

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם
הכרך המודפס

"שכר טוב לעותרים": שילוב מנגנוני תגמול במשפט הציבורי

יונתן בוקשפן
וגל רוזנפלד*

המשפט הציבורי בישראל מכיר, הלכה למעשה, בשני דפוסי התדיינות החורגים מהמודל הפרטני הקלסי: התדיינות מעין-ייצוגית, שבה המתדיין מבקש סעד שיטיב עימו ועם קבוצה רחבה נוספת; והתדיינות ציבורית, שבה המתדיין פועל לקידום אינטרס ציבורי כללי ללא פגיעה אישית ישירה.

המחברים מראים כי מתדיינים מעין-ייצוגיים וציבוריים נושאים במלוא עלויותיהם של ההליכים שהם מנהלים, אך מפנימים רק חלק מהתועלת החברתית הצומחת מהם במקרה של זכייה. פער זה, המכונה "בעיית ההפנמה הבלתי מלאה", מוביל לעיוות של תמריצי המתדיינים לנקוט פעולת אכיפה של המשפט הציבורי, קרי לכך שהליכים ראויים ובעלי תוחלת חיובית מבחינה חברתית אינם מוגשים כלל או ההשקעה בהם אינה מיטבית.

כדי להתמודד עם כשל זה המחברים מציעים לאמץ מנגנון תגמול (בדומה לזה הקיים בתובענות ייצוגיות ונגזרות) שיאפשר לבתי המשפט לפסוק גמול כספי למתדיינים ולבאי כוחם במקרים של זכייה. מנגנון כזה יגשר על הפער בין העלות הפרטית לתועלת החברתית, יתמריץ הגשת הליכים חשובים וישפר את איכותם, ובכך יעודד את השמירה על שלטון

* יונתן בוקשפן, עו"ד; בוגר תואר ראשון, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב, ותלמיד לתואר מוסמך במדעי הניהול (M.Sc.), הפקולטה לניהול ע"ש קולר, אוניברסיטת תל אביב.

גל רוזנפלד, עו"ד; שותף, טופר-רוזנפלד, עורכי דין; בוגר תואר ראשון, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב.

אנחנו מבקשים להודות ליובל ארז, נעמה הדסי, אהרן טופר, עינב כגן, מאיר קובה ותמר שמואלי על שיחות מעוררות מחשבה שבהן דנו בהיבטים שונים במאמר. תודה מיוחדת אנו מבקשים לשלוח לאורי יניב, אסף סאגרון, אהרון סימפסון-גרומן, ד"ר עומר פלד, ד"ר יובל פרוקצ'יה ואורי שפראך, שקראו טיוטות מוקדמות של מאמר זה והעירו עליהם תרומות לפיתוחו. עוד נבקש להודות למשתתפי הכנס "חוקה ופרוצדורה", שנערך בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, על הערותיהם הטובות. לבסוף, נבקש להודות לעורכי הכרך, פרופ' אלון קלמנט ופרופ' יניב רוזנאי, לעורך המשנה יותם דואק ולחברות המערכת יולי שפירא וחן שריקר, על הערותיהם הטובות והליווי המסור של תהליך העבודה על המאמר. הדעות המובעות במאמר הן של המחברים בלבד.

החוק. המחברים בוחנים ודוחים פתרונות חלופיים כגון שינוי הכללים בנוגע לפסיקת ההוצאות או אימוץ מנגנון למימון ציבורי של הליכים משפטיים, ומתמודדים עם ביקורות אפשריות, כגון החשש מתמרון הליכים לא יעילים ו"מסחור" של המשפט הציבורי.

מבוא

רשויות שלטוניות מקבלות מדי יום אלפי החלטות, פרטניות ועקרוניות. ככלל, אדם הרואה את עצמו נפגע מהחלטה שקיבלה הרשות בעניינו רשאי לפנות לערכאות שיפוטיות כדי שאלו יערכו ביקורת שיפוטית על ההחלטה שהתקבלה. אם נפל פגם בהחלטה, בית המשפט עשוי לבטלה או להורות לרשות כיצד לפעול באותו מקרה. זהו התיאור הבסיסי של דפוס ההתדיינות הנפוץ במשפט הציבורי, שעניינו הליכים הנוגעים באופן ספציפי לפרט או גוף מסוימים (נכנה דפוס התדיינות זה "התדיינות פרטנית"). לצד ההתדיינות הפרטנית אפשר לזהות במשפט הציבורי בישראל שתי צורות התדיינות נוספות.

את הסוג הראשון אנו מכנים "התדיינות מעין-ייצוגית"¹. בצורת התדיינות זו המתדיין מבקש סעד שייטיב עימו במישרין, אך מתן הסעד ייטיב גם עם קבוצה רחבה יותר. כך, למשל, בעניין **ארד-פנקס** נדונה עתירה שהגישו זוג גברים נגד הוראות חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות), שלא אפשרו קיום הליכי פונדקאות לגברים יחידים ולבני זוג בני אותו המין.² העותרים ביקשו להביא ילד לעולם באמצעות הליך פונדקאות בישראל, ולכן נפגעו במישרין מהחקיקה נשוא העתירה, והיה להם עניין ישיר בסעד המבוקש – ביטול הוראותיו של חוק הפונדקאות. ואולם, אופיו של הסעד המבוקש, ביטול חקיקה ראשית, היה מביא לכך שהסעד היה מוחל על קבוצה רחבה יותר של נהנים פוטנציאליים – גברים יחידים ובני זוג מאותו המין המבקשים להביא ילד לעולם בהסדר הפונדקאות. בכך תפקדו העותרים בעניין **ארד-פנקס** כמעין "עותרים ייצוגיים", המבקשים סעד עבור עצמם, אך פועלים למען קבוצה רחבה יותר.

צורת התדיינות נוספת נכנה "התדיינות ציבורית", ובה המתדיין הוא אדם או גוף שאינו נפגע במישרין מהפעולה השלטונית שנעשתה, אך מנהל את ההליך כדי לזכות בסעד שיקדם אינטרס ציבורי רחב. פעמים רבות מכונה מתדיין זה "עותר ציבורי", והוא פועל באותם מקרים שבהם לא קיים נפגע ישיר מהאקט השלטוני או כאשר האקט

1 ההשוואה בין סוגים מסוימים של עתירות לבג"ץ לתובענות ייצוגיות נעשתה גם על ידי אורי אהרונסון, ראו אורי אהרונסון "עתירה ייצוגית? על הלכת כספי ומשמעותיה" – **ICON-S-IL Blog** (11.7.2022) <https://perma.cc/FVH4-8TNL>; וכן בפסיקה, ראו למשל בג"ץ 4700/21 **סילפן נ' מנכ"ל משרד הבריאות**, פס' 6 לפסק הדין של השופט רונן (נבו) (5.12.2023).

2 בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו-1996 (נבו) (27.2.2020).

השלטוני הנתקף מעורר שאלות חשובות שעניינן שמירה על שלטון החוק. כך, למשל, בעניין **המרכז האקדמי למשפט ועסקים** עתרה מכללה ללימודי משפטים נגד תיקון חוק יסוד שנערך בהוראת שעה לחוק יסוד: משק המדינה, שלפיו תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 יאושר במתכונת דרשנותית, זאת חלף ההסדר הקבוע בסעיף 3(א)(2) לחוק היסוד האמור, שלפיו "התקציב יהיה לשנה אחת [...]".³ מטבע הדברים, העותרת, ולמעשה כל אדם אחר, לא נפגעו במישרין מהתיקון לחוק היסוד. עם זאת, בית המשפט דן בעתירה והורה על מתן סעד בדמות "התראת בטלות" לכנסת ביחס לתיקון שנערך. לענייננו, הנהנה מהסעד אינו פרט מסוים, אלא הציבור הרחב, הנהנה מאכיפת המשפט החוקתי המוסדי. חרף קיומם של דפוסי התדיינות אלה, ההסדרים הדיוניים החלים על הליכים מעין ייצוגיים וציבוריים היו ונותרו זהים במידה רבה להסדרים החלים על הליכים פרטיים, זאת חרף ההבדלים המהותיים ביניהם. סוגיה מהותית בהקשר זה, שבה נבקש לעסוק במאמר זה, עניינה מערך התמריצים הנוצר כתוצאה מההסדרים הדיוניים הקיימים, והאתגר הייחודי שהוא מציב להליכים מעין ייצוגיים וציבוריים. בהתאם לדין הנוהג, המתדיין שמגיש את ההליך הוא שנושא בהוצאות הכרוכות בניהולו. מכאן נובעת המסקנה שהליך יוגש רק מקום שבו תוחלת הזכייה בו (הערך שהמתדיין מייחס לקבלת הסעד המבוקש, במכפלת סיכויי הזכייה) עולה על העלויות הכרוכות בניהולו. לצד הקשיים שמצב דברים זה מעורר ביחס להליכים פרטיים – ובכללם החשש שאלו לא יוגשו אף אם תוחלתם ממשית, בשל עלות ההתדיינות – כשמדובר בהתדיינות מעין ייצוגיות וציבוריות מתעוררת מורכבות רבה יותר.

בשונה ממתדיין פרטי, הפועל לקידום עניינו האישי וייהנה במישרין מהסעד המבוקש, עותרים ציבוריים מבקשים סעד שהתועלת ממנו מתפזרת על פני קבוצה רחבה או על פני הציבור כולו. משמעות הדברים היא שמתדיינים אלו נדרשים לשאת בעלות הכוללת של ההליך, אך במקרה של הצלחה הם ייהנו מפירותיו כשם שייהנה כל אדם אחר הנמנה עם ציבור המתדיינים הפוטנציאליים באותו העניין. כפי שנראה בהמשך הדברים, הניתוח הכלכלי הבסיסי של בעיה מעין זו מעלה כי הגשת הליכים על ידי מתדיינים מעין ייצוגיים וציבוריים צפויה להיות בלתי אופטימלית, ונדרשים מנגנונים חיצוניים כדי להביא את האכיפה בסוגי התדיינות אלה לרמה הרצויה.

במאמר זה נבקש להציג את הבעיה המובאת לעיל ולבחון פתרון אפשרי לה. פתרון זה יתבסס על התובנות העולות מהתאוריה הכלכלית העוסקת בכלי אכיפה פרטית וכן על מנגנוני תגמול הנהוגים בכלים דיוניים דוגמת תובענות ייצוגיות ותביעות נגזרות. להשקפתנו, שימוש במנגנונים אלה יעודד את אכיפת המשפט הציבורי וימנע מצב שבו הליכים ראויים אינם מוגשים בשל הפער הקיים בין העלויות שבהן נושא מגיש ההליך ובין התועלות הצומחות עבורו כתוצאה מזכייה בהליך.

סדר הדברים יהיה כדלקמן: בפרק א' נציג את סוגי ההתדיינות השונים במשפט הציבורי, ולאחר מכן נציג את מערך התמריצים המאפיין אותם תחת הדין הקיים. בפרק

³ בהתאמה בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל** (נבו) 6.9.2017; ס' 1(א)(1) לחוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), ס"ח התשע"ו 1182; ס' 3(א)(2) לחוק יסוד: משק המדינה.

ב' נציג פתרון אפשרי לבעיות שהמצב הקיים מעורר, כמו גם את הרקע התאורטי ודוגמאות לשימוש שעושה הדין הפוזיטיבי בכלים דומים. בפרק ג' נתמודד עם ביקורות אפשריות על ההצעה. לבסוף, נסכם.

א. פרטי, מעין־יצוגי, ציבורי

המשפט הציבורי בישראל, הכולל את ענפי המשפט החוקתי והמנהלי, הוא התחום המשפטי המסדיר את פעולותיהן של רשויות השלטון. לאורך השנים התפתחו בישראל מגוון פורומים משפטיים שבהם מתקיימת התדיינות ענפה בחוקיותם ובחוקתיותם של מעשים שלטוניים שונים, ובהם נאכפים כללי המשפט הציבורי: בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ), בתי המשפט לעניינים מינהליים, בתי דין מינהליים וועדות הפועלות במסגרת רשויות המנהל ועוד.⁴ בהתאם, סוגי ההליכים שאפשר לנהל במסגרת המשפט הציבורי מגוונים ונעים, ככלל, בין ערעורים ועררים על החלטות של רשויות המנהל ובין עתירות המוגשות לבג"ץ ולבתי המשפט לעניינים מינהליים.

לצד סיווג ההליכים לפי סוגם והפורום שבו הם נדונים אפשר לסווג גם את המתדיינים במשפט הציבורי. סיווג זה נעוץ בסוג האינטרס שמחזיק המתדיין ביחס להליך המוגש לבית המשפט, בסעד המבוקש על ידי המתדיין ואופיו ובאפשרות של אותו מתדיין לפתוח בהליך בהתאם לזכות העמידה הקיימת בדין הישראלי.⁵ כפי שנראה בהמשך הדברים, סיווג זה הוא בעל השלכות מהותיות על סוג ההליכים שיוגשו בפועל לבתי המשפט, ולכן הוא מזמין חשיבה מעמיקה על מערך התמריצים הפועל על כל אחד מהמתדיינים הללו. בפרק זה נציג את סוגי המתדיינים השונים וננתח את מערך התמריצים הפועל עליהם ואת השפעתו של אותו מערך על אכיפת המשפט הציבורי.

1. סוגי מתדיינים במשפט הציבורי

בהמשך לדיון על הפורומים השונים שבהם מתקיימת התדיינות לפי כללי המשפט הציבורי, נבקש לעמוד להלן על סוגי ההתדיינות במשפט הציבורי. אנו מציעים להבחין בין שלושה סוגי התדיינות: (1) התדיינות פרטנית; (2) התדיינות מעין־יצוגית; (3) התדיינות ציבורית.

(א) התדיינות פרטנית

התדיינות פרטנית במשפט הציבורי מתייחסת למצבים שבהם פרט או גוף מנהלים הליך נגד רשות שלטונית בגין פגיעה ישירה ואישית בזכויותיהם או באינטרסים שלהם

⁴ לדוגמה, בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (ס' 15(ג)–(ד) לחוק-יסוד: השפיטה), בתי המשפט לעניינים מינהליים (חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000) ובתי דין מינהליים (חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב–1992).

⁵ להרחבה על זכות העמידה ראו להלן, ה"ש 11.

ומבקשים סעד הנוגע אליהם באופן פרטני. התדיינות מסוג זה מאפיינת רבים מההליכים המנהליים המתנהלים בישראל, ולאמיתו של דבר ה"נהנה" היחיד מההליך הוא לכאורה רק המתדיין עצמו ולא החברה כולה או חלקה.⁶

(ב) התדיינות מעין-ייצוגית

התדיינות מעין-ייצוגית במשפט הציבורי מתייחסת למצבים שבהם מתדיין מנהל הליך נגד רשות שלטונית ומבקש במסגרתו סעד שייטיב עימו במישרין, אך גם עם גורמים נוספים. כך, למשל, אפשר לציין עתירה לביטול חוק שמכוחו נוכו כספי פיקדון שהופקדו עבור עובדים זרים, שהוגשה על ידי שני עובדים זרים; השניים ייהנו במישרין מהיעדרות לעתירתם, אך לצידם ייהנו מכך גם עובדים זרים אחרים שמפיקדונותיהם נוכו כספים מכוח אותו חוק.⁷ אנו בוחרים לכנות את סוג ההתדיינות האמור "מעין-ייצוגי", שכן בהליכים מסוג זה אומנם המתדיין הוא נפגע ישיר, אך הוא פועל הלכה למעשה כ"מייצג" את כלל קבוצת הנהנים הפוטנציאלית מההליך בפני בית המשפט: הסעד המבוקש בהליך יחול על כלל הפרטים שהתקבלו בעניינם החלטות שלטוניות בנסיבות דומות, ואילו הפסד בעתירה יזקף לחובתם של כלל הפרטים המושפעים מההחלטה השלטונית הנתקפת, נוכח המגבלות החלות על הגשת עתירה שעניינה נדון בעבר.⁸

מצב זה דומה, במובנים רבים, לזה המתרחש בתובענה הייצוגית, שהיא כלי דיוני הקיים בספרת המשפט האזרחי. במסגרת כלי דיוני זה מוגשת לבית המשפט תובענה בשם קבוצה גדולה של אנשים שהם בעלי עילת תביעה דומה נגד נתבע מסוים.⁹ התובענה מוגשת על ידי ה"תובע המייצג", שבדומה לחברי הקבוצה המיוצגת בהליך מחזיק אף הוא בעילת תביעה דומה לזו שלהם. ניצחון התובע המייצג בתביעה יזכה ככלל את חברי הקבוצה בסעד המגיע להם. בתום ההליך יוחל על עילות התביעה של כלל חברי הקבוצה

6 אכן, הליכים רבים במשפט הציבורי עשויים להביא לפיתוח והבהרה של הדין, אף אם מבוקש בהם סעד פרטני. לאמיתו של דבר, לכל הליך משפטי יש פוטנציאל להביא לפיתוח הדין, שכן עשויות להתעורר בו שאלות משפטיות חדשות. כמו כן, במובן המעשי, הליך פרטני עשוי להביא לשינוי באופן הפעולה של הרשות, באופן שישפיע גם על מקרים עתידיים שיידונו בפניה. במובן זה הבעיות והשאלות המאפיינות את מערך התמריצים של מתדיין פרטני אופייניות לתחומים רבים של המשפט, ומשכך אלו לא יעמדו במוקד המאמר. לדיון כללי בנושא זה ראו Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, 26 J. LEGAL STUD. 575 (1997).

7 ראו בג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים (נבו 12.7.2023). על עניינם של העותרים ועל סך כספי הפיקדון שנוכו מכוח אותו חוק, ראו בהתאמה שם, בפס' 9–15, 82 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

8 ראו בג"ץ 3227/09 ועד משפחות הקבורים בבית הקברות מאמן אללה (ממילא) נ' רשות העתיקות, פס' 13 (נבו 23.12.2009).

9 יצוין כי הגשת תובענה ייצוגית מחייבת את קבלת אישורו של בית המשפט הדין בהליך (ס' 3(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006).

מעשה בית דין, וההכרעה שתתקבל תחייב את כולם, זאת גם במקרה של הפסד של התובע המייצג בהליך.¹⁰ על המשותף והשונה בין סוגי ההליכים נרחיב בהמשך המאמר.

(ג) התדיינות ציבורית

התדיינות ציבורית במשפט הציבורי מתייחסת למצבים שבהם מתדיין מבקש סעד שלא ייטיב עימו במישרין, אלא נועד לקדם אינטרס ציבורי רחב. בהתדיינות מסוג זה המתדיין פועל כמעין "שליח ציבור" או "תובע פרטי מטעם הציבור", ומטרתו העיקרית היא להביא לשינוי או תיקון במדיניות השלטון או בפעולותיו לטובת ציבור רחב. הדוגמה הבולטת ביותר להתדיינות ציבורית בישראל היא תופעת העתירות הציבוריות – עתירות שהגורם המגיש אותן אינו נפגע במישרין מהפעולה השלטונית הנתקפת בעתירתו, ובעצם אין נפגע ישיר כלשהו מאותה פעולה שלטונית.

תופעת העתירות הציבוריות קשורה קשר הדוק לתהליך הרחבתה של זכות העמידה בדין הישראלי.¹¹ כך, בתחילת דרכו של המשפט הישראלי, אדם שביקש לעתור נגד רשות שלטונית נדרש להצביע על פגיעה ישירה בו.¹² ואולם, עד מהרה החל תהליך הדרגתי, אם כי מסויג, להרחבת זכות העמידה.¹³ תהליך זה הגיע לשיאו עם ההכרה המפורשת בזכות העמידה של עותרים ציבוריים, שאותה ביסס בית המשפט העליון ברצון להבטיח את אכיפת הדין באותם מקרים שבהם אין נפגע ישיר מההחלטה השלטונית הרלוונטית.¹⁴ כיום אפשר לומר שהתקבעה ההלכה בדבר זכות העמידה של העותר הציבורי, ולצידה נשמר חריג מצומצם שלפיו בית המשפט לא יעתר, ככלל, לעתירה ציבורית שבה ברקע העניין מצוי נפגע פרטי שאינו פונה לבית המשפט בנושא.¹⁵

- 10 ראו כללית Owen M. Fiss, *The Political Theory of the Class Action*, 53 WASH. & LEE L. REV. 21, 24–25 (1996); ובדין הישראלי ראו ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות.
- 11 זכות העמידה היא זכות דיונית, המאפשרת לאדם או ישות משפטית אחרת להשמיע טענותיהם לפני ערכאה משפטית כבעלי דין. על אף שזכות זו רלוונטית לכלל תחומי המשפט, השיח העיקרי סביב זכות העמידה קשור בעיקרו לתחומי המשפט הציבורי, ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג 1973–1974 (2014); שלמה לוין "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?" **הפרקליט** לט 453 (1990).
- 12 ראו למשל בג"ץ 90/49 **נוחימובסקי נ' שר המשפטים**, פ"ד ג 4, 8 (1949).
- 13 ראו בג"ץ 29/55 **דיין נ' שר הדתות**, פ"ד ט 1000, 997 (1955); אבל השוו לבג"ץ 40/70 **בקר נ' שר הבטחון**, פ"ד כד (1) 247–246, 238 (1970).
- 14 ראו למשל בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב (2) 441, פס' 22–25 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ברק (1988); דנג"ץ 4110/92 **הס נ' שר הביטחון**, פ"ד מח (2) 811 (1994); בג"ץ 1759/94 **סרוברג נ' שר הביטחון**, פ"ד נה (1) 625, פס' 8 (1994).
- 15 ראו למשל בג"ץ 1416/19 **עמותת הרצליה למען תושביה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 4 (נבו 28.2.2019); בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נו (2) 62, פס' 8 (2003). להרחבה על החריג לכלל זה, ראו בג"ץ 54321-03-25 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 30 לפסק הדין של הנשיא עמית (נבו 21.5.2025).

2. מערך התמריצים של המתדיינים במשפט הציבורי

להלן נפנה לבחינה של מערך התמריצים של סוגי המתדיינים השונים במשפט הציבורי. כפי שנבקש לטעון, בחינה זו חיונית כדי להביא לאכיפתו היעילה והאפקטיבית של המשפט הציבורי. מתדיינים פוטנציאליים – בין שהם מתדיינים פרטניים, מעין-ייצוגיים או ציבוריים – הינם סוכני האכיפה העיקריים של המשפט הציבורי. ניתוח השיקולים המנחים כל סוג מתדיין עשוי לחשוף אזורים של תת-אכיפה במשפט הציבורי, לזהות חסמים המונעים פנייה לערכאות ולהצביע על דרכים לשיפור של מנגנוני האכיפה הקיימים.

סדר הטיעון בתת-פרק זה יהיה כדלקמן: ראשית, נפרט את הניתוח הכלכלי הבסיסי ביחס לשאלה מתי יבחר בעל זכות משפטית לפתוח בהליך למימוש זכויותיו. לאחר מכן נידרש לבעיית ההפנמה הבלתי מלאה, המתרחשת כאשר קיים פער בין הפנמת העלויות והתועלות הכרוכות בהליך המשפטי. לבסוף, נעמוד על יישום האמור ביחס לסוגי המתדיינים השונים במשפט הציבורי.

(א) פתיחה בהליך משפטי – הניתוח הכלכלי הקלסי

לפי התאוריה המקובלת ביחס לתביעות אזרחיות, תובע יגיש את תביעתו לבית המשפט רק כאשר העלויות הכרוכות בניהול נמוכות מתוחלת הזכייה בתביעה.¹⁶ מכאן שהענקת זכות דיונית ומהותית אינה מבטיחה כשלעצמה שאדם אכן יבחר להגיש תביעה. הניתוח הבסיסי של שאלת הפתיחה בהליך משפטי, תחת הגישה הכלכלית למשפט, מלמד כי החלטת התובע אם להגיש את תביעתו מושפעת מארבעה גורמים עיקריים: (1) שווי הסעד הנתבע; (2) סיכויי ההצלחה של התביעה; (3) עלויות ההתדיינות; (4) כלל פסיקת ההוצאות הנוהג. כאשר לגורם האחרון, ככלל נהוג להבחין בין שני כללי הוצאות מקובלים: כלל הקובע כי כל צד להליך נושא בהוצאותיו (המכונה ה"כלל האמריקאי"), וכלל הקובע כי המפסיד בהליך יישא בהוצאות הצד המנצח (המכונה ה"כלל האנגלי").¹⁷ תובע המתלבט אם לפתוח בהליך משפטי נדרש לבצע הערכה של תוחלת הזכייה, המחושבת באמצעות מכפלה של שווי הסעד (בין שמדובר בשווי כספי ממשי או בשווי משוער או תיאורי במונחים כספיים) בסיכויי הצלחתה של התביעה. מתוחלת הזכייה יש להפחית את עלויות ההתדיינות הצפויות מניהול ההליך: תחת הכלל האמריקאי, את עלויות המשפט של התובע עצמו; תחת הכלל האנגלי, את המכפלה של סך עלויות המשפט של התובע ועלויות המשפט הצפויות של הנתבע בסיכויי ההפסד בהליך. מתחשיבים אלו עולה שתביעה תוגש רק כאשר תוחלתה הכוללת חיובית.¹⁸ תחשיב זה רלוונטי גם לסוגי מתדיינים הפועלים במשפט הציבורי. כך, אדם או ארגון שנדרשים להחליט אם לפתוח בהליך משפטי נגד רשות שלטונית יגישו את העתירה רק

16 STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 390 (2004).

17 אלון קלמנט "פרק יט: סדר הדין האזרחי" **הגישה הכלכלית למשפט** 997, 1001–1003 (אוריאל פרוקציה עורך 2012).

18 שם.

כאשר העלויות הכרוכות בניהול ההליך נמוכות מתוחלת הזכייה, ובהתאם לשווי הנחזה של כל אחד מהרכיבים האמורים לעיל.¹⁹ בהתאם, במשפט הציבורי, נוכח היעדרו (על פי רוב) של סעד כספי, שווי הסעד ייקבע בדרך כלל לפי ה"הנאה" הצפויה משינוי ההחלטה השלטונית (לדוגמה קבלת רישיון עסק,²⁰ חיוב הפרקליטות להעמיד לדין את זה שפגע בעותר או בקרוביו²¹ וכדומה).²² יושם לב לכך שגם כאשר המתדיין איננו גוף הפועל למטרת רווח, כמו רבים מהשחקנים במשפט הציבורי הישראלי (ובניהם עמותות וארגוני זכויות אדם), הוא כמובן פועל במסגרת של משאבים מוגבלים, ועליו להקצותם ביעילות כדי לקדם את מטרותיו באופן אפקטיבי. הניתוח הכלכלי הקלסי שהוצג לעיל רלוונטי אפוא גם ביחס לגופים אלה ולבחירתה של דרך קבלת ההחלטות בהם.²³

(ב) הליכים מעין-ייצוגיים וציבוריים ובעיית ההפנמה הבלתי מלאה

בהמשך לתחשיב הפרטני שתובע עורך בטרם יפנה לבית המשפט לאכיפת זכויותיו, יש להידרש למצב שבו קיימים מתדיינים פוטנציאליים רבים, המאפיין התדייניות מעין-ייצוגיות וציבוריות במשפט הציבורי. מקרים אלה מציגים מערך תמריצים ייחודי, השונה מזה של ההתדיינות הפרטנית. בעוד בהתדיינות פרטנית יפנים המתדיין את מלוא התועלת מהסעד המבוקש על ידיו (אם בית המשפט יפסוק לטובתו), בהתדייניות מעין-ייצוגיות וציבוריות יפנים המתדיין אך חלק מהתועלת הכוללת, ורבים אחרים ייהנו ממנה אף שאינם צד להליך הרלוונטי, זאת נוכח אופיו הכללי של הסעד המבוקש על ידי המתדיין המעין-ייצוגי והציבורי. בפרט, המתדיין הציבורי – בשונה ממתדיין פרטני וממתדיין מעין-ייצוגי, הפועלים לקידום עניין אישי מוחשי שיש להם בהליך ויהנו במישרין מקבלת

19 תובנה זו אף הוכרה בפסיקה, ראו בג"ץ 15948-06-25 **משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' שר המשפטים**, פס" 8 לפסק הדין של המשנה לנשיא סולברג (נבו 10.6.2025).

20 בג"ץ 122/54 **אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה**, פ"ד ח 1524 (1954).

21 בג"ץ 4845/17 **חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 28.10.2019).

22 באופן טבעי, סעדים שאינם כספיים הם קשים יותר להערכה. קיימת כתיבה ענפה בנושא, לדוגמה ביחס לקושי שבהערכת שווים האישי של נכסים, צעד הנדרש במצבים בהם בתי המשפט מעניקים סעדים בגין הפקעה של רכוש, ראו Thomas W. Merrill, *Incomplete Compensation for Takings*, 11 N.Y.U. ENV'T. L.J. 110 (2002); אברהם בל וגדעון פרחומובסקי "פרק ז: דיני קניין" **הגישה הכלכלית למשפט**, לעיל ה"ש 17, 339, 371.

23 ייתכן שהקושי בהחלת הניתוח הכלכלי על השחקנים במשפט הציבורי נובע מהציפייה והתפיסה שלפיהן הם נדרשים להוכיח רמה מוסרית גבוהה יותר, שצריכה להתבטא בהתעלמות משיקולים כלכליים. בהתאם לאותה התפיסה, פעילות לטובת הציבור צריכה להיעשות על דרך של צדקה או תרומה, וה"ערבוב" של שיקולים כלכליים (שלא לומר שיקולי רווח) הוא פסול. מדובר בגישה בעייתית המגבילה את יכולת הפעולה לטובת הציבור, ראו Jeffrey S. Brand, *Second Front in the Fight for Civil Rights: The Supreme Court, Congress, and Statutory Fees*, 69 TEX. L. REV. 291 (1990); Kathryn A. Sabbeth, *What's Money Got to Do With It?: Public Interest Lawyering and Profit*, 91 DENV. U. L. REV. 441, 488–92 (2014).

הסעד הרלוונטי – מבקש סעד שנועד להיטיב עם הרבים, לעיתים עם כלל הציבור, באמצעות אכיפת שלטון החוק, ואשר מיטיב עימו באופן עמום ביותר. עם זאת, הוא נושא בעלויות ההתדיינות לבדו.²⁴

מצב דברים זה מביא להיווצרותה של בעיה המוכרת בספרות הכלכלית כבעיה של "הפנמה בלתי מלאה" או של "החצנה חיובית". כידוע, כל פעולה כרוכה בעלויות או בתועלות הנובעות מביצועה. ואולם, יש להבחין בין העלויות והתועלות שאליהן חשוף הפרט הנוקט פעולה (העלות והתועלת הפרטית) ובין העלויות והתועלות הנוצרות עבור כלל החברה כתוצאה של אותה פעולה (העלות והתועלת החברתית). אם הפעולה אותה מבצע הפרט ממומנת על ידו ומשפיעה רק עליו, העלות והתועלת הפרטיות יהיו זהות לעלות ולתועלת החברתיות של הפעולה. יחד עם זאת, לעיתים קיים פער בין הפנמה העלויות ובין התועלות הפרטית והחברתית. במקרה כזה יכלול הפרט את צעדיו לפי העלות והתועלת הפרטית, ולא החברתית, וזאת אף על פי שהשנייה היא החשובה לצורך חלוקה יעילה של המשאבים לכלל החברה. במקרה שבו הפרט אינו נהנה מכלל התועלות אשר הפעולה שהוא נוקט מביאה להן מתקיים מצב של "החצנה חיובית": מצב שבו פלוני מביא לעלייה בתועלת של פרטים אחרים בחברה, אך אינו מפנים תועלת זו.²⁵ עיוות זה בתחשיב העלות והתועלת צפוי להביא לכך שפעולות שהן יעילות מנקודת מבט חברתית לא יצאו לפועל, לאור היעדר הפנמה של התועלות הנוצרות כתוצאה של הפעולה על ידי השחקן הפועל. לחלופין, גם אם הפעולה הרצויה מנקודת המבט החברתית תצא לפועל, רמת ההשקעה בה תהיה בלתי אופטימלית ותיקבע לפי העלויות והתועלות הפרטיות של השחקן המבצע את הפעולה.²⁶

לכאורה, פתרון אפשרי לבעיית ההפנמה הבלתי מלאה היה התאגדותם של כלל הפרטים הנהנים מהוצאתה לפועל של הפעולה המיטיבה, לצורך קביעת מימון משותף של העלויות הכרוכות בהוצאתה לפועל. ואולם, התאוריה הכלכלית צופה שהאפשרות שהתאגדות זו תתרחש מוגבלת נוכח קיומה של "בעיית פעולה משותפת" מסוג "בעיית הטפילות" (free riding). בעיה זו עולה כאשר נדרש שיתוף פעולה בין פרטים שענייניו במימון פעולה שתקדם את הטוב המשותף, אך לכל אחד מהפרטים יש אינטרס אישי להימנע מלשאת בחלקו באותן עלויות. החשש הוא שהפרטים השונים יסרבו לשאת

24 זהו ניתוח המקובל באופן רחב יותר לליטיגציה למטרות חברתיות (Public Interest Litigation), ראו Robert V. Percival & Geoffrey P. Miller, *The Role of Attorney Fee Shifting in Public Interest Litigation*, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 233, 237–39 (1984).

25 המונח "הפנמה בלתי מלאה" או "החצנה" מתייחס לכל מקרה שבו קיימת השפעה של פעילות של פרט אחד על פרטים אחרים, והמונח "החצנה חיובית" מתייחס להשפעה חיובית שיש להתנהגות של פרט מסוים על פרטים אחרים. ראו MARTIN J. OSBORNE & ARIEL RUBINSTEIN, *MODELS IN MICROECONOMIC THEORY* 116–18 (expanded 2d ed. 2023); N. GREGORY MANKIW, *PRINCIPLES OF ECONOMICS* 187–91 (9th ed. 2021); SHAVELL, לעיל ה"ש 16, בעמ' 77–79.

26 MANKIW, לעיל ה"ש 25, בעמ' 199; David G. Luenberger, *Externalities and Benefits*, 24 J. MATH. ECON. 159, 159–60 (1995).

בחלקם בעלויות הכרוכות בקידום הטוב המשותף, וזאת בתקווה שאחרים יממנו את הפעולה המשותפת, אך הם בכל זאת יוכלו ליהנות מפירותיה.²⁷ במקרה כזה הפעולה המשותפת עשויה להיכשל, באופן מלא או חלקי, חרף העובדה שקידומה עולה בקנה אחד עם האינטרסים של כל אחד מהפרטים הרלוונטיים.

בעיות ההפנמה הבלתי מלאה והפעולה המשותפת עשויות לבוא לידי ביטוי גם במקרה שבו קידום הטוב המשותף כרוך בניהול הליך משפטי. כך, לעיתים קיימת אפשרות שתובע יחיד יבקש מבית המשפט סעד שעתיד להיטיב עם פרטים נוספים. במקרה כזה, נוכח הפער בין תחשיב העלות והתועלת הפרטי ובין התחשיב החברתי, ייתכן שהתביעה כלל לא תוגש, על אף תועלתה לחברה, ולמצער כי ההשקעה שישקיע בה התובע תהיה בלתי אופטימלית, שכן היא תיעשה בהתחשב בתועלת האישית הנובעת לתובע ולא בתועלת החברתית.

לאמיתו של דבר, תיאור זה מתאים באופן ברור למצב שבו ניצבים המתדיינים המעיין ייצוגי והציבורי. במקרים של ההתדיינות המעיין ייצוגית וההתדיינות הציבורית פרטים רבים עשויים ליהנות מהסעד המבוקש אף אם לא ייקחו חלק בהליך. לעומת זאת, המתדיינים המעיין ייצוגי והציבורי, המנהלים את ההליך, נושאים לבדם בכל עלויות ההתדיינות, וזאת מבלי שיזכו לתגמול הולם על התועלת החברתית המופקת מניהולו. נוסף על החשש שמבנה תמריצי זה יביא לכך שהליכים מעין ייצוגיים וציבוריים לא יוגשו כלל, היעדר ההפנמה המלאה של התועלות מההליך יוצר חשש נוסף הנוגע לאיכות ניהולו, שכן החלטותיו של המתדיין באשר להיקף ההשקעה בניהול ההליך – למשל, ביחס להיקף ההשקעה בגיבוש הטיעונים המשפטיים, באיסוף הראיות, בהכנת חוות דעת מומחים וכדומה – יתקבלו ביחס לתועלת האישית הצפויה לו ולא ביחס לתועלת החברתית הכוללת. נמחיש את הדברים האמורים באמצעות דוגמה:

משרד ממשלתי, שעד היום אפשר חידוש אישורים מסוימים באופן מקוון, קבע נוהל חדש, חד-שנתי, המחייב גם אנשים עם מוגבלות להגיע פיזית למשרדו לצורך חידוש האישורים. המשרד מצדיק את הנוהל בצורך בזיהוי פיזי, אך הטענה נראית שרירותית ולא מבוססת. עוד נניח כי 1,000 אנשים עם מוגבלות (שיכנו, לשם הפשטות, "הקבוצה") נדרשים לחדש את האישורים בשנה הקרובה. העלות הממוצעת עבור כל אחד מהם להגיע למשרד (כולל נסיעה, זמן המתנה ולעיתים סיוע של מלווה) היא 400 ש"ח. עלות הגשת עתירה מנהלית נגד הנוהל, לרבות איסוף תצהירים, חוות דעת מומחה בתחום הנגישות, שכר טרחת עורך דין והוצאות נלוות,

27 MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION – PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS 5–8, 21 (Harvard Univ. Press 2d ed. 1971); איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות (בשולי ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק.) נ' קרן, פ"ד נ(4) (509) משפטים כט 783, 796–791 (1998). לסוגים השונים של בעיות פעולה משותפת ראו Thomas J. Miceli, *Free Riders, Holdouts, and Public Use: A Tale of Two Externalities*, 148 PUB. CHOICE 105, 107–10 (2011); זוהר גושן "הצבעה אסטרטגית בדיניחברות: מדיקטטורה לדמוקרטיה" משפטים כג 109, 116–121 (1994).

היא 60,000 ש"ח. סיכויי העתירה להתקבל, לאור הפגמים הנחזים בהחלטה על אימוץ הנוהל החדש, ותחת השקעה כאמור, עומדים על 70%.

לצורך פישוט הניתוח, נניח את ההנחות הבאות: איאפשר להעריך את האפשרות שהנוהל יוארך; אין אפשרות לדחות את מועד חידוש האישור לשנה הבאה; העלות של איחידוש האישור גבוהה במיוחד עבור הפרט, כך שהיא בוודאות בלתי יעילה לעומת החלופה של חידושו באמצעות הגעה פיזית למשרד (העלות גבוהה מ-400 ש"ח לאדם); כלל ההוצאות הנוהג הוא הכלל האמריקאי.²⁸

מנקודת המבט של הקבוצה קיימות אפוא שתי אפשרויות פעולה: (1) השלמה עם קיומו של הנוהל, שמשמעותה עלות ודאית של 400,000 ש"ח לכלל חברי הקבוצה; (2) נקיטת הליך משפטי, שיביא לכך שתימנע מהם הוצאה של 400,000 ש"ח בהסתברות של 70%, אגב השקעה של 60,000 ש"ח של הוצאות משפט. במילים אחרות, מדובר בעלות בטוחה של 60,000 ש"ח, בתוספת עלות פוטנציאלית של 400,000 ש"ח במקרה של הפסד, שההסתברות שלו עומדת על 30%. אם כן, תוחלת העלות של דרך הפעולה השנייה עומדת על 180,000 ש"ח. דרך הפעולה הרצויה מבחינת הקבוצה היא לפיכך לעתור נגד חוקיות הנוהל, בתוחלת עלות של 180,000 ש"ח (לעומת השלמה עם עלות ודאית של 400,000 ש"ח).

עם זאת, מנקודת מבט פרטית, המסקנה הפוכה. נניח שאחד מחברי הקבוצה שוקל אם להגיש עתירה מנהלית נגד הנוהל. משמעות הדבר היא שעליו לבחור בין השלמה עם עלות ודאית של 400 ש"ח לבין נקיטת הליך הפסדי, שכן תוחלת העלות הצפויה ממנו, תחת השקעה אופטימלית מנקודת מבט חברתית, היא של 60,120 ש"ח $(60,000 + 0.3 \times 400)$. לאמיתו של דבר, במבט ex-ante, לא משתלם לאיש מחברי הקבוצה להשקיע יותר מ-280 ש"ח בניהול העתירה, גם תחת התרחיש האופטימי של סיכויי זכייה העומדים על 70%. בנסיבות אלה, ונוכח העובדה שהגשת העתירה תביא לתועלת זניחה עבור הפרט לעומת עלויותיה הגבוהות, נראה אפוא שאף פרט לא יגיש את העתירה, וזאת חרף העובדה שהגשת העתירה מוצדקת מנקודת המבט הכללית של הקבוצה.

אם כן, הליכים מעיין ציבוריים וציבוריים סובלים מבעיה מובנית של הפנמה בלתי מלאה של התועלות הצומחות מאותם הליכים. הדבר מתברר נוכח אופיו הכללי של הסעד המבוקש בהליכים אלה והעובדה שלא קיים מנגנון המסייע בגישור על הפער שבין העלות

28 מטעמי נוחות הדוגמה המוצגת מתבססת על כלל ההוצאות האמריקאי. כפי שנראה בהמשך הדברים, המסקנה העולה מדוגמה זו רלוונטית גם כאשר חל כלל הוצאות אנגלי.

הפרטית, שבה נושא המתדיין שמגיש את ההליך, לבין התועלת הכללית הצומחת מהגשתו ומזכייה בו.

לכאורה, הניתוח שהוצג לעיל מעלה תהייה: כיצד בכל זאת מתקיימת פרקטיקה ענפה של הגשת עתירות מעיין-יצוגיות וציבוריות? לנוכח הדומיננטיות של העתירה הציבורית במשפט הציבורי הישראלי אפשר לטעון כי אולי כלל לא קיימת בעיה בתחום האכיפה של המשפט הציבורי. התשובות לטיעון זה הן במספר מישורים.

אשר לעתירות מעיין-יצוגיות, הרי שאלו יוגשו כל עוד תוחלת הסעד הצפויה מצדיקה את השקעת עלויות המשפט מצידו של המתדיין. אם כן, גם בהתאם לתאוריה הקלסית עתירות אלו אכן יוגשו (אם כי לא במספר ולא באיכות האופטימליים). נוסף על כך, הפרקטיקה של הגשת עתירות מעיין-יצוגיות וציבוריות נעוצה, ככל הנראה, בקיומן של תועלות חיצוניות להליך עצמו, דוגמת פרסום וצבירת מוניטין. בפועל, חלק ניכר מהעתירות המעיין-יצוגיות, ובוודאי העתירות הציבוריות, מוגשות על ידי עמותות (או בתמיכתן). עמותות אלו משמשות הן כעותרות הציבוריות עצמן, הן כבאות הכוח (שכן הן בדרך כלל בעלות מחלקות משפטיות המתמחות בניהול הליכים במשפט הציבורי) והן כעותרות "נוספות" לצד עותר מעיין-יצוגי.²⁹

לאמיתו של דבר, כשלי שוק, דוגמת בעיית הפעולה המשותפת, הם קרקע פורייה לפעילות של תאגידים, ובפרט לפעילות של תאגידים שאינם פועלים למטרות רווח, כגון עמותות.³⁰ הדבר נובע משני גורמים: הראשון הוא התכונה הבסיסית של תאגידים להתגבר על עלויות עסקה (עלויות הנובעות מעצם הצורך בהתקשרות) באמצעות ניהול פעילויות במסגרת התאגיד עצמו (דוגמת החזקת מחלקה משפטית, מוקד ציבורי לדיווח על הפרות וצוותי מחקר של המטרות הנמצאות במוקד העשייה הציבורית של העמותה);³¹ הגורם השני הוא האמון המוגבר שתאגידים ללא מטרות רווח זוכים לו בכך שהם אכן פועלים לעידוד המטרות הציבוריות שהם מצהירים עליהן כמטרות התאגיד ולאור האיסור החל עליהם לחלק את רווחיהם.³² במילים אחרות, המבנה התאגידי הייחודי של עמותות יכול לסייע להן להביא את בעיית הפעולה המשותפת לכדי פתרון, ולו חלקי.

29 יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך א 125 (2022).

30 Avner Ben-Ner & Benedetto Gui, *The Theory of Nonprofit Organizations Revisited*, in THE STUDY OF THE NONPROFIT ENTERPRISE: THEORIES AND APPROACHES 3, 6–8 Erica Johnson & Aseem Prakash, ; (Helmut K. Anheier & Avner Ben-Ner eds. 2003) *NGO Research Program: A Collective Action Perspective*, 40 POL'Y SCI. 221, 226–27 (2007).

31 התובנה הבסיסית ופורצת הדרך המתארת את ההבחנה בין הפעילות בתוך השוק לבין פעילות במסגרת הפירמה הוצגה אצל R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* 386 (1937). לניתוח כללי של הסוגיה ראו אוריאל פרוקצ'יה "פרק יד: תאגידים" הגישה הכלכלית למשפט, לעיל ה"ש 17, 751, 752–756.

32 Johnson & Prakash, לעיל ה"ש 30, בעמ' 226–227; ראו גם ס' 1 לחוק העמותות, התש"ם–1980.

אם כן, בהנחה שעתירה מסוימת תוכל לקדם את מטרותיה של עמותה פלונית אך טבעי להניח כי אותה עמותה תשתמש בכלי דיוני זה. בפועל, באמצעות תרומה לעמותה יכולים פרטים רבים לתרום לטובת המאבק שהעמותה מנהלת, וזאת אף אם אינם מומחים בתחום זה, אין ביכולתם להגיש את העתירה הציבורית בעצמם או שהם חוששים מהחשיפה הכלכלית הנובעת מנקיטת ההליך. כך, אופן המימון המבוזר של העמותה מאפשר לפרטים להשתתף בעידוד הפעולה המשותפת, אגב צמצום החשיפה הכלכלית שלהם עצמם ובאופן שמצמצם גם את בעיית הפעולה המשותפת.³³ מכאן גם עולה שנוכח התמריץ הכלכלי השלילי המובנה בהגשת עתירות ציבוריות, סביר להניח כי אותם גורמים המנהלים בכל זאת הליכים מסוג זה מונעים, לפחות באופן חלקי, מתועלות חיצוניות להליך עצמו, כגון גיוס תרומות, יצירת נראות ציבורית או צבירת מוניטין. מכל מקום, חרף העובדה שארגונים ללא מטרות רווח עשויים להיות, והינם בפועל, כלי חשוב להתגברות על בעיית הפעולה המשותפת המאפיינת את ענף ההתדיינות הציבורית, מובן כי אין די בהם. ראשית כול, גם עמותות וארגונים כאלו, ככל שחקן בתחום האכיפה, הם בעלי משאבים מוגבלים, והחלטתם לנקוט הליכים מושפעת מגובה המימון והתמיכה שהם מקבלים. כמו כן, ארגונים אלה מושפעים אף הם מהתמריצים השונים הנוגעים לענף ההתדיינות הציבורית, ובכלל זה ממדיניות פסיקת ההוצאות.³⁴ לאמיתו של דבר, הסתמכות על ארגונים ללא מטרות רווח לאכיפת המשפט הציבורי מכפיפה בפועל את רמת האכיפה הנוהגת והיקפה, להעדפותיהם ולגובהם של המקורות התקציביים של הארגונים העוסקים בתחום. למעלה מהכול, הטענה שלפיה לא קיימת בעיה במערכת האכיפה הנוהגת מתעלמת ממספר נקודות חשובות במיוחד. ראשית, מטבע הדברים ביכולתנו לראות אך ורק את התיקים שאכן מוגשים לבתי המשפט, בעוד הבעיה שאנו מצביעים עליה כאן מתמקדת בתיקים שלא הוגשו לבית המשפט ובהפרות הסמויות מן העין של המשפט הציבורי. הטיעון תקף גם ביחס לאיכות העתירות המוגשות, שכן ביכולתנו לראות אך ורק את האיכות הקיימת של העתירות ולא את זו של העתירות שיכלו להיות מוגשות.³⁵ שנית, ההתעלמות מבעיית ההפנמה הבלתי מלאה יוצרת מודל אכיפה בלתי עקיב, המבוסס, כאמור לעיל, על תועלות חיצוניות בלבד ולא על מבנה תמריצי סדור, הנוגע למקור הבעיה – הפער בין החשיפה לעלויות ולתועלות הכרוכות בהליך.

33 Percival & Miller, לעיל ה"ש 24, בעמ' 237–239.

34 ראו תומר זרחין "בתקופת גרוניס: בג"ץ מקשה על עתירות חברתיות" **הארץ** (17.8.2012) <https://perma.cc/NM9L-MDJL%20>; ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" **משפטים על אתר** 35, 38–36 (2013). ראו גם עז"מ 4620/11 **קישאוי נ' שר הפנים**, פס' 10–11 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (נבו 7.8.2012); עניין **משמר הדמוקרטיה הישראלית**, לעיל ה"ש 19, בפס' 3 לפסק הדין של השופט שטיין.

35 לדוגמה, בישראל, בניגוד לארצות הברית, לא קיימת לשכה ייחודית לטוענים בפני בית המשפט העליון, שנהנית מיוקרה ייחודית (וראו אהרונסון, לעיל ה"ש 1).

לסיכום חלק זה, ניתוח המבנה התמריצי שמאפיין את פעילותם של מתדיינים מעיין ייצוגיים וציבוריים במשפט הציבורי מעלה כי תחת הדין הקיים מתדיינים אלו סובלים מבעיה של הפנמה בלתי מלאה של התועלות הנוצרות כתוצאה מנקיטת ההליך המשפטי על ידיהם. מכאן עולה כי הדין הקיים אינו משרת באופן נאות את המטרה של אכיפת הדין ביחס למשפט הציבורי, משום שהוא מסתמך כמעט לחלוטין על פעילות וולונטרית של גורמים אזרחיים בניהול הליכים מעיין ייצוגיים וציבוריים. אם כן, המבנה התמריצי הקיים מעלה חשש ברור לכך שהליכים בעלי תוחלת חיובית מנקודת מבט חברתית לא יוגשו לבתי המשפט, ובכך תיפגע אכיפתו של המשפט הציבורי – וכפועל יוצא מכך עשויות להיפגע זכויות האזרח והשמירה על שלטון החוק.

ב. מנגנוני תגמול במשפט הציבורי הדיוני

בפרק זה נבקש להציג מענה אפשרי לקשיים שתוארו לעיל ולהציע מנגנון דיוני שעשוי לסייע בפתרון בעיית ההפנמה הבלתי מלאה ובצורך לספק תמריץ הולם לגורמים המבקשים לסייע לאכיפת המשפט הציבורי. מודל זה, כפי שיפורט בהמשך הדברים, מתבסס על מנגנונים של פסיקת תגמול לגורמי אכיפה פרטיים הנהוגים במסגרת כלים דיוניים שונים.

כפי שהראינו בפרק א', כיום התדיינות מעיין ייצוגית והתדיינות ציבורית סובלות ממערך תמריצי לקוי המשפיע על היקף ההתדיינות ואיכותן. בעיות אלו נובעות מכך שהמתדיינים אינם מפנימים באופן מלא את התועלות הצומחות מההליכים המשפטיים שהם מנהלים ומבעיית הפעולה המשותפת המאפיינת מצבים אלו. עוד הראינו כי הקשיים האמורים מובילים אל המסקנה שאכיפה ציבורית יעילה, באמצעות מתדיינים מעיין ייצוגיים וציבוריים, תתאפשר רק בהתקיים מערך תמריצים מתאים, הכולל טובת הנאה כלכלית שתשולם למתדיין ולבא כוחו במקרה של זכייה בהליך הרלוונטי. להלן נדון במנגנוני תשלום שונים. במסגרת זו נבקש להראות את הסיבה לכך שרק מנגנוני תגמול שאינם כוללים שיפוי בלבד יכולים להביא לתמרוץ נכון של מתדיינים מעיין ייצוגיים ומתדיינים ציבוריים.

הדיון ייערך בשלושה שלבים. ראשית, נבחן את האפשרות של פסיקת הוצאות על ידי בית המשפט ונראה מדוע היא אינה מספקת. שנית, נדון באפשרות של העמדת מימון ציבורי לטובת ניהול הליכים מעיין ייצוגיים וציבוריים. לבסוף, נציג את היתרונות של מנגנוני תגמול ואת הסיבה לכך שהינם פתרון עדיף בשני סוגי ההתדיינות.

1. פסיקת הוצאות

אחד הפתרונות שהוצעו בספרות לעידוד "ליטיגציה חברתית" הוא אימוץ כלל שלפיו המדינה תישא בהוצאות המשפט של המתדיין במקרה שהוא ינצח בהליך (fee-shifting).³⁶ זהו פתרון טריוויאלי לכאורה נוכח כלל ההוצאות הנוהג דהיורה בשיטת

Peter E. Sitkin & J. Anthony Kline, *Financing*; 24 לעיל ה"ש Percival & Miller 36
Public Interest Litigation, 13 ARIZ. L. REV. 823 (1971).

המשפט הישראלי, הוא הכלל האנגלי,³⁷ אך הוא מעורר עניין מיוחד בשיטות משפט, דוגמת השיטה האמריקאית, שבהן כלל ההוצאות הרגיל קובע שכל צד להליך נושא בהוצאותיו.

חרף העובדה שהכלל הנוהג בדין האמריקאי עודנו קובע שכל צד להליך נושא בהוצאותיו, במרוצת השנים התפתחו כללי ההוצאות בארצות הברית ונקבעו חריגים חקיקתיים ופסיקתיים המסמיכים את בתי המשפט לפסוק הוצאות לבעלי הדין.³⁸ דוגמאות משמעותיות לחוקים אלה הן חוק זכויות האזרח וחוק הדיור ההוגן – חוקי זכויות האזרח המשמעותיים של שנות השישים. חוקים אלה מסמיכים את בתי המשפט לפסוק הוצאות סבירות לטובת בעל דין (פרט לממשל הפדרלי עצמו) שזכה בהליך לפי החוק.³⁹ באופן דומה, החוק הפדרלי מסמך את בתי המשפט לפסוק הוצאות בתביעות אזרחיות המוגשות בגין הפרה של זכויות חוקתיות או זכויות לפי החוק הפדרלי.⁴⁰

37 בג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסכמת למתן רשיונות יבוא-משרד התעשייה, המסחר, פס' 12 (נבו 30.6.2005) (להלן: עניין תנובה). תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות בג"ץ) אינן מתייחסות במפורש לשאלה של פסיקת ההוצאות בתום ההליך. על הנושא חולשת תק' 20(ב) לתקנות בג"ץ, הקובעת כי "בכל ענין שלא נקבע בתקנות אלה רשאי בית המשפט, לפי שיקול דעתו, אם ראה צורך בכך לעשיית צדק, לנהוג כדרך שנוהגים במשפט לפני בית משפט מחוזי". הפרשנות המקובלת היא שלנוכח הוראות פרק י"ח לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, כלל ההוצאות הנוהג גם בבג"ץ הוא הכלל האנגלי, בדומה לכלל החל בהליכים אזרחיים (וראו עניין תנובה, שם, בפס' 8; בג"ץ 4649/24 התעוררות בירושלים (ע"ר) נ' שר הפנים, פס' 7 (נבו 29.1.2025)). כלל דומה נוהג גם בהליכים הנדונים בבתי המשפט לעניינים מנהליים (תק' 41 לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), התשס"א-2000; עניין קישאוי, לעיל ה"ש 34, בפס' 9 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) פוגלמן).

38 Marshall J. Breger, *Compensation Formulas for Court Awarded Attorney Fees*, 47 L. & CONTEMP. PROBS. 249, 249–50 (1984).

39 42 U.S.C. § 3613(c)(2); 42 U.S.C. § 2000a-3(b). יוער כי עם חקיקתו נקבעה בחוק הדיור ההוגן הוראה שונה מזו הקיימת היום ביחס לפסיקת הוצאות, אך במסגרת תיקון שנערך לחוק שונתה ההוראה כך שקבועה בו הוראה דומה לזו המצוטטת לעיל מתוך חוק זכויות האזרח. השווה: Civil Rights Act of 1968, Pub. L. No. 90-284, § 812(c), 82 Stat. 73, 88 (החוק המקורי), Civil Rights Act of 1968, Pub. L. 100-430, sec. 8, § 2, 102 Stat. 1625 (החוק המתוקן), וכן ראו דיון בהבחנות בין הכללים שנקבעו בחוקים הללו *Allowance of Attorney Fees in Civil Rights Actions*, 7 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 381, 390–400 (1971).

40 הכוונה היא לתביעות המוגשות בהתאם לסעיף 42 U.S.C. § 1983. על מהותו של הסעיף וחשיבותו לאכיפת הזכויות החוקתיות בארצות הברית ראו Evelyn Michalos, *Time over Matter: Measuring the Reasonableness of Officer Conduct in Sec. 1983 Claims*, 89 Katherine Mims Crocker, *Reconsidering*; FORDHAM L. REV. 1031, 1034–35 (2020) *Section 1983's Nonabrogation of Sovereign Immunity*, 73 FLA. L. REV. 523, 523–25 (2021). כלל ההוצאות נקבע בסעיף 42 U.S.C. § 1988(b).

אימוצם של כללי הוצאות לטובת הצד הזוכה אף הוזכר בספרות כמנגנון חשוב וכהתפתחות מרגשת, שסייעה לאכיפה של זכויות חוקתיות בארצות הברית, וצמצומם של כללים אלה על ידי בתי המשפט נתפס כמהלך שהקשה את האכיפה בתחומים האמורים.⁴¹ כלל הוצאות הקובע כי במקרה שבו המתדיין זוכה בהליכו הוא יזכה להחזר הוצאות אכן יכול לסייע במידה מסוימת בצמצומן של בעיות תדהאכיפה שתוארו בפרק א', שכן משמעות הדבר היא שבמקרה של ניצחון לא יישא המתדיין בהוצאות המשפט שהוציא במסגרת ההליך. במצב דברים זה לא יכול להתקיים מצב שבו "שכרו יצא בהפסדו" ויגרם לו הפסד כלכלי במקרה של ניצחון, ובמבט בדיעבד (ex-post).

עם זאת, שינוי כלל ההוצאות כאמור אינו מספק, וזאת משני טעמים עיקריים. ראשית, תשלום הוצאות הוא במהותו ובבסיסו מנגנון שיפוי, החל לרוב רק במצבים שבהם המתדיין זוכה בהליך. במילים אחרות, כלל הוצאות הקובע כי מתדיין שזוכה בהליכו זכאי לשיפוי על ההוצאות שהוציא במסגרתו פועל למעשה כ"ביטוח" הנכנס לפעולה במצבי זכייה.⁴² המשמעות היא שהמתדיין, בתרחיש החיובי ביותר עבורו, רואה את תוחלת ההליך באופן הבא: סיכויי הזכייה בהליך מוכפלים בשווי הסעד למתדיין, בהפחתת סיכויי ההפסד בהליך המוכפלים בגובה ההוצאות שהוא עתיד להוציא בהליך (זאת בהנחה שלא מוטלות עליו הוצאות משפט לטובת הצד שכנגד). אם כן, אין כל ביטחון בכך שהתועלות הנובעות למתדיין עצמו מההליך יצדיקו את הסיכון שבנשיאה בהוצאותיו, שכן תפקידו של כלל הוצאות הוא לשפות את המתדיין בהוצאות ההתדיינות שהוציא במסגרת ההליך, אך הוא אינו גורם למתדיין להפנים את התועלות הציבוריות הצומחות ממנו.

נוסף על כך, גם כאשר קיים תמריץ לפתוח בהליך משפטי, ההשקעה בו צפויה להיות בלתי אופטימלית. באופן טבעי, המתדיין נדרש לבחור לא רק אם לפתוח בהליך משפטי, אלא גם כמה להשקיע בו: אם לבחור עורך דין טוב יותר או פחות, אם להיעזר במומחה וכדומה. בהיעדר מנגנון המתגבר על בעיית ההחצנות החיוביות יקבל המתדיין החלטות בעניין ההשקעה בהליך בהתאם לתועלת הפרטית הצפויה לו מההליך ולא בהתאם לתועלת החברתית הנובעת ממנו. קיים אפוא חשש ממשי שגם במקרים שבהם יוגשו הליכים לבתי המשפט, ההשקעה בהם תהיה תת-אופטימלית מנקודת המבט המתמייחסת לקבוצה מסוימת או לציבור כולו.⁴³

41 ראו למשל Percival & Miller, לעיל ה"ש 24; Maureen Carroll, *Fee-Shifting Statutes*; David Luban, *and Compensation for Risk*, 95 IND. L.J. 1021, 1039, 1047 (2020) *Taking Out the Adversary: The Assault on Progressive Public-Interest Lawyers*, 91 Alexander Reinert et al., *New Federalism and Civil*; CAL. L. REV. 209, 241–45 (2003) *Rights Enforcement*, 116 NW. U. L. REV. 737, 756–57 (2021).

42 באופן כללי יותר אפשר לומר שהשימוש בכללי הוצאות נועד לשפות את התובע המנצח על הסיכון שהוא נושא בו בעת הגשת ההליך (Carroll, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1028–1034).

43 זהו הביטוי לבעיית ההחצנות החיוביות וההפנמה הבלתי מלאה של התועלות הנובעות מהפעילות, וראו במאמר זה פרק א.2. (ב) לעיל.

שנית, אימוץ כלל הוצאות, המשיית את עלויות המשפט על המדינה במקרים שבהם היא מפסידה בהליך, מחייב הכרעה בשאלה אם כלל ההוצאות הוא חד-צדדי או דו-צדדי – כלומר אם כאשר המתדיין אינו זוכה בסעד המבוקש הוא נדרש לשאת בהוצאות המשפט של המדינה. בעוד הכלל האנגלי המסורתי חל באופן דו-צדדי, רבים מהחריגים לכללי ההוצאות שאומצו במשפט האמריקאי אומצו ככללים חד-צדדיים, לטובת התובעים הזוכים בהליך.⁴⁴ אם כלל ההוצאות דו-צדדי, הוא אינו משמש עוד כמנגנון שיפוי בלבד אלא גם כמנגנון המרתיע מפני הגשת הליכים משפטיים, שכן במקרה של הפסד ייאלץ המתדיין לשאת בעלויות הייצוג של המדינה.⁴⁵ עקב כך, אם הכלל שייקבע הוא כלל דו-צדדי, הוא צפוי להחריף את בעיות התמריצים שזיהינו, במיוחד בהתדיינות מעין-ייצוגיות וציבוריות שבהן המתדיין נושא לבדו בסיכון אך התועלות מתפזרות על פני קבוצה רחבה.⁴⁶

2. מימון ציבורי

מנגנון אפשרי נוסף לתמרוץ התדיינות מעין-ייצוגיות והתדיינות ציבורית הוא באמצעות מימון ציבורי של הליכים אלו. כוונתנו היא למנגנונים שבהם המימון ניתן למתדיין מטעם המדינה. מנגנונים מסוג זה קיימים גם כיום בדין הישראלי ביחס לתובענות ייצוגיות ונגזרות. כך, סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות הקים קרן למימון תובענות ייצוגיות, "שתפקידה לסייע לתובעים מייצגים במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות, אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן".⁴⁷ באופן דומה, גם תביעות נגזרות עשויות לזכות במימון מטעם רשות ניירות ערך.⁴⁸

למנגנוני מימון יתרונות ניכרים על פני מנגנוני שיפוי בדיעבד. ראשית, לנוכח העובדה שהמימון ניתן בשלב מוקדם בהליך, ביכולתו להפיג, ולו באופן חלקי, את ההשלכות של חוסר הוודאות הקיים תחת מנגנונים שפועלים בתום ההליך, שכן המתדיין יודע מה גובה השיפוי שניתן לו וידיעה זו מאפשרת לו לקבל החלטות מבוססות יותר בנוגע להשקעה בהליך. הדבר נכון במיוחד כשהמימון ניתן בשלב מוקדם יותר, אך הוא כמובן יכול לסייע למתדיין גם אם הוא ניתן בשלב מתקדם יותר בהליך, למשל לעניין ההחלטה ביחס

44 Mary F. Derfner, *The True "American Rule": Drafting Fee Legislation in the Public Interest*, 2 W. NEW ENG. L. REV. 251, 269 (1979).

45 על כך שבפועל הפעלת מנגנון ההוצאות מושפעת משיקולים רחבים יותר, ראו Breger, לעיל ה"ש 38, בעמ' 250–253. טיעון דומה לזה המועלה בגוף המאמר ניתן למצוא גם ביחס להליכים אזרחיים, בהתחשב בפערים כלכליים בין הצדדים להליך המשפטי, ראו Issachar Rosen-Zvi, *Just Fee Shifting*, 37 FLA. S. U. L. REV. 717 (2010).

46 אימוץ כלל הוצאות מסוג זה מחייב גם הכרעה בשאלה האם פסיקת ההוצאות תיעשה על בסיס ריאלי, באופן שמגדיל את האפקט של הכלל על הצדדים להליך, או שלא תיעשה על בסיס ריאלי, כנהוג היום בפועל בישראל.

47 ס' 27(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

48 ס' 205א לחוק החברות, התשנ"ט–1999.

להמשך ההשקעה בו.⁴⁹ שנית, החלטות המנגנון לאשר או לדחות בקשות למימון יכולות לשמש גם איתות (signal) עבור מתדיינים פוטנציאליים בדבר סיכויי ההצלחה הצפויים בהליך.

עם זאת, השימוש במנגנוני מימון מעורר קשיים בלתי מבוטלים במישור התאורטי והפרקטי. ראשית, מנגנון של מימון ציבורי אינו נקי מעלויות, שכן הוא מחייב את כינוסו של הגוף מקבל ההחלטות ובחינה מקדמית של איכות הטענות של בעלי הדין. קושי זה יכול שיבוא על פתורו באמצעות צמצום של היקף ההליכים שעורך הגוף האמון על קבלת ההחלטות בענייני המימון, כך שהן יתקבלו על בסיס מסד ראיתי כללי יותר. ואולם, גם להחלטה זו השלכות משמעותיות, בדמות הגדלת מספרן של החלטות המימון המוטעות שיקבל הגוף המממן – עלות ניכרת משמדובר בכסף ציבורי שמוקצה באופן בלתי יעיל – וכן בהיחלשותו של אותו איתות הקושר בין ההחלטה אם להעניק או לא להעניק מימון עבור הליך כלשהו ובין סיכויי הצלחתו.

שנית, מנגנוני מימון מעוצבים לרוב כך שהם מספקים אך ורק מימון בגין ההוצאות שצפוי להוציא המתדיין ואינם מספקים תמריץ חיובי עודף למתדיין הבוחר להגיש את ההליך. במובן זה מנגנון המימון דומה, מבחינת ההשפעה התמריצית הצפויה לו, למנגנון של הוצאות בדיעבד: הוא מביא לצמצום בחשיפה של המתדיין המעין־יצוגי או הציבורי לעלויות הכרוכות בניהול ההליך, אך אין בו כדי לבטא את התועלות הנובעות מהצלחתו לקבוצה שבעניינה עוסק ההליך או לכלל הציבור. במילים אחרות, הוא אינו יוצר תמריץ משמעותי להגשת הליכים.

שלישית, וחשוב מכך, בניגוד למנגנוני מימון הקיימים ביחס לתובענות ייצוגיות ונגזרות, שבהן המקרים שהמשיבה בהם היא המדינה מועטים למדי (אשר רלוונטיים ממילא רק להליכים של תובענות ייצוגיות),⁵⁰ כאשר מדובר בהתדיינות מעין־יצוגית ובהתדיינות ציבורית במשפט הציבורי, המשיבה כמעט תמיד תהיה המדינה או רשות מרשויותיה. משמעות הדברים היא שהגוף המממן, שהוא עצמו חלק מהמדינה וממומן מכספי ציבור, נדרש לבחון טענות המועלות נגד מעשים שלטוניים שמבצעת המדינה (על זרועותיה השונות). בכך נוצר מצב משונה למדי שבו המדינה, הצפויה להיות המשיבה להליך, מחליטה אם להעניק מימון להליך שיוגש נגדה אם לאו. בנסיבות אלה קיים חשש מהותי לקיומו של ניגוד עניינים מובנה בעבודת הגוף המאשר את המימון, שיביא לכך שדווקא הליכים שהיה נכון שיוגשו מנקודת מבט חברתית לא יהיו אלה שיוזכו במימון.

3. מנגנוני תגמול

מנגנוני תגמול הם מנגנונים המאפשרים לבית המשפט לפסוק לטובת התובע, בא כוחו או שניהם תשלום מיוחד על חשבון הנתבע, לנוכח תרומתם בהגשת ההליך המשפטי

⁴⁹ כך למשל, ביחס לתובענות ייצוגיות הקרן למימון מוסמכת להעניק מימון בשלב הקודם לשלב בקשת האישור רק במקרים מיוחדים (תק' 4(א)(4) לתקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות), התש"ע-2010).

⁵⁰ ראו בהקשר זה קרן וינשל־מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים 729, 709 (2016).

ונייהול. תרומה זו, ככלל, מתייחסת לתרומה שהניב ההליך לכאלה שלא היו צד לו, קרי לקבוצה שנהנית מהסעד שנפסק בו או לציבור כולו. כפי שהוצג לעיל, מנגנונים מסוג זה קיימים כיום בכלים דיוניים שונים, דוגמת התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת. מה אפוא ייחודו של מנגנון התגמול, וכיצד הוא מסייע בקידום פעולת האכיפה?

כזכור, בהתדיינות מעין ייצוגיות וציבוריות המתדיין נדרש לממן את ההליך ולשאת בכלל העלויות הנובעות ממנו, אך אינו נהנה מכלל התועלות הצפויות מהצלחתו. כדי שבכל זאת תינקט פעולת אכיפה, וכן שההשקעה בה תהיה אופטימלית מהבחינה החברתית, הפתרון המתחייב הוא להעביר לשחקן הנוקט את פעולת האכיפה לפחות חלק מהתועלת החברתית שנובעת ממנה. רק כאשר ייהנה השחקן גם מהתועלת החברתית הנובעת מפעולת האכיפה, תוכל הפעילות הצפויה שלו להגיע לרמה האופטימלית מנקודת מבט חברתית.⁵¹

מנגנון מוכר להעברת חלק מהתועלת הציבורית לשחקן הנוקט את פעולת האכיפה הוא מנגנון התגמול. כך, למשל, חוק תובענות ייצוגיות מסמיך את בית המשפט להורות על תשלום גמול לתובע המייצג ולקבוע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג, אגב התחשבות בטרחה הכרוכה בניהול ההליך, בסיכון שבהגשתו וניהולו, בתועלת עצמחה ממנו ובחשיבות הציבורית שלו.⁵² מנגנון דומה קיים גם ביחס לתביעה הנגזרת בדיני החברות.⁵³

באופן כללי אפשר לומר כי במסגרת מנגנון תגמול מוסמך בית המשפט, הפוסק סעד שממנו נהנים קבוצה של בעלי זכות תביעה, לפסוק גם תשלום מיוחד לזה שנקט בפעולת האכיפה למען הקבוצה. מתן התגמול מעלה את הרווח הכלכלי הצפוי לשחקן הנוקט את פעולת האכיפה ex-ante, ובכך מביא להענקת תמריצים מתאימים שעשויים לגרום לגורם הרלוונטי לנקוט את פעולת האכיפה לנוכח התועלת הגבוהה יותר הצפויה ממנה. להלן

51 קיימת ספרות נרחבת המתייחסת לטענה שלפיה כדי לפתור בעיה של החצנות חיוביות יש לאפשר לפרט להפנים את התועלות שהוא יוצר. כאשר עלויות העסקה גבוהות, נוצרת בעיה של פעולה משותפת, וזו דורשת (לרוב) את התערבות המשפט כדי לאפשר את ההפנמה המלאה של התועלות, ולקדם את התוצאה היעילה חברתית. ראו אריאל פורת "בעד הרחבתה של חובת ההשבה" **עיוני משפט** לא 521 (2009); SHAVELL, לעיל ה"ש 16, בעמ' 101–87; עומר פלד "הבניית שיקול הדעת בפסיקת שכר הטרחה בתובענות ייצוגיות" **פורום עיוני משפט** מז 1, ה"ש 47 (2024).

52 לדיון מקיף במנגנוני התגמול ושכר הטרחה ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006", **הפרקליט** מט 131, 166–175 (להלן: קלמנט "קווים מנחים"); וראו גם ס' 22(ב) 23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. יצוין כי ההלכה בנושא שמה את הדגש העיקרי לעניין קביעת גובה שכר הטרחה בתועלת שהפיקה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה, ראו ע"א 2046/10 **עזבון שמש נ' רייכרט**, פ"ד סה(2) 681 (2012).

53 מנגנון זה מבוסס אף הוא על האפשרות של התובע הנגזר ובא כוחו לזכות בתגמול מיוחד בגין טרחתם בהגשת התובענה, ראו ס' 200א ו-201 לחוק החברות; מעין ויסמן, אסף חמדני וקובי קסטיאל "התביעה הנגזרת בישראל – סיכום ביניים ומבט לעתיד" **משפט ועסקים** כד 799, 824–825 (2021).

נדגים את האופן שבו קיומו של מנגנון תגמול משפיע על תמריציהם של סוכני האכיפה. נמחיש זאת באמצעות הדוגמה הבאה:

נשוב לדוגמת המשרד הממשלתי שקבע נוהל חדש, חד-שנתי, המחייב גם אנשים עם מוגבלות להגיע פיזית למשרדיו לצורך חידוש אישורים מסוימים. נניח שקיים מנגנון תגמול המעניק למגיש העתירה 25% משווי התועלת החברתית במקרה של הצלחה. הנתונים נותרים זהים: 1,000 אנשים עם מוגבלות נדרשים לחדש אישורים כל שנה; העלות הממוצעת עבור כל אחד מהם להגיע למשרד (כולל נסיעה, זמן המתנה ולעיתים סיוע של מלווה) היא 400 ש"ח; עלות הגשתה של עתירה מנהלית היא 60,000 ש"ח; סיכויי העתירה להתקבל עומדים על 70%.

התועלת מביטול הנוהל היא 400,000 ש"ח (1,000 אנשים $\times$ 400 ש"ח). התגמול במקרה של הצלחה יעמוד על 100,000 ש"ח ($400,000 \times 0.25$) ש"ח. להלן נבחן את התחשיב הכלכלי עבור מתדיין פוטנציאלי תחת שני כללי ההוצאות האפשריים.

תחת הכלל האמריקאי, במקרה של הצלחה (70% הסתברות) יזכה המתדיין לחיסכון אישי של 400 ש"ח ולתגמול של 100,000 ש"ח, ובסך הכול 100,400 ש"ח, אך יישא בהוצאות המשפט של 60,000 ש"ח; במקרה של כישלון (30% הסתברות) יישא המתדיין בהוצאות המשפט בסך 60,000 ש"ח. תחת הכלל האנגלי, במקרה של הצלחה (70% הסתברות) יזכה המתדיין לחיסכון אישי של 400 ש"ח ולתגמול של 100,000 ש"ח, ובסך הכול 100,400 ש"ח, ולא יישא בהוצאות; במקרה של הפסד (30% הסתברות) יישא המתדיין בהוצאות שני הצדדים, כלומר 120,000 ש"ח (בהנחה שעלות ההתדיינות זהה לשני הצדדים).

התוחלת הכלכלית של הגשת העתירה תהיה חיובית תחת שני כללי ההוצאות. תחת הכלל האמריקאי תעמוד התוחלת על 10,280 ש"ח ($0.7 \times 100,400 - 60,000$). תחת הכלל האנגלי תהיה התוחלת גבוהה יותר ותעמוד על 34,280 ש"ח ($0.7 \times 100,400 - 0.3 \times 120,000$). בניגוד למצב הקיים, שבו התוחלת הכלכלית שלילית באופן ניכר (תוחלת הפסדית של 59,720 ש"ח תחת הכלל האמריקאי ושל 35,720 ש"ח תחת הכלל האנגלי), מנגנון התגמול יוצר תמריץ חיובי להגשת העתירה תחת שני כללי ההוצאות.

דוגמה זו ממחישה את האופן שבו מנגנון התגמול מצליח לגשר על הפער בין התועלת החברתית לתועלת הפרטית. המנגנון מתמרץ את המתדיין לפעול לטובת האינטרס הציבורי, להשקיע בהגשה וניהול של עתירה באופן מיטבי. בכך בעיית ההפנמה הבלתי מלאה מגיעה במידה רבה לפתרונה. נוסף על כך, המנגנון פותר את בעיית הפעולה

המשותפת: במקום להמתין שאחר יפעל, כעת יש למתדיין הפוטנציאלי תמריץ להיות הראשון שייגיש את ההליך כדי לזכות בתגמול.

לאמיתו של דבר, וכפי שהראינו לעיל, הניתוח המתואר כאן מתאים באופן מלא גם למצבים שבהם מוגשות לבית המשפט עתירה ציבורית או עתירה שמגיש מתדיין מעין ייצוגי. במישור התמריצי, תשלום תגמול יעניק לעותרים אלו תמריץ כלכלי ממשי להגשת עתירות. בכך תגדל התוחלת הכלכלית שבקיום פעילות לאכיפת המשפט הציבורי ויגדל מספר הגורמים הפרטיים המעוניינים להגיש עתירות כאמור. הדבר יצמצם את ההסתמכות על עמותות ועל גורמים אחרים המוכנים לתרום מזמנם ומכספם לצורך אכיפת המשפט הציבורי ויוביל למשיכת גורמים משפטיים איכותיים נוספים להגיש עתירות לאכיפת המשפט הציבורי.

אכן, אימוץ מנגנון תגמול איננו חף מקשיים. בדומה לכללי הוצאות, לנוכח העובדה שגובה התגמול נקבע בתום ההליך קיים קושי מובנה בהערכה של גובה התגמול שייפסק לטובת העותר הציבורי. כמו כן, הזכייה בתגמול ככלל מותנית בהצלחת ההליך המשפטי הרלוונטי, ולכן לקשיי ההערכה הקיימים ביחס לגובה התגמול מתווספים קשיי הערכה ביחס להצלחת ההליך, באופן שמחריף את הקושי שבקבלת החלטות בטרם הוגש ההליך. חרף האמור, נדמה כי ביכולתו של מנגנון התגמול להשיג באופן טוב ביותר את המטרה ליצור תמריצים יעילים למתדיינים במשפט הציבורי, זאת נוכח האפשרות להתגבר באמצעותו על בעיית ההחצנות החיוביות, שהיא אינהרנטית לפעולת האכיפה שנוקטים מתדיינים מעין ייצוגיים וציבוריים. על כן, להשקפתנו, מענה לקשיים האמורים לעיל צריך שיינתן באמצעות בנייה נכונה ומדויקת של מנגנון התגמול חלף ויתור עליו.

בנקודה זו נבקש להעיר כי אימוץ הצעתנו לשימוש במנגנון התגמול במסגרת הליכים המתנהלים במשפט הציבורי מחייבת, באופן טבעי, קבלת הכרעות נוספות בנוגע לעיצובו של מנגנון התגמול עצמו. כך למשל, אפשר לתהות למי צריך להיות משולם התגמול – לעותר או לבא כוחו, כיצד יש לחשב את גובה התגמול נוכח העובדה שבהליכים ציבוריים בדרך כלל לא קיים סעד כספי שיכול לשמש כאמת מידה לתועלת שצמחה לקבוצת הנהנים מההליך וכן אם יש מקום לפסוק תגמול אך ורק במצבים שבהם קיבל בית המשפט את העתירה או גם במצבים נוספים. העיצוב הראוי של מנגנוני תגמול בהליכים משפטיים זכה להתייחסות נרחבת בספרות העוסקת בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט, בעיקר במסגרת יישום של מנגנון התגמול הקיים בתובענה הייצוגית.⁵⁴ נוסף על כך, מנגנוני התגמול בדין הקיים יכולים לסייע בגיבוש מענה לשאלות המתעוררות.⁵⁵ נוכח התמקדותנו בסוגיה העקרונית המתעוררת ביחס לצורך באימוץ מנגנון תגמול נותר אפוא

54 Robert G. Bone, *Class Action*, in *PROCEDURAL LAW AND ECONOMICS* 67, 80 (Chris William Sanchirico ed., 2d ed. 2012); על אופן קביעת שיעור התגמול ראו למשל אביאל

פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 706–672 (2017); Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1 (1991)

55 ראו בהקשר זה ס' 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות; סעיפים 200א ו-201 לחוק החברות; עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 52.

שאלות אלה למענה עתידי ונסתפק בהפניה לתובנות שהספרות, החקיקה והפסיקה מציעות בעניין זה.

ג. ביקורות אפשריות ומענה להן

בפרק זה נתייחס למספר ביקורות אפשריות להצעתנו להכיר באפשרות להעניק תגמול למתדיינים מעין ייצוגיים וציבוריים.

1. מתן תגמול יוביל לאכיפת יתר ועלייה בעלויות מערכת המשפט

ביקורת מרכזית וצפויה נגד הצעתנו היא שזו עלולה להוביל לאכיפה לא יעילה של המשפט הציבורי. חשש זה מורכב משני ראשים עיקריים: הראשון, חשש מפני הגשת הליכי סרק – הליכים הנעדרים בסיס משפטי או עובדתי, אשר יוגשו מתוך תקווה של המתדיין שההליך, חרף פגמיו, יצליח, ומשכך הוא גם יזכה בתגמול; השני, חשש מפני מקרים שבהם, חרף קיומה של עילת התערבות מכוח המשפט הציבורי, תוחלת התועלת החברתית נטו של ההליך היא שלילית, ומשכך לא נרצה לתמרץ את ניהולו.

באשר לחשש הראשון, אין ספק שמתן תמריץ חזק מדי למתדיינים באמצעות תגמול, שיביא לנקיטת הליכי סרק, אינו מצב אופטימלי. עם זאת, הדרך לפתרון בעיה זו אינו ויתור על מנגנון התגמול, אלא עיצובו כך שייצור תמריצים יעילים למתדיינים להגיש רק הליכים שיש תועלת ציבורית בניהולם, אגב שימוש במנגנונים אחרים הקיימים בדין שמטרתם הרתעה מפני נקיטת הליכי סרק.

כך למשל, אפשר להשתמש בהוצאות משפט כדי להרתיע מתדיינים מהגשתם של הליכי סרק. פסיקת הוצאות צפויה ליצור תמריץ שלילי להגשת הליכים, שיאזן את התמריץ שצפוי להעניק התגמול. השילוב של כללי תגמול והוצאות – כאשר הם ידועים לכלל השחקנים הרלוונטיים וקיימת יכולת חיזוי טובה של סיכויי ההליך ו"שווי" הסעד שעתיד להיפסק בו – מאפשר לבית המשפט לשלוט ברמת האכיפה הרצויה. כמו כן, שימוש בכלל הוצאות המשפה את המדינה במקרים של ניצחון מצדה בהליך הוא מוצדק לנוכח העובדה שבמקרים שבהם עתירה תתקבל, לפי המנגנון המוצע במאמר זה, המדינה היא שתישא בעלויות התגמול.

לצד זאת, פסיקת הוצאות מעוררת קשיים בלתי מבוטלים, במיוחד ביחס להליכים מעין ייצוגיים וציבוריים. פסיקת הוצאות, בוודאי כאשר מדובר בהוצאות ריאליות, עשויה להוביל להרתעת יתר של מתדיינים פוטנציאליים ובכך להכשלתו של מנגנון התגמול.⁵⁶ פתרונות שהוצעו בספרות לבעיה זו – דוגמת הפתרון של פסיקת הגמול ושכר הטרחה בתובענות ייצוגיות מתוך הסעד הנפסק לחברי הקבוצה (ולא נוסף עליו), אגב נטישת הכלל של הוצאות ריאליות נגד המפסיד⁵⁷ – הם פעמים רבות בלתי רלוונטיים להליכים

⁵⁶ ראו דיון בכך בהקשר של התובענה הייצוגיות אצל קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 52, בעמ' 163–164; הדבר אף הוכר בפסיקה ביחס לעותרים ציבוריים, וראו ההפניות בה"ש 34 לעיל.

⁵⁷ קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 52, בעמ' 163–164.

המתקיימים במשפט הציבורי, נוכח היעדרו של סעד כספי שנפסק לטובת הקבוצה או הציבור שבשםם מוגש ההליך. בנסיבות אלה נראה כי הפתרון הזמין לבעיה זו הוא ניסיון מתמיד לעצב את כללי ההוצאות והתגמול, בשאיפה להגיע לנקודת אופטימום מבחינת התמריצים להגיש הליכים מוצדקים.

באשר לחשש השני, אפשר לטעון כי המנגנון עלול לתמרץ הגשת הליכים משפטיים אשר חרף היותם בעלי בסיס משפטי, תוחלת התועלת החברתית נטו שלהן שלילית. כדי להבהיר חשש זה יש לציין תחילה כי מטבע הדברים, לכל פעולה שלטונית, אף אם יש עילה להתערב בה, יש תועלות. בהתאם, אפשר לטעון כי בחינתה של תוחלת התועלת החברתית נטו של ההליך המשפטי צריכה להביא בחשבון גם את אובדן התועלת מביטול הפעולה השלטונית או התערבות בה. אם כן, ביקורת זו נוגעת לחשש שמנגנון התגמול יתמרץ הגשת הליכים אשר העלות החברתית הכוללת שלהם – לרבות עלויות ההתדיינות ואובדן התועלת מהפעולה הנתקפת – גוברת על התועלת החברתית שבתיקון הפגם המשפטי.

במענה לביקורת זו נציין תחילה כי אין כמובן חולק על כך שלפעולה שלטונית בלתי חוקית עשויות להתלוות תועלות. עם זאת, שאלה נפרדת היא אם הדין הדיוני במשפט הציבורי – שלתוכו אנו מבקשים לאמץ את מנגנון התגמול – צריך להתחשב בתועלות אלה. אנחנו סבורים כי התשובה לכך שלילית.

אכן, התאוריה הכלכלית הקלסית של המשפט הפרטי, שעניינה הכוונת התנהגות של פרטים ואשר אותה אנחנו מבקשים ליישם גם על מתדיינים במשפט הציבורי, שואפת פעמים רבות לקדם את הפנמת העלויות והתועלות של הפרט מהפעילות שהוא מבצע, במטרה להביאו לקבלת החלטה אופטימלית ביחס להתנהגותו. שאיפה זו נתקלת בקשיים לא מבוטלים כאשר מדובר ברשויות שלטון. לאמיתו של דבר, הרשות השלטונית אינה מפגימה תועלת כלשהי מפעילותה, אלא הציבור (או חלק ממנו) נהנה ממנה. באופן דומה, גם עלויות פעילותה – הן עלויות הפעלתה והן העלויות החברתיות הנובעות מהחצנות שליליות (כגון פגיעה בזכויות) – מוטלות על הציבור או חלקים ממנו ולא על הרשות.

בהתאם, כלל לא ברור כי מודל האכיפה במשפט הציבורי מבוסס על השאיפה שהרשות השלטונית תפנים את התועלות והעלויות שהיא יוצרת. הדבר בא לידי ביטוי באופן המובהק ביותר בסעדים שהמשפט הציבורי מעניק, שהם סעדים הצהרתיים וצווי עשה ואל תעשה. סעדים אלה שונים מסעדים כספיים, המאפיינים את המשפט הפרטי, שיכולים להביא להפנמת העלויות שנוצרו עד כה מההחלטה השלטונית,⁵⁸ זאת חרף העובדה שהפרות של המשפט הציבורי עשויות בהחלט לגרום להחצנה שלילית על קבוצות מסוימות בחברה. במילים אחרות, מודל האכיפה הבסיסי של המשפט הציבורי נשען בעיקרו על מודל של אכיפת הדין שהופר ולא על הפנמה של עלויות ותועלות של הפעילות.

58 זאת בדומה למשל להפנמה של נזק באמצעות הטלת חובות פיצויי בדיני נזיקין, ראו אריאל פורת **נזיקין** כרך א 28–29 (2013). כוונתנו היא כמובן להתדיינות במשפט הציבורי, וזאת מבלי לגרוע מהאפשרות לנהל הליכים אזרחיים נגד רשויות השלטון.

בהמשך לכך, אנחנו סבורים כי הביקורת האמורה מצויה במתח עם הדין המהותי של המשפט הציבורי. כך, למשל, אפשר להעלות על הדעת פעולות שלטוניות מסוימות שאף אם נעשו בחוסר סמכות, התלוו להן תועלות ניכרות. ואולם, תועלות אלה אינן יכולות לבסס כשלעצמן מקור סמכות, ומשכך גם לא להצדיק היעדר התערבות מצד בית המשפט. במילים אחרות, המשפט הציבורי קובע כי פעולה בחוסר סמכות היא פסולה, והתועלת שמפיקה אותה פעולה אינה מעלה או מורידה.⁵⁹ גישה זו אף מוצדקת מבחינה תאורטית. הסתכלות נקודתית על התועלות הצומחות מפעולה שלטונית בלתי חוקית עלולה להחמיץ את העלות המצטברת וארוכת הטווח של היעדר אכיפה של המשפט הציבורי, שתביא לשחיקה בעקרונות היסוד שלו. לדעתנו, ככלל, התועלת הנקודתית שעשויה לצמוח מפעולה שנעשתה בחוסר סמכות, למשל, מתגמדת אל מול הנזק ארוך הטווח העלול להיגרם כתוצאה של ריבוי מקרים כאלה: ערעור על הערך הבסיסי של שמירה על שלטון החוק.⁶⁰

לצד זאת, נעיר כי יש מקרים שבהם המשפט הציבורי אכן מאזן בין התועלות והעלויות הצומחות מהפעולה השלטונית העומדת לבחינה. כך, למשל, ניתן להזכיר את דרישת המידתיות החוקתית, ובפרט את מבחן המשנה השלישי שלה – “המידתיות במובן הצר” – הבוחן אם התועלת שצומחת מהאקט השלטוני הפוגע עומדת ביחס ראוי לפגיעה בזכות החוקתית.⁶¹ דוגמה בולטת נוספת היא “מבחן הצידוק”, במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, בו נבחנת השאלה אם חרף העובדה שהכנסת חוקקה חוק-יסוד שאינו נושא את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות, קיים [...] טעם מבורר לעיגון הוראה במסגרת חקיקת יסוד, חרף המחיר שיש לצעוד זה ואשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמד של חוקי היסוד.”⁶²

אנו סבורים כי איזונים אלה, המעוגנים בדין המהותי של המשפט הציבורי, אינם מקריים. הם משקפים את הגבולות שהמשפט הציבורי מוכן להשלים עימם בכל הנוגע לסטייה ופגיעה בעקרונות העומדים בבסיסו (כמו גם את החשיבות של אינטרסים ציבוריים אחרים). משכך, מתן משקל לתועלות של פעולה שהדין המהותי של המשפט הציבורי אינו מוכן להשלים עימה – הגם שהדבר ייעשה בעקיפין באמצעות מנגנון התגמול – עשוי לדעתנו לפגוע באותם איזונים עדינים שהמשפט הציבורי ביקש ליצור. במילים אחרות, עיצוב מנגנון התגמול כך שיתחשב בתועלות מפעולה שהדין המהותי קובע שיש להתערב בה, יוצר עיוות, שכן הוא הופך את המנגנון הדיוני מכלי שאמור לשרת את הדין המהותי, לכלי העומד בסתירה למטרותיו.

59 אך ראו בהקשר זה את תחולתה של דוקטרינת הבטלות היחסית במקרים של חריגה מסמכות בדפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב' 815–831 (2010).

60 ראו בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת**, פס' 4 (נבו) (25.3.2020).

61 ראו עניין **צ'באנו**, לעיל ה"ש 7, בפס' 69 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

62 בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פס' 43 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו) (23.5.2021); וראו את הסתייגותה של השופטת ברק-ארז ממבחן הצידוק שם, בפס' 27 לפסק דינה.

2. תשלום התגמול יעמים על קופת המדינה

ביקורת אחרת אותה ניתן להעלות נגד ההצעה המועלית במאמר נעוצה בכך שהתגמול ישולם מקופת הציבור. לכן, התגמול צפוי להעמיס על הקופה הציבורית – ובכך, על כלל הציבור; ולפגוע בוודאות התקציבית של הרשות. זוהי ביקורת המועלית תדיר ביחס לשימוש בתובענה הייצוגית נגד רשויות.⁶³

לטעמנו מדובר בטיעון מוקשה ביותר. ראשית, לא ברור מדוע ודאות ויציבות תקציבית היא אינטרס לגיטימי רק כאשר מדובר במדינה, ולמעשה ניתן לטעון טיעון זה גם ביחס לגופים פרטיים. שנית, הטיעון לפיו ההוצאה התקציבית במקרה כזה היא "בלתי צפויה" למעשה מניחה כי החשיפה לחבות אפשרית נוחתת על הרשות "כרעם ביום בהיר", בעוד פעמים רבות, הרשות שמלווה בייצוג משפטי, עשויה להיות מודעת לסיכון שיוגש הליך נגד החלטתה – ואף להימנע בשל כך, ex-ante, מקבלת החלטה הנגועה באיחוקיות. שלישית, אכיפת הדין ותשלום תגמול מקופת המדינה היא בוודאי יעילה יותר מהמצב בו הדין כלל לא נאכף. זאת, משתי סיבות עיקריות: הראשונה, כי בחברה שומרת חוק, הדין נאכף גם על המדינה ורשויות המינהל, ואין סיבה להעניק לה "חסיונות" הנעוצה במנגנון דיוני בלתי אופטימלי (להבדיל מחסינות מהותית, שעשויה להיות מוצדקת בתנאים מסוימים). השנייה, כי האפשרות החלופית העומדת אל מול אימוץ מנגנון התגמול היא השלמה עם ההפרות של המשפט הציבורי. במקרים בהם הפרת הדין אינה נוגעת לכלל החברה (מצב המאפיין בעיקר הליכים מעיין ייצוגיים), העלות הכרוכה בהפרה למעשה מתפזרת באופן שרירותי על הקבוצה באוכלוסייה כלפיה כוון המעשה השלטוני המפר. לכן, גם מנקודת מבט של יעילות חלוקתית, המעודדת פיזור יעיל ולא פוגעני של הנזק, מוצדק כי העלות הכרוכה בהפרת הדין שמבוצעת על ידי השלטון תפוזר על פני כלל האוכלוסייה (שנהנית כולה מהתועלות שנוצרות כתוצאה של הפעולה של המדינה) ולא על קבוצה ספציפית.⁶⁴

3. החדרת נורמות שוקיות למשפט הציבורי

ביקורת נוספת שאפשר להעלות נגד הצעתנו עניינה החדרתן של נורמות "שוקיות" אל תחום המשפט הציבורי. כך, אפשר לטעון כי מתן תגמול כספי למתדיינים במשפט הציבורי עשוי לפגוע במניעים של המתדיינים ולהוביל ל"מסחור" של אכיפת המשפט הציבורי ואולי אף למסחור של המשפט הציבורי עצמו. במילים אחרות, חלף פעילות מתוך מחויבות אמיתית לערכים דוגמת שמירה על שלטון החוק והגנה על זכויות אדם,

63 לסקירה של הביקורת ראו הדס הולצשטיין-תמיר "חסיונות המדינה מפני תובענות ייצוגיות – שמירה על האינטרס הציבורי?" **תוב(ע)נות ייצוגיות** (15.3.2021) <https://perma.cc/D7AU-BGLS>.

64 על היעילות שבפיזור עלויות בהקשר של פיזור נזקים בחברה ראו פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 51–52; בפרט ביחס לרשויות ציבוריות ראו ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** 256 (2012).

התגמול עשוי למשוך שחקנים הפועלים מתוך מניע כלכלי "קר" ובכך לפגוע במשפט הציבורי ותדמיתו.⁶⁵

ואולם, ביקורת מסוג זה מתעלמת במידה רבה מהקשיים במצב אכיפתו של המשפט הציבורי כיום, שהצעתנו מבקשת להתמודד עימם. כפי שפורט לעיל בהרחבה, המצב הנוכחי מעורר ספקות גדולים ביותר באשר לאפקטיביות אכיפתו של המשפט הציבורי, ובכלל זה עולה חשש ממשי לכך שהמשפט הציבורי נאכף באופן שרירותי הנתון לשיקול דעתם ולמשאביהם של ארגונים הפועלים שלא למטרות רווח. בהמשך לכך, לא מן הנמנע שתחומי פעילות רבים של המנהל הציבורי סובלים מתתאכיפה אך בשל העובדה שאותם "עותרים קבועים" אינם מעוניינים לעסוק בהם. בהתאם, השאלה שצריכה להישאל היא אם מצב של אכיפה אפקטיבית של המשפט הציבורי – לצד "אינעימות" בשל החדרת תמריצים כספיים לשיקוליהם של מתדיינים בתחום המשפטי הציבורי – עדיף על פני המצב הקיים, בו המשפט הציבורי לא נאכף באופן יעיל וראוי. למותר לציין כי המצב הקיים, בו המשפט הציבורי נאכף במידה רבה באופן שרירותי, עשוי לפגוע אף הוא בתדמיתו.

סיכום

המשפט הציבורי בישראל מכיר, הלכה למעשה, בשני סוגים עיקריים של התדיינות החורגת מהמודל הפרטני הקלסי: התדיינות מעין-ייצוגית, בה המתדיין מבקש סעד שייטיב עימו במישרין אך גם עם קבוצה רחבה יותר; והתדיינות ציבורית, בה המתדיין פועל לקידום אינטרס ציבורי רחב מבלי שיש לו אינטרס אישי ישיר. הניתוח שהצגנו חושף כי שני סוגי התדיינות אלה סובלים מבעיות תמריציות מובנות, הנובעות מכך שהמתדיינים אינם מפנימים באופן מלא את התועלות הצומחות מההליכים המשפטיים שהם מנהלים. בהתאם לניתוח הכלכלי הקלסי, מצב זה מוביל לכך שההליכים יעילים מבחינה חברתית לא יוגשו לבתי המשפט, ואף אם יוגשו – ההשקעה בהם תהיה בלתי אופטימלית.

הפתרון המוצע על ידינו הוא אימוץ מנגנון תגמול למתדיינים ולבאי כוחם. הראינו כי מנגנון התגמול הוא הכלי המתאים ביותר להתמודדות עם בעיית ההפנמה הבלתי מלאה של תועלות ההליך, וכי פתרונות חלופיים – כגון שינוי כללי פסיקת ההוצאות או מימון ציבורי – אינם מספקים מענה הולם. התמודדנו גם עם ביקורות אפשריות על ההצעה, ובפרט החשש מפני אכיפת יתר והטענה כי אין מקום לתמרץ התדיינות במשפט הציבורי. בהתאם, מסקנתנו היא שאימוץ מנגנון תגמול מתאים עשוי לתרום משמעותית לשיפור אכיפתו של תחום משפטי חשוב זה.

⁶⁵ בהקשר זה ראו גם הביקורת בנושא מצד מי שעוסקים בליטיגציה למטרות חברתיות, לעיל ה"ש 23.