרים וגבו ביתר, עלולה אולי לפגוע ביציבות שוק הביטוח, שכן משמעותה היא חיוב חברות הביטוח בהחזרת כספים משמעותי באופן רטרואקטיבי.

נוכח כל האמור, בנסיבות העניין שבפנינו, סבורני כי שיקול "הכשל הרגולטורי" מהווה, גם הוא, טעם ליתן משקל מופחת לעמדת המפקח.

115. לאור כל האמור לעיל – להשקפתי, **אין** מקום לאמץ, בנסיבות העניין, את עמדתו הפרשנית של המפקח ביחס לחוזרים כברירת מחדל. משמעות הדבר היא כי **יש אפשרות סבירה שתתקבל עמדתם הפרשנית של העותרים** – לפיה חברות הביטוח פעלו בניגוד לקבוע בחוזרים. המסקנה המתבקשת מכל האמור לעיל היא כי יש לקבל את בקשת האישור, כפי שקבע גם בית המשפט המחוזי הנכבד.

הגנת "זוטי דברים" ותובענות ייצוגיות

116. נזכיר בקצרה את השתלשלות האירועים ביחס לסוגיה זו. בבקשת האישור המבקשים (העותרים שבכאן) טענו כי חברות הפניקס ומנורה גבו תת שנתיות **מעבר** לשיעור המותר. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את בקשת האישור בעילה זו, תוך קביעה כי טענות המבקשים היו פרטניות ביחס לחברת הפניקס ולחברת מנורה; כי לגבי חברת מנורה לא הוכח שמדובר בתופעה כללית, ובאשר לחברת הפניקס – מדובר בנזקים זעירים, אם בכלל. משכך, נקבע כי עניינים אלה – לא מעוררים שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה.

בערעור לבית משפט זה נטען על-ידי המערערים (העותרים שבכאן) כי הנזקים הנטענים כנגד חברת הפניקס אינם זעירים. מנגד, חברת הפניקס גרסה, ביחס לטענה לגביית-יתר מצידה, כי ככל ששיטת החישוב של המערערים (העותרים שבכאן) נכונה, הרי שמדובר בגביית יתר של ארבע אגורות בחודש מכל מבוטח, ומשכך טענות המערערים עולות כדי "זוטי דברים", ובצדק נדחתה עילת תביעה זו בבית המשפט המחוזי הנכבד.

117. בפסק הדין בערעור נקבע כאמור כי הגנת "זוטי דברים" חלה גם בתובענות ייצוגיות, אך בחינתה נעשית מנקודת המבט של הקבוצה כולה, ולא של הפרט, ובגדרה בודקים האם רוב חברי הקבוצה יראו בעניין דבר פעוט וקל ערך, כך שלא היו מגישים בגינו תובענה ייצוגית. בנסיבות העניין, חברתי, השופטת י' וילנר קבעה כי רוב חברי הקבוצה לא היו מגישים תביעה כלפי חברת הפניקס בשל גביית יתר של תת שנתיות מעבר לשיעור המותר, משום שהנזק הנטען היה בסך הכל של ארבע אגורות לחודש למבוטח. בנוסף, השופטת י' וילנר העלתה את האפשרות כי הכלי היעיל והרצוי למניעת התעשרות של גופים על חשבון היחידים באמצעות גביית יתר – הוא פנייה למאסדר להפעלת סמכויותיו למניעת המקרה.

עוד נזכיר כי, כפי שצוין לעיל, העותרים טענו בפנינו כי בית משפט זה טרם נדרש להחלת הגנת "זוטי דברים" בתובענה ייצוגית כספית, ולפיכך פסק הדין סטה מההלכה הקיימת, או לחילופין קבע הלכה חדשה בנושא, אשר שומטת את הקרקע תחת מוסד התובענות הייצוגיות, שנועד לטפל במצבים המאופיינים בנזקים קטנים שלא היו תובעים בגינם, ולו לגבי המקרה שבפנינו.

118. חברת הפניקס גרסה מנגד כי בפסק הדין נקבע שהטענות כנגדה נדחו משום שלא הוכחו כראוי בבית המשפט המחוזי, ורק צוין, "מכל מקום", כאוביטר, כי עומדת לחברת הפניקס גם הגנת "זוטי דברים". עוד נטען בהקשר זה כי בית משפט זה התייחס לתחולתה של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות בעבר, ולכן אין מדובר בהלכה חדשה.

119. אפתח ואומר כי לשיטתי – אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי הנכבד כי הטענות שהופנו כנגד חברות מנורה והפניקס הן טענות פרטניות, של **חלק מהמבקשים** (העותרים שבכאן), וכי מדובר בנזקים זעירים, אם בכלל, לגבי חברת הפניקס, ולא הוכח שמדובר בתופעה כללית לגבי חברת מנורה, ועל כן לא מתעוררות שאלות מהותיות משותפות עובדתיות, או משפטיות לכלל חברי הקבוצה, ואין אפשרות סבירה שהן יוכרעו לטובת הקבוצה. לפיכך, מקובל עליי כי טענות העותרים כנגד חברות מנורה והפניקס לא הוכחו כראוי, ומשכך בקשת האישור נדחתה כדין באשר לעילה זו.

120. באשר לטענות ביחס לחברת מנורה – אציין בקצרה כי מקובלות עליי קביעותיה של חברתי, השופטת י' וילנר (ראו: פיסקאות 53-54 לפסק הדין), וממילא, לדברי העותרים – הבקשה לדיון נוסף לא נסבה על הטענות כנגד חברת מנורה (ראו: שורה 33 בעמוד 11 לפרוטוקול הדיון שנערך בפנינו).

121. בנוגע לטענות ביחס לחברת הפניקס – אדגיש כי אינני דוחה את הערעור כנגד חברת הפניקס, באשר לנקודה זו, מן הטענה כי מדובר ב"זוטי דברים", כפי שנקבע בפסק הדין, אלא שלטעמי – יש לדחות את הטענות כנגד הפניקס מן הנימוקים שהציג בית המשפט המחוזי הנכבד (שלא בוססו על הגנת "זוטי דברים") וכן מהטעמים האחרים שהציגה חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין.

אנמק הדברים מיד בסמוך.

122. כפי שציינה חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין, הגנת "זוטי דברים" (De Minimis) קבועה בסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], המורה כך:

> "לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך."

להיסטוריה החקיקתית של הסעיף ראו: אבישי אדד "עקרון 'זוטי דברים' (De Minimis) כעקרון יסוד בהצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (הקודקס האזרחי החדש)" 121, 123-124 המשפט יב, ספר עדי אזר ז"ל (תשס"ז) (להלן: אדד).

123. בפסיקה נקבע כי גבולותיה של הגנת "זוטי דברים" אינם תחומים מראש, וכי היא תיבחן בהתאם למהות הזכות שנפגעה, בהתחשב בתכלית הפגיעה בערכה, ובנסיבות המקרה, ולפיכך – ההגנה עשויה להשתנות ממקרה למקרה (ראו: עניין תנובה, בפיסקה 30; ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 328 (2002), ההלכה נותרה על כנה בדיון הנוסף: דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004)).

במאמר מוסגר יצוין כי הגנת "זוטי דברים" יש לה עיגון גם במישור הפלילי והיא מעוגנת בסעיף 34יז לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), הקובע כדלקמן:

> "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך."

היא נזכרת אף בסעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 המורה כך:

> "לא תהיה זכות לתביעה אזרחית או פלילית לפי חוק זה בשל פגיעה שאין בה ממש."

124. בפסיקתנו נקבע זה מכבר כי תכליותיה של הגנת "זוטי דברים" הן מניעת התדיינויות על נושאים קלי ערך, אשר מכבידים על הערכאות השיפוטיות ומבזבזים את המשאבים שלהן ושל הצדדים המתדיינים, ואשר אין בהם חשיבות, או ערך ציבורי, ומשכך הם גם אינם מצדיקים הטלת אחריות על המזיק. מטרה נוספת היא מניעת שימוש בזכויות לרעה, תוך צמצום האפשרות להגיש תביעה במקרים בהם אין פגיעה של ממש בזכות (ראו: ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, פ"ד מו(4) 627, 650-651 (1992); אדד, בעמ' 143-144 ו-157; והשוו: רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397, 431-432

ו-436 (1990); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218, בפיסקאות 30-29 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (2007)).

125. הרציונל שבבסיס הכלל של הגנת "זוטי דברים" מופיע אף בדין האזרחי של המשפט העברי, ולפיו אין לקבל תביעות על סכום של "פחות משווה פרוטה", משום שדרכם של אנשים היא למחול על סכום שכזה (ראו: דברי ההסבר לסעיף 4 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות), בהם נזכרים: משנה, בבא קמא, פרק ט', משנה ד'; תלמוד בבלי, סנהדרין נט ע"א). כך, גם קבע הרמב"ם כי: "כל הגונב ממון משווה פרוטה ולמעלה עובר על לא תעשה שנאמר לא תגנוב" (משנה תורה, ספר נזקים, הלכות גניבה, פ"א ה"א), וכי: "... וכל פחות מפרוטה אינו ממון ואין בית דין נזקקין לו" (משנה תורה, ספר משפטים, הלכות טוען ונטען, פ"ג ה"ו) (ראו אצל: איתן מגן "'זוטי דברים' – אך לאו מילתא דזוטרתא" הפרקליט מג 38, 39 (תשנ"ז)).

126. יישום ההגנה של "זוטי דברים" על מוסד התובענות הייצוגיות עלול לעורר סתירה בין התכליות העיקריות של התובענה הייצוגית: להעניק סעד לפרט במקרים בהם הנזק הנגרם לו הוא נמוך, באופן שלא היה מתמרץ אותו לתבוע בגינו, ולקדם את אכיפת הדין ואת ההרתעה מפני הפרתו (ראו: סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות; לדיון על תכליות התובענה הייצוגית ראו בפיסקאות 143-148 שלהלן) – לבין ההיגיון העומד בבסיס הגנת "זוטי דברים", לפיו אין הצדקה לבירור משפטי מקום בו מדובר בפגיעה קלת ערך, זמנית וחולפת, ויש למנוע התדיינויות על נושאים זניחים, אשר מכבידות על בתי המשפט ושאין בהן תועלת לציבור, כאמור (ראו: ת"צ (מחוזי מרכז) 36086-07-11 עו"ד אסף חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) ואח', בפיסקאות 39-48 (19.09.2012) (להלן: עניין חרסט), ערעור על פסק הדין נדחה בהסכמת הצדדים (ע"א 8290/12 דואניאס נ' ידיעות אינטרנט (22.02.2017)); ת"צ (מחוזי מרכז) 49512-01-16 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אלאלוף ושות' ספנות בע"מ (22.09.2019) (להלן: עניין הצלחה), ערעור תלוי ועומד בפני בית משפט זה (ע"א 7560/19), והאסמכתאות המופיעות בפיסקה 124 לעיל; על חשיבות מוסד התובענה הייצוגית בתחום הביטוח בפרט ראו: אליאס, דיני ביטוח, בעמ' 1491-1492).

127. נוכח הקושי המתואר לעיל, בבית משפט זה הוכרה גישה לפיה הגנת "זוטי דברים" **לא חלה כפשוטה על תובענה ייצוגית**. הטעם לדבר נעוץ בכך שמוסד התובענה הייצוגית נועד לטפל דווקא במצבים בהם מצטברים נזקים קטנים, אשר לא היו מניעים הליך משפטי, כל אחד מהם בנפרד. לפי תפיסה זו, החלת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות תאיין, איפוא, את מטרותיה העיקריות של התובענה הייצוגית – ליתן סעד פרטני

ולהרתיע את הנתבע במקרים בהם כל תביעה אישית כשלעצמה לא הייתה מוגשת, משום ש"אדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה" (ראו: ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, **בפיסקה 10** (11.12.2008); עניין תנובה, **בפיסקה 32**; **דנ"א 5712/01** ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (11.08.2003) (להלן: עניין ברזני), **דעת המיעוט של השופט** א' מצא; רע"א 5119/17 **Hewlett Packard Company** נ' עזרא, **בפיסקה 10** (25.12.2017)).

128. לצד האמור, בעניין תנובה הועלתה האפשרות כי הגנת "זוטי דברים" עשויה לחול בתובענות ייצוגיות, אם כי בחינתה תיעשה **בהיבט הקבוצתי**, בשונה מהבחינה הנהוגה מן ההיבט הפרטני, ונקבע כי הסוגיה תלויה בנסיבות המקרה הספציפי:

> "עם זאת חשוב להדגיש כי העובדה שקבוצת תובעים גדולה טוענת בתובענה ייצוגית לצבר של נזקים קטנים, היא כשלעצמה אינה שוללת בהכרח את האפשרות כי מדובר בזוטי דברים גם בהיבט הקבוצתי. כפי שצוין, לא ניתן לתחום מראש את גבולותיו של מושג זה וגם בהליך של תובענה ייצוגית התשובה לשאלה אימתי מדובר בפגיעה מזערית שאינה מצדיקה פיצוי, תלויה בנסיבותיו של המקרה והיא עשויה להשתנות בהתחשב במכלול הנסיבות האופפות אותו" (שם, בפיסקה 32 לחוות דעתה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות) (ההדגשה שלי – ח"מ).

הנה כי כן, עניין תנובה, עליו נסמכת חברת הפניקס בטענה שבבית משפט זה נקבעה הלכה כי הגנת "זוטי דברים" חלה בתובענות ייצוגיות – רק העלה את העניין כאפשרות, ככזו ש"איננה נשללת בהכרח", ותוך הדגשה כי השאלה תלויה בנסיבות המקרה הפרטני.

129. בהקשר זה יש מקום להדגיש כי בעניין תנובה הדיון בהגנת "זוטי דברים" נעשה תוך הסתכלות על הנסיבות הספציפיות של אותו מקרה, אשר עסק בהוספת רכיב למוצר מזון, שגררה טענה לפגיעה באוטונומיה. וכך נקבע שם בהקשר זה, ביחס להגנת "זוטי דברים":

> "אכן, לא בכל מקרה בו נופל פגם ברישום הרכיבים של מוצר מזון מצדיק הדבר פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ובגין תחושות שליליות, וייתכנו בהחלט מקרים אשר למרות קיומו של פגם מסויים בדיווח על תכולת המוצר לא יצדיק הדבר מתן פיצוי" (שם, בפיסקה 29).

עוד יש לציין בהקשר האמור כי בעניין תנובה הטענה ל"זוטי דברים" נדחתה לגופה, ונקבע כי:

> "מכל מקום, במקרה שבפנינו קיומה של קבוצה גדולה הטוענת לנזק כתוצאה ממעשיה של תנובה – שעל חומרתם בהיבט הצרכני עמדנו לעיל – שוללת את המסקנה כי מדובר בזוטי דברים ולו בהקשר זה של תובענה ייצוגית. זאת אף כי אין לשלול את האפשרות שהשונות הקיימת בין חברי הקבוצה מבחינת עוצמת הפגיעה ומבחינת שיעור הנזק שנגרם עשוי להוביל למסקנה כי לגבי תביעות אישיות של חלק מבין חברי הקבוצה, אילו הוגשו, היה הסעד הנתבע על ידי כל אחד מהם לחוד בבחינת זוטי דברים" (שם, בפיסקה 32; ההדגשה שלי – ח"מ).

בעניין תנובה נקבע איפוא כי קיומה של קבוצה גדולה, שנגרם לה נזק כתוצאה ממעשי הנתבעת, אשר נקבע לגביהם כי הם חמורים מבחינה צרכנית, שוללת את המסקנה שחלה בנסיבות הגנת "זוטי דברים". עוד צוין כי ייתכן שהשונות הקיימת בין חברי הקבוצה, מבחינת עוצמת הפגיעה והנזקים שנגרמו לכל אחד מהם, עשויה להוביל לכך שהגנת "זוטי דברים" תחול לגבי תביעות אישיות של חלק מחברי הקבוצה. נראה, אם כן, כי הדגש בעניין תנובה היה על חומרת המעשים של הנתבעת שם, בהיבט הצרכני.

130. נוכח כל האמור לעיל – סבורני כי לא ניתן לומר שנקבעה בעניין תנובה הלכה חד משמעית לפיה הגנת "זוטי דברים" חלה בתובענות ייצוגיות, מה גם שהדיון בפסק דין זה באשר לסוגיה הנ"ל לא היה במוקד הדברים באותה פרשה, והנזק הנטען שם היה שונה מענייננו – שם נזק מסוג של פגיעה באוטונומיה (להרחבה על סוג נזק זה ראו: עניין ברזילי, בפיסקאות 38-47 לחוות דעתי שם; תובענות ייצוגיות, בעמ' 392-399), ואילו אצלנו: גביית יתר. גם עילת התביעה שם – תקן שהנתבע היה מחויב לעמוד בו וחרג ממנו, ומידע שהוסתר מהצרכנים, שונה בהיבטים רבים ממה שנדון בענייננו. בנסיבות המקרה שבפנינו, עילת התביעה היא עילה של "עשיית עושר ולא במשפט", שאיננה מצריכה הוכחת נזק (ראו פירוט בהמשך על כך בפיסקה 173 להלן). כך, בפסיקה אחרת של בית משפט זה, שבגדרה נזכר עניין תנובה, צוין, בהתייחס לעניין זה, כי: "... העולה מהאמור לעיל, שהפגיעה באוטונומיה ותחושת הגועל נאמרו בדיבור אחד, ושתיהן מגלמות בחובן נזק לא ממוני, ומכאן גם הדרישה כי הפגיעה לא תהא בגדר זוטי דברים" (ע"א 4576/08 בן-צבי נ' פרופ' יהודה היס, בפיסקה 27 לפסק דינו של חברי, השופט י' עמית (07.07.2011); ההדגשה שלי – ח"מ)). הדברים מבהירים כי הדיון בהגנת "זוטי דברים" בעניין תנובה נעשה שם תוך התמקדות בפגיעה באוטונומיה, והיה ממוקד איפוא לנסיבות של אותו המקרה, ולא היה כללי ונרחב. הנה כי כן – לא נראה שהייתה שם כוונה

לייצר הלכה שתחול על כל התובענות הייצוגיות, אלא רק נאמר שבנסיבות של אותו העניין – אין מדובר בפגיעה של מה בכך.

131. על כן, ונוכח המסגרת הדיונית בה אנו נמצאים – דיון נוסף – אני סבור כי הגיעה העת לבחון לעומק את הסוגיה של הגנת "זוטי דברים" בהקשר לתובענות ייצוגיות. ואולם טרם שאעשה כן, אציין מספר מקרים נוספים שנדונו בבית משפט זה, בהם הייתה התייחסות בנוגע לתחולת ההגנה כאמור.

132. המקרה הראשון שאזכיר הוא ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ (12.03.2014) (להלן: עניין סלומון). בבסיס אותו עניין הייתה טענה להימצאות יסוד מתכתי בכמות אסורה במוצר מזון, אשר נטען כי גרמה לפגיעה באוטונומיה של הצרכנים, וכך נקבע בעניין זה שם:

> "בהתחשב בכך שעניינו בפגיעה, אם בכלל, בעוצמה ברף נמוך, ובהתחשב בכך שבנזק לא ממוני של פגיעה באוטונומיה עסקינן, נזק שמלכתחילה אינו קל לכימות ויש בו היבט אינדיבידואלי-סובייקטיבי בעל משקל, ניתן להגיע למסקנה כי בנסיבות המקרה מדובר בפגיעה שעשויה להיחשב כזוטי דברים, גם בהיבט של קבוצת הצרכנים הרלוונטית על השונות שבין חברי הקבוצה, ולכן אינה מצדיקה פיצוי" (עניין סלומון, בפיסקה 16 לפסק דינו של חברי, השופט י' עמית, וראו גם פיסקה 37 לפסק דינו; ההדגשות שלי – ח"מ).

הנה כי כן, עולה מהאמור כי בעניין סלומון **הוחלה** הגנת "זוטי דברים" מן הטעמים כי: כלל לא בטוח שהוכחה פגיעה, מדובר היה בנזק לא ממוני, שאיננו קל לכימות ויש בו פן סובייקטיבי, מה גם שקיימת שונות בין חברי הקבוצה שאיננה מצדיקה פיצוי. הדגש בעניין סלומון היה איפוא על הדיון בנזק עצמו – ובשאלה האם הפגיעה שם בכלל עלתה כדי נזק. כך, חברי, השופט י' עמית הדגיש באותו עניין כי: "נשים נגד עינינו את עקרונות דיני הנזיקין, בכללם הדרישה להוכחת קיומו של נזק" (שם, בפיסקה 13 לחוות דעתו).

בנסיבות המקרה שבפנינו אף אחד מן השיקולים הנ"ל (שאלת קיום הנזק, אופן כימות הנזק, או שונות בין חברי הקבוצה) אינם רלבנטיים, שכן בענייננו מדובר **בגביית יתר** שנטען כי נעשתה שלא כדין, בה ההתעשרות שצמחה ניתנת לכימות באופן אובייקטיבי (מכפלת של הסכום שנגבה ביתר בכל חודש ממבוטח במספר החודשים שבהם בוצעה גביית היתר), ואין שונות ניכרת בין חברי הקבוצה. משכך, סבורני כי לא

ניתן ללמוד מעניין סולומון על נסיבות העניין שבפנינו, ואף לא נקבעה שם הלכה כללית באשר לתחולת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות.

133. מקרה שני בו נדונה הגנת "זוטי דברים" בהקשר לתובענה ייצוגית הוא רע"א 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' עו"ד מיה גד מסטיי (06.07.2015) (להלן: עניין חוגלה). אותו עניין עסק בפגמים שהתגלו בחיתולים, ונטען כי אלה גרמו עוגמת נפש וחוסר נוחות פיזית לצרכנים ולילדיהם. כך נקבע באותו מקרה:

> "אשר לטענה בדבר זוטי דברים; אומר כבר עתה כי קביעתו של בית המשפט המחוזי – לפיה היקף הצרכנים שצרכו את החיתולים הפגומים, טיב הפגם, כמות הפניות לחוגלה והנזק הנטען, מצביעים יחד על כך שלא מדובר בזוטי דברים – מקובלת עלי במלואה. כבר עמדתי על כך שעל פני הדברים, התקלה בחיתולים יורדת לשורש הפונקציה שאותה הם נועדו למלא, ועל כן אין לומר כי מדובר בפגם של מה בכך. על כל פנים, גם אם היינו מניחים כי הנזק שנגרם לכל פרט בקבוצה אינו רב – מבלי לקבוע מסמרות בדבר – יש לזכור כי אנו עוסקים במטריה של תובענות ייצוגית, בה המוקד הינו הנזק המצרפי שנגרם לקבוצה" (עניין חוגלה, בפיסקה 16).

בעניין חוגלה נדחתה איפוא לגופה הטענה להגנת "זוטי דברים", והשיקולים לקביעה זו היו: היקף הצרכנים, טיב הפגם, כמות הפניות לנתבעת שם והנזק הנטען. לא נקבעה בעניין זה הלכה כי ההגנה עשויה לחול בתובענות ייצוגיות, ולא נדונו בו השיקולים השונים הרלבנטיים לנושא.

134. מקרה שלישי בו הייתה התייחסות להגנת "זוטי דברים" בהקשר לתובענה ייצוגית הוא עניין ברזילי. אותו עניין עסק בהטעיה ואי-גילוי בנוגע לסימון כשרות לפסח במוצרי מזון, כאשר הפגיעה העיקרית, אשר נדונה שם, הייתה פגיעה באוטונומיה. בחוות דעתי שם קבעתי כי העובדה שנודע לצרכנים מסוימים, עובר לחג הפסח, על אודות ההטעיה – חסכה מהם את עיקר הפגיעה בליבת האוטונומיה, שכן הם לא צרכו בפועל את מוצר המזון בפסח. ציינתי כי **במצב דברים זה, של פגיעה, שאיננה עולה כדי פגיעה בליבת האוטונומיה** – הפגיעה הנטענת:

> "... נותרה קלת-ערך – עד שלא ניתן, לטעמי, לראות בה יותר מאשר 'פגיעה מזערית', שהיא בגדר *de-minimis* – הן במובן האישי, והן במובן "הקבוצתי"... ככזו, היא איננה מצדיקה תביעה אישית ואף לא תובענה ייצוגית..." (שם, בפיסקה 45 לחוות דעתי).

עם זאת עיקרון "זוטי דברים" לא עמד איפוא במוקד המחלוקת בעניין ברזילי, וכך גם הדיון בגדרו שם התמצה לכדי פיסקה אחת, שהופיעה בפרק שהיה ממוקד לדיון ב"נזקים לא ממוניים בגין פגיעה באוטונומיה של הצרכן במסגרת תובענה ייצוגית". אינני סבור כי הדברים שנקבעו שם הם בעלי השלכות רוחב, או שהם חלים ישירות על ענייננו, שכן כאמור – לנסיבות המקרה שבפנינו אין כל קשר לפגיעה באוטונומיה, ובכלל, בנסיבות שבכאן לא מתעורר כלל דיון בשאלת הנזק, שכן מדובר פה בכלל על התעשרות שלא כדין, שניתן לאמוד אותה באמצעות חישוב אובייקטיבי. יתר על כן, הדברים שקבעתי שם התייחסו לנסיבות המקרה הספציפי שם – לפגיעה בשולי הזכות לאוטונומיה – וזאת במטרה להדגיש את ההבדל הקיים בין פגיעה **בליבת הזכות** לאוטונומיה, שאז פגיעה זו עשויה לזכות את התובע בפיצוי, לבין מקרה בו לא נגרם נזק תוצאתי של ממש. כאמור, לא כך הדברים בענייננו.

135. זאת ועוד – בהמשך חוות דעתי בעניין ברזילי קבעתי כי אין מקום לדחות בקשה לאישור לתובענה ייצוגית שם מן הנימוק שסכום הפיצוי האישי המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה הוא נמוך; וכך התבטאתי:

> "כמעט מיותר לציין בהקשר זה כי העובדה שסכום הפיצוי האישי הנתבע הוא קטן יחסית – איננה יכולה לשמש טעם לדחיית הבקשה לאישור בנימוק שהתובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, שהרי מכשיר התובענה הייצוגית נועד בדיוק למצבים מעין אלו" (שם, בפיסקה 74 לחוות דעתי; ההדגשה במקור – ח"מ).

בנוסף, אזכרתי שם פסיקה של בית משפט זה שקבעה כי התובענה הייצוגית נועדה לטפל במקרים בהם הסעד המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה איננו גבוה מספיק כדי להצדיק תביעה אישית (ראו: שם, בפיסקה 74 לחוות דעתי; והשוו לעניין עמוסי, בפיסקה 18 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' ריבלין).

136. מקרה רביעי שבו נדונה הגנת "זוטי דברים" בקשר לדיני התובענות הייצוגיות הוא ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003) (להלן: עניין תנובה הראשון). למען הנוחות אסביר את ההשתלשלות האירועים בערכאות השיפוטיות באותה פרשה: בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, הוגש ערעור לבית משפט זה, אשר התקבל (עניין תנובה הראשון), והדיון

הוחזר לבית המשפט המחוזי כדי לדון בתובענה הייצוגית לגופה. לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, הוגש ערעור עליו לבית משפט זה (עניין תנובה).

בעניין תנובה הראשון נקבע כך:

> "עשויים להיות מקרים **לא מעטים שבהם** סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, **לא יהיה בה כדי להצדיק לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית. אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר *de minimis*"** (שם, בעמ' 685; **ההדגשות הוספו** – ח"מ).

הנה כי כן, בעניין תנובה הראשון לא נקבעה הלכה מנומקת בסוגיית תחולת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות, אלא רק נפסק כי ייתכנו מקרים שבהם סטייה קלה מהוראות תקן לא תצדיק תובענה ייצוגית. כך, עניין תנובה הראשון אוזכר גם במקום אחר בהקשר לקביעה כי:

> **"לא בכל מקרה בו נופל פגם ברישום הרכיבים של מוצר מזון מצדיק הדבר פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ובגין תחושות שליליות וייתכנו בהחלט מקרים אשר למרות קיומו של פגם מסויים בדיווח על תכולת המוצר לא יצדיק הדבר מתן פיצוי"** (עניין תנובה, **בפיסקה 29**).

התייחסות זו מעידה על כך שהדברים נקבעו שם באופן ספציפי, ביחס למקרים של סטייה מדרישה מסוימת מתקן במוצר מזון, ובאשר לפיצוי על נזק מסוג פגיעה באוטונומיה. אין להסיק מן הדברים האמורים לענייננו, שכן אצלנו מדובר בגביית יתר שלא כדין שנמשכה במשך שנים, והנזק הנטען איננו מסוג של פגיעה באוטונומיה, אלא בהתעשרות ממונית הניתנת לכימות בצורה אובייקטיבית.

137. **לדיון נוסף על תחולת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות בספרות – ראו:** תובענות ייצוגיות, **בעמ' 232-235; אלעד אופיר** תובענות ייצוגיות בישראל **132-167** (2017) (להלן: אופיר); **אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית"** עיוני משפט **מב** 5, 33 (2019) **ובפרט ה"ש 59 שם; יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית"** עיוני משפט **לז** 7, 42 (2014); **אורי גורן** סוגיות בסדר דין אזרחי פרק ב – תובענות ייצוגיות – חלק ב 1293 (2013); אדד, **אשר מתנגד להרחבת הגנת "זוטי דברים" לכזו שתחול על כלל ענפי המשפט; והשוו: סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון"** מחקרי משפט **כ** 299, 342 **(2004)**; Gary L. Sasso, *Class Actions:*

Jeff Nemerofsky, *what is "Trifle" Anything?*, 37 GONZ. L. REV. 315 (2001-2002); *De Minimis Curat Lex?* 31 LITIGATION 16 (2005) (להלן: **Nemerofsky**).

138. מכל המקובץ לעיל עולה כי הפעמים בהן בית משפט זה הכיר באפשרות של החלת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות היו במקרים של **תובענות ייצוגיות נזיקיות**, בהן הנזקים שנטענו היו לא ממוניים, לרוב מהסוג של פגיעה באוטונומיה – והדיון בהגנת "זוטי דברים" נעשה בגדרי השאלה האם נזקים אלה בכלל הוכחו. במילים אחרות, השימוש בהגנת "זוטי דברים" נעשה, למעשה, **במסגרת של בחינת קיום הנזק**. כך, הועלתה במקרים הנ"ל האפשרות כי לא כל חריגה מסימון על מוצר מזון, או סטייה מהוראת תקן, למשל, ולא כל תחושה שלילית הנגרמת בגין אלו – יתגבשו בהכרח לכדי נזק. בעניין סולומון, לדוגמה, שהוא המקרה היחיד, מבין אלה שהוצגו לעיל, שבו התקבלה הטענה ל"זוטי דברים" – הקביעה התבססה על כך שכלל לא בטוח שהוכחה שם פגיעה, קרי שייתכן שלא נגרם שם כל נזק.

139. במאמר מוסגר יצוין כי גם מרבית פסיקותיהן של הערכאות הנמוכות, אשר הכירו באפשרות של החלת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות – עסקו בנזק מסוג של פגיעה באוטונומיה עקב הטעיה שנגרמה, בהקשר לרכיבים שנמצאו במוצרי צריכה שונים (**ראו, למשל**: ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 יורשי המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (07.10.2008) (**הימצאות סיליקון בחלב**) **שעליו נסוב** עניין תנובה; ת"א (מחוזי ת"א) 1545/08 אלפסי נ' סופר פארם ישראל בע"מ (22.08.2010) (**הימצאות חומר כימי בבקבוקי האכלה לתינוקות**); בש"א (מחוזי י-ם) 7810/09 ארד נ' שופרסל בע"מ (02.10.2011) (להלן: עניין ארד) (**מכירה של מוצר שהכיל שומן צמחי כמוצר בשם "גבינה"**); ת"צ (מחוזי ת"א) 39341-09-14 גודנין נ' טיב רשתות בע"מ (19.02.2017) (**היעדר שילוט בסמוך למקררי גבינות**); ת"צ (מחוזי חי') 38449-04-11 שטיין נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ (18.12.2014) (**שיווק דגני בוקר שלא במשקלים המנויים**); ת"צ (מחוזי חי') 13026-07-13 דהאן נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (29.09.2014) (**תכולת משקאות שוקו שלא תאמה את זו אשר קבועה בתקן**); ת"צ (מחוזי חי') 24398-09-13 ח'ריש נ' תנובה מרכז שיתופי לתוצרת חקלאית בישראל בע"מ (13.11.2014) (**אי סימון חומר משמר המצוי במוצרי יוגורט**)).

בהקשר זה אציין כי יש חשיבות להפריד, מבחינה אנליטית, במקרים עתידיים בין הדיון בשאלה האם נגרם נזק, לבין הבחינה האם חלה הגנת "זוטי דברים". כך, אם מגיעים למסקנה כי הפגיעה לא התגבשה לכדי נזק – כלל אין מקום להידרש להגנת "זוטי

דברים", שהרי הגנה זו רלבנטית רק לאחר קביעה שנגרם נזק (ומשמעות קבלת הטענה היא כי אכן נגרם נזק, אך הוא בגדר "זוטי דברים").

לעומת זאת, במקרה שלפנינו כלל לא מדובר בנזק נזיקי, אלא שעסקינן כאמור בתביעה להשבה של רווח מהתעשרות שצמחה מגבית יתר, כאשר ההתעשרות עצמה כלל לא עומדת במחלוקת בנסיבות המקרה שבפנינו, והשאלה העיקרית היא האם הגביה נעשתה בניגוד לדין, אם לאו. במקרה כזה, השיקולים שנדונו בפסקי הדין שנסקרו לעיל ביחס להגנת "זוטי דברים", והבחינה האם הפגיעה שנגרמה בכלל עולה לכדי "נזק" – אינם רלבנטיים לנסיבות שבכאן, ועל כן אין ללמוד מהם לענייננו.

140. המקרה האחרון בו נדונה טענה ל"זוטי דברים" בהקשר של תובענה ייצוגית הוא פסק הדין, נושא הדיון הנוסף. אולם גם בעניין זה לא נפסקה בהכרח הלכה, אלא שהדברים נקבעו שם למעלה מן הצורך, שכן חברתי, השופטת י' וילנר קבעה כדלקמן:

> "... טענות המבקשים כלפי הפניקס לא הוכחו כראוי בבית המשפט המחוזי, ומכל מקום, הן בגדר "זוטי דברים" אף כשהדברים נבחנים מנקודת מבטה של הקבוצה כולה, ולא רק מנקודת מבטו של היחיד..." (פיסקה 52 לפסק הדין; ההדגשות שלי – ח"מ).

עמדתי כאן איננה סותרת איפוא את אשר נקבע בפסק הדין. הקביעה שם בנוגע ל"זוטי דברים" לא עולה כדי הלכה, שכן היא נאמרה כאמרת אגב, וחברתי, השופטת י' וילנר לא התבססה עליה בקביעה כי יש לדחות את הערעור באשר לסוגיה זו.

141. לאחר שסקרתי את האמור לעיל – נראה כי שאלת החלתה של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות אכן טרם הוסדרה בפסיקתו של בית משפט זה באופן מעמיק וחד משמעי, וישנן פסיקות סותרות ביחס אליה. על כן, יש מקום, להשקפתי, לקבוע הלכה ברורה בנושא, ולפיה: הגנת "זוטי דברים" **איננה חלה בתובענות ייצוגיות**.

יודגש כי קביעה זו איננה סותרת את אשר נקבע בעניין תנובה, או בפסק הדין, שכן, כפי שאראה בהמשך – אני מסכים עם כך שייתכנו מקרים מסוימים ומצומצמים, בהם אין מקום לאשר תובענה ייצוגית, משיקולים שונים, כגון מקרים בהם הנזק המצטבר שנגרם לחברי הקבוצה הוא זניח. אולם לטעמי המסגרת הדוקטרינרית לטיפול במקרים אלה כבר קבועה בחוק תובענות ייצוגיות, ועל כן אין צורך להידרש להגנת "זוטי דברים", שהיא "חיצונית" לחוק זה. חלק מהרציונלים שנדונו בפסקי הדין שסקרתי לעיל עומדים גם הם בבסיס קביעותיי כאן.

142. הנימוקים לקביעה כי הגנת "זוטי דברים" **לא** חלה בתובענות ייצוגיות הם בעיקרם שניים:

הטעם הראשון הוא כי יש סתירה בין מוסד התובענה הייצוגית, התכליות שהוא משרת והערך החברתי הגלום בו, לבין הגנת "זוטי דברים". על כך עמדתי לעיל, וארחיב הדברים עוד מיד בסמוך.

הטעם השני הוא כי אני סבור שבחוק תובענות ייצוגיות עצמו כבר קבוע **מנגנון פנימי** המאפשר לדון ולהתחשב בשיקולי צדק, אשר עומדים גם הם בבסיס הגנת "זוטי דברים", וזאת ניתן לעשות באמצעות סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, ועל כן אין צורך להידרש להחלת הגנה "חיצונית", כאשר הפתרון קבוע בחוק עצמו, ומשקף את האיזון שהמחוקק בחר לבצע בין תכליות התובענה הייצוגית לבין מקרים בהם ייתכן שלא ראוי לאשר בקשה לאישור תביעה כתובענה ייצוגית.

אפרט עתה את הדברים כסדרם להלן.

הגנת "זוטי דברים" סותרת את תכליותיה של התובענה הייצוגית

143. סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, שכותרתו: "מטרת החוק", מונה את תכליותיה של התובענה הייצוגית:

> "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:
> (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
> (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;
> (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;
> (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

144. הנה כי כן, מקובל לומר כי התובענה הייצוגית משרתת, למצער, תכלית דואלית:

מימוש **אינטרס הפרט** – באמצעות הענקת סעד, במקרים בהם הנזק הקטן שנגרם לפרט איננו מצדיק הגשת תביעה פרטנית, ומתן זכות גישה לערכאות בנסיבות בהן הפרט היה מתקשה להגיש תביעה אישית, או אף נמנע מכך;

ומימוש **האינטרס הציבורי** – בקידום אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו, וניהול הליך יעיל וחסכוני, אשר חוסך זמן ומשאבים שיפוטיים. כך, התובענה הייצוגית מרתיעה "שחקנים מתוחכמים" שעלולים לנצל לרעה את חוסר הכדאיות של היחיד להגיש תביעה כנגדם, והדברים נכונים במיוחד כשמדובר בקבוצות שאינן מאוגדות, כגון צרכנים. חוסר הכדאיות של הפרט להגיש תביעה במצבים מעין אלה טופלה על-ידי המחוקק באמצעות הבטחת גמול לתובע המייצג ושכר-טרחה לעורכי הדין, וכך הוצגו הדברים בהצעת החוק:

> "הואיל ומלכתחילה הנזק לכל תובע בנפרד קטן ולא מצדיק התדיינות משפטית, הדרך ליצור אינטרס להגשת התביעה היא על ידי הבטחת שכר משמעותי לנציג." (דברי ההסבר שצורפו להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 ה"ח מס' 890/16, אשר הועברה לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בתאריך 25.02.2004) (להלן: הצעת חוק תובענות ייצוגיות)).

(**עיינו גם**: תובענות ייצוגיות, **בעמ' 65**; עניין תנובה, **בפיסקה 21**; **רע"א 4556/94** טצת נ' זילברשץ, **פ"ד מט**(5) 774, 783-785 (1996) (להלן: עניין טצת)).

145. **בית משפט זה עמד לא פעם על תכליותיה של תובענה הייצוגית, ופסק, בין השאר, כך:**

> "יש בה (בתובענה הייצוגית – ח"מ) כדי להגן על אינטרס היחיד שנפגע ואינו טורח להגיש תביעה; יש בה אינטרס ציבורי לאכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית; יש לה ערך מרתיע מפני הפרת החוק; יש בה כדי לבלום שימוש לרעה בכוח הנתון בידי בעלי שליטה, שחלקם בהון אינו עומד לעתים בשום יחס לכוח שליטתם ולמנוע מניפולציות על חשבון "המשקיע הקטן"; יש בה חיסכון במשאבים ומניעת ריבוי תביעות" (ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, **פ"ד נא**(2) 312, 323 (1997)).

וכן:

> "התובענות הייצוגיות הקלאסיות נועדו להתגבר על מצבים שבהם כל פרט בקבוצה סבל נזק קטן ביותר, שאלמלא התאגדות הקבוצה כולה בדרך של תובענה ייצוגית לא היה לו עניין ויכולת כספית לתבוע בגין נזקו" (**רע"א 3126/00** מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ, **פ"ד נז**(3) 220, 278 (2003) (להלן: עניין א.ש.ת.), **עמדת הרוב אושרה בדיון הנוסף: דנ"א 5161/03**

א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005)).

וראו עוד:

> "הליך התובענה הייצוגית משמש לעידוד הגשת תביעות במקרים שבהם שיעור הנזק שנגרם לכל ניזוק בנפרד הוא כה מזערי, עד כדי חוסר כדאיות אישית בהגשת תביעה, ואילו שיעור הנזק לקבוצה כולה הוא גדול" (ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787, 801 (2002)).

וכך נכתב במבוא להצעת חוק תובענות ייצוגיות (ה"ח הכנסת 93, 26.07.2005, בעמ' 232) ביחס לתכלית הדואלית של התובענה הייצוגית:

> "כלי משפטי זה נועד בעיקר למצבים שבהם תאגיד גדול או רשות פוגעים בציבור גדול באופן שלכל פרט נגרם נזק קטן אשר אינו מצדיק הגשת תביעה על ידו, אולם סך כל הנזק המצטבר לציבור הנפגעים הוא רב... מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרחיק מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות."

146. מטרה נוספת של התובענה הייצוגית היא שלילת רווחי המפר – ומניעת עשיית עושר ולא במשפט. האינטרס הציבורי מחייב כי עוסקים שונים, כגון: חברות ביטוח, לא יפרו הוראות חוקיות ויפגעו בזכויותיהם של הצרכנים. בתוך כך, התובענה הייצוגית נועדה למנוע התעשרות שלא כדין של עוסקים – על חשבון ציבור גדול של צרכנים, ובכך מתקיים עיקרון העל של: "לא יהא חוטא נשכר" (ראו: עניין א.ש.ת., בעמ' 239-241; ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, פ"ד סב(2) 437, בפיסקאות 8-9 לפסק דינה של הנשיאה ד' בינישׁ (2007); תובענות ייצוגיות, בעמ' 82-83; סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" שערי משפט ד 9, 22 (תשס"ה) (להלן: דויטש)).

לעיון נוסף על תכליותיה ויתרונותיה של התובענה הייצוגית ראו: עניין ברזילי; עניין תנובה, בפיסקאות 21-22; ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשיה בע"מ, פ"ד נו(2) 247, 256 (2001); תובענות ייצוגיות, בעמ' 65-94; אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 12 (2011) (להלן: קלמנט); דויטש, בעמ' 21-24; קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט

"יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים מה 709, 715-718 (2016); אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 135-136 (2006) (להלן: קלמנט, קווים מנחים); אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935 (2016); אופיר, בעמ' 455-588.

147. זאת ועוד: כשמדובר בתובענה ייצוגית **צרכנית**, מן הסוג שנדון בפנינו, יש ליתן **משקל מוגבר** לתכליות של הרתעה מפני הפרות של הדין, הפוגעות בכלל הציבור, ושל הרתעת עוסקים מהתעשרות בלתי הוגנת, והשבת הרווח הבלתי מוצדק אל הצרכנים (דויטש, בעמ' 23-24). בתובענות ייצוגיות מן הסוג הצרכני יתרונותיה של התובענה הייצוגית מתבטאים במובהק, שכן אחת מהמטרות של דיני הגנת הצרכן היא מניעת התעשרות שלא כדין מצד גופים כלכליים גדולים על חשבון היחיד, וזאת נוכח פערי הכוחות המובנים בין צדדים אלה (עניין תנובה, בפיסקה 22). וכך נקבע בהקשר זה בבית משפט זה בפרשה אחרת:

> "התובענה הצרכנית הייצוגית נועדה לשרת את האינטרס של כלל הצרכנים... כנגד גוף כלכלי חזק המנצל את חוסר הכדאיות שבהגשת תביעה נגדו בגין נזקים קטנים יחסית" (ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 608-609 (2001) (וראו את הדיון הנוסף על פסק דין זה: עניין ברזני)).

148. נוכח האמור לעיל, בסוג התובענות הייצוגיות הצרכניות הללו, לרוב, יש **תועלת חברתית** בבירור משפטי – והדבר מהווה נימוק נוסף שלא להחיל את הגנת "זוטי דברים" לגביהן. עמד על כך השופט ע' גרוסקופף בפסק דינו בעניין חרסט שניתן בהיותו עוד בבית המשפט המחוזי, ואביא את הדברים כאן במלואם, משום שהדוגמא שבה הוא השתמש קרובה, בנסיבותיה העובדתיות, למקרה שבכאן:

> "תובענה ייצוגית צרכנית מייצגת, לעיתים קרובות, מצבים בהם, הן מבחינה חברתית, והן מבחינת הנפגע הסביר, יש תועלת בבירור משפטי. טלו, למשל, מצב בו בנק מסוים גובה מלקחותיו, באופן שיטתי, אגורה אחת שאיננו זכאי לגבות מהם. להבנתי, גביה שכזו אינה מהווה "זוטי הדברים", שכן לא מתקיימים לגביה לא התנאי הראשון ולא התנאי השני לתחולת הדוקטרינה. התנאי הראשון לא מתקיים שכן מעשה שכזה, מבחינה חברתית, הוא בעל משקל, ואינו "קל ערך" (הבנק "גוזל" באופן שיטתי מכספי הלקוחות, וזאת בניגוד להוראות הדין); התנאי השני לא מתקיים משום שאדם סביר היה רואה

> בהתנהלות זו עילה לתלונה, גם אם היה נמנע משיקולים פרקטיים מהגשתה (סכום הפגיעה נמוך מכדי לכסות את עלויות התביעה). לפנינו אם כך מצב בו הן מבחינת החברה והן מבחינת הנפגע הסביר מדובר בסוגיה המצריכה ליבון משפטי, ומכשיר התובענה הייצוגית נועד על מנת לאפשר בירור זה" (שם, בפיסקה 44; ראו עוד: אופיר, בעמ' 166-167).

149. כאמור לעיל, אחת ממטרותיה של הגנת "זוטי דברים" היא למנוע התדיינויות על נושאים קלי ערך, שאין בהם חשיבות ציבורית. אולם כפי שהראיתי לעיל, בתובענה ייצוגית, ובמיוחד כשמדובר בתובענה ייצוגית צרכנית – יש תועלת ציבורית אינהרנטית, שכן אחת מתכליותיה היא לשמר את האינטרס הציבורי, כאמור לעיל.

השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין קבע בעניין ברזילי בהקשר זה כך:

> "מטרתו של חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, היא ציבורית, ועל בית המשפט לשוות זאת לנגד עיניו בהכרעותיו לכל אורך דרך הטיפול בהן..." (ההדגשה במקור – ח"מ).

150. זאת ועוד: החלת הגנת "זוטי דברים" על תובענות ייצוגיות עלולה ליצור אפקט מצנן מלהגיש תובענות מסוג זה, שמא היא תיהפך לטענת הגנה שגורה בפיהם של נתבעים, והדברים נכונים ביתר שאת כאשר מדובר בשלב מקדמי של בחינת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מבלי שמתקיים דיון לגופם של הדברים. החלת ההגנה עלולה להוות איפוא כר פורה לסילוק תובענות ייצוגיות שמוגשות על-ידי מעוטי יכולת, ששווין הכלכלי מבטא פגיעות קלות ערך (אדד, בעמ' 165).

151. סקירת התכליות של דיני התובענות הייצוגיות מעלה איפוא כי תכליות אלו סותרות את הרציונל העומד בבסיסה של הגנת "זוטי הדברים". זאת, שכן גם אם אין הצדקה להטיל אחריות על מזיק שגרם נזק קל ערך לפרט מסוים, עדיין יכולה להיות הצדקה להטיל אחריות שכזו על מזיק שגרם נזק מעין זה לקבוצת אנשים, ובאופן שיטתי (השוו: עניין ארד). כך, גם תכליתה של הגנת "זוטי דברים", מניעת בזבוז משאבים בעיסוק בתביעות קלות ערך – איננה רלבנטית בהקשר לתובענות ייצוגיות, שכן תובענות אלו נועדו בדיוק למטרה זו – **לאחד** תביעות רבות המבוססות על נזקים קלים, אשר לא היו מוגשות באופן פרטני, וזאת במטרה להרתיע גופים גדולים מלפגוע בזכויות הצרכנים (שם).

152. **סיכומם של דברים**, אופייה הדו-צדדי של הגנת "זוטי דברים" מעיד על כך שהיא איננה מתאימה לחול בתובענה ייצוגית, הטומנת בחובה תכליות ציבוריות וחברתיות, שהן רחבות הרבה יותר מעניינם של הצדדים להליך עצמם, ואפילו מאלו של הקבוצה. כך, החלת ההגנה של "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות, מתוך הנחה שהנזק הכולל שנגרם מסתכם בחיבור שלל הנזקים הפרטניים שנגרמו לחברי הקבוצה, והשוואה בין הנזק שנגרם לכל אחד מהם, או אפילו הנזק המצטבר שנגרם להם יחד, לבין עלויות ניהול התובענה הייצוגית – לא לוקחות בחשבון את הנזקים החברתיים שנגרמו מההפרה הנטענת, ובמיוחד את התועלות החברתיות שיצמחו משימוש במוסד התובענה הייצוגית – כמו הרתעת המעוול על-ידי הטלת האחריות עליו, שינוי דרכי התנהגותו וכן הרתעת מעוולים פוטנציאלים אחרים. שימוש בחישובי יעילות-תועלת, אשר רלבנטיים לצדדים עצמם בלבד, איננו מדויק איפוא, ועלול להוביל למצב של תת-הרתעה (ראו: גיא הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג 247, 293-294 (תשס"ה); Patrick A. Luff, *Bad Bargains: The Mistake of Allowing Cost-Benefit Analyses in Class Action Certification Decisions*, 41 U. MEM. L. REV. 65 (2010); Deborah R. Hensler & Thomas D. Rowe, *Beyond "It Just Ain't Worth It": Alternative Strategies for Damage Class Action Reform*, 64 LAW & CONTEMP. PROBS. 137, 146 (2001)).

בהקשר זה אזכיר את שקבעתי בעבר, כי הליך התובענה הייצוגית הוא **הליך ייחודי** – ואם מיישמים בגדרו עקרונות נזיקיים, יש לעשות כן בזהירות רבה, ותוך התחשבות בתכליות של ההליך הייצוגי (עניין ברזילי, **בפיסקה 60 לחוות דעתי שם; ההדגשה הוספה** – ח"מ).

כפי שהראיתי, חלק מהרציונלים שעומדים בבסיס הגנת "זוטי דברים" עומדים בסתירה לתכליות של דיני התובענות הייצוגיות. משכך, לטעמי, יש מקום לתת עדיפות לתכליות של ההוראה החקיקתית הרלבנטית – בעניינו, חוק תובענות ייצוגיות – על פני אלו של הגנת "זוטי דברים" (ראו בהקשר זה גם: אדד, בעמ' 157), ולקבוע כי ההגנה לא חלה לגבי חוק זה. לפיכך, כשמדובר במאטריה של דיני התובענות הייצוגיות, עדיף הכלל הידוע במשפט העברי כי: "דין פרוטה כדין מאה" (תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, דף ח', עמוד א').

153. זאת ועוד – אחרת. נימוק נוסף שלא להכיר בתחולת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות עולה מסעיף 4 לפקודת הנזיקין עצמו. נזכיר את לשון הסעיף הנ"ל המורה כדלקמן:

> "לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך" (ההדגשה הוספה – ח"מ).

הנה כי כן, אחת הדרישות לתחולת ההגנה היא כי אילו היה המעשה **חוזר ונשנה** – לא היה בו כדי ליצור עילת תביעה, ואדם סביר לא היה מלין על כך, בנסיבות המתוארות. אולם, בתובענות ייצוגיות – ה"מעשה" הוא בהכרח כזה, אשר "חוזר ונשנה", והחזרתיות יש בה כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, שהרי מדובר בקבוצה של אנשים שונים, שאותו המעשה נעשה כלפיהם, ומטבע הדברים שהם היו באים בנסיבות בתלונה על כך. לא מדובר איפוא באירוע חד פעמי, או חולף. בענייננו, מדובר בגביית יתר שנגבתה כל חודש מקבוצת מבוטחים, לאורך זמן ובאופן שיטתי. האמור מהווה טעם נוסף לכך שההגנה, בפשוטה, איננה מתאימה לחול בתובענות ייצוגיות (השוו לדבריו של פרופ' א' ברק בדיון בנוגע לעוולת הסגת גבול ועיקרון "זוטי דברים", לפיו עצם החזרה על הסגת הגבול יכולה לאיין את תחולתה של הגנת "זוטי דברים" – במסגרת הספר: יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 338, 339 (גד טדסקי עורך, מהדורה שנייה, 1976). באותו הקשר פרופ' א' ברק גם מציין כי עשויה להיות חשיבות למניע של העושה, ולהשפעה של הפעולה שלו על הסדר הציבורי (שם)).

154. טעם נוסף לכך שהגנת "זוטי דברים" לא מתאימה לחול בתובענות ייצוגיות הוא כי המשמעות של תחולת ההגנה, בהקשר הנזיקי – היא **פטור מאחריות** (סעיף 4 לפקודת הנזיקין קובע כי: "לא יראו כעוולה מעשה..."; רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, בפיסקה 4 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן (20.12.2018)), וכך גם בדין הפלילי – אם ההגנה חלה, יש פטור מאחריות פלילית (סעיף 34יז לחוק העונשין; אדד). מתעורר איפוא קושי לקבל מצב בו החלה של הגנת "זוטי דברים" בבקשה לאישור תובענה ייצוגית תוביל לקביעה כי הנתבעת **פטורה מאחריות**, שכן מדובר בשלב מקדמי, בו התובענה טרם התבררה לגופה. לכל היותר ניתן אולי לקבוע, במקרים מסוימים, כי תובענה ייצוגית היא לא המסגרת הראויה לדיון בנסיבות העניין, וזאת מכוח סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כפי שאראה להלן.

155. המסקנה המתבקשת מכל המקובץ היא כי אין מקום להחיל את הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות. יודגש כי אין משמעות הדבר כי לא ניתן יהיה להתחשב בחלק מן השיקולים העומדים בבסיס ההגנה של "זוטי דברים" גם במקרים של תובענות ייצוגיות. ניתן לעשות כן במקרים המתאימים, ובשינויים המחויבים, אלא שהמסגרת הדוקטרינרית לעשות זאת לא צריכה להיות, לשיטתי, באמצעות ההגנה האמורה, אלא על-ידי שימוש במנגנון פנימי לחוק תובענות ייצוגיות, ועל כך אעמוד מיד בסמוך.

הפתרון הראוי לסוגיה הוא באמצעות שימוש בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות

156. **סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע שאחד התנאים לאישור תובענה ייצוגית הוא כי:**

> **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".**

כך, בנסיבות שבהן בית המשפט סבור כי העילה, או הנזק המצטבר הנטענים לא מצדיקים את בירור העניין כתובענה ייצוגית – אין הוא צריך להיזקק להגנת "זוטי דברים", שהיא חיצונית כאמור לחוק תובענות ייצוגיות, אלא שהוא יכול לקבוע, לפי סעיף 8(א)(2) לחוק זה, כי תובענה ייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת (ראו גם: תובענות ייצוגיות, בעמ' 226-227, שם נכתב כי: "המונח 'הוגן' הוא למעשה 'מונח סל', אשר מאפשר החדרה של עקרונות וכללים למיניהם לתוך השיקולים שבית המשפט צריך לשקול בבואו להכריע אם ראוי לאשר תובענה ייצוגית", וראו גם: שם, בעמ' 232-235, בהם הדיון בהגנת "זוטי דברים" ממוקם כחלק מדיון רחב יותר בשאלת הוגנות ההליך, במסגרת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות; השוו: עע"מ 6993/15 עיריית תל אביב-יפו נ' אספיאדה בע"מ, בפיסקה 5 לחוות הדעת החולקת של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (16.08.2016)).

עדיף איפוא לעשות שימוש במנגנון פנימי הקבוע בחוק תובענות ייצוגיות, אשר טומן בחובו את האיזון שביצע המחוקק בין השיקולים השונים הנוגעים לאותה המאטריה הספציפית, מאשר להיזקק למנגנון חיצוני, אשר מעורר צורך לבצע בו התאמות ושינויים מתחייבים (עיינו והשוו גם לדעת המיעוט של השופט א' מצא בעניין ברזני).

157. אזכיר כאן כי בפסק הדין צוין כי בחינת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות תיעשה מנקודת מבטה של הקבוצה כולה, כך שאם מדובר במעשה שרוב חברי הקבוצה יראו בו עניין זניח שלא היה עולה בדעתם לתבוע בגינו בתובענה ייצוגית, תחול ההגנה

(בפיסקה 49 שם). מדובר, איפוא, בסטנדרט של סבירות. בחינה שכזו, אם תיעשה, במקרה בו חברי הקבוצה הספציפית **בחרו להגיש תובענה ייצוגית** בשל המעשה הנטען, תוביל בהכרח למסקנה **שלא** התקיימו פה לכאורה הטעמים להגנת "זוטי דברים". יחד עם זאת, אם בית המשפט שידון בעניין יגיע למסקנה כי, בנסיבות המקרה שבו הוגשה תובענה ייצוגית, קבוצה סבירה של פרטים לא הייתה מגישה תובענה ייצוגית בשל המעשה הנטען – הזרקור יופנה לשאלת **המניע** של חברי הקבוצה להגשת תובענה ייצוגית זו.

בגדר שאלת המניע, ניתן לבחון שיקולים כגון: תום לב והוגנות (בנוסף לבחינת השאלה האם עניינה של הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב, לפי סעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, וראו בהקשר זה: עניין ברזילי, בפיסקאות 83-96 לחוות דעתי שם); האם התובענה הייצוגית הוגשה מתוך רצון לפגוע בנתבע, או מתוך ניסיון "לסחוט" פשרה, או להפעיל לחץ על הנתבע, או על בא-כוחו, כאמצעי להשיג מטרות, אשר זרות לתובענה הייצוגית ולתכליותיה (עניין ברזילי, בפיסקה 95 לחוות דעתי; עניין טצת, בעמ' 788; קחו למשל מקרה בו התובענה הייצוגית הוגשה על-ידי מתחרים של הנתבע, במטרה ליצור תחרות בלתי הוגנת (קלמנט, קווים מנחים, בעמ' 146; תובענות ייצוגיות, בעמ' 20, ה"ש 17 שם)); האם מדובר בתובענה קנטרנית, או בתביעת סרק (על תביעות סרק בתובענות ייצוגיות ראו: ע"א 1509/04 דנוש נ' **Chrysler Corporation**, בחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (22.11.2007); קלמנט, בעמ' 12-16). כך גם מקרים בהם עלות ניהול התובענה הייצוגית היא גבוהה מהפיצוי שעשוי להיפסק לכל אחד מן התובעים, יכולים להיות אינדיקציה לכך שהמניע שבגינו הוגשה התובענה הייצוגית הוא פסול, ולהוביל למסקנה שתובענה הייצוגית היא לא הדרך ההוגנת לבירור המחלוקת (השוו: תובענות ייצוגיות, בעמ' 234-235; קלמנט, קווים מנחים, בעמ' 146; Cotchett v. Avis Rent A Car System Inc., 56 F.R.D. 549 (S.D.N.Y. 1972)).

כל השיקולים המוצגים לעיל יכולים לחסות תחת קורת הגג של המונח: "**הוגנת**", המופיע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. לפיכך, אין צורך, כאמור, להשתמש בהגנת "זוטי דברים", שכן כלל השיקולים שהוצעו להיכלל במסגרתה בהקשר של תובענות ייצוגיות – יכולים להיכנס בגדרי חוק תובענות ייצוגיות עצמו, ועדיף להיזקק למקור נורמטיבי פנימי לחוק המסדיר מאטריה מסוימת, מאשר לפנות למקורות חיצוניים אליו (השוו: אדד, בעמ' 130-131, הגורס כי ניתן להתחשב ברציונל של עיקרון "זוטי דברים" בגדר "שיקולי צדק", המופיעים בדיני החוזים ובדיני עשיית עושר ולא במשפט, וזאת בכפוף לתכליות זכות התביעה הקונקרטית שכנגדה מועלית הטענה ל"זוטי דברים").

158. **זאת ועוד – אחרת. במסגרת הבחינה לפי סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות – ניתן להתחשב גם בשיקולים הנובעים מנקודת מבט חברתית, ולשאול האם יש בהגשת תובענה ייצוגית, בנסיבות, תועלת וחשיבות חברתית** (השוו: עניין חרסט; עניין הצלחה; ת"צ (מחוזי מרכז) 34556-04-10 גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ (15.09.2011), ערעור על פסק הדין נדחה: ע"א 6535/13 גלזר נ' פלאפון תקשורת בע"מ (06.05.2015)). סבורני כי ברוב המקרים שבהם מדובר בתובענות ייצוגיות צרכניות, יש בהגשת התביעה הייצוגית תועלת חברתית (ראו: עניין חרסט).

שיקולים נוספים שניתן להתחשב בהם בהקשר זה הם: האם ההפרה הנטענת היא חד פעמית, או שיטתית? האם היא נמשכת לאורך זמן? האם היא מכוונת, או שמא נעשתה ברשלנות? האם היא גרמה נזק למספר רב של פרטים? האם לפעולה יש השפעות על האינטרס הציבורי? (עיינו: אדד, בעמ' 142-143). ככל שהתשובות לשאלות אלו הן חיוביות – הרי שלרוב, תצמח תועלת חברתית בקיום בירור משפטי, ולא יהיה מקום להחיל גם את סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

159. יש לציין בהקשר האמור כי העובדה שהנזקים שנגרמו לכל אחד מחברי הקבוצה אינם ניכרים – לא משמיעה בהכרח, כשלעצמה, כי תובענה ייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת לבירור המחלוקת, לפי סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. זאת, שכן דווקא במקרים בהם הנזקים האישיים הם נמוכים – ייתכן שלא יתאפשר להגיש תביעות אישיות בגינם. כך, תיאורטית, ייתכן שתביעה אישית על סכום מסוים תידחה בגין היותה "זוטי דברים", אך תביעת אותו הנזק במסגרת תובענה ייצוגית – תתקבל.

160. למעלה מן הצורך – אציין את שקבעתי בעבר, כי שיקול הדעת של בית המשפט, בבואו לבחון האם יש מקום לאשר תובענה ייצוגית, איננו מוגבל אך לתנאים המנויים בסעיפים 8(א)(1)-(4) לחוק תובענות ייצוגיות, וכי:

> "הדבר נלמד, בראש ובראשונה, מלשון הרישא של סעיף 8(א) לחוק, הקובע כי: 'בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:...'. מכאן, שגם במקרים שבהם מתקיימים כל התנאים הקבועים בסעיפים קטנים (1) עד (4) לסעיף 8(א) לחוק, עדיין נותר לבית המשפט מרחב שיקול דעת, והוא רשאי שלא לאשר את התובענה כייצוגית, אם מצא טעם ראוי לכך" (עניין ברזילי, בפיסקה 76 לחוות דעתי שם. ההדגשה שלי – ח"מ. **ראו גם: רע"א 3698/11** שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר שירותי אכיפה בע"מ, **בפיסקה כ"ו לחוות**

דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ובפיסקה 2 לחוות דעתי שם (06.09.2017)).

משכך, אף אם לא הייתי קובע כי השיקולים שמניתי לעיל עשויים להיכלל במסגרת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, הרי שבית המשפט רשאי היה להידרש אליהם ממילא.

161. אפשרות נורמטיבית אחרת לטיפול במקרים בהם בית המשפט סבור כי לא מוצדק לברר עניין כתובענה ייצוגית, בשל השיקולים שציינתי לעיל, או מטעמים אחרים, היא החובה להשתמש בזכויות משפטיות בתום לב (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, אשר חל על כל פעולה משפטית, לפי סעיף 61(ב) לחוק זה) (עניין חרסט, בפיסקה 39). אולם לטעמי – עדיף השימוש הפנימי בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, המייתר את הצורך בהיזקקות למקור נורמטיבי חיצוני לחוק זה.

162. לבסוף, אציין כי אני מותיר בצריך עיון את השאלה (אשר לא התעוררה בענייננו) האם הגנת "זוטי דברים" יכולה לחול על רכיב הנזק בתובענה ייצוגית שכבר אושרה, ונדונה לגופה, שכן בשלב דיוני זה – סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות כבר איננו רלבנטי. כך, הגנה זו לא תחסום תובענה ייצוגית מלהתברר, וניתן יהיה לבדוק, בשלב הסופי של הדיון בתובענה הייצוגית לגופה, האם הנזק המצטבר שהוכח, שנגרם לכלל חברי הקבוצה, הינו נמוך במיוחד. במקרה כזה, ייתכן שניתן יהיה לשקול שימוש בהגנת "זוטי דברים" בנוגע לרכיב הנזק המצטבר.

163. התוצאה אליה הגעתי יש לה אף תימוכין במשפט המשווה וההפניות אליו יובאו להלן.

משפט משווה

164. בארצות-הברית Rule 23 ל-Federal Rules of Civil Procedure (להלן: Rule 23) עוסק בתובענות ייצוגיות (Class Actions). בהקשר לענייננו, Rule 23(b)(3) מורה כדלקמן:

> "(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and **that a class action is superior to other available**

methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy..."
(ההדגשה הוספה – ח"מ).

הנה כי כן, הדרישות להוגנות וליעילות, המנויות בסעיף הנ"ל, דומות לאלה המופיעות בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות אצלנו.

165. החוק בקליפורניה, ארצות-הברית מעגן את עיקרון "זוטי דברים" באלו המילים:

"The law disregards trifles."
(California Civil Code § 3533).

בפסק דין של בית המשפט העליון בקליפורניה, שניתן לפני שנים אחדות, נדחתה תחולת הדוקטרינה של "זוטי דברים" על תובענות ייצוגיות, אשר עוסקות בתשלום שכר על שעות עבודה לפי California Labor Code – ראו: Troester v. Starbucks Corp., 5 Cal. 5th 829, 235 Cal. Rptr. 3d 820, 421 P.3d 1114 (2018). באותו עניין דובר בעובדים של חברת Starbucks שנדרשו להעביר כרטיס נוכחות ביציאה, לפני שביצעו פעולות שונות לסגירת יום העבודה, כגון: הפעלת האזעקה, נעילת הדלת וכו', אשר הסתכמו בעבודה של כ-4 עד 10 דקות נוספות בכל יום, שהעובדים לא קיבלו שכר עבורן. בית המשפט העליון בקליפורניה קבע כי על אף שהעיקרון של "זוטי דברים" מוכר במשפט הנוהג במדינה, הוא **איננו** חל על הנסיבות הנדונות, שכן החלת העיקרון איננה מתאימה במקרים בהם החוק הספציפי נועד לטפל ב-"Small things", כפי שמדובר באותו מקרה במספר דקות עבודה נוספות בכל יום, שאולי נחשבות כ"זוטי דברים" בעיניי חברת Starbucks, אך לא בעיניי עובדים סבירים, שמקבלים שכר לפי שעה.

וכך נקבע שם:

> "**The modern availability of class action lawsuits undermines to some extent the rationale behind a de minimis rule** with respect to wage and hour actions. The very premise of such suits is that small individual recoveries worthy of neither the plaintiff's nor the court's time can be aggregated to vindicate an important public policy.
>
> [...]
>
> It is firmly established that the benefits of certification are not measured by reference to individual recoveries alone. Not only do class actions offer consumers a means of recovery for

> modest individual damages, but such actions often produce several salutary by-products, including a therapeutic effect upon those sellers who indulge in fraudulent practices, aid to legitimate business enterprises by curtailing illegitimate competition, and avoidance to the judicial process of the burden of multiple litigation involving identical claims... **In the age of the consumer class action, the maxim [de minimis non curat lex] usually has little value**..."
>
> Harris v. Time, Inc. 191 Cal.App.3d 449, 458 [237 Cal. Rptr. 584] (1987); **Nemerofsky**, בעמ' 333-334; ההדגשות הוספו – ח"מ). (וראו גם:

הנה כי כן, נקבע שם כי מוסד התובענה הייצוגית חותר, במידה מסוימת, תחת הרציונל של עיקרון "זוטי דברים", וכי בהקשר לתובענות ייצוגיות צרכניות – לעיקרון "זוטי דברים" אין ערך רב.

166. יחד עם זאת, ולמען שלמות התמונה, אציין כי הסוגיה טרם הגיעה להכרעה בבית המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית (ראו: **Nemerofsky**, בעמ' 340-341), ואולם מרבית פסקי הדין של בתי המשפט המדינתיים שם הלכו אף הם בנתיב זה.

בעניין Mace v. Van Ru Credit Corp., 109 F.3d 338, 344 (7th Cir. 1997) **נקבע כי** Rule 23, **או** The Fair Debt Collection Practices Act (להלן: FDCPA) לא דורשים שהנזק לכל חבר קבוצה יהיה יותר מ"זוטי דברים" כדי שתובענה תתנהל כייצוגית, וכי אין מקום לדחות אישור תובענה ייצוגית בשל עיקרון "זוטי דברים":

> "a de minimis recovery (in monetary terms) should not automatically bar a class action."

פסק הדין הנ"ל אוזכר גם בעניין Macarz v. Transworld Sys., 193 F.R.D. 46, 55 (D. Conn. 2000) **שקבע, בדומה, כי תובענה ייצוגית היא הדרך העדיפה לבירור** המחלוקת בנסיבות העניין, למרות שהפיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה יהיה נמוך אם התובענה הייצוגית תתקבל.

בפסק דין נוסף, Abels v. JBC Legal Group P.C., 227 F.R.D. 541, 547 (N.D. Cal. 2005), **נקבע שתובענה ייצוגית היא הפתרון העדיף בנסיבות העניין, על אף** שכל חבר קבוצה יקבל כפיצוי רק 0.25 דולר.

למסקנות דומות הגיעו גם בפסקי הדין הבאים: Egge v. Healthspan Servs., Co., 208 F.R.D. 265, 271-272 (D. Minn. 2002); Nichols v. Northland Groups, Inc., 2006 U.S. Dist. (N.D. Ill. 2006); Sternberg v. Citicorp Credit Servs., Inc., 69 A.D.2d 352, 419 N.Y.S.2d 142 (App. Div. 2nd Dept. 1979).

בעניין Markweise v. Peck Foods Corp., 205 Wis. 2d 208, 556 N.W.2d 326 (Ct. App. 1996) נדחתה הטענה ל"זוטי דברים", תוך שנקבע כי:

> "The concept of de minimis is wrongfully argued by the City since one value to be accomplished by class certification is to provide access to the courts for those due to the size of their claim are unable practically or financially to advance their cause in any other manner. Pre-existing conditions do not intervene to prevent recovery since by definition they pre-exist the alleged wrong. They would be viable in damage determinations."

כך, גם ב- Prindle v. Carrington Mortg. Servs. LLC U.S. Dist. (M.D. Fla. 2016) צוין כי פסקי דין רבים אישרו תובענות ייצוגיות, על אף שהועלתה בהם האפשרות לתחולת עיקרון "זוטי דברים" בהקשר לפיצויים הנמוכים שנטענו שם, בעיקר בהקשר ל-FDCPA.

167. גם בית המשפט העליון במסצ'וסטס, ארצות-הברית קבע ב- Salvas v. Wal-Mart Stores, Inc., 452 Mass. 337 (2008) (שעסק גם הוא בתובענה ייצוגית בהקשר לדיני עבודה) כי אחד היתרונות של Rule 23 הוא הגמישות המתאפשרת מכוחו, תוך ההתחשבות בשיקולים, אשר רלבנטיים לנסיבות אותו עניין. לפיכך, נקבע כי החלת דרישה שהנזקים שנגרמו לחברי הקבוצה יהיו יותר מ"זוטי דברים" כדי לאשר תובענה ייצוגית – תפגע בגמישות זו ותאיין את התכליות של התובענה הייצוגית בכלל, תוך שנקבע שם כי התובענה הייצוגית לא נועדה רק כדי לפצות את התובעים, אלא גם כדי להרתיע מפני הפרות של החוק, במיוחד כשמדובר בעילות תביעה אישיות קטנות:

> "Class actions were designed not only to compensate victimized group members, but also to deter violations of the law, especially when small individual claims are involved".

168. לבסוף, גם בית המשפט העליון בניו-יורק, ארצות-הברית קבע בפסק הדין Weinberg v. Hertz Corp., 116 A.D.2d 1, 499 N.Y.S.2d 693 (App. Div. 1st Dept. 1986) כי לגובה הסכום הפרטני הנטען על-ידי כל אחד מחברי הקבוצה – אין משמעות משפטית של ממש, שכן התכלית של התובענה הייצוגית היא עידוד התנהגות אתית ואחריות חברתית מצד תאגידים וגופים גדולים, ועל כן גם סכומים נמוכים צריכים להתקבל כעילה, ואלה היו דבריו שם:

> "The public benefit of the class action remedy has been described as "a means of inducing socially and ethically responsible behavior on the part of large and wealthy institutions which will be deterred from carrying out policies or engaging in activities harmful to large numbers of individuals", people who "frequently are damaged in a small sum (often less than $ 100) since, realistically speaking, our legal system inhibits the bringing of suits based upon small claims"... Plainly, individual actions are not preferable to or the equivalent of class actions in such a context. Indeed, the amount of the average claim for each member of the class is without real legal significance. Thus, for example, in Sternberg v. Citicrop Credit Servs. (69 AD2d 352, *affd* 50 NY2d 856), an average claim as low as 50 cents did not negate a class action."

169. בפסק הדין Hicks v. Client Servs., 257 F.R.D. 699 (S.D. Fla. 2009), שבו נדונה סוגיית החלת ההגנה של "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות, הוחלט, לאחר סקירת טענות הצדדים והאסמכתאות שהובאו בקשר לסוגיה זו, לאשר את התובענה הייצוגית, וכך נקבע שם:

> "There is authority supporting both Plaintiff's and Defendant's positions. **However, we find the reasoning of the cases supporting an FDCPA class action despite de minimis recovery by the class members to be more persuasive**. While a de minimis recovery is a factor, we also consider whether the class members would be aware of their rights, would be aware that litigation would permit recovery beyond attorney's fees, and would be willing to pursue the litigation independently. Defendant argues that the number of FDCPA cases before the courts shows that the statutory provisions create an incentive to litigate. The statutory provisions do create an incentive for victims of unfair debt collection to litigate. However, we do not assume that class members understand the provisions well enough

> to know that it may be financially worthwhile to spend the time and effort to litigate these matters. Also, the number of potential class members makes concentration of these claims desirable. **We also note that decertifying this class would (theoretically) create a perverse incentive for debt collectors using unfair practices to use them as widely as possible, in order to prevent a class action from being certified. We therefore find class action is the superior method of adjudication.**" (ההדגשות שלי – ח"מ).

170. ומארצות-הברית – לקנדה. בפסק דין קנדי שניתן על-ידי The Quebec Court of Appeal נקבע כי על מנת לאשר תובענה ייצוגית יש להוכיח שנגרם נזק נפשי ממשי, בניגוד לפגיעות נפשיות קלות – Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM), 2014 QCCS 4061 (להלן: עניין Sofio). בתוך כך, נקבע כי באמצעות עיקרון "זוטי דברים" ניתן לדחות תובענות ייצוגיות המבוססות על טענות לפגיעות נפשיות, או פסיכולוגיות שאינן עולות כדי נזקים של ממש, כגון טענות לחרדה, מתח, תחושות גועל, או אי-נוחות. עניין Sofio יושם גם ב-Fortin c. Mazda Canada inc, 2016 QCCA 31 , בו נדחו טענות לנזקים נפשיים קלים בהתבסס על אותה ההנמקה.

נראה איפוא כי הגישה בקנדה דומה לזו המשתקפת מפסקי הדין של בית משפט זה, שבהם השימוש בעיקרון "זוטי דברים" נעשה רק כדי להדגיש כי לא כל פגיעה נפשית עולה לכדי "נזק" המזכה בפיצוי.

יישום על נסיבות המקרה שבפנינו

171. לאחר שסקרתי את כל האמור לעיל, אציין כי על אף שדרכי שונה מהדרך שהלכה בה חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין, בכך שלשיטתי – אין מקום להחיל הגנה של "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות באופן עקרוני – קביעה זו לא אמורה לשנות את התוצאה האופרטיבית בענייננו. הטעם לדבר נעוץ בכך שמקובלות עליי קביעותיו של בית המשפט המחוזי הנכבד כי הטענות כנגד הפניקס **לא הוכחו**, וכי הן היו פרטניות ונגעו רק לחלק מהמבקשים, כך שהן לא עוררו שאלות מהותיות משותפות ל**כלל** חברי הקבוצה, שיש אפשרות סבירה שיוכרעו לטובתם.
זאת ועוד – הגנת "זוטי דברים" לא הייתה בסיס להכרעתו של בית המשפט המחוזי בדחיית בקשת האישור ביחס לטענות אלו, וכך, גם קביעותיה של חברתי, השופטת י'

וילנר בפסק הדין התבססו, בעיקרן, על הכרעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד באשר לטענות כנגד הפניקס, והיא רק הוסיפה כי "**מכל מקום**" מדובר גם ב"זוטי דברים", בקובעה כך:

> "... טענות המבקשים כלפי הפניקס לא הוכחו כראוי בבית המשפט המחוזי, ומכל מקום, הן בגדר "זוטי דברים" אף כשהדברים נבחנים מנקודת מבטה של הקבוצה כולה, ולא רק מנקודת מבטו של היחיד. משכך, אני סבורה כי בצדק דחה בית המשפט המחוזי את בקשת האישור ביחס לעילה זו, ולא מצאתי להתערב בקביעה זו" (ראו: פיסקה 52 לפסק הדין; ההדגשות הוספו – ח"מ).

172. למעלה מן הצורך – אציין כי להשקפתי, על פני הדברים, הטענות כנגד הפניקס בענייננו הן לא בבחינת "זוטי דברים", אף אם הייתי מקבל את הטענה שהגנה זו חלה בתובענות ייצוגיות. זאת שכן מנקודת מבט חברתית – גבייתית-יתר שיטתית, שנמשכת לאורך זמן, לא יכולה להיחשב "קלת ערך" (השוו: עניין הצלחה, בפיסקה 21). יחד עם זאת, קביעה זו לא משנה את התוצאה האופרטיבית של פסק הדין בסוגיה, שכן בית המשפט המחוזי הנכבד קבע שיש טעמים לדחיית בקשת האישור ביחס לעילות אלו, מבלי שהגנת "זוטי דברים" הייתה אחד מהם, וכך גם בפסק הדין הגנה זו לא הייתה הטעם העיקרי לדחיית הערעור, וכאמור – קביעות אלו מקובלות גם עליי.

173. זאת ועוד – אחרת. הגנת "זוטי דברים" מכוונת, ביסודה, כלפי רכיב הנזק. כך, אם הנזק הוא מיסודות העוולה (או העבירה), והוא עונה על ההגדרה של "זוטי דברים" – אז יינתן פטור מאחריות נזיקית, או פלילית, לפי העניין. כאשר יסוד הנזק (בדיני הנזיקין), או התוצאה המזיקה (בדיני העונשין) אינם נדרשים לשכלול העוולה, או העבירה – תחולתה של הגנת "זוטי הדברים" תהיה "מועטה ביותר" (אדד, בעמ' 122 ו-127).

בענייננו, העילה העיקרית עליה התבססה בקשת האישור היא כאמור "עשיית עושר ולא במשפט", אשר כלל איננה מצריכה הוכחת נזק לתובע, שהרי רכיב הנזק איננו מופיע בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. ככל שיתברר כי צמחה איפוא התעשרות שלא כדין, הרי שקמה חובת השבה (ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 633 (1983); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 102-103 (מהדורה שלישית, 2015); תובענות ייצוגיות, בעמ' 389). רכיב הנזק איננו רלבנטי לפיכך בענייננו, ויתרה מכך – בבחינת ההתעשרות, הדגש מושם **על הנתבע**, ולא על התובע. מכאן שאין חשיבות בענייננו לשאלה מה הסכום שנגבה ביתר מכל תובע בקבוצה, אלא שיש לבחון מהי **ההתעשרות המצטברת** שצמחה לנתבע, מכל התובעים יחדיו. האמור לעיל מהווה, לדעתי, טעם נוסף לכך שהגנת "זוטי דברים" איננה

מתאימה לחול במקרה שבפנינו, אף לו הייתי מוכן לקבל את הטענה שההגנה חלה גם בתובענות ייצוגיות.

174. בהתחשב באמור לעיל – אציע לדחות את טענות העותרים ביחס לחברת הפניקס, שכן לא מצאתי עילה להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי הנכבד באשר לעניין זה. זה המקום להזכיר כי מקובלות עליי קביעותיה של חברתי, השופטת י' וילנר בפסק הדין בקשת האישור נדחתה כדין בהקשר לחברת מנורה (ראו: פיסקאות 119-120 לעיל).

סוף דבר

175. נוכח כל האמור לעיל – הנני מציע כי נקבל את הערעור ב-ע"א 7488/16 (מטעם העותרים שבכאן) וכי נדחה את ערעורן של המבקשות ב-רע"א 9778/16 (המשיבות שבכאן), כך שפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד יחזור ויעמוד על כנו, ובקשת האישור תתקבל, למעט ביחס לטענות כנגד חברות הפניקס ומנורה. התיק יוחזר איפוא לבית המשפט המחוזי הנכבד, כדי שידון בתובענה הייצוגית.
כתוצאה מכך אני מציע עוד כי המשיבות תשאנה בהוצאות העותרים בסכום כולל של 30,000 ש"ח.

המשנה לנשיאה (בדימ')

<u>השופטת י' וילנר:</u>

1. לאחר שעיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי, המשנה לנשיאה, אין בידי להסכים לה, וזאת ביחס לשתי הסוגיות שנדונו בה, כמפורט להלן.

פרשנות המאסדר את הנחיותיו

2. פסק הדין מושא הדיון הנוסף (להלן: פסק הדין בערעור) עסק בשאלה הבאה: מהו המשקל שיש לייחס לעמדת המאסדר ביחס לפרשנות הנחיותיו, וזאת במקרים שבהם התבקשה והתקבלה עמדתו הפרשנית של המאסדר בהליך אזרחי שהוא אינו צד לו.

בפסק הדין בערעור נקבע כי במקרים האמורים בית המשפט יבחן בשלב ראשון אם פרשנות המאסדר את הנחיותיו מתיישבת עם לשון ההנחיות ואם היא סבירה. ככל שהתשובה תימצא חיובית על-ידי בית המשפט, ברירת המחדל תהיה לאמץ את עמדתו הפרשנית של המאסדר. ואולם, במקרים שבהם ימצא בית המשפט כי קיימים טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת המאסדר, כמו למשל במקרים שבהם ישתכנע בית המשפט כי עמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד עניינים, תידחה עמדת המאסדר ובית המשפט יאמץ פרשנות חלופית תחתיה.

3. אני סבורה כי מנגנון ההכרעה הפרשנית שנקבע בפסק הדין בערעור הוא מנגנון מאוזן, אשר נשען על מושכלות יסוד במשפט המינהלי ובתורת הפרשנות כפי שבאו לידי ביטוי בפסיקת בית משפט זה לאורך השנים – הן בדבר המשקל שיש ליתן לכוונת יוצר המקור הנורמטיבי הנדון בעת פרשנותו (התכלית הסובייקטיבית), והן בדבר המשקל שיש ליתן לעמדתה הפרשנית של רשות מינהלית מקצועית ביחס לחוק המסמיך שמכוחו היא פועלת ושאותו היא מיישמת.

בעיקרו של דבר, הפסיקה הכירה במשקל שיש לייחס לתכלית הסובייקטיבית בעת פרשנות החוק, היינו לכוונת יוצר הנורמה לצורך פרשנותה, וכן במשקל שיש לייחס לעמדתה הפרשנית של רשות את החוק שהיא אמונה על יישומו. אני סבורה כי צירופם של שני העקרונות הפרשניים האמורים, על ההיגיון העומד בבסיסם, מוליך באופן ישיר, לתוצאת פסק הדין שבערעור, כמפורט להלן.

העיקרון הראשון: המשקל הפרשני שיש לייחס לכוונת יוצר הנורמה

4. על כוונת המחוקק ניתן ללמוד, בראש ובראשונה, מלשונו של החוק. כמו כן, ניתן ללמוד על כוונתו של המחוקק אף מההיסטוריה החקיקתית של החוק, ובכלל זה – מדברי ההסבר שלו ולעתים אף מהדיונים שקדמו לחקיקתו (על הבחנה אפשרית בין האמינות המיוחסת למקורות השונים המרכיבים את ההיסטוריה החקיקתית של חוק, ראו למשל: **דברי השופט (כתוארו אז) י' זוסמן בבג"ץ 131/65** סביצקי נ' שר האוצר, **פ"ד יט** 369, 379 (1965) (להלן: עניין סביצקי); **ע"א 9111/08** הקופה לתגמולים ופנסיה של עובדי הסוכנות היהודית לא"י נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור ירושלים, **פסקה יז** (19.5.2011) (להלן: עניין הקופה לתגמולים); **בג"ץ 5239/11** אבנרי נ' הכנסת, **פסקה 47 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (15.4.2015); רע"א 10011/17** מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, **פסקה 33 לחוות דעתו של השופט** מ' מזוז (19.8.2019), **וההפניות שם**;

בג"ץ 6301/18 כץ נ' שרת המשפטים, פסקאות 18 ו-22-23 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (27.12.2018); אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך שני – פרשנות החקיקה 380, ו-383-384 (מהדורה שניה, 1994) (להלן: ברק – פרשנות החקיקה)).

5. על אף שבעבר היו מי שסברו כי אל לו לשופט-הפרשן להיזקק להיסטוריה החקיקתית המלמדת על כוונת המחוקק במסגרת פרשנות דבר החקיקה (ראו למשל: דברי השופט (כתוארו אז) ח' כהן בע"א 461/61 מנהל אגף המכס והבלו כמנהל מס הבולים נ' לוינסון, פ"ד טו 2226, 2236-2237 (1961); דברי הנשיא י' אולשן בע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 70, 97 (1964); עניין סביצקי, דברי השופט (כתוארו אז) ח' כהן, בעמודים 375-376), הרי שהגישה הרווחת היום בפסיקה היא כי בעת גיבוש תכלית הנורמה, יש ליתן משקל להיסטוריה החקיקתית שלה המעידה על כוונת יוצר הנורמה (ראו: עניין סביצקי, דברי השופט (כתוארו אז) י' זוסמן, בעמוד 379; עניין הקופה לתגמולים, בפסקה יז; דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 8 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג, פסקאות ו-ז לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, ופסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן (12.9.2017) (להלן: דנג"ץ גיני); ע"א 4096/18 חכם את אור-זך עורכי דין נ' פקיד שומה עכו, פסקה 20 (23.5.2019); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 410 (2003) (להלן: ברק – פרשנות תכליתית)).

6. ואמנם, התחקות אחר כוונת המחוקק יוצר-הנורמה היא חלק חיוני בהליך הפרשני, אשר לא ניתן לוותר עליו. על הטעמים לכך עמד פרופ' אהרן ברק במאמרו "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" הפרקליט לו 165 (1985) (להלן: ברק – כוונת המחוקק):

> "אמת מידה ראויה לקביעת תכליתה ומדיניותה של נורמה היא בבחינת כוונות יוצרה. כאשר ענין לנו בחוק, משמעותה של אותה אמת מידה היא, כי על תכליתו של החוק ומטרותיו ניתן ללמוד מכוונותיו של המחוקק ומטרותיו. כפי שאמר השופט זוסמן: 'המחוקק פתח במחשבה או ברעיון וגמר בדיבור ואנו פותחים בדיבורו ומנסים משם לחזור על עקבותיו של המחוקק ולגלות את דעתו. זהו תפקידו של הפרשן'.
> מעלותיה של אמת מידה זו רבות הן: ראשית, היא משקפת הגיון בריא, לפיו אין כיוצרה של נורמה להעיד על תכליתה; שנית, היא עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, לפיו הרשות המחוקקת היא היוצרת את החוק, ואילו השופט נותן תוקף ליצירתו של המחוקק; שלישית, היא מדגישה את האוביקטיביות והניטרליות של מעשה

> השפיטה. לא מחשבותיו הסוביקטיביות של השופט בדבר המדיניות הראויה הן הקובעות את תחום התפרסותה של הנורמה, אלא תפיסתו של המחוקק והכרעתו שלו בין האלטרנטיבות השונות של המדיניות הן הקובעות. לבסוף, היא מגבירה את הבטחון המשפטי, ואת היכולת לצפות מראש את פירושה של הנורמה, ובכך היא משיגה הפעלה שיונית של החוק" (ברק – כוונת המחוקק, בעמוד 165; ההדגשות במקור; וראו גם: דנג"ץ גיני, בפסקה 7 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג).

7. דברים נכוחים אלה הם מושכלות יסוד בתורת הפרשנות שהתקבעה בשיטתנו המשפטית, ובהתאם לכך נקבע, כאמור, כי במקרים שבהם מתברות מתוך ההיסטוריה החקיקתית כוונתו הברורה של המחוקק ביחס לתכלית החוק, וזו אף עולה בקנה אחד עם לשונו, הרי שככלל, יינתן לה משקל (זה או אחר) בקביעת תכליתה של הנורמה.

8. לצד זאת, על-פי הגישה הרווחת בפסיקה, מלאכת הפרשנות אינה מתמצית בבירור התכלית הסובייקטיבית של הנורמה, אף אם היא ברורה. על השופט-הפרשן לבחון אף את התכלית האובייקטיבית שלה, אשר משקפת את הערכים שהשיטה שואפת לקדם ("הערכים, המטרות, האינטרסים, המדיניות, היעדים והפונקציות אשר הטקסט נועד להגשים בחברה דמוקרטית"; ראו: ברק – פרשנות תכליתית, בעמוד 195; וראו גם: דנג"ץ גיני, בפסקה 17 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור; בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 30 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (8.10.2017) (להלן: עניין משטרת ישראל)).

כן נקבע כי ככל שיש התנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית של הנורמה, יש לערוך איזון ביניהן במסגרת גיבוש תכליתה הסופית (ראו: ברק – פרשנות תכליתית, בעמודים 255-256). הדעות שהובעו בפסיקה באשר לאיזון הראוי הן מגוונות. כך, יש הסוברים כי האיזון ייערך בהתאם לשיקול דעתו של הפרשן בשים לב למכלול הנסיבות (ראו: דברי השופטת ע' ארבל ברע"א 8233/08 כובשי נ' שוורץ, פ"ד סד(2) 207, 231-232 (2010); דנג"ץ גיני, בפסקה 17 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור; עניין משטרת ישראל, בפסקה 30 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות ובפסקה 13 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; ברק – פרשנות תכליתית, בעמודים 431-434). אחרים סוברים כי "ככלל, התכלית האובייקטיבית נהנית מעליונות על פני זו הסובייקטיבית – אלא אם האחרונה עולה 'בצורה מפורשת, חד משמעית וברורה' מלשון החוק" (ראו: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (13.9.2017) הדגשה הוספה י.ו.; דנג"ץ גיני, בפסקה 24 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור; וראו גם: דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 693/91 אפרת נ'

הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 764 (1993)). ויש גם מי שמחזיקים בעמדה שלפיה לכתחילה תינתן בגיבוש תכלית הנורמה עדיפות לתכלית הסובייקטיבית, כפי שהיא עולה, בין היתר, מההיסטוריה החקיקתית, וזאת ככל שהיא מפורשת, ברורה וחד-משמעית. כך למשל, ציינתי בעבר כי:

> "לשון החוק מגדירה את גבולותיה של הפרשנות, ואולם, במקרים לא מעטים, היא טומנת בחובה משמעויות שונות, אשר יש לבחור מביניהן את זו שתגשים את תכליתו. לפיכך, על השופט-הפרשן לבחון גם את תכליתו של דבר החקיקה – תחילה, את התכלית הסובייקטיבית, שעניינה במטרה שלשמה ייעד המחוקק את דבר החקיקה, ואשר נלמדת בין היתר ממבנה החוק ומן ההיסטוריה החקיקתית שלו ... לאחר מכן, במידת הצורך, וככל שהתכלית הסובייקטיבית אינה ברורה, אמינה ומוצקה, יש לבחון אף את התכלית האובייקטיבית, בגדרה באים עקרונות וערכים אשר ראוי כי דבר חקיקה יפעל להגשמתם – בכלל ובפרט ... לאור התכליות האמורות, ולאחר איזון ביניהן, בוחר השופט-הפרשן מבין הפרשנויות המצויות במתחם שהגדירה עבורו לשון החוק את אותה פרשנות אשר עולה בקנה אחד עם תכליותיו" (ע"א 8096/17 סקוק נ' איסחקוב, פסקה 14 לחוות דעתי (3.2.2019); ההדגשה במקור).

(וכן ראו והשוו: דברי המשנה לנשיאה א' ריבלין ברע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, פ"ד סה(2) 563, 592 (2012): "את הדברים בעניין התכלית הסובייקטיבית, יודגש, הבאנו לעיל בהרחבה, שכן לשיטתנו יש לתת משקל רב לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק – כוונה עליה יש ללמוד מדבריו שלו, מבלי להמירם בתבונה חיצונית"; דנג"ץ גיני, בפסקאות 15-16 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג; בג"ץ 3353/18 קליבורן נ' משרד הפנים, פסקה 32 (22.9.2020); עוד ראו: רפי רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" משפטים על אתר יב 67 (התשע"ח)).

9. נראה אפוא כי אף אם אין תמימות דעים באשר לנוסחת האיזון המדויקת שיש להעניק לתכלית הסובייקטיבית בגיבוש התכלית הסופית של חוק, הרי שקיימת הסכמה רחבה על כך שככל שהתכלית הסובייקטיבית – היינו, כוונת יוצר הנורמה בעת יצירתה – ברורה ומפורשת יותר (בין אם היא נלמדת מלשון החוק עצמו ובין אם מההיסטוריה החקיקתית שלו), כך הנטייה תהיה להעניק לה משקל רב יותר.

כוונת המאסדר כיוצר הנורמה

10. יישום העיקרון האמור על הנחיותיו של המאסדר מעורר לכאורה קושי מאחר שלגביהן, בדרך כלל, אין תיעוד של היסטוריית יצירתן והן נעדרות "דברי הסבר". ואולם, כאשר מתקבלת עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיות שהוא יצר (ככלל, מתבקשת עמדתו במקרים שבהם השופט-הפרשן מגיע למסקנה כי ההנחיה עמומה), הרי שלעיתים העמדה מהווה, הלכה למעשה, מעין "דברי הסבר" להנחיות ובאה אפוא חלף "היסטוריה החקיקתית" של הנורמה. לפיכך, אף העמדה הפרשנית יכולה (בנסיבות המתאימות וראו על כך בהמשך) ללמד את השופט-הפרשן על כוונת יוצר הנורמה, ובכך להוביל לפרשנות התואמת את תכליתה של הנורמה.

11. אני סבורה, אפוא, כי ככלל כאשר מוגשת עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו – שאותן הוא יצר – הרי שמתן משקל ממשי לעמדה זו על-ידי הפרשן המוסמך (בכפוף לסייגים שיפורטו בהמשך) עולה בקנה אחד עם ההיגיון והשכל הישר, שכן "אין כיוצרה של נורמה להעיד על תכליתה" (ברק – כוונת המחוקק, שם). בנוסף לכך, מתן משקל לעמדת המאסדר אף עולה בקנה אחד עם עיקרון הפרדת הרשויות, וזאת על אף שהמאסדר אינו חלק מהרשות המחוקקת אלא מהרשות המבצעת. כידוע, הרשות המבצעת אף היא מכוננת נורמות מחייבות (כגון חקיקת משנה של תקנות וחוקי עזר; על סמכויות החקיקה של הרשות המבצעת ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך א – המינהל הציבורי, 280-283 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)), ומתוקף העיקרון של הפרדת הרשויות והכיבוד ההדדי ביניהן, על בית המשפט לכבד את כוונת יוצר הנורמה בעת פרשנותה. בכך, מודגש אף אופייה האובייקטיבי והניטרלי של מלאכת השיפוט, כאשר השופט-הפרשן נמנע מלבחון מהו ההסדר הראוי בעיניו הסובייקטיביות, אלא עוסק באימוץ פרשנותו המקצועית של הגורם המוסמך לכך – המאסדר. ועוד, מתן משקל לעמדתו הפרשנית של המאסדר מקדמת את השוויון, האחידות והוודאות המשפטית, שכן המאסדר, אשר אף אמון על אכיפת הנחיותיו, עושה כן בהתאם לפרשנותו ולכוונתו. לפיכך, מתן משקל לפרשנות זו על-ידי בית המשפט, בהיעדר טעמים המצדיקים לדחותה, תקדם את האחידות הנורמטיבית בשדה הרגולטורי, ומשכך תגביר את הוודאות המשפטית ואת עיקרון השוויון בפני החוק (במובנו הרחב) (ראו והשוו: ברק – כוונת המחוקק, שם; עוד ראו בהקשר זה את דבריו של פרופ' זמיר לפיהם יש להחיל חזקה פרשנית שלפיה בית המשפט יאמץ כל פירוש אפשרי שהרשות נתנה לחקיקה (חוק או תקנה) שהיא מקור הסמכות של הרשות, "וקל וחומר שהיא תחול גם על פירוש שהרשות נתנה לכלל או נוהל שהיא עצמה קבעה"; ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך ה – עילת הביקורת המשפטית 3806 (2020) (להלן: זמיר – עילת הביקורת המשפטית)).

12. וזאת יש להדגיש, על אף שמתן משקל ממשי לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו צפויה להוביל, במקרים רבים, לתוצאה הפרשנית המשקפת את תכליתה של ההנחיה ואף לקדם עקרונות חשובים של שיטתנו המשפטית, אין בכך כדי להפוך את מלאכת הפרשנות עליה אמון בית המשפט למלאכה טכנית או נטולת שיקול דעת. לעניין זה ראו דבריו של פרופ׳ זמיר:

> ״העדפת הפירוש שניתן על ידי הרשות המינהלית, מכוח החזקה הפרשנית, אינה בגדר התנערות בית המשפט מן האחריות המוטלת עליו לתת פירוש נכון לדין. ראשית, בית המשפט עדיין שומר בידיו את התפקיד העיקרי, כלומר את ההחלטה בשאלה אם הפירוש שהרשות המינהלית נתנה הוא פירוש אפשרי, כלומר אינו מוטעה. שנית, כאשר בית המשפט מחליט לתת עדיפות לפירוש שניתן על ידי הרשות, הוא ממלא באופן ראוי את תפקיד הביקורת השיפוטית, שהרי הוא קובע כי החלטת הרשות אינה מוטעית, ולכן אין עילה לפסול אותה. שלישית, גם כאשר החזקה הפרשנית חלה, אין היא אלא ׳חזקה׳, כלומר הנחה הניתנת לסתירה, ולכן בית המשפט מוסמך לקבוע בכל עניין כי בנסיבות העניין קיימים שיקולים שיש בהם כדי להפריך את החזקה ולתת פירוש שונה״ (זמיר – עלית הביקורת המשפטית, בעמוד 3811).

13. אמנם, ייתכנו מקרים שבהם עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו תהיה ברורה, חד משמעית, תואמת את לשון ההנחיות וסבירה (דהיינו, הגיונית ומתקבלת על הדעת, ולא במובנה של עילת הסבירות במשפט המינהלי), ואף לא יימצא טעם טוב או משכנע כדי לדחותה, זאת בדומה למקרים שבהם כוונת המחוקק הברורה נלמדת באופן מפורש מהחוק עצמו (או מההיסטוריה החקיקתית שלו). במקרים אלו, הובעה הדעה כי דחיית הפרשנות העולה בקנה אחד עם כוונתו הברורה של יוצר הנורמה, תיעשה רק כשניתן יהיה להצביע על הצדקה ממשית לכך (למשל כאשר הפרשנות שאליה התכוון יוצר הנורמה אינה חוקתית, ואילו הלשון מאפשרת פרשנות אחרת, המגשימה את התכלית האובייקטיבית החוקתית של הנורמה, ראו: דנג״ץ גיני, בפסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ׳ סולברג; והשוו: דבריו הנכוחים של השופט (כתוארו אז) א׳ ריבלין בבג״ץ 9098/01 גניס נ׳ משרד הבינוי והשיכון, פ״ד נט(4) 241, 289 (2004))).

14. ואולם, לעתים קרובות, בחינת עמדתו הפרשנית של המאסדר (התאמתה ללשון ההנחיות, סבירותה ושאלת קיומם של צידוק או טעם טוב לסטות ממנה) – היא כשלעצמה הופכת את מלאכתו של בית המשפט, כפרשן המוסמך, למורכבת, כך שיהא עליו להידרש לשיקולים שונים ולערוך איזונים אשר בנסיבות מסוימות עשויים להביא להפחתת המשקל שניתן יהיה לייחס לעמדת המאסדר.

15. כך למשל, כאשר עמדתו הפרשנית של המאסדר אינה מלמדת בהכרח על כוונתו כ"יוצר הנורמה". במקרה כזה יהיה בכך כדי להפחית מהמשקל המיוחס לעמדה המשקפת את כוונת המאסדר כיוצר הנורמה בעת יצירתה. לדוגמא, כאשר הנחיות המאסדר נוצרו על-ידו זמן רב לפני שהתעוררה המחלוקת הפרשנית הנדונה, כך שהגורמים האמונים על יצירת אותן הנחיות אצל המאסדר התחלפו זה מכבר. לצד זאת, יובהר כי אף בנסיבות האמורות, חרף חלוף הזמן וחילופי הגברי, ייתכנו מקרים שבהם המאסדר יוכל להציג מסמכים המעידים על כוונת יוצר ההנחיות בעת יצירתן, או להוכיח כי לאורך השנים שחלפו מאז יצירתן, ההנחיות מיושמות ונאכפות על-ידו בהתאם לפרשנות מסוימת באופן המעיד אף הוא על כוונת יוצר ההנחיות. במקרים אלו, ככל שבית המשפט ישתכנע כי אמנם עמדתו הפרשנית של המאסדר משקפת את כוונתו כיוצר ההנחיות, שוב יהיה מקום לייחס לה משקל ניכר, כמפורט לעיל.

16. בדומה לכך, על בית המשפט הדן בפרשנות הנחיותיו של המאסדר ליתן את דעתו לכך שעמדתו הפרשנית של המאסדר מוגשת אד-הוק ובדיעבד, וזאת בניגוד לדברי ההסבר לחוק אשר נכתבים בזמן אמת, לכתחילה, וללא קשר להליך מסוים או מחלוקת פרשנית נתונה. מאפיין זה של ההליך בגדרו מתקבלת עמדת המאסדר מקים אף הוא חשש כי בנסיבות מסוימות עמדתו הפרשנית של המאסדר לא תשקף את עמדתו של יוצר הנורמה בעת יצירתה, אלא את עמדתו בשעה שבה הוא התבקש להתייחס לשאלה הפרשנית הנדונה, ולעיתים אף לאחר שנחשף לזהות הצדדים בהליך ולטענותיהם באופן שעשוי להשפיע (גם אם באופן לא מודע) על עמדתו הפרשנית.

משכך, בית המשפט יהיה רשאי להתייחס לשאלה אם יש אינדיקציות התומכות בכך שהעמדה הפרשנית של המאסדר משקפת את עמדתו כיוצר הנורמה אם לאו (למשל: האם המאסדר פעל בהתאם לפרשנות אותה הוא מציג בעמדתו בתקופה שקדמה להליך הנדון? האם פעל בניגוד אליה? האם פירש אותה באופן שונה במסגרת הליכים אחרים? האם חלפה תקופה ארוכה מאז יצירת ההנחיות מבלי שהמאסדר נדרש למחלוקת הפרשנית הנדונה? ועוד). וכך, ככל שבית המשפט ימצא כי קיימות אינדיקציות התומכות בכך שעמדת המאסדר משקפת נכונה את עמדתו כיוצר הנורמה, יינתן לה משקל ממשי. לעומת זאת, ככל שיימצאו אינדיקציות התומכות בכך שעמדת המאסדר אינה משקפת את עמדתו כיוצר הנורמה, המשקל שיינתן לעמדתו יופחת בהתאם.

17. לסיכום חלק זה: יישום הכלל הפרשני שלפיו יש לייחס משקל לעמדת יוצר הנורמה, מוליך למסקנה שלפיה מתן משקל ממשי לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס

להנחיותיו צפויה לקדם עקרונות חשובים בשיטתנו המשפטית. זאת, מאחר שהמאסדר הוא זה שיצר את ההנחיות, ועמדתו, ככלל, משקפת את התכלית שעמדה לנגד עיניו בעת יצירתן. לצד זאת, הובהר כי במקרים שבהם ישתכנע בית המשפט כי עמדת המאסדר אינה משקפת את עמדת יוצר ההנחיות בעת יצירתן, יהיה בכך כדי להפחית מהמשקל שיש לייחס לעמדתו, כמפורט לעיל.

העיקרון השני: עמדתה הפרשנית של רשות מינהלית ביחס לחוק שהיא אמונה על יישומו

18. עיקרון נוסף שנקבע בפסיקה הישראלית, אשר משליך על ענייננו, עוסק במשקל שיש לייחס לעמדתה הפרשנית של רשות מינהלית ביחס לחוק ראשי אשר מכוחו היא פועלת ואשר אותו היא מיישמת (להלן: החוק המסמיך).

19. הזרם המרכזי בפסיקה הישראלית אשר נדרש לסוגיה האמורה קבע כי בית המשפט יטה אוזן ויהיה קשוב לעמדתה הפרשנית של הרשות ביחס לחוק שמכוחו היא פועלת כשיקול אחד מיני רבים. בתוך כך הובהר כי, ההכרעה תיוותר לעד בידי בית המשפט, אשר יבחר מבין שלל הפרשנויות האפשרויות להוראת החוק הנדונה לפניו – את זו הראויה ביותר לשיטתו (ראו: **בג"ץ 142/89** תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, **פ"ד מד(3) 529, 553 (1990)** (להלן: עניין תנועת לאו"ר); **דנג"ץ 10190/17** מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, **פסקה 24 לחוות דעתה של הנשיאה** א' חיות (9.9.2019); **ע"א 9294/16** שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ, **פסקה 49 לחוות דעתה של השופטת** ד' ברק-ארז (4.2.2020); **רע"א 7451/19** עזבון המנוח גבריאל אסולין ז"ל נ' דרויש, **פסקה 73 לחוות דעתו של השופט** י' עמית (12.10.2020); **בג"ץ 9021/20** עזבון המנוח אהוביה סנדק ז"ל נ' משטרת ישראל - ימ"ר תל אביב, **פסקה 10 לחוות דעתו של השופט** י' עמית (14.1.2021); **על הגישות השונות שהובעו בפסיקה בעניין זה ראו: ע"א 3847/16** עגלי תל שווק בקר בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד החקלאות ופיתוח הכפר, **בפסקה 11(ב) לחוות דעתו של השופט** י' עמית (11.3.2018) (להלן: עניין עגלי תל שווק בקר); **בג"ץ 2875/18** התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל, **פסקה 27 לחוות דעתי** (18.6.2019) (להלן: עניין כוח אדם), **וההפניות שם**; **ראו גם**: זמיר – עילת הביקורת המשפטית, **בעמודים 3793-3800**).

20. הפסיקה עמדה על שני טעמים עיקריים לכך שעל השופט-הפרשן לייחס משקל לעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית לחוק המסמיך: (1) מקצועיותה ומומחיותה של הרשות ביחס לחוקים שמכוחם היא פועלת; (2) ההסתמכות שהפרשנות של הרשות יצרה לאורך זמן בקרב הציבור.

כך למשל, בעניין תנועת לאו"ר, ציין השופט (כתארו אז) א' ברק כלהלן:

> "רשות שלטונית המופקדת על ביצועו של חוק מתמחה בו, יודעת יפה את כוחו ומגבלותיו, וערה למלוא הבעיות שכל פירוש אפשרי יעורר. על-כן, על בית המשפט להטות אוזן לפירושה של הרשות המבצעת את החוק ולהערותיה. עם זאת, לאחר שבית המשפט עיין בפירושן של הרשויות השונות, עליו להכריע בפירוש הראוי..." (שם, בעמוד 553; ההדגשה הוספה, י.ו.).

כמו כן, בבג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113 (1986) (להלן: עניין עוף העמק), הבהיר השופט (כתוארו אז) א' ברק כי סטייה מפרשנות שעל-פיה נהגה הרשות לאורך זמן עלולה להביא לתוצאה קשה ביותר, וזאת בשל ההסתמכות שפרשנות זו יצרה והנוהג שהשתרש בעקבותיה, כלהלן:

> "זוהי [קבלת פירוש שונה מן הפירוש שניתן על-ידי הרשות המינהלית לדבר חקיקה, ושעל-פיו נהגה הרשות משך זמן רב, י.ו.] תוצאה קשה ביותר, שיש בה כדי לגרום לשיבוש ניכר במערכות השלטון המקומי. כמובן, אם הנוהג, שעל פיו נהגו בעבר, מבוסס על פירוש מוטעה של החוק, אין בנוהג זה להעלות או להוריד. תהא תוצאתו קשה כאשר תהיה... חובתו של בית המשפט היא לשרש את הטעות. זו חובה יסודית, אשר הנאמנות לחוק מטילה על השופט. לא כן כאשר הנוהג, שעל פיו נהגו בעבר, מבוסס על פירוש אפשרי וחוקי של החוק, אם גם לא פירוש הנראה לבית המשפט כפירוש הטוב ביותר. במקרה כגון זה יש להתחשב במציאות העובדתית שנוצרה בעבר ולקחתה בחשבון השיקולים, אם לסטות בפירוש החדש מזה שנהגו על פיו בעבר... אכן, טעות פירוש חוק אינה מקבלת הכשר על-ידי התנהגות עובדתית על יסוד הפירוש המוטעה. אך התנהגות עובדתית על יסוד פירוש אפשרי עשויה להפוך אותו בדיעבד לפירוש הראוי, גם אם מראש ייתכן, שהיה מקום לבחור בפירוש אפשרי אחר. אף כאן יש מקום לבחון את התקלות, הצומחות מאימוץ הפירוש החדש ומזניחת הפירוש הישן לעומת היתרונות הצומחים מכך. רק אם היתרונות עולים על התקלות, יש מקום לזנוח את הגישה המקובלת ולבחור בגישה חדשה" (שם, בעמודים 146-145; ההדגשות הוספו, י.ו.; וראו גם: זמיר – עילת הביקורת המשפטית, בעמודים 3807-3808).

21. על רקע האמור, בפסיקה ובספרות הובעה לא אחת העמדה שלפיה, בנסיבות המתאימות, על בית המשפט לייחס משקל רב יותר לעמדתה הפרשנית של הרשות ביחס לחוק אותו היא מיישמת ושמכוחו היא פועלת, וזאת, בעיקר כאשר מדובר בהוראת חוק

המצויה בתחומי המומחיות המקצועית של הרשות, וכן במקרים שבהם פרשנותה של הרשות יצרה הסתמכות בקרב הציבור. זאת, כמובן, כל עוד הפרשנות של הרשות אפשרית ועולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליותיו.

22. כך למשל, השופט י' עמית, בעניין עגלי תל שווק בקר ציין כי "בענייננו, מחד גיסא מדובר בחקיקת משנה בתחום מקצועי, ולכן הנטייה היא לכבד את הפרשנות שהנהיגה הרשות המינהלית" וכן כי "בהינתן חוסר הבהירות האופף את לשון התקנות ותכליתן, ניתן לייחס משקל גם לפרקטיקה שבגדרה נהגו היבואנים לשלם אגרה" (ההדגשות הוספו, י.ו.; ראו גם: בג"ץ 333/68 מפעלי מושבי הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד כג(1) 508, 512 (1969); לעניין משקל הפרקטיקה הנוהגת, ראו גם את דברי השופט (כתוארו אז) ת' אור בע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485, 523-524 (1997): "שינוי בנוהג אינו רצוי ... לכן, במצב שבו הדבר אפשרי ומתיישב עם תכלית החקיקה, ייטה בית המשפט לאשר את נוהג בקשר לפירסום"; וכן את דברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין ברע"פ 8135/07 גורן נ' מדינת ישראל, פסקאות מ-מד (11.2.2009): "ברי כי יש לתת משקל לפרשנות המשיבה - במיוחד נוכח הסתמכותה (שבענייננו אינה אלא הסתמכות הציבור כולו) על פרשנות זו במשך תקופה ארוכה"; ראו גם: עע"ם 1242/05 אולמי מצפור נוף האגם בע"מ נ' עיריית טבריה, פסקאות 6 ו-22 (18.11.2008); לקשר אפשרי שבין מומחיותה המקצועית של הרשות המינהלית ובין המשקל שיוענק לפרשנותה, ראו למשל גם את דברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין בבג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 746 (1999): "הנה־כי־כן, חוק שנושאו הוא נושא מקצועי או טכני, נוהגה של הרשות המוסמכת – רשות בעלת ידע מקצועי וטכני או רשות הנעזרת בבעלי־ידע מקצועי או טכני – ראוי הוא שיזכה במשקל לעת הידרשותו של בית־המשפט לפירוש החוק"; וכן את דברי השופט י' עמית בבג"ץ 7228/19 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פסקה 56 (23.4.2020): "בענייננו, יש לתת משקל לכך שהנציבות היא גורם מקצועי, הפועל מתוך היכרות קרובה עם המצב בשטח ומניסיון מעשי"; ראו גם: בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 305-307 (1987) ע"א 3578/15 מצפה בית שמש בע"מ נ' מדינת ישראל - מינהל מקרקעי ישראל, פסקה כח (3.1.2017); ע"א 1057/18 עברון נ' ורדי, פסקה 3 לחוות דעתי (23.1.2019); עע"מ 8814/17 דן נ' עיריית תל אביב –יפו, פסקה 32 (26.5.2019); ברק – פרשנות החקיקה, בעמודים 800-801).

23. בהתאם לאמור, מציע פרופ' זמיר בספרו לשנות את ההלכה הנוהגת כאמור, שלפיה לעולם בית המשפט יבחן מהו הפירוש הראוי להוראת חוק ויתייחס לעמדתה

הפרשנית של הרשות הפועלת מכוח אותו חוק ומיישמת אותו אך כשיקול אחד מיני רבים. הצעתו של פרופ׳ זמיר היא כי בעניינים שבהם הוראת החוק מאפשרת מספר פירושים שונים, תחול חזקה פרשנית שלפיה ראוי לאמץ את הפירוש שבו בחרה הרשות כפירוש מועדף על יתר הפירושים האפשריים. חזקה זו תחול, לפי הצעתו של פרופ׳ זמיר, על כל פירוש אפשרי שהרשות נתנה לחקיקה (חוק או תקנה) שהיא מקור הסמכות של הרשות, (וכפי שצוין לעיל, לגישתו, קל וחומר שהיא תחול גם על פירוש שנתנה הרשות לכלל או לנוהל שהיא קבעה בעצמה, כבעניינו). חזקה זו, כך מציע פרופ׳ זמיר, תהיה ניתנת לסתירה מקום שבו בית המשפט ימצא כי קיימים שיקולים המצדיקים פירוש שונה מן הפירוש שניתן על-ידי הרשות (ראו: זמיר – עילת הביקורת המשפטית, בעמודים 3806-3805).

24. בתוך כך, מונה פרופ׳ זמיר רשימה (לא ממצה) של שיקולים שיש בהם כדי להשפיע על משקל החזקה הפרשנית בכל עניין, ומציין כלהלן:

> ״יש מקום להבחין בין פירוש שניתן לביטוי בעל משמעות כללית, למשל ׳אדם׳ או ׳נכס׳, שיש לו תחולה בהקשרים שונים ולכן גם השלכה רחבה, לבין פירוש שניתן לביטוי טכני או מקצועי, שיש לו תחולה רק בהקשר הצר של תפקוד הרשות המינהלית... כאלה הם על פי רוב ביטויים מיוחדים לתפקוד של הרשות המוסמכת בעניין הנדון בחוק המקנה את הסמכות לרשות זאת, גם אם אין הם ביטויים טכניים או מקצועיים. לגבי ביטויים כאלה המומחיות, הניסיון, השליטה במשאבים, האפשרות להעריך נכונה את הבעיות והסיכונים הכרוכים בפירוש מסוים של החוק, והאחריות המוטלת על הרשות לביצוע יעיל ותקין של החוק – כל אלה מאפיינים את הרשות המינהלית ומקנים לה, בעניינים כאלה, יתרון יחסי בפירוש החוק. לכן, בעניין כזה אפשר להניח כי בדרך כלל הפירוש שניתן על ידי הרשות, אם בית המשפט עצמו קובע כי הוא פירוש אפשרי, הוא גם פירוש טוב ומועיל יותר מפירוש אחר״ (שם, בעמודים 3807-3806; ההדגשה הוספה, י.ו.).

ובהמשך מציין פרופ׳ זמיר כי:

> ״בדרך כלל יש תוספת משקל לפירוש שניתן על ידי רשות מינהלית אם הוא מקובל על הרשות במשך תקופה ארוכה, וכתוצאה נוצרה בקרב הציבור ציפייה שהרשות תמשיך לנהוג על פי פירוש זה, ובייחוד אם הפירוש בא לידי ביטוי בתקנות או בהנחיות שהרשות הוציאה. במצב כזה ביטול פירוש שהיה מקובל על הרשות ועל הציבור עלול

לפגוע בוודאות המשפטית וביציבות החברתית" (שם, בעמודים 3807-3808).

שיקולים נוספים הנזכרים בהצעתו של פרופ' זמיר הם – ההשלכות הצפויות של הפירוש על האינטרסים של צדדים שלישיים או על האינטרס הציבורי; עד כמה הפירוש שניתן על-ידי הרשות מבטא או מקדם מדיניות חוקית של הדרג הנבחר; עד כמה הפירוש צפוי להקל על הרשות המינהלית באופן יעיל וראוי (שם, בעמודים 3808-3809).

25. עוד יצוין, כי השקפה דומה, במובנים מסוימים, להצעתו המתוארת של פרופ' זמיר, באה לידי ביטוי בהלכת Chevron הנוהגת בארצות הברית, שלפיה הביקורת השיפוטית על הפירוש שרשות מינהלית נותנת לחוק המסמיך תופעל בשני שלבים: בשלב ראשון, בית המשפט יבחן אם החוק ברור או עמום. אם החוק ברור ומאפשר רק פירוש אחד – יינתן תוקף לפירוש זה. אם החוק עמום ומאפשר יותר מפירוש אחד, והרשות המינהלית פירשה אותו באחד מבין האופנים הפרשניים האפשריים – על בית המשפט לכבד את הפירוש שניתן על-ידי הרשות, אף אם פירוש אחר היה ראוי יותר בעיניו (עיקרון ההנסגה - deference) (ראו: Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)). גישתו של פרופ' זמיר נבדלת מהלכת Chevron בכך שעל-פי הצעתו, גם במקרים שבהם החזקה הפרשנית המוצעת תחול, בית המשפט לא יהיה חייב לאמץ את הפירוש שניתן על-ידי הרשות, אלא יהיה רשאי לאמץ פירוש אחר, אם לדעתו קיימים בנסיבות העניין שיקולים הסותרים את החזקה הפרשנית (ראו: זמיר – עילת הביקורת המשפטית, בעמוד 3806; לגישות שונות המופיעות בספרות המשפטית האמריקאית בנוגע להלכת Chevron, ראו, בין היתר: Lawrence B. Solum & Cass R. Sunstein, *Chevron as Construction*, 105 CORNELL L. REV. 1465 (2020); Cass Sunstein, *Chevron as Law*, 107 GEO. L.J. 1613 (2019); Jonathan R. Siegel, *The Constitutional Case for "Chevron" Deference*, 71(3) VAND. L. REV. 937 (2018); Philip Hamburger, *Chevron Bias*, 84(5) GEO. WASH. L. REV. 1187 (2016); Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452, 453 (1989)).

26. סיכום הדברים בפרק זה מעלה כי הפסיקה אשר קבעה כי יש לייחס משקל לפרשנותה של רשות מינהלית את החוק המסמיך אותה לפעול נשענה על שני אדנים עיקריים; המקצועיות והמומחיות המאפיינת את פעולותיהן של רשויות מינהליות, וההסתמכות שפרשנותן יוצרת בקרב הציבור. עוד צוין כי במקרים שבהם פרשנות הרשות המינהלית את החוק המסמיך התאפיינה באופן מובהק במאפיינים האמורים (מקצועיות

ויצירת הסתמכות), היו מי שסברו כי יש לייחס לעמדתה אף משקל ניכר וממשי, אם כי ראוי לציין כי גישה זו אינה משקפת את הפסיקה הרווחת של בית משפט זה.

עמדתה הפרשנית של רשות מינהלית ביחס לחוק מסמיך, אל מול פרשנות המאסדר את הנחיותיו – השווה והשונה

27. השאלה אשר נדונה בפסק הדין בערעור עסקה, כזכור, במשקל שיש לייחס לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו הוא. שאלה זו שונה במהותה מהשאלה שבה עסקנו לעיל בדבר המשקל שיש לייחס לפרשנותה של הרשות המינהלית את החוק המסמיך.

חרף זאת, הפסיקה הישראלית לא ערכה הבחנה בין שתי הסוגיות האמורות, וההלכה אשר נקבעה ביחס לסוגיה הראשונה (המשקל שיש לייחס לפרשנות הרשות ביחס לחוק המסמיך) יושמה גם בנסיבות של הסוגיה השנייה, שבהן רשות מינהלית פירשה את הנחיותיה היא (ראו למשל: עע"ם 6884/12 פלוני נ' משרד הבינוי והשיכון, פסקאות 24-18 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (8.8.2013); בג"ץ 6395/98 אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פ"ד נד(1) 454 (2000)), זאת בשונה למשל מהפסיקה בארצות הברית אשר ערכה הבחנה בין שתי הסוגיות, וקבעה כי במקרים שבהם רשות מינהלית פירשה את הכללים שהיא עצמה יצרה יחול עיקרון ההנסגה (deference) אשר נקבע בהלכת Chevron באופן מוגבר, כך שבית המשפט יעדיף באופן כמעט גורף את פרשנות הרשות להנחיותיה, אלא אם היא תימצא שגויה בעליל ("Plainly erroneous") (ראו: Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997); Kisor v. Wilkie, Secretary of Veterans Affairs, No. 18-15, 588 U.S. (2019)). וראו בהרחבה חוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה, בפסקאות 84-90).

[אעיר במאמר מוסגר כי חברי, המשנה לנשיאה, מציין בחוות דעתו כי הלכת *Auer* האמריקאית צומצמה במסגרת פסק הדין שניתן לאחרונה בעניין *Kisor*. ואולם, איני שותפה לדעתו בעניין זה. לגישתי, דעת הרוב בעניין *Kisor* אך הבהירה והדגישה את גבולותיה של הלכת *Auer*, אותם היא ראתה כאינהרנטיים להלכה עצמה. לכל היותר, ניתן לומר כי גבולות אלה אך פותחו קמעה במסגרת עניין *Kisor*, על רקע ההלכה הפסוקה בנדון לאורך השנים. על כך ניתן ללמוד מדברי השופטת Kagan לפיהם:

> "*Auer* deference is sometimes appropriate and sometimes not. Whether to apply it depends on a range of considerations that we have noted now and

> again, but compile and further develop today… [W]e think it worth reinforcing some of the limits inherent in the *Auer* doctrine".

לצד זאת, הוטעם בחוות דעת הרוב כי הלכת *Auer* עודנה עומדת בתוקפה, אף אם במגבלות הטבועות בה כאמור, כאשר תוצאת פסק הדין היא: "[A] deference doctrine not quite so tame as some might hope, but not nearly so menacing as they might fear"].

28. מכל מקום, נשוב לענייננו: כאמור, הפסיקה הישראלית לא ערכה הבחנה בין שתי הסוגיות האמורות (המשקל שיש לייחס לפרשנות הרשות ביחס לחוק המסמיך, לעומת המשקל שיש לייחס לפרשנותה את הנחיותיה היא), ואף לעמדת חברי, המשנה לנשיאה, אין מקום לערוך הבחנה כאמור.

עמדתי בנדון שונה.

אני סבורה, כאמור, כי השאלה בדבר המשקל שיש לייחס לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו שונה במהותה מהשאלה המתעוררת ביחס למשקל שיינתן לפרשנות של רשות מינהלית ביחס לחוק המסמיך אותה לפעול. לפיכך, אין מקום לגזור גזירה שווה מההלכה שנקבעה ביחס למשקל שיש לייחס לפרשנות הרשות ביחס לחוק המסמיך, שלפיה בית המשפט אך יטה אוזן ויהיה קשוב לפרשנות הרשות.

29. השונות שבין שני המצבים, המחייבת, לגישתי, התייחסות שונה של ההלכה בנדון, באה לידי ביטוי בעיקר בשני אלה:

ראשית, וכפי שצוין בהרחבה לעיל, השאיפה בעת גיבוש תכליתה של נורמה היא להתחקות אחר כוונת יוצרה, זאת על מנת להגיע לתוצאה הפרשנית המתיישבת עם תכליתה של הנורמה, ואף לקדם עקרונות חשובים של שיטתנו המשפטית.

ואולם, בעוד שהמאסדר המפרש את הנחיותיו נהנה מיתרון מובהק לצורך פרשנותן בהיותו יוצר הנורמה, הרי שרשות המפרשת חוק מסמיך שמכוחו היא פועלת לא נהנית מאותו יתרון, מאחר שלא היא זו שיצרה את אותו החוק, ועמדתה אינה משקפת, בהכרח, את כוונת יוצרו. בכך, שונה פרשנות הרשות את החוק המסמיך באופן מהותי מפרשנות המאסדר את הנחיותיו – הוא. שוני זה מצדיק לגישתי לייחס משקל מוגבר לפרשנות המאסדר את הנחיותיו.

שנית, כאמור לעיל, הפסיקה השתיתה את ההלכה בדבר המשקל שיש לתת לפרשנות של רשות מינהלית את החוק המסמיך על שני אדנים עיקריים – המומחיות והמקצועיות של הרשות, וההסתמכות של הציבור על הפרשנות הנוהגת. ככלל, שני האדנים האמורים מאפיינים באופן מובהק יותר את פרשנותו של המאסדר ביחס להנחיותיו, כפי שיפורט להלן.

(1) פרשנותו של המאסדר את הנחיותיו – פרשנות הנשענת על מקצועיות ומומחיות

30. האצלת סמכויות ניסוח הנחיות למאסדר, חלף קביעת כללים מחייבים בשוק המוסדר בחקיקה או בחקיקת משנה, נועדה ליצור ספציפיקציה ברורה מגורם מקצועי ו"קרוב לשטח" (ראו: רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי'" פורום עיוני משפט מד 1, 13 (התש"ף) (להלן: שפירא – שבי רגולטורי); John F. Manning, *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, 96 Colum. L. Rev. 612, 616 (1996)). ואמנם, ככלל, הנחיותיו של המאסדר הן אוסף של כללים מקצועיים, לעתים בעלי אופי טכני, הנובעים ממומחיותו בתחום האסדרה, מניסיונו המוסדי ומהיכרותו הקרובה עם הגופים המפוקחים. מאפיינים אלה של הנחיות המאסדר הופכים את הפרשנות שלו ביחס אליהן לבעלת ערך מיוחד (ראו על כך בעמדת היועץ המשפט לממשלה פסקאות 46-54 לעמדתו). יפים לעניין זה דבריו של פרופ' זמיר:

> "יש מקום להרהר גם בהנחה המקובלת כי בית המשפט הוא 'המומחה' לפירוש הדין; כי בכך יש לו יתרון על הרשות המינהלית; וכי לכן יש להעדיף, בכל מקרה, את פירוש הדין על ידי בית המשפט על פירוש הדין על ידי הרשות המינהלית. אכן, אין ספק כי הנחה זאת נכונה באופן כללי. אך לא אחת יש נסיבות שבהן קיים ספק אם הנחה זאת נכונה... כך למשל בעניינים מקצועיים (מדעיים, טכניים וכדומה) שבהם לרשות המינהלית יש מומחיות; בעניינים שבהם פירוש הדין כרוך במדיניות ממשלתית, בתוכניות מינהליות או במשאבים מוגבלים; בעניינים שבהם הרשות המינהלית היא היוזמת והמעצבת של החקיקה; ובעניינים נוספים..." (זמיר – עילות הביקורת המשפטית, בעמוד 3804).

31. אכן, הכרה שיפוטית בכך שמומחיות בתחומים שבהם עוסקות הנחיות המאסדר הכרחית לשם פרשנותן הנכונה, מובילה לכך שהפרשן המוסמך (בית המשפט) יעדיף, בהיעדר טעמים טובים להימנע מכך, לקבל את פרשנותו של המומחה-המאסדר.

32. הכרה במגבלותיו של בית המשפט, שאינו בעל מומחיות מקצועית בכל תחומי הידע האנושי, כמו גם בתועלת הממשית (וההכרחית) הנובעת מקבלת עמדותיהם של מומחים בהליך השיפוטי, אינה זרה למשפט והובילה לשורה של כללים שיפוטיים שלפיהם בהיעדר טעמים טובים או הצדקות ממשיות להימנע מכך – בית המשפט ככלל יאמץ את חוות הדעת של המומחים בתחומם המסייעים לבית המשפט במלאכתו. כך ביחס לחוות דעתם של מומחים רפואיים מטעם בית המשפט (ראו: ע"א 2160/90 רז נ' לאץ, פ"ד מז(5) 170, 174 (1993); בע"מ 6593/06 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (22.3.2007); ע"א 9598/05 פלוני נ' חברת ביטוח "המגן" בע"מ, פסקה 7 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (28.3.2007); ע"א 7144/14 מכנס נ' מעון רוחמה, פסקה 16 (3.9.2015); וראו אך לאחרונה: ע"א 7276/18 עזבון המנוחה פלונית נ' מדינת ישראל המרכז לבריאות הנפש "מעלה הכרמל", פסקאות 33-34 לחוות דעתו של השופט א' שטיין ופסקה 6 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (2.3.2021)); כך ביחס לחוות דעת מומחה בשאלות הנוגעות לטובת הילד (ראו: בג"ץ 5227/97 מיכל דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453, 463 (1998); רע"א 669/00 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(3) 196, 225 (2000); בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני, פסקה 11 (2.5.2005); בע"מ 4259/06 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 23 (13.7.2006)); כך ביחס לעמדה של שירות המבחן בעניינם של קטינים (ראו: ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סג(1) 752, 809 (2009); ע"פ 8638/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (23.3.2011); ע"פ 6952/11 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 9 (6.11.2011); ע"פ 4760/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (19.6.2012); ע"פ 5961/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 3(ב) לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (26.3.2014); ע"פ 7870/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (14.4.2021)); וכך בתחומי מקצועיות ומומחיות רבים אחרים, כמו ליקויי בנייה, חוות דעת חשבונאיות, ועוד רבים.

בכלל המקרים הנזכרים, הובהר והודגש בפסיקה חזור והדגש כי ההחלטה השיפוטית היא לעד של בית המשפט, וכי עמדת המומחים בתחומם אינה מחייבת את בית המשפט בהכרעתו. ואולם, עוד הובהר כי כדי לסטות מעמדת המומחה המקצועי ולאמץ עמדה אחרת תחתיה נדרש בית המשפט לטעמים מיוחדים ולהצדקות של ממש. כידוע, פניה למומחים מקצועיים היא פרקטיקה יומיומית בבתי המשפט, ובלעדיה המלאכה השיפוטית המהותית לא הייתה מתאפשרת. חרף זאת, עובדה זו אינה מעידה על כך שבית המשפט "מתפרק מסמכויותיו", או כי מלאכתו נותרת טכנית בעיקרה.

33. מהאמור ניתן להקיש אף לענייננו. אמנם כן, בענייננו אנו עוסקים במלאכת פרשנות של נורמה, שהיא, כידוע, מלאכתו של בית המשפט, וזוהי גם מומחיותו. ואולם, לעתים, לשם פעולת הפרשנות, נדרש סיועו של המומחה המקצועי בתחום תוכנה של הנורמה, ובענייננו – המאסדר. אף בנקודה זו אוסיף ואדגיש כי מומחיותו וסמכותו של בית המשפט כפרשן של הנורמות תידרש ותופעל לאורך כל ההליך הפרשני: כך, בעת שיבחן, בראש ובראשונה, אם ההנחיה עמומה באופן שיצדיק פניה למאסדר לקבלת עמדתו; בהמשך, בעת שיבחן אם הפרשנות של המאסדר עולה בקנה אחד עם לשון ההנחיות ואם היא אפשרית וסבירה, וכן בעת שיבחן אם אין טעמים כבדי משקל לסטות מפרשנות זו.

(2) פרשנות המאסדר את הנחיותיו – פרשנות היוצרת נוהג ואינטרס הסתמכות בקרב המפוקחים והציבור בכללותו

34. כפי שצוין לעיל, לעתים קרובות הפרשנות שנותנת רשות מינהלית לנורמות שמכוחן היא פועלת יוצרת מציאות משפטית נוהגת לאורך שנים, אשר על-פיה מתנהלת הרשות עצמה, צדדים שלישיים רלוונטיים ולעתים אף הציבור כולו (ראו הפניות בפסקה 22 לעיל). מאפיין זה של פרשנות הניתנת על-ידי רשות מינהלית באופן כללי מתחזק באופן ניכר כאשר מדובר בפרשנות של המאסדר את הנחיותיו. זאת, מאחר שבניגוד לרשות מינהלית אשר, ככלל, אחראית אך על יישומה של החקיקה הראשית המסמיכה אותה, המאסדר מחזיק בסמכויות נרחבות ומגוונות, ובהן – סמכות ליצור את הכללים המחייבים בשוק המוסדר, סמכות לאכוף כללים אלה, וכן סמכות מעין שיפוטית להכריע בסכסוכים המתעוררים בשדה הרגולטורי ואף להטיל סנקציות בצידה (ראו לדוגמה: פסקה 37 לחוות דעתי בפסק הדין בערעור). ריכוז התפקידים הרבים והמגוונים בידי המאסדר ביחס להנחיותיו, לא רק מלמד כי המאסדר נתפס על-ידי המחוקק כגורם המיטבי לקבלת החלטות ביחס לשוק המוסדר, אלא שהוא אף יוצר מציאות משפטית רחבה הנוהגת בשוק זה לאורך זמן בהתאם לפרשנותו של המאסדר את הנחיותיו.

משכך, מתן משקל ניכר לעמדתו הפרשנית של המאסדר, עשויה לקדם ערכים חשובים של אחידות וודאות משפטית בשוק המוסדר ולמנוע הכרעות סותרות של בתי המשפט והמאסדר.

35. הנה כי כן, הפסיקה הישראלית הכירה במשקל שיש לייחס לעמדתה הפרשנית של רשות מינהלית ביחס לחוק המסמיך אותה לפעול כשיקול אחד מיני רבים, וזאת

בעיקר על רקע מומחיותה של הרשות בתחום שבו היא פועלת ומאחר שפרשנותה את החוק יוצרת נוהג ואינטרס הסתמכות בקרב הציבור. בהתאם לכך, בפסיקה ובספרות המשפטית הוצגה העמדה שלפיה, בנסיבות המתאימות, יהיה מקום לייחס לעמדתה הפרשנית של רשות ביחס לחוק המסמיך אותה לפעול משקל רב יותר.

על רקע האמור, ובבחינת קל וחומר, עמדתי על כך שכאשר עסקינן בעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו הוא, הנשענת על מקצועיותו ומומחיותו ואף יוצרת מציאות משפטית נוהגת בשוק המוסדר, יש להעניק לעמדה זו משקל מוגבר, כל עוד היא תימצא על-ידי בית המשפט אפשרית, סבירה, עולה בקנה אחד עם לשון ההנחיות, ובהיעדר טעמים כבדי משקל להימנע מכך.

36. בנקודה זו, ועל רקע כל האמור, אבקש להבהיר כי במקרים שבהם פרשנותו של המאסדר עוסקת במונחים בעלי אופי כללי, ואינה נובעת ממומחיותו וממקצועיותו בתחום האסדרה, מובן כי יהיה בכך כדי להפחית ממשקל עמדתו הפרשנית. זהו הדין גם במקרים שבהם עמדתו הפרשנית של המאסדר לא הובילה לנוהג מסוים ולא יצרה אינטרס הסתמכות בקרב המפוקחים או הציבור הכללי. המשקל הרב שיש לייחס לעמדתו הפרשנית של המאסדר נובעת ממאפיינים אלו של עמדתו, ומשכך, במקרים שבהם מאפיינים אלו אינם מתקיימים – מובן כי יש בכך כדי להשליך על המשקל הפרשני שיש לייחס לעמדתו הפרשנית של המאסדר, והאיזון הראוי בין השיקולים האמורים ייערך על-ידי בית המשפט בכל מקרה לנסיבותיו.

שילוב העקרונות הפרשניים מוביל לקבלת עמדתו הפרשנית של המאסדר את הנחיותיו כברירת מחדל

37. כפי שצוין בפתח דבריי – וזה לב העניין – שילוב העקרונות הפרשניים עליהם עמדתי בהרחבה לעיל, מוביל לגישתי לקבלת עמדתו הפרשנית של המאסדר את הנחיותיו כברירת מחדל, וזאת אף אם פירוש אחר היה ראוי יותר בעיני השופט-הפרשן. ואבהיר:

כאמור, השאלה שנדונה בענייננו ביחס למשקל שיש לייחס לעמדה הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו, לא נדונה באופן ישיר בפסיקה הישראלית בעבר באופן מובחן מהשאלה בדבר המשקל שיש לייחס לעמדתה הפרשנית של הרשות ביחס לחוק המסמיך אותה לפעול. לעמדתי, כאמור, יש להבחין בין השאלות, וזאת מכל הנימוקים עליהם עמדתי בהרחבה לעיל, ובתמצית; פרשנות המאסדר את הנחיותיו משקפת, ככלל, הן את כוונת יוצר הנורמה, והן את מומחיותו של המאסדר, מקצועיותו, ואת האופן שבו הוא

נוהג ואוכף את הנורמה. פרשנותו זו אף יוצרת הסתמכות בקרב הציבור. לפיכך, אני סבורה כי במקרה שבו מובאת בפני השופט-הפרשן עמדתו הפרשנית של המאסדר, הרי שעליו להתחשב בשני העקרונות הפרשניים האמורים, גם יחד, על ההיגיון העומד בבסיסם, שלפיהם: ככל שכוונת יוצר הנורמה ברורה וחד משמעית יש לייחס לה משקל רב יותר בעת פרשנותה; וככל שעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית לדין נשענת על מקצועיותה ויוצרת הסתמכות בקרב הציבור כך נייחס לה משקל רב יותר.

שילוב וצירוף העקרונות האמורים, אשר הוא ייחודי למצב שבו מוגשת עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו, מוליך לשיטתי לתוצאה שלפיה יש לאמצה כברירת מחדל.

38. כך, בנסיבות הנדונות שבהן בפני הפרשן המוסמך – בית המשפט – עומדת עמדה פרשנית הנושאת את מכלול המאפיינים הבאים: (1) העמדה משקפת את כוונת יוצר הנורמה; (2) העמדה אפשרית וסבירה (כאמור לעיל, הגיונית ומתקבלת על הדעת, ולא במובנה של עילת הסבירות במשפט המינהלי), ועולה בקנה אחד עם לשון הנורמה; (3) הנורמה היא חלק ממערכת נורמות המסדירה שדה מקצועי ומצויה בתחומי מומחיותו של המנסח (4) פרשנות הנורמה יצרה נוהג בשדה המוסדר ואינטרס הסתמכות בקרב המפוקחים או הציבור – הרי שקבלתה על-ידי הפרשן המוסמך כברירת מחדל היא תוצאה מתבקשת מאליה, המתיישבת היטב עם הגיון בריא ועם השכל הישר.

ודוק – בהתקיים כל אלה, סטייה מברירת המחדל האמורה תידרש במקרים שבהם ימצאו טעמים טובים לעשות כן. בפסק הדין שבערעור ציינתי כי במקרים שבהם עמדתו הפרשנית של המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או שהתקבלה תוך ניגוד עניינים – יהיה בכך כדי להצדיק סטייה מעמדתו הפרשנית, ובית המשפט יידרש לאמץ פרשנות אחרת תחתיה. אני סבורה כי בכך ניתן המענה לטענות בדבר "השבי הרגולטורי" שבו עלול להיות נתון המאסדר, כמפורט להלן.

השבי הרגולטורי

39. אחת הטענות המרכזיות אשר הועלתה ביחס להלכה שנקבעה בפסק הדין בערעור, ואשר נדונה בהרחבה בפסק דינו של חברי, היא כי בנסיבות מסוימות עלולים לפעול על המאסדר תמריצים אשר ימנעו ממנו להגיע לפרשנות הנכונה של הנחיותיו שתקדם את האינטרס הציבורי, כלהלן:

> "פרשנותו של הרגולטור עלולה להיות מושפעת לרעה משיקולי שימור המוניטין שלו (שלא לאמץ עמדה שתגרום לו להיראות כמי שכשל בתפקידו למנוע גביית יתר של חברות הביטוח מהמבוטחים בזמן אמת), או משיקולי תעדוף יתר של יציבות הגופים המפוקחים (שלא לאמץ עמדה שתגרום לגופים המפוקחים נטל כספי שעלול לגרום לקריסתם). נוסף על כך, מתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור בנסיבות אלה עלול לפגוע באפקטיביות של מנגנון התביעה הייצוגית ככלי מאזן ומשלים לאכיפה רגולטורית" (ראו: שפירא – שבי רגולטורי, בעמוד 1 ; וכן ראו בהקשר זה את דברי השופט י' זמיר **בבג"ץ** 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 651-654 (2001)).

40. עוד צוין בהקשר זה כי לעתים קרובות הגופים המפוקחים הם שחקנים מתוחכמים, בעלי ידע, המאורגנים כקבוצה בעלת כוח, וזאת לעומת ציבור הצרכנים, שאינו מאורגן ובדרך כלל סובל מפערי מידע. במצב דברים זה, כך הטענה, לגופים המפוקחים תהא עמדה טובה יותר להשפיע על פרשנות המאסדר את הנחיותיו באופן כללי ואף כאשר עמדתו הפרשנית מתבקשת במסגרת הליך משפטי נתון (ראו: עניין שמעון, בפסקה 47 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז).

41. תופעה נוספת של בעיית "השבי הרגולטורי" שתוארה בספרות היא "תופעת הדלת המסתובבת", שבגדרה נושאי משרה בכירים הפועלים ברשויות הרגולטוריות השונות מתמנים למשרות בגופים פרטיים שעליהם פיקחו בעבר, ולהיפך – כאשר בכירים בגופים הפרטיים המפוקחים מתמנים למשרות בכירות ברשויות הרגולטוריות באותו שוק. החשש הנדון בהקשר זה הוא מפני הטבות שיינתנו לגופים המפוקחים – אם מתוך רצון של המאסדרים להתחבב על הגופים המפוקחים על-מנת לשמר הזדמנויות תעסוקתיות אצלם בעתיד, ואם מתוך הזדהות של המאסדרים עם אותם גופים שבהם הועסקו בעבר (ראו: שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטורים 160-156 (2016)).

42. לבסוף, היו מי שהביעו את החשש שלפיו מתן מעמד בכורה לעמדתו הפרשנית של המאסדר את הנחיותיו תתמרץ מאסדרים לנסח את הנחיותיהם באופן עמום, וזאת על-מנת להותיר לעצמם גמישות בפירוש הנחיות אלו במסגרת הליכים משפטיים הצפויים להתעורר בעתיד, ולהימנע מכבילתם לפרשנות מסוימת (ראו: יואב דותן "*Chevron* בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד 1, 22 (התש"ף); לכלל הטיעונים האמורים

בדבר בעיית השבי הרגולטורי ראו: בפסקאות 52-59 ובפסקה 97 לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה).

43. ואמנם, החשש מפני קבלת החלטות מוטות על-פי אינטרסים מוסדיים-צרים הוא חשש כללי אשר מרחף מעל גופים מינהליים ומוסדות שונים ואינו ייחודי למאסדר דווקא. על בית המשפט להיות ער לחשש האמור, ולהימנע מעמדה רומנטית-נאיבית המתעלמת מהאפשרות כי בנסיבות מסוימות חשש זה יתממש.

44. ואולם, לצד האמור, נראה כי יש לשוב ולהדגיש בהקשר הנדון כי אחת מהחזקות הראייתיות הבסיסיות ביותר במשפט המינהלי הישראלי היא חזקת תקינות או חוקיות המינהל – שלפיה הרשות אינה נדרשת להראות שפעולתה היא תקינה, אלא עומדת לה החזקה שאלה הם פני הדברים. חלף זאת, הפרט הטוען לאי-תקינות הוא הנדרש להרים את הנטל לשם סתירת החזקה ולהביא ראיות שיש בהן כדי להטיל ספק מהותי בשיקוליה של הרשות או להצביע על אי-תקינות פרוצדוראלית אחרת (ראו: ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ, פ"ד נד(3) 749, 755-756 (2000); ע"א 3901/11 מחקשווילי נ' רשות המיסים בישראל, בפסקאות 22-23 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (7.8.2012); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני 25-24 (כרך ד, 2017)).

פרופ' ברק-ארז בספרה עומדת על ההצדקות לחזקת התקינות:

> "חזקת התקינות מבטאת את התפיסה שהרשות המינהלית היא גוף הפועל מתוך מחויבות לאתוס של קידום האינטרס הציבורי ולסטנדרטים מקצועיים, כלומר היא משקפת את האופן שבו המשפט המינהלי תופס את הרשות המינהלית ואת המחויבות שלה לשלטון החוק. במישור המעשי, החזקה מקדמת שיקולים מעשיים של יעילות מהיבטה של הרשות המינהלית..." (ראו גם: דנ"ם 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פסקה 16 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (17.12.2019)).

כן ראו את דברי השופט י' זמיר:

> "במחלוקת זאת ידם של המשיבים על העליונה. בידי המשיבים מרוכז מידע הן על מצב המפעלים שאושרו והן על מצב השוק בענף הנדון; כמו כן משרתים אותם מומחים שצברו ניסיון רב ורכשו תמונה מקיפה, בענף זה כמו בענפים אחרים. המחוקק סמך עליהם שיידעו לאסוף את המידע הדרוש להחלטה בכל מקרה ומקרה ולבסס עליו

את ההחלטות הראויות, כדי לקדם את מטרות החוק. **כל אלה יוצרים חזקה שהחלטותיהם עומדות גם במבחן החוק. זוהי חזקת החוקיות"(ראו: בג"ץ 7365/95 האחים בולוס - חברה לייצור שיש וגרניט בע"מ נ' מרכז ההשקעות, פ"ד נ(2) 89, 95 (1996); ההדגשות הוספו, י.ו.).**

45. ואמנם, על רקע האמור, חזקת תקינות המינהל היא אחת החזקות המושרשות בשיטתנו המשפטית, והיא זו המנחה אותנו כנקודת המוצא בכל הליך מינהלי. לא מצאתי הצדקה לערוך הבחנה לעניין החלת חזקה זו בין המקרה הנדון, שבגדרו נדונה פרשנותה של רשות מינהלית (המאסדר) את הנחיותיה, לבין כל מקרה אחר שבו נדונות פעולות מינהליות של הרשות. כפי שאנו מניחים, כעניין שבשגרה, כי רשויות מינהליות פועלות באופן תקין והגון, על בסיס שיקולים מקצועיים ואינטרסים המשקפים את טובת הציבור, כך עלינו להניח שהמאסדר פועל מתוך שיקולים אלה בבואו לפרש את הנחיותיו (לכך שחזקת התקינות חלה גם ביחס לפרשנותה של רשות מינהלית ביחס לחוק המסמיך שמכוחו היא פועלת, ראו למשל: עניין עגלי תל שוק בקר, בפסקה 11(ב) לחוות דעתו של השופט י' עמית).

46. בהקשר זה, אדגיש כי כלל החששות המתוארים לעיל בדבר בעיית "השבי הרגולטורי" מתקיימים – ואף ביתר שאת – ביחס ליתר סמכויותיו ופעולותיו של המאסדר המצויות בליבת תפקידיו. כך, בשל הטיותיו המתוארות לעיל, עלול המאסדר לנסח מלכתחילה את הנחיותיו באופן שאינו משקף את האינטרס הציבורי; כך, עלול המאסדר לאכוף את הנחיותיו באופן מוטה ובשל שיקולים שאינם ענייניים; כך, עלול המאסדר להכריע בסכסוכים המובאים בפניו שלא באופן מקצועי, ועוד כהנה וכהנה. חרף האמור, איני סבורה כי יש לשלול את חזקת התקינות מכל פעולותיו של המאסדר, ולמעשה לרוקנה מכל תוכן, אך בשל החשש מפני "שבי רגולטורי". נראה כי הנחה זו שלפיה המאסדר יפעל באופן לא תקין (גם אם לא במודע) יש בה כדי להטיל דופי אפריורי בהתנהלותו של המאסדר על-ידי בית המשפט. לא רק שהנחה זו אינה מתיישבת עם חזקת התקינות (ואף יוצרת, הלכה למעשה, מעין חזקה הפוכה), אלא שהיא אף מעבירה על ידי בית המשפט מסר קשה ובעייתי.

47. יתר על כן, אף רשויות מינהליות שונות, מלבד המאסדר, עלולות לקבל החלטות מוטות בשל אינטרסים שאינם מקצועיים או כאלה המשקפים את האינטרס הציבורי באופן מלא. כך למשל, תופעת "הדלת המסתובבת" אינה ייחודית לחילופים פרסונליים בגופים המאסדרים, אלא קיימת גם בקרב רשויות מינהליות אחרות (כך למשל – במעבר של נושאי משרה בין חברות ביטחוניות למשרדי הממשלה העוסקים בתחום הביטחוני;

בין אנשי חינוך למשרד החינוך; בין משרדי עורכי דין פרטיים לבין הפרקליטות, המשטרה או הסנגוריה הציבורית; ועוד כיוצא באלה). חרף האמור, איננו מניחים מראש כי אך בשל כך החלטות הגופים המינהליים האמורים הן החלטות מוטות.

48. הוא הדין גם ביחס להטיות הנובעות מפערי מידע וכוח שבין הצדדים הרלוונטיים להחלטותיה ולפעולותיה של הרשות המינהלית הנדונה. כך למשל, איננו מניחים כי החלטות של משרד החינוך מוטות לטובת ציבור המורים ומנוגדות לאינטרס של הורי התלמידים או של התלמידים עצמם, אך בשל כך שכוחם של המורים מאוגד ומאורגן או משום שהם שחקנים חוזרים המחזיקים במידע הרלוונטי לניהול מאבקים בתחום, והדוגמאות לכך עוד רבות ולא ראיתי לפרטן.

49. ולבסוף, יפים בהקשר זה דבריו של פרופ׳ זמיר בספרו ביחס לחשש בדבר השבי הרגולטורי:

> ״אכן, אין להתעלם מחשש זה, אך לדעתי גם אין להגזים בו. ראשית, הרשות (לרבות מאסדר) היא עובד ציבור, שבדרך כלל הוא גם מקצוען בתחום שעליו הוא מפוקד, ולא נבחר ציבור שעלול להיות חשוף יותר לשיקולים לא-מקצועיים ואף ללחצים פוליטיים... זאת ועוד. סמכות הפירוש אינה סמכות מרכזית ובדרך כלל אין היא משנה במידה רבה את המהות או העוצמה של התפקיד. לכן גם אין חשש רציני שמתן תוקף לפירוש של הרשות, שלדעת בית המשפט הוא פירוש אפשרי, ישנה באופן ממשי את מאזן הכוחות בתחום המוסדר. והרי ממילא, את מה שהרשות רואה צורך לומר בדרך של פרשנות, על פי רוב היא יכולה לומר גם בדרך של תיקון או שינוי הכללים שהיא הוציאה. שנית, וזה העיקר, הסמכות העיקרית והסופית של הפירוש נשארת בידי בית המשפט: הוא מוסמך לקבוע בכל מקרה כי הפירוש שניתן על ידי הרשות המינהלית מוטעה, ולכן אינו אפשרי, או כי יש שיקולים נוגדים, הגוברים על הפירוש של הרשות ומצדיקים פירוש שונה״ (זמיר – עילות הביקורת המשפטית, בעמודים 3805-3804).

50. ברוח זו, ציינתי בפסק הדין בערעור כי ככל שבית המשפט ישתכנע כי יש להטיל ספק בשיקוליו של המאסדר ביחס לעמדתו הפרשנית, ויקבע כי שיקולים אלה לא היו ענייניים, יהיה בכך נימוק שלא לאמצה. מובן כי שיקולים מוסדיים-צרים (כגון שיקולי מוניטין או שיקולים חד צדדיים באופן מובהק ומוטה לטובת הגורמים המפוקחים מבלי לקחת בחשבון את טובת הציבור בכללותו) אינם שיקולים ענייניים, וככל שתובא בפני בית המשפט תשתית ראייתית בעניין זה, יהיה בכך כדי לסתור את חזקת תקינות המינהל,

ולהביא להימנעות מקבלתה של עמדת המאסדר. אני סבורה כי קביעה זו מאזנת באופן ראוי בין התכליות העומדות בבסיס יישומה של חזקת תקינות המינהל, אשר חלה אף בעניינו של המאסדר כרשות מינהלית, לבין החשש מפני יישום אוטומטי או גורף של החזקה האמורה.

הערה בשולי הדברים

51. בטרם סיום וסיכום, אבקש להעיר כי כמו חברי, אף אני סבורה כי מלאכת הפרשנות של מקורות נורמטיביים נתונה לרשות השופטת, וכי זהו אחד מתפקידיה במערכת האיזונים והבלמים המתקיימת בין שלוש רשויות השלטון במשטר דמוקרטי. בהתאם לכך, אין חולק על כך שהסמכות לפרשנות מקורות נורמטיביים וה"מילה האחרונה" ביחס לפרשנות הנכונה של הנורמה הנדונה מסורה לבתי המשפט. פסק הדין בערעור לא ערער על מושכלות יסוד אלה, ואין בו כל פגיעה בסמכויותיו של בית המשפט או בתפקידיו השלטוניים. לצד זאת, נראה כי אף חברי אינו חולק על העקרונות הברורים שנקבעו בפסיקת בית משפט זה לאורך השנים, שלפיהם יש לייחס משקל לכוונתו של יוצר הנורמה ולפרשנות הניתנת למקורות נורמטיביים על-ידי רשויות מינהליות הפועלים מכוחם ולאורם, על ההיגיון העומד בבסיסם.

52. מהאמור עולה, כי מבחינה מעשית-תוצאתית, להבדלי הגישות בינינו לא יהיה ביטוי ממשי למעט במקרים מעטים וגבוליים (וראו בהקשר זה: זמיר – עילת הביקורת המשפטית, בעמוד 3810). בדומה לכך אף בעניין *Kisor* ציין נשיא בית המשפט העליון בארצות הברית השופט Roberts כי:

> "[T]he cases in which *Auer* deference is warranted largely overlap with the cases in which it would be unreasonable for a court not to be persuaded by an agency's interpretation of its own regulation".

53. אכן, נראה כי גדר המחלוקת ביני לבין חברי, בסופו של דבר, הוא עיוני בעיקרו ביחס למרבית המקרים, ונובע, כך אני סבורה, מהבדלים שבין עמדות עקרוניות-דקלרטיביות ביחס למעמדו של בית המשפט וביחס למערכת היחסים שבינו לבין רשויות השלטון האחרות.

54. ואמנם, בבסיס עמדתי העקרונית בנדון עומד הרעיון שלפיו בנסיבות מסוימות שאותן פירטתי בהרחבה לעיל, ראוי לו לבית המשפט להישען לאחור, ולכבד את פרשנות המאסדר, אשר יצר את המקור הנורמטיבי הנדון ואף אחראי על אכיפתו.

55. אני סבורה כי עמדה עקרונית-דקלרטיבית זו נובעת מעמדה מוסדית, שעניינה בהכרה בתפקידן של רשויות השלטון האחרות, המניחה כי לרשות המבצעת, האמונה על שדות מקצועיים מובהקים שונים, קיים יתרון ברור בכל הנוגע לפרשנות של מונחים הדורשים מומחיות מקצועית והיכרות משמעותית עם השדה שעליו מופקדת הרשות. ויודגש, מתן כבוד לאחר, ככלל, אין משמעו כפיפות, והוא אינו נובע מתחושת נחיתות. ההיפך הוא הנכון. עמדה זו מבטאת הכרה ביחסים המָפרים שבין הרשויות ומקדמת את האמון ואת שיתוף הפעולה ביניהן.

סיכום

56. פסק הדין בערעור קבע כי ככלל, בנסיבות שבהן התבקשה והתקבלה עמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו, בהליך אזרחי שהוא אינו צד לו, ברירת המחדל היא אימוץ עמדה זו ככל שהיא אפשרית, סבירה ומתיישבת עם לשון ההנחיות. כן נקבע כי סטייה מברירת המחדל האמורה תתאפשר מקום שבו ימצא בית המשפט כי קיימים טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת המאסדר ואימוץ פרשנות חלופית תחתיה.

57. בחוות דעתי שלעיל הוספתי וציינתי כי במקרים שבהם יימצא כי (1) עמדת המאסדר אינה משקפת את כוונת יוצר ההנחיות בעת יצירתן; (2) העמדה הפרשנית אינה נובעת ממקצועיותו, מומחיותו וניסיונו של המאסדר בתחומי האסדרה; (3) העמדה הפרשנית של המאסדר לא יצרה נוהג או אינטרס הסתמכות בקרב המפוקחים או הציבור בכללותו – יהיה בגורמים האמורים כדי להפחית ממשקלה של העמדה, וזאת בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה ולשיקול דעתו של בית המשפט.

58. מכל מקום, וזה העיקר בעיני, הכלל הפרשני שנקבע בפסק הדין בערעור, צפוי להוביל, במרבית המקרים, לפרשנות הנכונה והאחידה של הנחיותיו של המאסדר. כאמור, המאסדר הוא זה שניסח ויצר את ההנחיות הנדונות, הוא האחראי על אכיפתן והוא מפרשן בשדה המוסדר. נראה, אם כן, שמטרתנו המשפטית להגיע לתוצאה הפרשנית הנכונה, היינו זו שתממש את התכלית אותה הנורמה הנדונה נועדה להגשים, תושג ככל שנטה אוזן ונקשיב ברוב קשב לפרשנותו של המאסדר, כמפורט לעיל.

59. כך הוא המקרה שלפנינו, כפי שצוין בפסק הדין בערעור, עמדת משרד האוצר – אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון (המפקח על הביטוח), היא עמדה פרשנית אפשרית וסבירה, מעוגנת בלשון החוזרים הנדונים, מנומקת כראוי ומבוססת על שיקולים שונים הנשענים רובם ככולם על מומחיותו ומקצועיותו של המפקח בתחום הביטוח. כמו כן, לא הוצגה כל אינדיקציה לכך שפרשנותו של המפקח על הביטוח אינה משקפת את עמדתו כמנסח הנהלים, או כי היא סותרת את הנוהג שהשתרש בתחום. למעשה, בעמדת המפקח צוין כי מבדיקה שנערכה עולה שגביית התת שנתיות הייתה נהוגה עוד קודם לפרסום החוזרים הנדונים, והוחלה לגבי כל רכיבי הפרמיה, לרבות גורם הפוליסה. כן הובהר כי הרציונל שבבסיס גביית תת שנתיות בביטוח חיים זהה לגבייתן בענפי סיעוד, נכות תאונתית ואבדן כושר עבודה, אשר אף הן מחושבות על-פי ההנחה שהפרמיה תתקבל בתחילת השנה, ובפועל גבייתן מבוצעת בתשלומים. עוד צוין כי עמדה זו אף נתמכת בחלוקה המקצועית הנהוגה בתחום הביטוח בין תחום ביטוח החיים בכללותו לבין תחום ביטוח כללי.

על רקע כל האמור, ובהיעדר טעמים כבדי משקל לסטות ממנה, לגישתי ראוי לאמץ את עמדת המפקח על הביטוח, כאמור בפסק הדין בערעור.

הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות

60. כפי שציין חברי, המשנה לנשיאה, בפסק הדין בערעור סברתי, אך בבחינת למעלה מן הצורך, כי טענות המבקשים כלפי הפניקס הן בגדר "זוטי דברים". משכך, ולנוכח התוצאה אליה הגיע חברי כי יש לדחות את טענות המבקשים נגד הפניקס אומנם מנימוקים אחרים, ספק אם זהו המקרה שבו נדרש בית משפט זה להידרש בהרחבה לסוגיה הנדונה במסגרת דיון נוסף. ואולם, משעה שחברי פרש יריעה רחבה ומעמיקה בשאלה העקרונית בדבר תחולת הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות, אבקש להתייחס אף אני לסוגיה זו בקצרה.

61. חברי מציין בחוות דעתו כי "לא ניתן לומר שנקבעה בעניין תנובה הלכה חד משמעית לפיה הגנת 'זוטי דברים' חלה בתובענות ייצוגיות... לא נראה שהייתה שם כוונה לייצר הלכה שתחול על כל התובענות הייצוגיות..." (פסקה 129 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). ואולם, אני סבורה כי עיון בפסיקת בית משפט זה, מוליך למסקנה שונה,

שלפיה ההלכה בעניין תחולתה העקרונית של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות היא ברורה.

62. כך, בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה), נקבע באופן מפורש כי:

> "אכן גישה זו, אותה כבר הזכרתי לעיל, לפיה הכלל בדבר 'זוטי דברים' אינו חל כפשוטו על יסוד הנזק בתובענה ייצוגית טיפוסית משום ש'מאפיין מרכזי שלה הוא הצטברות של נזקים קטנים אשר בנפרד לא היו מניעים הליך משפטי', היא גישה שיש לה אחיזה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו עניין אביב שירותים משפטיים, פסקה 10; כן ראו דברי השופט א' מצא בדיון הנוסף בעניין ברזני, 447). עם זאת חשוב להדגיש כי העובדה שקבוצת תובעים גדולה טוענת בתובענה ייצוגית לצבר של נזקים קטנים, היא כשלעצמה אינה שוללת בהכרח את האפשרות כי מדובר בזוטי דברים גם בהיבט הקבוצתי. כפי שצוין, לא ניתן לתחום מראש את גבולותיו של מושג זה וגם בהליך של תובענה ייצוגית התשובה לשאלה אימתי מדובר בפגיעה מזערית שאינה מצדיקה פיצוי, תלויה בנסיבותיו של המקרה והיא עשויה להשתנות בהתחשב במכלול הנסיבות האופפות אותו (שם, בפסקה 32; ההדגשה הוספה, י.ו.).

הנה כי כן, הדברים נאמרו באופן מפורש ואף נקבעו להלכה, ולפיה מבחינה עקרונית הגנת "זוטי דברים" חלה גם בתובענות ייצוגיות, ואולם היישום שלה תלוי בנסיבותיו של המקרה הנדון, ומשתנה בהתאם לנסיבות הנדונות. הלכה זו יושמה פעמים רבות מאז, תוך ההכרה העקרונית בכך שהגנת "זוטי הדברים" חלה בתובענות ייצוגיות, כפי שאף עולה בבירור מהסקירה המופיעה בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (ראו למשל: ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ, פסקאות 16 ו-37 לחוות דעתו של השופט י' עמית (12.3.2014): "ניתן להגיע למסקנה כי בנסיבות המקרה מדובר בפגיעה שעשויה להיחשב כזוטי דברים ..." ובהמשך "השאלה אם מדובר בפגיעה העשויה להיחשב זוטי דברים היא חוליה הממוקמת לאחר הדיון בעצם הפגיעה. בהקשר זה ציינתי כי אם בכלל מדובר בפגיעה, הרי שעוצמתה נמצאת על הצד הנמוך, ובהתחשב בכך שמדובר בסוג נזק שמלכתחילה אינו קל לכימות ויש בו היבט אינדיבדואלי-סובייקטיבי בעל משקל, הרי שהפגיעה עשויה להיחשב כזוטי דברים"; ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פ"ד סז(1) 410, 459 (2014), דברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר: "הפגיעה הנטענת במערערת 2 (ובחברי הקבוצה מסוגה), נותרה קלת-ערך – עד שלא ניתן, לטעמי, לראות בה יותר מאשר 'פגיעה מזערית', שהיא בגדר *de-minimis* – הן במובן האישי, והן במובן 'הקבוצתי'... ככזו, היא איננה מצדיקה תביעה

אישית ואף לא תובענה ייצוגית"; רע"א 3814/14 חוגלה קימברלי שיווק בע"מ נ' עו"ד מיה גד מסטיי, פסקה 16 (6.7.2015)).

63. לנוכח האמור, נראה כי פסק הדין בערעור אך יישם את ההלכה הקיימת ולא ביקש לחדש הלכות חדשות. משכך, אני סבורה כי יש להתייחס להכרעתו של חברי, המשנה לנשיאה, בסוגיה זו, כהכרעה המביאה לשינוי ההלכה (על ההצדקות והנסיבות לשינוי הלכה בבית משפט זה ראו: דברי השופטת (כתוארה אז) ד' בינייש ברע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל, פ"ד סא(1) 126, 173 (2006); בג"ץ 967/16 חרוב נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה ז (14.2.2016); בג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל, פסקה 20 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (23.3.2016)).

64. עוד אציין, כי חברי המשנה לנשיאה ערך הבחנה בין המקרים שבהם יושמה ההלכה בדבר תחולתה של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות לבין ענייננו, וציין כי במקרים האמורים דובר בתובענות ייצוגיות נזיקיות, שבהן הנזקים שנטענו היו לא ממוניים, לרוב מהסוג של פגיעה באוטונומיה, ואילו בענייננו מדובר בתביעה כספית שעילתה עשיית עושר ולא במשפט (אם כי בסופו של דבר קבע חברי כי ככלל "הגנת 'זוטי דברים' איננה חלה בתובענות ייצוגיות", ראו: בפסקה 140 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה וכן בפסקאות 154).

65. לא מצאתי בסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], המעגן את הגנת "זוטי דברים", בסיס להבחנה בין תחולתה של ההגנה בתביעות נזיקין בגין נזק לא ממוני לבין תחולתה של ההגנה בתביעות בגין נזק ממוני. בנוסף לכך, אף הפסיקה שעסקה ויישמה את ההגנה האמורה בתובענות ייצוגיות לא ערכה הבחנה כאמור.

66. כשלעצמי, איני סבורה כי קיימת הצדקה להבחנה האמורה. אמנם כן, נזקים שאינם ממוניים, ובעיקר נזקים הנובעים מפגיעה באוטונומיה, הם נזקים שקשים יותר לכימות מאשר נזקים ממוניים, הנובעים אך מגביית יתר שניתן בקלות להצביע על שוויה. ואולם, לגישתי, אין בקושי האמור כדי להעדיף את החלת הגנת "זוטי דברים" דווקא בתביעות בגין נזק לא ממוני. למעשה, לא אחת נזק שאינו ממוני שבגינו מוגשת תובענה ייצוגית חמור יותר ומסב מידה רבה יותר של צער, כאב ותחושות קשות לחברי הקבוצה מאשר נזק ממוני מזערי וגביית יתר של סכומים קטנים מאוד מחברי הקבוצה. כך למשל: תחושת אובדן השליטה והפגיעה באוטונומיה של מי שהכניס לגופו מצרך בשל הטעיה

לגבי מרכיביו יכולה להיות קשה יותר מהנזק שייגרם למי שגבו ממנו ביתר (אף אם באופן שיטתי) אגורות בודדות מדי חודש, כבענייננו.

67. לאור כל האמור, אני סבורה כי אין להבחין בין סוגי התובענות הייצוגיות כפי שהציע חברי, ויש להוסיף ולהכיר בתחולתה של הגנת "זוטי דברים" ביחס לכל סוגי התביעות הייצוגיות, כפי שנקבע עד כה בפסיקה.

68. לצד האמור, אציין כי איני מתעלמת מהקשיים הכרוכים ביישום הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות עליהן עמד חברי, המשנה לנשיאה, בחוות דעתו. הפסיקה הייתה ערה לקשיים אלה, הנובעים מטבעה של התובענה הייצוגית ככזו המאגדת את עניינם חברי הקבוצה אשר כל אחד מהם לבדו לא היה טורח להגיש תביעה בשל נזקו הפרטי. ואולם, כאמור, קשיים אלו הם שהובילו את הפסיקה לקבוע כי "הכלל בדבר 'זוטי דברים' אינו חל כפשוטו על יסוד הנזק בתובענה ייצוגית טיפוסית משום ש'מאפיין מרכזי שלה הוא הצטברות של נזקים קטנים אשר בנפרד לא היו מניעים הליך משפטי' ..." (ראו: עניין תנובה, בפסקה 32). כלומר, על רקע הקשיים האמורים, נקבע כי יישום הגנת "זוטי דברים" אינו זהה ליישומה בתביעה רגילה, וכי אופן בחינתה ייעשה מנקודת מבטה של הקבוצה כולה – כאשר מדובר במעשה שרוב חברי הקבוצה יראו בו עניין פעוט וקל ערך, שלא היה עולה בדעתם להגיש בגינו תובענה ייצוגית, תחול ההגנה (ראו: פסקה 49 לפסק הדין בערעור).

לגישתי, די בהתאמה האמורה, ובהבהרה שלפיה יש ליישם את הגנת "זוטי הדברים" בצמצום רב בתובענות ייצוגיות לנוכח תכליות מוסד התובענה הייצוגית המפורטות בחוות דעתו של המשנה לנשיאה, כדי להבטיח איזון ראוי בין תכליות אלה לבין התכליות העומדות בבסיס הגנת "זוטי דברים".

69. תוצאה זו, כך נראה, תוביל להשלכות מעשיות דומות עד זהות לאלה שינבעו מהתוצאה שאליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה, ושבגדרה ניתן יהיה לאזן בין התכליות האמורות במסגרת בחינתו של סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, שלפיו אחד התנאים לאישור תובענה ייצוגית הוא כי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

70. לבסוף, אין לי אלא לחזור על האמור בפסק הדין בערעור:

"אין לראות בדחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל הגנת "זוטי דברים" משום השלמה עם גביית יתר – אף אם זניחה – שלא כדין. התעשרותם של גופים במשק על-ידי גביית יתר פעוטה מיחידים עלולה להוביל ברבות השנים להתעשרותה בסכומים לא מבוטלים. זאת, כמובן, יש למנוע אף במקרים בהם הנזק לכל אחד מחברי הקבוצה הוא זניח ביותר. עם זאת, ייתכן כי הכלי היעיל והכדאי לשם מניעת מקרים אלו הוא פנייה למאסדר לשם הפעלת סמכויותיו ולמניעת התעשרות זו, ולא לנהל הליכים שעלותם תהיה גבוהה יותר מהנזק שנגרם לציבור ושתכליתם העיקרית היא פגיעה בנתבעים" (שם, בפסקה 51; וראו גם: אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 235 (2017)).

סוף דבר

71. לנוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי לדחות את הדיון הנוסף, ולהותיר את פסק הדין שבערעור על כנו, בתוספת ההבהרות כמפורט בפסקה 57 לעיל.

ש ו פ ט ת

<u>השופטת ד' ברק-ארז</u>:

1. מהו המשקל שיש לייחס לעמדתה הפרשנית של רשות מינהלית מאסדרת ביחס להנחיותיה? זוהי השאלה המרכזית שבה התבקשנו להכריע. השאלה התעוררה במסגרת הליך של תובענה ייצוגית בגדרו עמדה לדיון פרשנות הנחיותיו של המפקח על הביטוח, המכונה כיום הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון. זאת, נוכח טענות לפיהן חברות הביטוח הנתבעות חרגו מהאמור בהנחיות. אולם, ברי שהשאלה יכולה להתעורר גם בהקשרם של הליכים משפטיים בעלי מאפיינים שונים, ואינה קשורה בהכרח לדיני התובענות הייצוגיות.

2. סוגיה נוספת שהתעוררה אף היא בהליך דנן, גם אם רק בשוליו, נסבה על שאלה ייחודית לדיני התובענות הייצוגיות ולשיקולי המדיניות הרלוונטיים להם – האם יש מקום להימנעות מאישורה של תובענה ייצוגית מטעמים של "זוטי דברים", ואם כן מהי המסגרת המשפטית המתאימה לכך ומהו היקף ההכרה באפשרות לעשות כן.

3. אקדים ואומר כי בעיקרו של דבר אני מסכימה לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר. לצד זאת, אני מבקשת להציג את עמדתי ביחס למספר עניינים.

השאלה המרכזית: פרשנות הנחיותיו של מאסדר

4. השאלה שבפנינו – האם בפרשנות הנחיותיו של מאסדר יש לתת מעמד בכורה לעמדה הפרשנית המוצעת על-ידי המאסדר עצמו – היא אך "פרוסה" של שאלה רחבה יותר שעניינה המשקל שיש לתת באופן כללי לעמדה הפרשנית של הרשות המינהלית (בין שמדובר ברשות מאסדרת ובין בכזו שאינה מאסדרת) ביחס לנורמות אחרות, כדוגמת חקיקה ראשית, חקיקת משנה או הנחיות מינהליות. עם זאת, מדובר בשאלה שיש לה מאפיינים מיוחדים משלה וההכרעה בה אינה נגזרת בהכרח מן התשובות לסוגיות קרובות. על כן, ולא רק מטעמים פורמאליים, הדיון שבפנינו יתמקד רק בה.

5. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף אימצה חברתי השופטת י' וילנר בעניין זה גישה של כלל וחריג לו. ככלל, כך קבעה, יש מקום לאמץ את עמדתה הפרשנית של הרשות המאסדרת ביחס להנחיותיה כאשר זו מתיישבת עם לשון ההנחיות. עם זאת, וכחריג לכלל, כאשר עמדה זו חורגת ממתחם הסבירות אין מקום ללכת בעקבותיה. גישה זו אינה הולכת שבי אחר הרשות המאסדרת, אך מייחסת משקל רב לעמדתה הפרשנית. השאלה שאותה אנו נדרשים לברר היא האם משקל זה אינו רב יתר על המידה. לאחר שבחנתי את הדברים, כמו חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), אף אני אינני מצטרפת לגישתה של חברתי השופטת וילנר. זאת, מבלי לגרוע מהקביעה – שעליה לא יכולה להיות מחלוקת – כי לעמדתה הפרשנית של הרשות המאסדרת יש חשיבות. אולם, מכאן ועד אימוץ הגישה המתוארת של כלל וחריג ארוכה הדרך בעיני. לשיטתי, אין מקום לתת מעמד בכורה לעמדתה הפרשנית של הרשות המאסדרת ביחס להנחיותיה, אלא יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו ובהתאם לכללי הפרשנות המקובלים. ככלל, אני מסכימה לנימוקים שהציג חברי המשנה לנשיאה (בדימ') כבסיס למסקנתו זו, ועל כן אמקד את דברי רק בטעמים המרכזיים מנקודת מבטי.

6. החשש מפני "שבי רגולטורי": השפעת היתר של הגורמים המפוקחים על הרשות המאסדרת – שיקול חשוב שיש לתת לו משקל הוא החשש מפני השפעת היתר שיש לעתים לגורמים המפוקחים על הרשות המאסדרת. למעשה, זהו השיקול שחברי המשנה לנשיאה (בדימ') ייחס לו את המשקל המשמעותי ביותר (ראו: סעיפים 52-59 לפסק דינו), ולשיטתי – בצדק רב. ניסיון החיים, כמו גם מחקרים רבים, מלמדים כי רשות מאסדרת שאמונה על פיקוח על שוק מסוים עלולה לנטות לעבר הזדהות יתר עם הגורם המפוקח.

תופעה זו אף נדונה לא אחת תחת הכותרת "שבי" או "לכידה" רגולטוריים (ראו למשל: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 289-291 (2010) (להלן: ברק-ארז, כרך א); שרון ידין רגולציה – המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 156-157 (2016); יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" מסדירים רגולציה – משפט ומדיניות 425, 469-470 (2016); מיכל (שיצר) גל והילה נבו "אסדרה של קבוצת ריכוז" דין ודברים י 237, 281-282 (2017). כן ראו: בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 652 (2001); רע"פ 2841/17 חיפה כימיקלים בע"מ נ' עיריית חיפה, פסקה 15 (28.5.2017)). כלל המאמץ, למעט במקרים חריגים, את פרשנותה של הרשות המאסדרת עלול להחריף קושי זה ולקבע אותו. לא מיותר להזכיר בהקשר זה את פסק דינו של הנשיא מ' שמגר ברע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו, פ"ד מח(4) 70 (1994) (להלן: עניין מוריאנו) שם הוא גרס כי תקנות שהותקנו תוך התייעצות עם חברות הביטוח בלבד ראוי לראותן ככאלה שנוטות לטובתן, במובן זה שיחול על ניסוחן כלל הפרשנות נגד המנסח.

7. שיקול זה מקבל משנה חשיבות בימינו, בהתחשב בהתרחבותם של תחומי הרגולציה בישראל. כידוע, בעשרות השנים האחרונות עברה מדינת ישראל בתהליך הדרגתי ממשטר שבו המדינה פועלת במתכונת של יצור והספקה של שירותים (כפי שנהגה בעת הקמתה) לפעילות במתכונת של פיקוח ואסדרה ביחס לתאגידים פרטיים, בין היתר לנוכח תהליכי ההפרטה שחלו במשק הישראלי לאורך השנים (ראו: ברק-ארז, כרך א, 59-64; דפנה ברק-ארז אזרח נתין צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה 79-82 (2012)). על רקע זה, חשוב להקפיד על מנגנונים שיבטיחו ביקורת ואיזון במקרים שבהם קיים חשש כי הרשות המאסדרת פועלת לטובתו של הגורם המפוקח יותר מאשר לטובת האינטרס הציבורי הכללי.

8. שיקולים של הפרדת רשויות והגנה על זכויות הפרט – הענקת מעמד פרשני מיוחד לפרשנות שנותנת הרשות המאסדרת להנחיותיה מעוררת לטעמי קושי גם בשל שיקולים הנוגעים להפרדת רשויות ולהגנה על הפרט מפני כוח שלטוני עודף. בעידן המדינה הרגולטורית, הרשות המאסדרת היא גוף המרכז בידיו סמכויות נרחבות, במתכונת שחורגת מן המודל הקלאסי של הפרדת רשויות (ראו: ברק-ארז, כרך א, בעמ' 83-84). הרשות המאסדרת משמשת כמחוקקת משנה, כגוף ביצועי, ולעתים אף מפעילה סמכויות מעין-שיפוטיות. זהו כורח המציאות, כתולדה של מורכבות הנושאים שבהם היא עוסקת. הביקורת השיפוטית היא אמצעי בקרה חשוב על הפעלת סמכויות אלה. כלל המעניק בכורה אף לפרשנות שהרשות המאסדרת מאמצת ביחס להנחיותיה, מעורר חשש מפני שיבוש האיזון העדין בין האפקטיביות השלטונית לבין ההגנה על הפרט מפני הכוח

השלטוני. יוער, כי אף חברתי השופטת וילנר נדרשה לסמכויות הרבות – חקיקתיות, אכיפתיות ומעין-שיפוטיות – שמרכזת בידיה הרשות המאסדרת. היא ראתה בכך ביטוי לתפיסה הרואה ברשות גורם מתאים להשפיע גם על פרשנות הנחיותיה. הסתכלותי שלי על הדברים היא שונה. דווקא בשל ריכוז הסמכויות הרב בידי הרשות המאסדרת אני סבורה שאין להוסיף עליהן.

9. מאפייני ההליך שבו אומצה העמדה הפרשנית – שיקול נוסף שיש לתת עליו את הדעת, בהמשך לדוגמה שנדונה בעניין מוריאנו, נוגע להליך שבו אומצה עמדתה של הרשות המאסדרת. השאלה בהקשר זה היא האם ההליך היה פתוח ומסודר, והאם ניתנה במסגרתו הזדמנות גם לגורמים שאינם מפוקחים להשפיע על פרשנות ההנחיות? לחלופין, האם קיים חשש שעמדת הרשות התגבשה תוך מתן העדפה או משקל יתר לאינטרס של הגורם המפוקח על פני האינטרס הציבורי? לכאורה, יש טעם רב יותר במתן משקל לפרשנותה של הרשות המאסדרת כאשר זו גובשה בסביבה מאוזנת ושקופה. וכך גם להפך. ניתן להדגים את הקושי הכרוך בהסתמכות על עמדות שהן תולדה של הליכים לא מסודרים באמצעות הרקע העובדתי המתואר בע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ (4.2.2020) (להלן: עניין שמעון). באותו עניין ביקשה חברת ביטוח להסתמך על עמדה פרשנית של הרשות המאסדרת (שם, ביחס לחוק, אך ההבחנה אינה חשובה במקרה דנן) – בנסיבות שבהן העמדה הפרשנית נוסחה על-ידי איגוד חברות הביטוח, וזו אך אושרה על-ידי הרשות המאסדרת במתכונת של התכתבות פנימית שהציבור לא נחשף לה (שם, בפסקה 53). דומה שכל מילה נוספת היא מיותרת. ראוי אפוא שהבחינה תיעשה בכל מקרה ומקרה בהתאם למאפייניו, להבדיל מקביעת "ברירת מחדל" הנותנת משקל בכורה לפרשנות המוצעת על-ידי הרשות המאסדרת. אף חברי המשנה לנשיאה (בדימ') עמד על היבט זה של הדברים, בהתייחסו להשוואה בין מאפייניו הפומביים והשקופים של הליך החקיקה לבין אופיים הפנימי והסגור יחסית של הליכי גיבוש המדיניות על-ידי רשות מאסדרת.

10. פרשנות מראש או פרשנות בדיעבד – שיקול חשוב מסוג אחר הוא האם הפרשנות המוצעת על-ידי הרשות המאסדרת אומצה על-ידה "בזמן אמת" או שמא זוהי פרשנות שאומצה על-ידה רק לאחר שנשאלה לעמדתה, ובעת שעמדות הצדדים הרלוונטיים בסכסוך היו ידועות. כלשעצמי, אני נכונה ליתן משקל רב יותר לעמדתה של הרשות המאסדרת כאשר זו אומצה מאחורי "מסך הבערות".

11. את הקושי הטבוע בפרשנות שנותנת הרשות בדיעבד להחלטותיה ניתן להדגים באמצעות פסק הדין שניתן בבר"מ 156/20 פלוני נ' שר הפנים (13.10.2020). פסק דין זה

נסב על החלטה של שר הפנים משנת 2008 שעסקה ב"הענקת מעמד פליט לסודאנים מחבל דרפור" והוחלה על 600 אנשים, ביניהם גם על המבקש באותה הפרשה. בדיעבד, המדינה ביקשה שלא להאריך את רישיון הישיבה שניתן למבקש, על רקע מעורבותו בפלילים. בשלב זה, טענה המדינה כי יש לפרש את החלטה האמורה כמקנה רישיון ישיבה מטעמים הומניטריים, להבדיל מאשר החלטה המקנה מעמד של פליט. פרשנות זו, שניתנה רק בדיעבד, נדחתה. השופט ע' פוגלמן, שעמו הסכימו הנשיאה א' חיות והשופט א' שטיין, בחן את ההחלטה ופירש אותה על סמך לשונה ונסיבות קבלתה, להבדיל מאשר על-פי עמדתה העדכנית של הרשות. ניתן ללמוד ממקרה זה כי קיים קושי באימוץ פרשנותה של הרשות, כאשר זו ניתנת רק בדיעבד ובהקשרו של מקרה קונקרטי. זו פרשנות שאינה מבטאת מדיניות "נייטרלית", אלא נקיטת עמדה שהתגבשה בזיקה לנסיבותיו של המקרה הנדון.

12. ומה באשר לחזקת התקינות המינהלית? – חברתי השופטת וילנר ציינה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף כי טעם נוסף להעדפת פרשנותה של הרשות המאסדרת הוא חזקת התקינות המינהלית העומדת לימינה. לשיטתי, חזקה זו אינה בעלת משקל רב דווקא בסוג המקרים שעומדים לדיון בפנינו – כאשר הנחיותיה של הרשות אינן בהירות. במלים אחרות, קיומה של אי-בהירות ביחס למשמעותן של ההנחיות מחלישה את חזקת התקינות המינהלית.

13. שיקולי מומחיות של הרשות – בשלב זה שומה עלי להתמודד עם שיקול מרכזי שעליו הצביעה חברתי השופטת וילנר: מתן משקל למומחיות ולניסיון של הרשות המאסדרת. אף אני מייחסת לאלה משקל של ממש. אולם, משמעותו של משקל זה היא שעל בית המשפט לברר מהי פרשנותה של הרשות המאסדרת ומהם הטעמים שנתנה לפרשנות זו. עליו לשקול אותם בכובד ראש. אולם, ההכרעה הסופית היא בידיו, ללא העדפה מקדמית של עמדתה הפרשנית של הרשות. לא זו אף זו: במקרים מסוימים יכולה להתעורר שאלה שכלל אינה מתחום מומחיותה של הרשות, כדוגמת פרשנותו של מונח משפטי כללי שבו היא עושה שימוש. יש להיזהר אפוא ממתן משקל עודף לפרשנותה של הרשות המאסדרת גם משום שהפרשנות עשויה לאצול על נושאים החורגים מתחום מומחיותה.

14. יש להעיר גם, כי כגורמים בעלי ניסיון ומומחיות, המלווים בין היתר בייעוץ משפטי – יש לצפות מרשויות מינהליות בכלל, ומרשויות מאסדרות בפרט, לערוך ולפרסם את הנחיותיהן באופן בהיר ומובן ככל האפשר. ככל שייעשה כן – יצטמצמו

למינימום המחלוקות הפרשניות האפשריות סביב יישום ההנחיות, ולמעשה בתי משפט כלל לא יידרשו לשאלה שבה אנו דנים כעת.

15. שיקולי הרמוניה משפטית? – אינני סבורה אף שיש לחשוש להרמוניה המשפטית אם בית המשפט לא יקבל את עמדתה הפרשנית של הרשות המאסדרת. כידוע, הפרשנות השיפוטית היא הפרשנות המוסמכת, וחזקה על הרשות המאסדרת שתנהג בהתאם לפרשנות זו לאחר שתינתן בעניין פסיקה מפורשת. למעשה, מנקודת מבטי, שיקולים של הרמוניה משפטית תומכים דווקא בכך שהמשקל הניתן לפרשנותה של הרשות בכל הנוגע לחקיקת משנה או להחלטות אחרות מטעמה, יעלה בקנה אחד עם המעמד הפרשני שניתן לעמדת הרשות בהקשרה של חקיקה ראשית. בית משפט זה חזר והבהיר כי הפרשן המוסמך של דבר חקיקה ראשית הוא לעולם בית המשפט (ראו למשל: רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 501 (1994); רע"א 2453/13 עמר נ' עיריית חדרה, פסקה 14 (14.4.2015); בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר, פסקה פ"ט (13.6.2017); ע"א 6455/19 ירוחימוביץ נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 13 (28.1.2020)). הדברים אף חזרו והובהרו גם בפסקי דין והחלטות שניתנו לאחר שניתן פסק הדין מושא הדיון הנוסף (ראו: בג"ץ 2875/18 התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל, פסקאות 26-28 לפסק דינה של השופטת וילנר (18.06.2019); רע"א 1850/19 לרנר נ' די בי אס שירותי לוויין (1998) בע"מ, פסקה 11 (7.1.2020); עניין שמעון, בפסקאות 48-49). אם כן, ניתן לומר כי אימוץ עמדה דומה אף ביחס לפרשנות הנחיות מינהליות מתיישבת עם שיקולים של הרמוניה משפטית. הדברים אמורים בפרט כאשר מביאים בחשבון את נקודת המבט הרחבה של בית המשפט, שאמור לאמץ פרשנות שעולה בקנה אחד עם הכרעות אחרות שלו.

16. בין סבירות לפרשנות – פרספקטיבה נוספת להתבוננות על הדברים נוגעת לתפיסה הבוחנת את פרשנותה של הרשות המאסדרת במשקפיים של סבירות. דיון בשאלה האם פרשנותה של הרשות היא סבירה מניחה במידה מסוימת את המבוקש – היא מקבלת את התפיסה שפרשנות ההנחיות היא חלק מתפקידיה של הרשות, ולכן יש מקום לבחון אותה בכלים שבאמצעותם נבחנות החלטות אחרות המצויות בתחום סמכותה הבלעדית של הרשות המינהלית. אולם, כאשר מתקבלת עמדת הבסיס הפרשנית של שיטתנו הגורסת כי פרשנות הדין מסורה בראש ובראשונה לבתי המשפט – הפרספקטיבה של סבירות היא זרה לדיון.

17. פרספקטיבה השוואתית – במידת מה, הדיון בפסק הדין מושא הדיון הנוסף נעשה ב"צלו" של המשפט ההשוואתי, לנוכח העובדה שהגישה המצדדת ב"נטייה" לעבר קבלת

עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית מייצגת במידה רבה את עמדתו של המשפט המינהלי האמריקני. אף כעת, במסגרת הדיון הנוסף, חבריי המשנה לנשיאה (בדימ׳) מלצר והשופטת וילנר התייחסו בפסקי דינם להשוואה למשפט האמריקני. אולם, דומה שצל זה אינו צריך להטריד אותנו, ולו רק משום שהעמדה המקובלת בשיטת משפט אחרת, נכבדה ככל שתהיה, אינה הולמת תמיד את ״תנאי הארץ ותושביה״. בסוגיה שבפנינו אמירה זו יפה על אחת כמה וכמה.

18. מקורה של הנטייה לעבר קבלת עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית במשפט האמריקני הוא בהלכת *Chevron* המסורתית (Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)), שעניינה במשקל שניתן לעמדת הרשות בפרשנותה של חקיקה ראשית. אולם, כפי שהוסבר לעיל, זו אינה גישתו של המשפט הישראלי.

19. אכן, כפי שציין חברי המשנה לנשיאה (בדימ׳), הלכת *Chevron* הוחלה בהמשך אף ביחס לפרשנות תקנותיה של הרשות המינהלית עצמה – בפסק דין Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997). אולם, דווקא בהקשר זה היא עוררה מחלוקת. בפסק דין Kisor v. Wilkie, No. 18-15, 588 U.S. (2019) (להלן: עניין *Kisor*), שניתן לאחר פסק הדין מושא הדיון הנוסף, נמתחה ביקורת רבה על יישום זה של הלכת *Chevron*. חרף זאת, ההלכה נותרה על כנה. אחד הטעמים המרכזיים שנתנו לכך שופטי הרוב היה הגישה הזהירה ביחס לסטייה מתקדימים. שיקול זה מלכתחילה אינו רלוונטי לנו, שהרי בישראל התקדים האמור לא היה קיים מלכתחילה.

20. זאת ועוד: כפי שציין חברי המשנה לנשיאה (בדימ׳), עיון בפסק הדין שניתן בעניין *Kisor* מראה כי אף שופטי הרוב, שנמנעו כאמור מביטול ההלכה המסורתית, הוסיפו מספר סייגים לאימוץ עמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית מעבר לדרישה שתהא זו פרשנות סבירה. סייגים אלה התייחסו לכך שיהיה מדובר בפרשנות פורמאלית, בפרשנות המבטאת את מומחיותה של הרשות, וכן כזו שלא ״באה בהפתעה״ לצדדים המעורבים. זאת, כאמור, לגישתם של שופטי הרוב. שופטי המיעוט באותו עניין צדדו בביטול ההלכה מדעיקרא. לצד זאת יש להודות כי המחלוקת הניטשת בארצות הברית בעניין זה טבולה בשיקולים הנוגעים לזירה המשפטית-ציבורית שם, ומלכתחילה אינם רלוונטיים להקשר הישראלי. כך למשל ניתן להזכיר את הזיקה הקיימת במשפט האמריקני בין ההתנגדות להלכת *Chevron* לבין העמדה המצדדת בהגבלת כוחה של המדינה המינהלית. במובן זה, אני מבקשת להדגיש בעיקר את מגמת הנסיגה ביחס להלכת *Chevron* (ולא להנחות עצמי לאורה של דעת המיעוט בעניין *Kisor*).

21. ראוי להזכיר גם כי הלכת *Chevron* מבוססת על מבחן דו-שלבי, כאשר בשלב הראשון נבחנת השאלה האם הוראת החוק הנדרשת לפרשנות היא ברורה או עמומה. ככל שבית המשפט מוצא כי אין עמימות, ולשון החוק היא ברורה – הוא כלל אינו נדרש לעמדתה הפרשנית של הרשות. עובדה זו מחדדת גם את הערתי בפסקה 14 לעיל, בעניין הציפיה מהרשות המאסדרת כגוף מקצועי לנסח את הנחיותיה באופן הנהיר ביותר, שלא יצריך דיון פרשני כלל.

22. להשלמת הדיון ההשוואתי ניתן להוסיף, כי המשקל שבתי המשפט מייחסים לעמדותיה של הרשות המינהלית בישראל דומה יותר לגישה שיפוטית אחרת שניתן לה ביטוי בפסיקה האמריקנית – הלכת *Skidmore* שעניינה התחשבות בעמדתה של הרשות, לצד שיקולים פרשניים נוספים, להבדיל ממתן מעמד בכורה לעמדה זו (ראו: Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944)). הלכה זו קדמה מבחינה כרונולוגית להלכת *Chevron*, והיחס ביניהן הוא סוגיה מעניינת כשלעצמה. אחת ההבחנות הבולטות שהוצעו בפסיקה ובספרות האקדמית בהקשר זה התייחסה למקרה שבו העמדה הפרשנית של הרשות המינהלית הובעה באופן "פורמלי" – שאז יחול הסטנדרט של הלכת *Chevron*, לעומת מקרה שבו הדבר נעשה באופן "בלתי פורמלי", שבו יחול הסטנדרט של הלכת *Skidmore* (ראו: Christensen v. Harris County, 529 U.S. 576, 589 (2000); United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001). ראו עוד: Thomas W. Merrill & Kristin E. Hickman, *Chevron's Domain*, 89 GEO. L. J. 833 (2001); Bradley Lipton, *Accountability, Deference, and the Skidmore Doctrine*, 119 YALE L.J. (2010)). הבחנה זו נחזית כרלוונטית במיוחד מהיבטן של נסיבות המקרה דנן – שבו עמדתה של הרשות אשר הוגשה לצורך ההליך המשפטי הייתה, כפי שתיאר אותה חברי המשנה לנשיאה (בדימ') – קצרה יחסית, לא מנומקת כדבעי ומנוסחת בלשון "זהירה, מסויגת, שאיננה נחרצת, או חד משמעית" (כאמור בפסקה 110 לפסק דינו).

23. סיכום ביניים: כיבוד הרשות המאסדרת, להבדיל מכפיפות לה – אם כן, הגישה שראוי לשיטתי לאמץ בהקשר הנדון משקפת את העמדה עקרונית שהציג המלומד דיויד דיזנהאוז כבר לפני שנים רבות כאשר הבחין בין התייחסות לעמדתה של הרשות מתוך עמדה של כבוד (respect) לבין קבלת עמדתה מתוך תפיסה של כפיפות (submission) (ראו: David Dyzenhaus, *The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy*, in THE PROVINCE OF ADMINISTRATIVE LAW (Michael Taggart ed., (1997)). על בית המשפט להתייחס ברצינות רבה לעמדתה הפרשנית של הרשות – לבחון את טעמיה וללמוד מניסיונה. אולם, אין מקום לכלל המעניק לה קדימות על פני כל

פרשנות אחרת, אף לא במתכונת של כלל שיש לו חריגים, כפי שהציעה חברתי השופטת וילנר.

השאלה המשנית: "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות?

24. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') פרש יריעה רחבה אף בנוגע לשאלת יישומה של הגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות בכלל ובמקרה דנן בפרט. כשלעצמי, אני סבורה שעלינו להגביל את התייחסותנו לשאלה זו, בהתחשב בכך שפסק הדין מושא הדיון הנוסף נדרש לכך ב"רפרוף" בלבד, תוך הפנייה ליישומה של הגנה זו בפסיקה קודמת של בית משפט זה בע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, פסקה 32 (4.12.2011) (להלן: עניין תנובה). אולם, משחבריי ייחדו דברים לסוגיה, אבקש אף אני להבהיר את גישתי בנושא זה. ככלל, אני נוטה בעניין זה לאופן הצגת הדברים על-ידי חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), אך גם סבורה שבמישור המעשי, כלומר ב"שורה התחתונה", חילוקי הדעות שהתגלעו בנושא בין חבריי אינם כה גדולים.

25. אפתח בהנחת המוצא שעליה אין מחלוקת כלל: בתחום התובענות הייצוגיות ההתייחסות לעיקרון של זוטי דברים צריכה להיעשות מנקודת מבטה של הקבוצה בכללותה, ולא מבחינת כל אחד ואחד מחבריה. פשיטא שדיני התובענות הייצוגיות נועדו לתת מענה דווקא למצבים שבהם הפגיעה הנטענת היא זוטי דברים מבחינת כל אחד ואחד מן הפרטים, אך לא בהיבט הכללי.

26. ומה באשר לזוטי דברים מבחינת הקבוצה כולה? חברי המשנה לנשיאה (בדימ') מסתייג מאימוץ אמת מידה עצמאית של זוטי דברים לצורך דיון באישור בקשה לתובענה ייצוגית. יחד עם זאת, הוא מסכים שניתן להתחשב בשיקול זה במסגרת הסטטוטורית המבררת האם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת, דהיינו כחלק מהדיון בתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות).

27. המחלוקת היא אפוא יותר מחלוקת תפיסתית ומושגית. חברתי השופטת וילנר סבורה שיש מקום להחיל את העיקרון העצמאי של זוטי דברים כפי שזה קבוע בסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לעומת זאת, חברי המשנה לנשיאה (בדימ') תולה את הדברים בחוק תובענות ייצוגיות, אשר לא מכיר בזוטי דברים כעיקרון עצמאי, אך אינו חוסם את הדרך להתחשב בתוחלת התועלת לקבוצה (בהשוואה להוצאות הנדרשת לניהול ההליך). שניהם גם יחד תומכים באימוץ זהיר ומצומצם של שיקול זה. דומה שהשאלה

מהו הבסיס התיאורטי להתחשב בשיקול של זוטי דברים לא התחדדה בעניין תנובה. ההתייחסות לדברים נעשתה באותה פרשה בכלליות בלבד.

28. הגם שאני מפקפקת במשמעות המעשית של הדיון במחלוקת, כשלעצמי אני נוטה לדעה שאינה מכירה בעיקרון העצמאי של זוטי דברים בהקשרם של דיני התובענות הייצוגית, אלא מייחדת את ההתייחסות לשיקול זה ליישום העקרונות שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות עצמו. בראשם של אלה עומדת בהקשר זה השאלה האם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ליישוב המחלוקת. הטעם לכך, כפי שאף הדגיש חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), הוא שלנוכח תכליתה של התובענה הייצוגית – ככלי של אכיפה פרטית המכוון לא רק לפיצוי – השיקול של זוטי דברים לא יכול לעמוד בה לבדו. כך למשל, ניתן להעלות על הדעת מקרה שבו היקף הפיצוי לקבוצה הוא זעום אך ניהול התובענה הייצוגית צפוי לתרום לשינוי פרקטיקות במתכונת שצפויה לקדם את האינטרס הציבורי.

29. אוסיף עוד, כי מלכתחילה ביסוסה של טענת זוטי דברים בהליכי תובענה ייצוגית צפוי להיות קשה יחסית אף במישור העובדתי. הדעת נותנת ששיקולים הנוגעים לגמול הצפוי לתובעים הייצוגיים יכוונו אותם מלכתחילה שלא ליזום הליכים שבהם שוויו של ההליך הוא זעום, כלומר כאלה שעוסקים בהיקף כספי של זוטי דברים. אם כן, טענה מצד נתבעים כי הסכום שניתן יהיה לפסוק יהיה מצומצם תשקף ברגיל גם מחלוקת עובדתית המבטאת הערכה שונה של הדברים משני הצדדים של המתרס.

סיכום

30. אם כן, ובכפוף להערות שצוינו, אני מצטרפת למסקנתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

ש ו פ ט ת

<u>השופט ד' מינץ:</u>

מהו המשקל שיש לתת לפרשנות המאסדר להנחיותיו שלו? זו השאלה העומדת להכרעה. קראתי בעיון את העמדות השונות של חברַי ואני שותף לעמדתה של חברתי, השופטת י' וילנר, בכל הנוגע למשקל אותו יש ליתן לפרשנות המאסדר. אוסיף רק מספר מילים משלי.

1. נקודת המוצא, ועל כך אין מחלוקת, היא כי בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של הדין. לבתי המשפט המומחיות המשפטית לפרש טקסטים משפטיים, דוגמת חוק או חוזה. אמנם, הרשות המבצעת נדרשת באופן תדיר לפרש את הוראות הדין, אולם פרשנותו של בית המשפט היא הפרשנות הסופית. יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתארו אז) א' ברק **בבג"ץ 399/85** חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, **פ"ד מא(3) 255, 306 (1987)**:

> "פירוש החוק הוא מקצועו של בית המשפט, והאחריות המוטלת עליו מחייבת אותו ליתן אותו פירוש הנראה לו – לו ולא למאן דהוא אחר – כראוי."

2. יחד עם זאת, בהקשר של חקיקה ראשית נפסק זה מכבר כי העובדה שבית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוק אינה מובילה למסקנה כי אין לתת כל משקל לפרשנותה של הרשות המנהלית. **בספר** פרשנות במשפט (אהרן ברק פרשנות במשפט – כרך שני: פרשנות החקיקה 792-799 (1993)) מוצגות שלוש גישות אפשריות ליחסו של בית המשפט לפרשנות הרשות לחקיקה ראשית. הגישה הראשונה המוצגת במסגרת דיון זה היא גישת ההתעלמות. על פי גישה זו, אין מקום ליתן כל מעמד מיוחד או משקל מיוחד לפרשנות החוק על ידי הרשות. מעמדה של פרשנות הרשות שווה למעמד כל פירוש שניתן על ידי כל בעל דין אחר (ראו: **בג"ץ 157/63** בוקסבאום נ' שר האוצר, **פ"ד יח(1) 115 (1964)**; **ע"א 976/06** מרום נ' נציבות מס הכנסה-פקיד שומה באר-שבע, חוות דעתו של השופט י' דנציגר (6.11.2008)). הגישה השנייה היא גישת מתחם החוקיות ועל פיה, מבין פירושים חוקיים אפשריים, על בית המשפט לבחור בפירושה של הרשות. כך, כשם שקיים "מתחם סבירות" לפעולות ביצוע של הרשות המנהלית, קיים גם "מתחם סבירות" לפרשנות הרשות. בית המשפט יאמץ את הפירוש של הרשות המנהלית לדבר חקיקה אם פירוש זה הוא הפירוש הסביר. הגישה השלישית שהוצגה היא גישת ביניים, גישת שיקול הדעת השיפוטי. על פי גישה זו, בית המשפט אינו צריך להתייחס לפרשנות הרשות המנהלית כאל פרשנות רגילה של בעל דין. אולם, בית המשפט גם אינו כבול לפרשנות הרשות המנהלית בכל עת שזו חוקית וסבירה. היינו, כאשר בית המשפט נדרש להפעיל את שיקול דעתו בבחירה בין משמעויות שונות לדבר חקיקה, עליו לתת משקל מיוחד לעמדתה הפרשנית של הרשות המנהלית, אשר ישתנה בהתאם לנסיבות. עמדה דומה

הובעה גם בפסיקת בית משפט זה, לדוגמה בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 550 (1990) בו נאמרו הדברים הבאים:

> "כאשר באה לפני בית-משפט שאלה פרשנית, על בית המשפט לפרשה על-פי מיטב הבנתו. על בית המשפט להתחשב בפירוש שנתנו גורמי שלטון (ועדה מוסמכת של הכנסת, רשות מוסמכת במסגרת הרשות המבצעת) להוראת החוק. אין לומר כלל, כי פירושם שלהם אינו רלוואנטי ואין בו כדי להעלות או להוריד. נהפוך הוא: רשות שלטונית המופקדת על ביצועו של חוק מתמחה בו, יודעת יפה את כוחו ומגבלותיו, וערה למלוא הבעיות שכל פירוש אפשרי יעורר. על-כן, על בית המשפט להטות אוזן לפירושה של הרשות המבצעת את החוק ולהערותיה. עם זאת, לאחר שבית המשפט עיין בפירושן של הרשויות השונות, עליו להכריע בפירוש הראוי, תוך שעליו לראות עצמו חופשי בבחירת הפירוש שנראה לו כפירוש הנותן ללשון החוק אותה משמעות המגשימה את תכליתו על-פי תפיסתו של בית המשפט את מובן הלשון ומשמעות התכלית. עצם העובדה, שהפירוש של רשות השלטון הוא פירוש אפשרי, אינה מספקת, כדי שבית המשפט יאמץ אותו. על בית המשפט להשתכנע, כי הפירוש שניתן להוראת החוק על-ידי רשות שלטונית אחרת הוא אכן הפירוש הראוי, כלומר, הפירוש שבית המשפט היה נותן לו גם אילו הפירוש של הרשות היה שונה" (ראו גם: בג"ץ 333/68 מפעלי מושבי הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד כג(1) 508, 512 (1969); בג"ץ 7009/04 עיריית הרצליה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סו(3) 596, 629-630 (2014); רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, פ"ד נב(5) 385, 407-408 (1998)).

גישה זהה מוצאים אנו גם בספרו של פרופ' י' זמיר:

> "בית המשפט הוא המוסמך לפרש באופן מחייב כל חוק, לרבות חוק המקנה סמכות לרשות מינהלית. לפיכך הפירוש שניתן על ידי הרשות המינהלית אינו מחייב את בית המשפט ... עם זאת במתן הפירוש, בית המשפט אינו מתעלם מן הפירוש שנתנה הרשות המינהלית. הוא מביא בחשבון שהחוק הפקיד בידי הרשות והטיל עליה את האחריות להפעלת הסמכות. הוא מודע לכך שהרשות היא בעלת כישורים להפעלת הסמכות, לעתים אפילו בעלת מומחיות מיוחדת, והיא מתבססת על ניסיון מעשי. הוא מעריך את העובדה שהיא פועלת מתוך היכרות קרובה עם המצב בשטח, כדי לממש מדיניות שלטונית במסגרת המשאבים העומדים לרשותה. הוא מתחשב באפשרות שהפירוש המינהלי משקף את הפרקטיקה המינהלית, שיש בה כדי ליצור ציפייה לגיטימית ותחושת הסתמכות מצד האזרח. כל אלה יש בהם כדי להקנות משקל רב לדעתה

של הרשות באשר לפירוש החוק המקנה לה את הסמכות״ (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 223-224 (2010) (להלן: הסמכות המינהלית)).

אלו הן הגישות השונות למעמד פרשנות הרשות המנהלית להוראות חוק. בפסיקה לא התקבעה אפוא גישה אחת בסוגיה זו וקיים מנעד של עמדות לגבי המשקל שיש לתת לפרשנות הרשות המנהלית לחקיקה ראשית. ברם, עולה כי הגישה השלטת היא מתן משקל מיוחד, אם כי לא מכריע, לפרשנות המנהל. אלא שכאמור עניינו בפרשנותו של המאסדר ביחס להנחיות שהוא הוציא מתוקף סמכותו.

3. אחד המאפיינים המרכזיים של המדינה המודרנית הוא האסדרה. אסדרה באה לידי ביטוי בשלוש פעולות שלטוניות עיקריות: יצירת כללים, פיקוח עליהם ואכיפתם או ביצועם (בג״ץ 8205/17 פרטנר תקשורת בע״מ נ׳ שר התקשורת, פסקה 33 (22.5.2018); איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן ״מדברים על רגולציה: על המושג ׳רגולציה׳ ומקומו במשפט הישראלי״ מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 47, 60 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016)). האסדרה בישראל מקיפה וכוללת תחומים בעלי מורכבות רבה. מרכיב עיקרי בהליך האסדרה הוא מומחיותו של המאסדר בתחומו, והשאלות המונחות לפתחו כרוכות מטבען בשיקולים מקצועיים מובהקים ששקילתם מצריכה מומחיות מיוחדת וביצוע איזונים מורכבים (ראו: בג״ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע״מ נ׳ שר האוצר, פסקה 11 (26.11.2012)). יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתארו אז) א׳ רובינשטיין בע״א 5365/11 אקו״ם בע״מ-אגודת קומפוזיטורים נ׳ emi music publishing ltd (3.9.2013):

> ״מה שניתן ללמוד מן הדברים הוא לקח המורכבות וענוות הפוסק ... לנגד עינינו משתנים, דבר יום ביומו, האמצעים הטכנולוגיים, על השלכותיהם בנושאים כגון עניינו, ופתרונות שיימצאו עשויים להיות קצרי מועד. תפקיד חשוב מאין כמוהו בעניין זה נודע לרגולטור, לממונה על ההגבלים עסקיים, שכן לבית הדין אין לו אלא מה שעיניו רואות, ואילו הממונה מצויד בכלי מעקב זמינים ... לבד מן הצורך לחרוש במאטריה הספציפית, ברי גם כי ההשתנות המתמדת, אולי יותר מבנושאים אחרים במשפט האזרחי, מטילה אחריות כבדה על בתי המשפט, ולא פחות על הגופים הרגולטוריים. המתח בין הקניין לתחרותיות, בין הטווח הארוך לטווח הקצר וטווח הביניים, מציב אתגרים של ממש. התמקצעות הרגולטורים – בין רשות הפטנטים ובין, כאמור, הממונה על הגבלים עסקיים – מסייעת לבתי המשפט בהכרעותיהם, אף שאין היא מסירה את אחריותם.״ (שם, פסקה ה׳; ההדגשה במקור).

ככלל, בפני המאסדר מצויים מכלול השיקולים הנוגעים לשוק המפוקח וההשלכות העשויות להתפתח מפרשנות זו או אחרת, וזאת בניגוד למתדיינים ולבית המשפט, אשר רואים לנגד עיניהם רק את הסכסוך הקונקרטי (ראו: פסקה 32 לחוות דעתה של חברתי השופטת וילנר).

4. בהתאם לכך, כפי שהצביעה חברתי השופטת וילנר, אני סבור כי בית המשפט נדרש לתת מעמד בכורה ומשקל ניכר לפרשנותו של המאסדר, כאשר הוא מפרש הוראות או הנחיות שניתנו על ידו. זאת, נוכח מומחיותו וניסיונו המקצועי; ריכוז התפקידים שהפקיד בידיו המחוקק, ובכלל זה סמכויות מעין חקיקתיות, אכיפה ותפקידים מעין שיפוטיים; תפקידו הרציף והיומיומי ביישום ופירוש ההנחיות באופן המכוון את התנהגות השוק המפוקח (בהקשר זה אני שותף לעמדה שהביעה בהרחבה חברתי השופטת וילנר בפסקה 34 לחוות דעתה); יכולתו לגבש פתרונות יצירתיים וגמישים במבט צופה פני עתיד; יכולתו לראות את האינטרס הציבורי הרחב ואת התמונה המלאה של התחום המצוי תחת פיקוחו; העובדה שהוא משמש כנאמן הציבור, אשר לנגד עיניו עומד האינטרס הציבורי וטובת השוק המפוקח; כמו גם חזקת התקינות המנהלית ממנה הוא נהנה (ועל כך ארחיב עוד בהמשך).

5. למעשה, התפיסה כי יש לתת משקל משמעותי לפרשנותו של המאסדר בבוא בית המשפט לפרש הנחיה מנהלית אותה ניסח המאסדר אינה חדשה, אף שלא נוסחה עד כה באופן חד ובהיר. כך למשל, בע"א 3578/15 מצפה בית שמש בע"מ נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל, פסקה כ"ח (3.1.2017) צוין כי "...יש להעדיף את הכלל הפרשני לפיו ראוי להתחשב דווקא בפירוש בו דוגלת הרשות המינהלית, מן הטעם שהיא זו שניסחה את ההחלטה". גם פרופ' י' זמיר, לאחר פסק הדין מושא הדיון הנוסף, הביע עמדה התומכת בפסק הדין ואף הוסיף כדלקמן:

> "אכן, פסק הדין זליגמן קבע רק חריג להלכה הרחבה, המאמצת את מבחן הנכונות, כלומר המבחן המייחס משקל לפירוש אפשרי שרשות מינהלית נתנה לדין, אך קבע כי בית המשפט אמור לבחור את הפירוש הנראה לו עדיף מבין הפירושים האפשריים, גם אם הוא נוגד את הפירוש שניתן על ידי הרשות. אולם, לדעתי ראוי להרחיב את החריג שנקבע בפסק הדין זליגמן ולעשות אותו הלכה רחבה, החלה בדרך כלל גם על פירוש שרשות מינהלית נתנה לחקיקה (חוק או תקנות) המקנה לה את סמכותה ואותה היא נוהגת ליישם. לצורך זה אני מציע לקבוע חזקה פרשנית המניחה כי פירוש שהרשות נתנה לחקיקה

> המקנה לה את סמכותה, אם לדעת בית המשפט הוא פירוש אפשרי, הרי הוא גם הפירוש העדיף, אם כי ניתן לסתור חזקה זאת כאשר לדעת בית המשפט קיימים שיקולים המצדיקים פירוש שונה. לדעתי, כבר עכשיו הפסיקה אינה רחוקה מחזקה זאת, לא להלכה ולא למעשה, ונדרש רק צעד קטן כדי לתת לה תוקף רשמי." (הסמכות המינהלית, עמ' 3814).

6. נקודת המוצא היא גם נקודת הסיום. פשיטא כי מתן מעמד בכורה לפרשנות המאסדר אינו מרוקן את תפקידו הפרשני של בית המשפט מתוכן. פרשנותו של המאסדר צריכה לעלות בקנה אחד עם כללי הפרשנות המקובלים. בידי בית המשפט נותר שיקול הדעת והסמכות לקבוע האם הפירוש שנתן המאסדר הוא בכלל פירוש אפשרי בהתאם לכל כללי הפרשנות המקובלים. כפי שציינה חברתי השופטת וילנר בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, "אל לו לבית המשפט לקבל את עמדת המאסדר באופן אוטומטי, וללא כל מנגנון ביקורתי" (פסקה 39 לפסק הדין). ברי, כי שיקול הדעת שנתון לבית המשפט בעת שניגש למלאכת הפרשנות נשמר – שכן בית המשפט הוא שקובע אם הפירוש שנתנה הרשות המינהלית הוא פירוש אפשרי בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים – אולם נקודת האיזון משתנה וניתן משקל רב יותר לפרשנות המאסדר. גם אם מדובר בפירוש אפשרי, נתון בידי בית המשפט התפקיד לקבוע האם מתקיימים טעמים שבגינם אין לבכר את פרשנותו של המאסדר.

7. לפני סיום אתייחס בקצרה לעמדתו של חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר. מבלי להקל ראש בתופעה של "שבי רגולטורי", קריאה בחוות דעתו של חברי, מגלה כי הוא נותן משקל יתר ואולי אף משקל מכריע לסכנה הגלומה בתופעה זו. את העולם הקודר אותו צייר חברי בחוות דעתו ניתן לחלק כדלקמן: המבוטחים - הציבור עליו יש להגן; חברות הביטוח – הגופים מפניהם יש להגן על ציבור המבוטחים; והמאסדר – בענייננו, אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר – שבמתכוון או שלא במתכוון, במודע או שלא במודע, מנסח את כלליו ומפרש אותם על מנת שייטיבו עם חברות הביטוח, ולא עם ציבור המבוטחים ולא מתוך ראיה כוללת של האינטרס הציבורי הרחב. למעשה, גישה זו לא רחוקה מאימוץ עמדה של חזקת "אי תקינות" מנהלית בכל הנוגע לפעולותיו של המאסדר. אופן תיאור זה בעייתי בעיני במספר מובנים.

ראשית, האסדרה של שוק הביטוח מורכבת עד מאד והצגת המתח בין המבוטחים והציבור הרחב לבין חברות הביטוח כמעין מאבק בין "טובים" ל-"רעים" אינה תופסת את מלוא המורכבות. ודוק, עיקרון זה נכון ביחס למרבית התחומים בהם מתבצעת אסדרה שיטתית על ידי רשות מאסדרת, ולא רק בשוק הביטוח. שנית, המפקח על הביטוח

בעניינו ומאסדרים אחרים הם משרתי ציבור, אשר באים ככלל לשרת את טובת הציבור. מבלי להקל ראש בתופעה של שבי רגולטורי, נקודת מוצא לפיה המאסדר מבקש להיטיב עם הגופים המפוקחים ואינו רואה או יכול לראות ולשרת את האינטרס הציבורי הרחב היא בעייתית (ראו למשל: יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך ה 3804-3805 (2020); Michael E. Levine & Jennifer L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, 6 J. Law Econ. Organ. 167 (1990); Steven P. Croley, Regulation and Public Interests: The Possibilty of Good Regulatory Government (2007)). כפי שציינה חברתי השופטת וילנר בחוות דעתה, אם הטענות בדבר שבי רגולטורי נכונות, הרי שהן רלוונטיות בעיקר כאשר המאסדר פועל במסגרת תפקידו ולא כפרשן של הנחיותיו (פסקה 46 לחוות דעתה). על כן לא ברור מדוע דווקא בסוגיות פרשניות עלינו לאמץ גישה כה ספקנית כלפי מניעיו של המאסדר.

בהקשר אחר, אחד מהשיקולים שהובילו את חברי לעמדתו היה פגיעה אפשרית במעמדו של היועץ המשפטי לממשלה (פסקה 96 לחוות דעתו). בהקשר זה אציין רק כי היועץ המשפטי לממשלה התייצב להליך שלפנינו ותמך בעמדה לפיה יש לתת מעמד בכורה לפרשנותו של המאסדר את הנחיותיו. חזקה על היועץ המשפטי לממשלה כי במסגרת גיבוש עמדתו בהליך לפנינו שקל גם את ההשלכות האפשריות על מעמדו ויחסיו מול רשויות המינהל, בהקשר הרחב. לא ברור מדוע יש להתעלם מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לשיקול זה.

8. בכל הנוגע להגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות, סוגיה זו לא הייתה במרכז הדיון, אך משעה שחברַי התייחסו אליה, אתייחס גם אני בקצרה. שותף אני לעמדתה של חברתי השופטת וילנר, כי פסק דיננו שיקף את ההלכה הקיימת, לפיה מבחינה עקרונית קיימת הגנת "זוטי דברים" גם בתובענות ייצוגיות. אכן, כלי התובענה הייצוגית מושתת על ההנחה כי לכל אחד מחברי הקבוצה נגרם נזק "קטן" אשר לבדו לרוב אינו מצדיק הגשת תביעה אישית. על כן, כפי שציינה חברתי ההגנה בתובענות ייצוגיות צריכה להיבחן מבעד למשקפיה של הקבוצה כולה (פסקה 68 לחוות דעתה של השופטת וילנר). במשקפיים אלו, תיבחן עצמת הנזק או העוולה הנגרמת לכלל הקבוצה ולא מן הנמנע כי למרות שהצטברות הנזקים תהיה משמעותית, עדיין היא תחשב כזוטי דברים בעיני הקבוצה כולה. לא הייתי מוותר אפוא על כלי סינון זה רק בשל כך שמדובר בתובענה ייצוגית.

לסיכום, שותף אני לעמדתה של חברתי, השופטת וילנר, גם בכל הנוגע לפרשנות המאסדר את הנחיותיו, כפי שפורטה בפסקה 56 לחוות דעתה, וגם בכל הנוגע להגנת "זוטי דברים" בתובענות ייצוגיות.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. במחלוקת שנפלה בין חברַי, המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר מזה, והשופטת י' וילנר מזה, ביחס לשתי הסוגיות שעל הפרק, דעתי בעיקרו של דבר כדעתה של חברתי השופטת וילנר, בכפוף להבהרה מסוימת. אסביר ואבהיר.

מעמד פרשנותו של המאסדר להנחיותיו-שלו

2. כחברתי, גם אני סבור כי כאשר מדובר בפרשנות הניתנת על-ידי המאסדר להנחיותיו-שלו, יש ליתן לה 'מקום של כבוד' (Deference), ולקבוע אותה כברירת-מחדל, אם נמצא כי מתקיימים בה המאפיינים הבאים: העמדה הפרשנית משקפת את כוונתו של יוצר הנורמה; העמדה אפשרית ומתיישבת עם לשון הנורמה; הנורמה מסדירה עניין מקצועי, מתחום המומחיות של מנסחהּ; הפרשנות שניתנה לנורמה יצרה נוהג באותו תחום, ואף הביאה להסתמכות בקרב המפוקחים או הציבור. גישה זו, מתיישבת יפה עם המקובל עמנו משכבר הימים, כי ככלל, במה שנוגע למומחיות ולמקצועיות, יִטה בית המשפט שלא להתערב בדרך פעולת הרשות המינהלית, למעט במקרים חריגים, שבהם הוכח כי שיקולים זרים הם אשר הניעו את הרשות, או כי פעלה תוך ניגוד עניינים. הלכה למעשה, קביעת ההנחיות וביאורן-פרשנותן, הריהן דרכה של הרשות המינהלית להגשים את מדיניותה, בכפוף להוראות הדין. על כן, כל עוד לא נמצא כי נפל פגם ספציפי בדרך פעולתה, מוטב כי נמשוך ידינו מהתערבות.

3. אמנם, תופעת 'השבי הרגולטורי' – גלויה וידועה, והחשש מפניה – ברור ומובן; בפרט כך, מקום שבו עסקינן בפרשנות הנורמה בדיעבד, בידי המאסדר האמוּן על אותו תחום. יחד עם זאת, כפי שציינה חברתי השופטת וילנר, משעה שחזקת התקינות העומדת לרשות המינהלית – שרירה וקיימת, ומעוגנת היטב בשיטתנו המשפטית, אין מקום

להפנות יחס חשדני כלפיה, לבטח לא יחס חשדני מוגבר, העולה כדי היפוך הנטל. הנחת המוצא הנוהגת עמנו בהקשר זה היא, כי בהעדר ראיות שיש בכוחן לסתור את חזקת התקינות, על בית המשפט לקבוע כי הרשות המינהלית פעלה כיאות, ואין להרהר אחריה. לשון אחר, חזקת התקינות היא למעשה הצבת ברירת המחדל במגרשה של הרשות המינהלית. חזקה זו, נובעת מצורך מעשי – מתן מרחב פעולה לרשות המינהלית; רשויות המינהל, אינן יכולות ואינן צריכות, כעניין שבשגרה, להתמודד עם טענות שיחייבו אותן להוכיח, בכל עת ובכל שעה מחדש, כי ההחלטות היוצאות תחת ידן, בהן כאלה המשמשות בסיס תדיר לפעולותיהן, נתקבלו כדין. בספרה, עמדה פרופ׳ ברק-ארז על ההצדקות לקביעת חזקה זו: "במישור הנורמטיבי, החזקה מבטאת את התפיסה שהרשות המינהלית היא גוף הפועל מתוך מחויבות לאתוס של קידום האינטרס הציבורי ולסטנדרטים מקצועיים, כלומר היא משקפת את האופן שבו המשפט המינהלי תופס את הרשות המינהלית ואת המחויבות שלה לשלטון החוק. במישור המעשי, החזקה מקדמת שיקולים מעשיים של יעילות מהיבטה של הרשות המינהלית [...] מ׳מבט על׳ רחב יותר אפשר לומר שהחזקה חשובה לפעילות הרשויות לא רק מהיבט החיסכון במשאבי התדיינות אלא גם מבחינת החשש להכבדת יתר על פעילות הרשות אם כל החלטה תהפוך נושא לביקורת שיפוטית, מבלי שהעותרים יצטרכו לעבור ולו רף מינימלי שיצדיק זאת" (**דפנה ברק-ארז** משפט מינהלי – משפט מינהלי דיוני 26-28 (כרך ד, 2017)). הנה כי כן, הרשות המינהלית זוכה ל׳תעודת יושר׳ יחודית, שאינה שמורה ל׳שחקנים רגילים׳ בזירה המשפטית. המשפט המינהלי מניח לטובת הרשות, כי אורגניה השונים פועלים מתוך מחוייבות מיוחדת לאינטרס הציבורי תוך התעלמות מ׳רעשי הרקע׳ שסביבם. אם כן, כאמור, הנחת המוצא על-פי חזקה זו היא כי פעולותיה של הרשות המינהלית, בכובעיה השונים, נעשות כדין, מבלי להבחין בין פעולות ביצועיות (החלטות אד-הוק), פעולות מעין-שיפוטיות (בירור תלונות והכרעה בהן), ופעולות מעין-חקיקתיות (קביעת נורמות). בדומה לכך, גם מתן פרשנות לנורמה היא פעולה מינהלית, החוסה תחת חזקת התקינות. הנורמה כמוה כתורה שבכתב, ופרשנותה היא כתורה שבעל-פה – תורה אחת ומשפט אחד יהיה להן. אם כן, דווקא גישתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) ח׳ מלצר, היא שיוצרת הלכה חדשה, באשר היא הופכת, הלכה למעשה, את נטל ההוכחה, וסותרת את חזקת התקינות שנשתרשה בפסיקתנו.

4. למותר לציין, כי אין באמור כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט לקבוע, במקרים המתאימים, כי נסתרה חזקת התקינות, וכי לא ניתן לאמץ את עמדתו הפרשנית של המאסדר. ארגז הכלים הישן והטוב של המשפט המנהלי מצוי תחת ידינו, ובאמצעותו נבחן אם שיקולים רלבנטיים נשקלו, אם שיקולים זרים באו במניין, אם הפעולה נעשתה בסמכות. אדגיש, כי מלאכת הפרשנות של חוקים ותקנות, נותרה כולה בידי בית המשפט

– הפרשן המוסמך של הדין. משכך, משעה שעקרון חוקיות המינהל משמיענו כי הרשות אינה רשאית לבצע כל פעולה, אלא על-פי הסמכה מפורשת בחוק או מכוחו, הרי שבאמצעות פרשנות החוק והתקנות, נתונה היכולת בידי בית המשפט לצמצם את חופש הפעולה של המאסדר לקבוע נורמות מסוימות, אם נמצא כי הן עומדות בסתירה להוראות הדין. כל אלה, יש בהם כדי לצמצם את החשש מפני 'השבי הרגולטורי', והשפעתו האפשרית על עמדת המאסדר.

5. מעבר לכך אוסיף, כי גישתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר, עלולה להביא את הרשות המינהלית להימנע מקביעת נורמות והנחיות, מחשש שמא בית המשפט יפרש אותן שלא כעמדתה, ובניגוד למדיניות שאותה היא מבקשת לקדם. להימנעות זו, משמעות רבה; כפי שמציינת פרופ' ברק-ארז: "לשימוש בהנחיות פנימיות נודעים יתרונות רבים. הנחיות פנימיות המשקפות את הניסיון המצטבר של הרשויות לגבי הפעלת סמכויותיהן תורמות לקבלת החלטות יעילות ורציונליות. הן תורמות לשוויון, מאחר שפעולה על-פיהן מבטיחה יחס דומה למקרים דומים, ולוודאות המשפטית, מאחר שהן מאפשרות לאזרחים להעריך מראש מה תהיינה תוצאות הפנייה לרשות. ההנחיות גם מאפשרות לכוון התנהגויות של אנשים מראש בכיוונים התואמים את מדיניותה של הרשות (לדוגמה, תכנון עסק באופן שתואם את מדיניותה של הרשות לגבי רישוי עסקים). יתרונות נוספים של ההנחיות הפנימיות הם תרומתן לקידום מדיניותה של הרשות (מאחר שההחלטות המתקבלות לאורן תואמות מדיניות זו) ותרומתן לביקורת על פעולותיה של הרשות (מאחר שהחלטות המתקבלות בניגוד להן הופכות להיות 'חשודות'). לעתים, גיבושן של הנחיות פנימיות מהווה אף שלב מעבר חשוב לקראת הכנתה של הסדרה פורמלית יותר של נושא מסוים, בתקנות או בחקיקה" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 230-231 (כרך א, 2010)). פרופ' ברק-ארז מתייחסת אמנם להנחיות פנימיות, אך נראה כי דבריה יפים גם להנחיות המופנות כלפי גורמים חיצוניים, דוגמת המקרה שלפנינו. אם כן, פרקטיקה חשובה זו, של קביעת הנחיות, עלולה להיות מוחלפת במדיניות של מתן החלטות אד-הוק, וזאת כדי להימנע מהתערבות-יתר של בית המשפט בשיקולי המדיניות ועקרונות היסוד המניעים את הרשות המינהלית, באמצעות פרשנות עצמאית, שאינה מחויבת באופן מיוחד לעמדתה הפרשנית-שלה. גם אם תראה הרשות לנכון לקבוע נורמות כלליות בעניינים מסויימים, באין מנוס, ניתן להניח כי הדבר יֵעשה בזהירות רבה, וביד קמוצה, מחשש שמא ההנחיות הללו יעמדו לה לרועץ בעתיד, אולי יוצאו מהקשרן, עקב פרשנות שאינה עולה בקנה אחד עם כוונתה המקורית. תוצאה זו, אינה מתיישבת עם המגמה הרצויה, של מעבר מהחלטות אד-הוק – הניתנות ביחס לנסיבות כל מקרה ומקרה, וחסרות כל אותם יתרונות כנ"ל – להבניה ממוסדת של שיקול הדעת, באמצעות קביעת נורמות כלליות.

6. כאמור, חברתי השופטת וילנר סבורה, כי בהתקיימותם של כמה מאפיינים, ינתן ׳מקום של כבוד׳ לעמדה הפרשנית שמביע המאסדר ביחס להנחיותיו-שלו. אחד מן המאפיינים הללו, כלשונה, הוא כי "העמדה אפשרית וסבירה (כאמור לעיל, הגיונית ומתקבלת על הדעת, ולא במובנה של עילת הסבירות במשפט המינהלי), ועולה בקנה אחד עם לשון הנורמה" (**ההדגשות הוספו – נ׳ ס׳; פסקה 38 לחוות דעתה של חברתי**). **גבי דידי, בכל הנוגע למאפיין זה, די אם נמצא כי העמדה** אפשרית ומתיישבת עם לשון הנורמה; **אל לנו להפליג למחוזות הסבירות. כפי שאמרתי במקום אחר:** "העדר מומחיות; חזקת התקינות המנהלית; מיצוי עילות הביקורת המסורתיות – כל אלו מחייבים כי בית המשפט לא יפנה אל הסבירות המהותית אלא כאשר כלו כל הקיצין. הסבירות המהותית אינה ׳פתרון קסם׳" (**נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים", השילוח 18, 54 (התש"ף-2020)**). **כאמור שם בהרחבה, הסבירות המהותית לוקה בעמימות; גבולותיה פרוצים; והוודאות המשפטית ממנה והלאה. השימוש בה יֵעשה בשעת הדחק בלבד, באין כל ברירה אחרת. אין להושיבה ׳בשורה הראשונה׳, כשווה בין שווים, בין כל אותם מאפיינים ראשוניים, שנועדו לסייע בידינו לקבוע מהם המקרים שבהם, ככלל, ניטה שלא להתערב בעמדתו הפרשנית של המאסדר. אמנם, חברתי השופטת וילנר מסייגת את דבריה על אתר, ומבהירה שאין כוונתה לעילת הסבירות במשפט המנהלי, כי אם לכך שמדובר בעמדה הגיונית ומתקבלת על הדעת. דא עקא, בעיני, גם אלה הם למעשה מושגי שסתום עמומים, שבינם לבין עילת הסבירות מתקיימת קרבה רעיונית רבה. בשונה מהמונח ׳אפשרי׳, שכל מטרתו לבחון אם העמדה הפרשנית של המאסדר עשויה להתיישב עם לשון הנורמה, המונחים הלשוניים הללו – ׳הגיונית׳, ו׳מתקבלת על הדעת׳, גולשים לשיטתי לענייני מהות, או למצער נתונים לפרשנות מרחיבה שכזו. מי יקבע מהי ׳עמדה הגיונית׳? מי ישמיענו מהי ׳עמדה מתקבלת על הדעת׳? המאסדר עשוי להשיב בכה, ובית המשפט בכה. נמצאנו אפוא מקימים עלינו את עילת הסבירות המהותית, וזאת גם במקרים שבהם המומחיות והמקצועיות מושלות בכיפה, ועל אף שלרשות המינהלית ניתן בעניינם שיקול דעת רחב ביותר. השימוש במונחים מ׳משפחת הסבירות׳, בין אם קרובים בין אם רחוקים, עומד בניגוד לרציונל שביסוד אי-ההתערבות בעמדת המאסדר. מוטב אפוא להישמר מפני שימוש במונחים דו-משמעיים, אשר עשויים ברבות הימים לקום על יוצרם, ולפתוח פתח לפרשנות שונה בתכלית מזו שאליה כיוון המשורר. כדברי חברי המשנה לנשיאה (**בדימוס**) ח׳ מלצר **בעניין אחר:** "מוטב להישמר מאשר להצטער (כלל זה מנוסח באנגלית במילים: Better Safe than Sorry)" (**בג"ץ 466/07** ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ׳ היועץ המשפטי לממשלה, **פ"ד סה(2) 44 (2012)**).

הגנת 'זוטי דברים' בתובענות יצוגיות

7. **גם בעניין זה, מקובלת עלי עמדת חברתי השופטת** וילנר**, כי הגנת 'זוטי דברים' עשויה להתקיים בתובענות יצוגיות. אין בכך משום חידוש הלכה; הדברים הללו נקבעו בפסיקתו של בית משפט זה, כמה וכמה פעמים, עוד קודם למועד שבו ניתן פסק הדין מושא הדיון הנוסף. ראו למשל את האמור בע"א 10085/08** תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל**, פסקה 32 (4.12.2011):** "חשוב להדגיש כי העובדה שקבוצת תובעים גדולה טוענת בתובענה ייצוגית לצבר של נזקים קטנים, היא כשלעצמה אינה שוללת בהכרח את האפשרות כי מדובר בזוטי דברים גם בהיבט הקבוצתי. כפי שצוין, לא ניתן לתחום מראש את גבולותיו של מושג זה וגם בהליך של תובענה ייצוגית התשובה לשאלה אימתי מדובר בפגיעה מזערית שאינה מצדיקה פיצוי, תלויה בנסיבותיו של המקרה והיא עשויה להשתנות בהתחשב במכלול הנסיבות האופפות אותו" **(ההדגשות הוספו – נ' ס', וראו הפניות נוספות בפסקה 62 לחוות דעתה של חברתי השופטת** וילנר**).**

8. **אמנם, חברי המשנה לנשיאה (בדימוס)** מלצר**, מבקש להבחין בין תחולת הגנה זו בתביעות נזיקיות בגין נזק לא ממוני, לבין תחולתה בתביעות לנזק ממוני. אלא שלהבחנה זו אין בית-אחיזה בסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שבו מעוגנת הגנת 'זוטי הדברים', וגם הפסיקה שקדמה לפסק הדין מושא הדיון הנוסף לא יצרה הבחנה כזו.**

9. **אמת נכון הדבר, במבט ראשון ניתן לסבור כי הגנת 'זוטי דברים' סותרת את המטרה שאותה מבקש מוסד התובענות היצוגיות להגשים, ואין להקנות לה עוגן בו. כידוע, על-פי סעיף 4 לפקודת הנזיקין, הגנת 'זוטי דברים' נוגעת ל**"מעשה של מה בכך", "שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך". **לעומת זאת, התובענה היצוגית נועדה לכאורה בדיוק למקרים מן הסוג הזה, שבהם פעולה מסויימת הביאה לנזקים קטנים רבים, שכל אחד מהם לבדו אינו מצדיק פניה להליך משפטי. אלא שבמבט נוסף, ניתן לראות כיצד הדברים מתיישבים זה עם זה, לפי נסיבות כל מקרה ומקרה. כך, במקרה שבו מדובר בתובענה אזרחית-נזיקית 'רגילה' – תובע יחיד מול גורם הנזק – נדרש לבחון האם אדם בר-דעת ומזג כרגיל היה מגיש תביעה כזו, אם לאו. לעומת זאת, כאשר עסקינן בתובענה יצוגית, יש לחקור האם אדם כאמור היה פונה בתובענה יצוגית בעניין שכזה, או שמא, מדובר בפגיעה כה פעוטה, כה קלת-ערך, עד כי אדם בר-דעת ומזג כרגיל כלל לא היה פונה לגביה, אף לא** בתובענה יצוגית.

10. אשר על כן, כאמור, בכפוף להבהרה לגבי ההימנעות משימוש במונחי שסתום עמומים, אשר עלולים להקים עלינו את עילת הסבירות שלא לצורך, מצרף אני את עמדתי לעמדת חברתי השופטת י' וילנר בשתי הסוגיות שעל הפרק.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

מסכים אני עם חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר ועם רבים מנימוקיו ביחס לתשובות לשתי השאלות שהועלו: מה המשקל שיש לתת לפרשנות המאסדר של הנחיות מטעמו; והאם ניתן להעלות בהליך של תובענה ייצוגית הגנה של "זוטי דברים", שמתבססת על כך שהסכום שנגבה מכל אחד מחברי הקבוצה שלא כדין נמוך מאוד. חברי פרש יריעה רחבה ומקיפה. מבחינתי העיקר בהכרעה מצוי בנימוקים הבאים:

11. מאפיין בולט של המינהל הציבורי – והמשפט המינהלי – בתחילת המאה העשרים ואחת הוא עליית קרנה של האסדרה-רגולציה. האחרונה פרשה את כנפיה על תחומים רבים ומגוונים – גז, בריאות, חינוך, ביטוח, תחבורה ועוד ועוד. במבנה המדינה המודרני, החלטת המאסדר משפיעה רבות על הכלכלה, על המשפט ועל החיים עצמם – פשוטו כמשמעו. אף ניכר כי נדרשות מקצועיות ומומחיות רבות יותר מבעבר.

דווקא בשל כך, דעתי היא שאין לפעול במתכונת של מעין "ברירת מחדל", "כלל וחריג", "מתחם סבירות פרשני" של המאסדר, חזקה שניתנת לסתירה, או כל כלל אחר שמעניק משקל מיוחד לעמדת המאסדר ככזו ובמנותק מתוכנה. לאמור, להכריע לפי זהות הגורם המפרש ולא לפי תוכן הפרשנות ומאפייניה על רקע הנסיבות. הנקודה המרכזית לדידי נעוצה בתפקידו של בית המשפט. ניתן להבין את עמדת חברתי, השופטת י' וילנר. ברם, דומני כי מבחינת מורכבות הסוגיות הפרשניות שמתעוררות – בהעדר הוראה מטעם המחוקק עדיף לא להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט, גם לא באופן חלקי ותוך יצירת חריגים. כללים כאלה ואחרים עלולים להכניס מקרים עובדתיים מסוימים למשבצות, שעשויות להתאים להם אך גם עשויות שלא להתאים להם ולהיות מלאכותיות.

התוצאה, שלא בכוונה, יכולה להסיט את בית המשפט מהתמודדות ישירה עם השאלה הפרשנית שעומדת להכרעה.

אפשר להוסיף כי הנסיון המעשי מלמד שבכל מקרה – עמדתו הפרשנית של המאסדר מקבלת משקל ראוי בהתאם לנסיבות המקרה, וטענותיו נדונות בכובד ראש. ואולם, לא הרי ביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית כהרי פרשנות. במסגרת הבחינה הפרשנית לא נבחנת, למשל, סבירותה של מדיניות או הליך קבלת ההחלטה, אלא נבחנת משמעותן של ההנחיות, שנועדו גם להכווין התנהגות של גורמים שונים. כאמור, נוכח המורכבות של המקרים לא הייתי מכוון – משמע, מצמצם – את שיקול הדעת של בית המשפט, וממילא אין זה מצב שבו ניתן לקבוע כלל חזק שמתאים לכל או אפילו לרוב המקרים, ויעיד על כך עניינו. נדמה – בלי לקבוע כלל – שלא הרי פרשנות מאסדר להוראה שניתנה על ידו לפני שלושה חודשים, לעומת פרשנות של הוראה שניתנה לפני 40 שנה בידי מאסדר אחר.

12. ומזווית אחרת: אין מעמד מיוחד ושונה לפרשנותו של גורם מטעם המדינה בהליך משפטי, המציג פרשנות להוראה כלשהי. לדוגמא, עמדה פרשנית שמציג היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת התייצבותו בהליך משפטי, ביחס לחקיקה ראשית, תקנות או הנחיות אחרות. כמובן, ראוי לשקול את הפרשנות בתשומת לב ולתת את הדעת על הנימוקים שניתנו, אולם לאחר שכל אלה נשקלו – מכאן ואף מן הצד השני – על בית המשפט להכריע בשאלה הפרשנית לפי כללי הפרשנות המקובלים במשפטנו, שאינם כוללים מתן "תוספת משקל" לעמדת היועץ המשפטי לממשלה מעבר לנימוקים עצמם. כך גם במקרה שלפנינו, מלבד הבדל מרכזי אחד: אצלנו הפרשנות מתייחסת להנחיה או הוראה מטעם המאסדר עצמו. מטבעם של דברים ושל הליך פרשני, בית המשפט ייתן את דעתו לכך, אך בל נשכח כי עדיין עליו לתת את דעתו בכל מקרה לטענות שני הצדדים. אף נדמה שיש הסכמה בין חבריי כי ככל שמדובר במאסדר שיכול להעיד על "הכוונה הסובייקטיבית" של ההנחיות – זהו נתון בעל משקל. ומנגד, ככל שחלף זמן ועמדת המאסדר אינה מבוססת על ידיעה בדבר הכוונה הסובייקטיבית, גם "יתרון" זה אינו עומד למאסדר ביחס לכל מקרה אחר של פרשנות שמציג גורם מטעם המדינה. לצד זאת יש להעיר שתיים:

ראשית, עסקינן בפרשנות של הנחיות. בשונה מצוואה, שבה לכוונתו הסובייקטיבית של המצווה משקל מכריע, ביחס לטקסטים אחרים משקלה של הכוונה הסובייקטיבית עשוי להיות מוגבל. כך מפני שמרגע שיצא הטקסט אל אוויר העולם וקיבל פומביות כזו או אחרת, הוא אינו בשליטה הבלעדית של מנסחו. ניתן להסתמך עליו או

לפתח ציפיות על בסיסו. הוא פונה אל קהל יעד מסוים. יש חשיבות אפוא ללשון ולתכלית שעולה ממנה ומן הנסיבות, ולא רק לכוונה של המנסח. ודוקו, פרשנות ההנחיות של הגורם המאסדר במסגרת הליך משפטי מכילה אמנם ממד צופה פני עתיד – כיצד יש לנהוג מכאן והלאה אם לא ישונו ההנחיות – אך פעמים רבות, וזה המצב כאן, היא צופה גם (ואולי בעיקר) פני עבר: תכליתה לקבוע מה דינו של מי שפעל באופן מסוים וטען כי בעת פעולתו ההנחיות התירו את הדבר. כך בהתאם לפירושן לפי כללי הפרשנות, בין אם הייתה זו כוונת המאסדר ובין אם לאו. שנית, השיקולים של מומחיות, ראייה רוחבית וכיוצא באלה, שהועלו ביחס לעמדתו הפרשנית של המאסדר, עשויים להיות רלוונטיים לסוגיה הפרשנית. ברם, לשיטתי יש לבחון אותם כשלעצמם, בהתחשב בנסיבות המקרה, כנתונים שמשפיעים על משקל חוות הדעת. כך בגלל המומחיות (למשל), ולא בגלל זהות ה"מומחה". היתרון, ככל שישנו, מצוי במהות ולא במיהות.

13. אשר לשאלה השנייה – זוטי דברים. דוקטרינה זו מתאימה לתחומים רבים של המשפט, למשל בדיני הנזיקין ביחס לעוולת הרשלנות ובדין הפלילי (ראו סעיף 34יז לחוק העונשין, התשל"ז-1977). מכאן ניתן ללמוד כי בעת שמחוקק רוצה כי תישקל טענת זוטי דברים מבחינה מהותית או דיונית, הוא יודע לעשות זאת, תוך קביעת המבחן בספר החוקים – מה שלא עשה ביחס לתובענה ייצוגית. במובנים רבים, בתובענות ייצוגיות המצב הפוך. ניקח דוגמא של גוף חזק שגובה מכל אחד מחברי הקבוצה אגורות ספורות בגין שירותי ארנונה, טלפון וכדומה. מלאכת ההכפלה דומיננטית, ואם נכפיל כל שיחה, בכל חודש, לכל תושב בעיר – נגיע לסכומים גדולים. ברם, לאזרח הבודד לא כדאי להתעסק עם העניין. אם נכתיר מלכתחילה גבייה שלא כדין בסכום נמוך מאוד כ"זוטי דברים", ייפגע כלי אכיפתי חשוב ופעמים רבות הפגם לא יקבל מענה. אם כבר, שאלה משמעותית יותר היא האם בתביעות מורכבות, כאשר מדובר על סכומים גבוהים, יש מצב של "רובי דברים". סוגיה מעניינת היא עד כמה מצב כזה יהיה שיקול לדחיית הבקשה לנהל את התובענה כייצוגית.

מכל מקום, וכפי שכתב חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 מכיל מנגנון פנימי שבכוחו לסייע, ככל שבקשה לאישור תובענה כייצוגית תלקה בפגם של "זוטות" – לא מבחינת סכום התביעה האישי של כל חבר בקבוצה אלא מנקודת המבט של ההליך הייצוגי והקבוצה כולה. סעיף 8(א)(2) לחוק מקנה לבית המשפט שיקול דעת שלא לאשר תובענה כייצוגית אם מצא שלא זו הדרך "היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין", וסעיף זה עשוי להתאים במקרים שונים. העיקר לענייננו הוא בכך שאין לומר כי פגיעה בסכום נמוך מאוד בכל אחד מחברי הקבוצה היא – מטעם זה – בגדר "זוטי דברים".

14. סוף דבר, אני מצטרף לדעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ').

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

מהו המשקל שיש ליתן לעמדת מאסדר ביחס לפרשנות חוזרים שיצאו מלפניו, בהתאם לסמכותו על פי דין? זוהי השאלה המרכזית הניצבת לפנינו להכרעה בהליך זה.

חברתי, השופטת י' וילנר עומדת על פסיקתנו הענפה שהתייחסה למשקל שיש לייחס לעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית בהתייחס לדין אשר מכוחו היא פועלת. ודוקו: פסיקתנו זו מתייחסת לא רק לפרשנות חקיקה ראשית, אלא לפרשנות הדין על כל נגזרותיו, לרבות – לדוגמה – לפרשנות שניתנת על ידי מוסד תכנון להוראות תכנית לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. ראו למשל דברים שאמרתי בהקשר אחרון זה, שחוזרים על העקרון שקבוע בפסיקתנו:

> "אכן, 'הלכה היא כי לדרך שבה גוף מפרש את סמכותו יש ליתן משקל מסוים בפרשנות הוראות החוק, אם היא בגדר פירוש אפשרי' (עע"ם 9654/06 החברה להגנת הטבע נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד סב(4) 132, 153 (2008)). בהקשר זה נפסק כי 'התנהגות עובדתית על יסוד פירוש אפשרי עשויה להפוך אותו בדיעבד לפירוש הראוי, גם אם מראש ייתכן, שהיה מקום לבחור בפירוש אפשרי אחר. אף כאן יש מקום לבחון את התקלות הצומחות מאימוץ הפירוש החדש ומזניחת הפירוש הישן, לעומת היתרונות הצומחים מכך. רק אם היתרונות עולים על התקלות, יש מקום לזנוח את הגישה המקובלת ולבחור בגישה חדשה' (בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113, 145-146 (1986); עע"ם 1242/05 אולמי מצפור נוף האגם בע"מ נ' עיריית טבריה, פסקה 22 (18.11.2008)). הגם שיש להקנות משקל לפירוש שנתנה הוועדה המקומית להוראות התכנית, אין מדובר במשקל מכריע [...] תכנית היא כאמור בגדר חיקוק, ובית המשפט הוא פרשנה המוסמך" (עע"ם 4487/12 סטולרו נ' הוועדה המקומית לתכנון

ולבניה דרום והשרון, פסקה 20 (9.10.2013); כן ראו פסק דיני מהעת האחרונה בבר"ם 156/20 פלוני נ' שר הפנים, פסקה 24 (13.10.2020), אשר מתייחס לפרשנות הרשות המינהלית את החלטת שר הפנים).

להשקפתה של חברתי, כאשר מדובר במשקל שיש לייחס לעמדתו הפרשנית של המאסדר ביחס להנחיותיו הוא, מדובר בשאלה שונה במהותה, ואין מקום לגזור גזירה שווה מפסיקתנו שנזכרה לעיל. מכאן הצעתה כי בית המשפט יראה לקבל את עמדתו הפרשנית של המאסדר את הנחיותיו כברירת מחדל, שסטייה ממנה תתאפשר רק אם יימצאו טעמים טובים לעשות כן.

בעניין אחרון זה, דעתי שונה, ואני מצטרף להכרעתם של חבריי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, השופטת ד' ברק-ארז, והשופט נ' הנדל.

אף להשקפתי אין מקום לחרוג מההלכה הנוהגת בהתייחס למעמדה הפרשני של עמדת הרשות המינהלית, גם כאשר מדובר בעמדת מאסדר בנוגע להנחיותיו; זאת בהינתן הטעמים שעליהם עומדים חבריי. אינני רואה – בהינתן מערך האיזונים אותו הם מפרטים – הבדל מהותי בין פרשנות מאסדר לחוזר שאותו הוא מפרסם לפי סמכותו בדין, לבין פרשנות שנותן מוסד תכנון להוראות תכנית שאושרה לאחר הליכי תכנון בהם נטל האחרון חלק. מובן שאין באמור כדי להקל ראש במשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית של המאסדר. זה ייגזר מנסיבותיו הפרטיקולריות של כל מקרה ומקרה, על יסוד מערכת השיקולים אותם הציגו חבריי בחוות דעתם. אין מחלוקת כי יש ליתן משקל מתאים למומחיות ולניסיון של הרשות, אולם בשיטתנו ההכרעה הפרשנית מסורה כידוע לבית המשפט. במלאכת הפרשנות עליה הוא אמון, יוכל בית המשפט לבחון האם העמדה הפרשנית שמציגה הרשות תואמת את הכללים המקובלים ואת האינטרס הציבורי. אין מקום גם לטעמי לכרסם בעקרון זה, בדרך של העדפה אפריורית של עמדת הרשות באמצעות קביעת ברירת מחדל. זאת, גם אם אין מדובר בכלל נטול חריגים.

בסוגיה השנייה שהתעוררה בשולי הדברים – תחולתה של הגנת זוטי דברים בתובענות ייצוגיות – אף אני בדעה כי ההכרעה בסוגיה זו לא הייתה מחויבת בנסיבות עניינו (ראו פסקאות 139, 170 לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר ופסקה 24 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז). לכך אוסיף כי מקובלת עליי עמדת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז שלפיה המשמעות המעשית של המחלוקת הינה מוגבלת וכי היא בעיקרה תפיסתית ומושגית. כאן גם המקום להזכיר את חוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר שמזכירה כי יישום הגנת "זוטי דברים" בתובענה ייצוגית אינו

זהה ליישומה בתובענה רגילה, ונוכח ההתאמות שנעשו בפסיקתנו בסוגיה זו, ההשלכות המעשיות של יישום ההגנה יהיו "דומות עד זהות" אם תינקט הגישה המוצעת על ידי חברי המשנה לנשיאה (בדימ'). עם זאת, משהוצגה עמדה לגוף הדברים על ידי כל חבריי, מצאתי להצטרף למסקנתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ'), שמציעה מסגרת דוקטרינרית שקבועה בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, מבלי שיש בכך – לטעמי – כדי לשנות את התפיסה המהותית שנהגה במשפטנו בהקשר זה עד כה.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב של המשנה לנשיאה (בדימ') השופט ח' מלצר והשופטים: נ' הנדל, ד' ברק-ארז ו-ע' פוגלמן, כנגד דעתם החולקת של השופטים: נ' סולברג, ד' מינץ ו-י' וילנר, כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ד בתמוז התשפ"א (04.07.2021).

המשנה לנשיאה (בדימ')	ש ו פ ט	ש ו פ ט
ש ו פ ט	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט

ש ו פ ט ת