

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

שרון ידין\*

## מבוא

בישראל מתקיימת פעילות רגולטורית ענפה המצויה בתהליכי גידול והתרחבות מואצים. פעילות זו נעשית בידי עשרות גופים במנהל הציבורי, ובהם רשות ניירות ערך, המשרד להגנת הסביבה, יחידת הפיקוח על הבנקים, משרד החינוך, משרד האוצר, משרד התשתיות, הוועדה לצמצום הריכוזיות, הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, רשות ההגבלים העסקיים, מנהל הבטיחות והבריאות התעסוקתית, הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן ועוד רבים. על פי נתוני הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (OECD), בשנים 2001–2009 פורסמו בישראל לא פחות מ-6,435 צווים, הוראות, הנחיות ותקנות.<sup>1</sup> חלק הארי שלהן עוסק ברגולציה.<sup>2</sup> ללא ספק מדינת ישראל עונה להגדרתו של מיונה (Majone) "המדינה הרגולטורית".<sup>3</sup>

חיפוש במאגר המידע המשפטי נבו מעלה 300 תוצאות לדברי חקיקה שבכותרתם מצויה המילה "פיקוח".<sup>4</sup> עיון בהם מגלה כי מרביתם עוסקים הלכה למעשה בפעילות רגולטורית.<sup>5</sup> בפועל, עוד מאות רבות של חוקים המצויים ברשומות עוסקים ברגולציה, אף אם אינם נושאים מונח זה בכותרת או בגוף החקיקה. עם זאת ובאופן מפתיע, המחוקק הישראלי טרם הציע הגדרה למונח "רגולציה", למעט במסגרת תזכיר חוק או הצעת חוק, ולמעשה רק לאחרונה הופיעה בחקיקה הגדרה ראשונה למונח "רגולטור" (אך לא למונח "רגולציה").

\* דוקטור למשפטים, עמיתת לידי דיוויס לבתר-דוקטורט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לעורכת דין רות בר, לעמיתי פישר ולשי בלץ, על שיחות הרקע בקשר להליכי החקיקה הנזכרים, לשופטי הרשימה על הערות מועילות מאוד, למשתתפי הסמינריון "סוגיות ברגולציה" באוניברסיטה העברית, על תגובות והארות חכמות, לחברי מערכת כתב העת ולעורך *חוקים בקצרה* על עריכה מסורה וקפדנית. תודה גם לקרן לידי דיוויס אשר בתמיכתה הנדיבה נכתבה רשימה זו, המהווה פרסום ראשוני של חלק ממאמר עתידי בנושא זה. הקישורים המופיעים בהערות השוליים נבדקו לאחרונה בספטמבר 2014.

1 ראו Regulatory Management Indicators, Israel 2011 OECD Report. כן פורסמו במהלך שנים אלה 1247 חוקים חדשים. ראו שם, בעמ' 19.

2 ראו יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" *משפט ועסקים* ב 67, 67 (2005).

3 ראו Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17 JNL. PUBL. POL. 2, 139 (1997).

4 חיפוש במאגר [www.nevo.co.il](http://www.nevo.co.il) מיום 29.3.2014. יש לשים לב גם לשימוש הבלתי מדויק במילה "הסדרה" בכותרת החוק, המתפקדת למעשה במשמעות של אסדרה (רגולציה) במובן שאותו מנסה רשימה זו להגדיר; ראו על כך להלן בה"ש 26. כפי שיוסבר בהמשך, הסדרה היא השלב הראשון במלאכת הרגולציה והיא מתייחסת לקביעתם של כללים מסדירים על ידי הרגולטור, ואילו "אסדרה" היא המילה העברית לרגולציה והיא כוללת את שלושת השלבים הרגולטוריים: הסדרה, פיקוח ואכיפה. לשימוש במילה "הסדרה" בחקיקה העוסקת ברגולציה ראו למשל חוק להסדרת פעילות חברות דירוג האשראי, התשע"ד–2014; חוק להסדרת תוצרת אורגנית, התשס"ה–2005; חוק להסדרת הטיפול באריזות, התשע"א–2011.

5 ראו למשל חוק הפיקוח על מכונים פסיכומטריים, התשס"ט–2008; חוק הפיקוח על מעונות, התשכ"ה–1965; חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשנ"ו–1996; חוק הרשות לפיקוח חקלאי, התשמ"ח–1988; חוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט–1969; חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א–1981; חוק מכוני כושר (רישוי ופיקוח), התשנ"ד–1994. גם כאן, בדומה להסדרה, השימוש במילה "פיקוח" אינו מדויק, שכן למעשה הוא מתאר פעילות אסדרה הכוללת את שלב הפיקוח אך גם את שלבי ההסדרה והאכיפה. לשימוש מדויק במונח ראו למשל את חוק הגנת הסביבה (סמכויות פיקוח ואכיפה), התשע"א–2011.

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

בנוסף, מסתמנת מגמה בקרב הרשות המבצעת והרשות המחוקקת בישראל להטיל חובות מיוחדות על רגולטורים, העוסקות בין היתר בחובה לשקול שיקולי תחרות ויוקר המחיה לצרכן; בחובה לבחון מנגנונים רכים כתחליף לציווי ושליטה המנהליים, כגון רגולציה עצמית; בחובה לשקול שיקולי עלות-תועלת בהחלטה המנהלית; בחובה לשמוע גורמי מנהל מקבילים, כגון משרדי ממשלה, בטרם קביעת מדיניות רגולטורית ועוד.<sup>6</sup> נראה כי הצורך להגדיר מיהו רגולטור ומהי פעילות רגולטורית מתעורר אף בשל שינויים נורמטיביים אלו, המתמקדים בהחלת חובות על גורמי המנהל שיוגדרו כרגולטורים.

המונחים הלועזיים "רגולטור" ו"רגולציה" זכו זה מכבר לחלופות עבריות בדמות המילים "מאסדר" ו"אסדרה", בהתאמה, אשר נקלטו יפה בכתיבה האקדמית ובקרב רשויות המנהל בפרקטיקה. ניסיון מקיף ראשון של הרשות המחוקקת להגדיר "מאסדר" כ"מי שמוענקת לו לפי דין סמכות אסדרה בהתאם למפורט בתוספת, או סמכות למתן רישיון או לקביעת מכסות, לרבות שר משרי הממשלה ומי ששר אצל לו סמכותו כאמור", נעשה לאחרונה בתזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי (תיקוני חקיקה) (הגברת התחרות וטובת הצרכן), התשע"ב-2012.<sup>7</sup> התזכיר מציע להטיל חובה על מי שיוגדר מאסדר לשקול את השפעתה של הפעלת סמכות האסדרה על רווחת הצרכנים, על יוקר המחיה ועל קידום התחרות בתחום שעל אסדרתו הוא אמון, ולתעד בכתב את הנימוקים והשיקולים בנוגע להשפעה זו.<sup>8</sup> תזכיר זה אף מגדיר "אסדרה": "סמכות לקביעת כללים לגבי שוק או ציבור מסוים או לקביעה של אגרה, מחיר, וכל תשלום שהוא, וכן סמכות למתן אישור הנדרש לפי דין לקביעה כאמור".<sup>9</sup>

בערך באותה העת התפרסמו שתי הצעות חוק המציעות אף הן הגדרות למונחים האמורים. הצעת חוק לעידוד עסקים קטנים ובינוניים בישראל, התשע"ב-2012 הגדירה אסדרה כך: "מערכת של תקנות או כללים המסדירים את הפעילות במשק בתחום מסוים, שנקבעו לפי דין".<sup>10</sup> בנוסף, הצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012 הגדירה "מאסדר" כך: "מי שמוענקת לו לפי דין סמכות הקצאה של זכות, לרבות שר משרי הממשלה ומי ששר אצל לו את סמכותו כאמור".<sup>11</sup> לימים התקבלה הצעה זו בכנסת במסגרת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013

6 ראו "טיוב, תיאום ושיפור הרגולציה הממשלתית" הצעה להחלטה (נוסח מתוקן חמישי מיום 21.8.2013) זמין ב- [www.pmo.gov.il/Secretary/sederyom/gov33/Documents/143.pdf](http://www.pmo.gov.il/Secretary/sederyom/gov33/Documents/143.pdf); משרד האוצר "התכנית הכלכלית לשנים 2013-2014: שינויים מבניים, מצרפי התקציב והרכב התקציב" 27-28, 120-123 (מאי 2013). להפניות נוספות ראו להלן בה"ש 25.

7 להלן: תזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי, או תזכיר החוק. הציטוט לעיל מתייחס לנוסח התזכיר כפי שהופיע ביום 16.7.2012 ב- [www.shituf.gov.il/discussion/681](http://www.shituf.gov.il/discussion/681). מהלך זה הושפע במידה רבה מדיוני ועדת טרכטנברג לשינוי חברתי-כלכלי בנושא יוקר המחיה, שהוקמה בעקבות המחאה החברתית של שנת 2011. ראו ועדת טרכטנברג לשינוי חברתי-כלכלי בנושא יוקר המחיה דוח הוועדה פרק כשלים והמלצות בתחום הרגולציה (2012), זמין ב- [hidavrut.gov.il/content/4198](http://hidavrut.gov.il/content/4198).

8 תזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי.

9 מטרות המקורית של התזכיר הייתה להטיל על הרגולטורים בישראל חובות לשקול שיקולי תחרות והגנת צרכן לפני ביצועה של פעולת הסדרה רגולטורית. עם זאת לעת עתה חובות אלה לא אושרו בממשלה, ובמקום זאת הוטל על גורמי הממשלה החברים בצוות בין-משרדי לבצע עבודת מיפוי לרגולציה ולרגולטורים הפועלים בישראל. ראו להלן בה"ש 25.

10 הצעת חוק לעידוד עסקים קטנים, התשע"ב-2012, ה"ח 721 (להלן: הצעת חוק לעידוד עסקים קטנים). ההצעה אושרה בקריאה ראשונה בכנסת ביום 2.7.2013.

11 הצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ב-2012, ה"ח 706.

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

(להלן: חוק הריכוזיות, או החוק),<sup>12</sup> והיא כיום ההגדרה היחידה בחקיקה הישראלית למאסדר.<sup>13</sup> החוק גופו מזכיר את הביטוי מאסדר 31 פעמים אם כי אינו מגדיר את הביטוי המשלים לו – אסדרה – ואינו משתמש בו כלל.

חוק הריכוזיות הוא חוק מורכב ומרכזי ביותר בחיי המשק הישראלי, והוא עתיד לעצב את פניו בשנים העתידות לבוא, ככל שימומש.<sup>14</sup> הגדרת "מאסדר" נזכרת בחוק במסגרת הפרק העוסק בהגברת הפיקוח על הקצאתן של זכויות בתשתיות חיוניות במדינה לגופים פרטיים כדי להבטיח שמירה על תחרותיות וצמצום הריכוזיות. בתוך כך מורה החוק על הליך סדור למתן אישור רגולטורי דוגמת רישיון או זיכיון לגורם פרטי המיועד לפעול בתחום תשתית חיונית כגון מים, אנרגיה, מחצבים, תחבורה ותקשורת. "מאסדר" בהקשר זה הוא כל מי שמוסמך להקצות זכות כזו לגורם פרטי.

בדומה למרבית ההגדרות בחקיקה הישראלית, הגדרת "מאסדר" בחוק הריכוזיות נועדה לשרת בעיקר את מטרת החוק והיא מתאימה להקשר המיוחד שבו היא ניתנה.<sup>15</sup> עם זאת, חשיבות רבה נודעת לצורך באחידות בחקיקה וכן ליצירת הגדרות שיהיו נאמנות ככל הניתן למשמעותן האמתית והמדויקת, שתהיה נכונה אף מחוץ לגדרו של חוק ספציפי, ואולי אף מחוץ לחקיקה בכלל.<sup>16</sup> בייחוד אמורים הדברים בכל הנוגע להגדרה של מונח מתפתח ורלוונטי בחיי המעשה דוגמת רגולציה, המופיע לראשונה בדבר חקיקה.

ספרות הרגולציה אינה אחידה ביחסה לשאלה מהי רגולציה, וחוקרי הדיסציפלינות השונות הציעו לה הגדרות שונות.<sup>17</sup> עם זאת מקום טוב להתחיל בו הוא הצגתם של שלושת המובנים המרכזיים של רגולציה, המכילים זה את זה כמעגלים שונים בגודלם:<sup>18</sup> במעגל הרחב ביותר רגולציה היא כלל האמצעים לשליטה חברתית. מובן זה מציע גישה רחבה ומבוזרת יחסית כלפי שחקנים המשתתפים בפעילות הרגולטורית,<sup>19</sup> כגון ארגונים, אזרחים וזרועות המדינה השונות.<sup>20</sup> במסגרת תפיסה זו גם כלי הרגולציה אינם מוגבלים לסוג מסוים, כגון אלו שמציע המשפט, והם עשויים לכלול את פעילותן של

- 
- 12 חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013.
- 13 הגדרת "מאסדר" בסעיף 2 לחוק הריכוזיות קובעת כי לעניין יצירתו של חוזה מדינה לביצוע פרטי של פעילות בתשתית חיונית, ועדת המכרזים או גורם אחר שהוסמך לערוך הליך מכרזי הם מאסדר.
- 14 כך למשל מצווה חוק הריכוזיות על הפרדה בין תאגידים ראליים ופיננסיים, וכן על צמצום "שכבות" בקבוצת החזקות בעלת מבנה פירמידאלי, שבו קבוצת חברות מחזיקות זו בזו בשרשרת החזקות. ראו פרקים ג, ד לחוק הריכוזיות.
- 15 ראו יניב רוזנאי "כשהחוקק אומר 'דג' – למה הוא מתכוון? על חשיבותן של ההגדרות בחקיקה" **עינים בשפה ובחברה** 5, 106, 108–109 (2012): "לעיתים מופיעות בכל חוק הגדרות אחרות למונח אחד. הגדרה המופיעה בחוק יפה אך ורק לאותו החוק. בחוק מסוים אף יכולה להופיע הגדרה אחרת לאותו מונח בכל סעיף של החוק. כל הגדרה יפה להקשר שבו היא מופיעה, ומונח זהה יכול להתפרש בצורות שונות בדברי חקיקה שונים".
- 16 שם, בעמ' 120.
- 17 ראו על כך אצל David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 3 (David Levi-Faur ed., 2011).
- 18 ראו תרשים והסבר בספר A READER ON REGULATION 3 (Robert Baldwin, Colin Scott and Christopher Hood eds., 1998).
- 19 לגישה זו ראו גם Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, 27 AJLP 1 (2002).
- 20 גישה זו משתקפת בהגדרה שמציע דוד לוי-פאור לרגולציה: "...the ex-ante bureaucratic legalization of prescriptive rules and the monitoring and enforcement of these rules by social, business, and political actors on the other social, business, and political actors." Levi-Faur, לעיל ה"ש 17, בעמ' 6.

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

עמותות פרטיות ואף את אמצעי התקשורת. מובן זה של הרגולציה הוא חובק-כול ונפוץ בשימוש בשפת היום-יום. כוונתו המרכזית היא לשליטה פרטית או ציבורית בפעילותם של גורמים פרטיים, שמטרתה להניע אותם לפעול בדרך מסוימת. לטעמי, מובן זה של רגולציה, אשר זוכה לעתים לכינוי "ממשליות" (governance),<sup>21</sup> רחב מכדי לתפוס ברשתו משמעות של ממש בדבר הפעילות הרגולטורית, והוא אינו מבטא רגולציה מקצועית.

המעגל הפנימי יותר, הכלול בתוכו של המעגל הרחב, מציע הגדרה ממוקדת-מדינה בדבר כל התערבות מדינית הנעשית בכלכלה.<sup>22</sup> במסגרת זו השחקנים הרגולטוריים הם המדינה, על כל זרועותיה – הרשות המבצעת, אך גם זו המחוקקת והשופטת. רגולציה כזו מתנהלת בנוגע לכל פעילות כלכלית במדינה, והיא רותמת כלי מדיניות שונים להשגת מטרותיה, כגון החלטות ממשלה, כמו גם כלים משפטיים מגוונים כגון חוקים, תקנות וכללים, אך גם פסקי דין, וזאת במטרה לעצב את כללי-המשחק לפיהם יפעל השוק. ברגיל משמשים ברגולציה הכלכלית דיני ההגבלים העסקיים (דיני התחרות), מערכת המס, זיכיונות, הגנות ינוקא,<sup>23</sup> מענקים, מכסים וסובסידיות. הגדרה מקצועית זו רווחת למדי בחקר הרגולציה ובהוראתה, אך גם היא אינה מדויקת דייה. מצדה האחד היא חסרה היבטי רגולציה רבים, ומצדה האחר היא כוללת את הרשות המחוקקת ואת הרשות השופטת כרגולטורים – עניין שאינו נכון בעיניי, כפי שיתבהר בהמשך הרשימה.

לבסוף, המובן השלישי והצר ביותר של רגולציה (המעגל הפנימי) עניינו ב"מערכת כללים מחייבים, לה נלווית רשות מפקחת העוסקת בפיקוח על הציות להם ובאכיפתם".<sup>24</sup> הגדרה זו מתייחסת לרובד הביורוקרטי הענף שמקיימות סוכנויות רגולטוריות עצמאיות, בדרך כלל באמצעות נורמות משפטיות מדרג נמוך, כגון כללים, הנחיות, הוראות וכיוצא בזה. לעתים משלב נורמטיבי זה מכונה "רגולציה", כאשר הכוונה היא להוציא מגדרי ההגדרה את החקיקה הראשית.

מטרתה של רשימה זו היא לעמוד על טיבן של ההגדרות שהציע המחוקק הישראלי בדברי החקיקה השונים ולהציע הגדרה מדויקת יותר למונחים "רגולציה" ו"רגולטור" לשימוש בעתיד על ידי המחוקק, אנשי אקדמיה ואנשי המנהל הציבורי, תוך התבססות על ספרות הרגולציה. אפשר שההגדרה המוצעת ברשימה תהיה רלוונטית ושימושית בעתיד הקרוב בייחוד על רקע פעילות ממשלתית קדחתנית הנעשית בעת האחרונה לפיתוח תורת רגולציה בישראל, כחלק מתנאי הצטרפותה של ישראל לארגון ה-OECD.<sup>25</sup> אני סבורה שכלל שיימשך הביזור המושגי בנורמות היוצאות מתחת ידיו

21 שם.

22 לצורך כך ניתן להגדיר כלכלה: ייצור, הפקה, מסחר, הפצה וצריכה של מוצרים ושירותים.

23 הגנות ינוקא הן הקלות רגולטוריות שמעניק הרגולטור באופן זמני לשחקן חדש בשוק כדי לאפשר לו יתרון תחרותי למול השחקנים הגדולים והוותיקים, וכדי לעודד תחרות בענף.

24 כך במקור: "Regulation as specific form of governance: a set of authoritative rules, often accompanied by some administrative agency, for monitoring and enforcing compliance". Baldwin, Scott and Hood, לעיל ה"ש 18.

25 כיום פועל צוות בין-משרדי של משרד האוצר, היועץ המשפטי לממשלה והמועצה הלאומית לכלכלה, ליעול ושיפור הרגולציה הישראלית, כדי לחבר דוח מיוחד בנושא תורת הרגולציה הישראלית, טיוב הרגולציה ותנאי כשירות לרגולטורים. ראו: החלטה 4027 של הממשלה ה-32 "יעול ושיפור הרגולציה הממשלתית" (25.12.2011); החלטה 708 של הממשלה ה-33 "טיוב, תיאום ושיפור

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

של המחוקק, יצא שכרנו בהפסדנו בהבנת המונח "רגולציה" ובחינוך הקהילה המשפטית האקדמית והמקצועית בהקשר זה וכן ביצירת שפה אחידה.

כפי שיתברר מן הרשימה, ההגדרות השונות שהוצעו בהצעות החוק ובחוק הריכוזיות אינן קולעות דיין למהותה המלאה והמדויקת של הרגולציה ולמהות פעילותו של הרגולטור בתוך כך. הדבר אינו מפתיע בהתחשב בבלבול הרב השורר לא רק בפרקטיקה אלא גם באקדמיה באשר למושגים אלה.<sup>26</sup> להלן אסביר במה לדעתי לוקות ההגדרות האמורות ואציע הגדרה מקורית למונח "רגולציה", ובהתאמה למונח "רגולטור", הנגזר ממנה.

## א. טכניקה חקיקתית והגדרת מאסדר

בבואנו לדון במונחים "רגולציה" ו"רגולטור", או "אסדרה" ו"מאסדר", עלינו להבין כי הם קשורים זה בזה קשר בל ינתק. מאסדר הוא מי שעוסק באסדרה. ככל שנשכיל לעמוד על טיבה של האסדרה יאה מצוי בידנו המפתח לאיתור נוח וקל יחסית של המאסדרים. לעתים המחוקק הישראלי מגדיר מאסדר בלבד, כפי שעשה בחוק הריכוזיות, ולעתים הוא מגדיר מאסדר באופן טאוטולוגי כמי שמבצע פעילות אסדרה, כפי שנעשה בתזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי. בחלק ב להלן אבקש להתייחס להגדרות אלה ככל שהן הופיעו בדברי החקיקה השונים ולעמוד על הבעיות הכרוכות בהן. בחלק ג אציע הגדרות מקיפות למונחים "אסדרה" ו"מאסדר". בחלק ד אסכם את הרשימה.

בתזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי מצויה הגדרה למונח "מאסדר", המפנה לרשימת מאסדרים בתוספת לחוק ונתונה לעדכון מעת לעת לפי הצורך.<sup>27</sup> התוספת ממפה ברשימה ארוכה כשלושים רגולטורים בישראל.<sup>28</sup> לפי התזכיר, מאסדר הוא מי שמנוי בתוספת אשר מוענקת לו בדיון "סמכות

הרגולציה הממשלתית" (25.8.2013). בד בבד פועל צוות נוסף בראשות משרד ראש הממשלה ומשרד הכלכלה אשר חיבר דוח להערכת רגולציה קיימת וחדשה באמצעות בחינה של עלות-תועלת. ראו "מדריך ממשלתי לתורת הערכת השפעת רגולציה (RIA – Regulatory Impact Assessment) טיוטה להערות (מרץ 2013) זמין ב- [www.pmo.gov.il/policyplanning/mimshal/Pages/regulation.aspx](http://www.pmo.gov.il/policyplanning/mimshal/Pages/regulation.aspx)

26 כך נפוץ השימוש במונח "רגולציה" בקרב משפטנים המעוניינים לתאר דינים הקיימים בתחום מסוים. למשל המילה "רגולציה" משמשת לא פעם תחליף למילה "הסדרה" או אפילו ל"משפט", באופן כללי. ראו למשל: יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז 253 (התשס"ב). למעשה, כתיבה זו לא עוסקת ברגולציה מקצועית אלא בצורך הכללי בהסדרת נורמות בחקיקה. בהקשר זה חשוב לשים לב כי לא כל התערבות שלטונית, שיפוטית או פרלמנטרית בנושא מסוים היא רגולציה. הסדרה חקיקתית של מעמדם של זוגות חד-מיניים אינה פעילות רגולטורית הנעשית על ידי רגולטורים כלפי מפקחים, ואינה תואמת את ההגדרה המוצעת ברשימה זו. אני מציעה שעל מנת למנוע בלבול לשוני שכזה יתוארו מצבים של התערבות חקיקתית בנושא מסוים באמצעות השימוש במונח "הסדרה משפטית" ולא במונח "רגולציה".

27 על פי התזכיר, הממשלה רשאית לשנות את התוספת בצו. ראו תזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי, לעיל ה"ש 7.

28 אלו הם המועצה לשידורי כבלים ולישדורי לוויין; "הממונה" כהגדרתו בחוק היטלי סחר ואמצעי הגנה, התשנ"א-1991; "הממונה" כהגדרתו בחוק הפיקוח על קופות גמל ולפי חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ייעוץ שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים), התשס"ה-2005; "הממונה" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001; "המפקח" כהגדרתו בחוק הפיקוח על הביטוח; "המפקח" כהגדרתו בחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996; המפקח על הבנקים ונגיד בנק ישראל; רשות החברות הממשלתיות; רשות הספנות והנמלים; מועצת הרשות הממשלתית כמשמעותה בסעיף 124טו לחוק המים, התש"ט-1959; הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו; "מועצה" כהגדרתה בפקודת העיריות (נוסח חדש), התשכ"ד-1964; "מועצה ארצית לתכנון ולבנייה", "ועדה ארצית לתכנון ולבנייה של תשתיות לאומיות" ו"ועדה מחוזית לתכנון ולבנייה" כמשמעותן בסעיפים 2, 6 ו-7 לחוק התכנון והבנייה התשכ"ה-1965; מכון התקנים הישראלי; המפקח על התעבורה; רשות ניירות ערך ויושב-ראש הרשות; שר האוצר; שר התחבורה; שר התקשורת; השר להגנת הסביבה; שר התעשייה המסחר והתעסוקה; שר האנרגיה והמים; שר הבריאות; שר הפנים; השר הממונה על ביצוע חוק הנפט, התשי"ב-1952; השר הממונה על ביצוע חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965;

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

אסדרה" וככל שהוא מפעיל סמכות כזו,<sup>29</sup> וכן מי שיש לו סמכות למתן רישיון או לקביעת מכסות (אף אם אינו מנוי בתוספת). אשר לשרים בממשלה, מציינת התוספת רשימה סגורה של חוקים שבמסגרתם הם מפעילים סמכויות אסדרה אשר בעניין ייחשבו מאסדרים. למשל: שר האנרגיה והמים, לעניין סמכותו לפי חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996 ולפי חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002.

טכניקה זו אינה רצויה בעיניי. בכל הקשור לרשימת המאסדרים בתוספת, ההגדרה טכנית ומגבילה, בזמן שעליה להיות פתוחה, קולטת וגמישה. הגדרה טובה ל"אסדרה", להבדיל מ"מאסדר", תוכל לחסוך את הצורך לפנות לתוספת, אשר ממילא תהיה תלויה בעדכונים עתיים ועלולה לסבול מתחולת חסר על מאסדרים חדשים המוקמים במנהל הציבורי או על מאסדרים קיימים אשר מרחיבים את פעילות האסדרה הקיימת שלהם או משנים את שמם או את המבנה המנהלי של הארגון.<sup>30</sup> מלבד זאת, אף שסגנון חקיקה פורמלי זה מקדם ודאות, לו היה מוחלף בהגדרה מהותית ל"אסדרה" היה מספק כלים טובים יותר למענה לשאלות שיתעוררו בעתיד בנוגע למיהותם ולמהותם של גורמי מנהל שונים.

בשל הסגנון החקיקתי האמור, מופיעים בתוספת המוצעת מאסדרים שספק רב אם הם בכלל מאסדרים (רשות החברות הממשלתיות; מועצת עיר) וכן חסרים בה מאסדרים קלאסיים (מועצת הרשות השנייה; רשות ההגבלים העסקיים; הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן). בנוסף, ההגדרה מערבת רשימה סגורה של מאסדרים עם רשימה פתוחה שלהם (כל מי שמוסמך להעניק רישיון או לקבוע מכסות). טכניקה זו מבלבלת, ועל כן אף היא אינה מוצלחת בעיניי. יש לבחור בטכניקה חקיקתית אחידה בהקשר זה, לכל הפחות.

בנוסף, הגדרות המחוקק הישראלי בחוק הריכוזיות ובתזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי, הנוקבות בבעל סמכות מנהלית ספציפי, כגון ממונה, שר או מי ששר אצל לו סמכות אסדרה, אינן מספקות. אמנם הגדרות אלה מציינות כי רגולטור הוא לרבות שר ומוסיפות על כך רשימה של רגולטורים אחרים, אולם המיקוד ב"שר" מטעה, וממילא כמחציתה של הרשימה המוצעת בתזכיר החוק האמור כדי למנות את הרגולטורים הפועלים בישראל מורכבת משרים המכהנים במשרדי ממשלה.

לבסוף, התוספת מפנה לדברי חקיקה ספציפיים שמכוחם פועלים המאסדרים, בייחוד שרי ממשלה. הפניה זו חוטאת למציאות הרגולטורית שבמסגרתה פעילות רבה נעשית במישורים בלתי פורמליים.

השרים המנויים בסעיף 1 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968; "השרים" כהגדרתם בחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996; "שר" כהגדרתו בפקודת היבוא והיצוא (נוסח חדש), התשל"ט-1979; "שר" כהגדרתו בחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957.

29 להגדרת "אסדרה" בתזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 9.

30 בשנים האחרונות הוקמו בישראל גופי אסדרה חדשים, בהם הרשות למשפט טכנולוגיה ומידע, רשות המים, הוועדה לצמצום הריכוזיות ורשות התאגידים. כמו כן קיימות יוזמות להקמת רשות רכבת, רשות תקשורת, רשות לתכנון בנייה ולפיקוח ורשות מזון. דוגמה קלאסית (אם כי בהקשר שונה לחלוטין) לחקיקה הסובלת מבעיות עדכון לתוספת היא פקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973. ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 76 של הוועדה המיוחדת למאבק בנגע הסמים, הכנסת ה-18 (1.5.2012).

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

כך למשל נהגה רשות ניירות ערך לערוך הסדרי אכיפה עם מפרים של דיני ניירות ערך בשוק ההון המקומי באופן בלתי פורמלי, עד אשר עיגנה את הפרקטיקה בתיקון לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968 ("חוק אכיפה מנהלית"),<sup>31</sup> וכך למשל פרסם המשרד להגנת הסביבה דירוגים כ"רשימות שחורות" של מפעלים מזהמים בישראל, ללא עיגון בחוק, במטרה לבצע אכיפה על דרך של ביוש.<sup>32</sup> פרקטיקה זו של רגולציה בלתי פורמלית נפוצה ביותר בקרב מאסדרים בישראל.<sup>33</sup> לפיכך על ההגדרה למונח "אסדרה" להיות רחבה יותר ולכלול הן את הפעילות האסדרתית הפורמלית והן את הפעילות האסדרתית הבלתי פורמלית, על מנת שלא יוותר מפוקח או אזרח ללא סעד במקרים המתאימים וכן כדי להחיל בעתיד על המאסדר חובות מהות ופרוצדורה באופן מלא ומקיף.

לדעתי אין כל צורך להגדיר מאסדר באופן מיוחד ונפרד השונה מהותית מהגדרת אסדרה שכן מאסדר הוא מי שמבצע פעילות אסדרה. ההגדרה המוצעת ברשימה כוללת בתוכה התייחסות מסוימת לשאלה מיהו רגולטור, ומכריעה שעליו להיות "גוף מנהלי ברשות המבצעת במדינה" המבצע פעילות אסדרה. זהות הגוף המאסדר כגורם מנהלי ולא כגורם פרטי, גורם שיפוטי או גורם חקיקתי היא תנאי סף חשוב לתחולת הגדרת "מאסדר", הנידון בחלק ג להלן,<sup>34</sup> אך באופן כללי יש לגזור את הסיווג בעיקר על פי מהות הפעולה האסדרתית, שבה מתמקדת ההגדרה המוצעת.

## ב. הגדרות למונח "אסדרה" בחקיקה הישראלית וביקורת עליהן

ראשית אפתח בביקורת המתמקדת בכך שהגדרות המחוקק עוסקות בהיבטים צרים ומסוימים של סגנון רגולטורי משפטי פורמלי המכונה בספרות הרגולציה "ציווי ושליטה" (command and control).<sup>35</sup> מתכונת רגולציה קלאסית זו כוללת את העיצוב ואת הפרסום של נורמות משפטיות כופות בידי המאסדר, בדמותם של חוקים, תקנות או כללים, המהווים הכוונה התנהגותית ישירה של מפוקחים, וכן את אכיפתן של הנורמות באמצעות הפעלת סנקציות הלקוחות מתחום המשפט המנהלי או הפלילי. שיטה זו משמשת בעיקר במצבים שבהם נדרשת הכרעה ערכית ברורה ומידית של המדינה כלפי התנהגותם של גופים פרטיים, והיא נפוצה ביותר. כך למשל מוטל איסור על מעסיקים להלין שכר לעובדים, איסור על מפעלים להחזיק חומרים מסוכנים ללא היתר מתאים ומוטלת החובה

31 ראו חוק לייעול הליכי אכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א–2011. ראו על כך אצל שרון ידן "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל" עיוני משפט לה 447 (2012) (להלן: ידן, "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים"), וכן שרון ידן "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" (עתידי להתפרסם בספר רגולציות בסדרת הספרים 'משפט חברה ותרבות' של הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב).

32 ראו דירוג הציות הסביבתי של חברות ציבוריות שפרסם המשרד להגנת הסביבה ביום 3.6.2013 באתר המשרד: [www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Pages/2013/June2013/EnvironmentalCompliance2013.aspx](http://www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Pages/2013/June2013/EnvironmentalCompliance2013.aspx). דירוג כזה הוא רגולציה המשתמשת בטכניקה של ביוש (הוקעה) והוקרה, שבמסגרתה מפרסם הרגולטור מידע מחמיא או מבייש על חברות באשר למידת ההיענות שלהן לרגולציה, על מנת לתמרץ אותן לציית.

33 לדוגמאות לרגולציה בלתי פורמלית מתחום אסדרת התקשורת ראו למשל שרון ידן "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" (עתידי להתפרסם בדין ודברים ח2, תשע"ד).

34 ראו הדיון בסעיפים 2ג, 3ג להלן.

35 לתיאור סגנון זה ראו UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE 106–107 (Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge ed., 2012).

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

על יצרני מזון לשמור על בטיחות המזון לצרכנים. נורמות של ציווי ושליטה מתאפיינות גם בתחולה רחבה, כלל-סקטוריאלית, שאיננה נוהגת להבחין בין גופים מפוקחים באופן פרטני.

ואולם, ציווי ושליטה מהווים כיום רק אסטרטגיה אחת מתוך רשימה עשירה של אסטרטגיות וכלים רגולטוריים. בתוך כך כלולים רגולציה עצמית; רגולציה הסכמית; רגולציה של גילוי; רגולציה וולונטרית ועוד.<sup>36</sup> שיטות אלו מבקשות לבצע בשווקים "שליטה ללא ציווי", כלומר בלא שימוש באופיו הכופה של המשפט בהכרח. בדרך זו מתבצעת מעין דחיפה (nudge) של המפוקח אל עבר צורת התנהגות הנתפסת רצויה בעיני המדינה, וההחלטה הסופית כיצד לנהוג במקרה מסוים נותרת בידי של המפוקח.<sup>37</sup> כך למשל המדינה עשויה לקבוע כי על חברת מזון לגלות לצרכנים על גבי מוצריה כי הם מכילים שומן טרנס, ולאפשר לצרכנים להחליט בדבר הכדאיות הבריאותית ברכישה, תוך יצירת תמריצים לחברות לשנות התנהגות (להבדיל מן האיסור הישיר על ייצור מוצרי מזון המכילים שומן טרנס). אסטרטגיות המאפשרות שליטה ללא ציווי מצויות בשימוש כאשר המדינה אינה מחזיקה בעמדה ערכית חזקה בנוגע להתנהגות מסוימת בשוק, שאותה אין היא מעוניינת לאסור לחלוטין או לכפות על הגופים הפועלים במסגרתו, ועל כן אין הכרח להשתמש בציווי המשפטי דווקא. לדוגמה, בתחום הבטיחות והבריאות מקובל השימוש במערכי ציווי ושליטה כדי למנוע פגיעה בחיי אדם. לעומת זאת בתחום אסדרת התקשורת מקובלים בשימוש כלים רכים יותר לקידום ערכים כגון תחרות, חופש ביטוי, הגנה על תרבות והגנת הצרכן.

יתרה מכך, כפי שצוין קודם לכן, חלק ניכר של הרגולציה אינו נסמך כלל על מערכת נורמטיבית פורמלית, והוא מתבטא בהבנות, במשא ומתן, בהסכמות ובשיחות הנערכים תדיר בין רגולטורים לבין מפוקחים.<sup>38</sup> חלק אחר של רגולציה המתבצע במתכונת של שליטה ללא ציווי נסמך על תכניות וולונטריות לתיוג אתי. אלה מאפשרות למפוקח להצטרף להסדר שבמסגרתו יסכים לציית ציות יתר ברמה שהיא מעבר לזו הנדרשת ממנו בדיון, כגון הפחתה יתרה של פליטת מזהמים לאוויר. בתמורה לכך זוכה המפוקח לגמול כגון מונוטין ציבורי חיובי עם קבלת "תו אתי" או להיכלל ברשימה רגולטורית של תאגידים "ירוקים" מצטיינים.

לפיכך בהגדרות לאסדרה כגון "סמכות לקביעת כללים", "סמכות לקביעה של אגרה, מחיר" או "מערכת של תקנות או כללים", לשון ההגדרות מבטאת תחולה צרה מדי של פעילות הרגולציה, משום שהיא מתרכזת בעיקר בנורמה המסמיכה ובהפעלתה בדרך של ציווי ושליטה.<sup>39</sup> מכאן שהגדרה לרגולציה צריכה לכלול לא רק את הצבתם של כללים אוסרים או מחייבים פעילות מצדו של המפוקח

36 ראו Baldwin, Cave and Lodge, שם, בעמ' 194–195 וכן שרון ידין **חוזים רגולטוריים** (חיבור לקראת קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2013).

37 ראו באופן כללי CASS SUNSTEIN AND RICHARD THALER, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (2008).

38 ראו ידין, "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים", לעיל ה"ש 31.

39 גם אם רבות ממתכונות הרגולציה המתקדמות מעוגנות בנורמה משפטית פורמלית. כך למשל חובות גילוי עשויות להיות מעוגנות בחוק דוגמת חוק ניירות ערך, אך הן אינן מסמנות שימוש בטכניקה רגולטורית של ציווי ושליטה אלא בטכניקה רגולטורית של גילוי.



**מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית**

אלא גם את עיצובן של נורמות המציעות למפוקח דרכי התנהגות מומלצות, כגון תכניות וולונטריות והסדרי רגולציה בהסכמה (אף אם אלה כפופים להסדרי פיקוח ואכיפה במקרה של הפרה).

בנוסף, הגדרת המחוקק המוצעת בתזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי עוסקת בכלים שוקיים ספציפיים שנועדו להטיל מגבלות כלכליות על תאגידי דוגמת מונופולים, כגון מחירי מקסימום; תנאי סף לכניסה לשוק, כגון תשלום ערבות, דמי זיכיון או תשלומים אחרים; והצבתן של מערכות רישוי לשם כך, הדורשות מן המפוקח להשיג אישורים רגולטוריים מוקדמים לפעילותו בשוק, כגון רישיון או היתר. בחוק הריכוזיות נידונה אף "הקצאת זכות" למפוקח כלכלי אסדרתי, דוגמת זכות המפוקח לפעול כמונופול בהפעלת שירות מסוים או באספקת מוצר, כגון בהקצאת קו תעופה או תחבורה, או בהענקת זכות לחפש נפט או גז בטריטוריה גאוגרפית מסוימת.<sup>40</sup> ברור מן ההסבר הקצר שניתן לעיל בנוגע למגוון שיטות הרגולציה המשמשות כיום, שמתכונות רגולטוריות אלו לפעולה, אף אם נאחד אותן לרשימה אחת, הן חלקיות בלבד. אף שהן מתייחסות להיבטים שונים של רגולציה כלכלית בעיקרה, הן נקודתיות וסגורות מדי. כל דבר חקיקה ממוקד במכשירים ספציפיים מאוד, ועל כן מתאר תמונת מצב חלקית למדי.

**ג. אסדרה (ומאסדר): הצעה להגדרה**

בהמשך לביקורות שהוצגו להלן, ברצוני להציע הגדרה כוללת ומלאה למונח "אסדרה", ובהתאמה – למונח "מאסדר". ההגדרה מתבססת ונבנית, בין היתר, על המעגל הפנימי הנזכר בספרות הרגולציה, ומוסיפה לו נדבכים תוך התאמה לסביבת הרגולציה הישראלית והפרדת הבר מן התבן.

**רגולציה (אסדרה): פעילות שיטתית הנעשית בידי גוף מנהלי ברשות המבצעת של המדינה, העוסק בגיבוש ובהוצאה לפועל של מדיניות להכוונת שווקים המקדמת אינטרס ציבורי, חברתי או כלכלי, כלפי גופים הפועלים בשוק או בסקטור מסוים, באמצעות נורמות משפטיות כופות או וולונטריות, לצד הפעלתם של מערכי פיקוח לציות ויישומם של מנגנוני אכיפה.**

בהתאמה, הרגולטור הוא מי שעיסוקו ברגולציה. קרי, רשות מנהלית העוסקת בגיבוש ובהוצאה לפועל של מדיניות להכוונת שווקים, המקדמת אינטרס ציבורי, חברתי או כלכלי, כלפי גופים הפועלים בשוק או בסקטור מסוים, באמצעות נורמות משפטיות כופות או וולונטריות, לצד הפעלתם של מערכי פיקוח לציות ויישומם של מנגנוני אכיפה. להלן יפורטו מרכיבי ההגדרה השונים.

40 ראו לעיל דיון בנושא הקצאת זכות בתשתית חיונית לפי חוק הריכוזיות, במבוא.

## 1. פעילות שיטתית

ההגדרה מתייחסת לאסדרה כאל פעילות המתבצעת באופן סדור ליישום מדיניות שיטתית שהיא תוצאה של עבודת מטה מסוימת שנעשתה אצל המאסדר. הכוונה בכך היא לא להחלטה או לפעולה אקראית שהשפיעה על השוק אלא לאופן פעילות מכוון ומתוכנן שנועד להשפיע בדרכים ספציפיות על פעילות השוק. כמו כן אין מדובר באקט שהוא חד-פעמי אלא במתכונת פעולה שנלווים לה מעקב, ניטור ופיקוח, ואף מתווים שונים לאכיפה. לפיכך, הרגולציה מאופיינת כמערכת יחסים מתמשכת, הדדית בדרך כלל, אשר דורשת הכרת השוק והשחקנים הפועלים בו, תכנון ההכוונה שלו וליווי פעילותו אף לאחר יצירת הנורמות המסדירות.

## 2. גוף מנהלי

לפי ההגדרה המוצעת, המונח "רגולציה" מתייחס בעיקר לפעילות של גוף מנהלי המוסיף לרשות המבצעת של המדינה והמוסמך לפעול בדיון, ולפיכך הוא "רשות מנהלית".<sup>41</sup> גוף זה עשוי להיות משרד ממשלתי, אגף במשרד ממשלתי, רשות, ועדה, מועצה, שר, מפקח, ממונה וכיוצא באלו. יושם אל לב בהקשר זה כי המתכונת המוסדית הישראלית למבנה הרגולטורים גמישה ומגוונת מן המתכונת האמריקאית למשל, המעדיפה רשויות מפקחות פדרליות עצמאיות.<sup>42</sup>

הגוף המנהלי שיוגדר כמאסדר משתייך במשפט החוקתי לרשות המבצעת. בכך מבקשת ההגדרה לשלול תחולה של פעילות האסדרה על הרשות המחוקקת או על הרשות השופטת. רשויות אלה אינן עוסקות במלאכת הרגולציה. טעות נפוצה היא לכנות את ההלכות היוצאות מתחת ידי בתי המשפט – "רגולציה". הגם שבכוחן של החלטות אלה להשפיע על פעילות המשק ולכוון אותה, זו אינה מטרתן העיקרית – שהיא פתרון סכסוכים ופרשנות נורמות משפטיות – ולפיכך גם אינה מלווה בפיקוח או באכיפה. ממילא היא אינה נעשית במתכונת סדורה ושיטתית להכוונת הפעילות הפרטית. גם הרשות המחוקקת אינה רגולטור, שהרי אינה מלווה את המפוקחים לאחר הסדרת הנורמות. חקיקה ראשית היא בהחלט נורמה רגולטורית ממעלה ראשונה, אלא שהגורם המוסמך לחוקק אותה איננו רגולטור. הרשויות המנהליות שיישמו חקיקה זו הן הרגולטור בהקשר זה.

41 להגדרת רשות מנהלית ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית פרק 12 (תשנ"ו).

42 ראו למשל זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 125-132.

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

## 3. עיסוק במדיניות להכוונת שווקים

אשר לביטוי "לפי דין" או לפי "סמכות", החוזר בהגדרות המחוקק,<sup>43</sup> הרי שנראה לי שהוא נכון ברמה העקרונית, אלא שכדאי גם להכיר במגבלותיו. היתלות בסמכות הפורמלית של גוף מנהלי לאסדר, וככל הנראה הכוונה היא להסמכה במסגרת חקיקה ראשית או משנית, עלולה להחמיץ רגולציה המתבצעת בפרקטיקה על ידי רגולטורים בדרך בלתי פורמלית כאמור לעיל.<sup>44</sup> כאשר המטרה החקיקתית היא לחייב רגולטורים לנורמות מנהליות מסוימות למשל, הרי שהחלתן על רגולטורים מוסמכים בלבד עלולה להחטיא את אותה פעילות רגולטורית חשובה הנעשית אד הוק לפי צרכי השוק. בעניין זה המחוקק אינו מבהיר אם הכוונה היא לרגולטור שיהיה מוסמך לאסדר באופן כללי, על דרך של הוראת הסמכה רחבה, או שמא הרגולטור צריך להיות מוסמך באופן ספציפי לאסדר תחום מסוים באמצעות כלי רגולטורי ספציפי. אם הדרישה להסמכה היא נקודתית ולא רחבה, היא עלולה להחמיץ תחומי רגולציה נרחבים הנעשים באופן בלתי פורמלי, כגון ניהול משא ומתן רגולטורי לקראת הסכמה לציות עם מפוקחים מפרים, פרסום רשימות "מפעלים ירוקים" מטעם הרגולטור הסביבתי, הכנת קוד אתי לציות המפוקחים והישענות על מתכונות רגולציה עצמית של התעשייה, כגון אימוץ קוד לממשל תאגידי. הדברים נכונים בין שנצדד בעמדה כי כלל פעולות הרגולציה הבלתי פורמליות נעשות במסגרת סמכות עזר או סמכות משתמעת, ובין שנצדד בעמדה השוללת קריאה נרחבת כזו של סמכות. מוצע אפוא להתייחס במסגרת ההגדרה, מטעמי זהירות, גם לרגולטור שאינו מוסמך לאסדר בדיון אך מבצע פעילות רגולטורית הלכה למעשה. על כן נבחר הביטוי "עיסוק" ולא "עיסוק לפי דין". הנפקות לכך היא שעל גוף זה יוטלו חובות נורמטיביות מסוימות, כמוסבר בפתח הרשימה, והוא לא יצא ידי חובה במקרים שבהם הוא אינו מחזיק בסמכות מפורשת לאסדר.

## 4. שלושת שלבי הרגולציה

גוף רגולטורי צריך להיות מוסמך לבצע (או שהוא מבצע הלכה למעשה) שלוש פעולות מרכזיות מינימליות כדי להיחשב רגולטור.<sup>45</sup> הכוונה בביטוי מינימליות היא שהרגולטור יכול שיהיה מוסמך

43 כאמור בחוק הריכוזיות, בהצעת חוק לעידוד עסקים קטנים ובתזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי.

44 ראו לעיל ה"ש 38 והטקסט הצמוד לה.

45 להתייחסות לשלבי הרגולציה השונים ראו למשל בהגדרה המוצעת: "Deliberate attempts by the state to influence socially" *valuable behavior which may have adverse side-effects by establishing, monitoring and enforcing legal rules* אצל BRONWEN MORGAN AND KAREN YEUNG, AN INTRODUCTION TO LAW AND REGULATION 3 (2007). ראו גם תפיסה כללית יותר שמציע יצחק זמיר בדבר שני שלבים המתקיימים בהליך הרגולטורי: "הפיקוח הציבורי על פעילות פרטית (הקרוי באנגלית regulation) הינו אחד התפקידים העיקריים של כל מדינה. הוא מורכב משני חלקים: ראשית, הסדרה של פעילות פרטית בתחומים שונים באמצעות כללים הנקבעים בחוק, בתקנות ובהוראות מנהלי; שנית, אכיפת הכללים באמצעות מנגנונים שונים, חלקם מנגנונים המשמשים לאכיפת החוק בדרך-כלל, בעיקר המערכת לאכיפת החוק הפלילי, וחלקם מנגנונים מיוחדים שהוקמו והוסמכו לצורך אכיפה של כללי הפיקוח". ראו זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 67. ראו לעומת זאת את הגדרתו הקלאסית של סלזניק (Selznick), העוסקת בשליטה הנעשית לאו דווקא באמצעות התבססות על ציווי: "Sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by the community." Philip Selznick, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES 363, 363 (Roger Noll ed., 1985). ברור בהקשר זה שיתכן גם רגולטור שאינו מבצע הלכה למעשה את שלוש הפונקציות, למשל שהוא מסדיר ומפקח, אך לא אוסף.

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

לבצע גם פעולות ביצועיות או מעין-שיפוטיות, המתווספות לעיסוקו הרגולטורי, ואין בכך כדי לגרוע מהגדרתו כרגולטור. כך למשל המשרד להגנת הסביבה רוכש ספינות לטיפול בזיהומים בים וגם מפקח על זיהומי אוויר שגורמים מפעלים תעשייתיים. כלומר ההגדרה המוצעת למאסדר ברשימה זו אינה טהרנית.<sup>46</sup> אינדיקטורים אלו יסייעו לבתי המשפט, לגופים מנהליים, ואף לגופים מפקחים, להבחין בין מאסדר ובין גורם מנהלי שאינו מאסדר, ובין פעולות ביצועיות או אחרות לבין פעולות אסדרתיות, שעליהן חלה מערכת נורמטיבית שונה. אמנם הסתמכות על הגדרה פתוחה שכזו מפחיתה מן הוודאות המשפטית הנתונה לצדדים, אך היא מקדמת הבנה וניתוח נכונים יותר של טיב הפעילות המנהלית המודרנית המתבצעת כיום. פעילות זו מורכבת וסבוכה, ולפיכך לא ניתן לסווגה באמצעות טיפולוגיה גסה, כגון באמצעות רשימת רגולטורים בתוספת לחוק.

בהקשר זה יוער כי הגדרות המחוקק מתייחסות רק לאחת מתוך שלוש הפעולות הרגולטוריות – הסדרה ("מערכת של תקנות או כללים"; "סמכות לקביעת כללים") – ומחמיצות שני היבטים חשובים ומרכזיים בפעילות הרגולציה – הפיקוח והאכיפה. רגולטור מוסמך לבצע, או מבצע, שלוש פעולות מרכזיות. ראשית, הסדרה – יצירה ופרסום של נורמות משפטיות ברמה של חקיקה שלישונית, כגון כללים, הנחיות והוראות או של חקיקת משנה בדמות תקנות (כאשר הרגולטור הוא משרד ממשלתי).<sup>47</sup> בכלל זה כלולות הן הוראות מנהל, כמשמעותן בחוק הפרשנות (כלומר שאינן בנות פועל תחיקתי) והן תקנות בנות פועל תחיקתי, כהגדרתן בחוק הפרשנות.<sup>48</sup> שנית, פיקוח – הפעלת מערך בקרה במטרה לוודא שהמפוקחים מציינים לנורמות הרגולטוריות המסדירות, וכן לצורך מניעה ואיתור של הפרות, למשל באמצעות פקחים, מנגנוני דיווח וגילוי או מערכי תלונות צרכנים. ושלישית, אכיפה – אכיפת הנורמות על ידי הרגולטורים במקרים של הפרות, באמצעות כלי האכיפה הפלילית (דוגמת הטלת קנסות פליליים או הגשת כתבי אישום נגד התאגיד או נושאי משרה בו), האכיפה המנהלית (כגון הטלת עיצום כספי או שלילת רישיון התאגיד או נושא משרה בו) או פתרונות הסכמיים (כגון צו מוסכם בהגבלים עסקיים)<sup>49</sup> ואחרים (כגון חינוך או ביוש (shaming)).<sup>50</sup>

באשר לרובד השלישי, יש לציין כי ספרות האכיפה מבחינה בין גישת הענישה ובין גישת הציות. לעומת גישת הענישה, המתבססת על כלים "קשים" שמטרתם הן להעניש בגין הפרה שבוצעה והן

46 אין בכך כדי לשלול את סיווגו כרגולטור ככל שהוא מוסמך לאכוף אך אינו עושה כן – עניין אשר כשלעצמו עשוי להצביע על כישלון רגולטורי או דווקא על הצלחה רגולטורית (שכן אינו נדרש לאכיפה).

47 השוו למשל להגדרה אצל אורי ארבל-גנז **רגולציה – הרשות המפקחת** 37, 58 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

48 להגדרה המתמקדת בנורמה המשפטית המעוצבת בידי הרגולטור (בשלב ההסדרה) ראו דוד לוי-פאור, נועם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" **אחריות המדינה, גבולות ההפרטה וסוגיית הרגולציה: מחקרים ומסמך מדיניות** (יצחק גלנור ואמיר פז-פוקס עורכים, מכון ון-ליר בירושלים, צפוי להתפרסם ב-2014, <http://hazan.kibbutz.org.il/hafrata/rgoltzia> - [9\\_5\\_12.doc](http://9_5_12.doc)); "כינון, הגבלה או הכוונה של פעילות באמצעות קביעת סטנדרטים, ניטור ואכיפה על ידי גופים מנהליים באמצעות חקיקה בינלאומית (סטנדרטים, הסכמים בינלאומיים), חקיקה משנית (דרך תקנות בירוקרטיות) או חקיקה שלישונית (נהלים והנחיות מנהליות)".

48 ראו סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981: "הוראת מינהל – הוראה או מינוי – לרבות הודעה, מודעה, רשיון, היתר וכיוצא באלה – שניתנו בכתב מכוח חוק ואינם בני-פעל תחיקתי"; "תקנה – הוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי".

49 מעוגן בסעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

50 ראו לעיל ה"ש 32.

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

להרתיע,<sup>51</sup> גישת הציות רותמת כלים "רכים" יותר על מנת לעודד את המפוקחים לציית לכללים, באופן פתוח וגמיש, כגון בעזרת משא ומתן, חינוך והסכמות.<sup>52</sup> גישתם של איירס ובריית'ווייט ( Ayres & Braithwaite ) ל"רגולציה תגובתית" משלבת למעשה בין גישת ההרתעה לבין גישת הציות.<sup>53</sup> היא דוגלת בכך שרגולטורים יוסמכו לאיים על המפוקח בכלי אכיפת כופה שיפעל כתמריץ כלפי המפוקח לציית רוב הזמן באופן הסכמי. כלי אכיפה רכים או קשים יופעלו כתגובה להתנהגות המפוקח, כאשר ההעדפה היא לפעולה הסכמית. באשר לענייננו, הגדרת האסדרה, שאלה פתוחה נותרת אם במסגרת זו יש לדרוש קיומה של סמכות אכיפתית כופה שתעמוד לרשותו של המאסדר או שניתן להסתפק אף בפחות מכך, בהשראת גישת הציות. נוסח ההגדרה שהוצע ברשימה מאפשר לקלוט את שתי הפרשנויות האמורות. כמו כן, למען הסר ספק, מוכנה אני לקבל לתוך הגדרת הרגולטור גם את מי שמוסמך לבצע פעולת פיקוח או אכיפה, אך בפועל, מסיבות שונות, כגון היעדר תקציבים או החלטה אסטרטגית שלא לפקח או לאכוף, אינו מבצע זאת, אם על דרך כלל ואם באורח ארעי או נקודתי בנושא מסוים המצוי באחריותו.

## 5. הגורם המפוקח

הגדרות המחוקק בתזכיר חוק לשינוי חברתי כלכלי ובהצעת חוק לעידוד עסקים קטנים עוסקות בעקיפין בשאלה מיהו מפוקח ומגדירות אותו, בהתאמה: "שוק או ציבור מסוים" שאליו מופנים הכללים המסדירים את "המשק בתחום מסוים". בהקשר זה חשוב להסביר שהשחקנים המפוקחים במסגרת הרגולציה הם בעיקר תאגידים, חברות ועסקים, ולא יחידים, שבדרך כלל לא מקובל לראות בהם סובייקט לרגולציה מקצועית ומתמשכת. כמו כן ספק גדול אם גופים מדינתיים כגון חברות ממשלתיות הם סובייקט לרגולציה, כפי שהציע המחוקק בתזכיר החוק,<sup>54</sup> שהרי אסדרה מתייחסת בדרך כלל לפיקוח מדינתי על גופים פרטיים ולא לפיקוח פנים-מדינתי; ספק גם אם הטלת אגרה עירונית על הפרט צריכה להיכלל בגדר רגולציה.<sup>55</sup>

51 ראו KEITH HAWKINS, ENVIRONMENT AND ENFORCEMENT: REGULATION AND THE SOCIAL DEFINITION OF POLLUTION (1984).

52 ראו A.J. Reiss, *Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life*, in ENFORCING REGULATION (Keith Hawkins and John Thomas, ed., 1984); EUGENE BARDACH AND ROBERT A. KAGAN, GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS (2<sup>nd</sup> ed., 2002); John Braithwaite, John Walker and Peter Grabosky, *An Enforcement Taxonomy of Regulatory Agencies*, 9 LAW & POLICY 323, 324 (1987).

53 ראו IAN AYRES AND JOHN BRAITHWAITE, RESPONSIVE REGULATION – TRANSCENDING THE DEREGULATION DEBATE (1992).

54 ראו בתזכיר החוק, לעיל ה"ש 7, שם מנויה בתוספת רשות החברות הממשלתיות כרגולטור.

55 שם, סעיף 12 לתוספת לתזכיר החוק, המפנה למועצת ערייה לעניין סמכויותיה לקבוע בחוקי עזר תשלום אגרות, היטלים או דמי השתתפות על כל אדם, מכוח סעיף 251 לפקודת העיריות (נוסח חדש).

## מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית

## 6. אינטרס ציבורי

לבסוף, ההגדרה המוצעת לעיל לרגולציה מתייחסת למטרות חברתיות או כלכליות שבבסיס ההתערבות הרגולטורית. עניין זה שאוב מהחלוקה המקובלת בספרות בין הצדקות כלכליות לרגולציה, המבוססות על כשלי שוק,<sup>56</sup> ובין הצדקות חברתיות לרגולציה, המבוססות על ערכים ועל זכויות.<sup>57</sup> עם זאת, פעמים רבות רגולציה עשויה לגלם הצדקות כלכליות וחברתיות גם יחד, או שניתן להתייחס לכלל ההצדקות ככלכליות, בסופו של דבר, ועל כן הגבולות בין שתי הקבוצות אינם כה חד-משמעיים.<sup>58</sup>

## ד. סיכום

רשימה זו הציעה הגדרה מודרנית, ומקיפה מבחינה נורמטיבית, לפעילות הרגולטורית המתבצעת במדינה. פרספקטיבה ראליסטית של המתרחש בזירה הרגולטורית הלכה למעשה מגלה כי רגולציה איננה מתבצעת רק מתוך המשפט הפורמלי. רגולציה זו הינה בעלת חיות ודינמיות, ובמידה רבה משקפת כבבואת מראה את המשק הישראלי התזזיתי. פיתוחים טכנולוגיים, תגליות אנרגיה, שימוש במכשירים פיננסיים מתקדמים, חידושים מדעיים ותחזיות לאסונות – כל אלו מצריכים רגולציה גמישה ורגולטור גמיש שיפתח אותה, על כן נדרשת הגדרה גמישה למוסדות מרכזיים וחשובים אלה. רגולציה איננה מסתכמת עוד בציווי ובשליטה המסורתיים אשר אבן הראשה להם היא השימוש בכוח הכופה של המשפט. הרגולציה נהנית ממגוון עשיר של כלים ואסטרטגיות, כגון רגולציה הסכמית, רגולציה עצמית, רגולציה של גילוי ורגולציה וולונטרית. מכשירים אלה מאפשרים שליטה והכוונה של המשק, ובתוך כך של הגופים הפרטיים הפועלים בו ללא ציווי דווקא. הם נשענים במידה לא מועטה על משאבי השוק עצמו ועל מידת נכונותו הוולונטרית לסור למשטר של פיקוח. ההגדרה לאסדרה המוצעת ברשימה זו מבקשת אפוא לקדם את השיח המקצועי, האקדמי והממשלתי לשם פיתוח תורת רגולציה בישראל.

56 כשלי השוק המרכזיים המצדיקים התערבות רגולטוריות הם אלה: מונופולים וריכוזיות, מתוך חשש להיעדר תחרות ועליית מחירים; מתת שמם – תגליות או רווחים לא צפויים לחברה מסחרית; החצנות שליליות – כאשר המחיר אינו משקף את העלויות האמתיות לחברה (society); אסימטריה במידע בין יצרנים לצרכנים; כשל באספקה רציפה או פריסה רחבה של מוצר או שירות; תמחור טורפני של מוצרים או שירותים; מוצרים ציבוריים שאין כדאיות לספקם; כוח מיקוח אסימטרי בין קבוצות; משאבים במחסור שיש לתאם את חלוקתם ולהקציב אותם לאוכלוסייה; בעיות תיאום בין יצרנים שונים; קוצר רואי – קושי של היצרנים והספקים לתכנן לעתיד הדורות הבאים. ראו על כך אצל Baldwin, Cave and Lodge, לעיל ה"ש 35, בעמ' 15–23.

57 מדובר בחוקים ובכללים פטרנליסטיים העוסקים בדרך כלל בהגנת הצרכן או בקידום מטרה חברתית. רגולציה הנובעת מהצדקה חברתית מאופיינת בהגנה על זכויות ואינטרסים של קבוצות אוכלוסייה חלשות, הנעשית לעתים קרובות ללא הצדקה כלכלית ואף בניגוד להיגיון כלכלי. היא נפוצה בתחומים של רווחה חברתית, עבודה, מזון, בריאות ובטיחות, והיא בדרך כלל מקדמת ערכים חוקתיים כמו צדק חלוקתי, שוויון ושמירה על כבוד האדם וחירותו. ראו למשל שם, בעמ' 22–23; MORGAN AND YEUNG, לעיל ה"ש 45, בעמ' 26–36; דפנה ברק-ארז **אזרח נתין צרכן** 25–26 (2012). דוגמאות לרגולציה חברתית מצויות בתחומים רבים. כך למשל בשוק התקשורת קובע חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן–1990, שבמילוי תפקידה תפעל הרשות לקידום היצירה העברית הישראלית ולטיפוח אזרחות טובה וחיזוק ערכי הדמוקרטיה וההומניזם. בתחום הסביבה מציין חוק אוויר נקי, התשס"ח–2008 שמטרתו היא לשפר את איכות האוויר לשם הגנה על איכות חיי אדם ולהגנה על הסביבה, למען הציבור ולמען הדורות הבאים.

58 כך למשל רגולציה סביבתית המוטלת על מפעלים מקדמת ערך חברתי של שמירה על הסביבה, אך היא גם "כלכלית", במובן זה שהיא חוסכת עלויות ומונעת החצנות שליליות הכרוכות בטיפול בנזקים התוצאתיים הנגרמים לסביבה ולבני אדם מפעילות מזהמת.