

Jerusalem Papers in Regulation & Governance

Working Paper No. 10
June 2010

State Enforcement and Voluntary Codes in Social Responsibility Areas: Integrated Tools for the Strengthening of Enforcement

Michael Atlan

10 Hacarmel St.
Ganey Tikvah 55900
Tel: 050-6240068
Email: Michael.atlan@moital.gov.il

Gali Glazer

24A shlomo hamelech st. ap. 3
Tel Aviv
Tel.: 0524412927
Email: glazer_gali@hotmail.com

הפורום הירושלמי Jerusalem Forum
לדגולציה וממשליות on Regulation & Governance
האוניברסיטה העברית The Hebrew University
הר הצופים Mount Scopus
ירושלים, 91905 Jerusalem, 91905, Israel
regulation@mscc.huji.ac.il :Email
http://regulation.huji.ac.il

State Enforcement and Voluntary Codes in Social Responsibility Areas: Integrated Tools for the Strengthening of Enforcement

Abstract: This article is written from the standpoint of an embarrassed governmental regulator. This is due to being often caught into a crossfire: on one end, those he inspects and their representative organizations attack him for what they perceive as abusive interference, unreceptiveness, lack of touch with reality, arbitrariness, bureaucratic bias and, sometimes, things come to hostility toward governmental regulation altogether; on the other end, he is attacked by social NGO's and the media for what these perceive as impotence, and they sometimes either make blunt accusations of corruption or more polite hints about dark links between capital and power. Aside from this, private and voluntary regulatory initiatives are emerging all around in various forms: firms develop internal codes, businesses adopt voluntary standards, some of which bear tangible costs for certification, and social organizations more and more create voluntary codes and monitor their application.

Apparently, the term "voluntary regulation" is contradictory. Assuming firms are led by interests whereas profit is predominant, it is not clear what we can expect from voluntary regulation. This is why many governmental agencies as well as social NGO's tend to be suspicious towards such regulatory efforts. The common Israeli governmental regulator fortifies itself behind his doubts and continues to claim that his weakness is only due to lack of resources. He is tempted to believe that if only he was provided with such resources, everything would be well. But the truth is that his embarrassment grows further since he knows that this will not happen in the foreseeable future, that it very much can be that bureaucratic impediments make it difficult for him to react expeditiously to developments, and he is bound to adversity towards the mere appearance of what threatens to become an alternative to his activity. As if he is being told he is not needed anymore.

In our article we argue that in the field of social responsibility one should not decide for either one of the alternative regulatory systems, since we can foresee a solution based on combination and completion of both, acting together, in conditions we are able to define. In order to get to such combination we need to outline the advantages

Jerusalem Papers in Regulation & Governance

and inconvenient of both the classical regulation and the voluntary one. We will look into economic considerations, public legitimacy factors, efficiency and globalization. The better we understand when one system is efficient or deficient, when it fills a lacunae in the other system or when it causes it damage, the better we can define the way to combine and complement both systems.

After we survey existent forms of combinatory approach, we offer a integrative and practical model for rightly combining voluntary regulation with state regulation, based on two sets of elements: necessary conditions for a code's approval by the governmental regulator; legal implications if such recognition. We stress that we look for a model to be used alongside with governmental regulation as well as voluntary regulation, and in no way aiming to replace either one of these.

We end our article with a basic inquiry of the implementativeness of our model in the field of labour law, which we practice as lawyers.

.



אכיפה שלטונית וקודים וולונטריים בתחומי האחריות החברתית כלים משולבים להגברת האכיפה

מיכאל אטלן וגלי גלזר¹

תקציר

מאמר זה נכתב מנקודת מבט של רגולאטור ממשלתי המצוי במבוכה. הוא במבוכה כי הוא מוצא עצמו לעתים קרובות בין הפטיש לבין הסדן: מן הצד האחד, הגורמים המפוקחים על ידו וארגוניהם היציגים תוקפים אותו בשל מה שנתפש על ידם כעודף התערבות, אטימות, ניתוק מן המציאות, שרירות, בירוקרטיה יתר, ולעיתים באים הדברים לכדי עוינות כלפי כל רגולציה ממשלתית באשר היא; מן הצד השני, תוקפים אותו הארגונים החברתיים והמדיה, לרוב בעוון אזלת יד, ולעיתים אף חמור מכך – בין בחשד בוטה לשחיתות ובין בחשד מנומס לשותפות אפלה בין "הון לשלטון". במקביל, צצות לנגד עיניו יוזמות פרטיות לרגולציה וולונטרית בעלות צורות מגוונות: פירמות מגבשות קודים פנימיים, עסקים מאמצים תקינה וולונטרית, חלקה כרוכה אף בתשלום עבור קבלת תעודה המעידה על מילוי דרישות התקן הוולונטרי, ולאחרונה קמים גם ארגונים חברתיים אשר מנסים להפיץ קודים שהם חיברו ולפקח על יישומם.

לכאורה המונח "רגולציה וולונטרית" חובק בתוכו סתירה פנימית. בהנחה שפירמות הן גורמים אינטרסנטיים שהרווח הוא המניע העיקרי שלהן, לא ברור מה ניתן לצפות מרגולציה וולונטרית. האומנם יכול החתול לשמור על השמנת? מכאן הנטייה של רשויות השלטון ושל הארגונים החברתיים להיות מאד חשדניים כלפי ניסיונות של רגולציה כזו. הרגולאטור הממשלתי הישראלי מתבצר אפוא ברצון מאחורי חשדנות זו, ומוסיף להאמין ולטעון כי חולשתו שלו מקורה בחוסר משאבים גרידא. הוא מתפתה לחשוב שלו רק היו מקצים לו את המשאבים הדרושים, לא הייתה כל בעיה. אבל האמת היא שמבוכתו מוסיפה לגדול, כי הוא הרי יודע שהמשאבים לא יגיעו בטווח הנראה לעין, שייתכן שמנגנוני הבירוקרטיה לא מאפשרים לו להכות בברזל בעודו הוא חס, והוא חייב גם להודות שיש משהו מתריס בעצם הופעתן של מעין חלופות לפעילותו. כאילו משדרים לו שאין בו עוד צורך.

במאמרנו אנו טוענים כי אין מקום להכריע בין החלופה של רגולציה ממשלתית לבין רגולציה וולונטרית בתחומי האחריות החברתית, וכי יש לראות בשתייהן יחדיו, בתנאים שניתן להגדיר אותם, פתרון של שילוב והשלמה. בשביל להגיע אל השילוב הזה נבקש לחדד את היתרונות ואת החסרונות היחסיים הן של הרגולציה הקלאסית והן של הרגולציה הוולונטארית. נתייחס, בין השאר, לשיקולים כלכליים, לגיטימציה ציבורית, שיקולי יעילות והשפעת הגלובליזציה. ככל שנטיב להבחין אימתי שיטה אחת יעילה או כושלת, ואימתי השיטה האחרת ממלאת את החסר או מכשילה אותו, נטיב גם למצוא את דרך השילוב הנכון בין השתיים.

לאחר סקירה של שיטות שילוב קיימות כיום, אנו מציעים מודל אינטגרטיבי ופראקטי משלנו לשם שילוב ראוי בין אכיפה שלטונית לבין אכיפה וולונטרית, ובו שני מרכיבים: תנאים הכרחיים

Jerusalem Papers in Regulation & Governance

להכרה בקוד על ידי הרגולטור השלטוני; ההשלכות המשפטיות של ההכרה בו. יודגש כי כוונתנו למודל שיופעל בצידן של הרגולציה השלטונית והרגולציה הוולונטרית, ובשום אופן לא במקום אף אחת מהן.

אנחנו מסיימים את מאמרנו עם בחינה ראשונית של האפשרות ליישמו של המודל המוצע בעולם דיני העבודה, עולם בו אנו עוסקים כעורכי דין.

אכיפה שלטונית וקודים וולונטריים בתחומי האחריות החברתית

כלים משולבים להגברת האכיפה

מיכאל אטלן וגלי גלזר

1. מבוא

מאמר זה נכתב מנקודת מבט של רגולאטור ממשלתי² המצוי במבוכה. הוא במבוכה כי הוא מוצא עצמו לעתים קרובות בין הפטיש לבין הסדן: מן הצד האחד, הגורמים המפוקחים על ידו וארגוניהם היציגים תוקפים אותו בשל מה שנתפש על ידם כעודף התערבות, אטימות, ניתוק מן המציאות, שרירות, בירוקרטיה יתר, ולעיתים באים הדברים לכדי עוינות כלפי כל רגולציה ממשלתית באשר היא; מן הצד השני, תוקפים אותו הארגונים החברתיים והמדיה, לרוב בעוון אזלת יד, ולעיתים אף חמור מכך – בין בחשד בוטה לשחיתות ובין בחשד מנומס לשותפות האפלה אך הבלתי מוגדרת שבין "הון לשלטון". במקביל, צצות לנגד עיניו יוזמות פרטיות לרגולציה וולונטרית³ בעלות צורות מגוונות: פירמות מגבשות קודים פנימיים, עסקים מאמצים תקינה וולונטרית⁴, חלקה כרוכה אף בתשלום עבור קבלת תעודה המעידה על מילוי דרישות התקן הוולונטרי, ולאחרונה קמים גם ארגונים חברתיים אשר מנסים להפיץ קודים שהם חיברו ולפקח על יישומם (כגון עמותת מעלה⁵, או עמותת "במעגלי צדק", שפיתחה שני "תווים חברתיים" – אחד למסעדות ובתי קפה והשני לאולמות שמחה, שהם מעין תעודת כשרות מוסרית חברתית בתחום זכויות העובדים⁶; ארגון "אמון הציבור – לקידום הגינות בעסקים", שפיתח תו המעיד על בקרה צרכנית באמצעות הארגון⁷).

לכאורה המונח "רגולציה וולונטרית" חובק בתוכו סתירה פנימית. בהנחה שפירמות הן גורמים אינטרסנטיים שהרווח הוא המניע העיקרי שלהן, לא ברור מה ניתן לצפות מרגולציה וולונטרית. האומנם יכול החתול לשמור על השמנת? מכאן הנטייה של רשויות השלטון ושל הארגונים החברתיים להיות מאד חשדניים כלפי ניסיונות של רגולציה כזו. הרגולאטור הממשלתי הישראלי מתבצר אפוא ברצון מאחורי חשדנות זו, ומוסיף להאמין ולטעון כי חולשתו שלו מקורה בחוסר משאבים גרידא. הוא מתפתה לחשוב שלו רק היו מקצים לו את המשאבים הדרושים, לא הייתה כל בעיה. אבל האמת היא שמבוכתו מוסיפה לגדול, כי הוא הרי יודע שהמשאבים לא יגיעו בטווח הנראה לעין, שייתכן שמנגנוני הבירוקרטיה לא מאפשרים לו להכות בברזל בעודו הוא חס⁸, והוא חייב גם להודות שיש משהו מתריס בעצם הופעתן של מעין חלופות לפעילותו. כאילו משדרים לו שאין בו עוד צורך.

מה שמתרחש בתחום הרגולציה בישראל מפגר אך מעט אחר הנעשה בעולם. לאחר גלים של רגולציה, דה-רגולציה ורה-רגולציה, מתפתחת לה היום הרגולציה הוולונטרית במלוא עוצמתה, עד כדי כך שאי אפשר עוד להתעלם ממנה⁹. דוגמאות יובאו בהמשך ובשלב זה די לציין, לצורך

המחשה, את החלטתו של ארגון התקינה העולמי ISO להוציא תקן מנחה "לאחריות חברתית" "Social Responsibility"¹⁰. התקן מגדיר את תכניה של האחריות החברתית של ארגון, עסקי או אחר. המדובר בעולם תוכן רחב ומגוון, שבמרכזו עניינים של זכויות עובדים, הגנת הצרכן, איכות הסביבה, אתיקה בניהול ותרומה לקהילה. התקן מסייע גם בזיהוי "מחזיקי העניין" "stakeholders" הרלבנטיים של הארגון, מעבר לבעליו, דהיינו עובדיו, צרכניו, ספקיו, רשויות השלטון, ארגונים חברתיים וקהילתיים ועוד. התקן מספק גם הנחיות באשר לדרכים ליישום האמור בו הלכה למעשה. בכל אלה קובע התקן קווים מנחים וולונטריים לחלוטין. עסקים וארגונים יכולים לעיין במסמך ולהחליט באופן חופשי אם לאמצו ואם לאו.¹¹ אולם לשם מה בעצם נחוצה בכלל תקינה וולונטרית בתחום "האחריות החברתית"? הרי אין מדובר בעולמות תוכן נורמטיביים חדשים ובלתי מוכרים. להיפך, מדובר בתחומים מוסדרים היטב בכל העולם במסגרת מחייבת של חקיקה ופסיקה מפותחת - משפט העבודה, דיני הצרכנות, רגולציה כלכלית, חוקי איכות הסביבה, עבירות כלכליות בדיני העונשין ודיני התאגידים. מרבית תחומי האחריות החברתית מוסדרים גם באמנות בין לאומיות, אשר מחייבות את המדינות לדאוג למימוש הזכויות והחובות המנויות בהן (אמנות האו"ם בדבר זכויות אדם, אמנות ארגון העבודה הבינלאומי ועוד).

והנה, בעצם שותפותה להחלטה של ISO, מאותתת התעשייה העולמית, בעלת משקל מכריע בניהול הארגון, שהיא מעוניינת לקבל הנחיה כיצד להתנהל באופן אחראי מבחינה חברתית, ושבמקום לפנות למומחים – הרגולאטורים השלטוניים – היא פונה לקבוצת מומחים עצמאיים מכל העולם¹² וכאילו מבקשת שימציאו מחדש את הגלגל. הכיצד?

ההסבר היותר שכיח בספרות המקצועית הוא בדיוק זה אשר מביך את הרגולאטור ועיקרו תפישה רווחת בעולם המתועש, לפיה:

*"... נראה שהתופעה המודרנית של אחריות חברתית תאגידית CSR – Corporate Social Responsibility התפתחה עקב מה שנראה כחוסר יכולתן של ממשלות רבות לפעול ביעילות כדי לספק שירותים חברתיים ולאכוף את חוקיהן (במיוחד במדינות המתפתחות). למעשה, יש הטוענים כי זרז קריטי לרבות מן היוזמות החדשות בתחום ה-CSR הוא התסכול של החברה האזרחית אל מול חוסר היכולת של הממשלות להתמודד כיאות עם הבעיות החברתיות והסביבתיות הגאות."*¹³

במאמר נטען כי אין מקום להכריע בין החלופה של רגולציה ממשלתית לבין רגולציה וולונטרית בתחומי האחריות החברתית, וכי יש לראות בשתיהן יחדיו, בתנאים שניתן להגדיר אותם, פתרון של שילוב והשלמה¹⁴. בשביל להגיע אל השילוב הזה נבקש לחדד את היתרונות ואת החסרונות היחסיים הן של הרגולציה הקלאסית והן של הרגולציה הוולונטארית. ככל שנטיב להבחין אימתי שיטה אחת יעילה או כושלת, ואימתי השיטה האחרת ממלאת את החסר או מכשילה אותו, נטיב גם למצוא את דרך השילוב הנכון בין השתיים.

לבסוף, נציע מודל, שהינו לדעתנו המודל הראוי לשם שילוב בין אכיפה עצמית לאכיפה וולונטרית, ואשר הינו מבוסס על היתרונות והחסרונות של שתי השיטות ועל צורות השילוב המוכרות היום בעולם. יודגש כי כוונתנו למודל שיופעל בצידן של הרגולציה השלטונית והרגולציה הוולונטרית, ובשום אופן לא במקום אף אחת מהן.

2. מהי רגולציה וולונטרית?

הרגולציה הוולונטרית (או – אכיפה עצמית) מושתתת על עקרונות "התנדבותיים". כמובן, גם מאחוריהם עומדים אינטרסים המזמנים את אותה "התנדבות",¹⁵ אך המאפיין אותה הוא היעדר התערבות שלטונית, היעדר פיקוח ופעולה בהתאם לרצון הטוב.

האכיפה העצמית הטהורה באמצעות שתי צורות שונות – אכיפה תוך-מפעלית ואכיפה באמצעות גורמים חיצוניים (בישראל, כאמור, כדוגמת מעל"ה ומעגלי צדק). האכיפה התוך-מפעלית, כשמה כן היא, אכיפה המבוצעת על ידי גורמים פנים-ארגוניים. כמובן שכאן אף גובר החשש להיעדר אכיפה כלל, אך נראה, כפי שנסביר בהמשך, שאכיפה כזו, כגורם משלים לאכיפה שלטונית ישירה או באמצעות תקן חברתי, יכולה להיות פתרון רלבנטי לבעיות האכיפה הקיימות במערך האכיפה הממשלתי הקיים היום.¹⁶ בהקשר זה ראוי לציין כי למעשה קיים גם מודל שלישי, מעין יצור כלאיים, תקן המיועד להתעדה. תקן כזה, הוא תקן שבסופו של דבר יהפוך להיות מחייב¹⁷ ועמידה בדרישותיו תהיה תחת פיקוח של משרד ממשלתי.¹⁸ על כל אלה נרחיב בהמשך.

לשם המחשת התפתחות הרגולציה הוולונטרית, נבקש להביא מספר דוגמאות המשקפות את ההתפתחות בנושא זה בעולם, בהקשרים וענפים השונים זה מזה:

2.1 "טיפול אחראי" – איכות הסביבה בענף הייצור הכימי

"טיפול אחראי" ("Responsible Care") הוא שם כולל לקוד וולונטרי, שבמרכזו מערכת משוכללת לניהול סביבתי בענף הייצור הכימי, שפותח על ידי האיגוד הקנדי של יצרני חומרים כימיים (CCPA).¹⁹ מאז אמצע שנות השמונים ועד היום "טיפול אחראי" אומץ על ידי תעשיות הכימיה ביותר מארבעים מדינות.²⁰ אף שעוצמת האימוץ משתנה ממקום למקום (למשל בארה"ב ובאוסטרליה הצטרפות לקוד וולונטרי זה היא תנאי לחברות באיגוד), מקובל לראות בו הקוד הוולונטרי הענפי המוביל בתחום ההגנה על איכות הסביבה.²¹ אחד המנהלים בתעשייה זו הצהיר בסוף 1990 שהקוד הוא "מהותי ממש להשרדותה של התעשייה שלנו".²²

הצורך ברגולציה וולונטרית בענף זה החל להיות מורגש בשלהי שנות ה-70 לאחר מספר תאונות במקומות שונים בעולם, שהובילו ללחץ ציבורי להחמרה ברגולציה השלטונית. מסקרים שנערכו בענף עלה שתקלה במפעל כלשהו השליכה על המוניטין של התעשייה כולה, ללא הבחנה בין החברות. כך נולדה הצהרת המדיניות על טיפול אחראי של ה-CCPA משנת 1979. זה היה עמוד אחד של כוונות טובות, שנחתם על ידי כל המנהלים הבכירים בענף. בתחילה נרתעו המפעלים מלהתחייב, פשוט משום שהם חששו שהקוד ייתפש על ידי בתי המשפט כבסיס לאחריות בנוזיקין.

בשנת 1984, בעקבות פרסום סקר דעת קהל שלילי כלפי הענף בארה"ב ולאחר אסון בופל בהודו, ה-CCAA הפך את החתימה על ההצהרה לתנאי לחברות בו והפיץ דרישה לניהול דיווחים על הבטיחות במפעלים. בקנדה גבר החשש מפני הצירוף של אי אמון ציבורי והידוק הרגולציה השלטונית. וכך החלה להירקם, באופן הדרגתי, מערכת ניהול משוכללת, ובה מנגנוני דיווח ובקרה, לרבות על ידי גורמים בקהילה, ועד להתעדה בידי גורם שלישי.²³

2.2 איכות הסביבה בנושא שימור יערות²⁴

ה-FSC – Forest Stewardship Council – הוא ארגון לא ממשלתי בלתי תלוי שעומד מאחורי מערך תקינה וולונטרי רב-לאומי להגנה על יערות העולם. המועצה נוסדה בשנת 1993 ביזמת ארגונים וולונטריים גדולים ושונים. מאז הסמיכה המועצה 11 ארגונים לצורך התעדה של עסקים לפי תקנים מקומיים ולאומיים שהמועצה אישרה. כתוצאה מכך תקנים בחסותה חלים בימינו על מעל ל-24 מיליון מ"ר של יערות ברחבי העולם!

התעדה זו נעשית על פי תקנים אזוריים או לאומיים שמגובשים על ידי קבוצות עבודה מקומיות, אשר המועצה מאשרת לאור עקרונות היסוד שלה (בכלל זה - העיקרון של "מעבר לציות לחוק"; הגנה על חיות הבר ועל הצומח; הסדרת פעילויות מזיקות או מסוכנות, כגון שימוש בחומרי ריסוס ובחומרים כימיים אחרים; הגבלת היקף הכריתה של עצים במכסה המאפשרת את שימור היער; הקמת מערכת ניהול פנים ארגונית ובה כללים לעדכונה על פי תוצאות של ניטור מתמיד וחיוב המפעל בהתייעצויות עם גורמים חיצוניים שמושפעים מפעילותו; ניטור עצמי להבטחת יישום הכללים). המוצר הסופי מזכה את העומדים בתקן בלוגו מיוחד של המועצה, שמוטבע על המוצרים לאחר שנבדקה כל שרשרת הייצור החל משלב עקירת העץ וכלה בשיווק המוצר המוגמר.

מקור התקן הינו בהבשלה של תהליך הדרגתי, שהחל ביזמות מפוזרות של ארגוני סביבה שונים בעולם בשנות ה-80 של המאה ה-20. בתחילת שנות ה-90 החל הליך התכנסות לעבודת תקינה משותפת. העבודה הואצה בשנת 1992 לאחר קבלת תרומות מקרן מקארטור, קרן פורד ואחרים (יתכן והדבר הואץ בהשפעת הכישלון של ה-Earth Summit בריו דה-גינירו בשנת 1992 שבו לא הגיעו להסכמה על אמנה בינלאומית בנושא). בשנת 1993 כונסה האספה המכוננת של ה-FSC, בהשתתפות 130 משתתפים מ-25 מדינות, בכללם נציגי ארגונים כמו גרינפיס אינטרנשיונל וארגוני סביבה אחרים. במייסדים לא נכללו יצרני עץ גדולים, אולם כן נכללו נציגי סוחרים גדולים במוצרי עץ (בניהם חברות Home Depot, B&Q). במועצה הוקנה 25% כוח הצבעה לנציגי המסחר (לרבות יועצים), ו-75% לנציגי ארגוני הסביבה הלא ממשלתיים. התפתחות מהותית נוספת אירעה בשנת 1997 כאשר הצטרפה למועצה חברת ייצור עץ ענקית ראשונה, ותקנון המועצה שונה כך שכוח ההצבעה חולק לשלושה חלקים – תעשייה ומסחר/ארגוני סביבה/ארגונים חברתיים. יצויין גם ה-Canadian Standards Association Sustainable Forest (CSA SFM Management): תקן שיזמה תעשיית הייעור בקנדה בשיתוף עם מכוון התקנים של קנדה.

המועצה היא סיפור הצלחה מבחינת שטח היערות שפעילותה מכסה, אבל השמירה על אמינות ההתעדות בשמה אינה קלה. בשנת 2001 המועצה נאלצה לבטל את הסמכתו של אחד מגופי ההתעדה שהוסמכו על ידה. לשם שמירה על אמינותה הצטרפה לאחרונה המועצה לברית של ארגוני ההסמכה בתחום איכות הסביבה (ISEAL).

2.3 GAP – יחסי עבודה

מזה זמן מה שנשמעות ביקורות על תאגידי הענק העולמיים המייצרים את מרכולתם תוך ניצול מחפיר של עובדים במדינות העולם השלישי. אותן חברות, מתהדרות בדרך כלל בתנאי העבודה המפליגים להם זוכים עובדיהם בחברתם תוך התעלמות מתנאי העבודה המאפיינים את העובדים בחברות הקבלנים עימן הן מתקשרות.

סיפורה של יצרנית הבגדים GAP החל באופן דומה למתואר לעיל. חברת GAP מעסיקה סדר גודל של 165,000 עובדים בחנויות ברחבי העולם, ומפעילה כ- 3,500 קבלני ייצור הפזורים ב- 50 מדינות. בתחילת שנות התשעים חיברה החברה קוד התנהגות כלפי עובדיה ובו נורמות של יחסי עבודה הוגנים.²⁵ לאחר מספר שנים, נמתחה על החברה ביקורת על כך שקבלני משנה שלה פוגעים בזכויות בסיסיות של עובדים שלהם, וחברת GAP בעצם עוקפת באמצעות קבלנות משנה את המגבלות שהיא רואה אותן כראויות לגבי עובדיה. בתגובה, עשתה החברה צעד נוסף וחיבה את קבלני המשנה שלה לעמוד אף הם בדרישות הקוד. יתרה מזו, היא הסכימה לכך שארגונים חברתיים מקומיים בקהילות בהן קבלני המשנה פועלים יפקחו על מילוי דרישות הקוד. בתחילה הארגונים מימנו את פעולות הניטור בעצמם, או באמצעות תרומות של כנסיות או ארגונים אחרים. אולם לאחר זמן מה, נאלצה GAP להגיע להסדר לפיו היא משלמת לגורם ניטרלי אשר מעביר לאותם ארגונים את המימון הדרוש להם לקיום פעילות הניטור. מאז שנת 2004 הצטרפה GAP לתקן SA8000 ונמצאת תחת בקרה מתמדת של גורמי התעדה שהוסמכו על ידי SAI ועברה מאז מספר בקורות שנתיות.²⁶

2.4 "קוד הסריקה" - צרכנות

בשנות השמונים רשתות שיווק מזון גדולות באוסטרליה הכניסו טכנולוגיה חדשה של הצגת מחירי המוצרים, על בסיס סריקה אלקטרונית. במקום הדבקת תווית מחיר על המוצר מציגים את המחיר על המדף ומטביעים על המוצר קוד מגנטי (בר-קוד) שמתורגם בקופה למחיר המוצר. שיטה זו נוחה פחות לצרכן ומעוררת חשד להטעיה. כדי להתגבר על חשש זה איגוד משווקים הנהיג בשנת 1989 קוד וולונטרי הידוע בשם "קוד הסריקה"²⁷. הקוד כולל מרכיבים של סימון, גודל אותיות, הפצת מידע, מנגנונים לטיפול בתלונות וליישוב סכסוכים והתחייבות לסעד כספי לצרכן שנחשף לפער במחיר בין זה שהוצג על המדף לבין זה ששולם בקופה (קבלת המוצר הראשון חינם, למשל). הקוד זכה לחסות הרגולאטור השלטוני הקנדי, אשר נותן את הלוגו שלו לרשתות החברות והוא גם שותף במנגנון יישוב הסכסוכים לאחר מיצוי הליכים ברמת הרשת. מעל 80% מן הסופרמרקטים בקנדה אימצו את הקוד.

3. רגולציה שלטונית ורגולציה וולונטרית – יתרונות וחסרונות יחסיים

היוזמות הוולונטאריות שצוינו לעיל כדוגמאות לאכיפה עצמית ואשר היוו את תחילתה של פריחת ההסדרה והאכיפה העצמית, נראות מבטיחות. אכן, סיפורי הצלחה בתחום הגנת הצרכן, זכויות העובדים ואיכות הסביבה שובים את הלב. עם זאת, היוזמות הברוכות לא תמיד יסתיימו כסיפורי הצלחה (כך למשל סיפורה של GAP יכול היה להישאר בגדר אחריות חברתית בתחום החברה בלבד ללא קבלני המשנה שלה ולהיות כסיפור עצוב...). זאת ועוד, הצלחה או כישלון הם מונחים יחסיים, שצריכים להיבחן אל מול החלופות האפשריות. לכן על מנת להעריך את הפוטנציאל של הרגולציה הוולונטרית, חיוני לעמוד על המאפיינים של צורות הרגולציה השונות. להלן, נעמוד על היתרונות והחסרונות הגלומים בצורות הרגולציה השונות ונתייחס, בין היתר, להתפתחויות בשוק בישראל.

3.1 שיקולים כלכליים

כיוון שבעיית המחסור במשאבים נתפסת כאמור כמניע עיקרי מאחורי החיפוש אחר אלטרנטיבות לרגולציה השלטונית, נפתח ביתרונות והחסרונות היחסיים של שתי צורות הרגולציה מבחינת מקורות המימון שלהן.

אכיפה שלטונית

מגבלת התקציב והמשאבים המאפיינת את הרגולאטור הישראלי ידועה וחלקה מתועד בדו"חות מבקר המדינה. לכאורה, מקורה בהחלטה פוליטית של סדרי עדיפויות בקביעת התקציב הציבורי. אכן, ישנם בישראל מספר תחומים בהם אין לרגולאטור מצוקת משאבים של ממש, אולם אלה החריגים המעידים על הכלל²⁸. ואולם, מידת הנכונות הפוליטית להקצאת תקציב ותקנים בשירות הציבורי אינה הסבר מספיק לחסרון הכיס המתמיד של הרגולאטור המצוי. רצון פוליטי הוא הרי משתנה חברתי, תלוי מקום וזמן,²⁹ ואילו מגבלת המשאבים היא בגדר תופעה כללית וכרונית, אשר אופיינית לא רק בישראל אלא ברוב המדינות המתועשות, ובכולן היא במגמת החמרה.

ברוב העולם המתועש מתרבה והולכת מזה שנים רבות החקיקה הכלכלית והחברתית. עימה מתרבות המטלות של הרגולאטור. יתכן שזהו הכרח בל יגונה בדמוקרטיה חוקתית המקדשת את עקרון שלטון החוק. מכל מקום, עם ריבוי החקיקה המגנה והמסדירה, עולה הציפייה הלגיטימית מצד האזרחים, העסקים והארגונים החברתיים והכלכליים, לאכיפת החוקים בצורה יעילה, שיטתית ושוויונית³⁰. אלא שמישהו צריך לשלם כדי לממן את האכיפה. הנה כי כן, נכונות הציבור לשלם מיסים לרוב אינה עולה בהתאמה לקצב העלייה בציפיותיו ובדרישותיו מן הממשלה³¹.

אנו עדים כאן לתופעה דומה לזו שמתרחשת בתחום השירותים החברתיים. מדינת הרווחה מתרחבת בהדרגה והקופה הציבורית אינה עומדת בעול. הלחצים החברתיים להורדת רמות המיסוי מתגברים. נוצר פער בין הציפייה הציבורית לקבלת שירות לבין היכולת של הרשות השלטונית לספק אותו³².

כך או אחרת, בין אם בשל חוסר נכונות פוליטית ובין מסיבות מובנות בשיטה, מוטל על הרגולטור השלטוני להשלים עם העובדה שמשאביו לא יוגדלו באופן מהותי בטווח הנראה לעין. תובנה זו מחייבת אותו לבדוק מחדש את הנחות העבודה הבסיסיות שלו, את שיטותיו ואת מבנהו הארגוני ואת הנכונות שלו לאמץ שיטות עבודה חדשות, המשלבות בתוכן התארגנויות וולונטאריות.

רגולציה וולונטרית

הרגולציה הוולונטרית כמובן אינה כרוכה בהוצאה ממשלתית ישירה. העסקים או הארגונים הם הנושאים הראשוניים בעלותה. הם אלה המשקיעים את המשאבים בחיבור הקוד או התקן, והם אלה המשלמים לגוף מוסמך עבור התעדה לפיו.

לכאורה, אין לצפות מן הקהילה העסקית להתנדב לשאת בעלות הרגולציה החלופית לזו של המדינה. אלא שמסתבר שהציות לנורמות הוא לעתים עניין כלכלי, ולא רק הדבר המוסרי הנכון לעשותו.

ואכן עדויות מן השטח מלמדות כי הרגולציה הוולונטרית הפכה בשנים האחרונות בעולם הרחב לשוק כלכלי אדיר ממדים, שהגורמים המניעים את התפתחותו הם פירמות תעשייתיות רב לאומיות ענקיות. דוגמה לכך הוא ארגון ללא כוונת רווח, אשר נודע בתחום האחריות החברתית, בשם Social Accountability International (SAI), שחברת פורד היא בין התורמים שלו, יחד עם קרן רוקפלר, ואחרים. ארגון זה ידוע במיוחד בזכות התקן למערכת ניהול יחסי עבודה המכונה "SA8000". הוא מקיים שירותי הסמכה לגורמי התעדה מטעמו, הניתנים בתשלום למעסיקים שמוכנים להשקיע מאמצים ומשאבים על מנת לזכות בתעודת הערכה הנחשבת אובייקטיבית.³³

גם בישראל מתפתח שוק כזה, אם כי הדברים נמצאים עדיין בראשית התפתחותם; ניכר גידול במספר הפירמות המקבלות התעדה לתקנים חברתיים. כך בבירור בתחום איכות הסביבה לגבי אימוץ תקן ישראלי 14001 (על בסיס תקני ISO בסדרת ה-14000) וכך גם לגבי תקן ישראלי 18000 בתחום ניהול הבטיחות והגהות בעבודה, וראוי לציין כי ישנם גם שני גופים שקיבלו התעדה בדבר עמידה בתקן SA 8000 בנושא זכויות עובדים.³⁴

נוסף על כך, שירותי ההתעדה הובילו גם לפיתוח של ענף ייעוץ בתחומי תקני האחריות החברתית שהולך ומתפתח. באתר מעל"ה ניתן למצוא רשימה של לא פחות מ-40 חברות (ביניהם משרדי עורכי דין, משרדי רואי חשבון ומשרדי שיווק) המצהירות על עצמן כי הן משמשות כיועצים מקצועיים לענייני התנהלות חברתית אחראית. חלקן מייצגות בתחומי איכות הסביבה, חלקן לעניין זכויות עובדים, חלקן בקשרי אספקה, קשרי קהילה ומיתוג.³⁵

העובדה שכוחות השוק מייצרים תמריץ לפיתוח ולאימוץ רגולציה עצמית, על אף שהנושא כרוך בעלויות כספיות, אינה חסרת הגיון:

השקעה ברגולציה עצמית עשויה למנוע הפסד או לחסוך בהוצאות עתידיות. כך למשל, כאשר מילוי דרישות וולונטריות מוכרות מהווה מעין ערובה מפני תביעת נזיקין אפשרית, או מעין "תעודת כשרות" המגנה בצורה זו או אחרת מפני חרם צרכנים או מפני פעולות חקירה טורדניות של רגולאטור (הכרוכות כמובן בהיערכות כלכלית). בתי המשפט נעזרים בתקנים, גם כאלה שאינם מחייבים, כדי לקבוע מהו סטנדרט הזהירות הנדרש מהאדם הסביר. חברה שמאמצת לשורותיה את הוראותיו של התקן יכולה להגן על עצמה מפני תביעות נזיקיות שיכולות להגיע לכדי סכומים כספיים בלתי מבוטלים. בית המשפט קבע כי באי מילוי הוראה של תקן, יש משום חיזוק למסקנה, שהנתבעת לא מילאה אחר חובת הזהירות שלה. אמנם, לא היה מדובר באותם עניינים בתקן רשמי, אשר מעמדו הוא כשל חוק או תקנה, אולם נקבע כי יש לראות בו אמת מידה המתווה רמת התנהגות מסוימת הנדרשת מיצרן מכונות, ואשר מהווה מרכיב חשוב במכלול השיקולים שיש לשקול כשבאים להכריע בתוכנה של חובת הזהירות ובמילוייה או הפרתה.³⁶

לעתים, אימוץ תקינה חברתית וולונטרית מהווה גם השקעה עסקית של ממש, הרבה מעבר למניעת הפסד. כך, כאשר היכולת להפגין עמידה בדרישות של תקן וולונטרי מקנה מוניטין, פותחת אפשרויות שיווקיות חדשות, מחזקת את המוטיבציה של העובדים ומוכיחה "רצינות" לרגולאטור שמצידו נענה ביתר קלות למתן רישיונות עסק והטבות נוספות.³⁷ נוסף על כך, לאחרונה, שיקולים חברתיים הפכו להיות מרכיב, ולעיתים אף עיקרי, בהרגלי הצריכה של הצרכנים השונים. סקר שבוצע על ידי מכון חנוך ורפי סמיט (בהזמנת עיתון גלובס וארגון מעל"ה) מעלה ש-52 מן הצרכנים מוכנים לשלם מעט יותר לחברות עם אחריות חברתית וכי 24% מהם נמנעו בשנים האחרונות מקנייה משיקול שכזה.³⁸ כך, למשל, נציין דוגמה מענף המלונאות בישראל: עד לא מזמן היה נהוג בכל מלון איכותי לכבס בכל יום את כל המגבות שנעשה בהן שימוש. כיום, שכיח למצוא שלט בחדר המזמין את האורח לסמן אלו מגבות ברצונו שיחולפו, על מנת להפחית את הפגיעה בסביבה שכרוכה בכביסות הרבות של המגבות; הנה לנו חיסכון בהוצאה שמתקבל יפה על ידי הלקוח בזכות העמדתו באור הערכי הנכון.

גם החברות בינן לבין עצמן מעדיפות להתקשר עם חברות, שכמותן, עומדות בתקנים. על פי סקר שנערך נמצא כי חברות העומדות בתקן הניהול הסביבתי (תקן "ISO14001"), מעדיפות להתקשר עם חברות אחרות שעומדות גם הן בתקן וכי התנהלות זו, שיש לה ערך כלכלי בלתי מבוטל, מהווה זרז נוסף לחברות והיא בין הגורמים המעודדים את החברות להחיל על עצמן את הוראות התקן. תקן זה נפוץ בכל אירופה, וגם בישראל מזה עשור, אם כי מידת ההיענות בישראל לתקן זה, פחותה מאשר מידת ההיענות במדינות האירופאיות.³⁹

הצורך בעמידה בדרישות של אחריות חברתית יוצר לעתים שינוי בדפוסי חשיבה, אשר מביא ל**חדשנות** בפיתוח מוצרים ותהליכי ייצור. כך, התקינה הוולונטרית שפשטה בתחום הייעור הולידה פתרון יצירתי לניצול יערות, באופן שמאפשר את הכריתה תוך שמירה על אוצר הטבע. גם הופעתם של הניירות הממוחזרים היא "טרנד אופנתי" שנולד כתוצאה משינוי בדפוס החשיבה לטובת השמירה על איכות הסביבה. דוגמא נוספת היא אימוץ תוכניות סביבתיות שמעוצבות לשם

חסכון באנרגיה, מים ומוצרי גלם, ולהפחתה בעלויות של הפצה של פסולת וסילוקה.⁴⁰ עינינו רואות כיצד הכורח לעמוד בדרישות נורמטיביות כדי להימנע מלחצים של ארגוני הסביבה, הוליד פתרון מסוג win-win situation.

יש המרחיקים לכת, ומעבר לניתוח המיקרו-כלכלי, הפרטני לגבי כל חברה, מנסים להראות קשר מאקרו-כלכלי בין התפשטות של תקינה וולונטרית במדינה נתונה לבין מידת התחרותיות של אותה המדינה בעולם.⁴¹ בהקשר הבינלאומי נמצא גם כי ההרמוניזציה באמצעות אימוץ אותם קודים מסביב לעולם מקלה על הסחר הבינלאומי, אם כי מורידה את כמות המוצרים המשווקים בעולם. ארגון ה-WTO תומך באופן עקרוני באימוץ של קודים וולונטריים, בין השאר מסיבה זו, וסבור כי גם מדינות מתפתחות יכולות להפיק תועלת מאימוץ קודים כאלה ומהשתתפות בהליך גיבושם.⁴²

נכון להיום, מרבית החברות שמחילות על עצמן רגולציה עצמית, עושות זאת משיקולים של היענות ללחץ חיצוני, בעיקר מחשש לחרם צרכנים ובלחץ המדיה. מעטות הן החברות שמבינות שאחריות חברתית יכולה להיות השקעה עסקית טובה לטווח ארוך.⁴³ אחד הקשיים להתקדמות נעוץ בצורך להוכיח רווחיות מיידית. כאמור, השקעה ברגולציה עצמית לטווח הרחוק מועילה לחדשנות במוצרים ובתהליכי הייצור, מועילה למוטיבציה של העובדים, משכנעת רגולטורים, מקלה על קבלת רישיונות ופותרת שווקים חדשים, אך כל זה לא מתיישב עם יעדי רווח מידיים ורוב שיטות הניהול פועלות עדיין לשם השגת רווח מידי כזה.

3.2 יכולת התאמה למציאות משתנה

נדמה כי לקודים הוולונטריים יתרון על פני הרגולציה השלטונית בהתמודדות עם שינויים חברתיים-כלכליים, בעיקר עקב תופעת הגלובליזציה והשינויים הטכנולוגיים המהירים.

הרגולציה השלטונית אכן מפגרת לרוב אחרי המציאות המשתנה, בעיקר בשל איטיות תהליכי החקיקה וגם בשל הנטייה הטבעית של כל ממשד לשמרנות. יזמה, חדשנות, יצירתיות, לעומת זאת, צומחות בקלות יחסית בשוק ובחברה האזרחית. בהשוואה למוסדות הרגולציה השלטוניים עסקים וארגוני מתנדבים מתברכים במוטיבציה (לעשיית רווח או לקידום אידיאולוגיה), בגמישות ניהולית ובשינויים ארגוניים תכופים. הרגולציה הוולונטרית עשויה אפוא להיות בעלת יתרון יחסי בתחומים בהם המציאות משתנה בקצב מהיר.

הצורך בעדכון ושינוי תמידי, נכון בעיקר לתחום הטכנולוגי בו באים השינויים וההתפתחויות בתכיפות ובמפתיע. לכן, אין זה מפליא שהגוף המוביל בתחום הרגולציה הוולונטרית העולמית הוא ISO, ארגון התקינה העולמי שהוא מוסד וולונטרי. תחומי התקינה של ISO צמחו מן העולם הטכנולוגי ורובם נותרו תקנים וולונטריים. יחד עם זאת, לאחרונה הארגון גולש גם לתחומים שאינם טכנולוגיים, כגון איכות בניהול (סדרת תקני ISO 9000), איכות הסביבה (סדרת תקני ISO 14000) ולאחרונה ממש גם אחריות חברתית (תקן ISO 26000 שבהכנה).

גם בישראל קיימת מזה שנים רבות רגולציה וולונטרית - בתחום הטכנולוגי. מכון התקנים הישראלי קיים עוד מלפני קום המדינה. המכון הוקם בשנת 1945 ונקרא אז "מכון התקנים הארץ ישראלי". למעשה, שורשי הקמתו נעוצים עוד כעשרים שנה קודם לכן, כאשר הוקמה "המעבדה לבדיקת חומרי בניין" על ידי גוף פרטי - אגודת האינג'נירים והארכיטקטים (לימים - לשכת המהנדסים והאדריכלים). עם חלוף השנים, גדלה המעבדה והתעורר גם הצורך בתקנים מקוריים שיתאימו לתנאי הארץ, ולפיכך החליטה אגודת האינג'נירים בשנת 1945, להקים מכון תקנים בארץ, שייטול עליו את המשימה של הכנת תקנים ישראליים. עברו שישים שנה ומאז שינתה התקינה את דמותה ללא היכר, תחומי העיסוק השתנו, ונוספו פעילויות רבות ומגוונות.

בשנת 1953 נחקק חוק התקנים, אשר מיסד אכיפה שלטונית בתחום, תוך ההבחנה בין "תקן ישראלי", שהוא וולונטרי כפי שהיה קודם לחוק, לבין "תקן רשמי", שמוגדר כתקן ישראלי ששר התמ"ת הכריז עליו כרשמי. תקן רשמי הופך בכך מתקן וולונטרי לתקן מחייב, נשוא לאכיפה ממשלתית (פלילית ומנהלית)⁴⁴. יוצא ש הרגולציה השלטונית מפגרת אחר הרגולציה הוולונטרית ומתאימה את עצמה לפיה, בונה עליה ומשלימה אותה.⁴⁵

3.3 גלובליזציה

הרגולציה השלטונית מתקשה במיוחד עם נתחי השוק ההופכים לרב לאומיים. הגלובליזציה מגמדת את הרגולאטור לפחות משלוש הבחינות הבאות:

ראשית, נזכיר את אופן התמודדות בתי הדין הבינלאומיים. בעניין זה ניכר פער הולך וגדל בין האופי הרב לאומי של תאגידים לבין ישימות הרגולציה הבינלאומית לניטור והגבלה של התאגידים.⁴⁶ ישנם ניסיונות רגולאטורים להתמודד עם התופעה הזו, אולם נראה שקשה לצפות לאכיפה יעילה של זכויות אדם כלכליות וחברתיות על פירמות רב לאומיות על ידי משפט בינלאומיים. מניתוח שערך ד"ר רונן שמיר ניכר כי בשפיטה הבינלאומית קיימת מגמה מוצהרת להעדיף אכיפה עצמית. כך לדוגמא, לאחר מספר פסיקות נגד פירמות גדולות לפי חוק ה-Alien Tort Claims Act, ניכרת לאחרונה נטייה לריסון עצמי שיפוטי והכוונה לאכיפה עצמית.

שנית, נראה כי קיימים גם קשיים ברגולציה לוקאלית עקב מיקור חוץ. לאחרונה אנו עדים לבינאום שרשרת האספקה והייצור. למעשה, מעטים הם העסקים היום אשר מבצעים את כל פעילותם בעצמם. רובם עושים זאת באמצעות קשרים עסקיים עם ספקים, קבלנים וקבלני משנה, ובחלק גדול והולך של המקרים הספקים והקבלנים פועלים במדינה אחרת ממדינת הבסיס של העסקים הנזקקים להם. רגולאטור מקומי נותר חסר אונים אל מול מיקור-חוץ של נתחי פעילות אל מחוץ לגבולות המדינה אף כאשר הוא נוכח לגלות שהדבר נעשה על מנת לעקוף את דרישות הרגולציה המקומית. הגלובליזציה הופכת את התופעה הזו לשכיחה מאד.

שלישית, ניכרים גם קשיים באופן יישומן של נורמות בינלאומיות ואוניברסאליות. רגולאטור בן ימינו אינו יכול עוד להתעלם מן האמנות הבינלאומיות על זכויות אדם והסכמי הסחר שמחייבים

כיום כמעט כל מדינה מתועשת בעולם. זאת, על אף שאימוץ הנורמות מתבטא בכל מדינה באופן אחר. כך לדוגמה בעניין שכר המינימום, בעוד העיקרון של התערבות רגולטיבית להבטחת רמת שכר מינימאלית הוא עיקרון אוניברסאלי, שיעור השכר המינימאלי משתנה ממקום למקום. שונות זו מקשה על הרגולאטור הלאומי במדינה מפותחת לעמוד איתן על דרישות חוק שכר מינימום מקומי, אל מול האיום של בעלי המפעלים להעתיק את פעילותם למדינת עולם שלישי, ועל ידי כך להגדיל את בעיות התעסוקה במשק המקומי. אמנם, תיתכן גישה תקיפה לפיה במשק של מדינה מפותחת פשוט אין מקום לעסקים שאינם מסוגלים להבטיח שכר מינימאלי לפי רמת ההכנסה המקומית, אבל השונות האמורה מחלישה את הלגיטימיות הציבורית לפעילות הרגולאטור.

לרגולציה הוולונטרית יתרון יחסי ברור בעניינים אלה. הדוגמה של חברת GAP שהובאה לעיל ממחישה זאת. עקב פריסתה העולמית של החברה וריבוי ההיזקקות לקבלני משנה, החברה בורחת מעיני הרגולאטור השלטוני של מדינת הבסיס של החברה, ארה"ב. הקוד הוולונטרי שהיא מאמצת מחזיר אותה למסגרת נורמטיבית; בזכות שיטת הניטור על ידי ארגונים חברתיים מקומיים במדינות ההפעלה של קבלני המשנה היא מתגברת על בעיית הבינאום של שרשת הייצור ומבטיחה כי הנורמות שהיא עצמה יצרה ייאכפו גם במדינות שמעבר לים.

כפי שכבר הזכרנו, גם ארגון WTO העולמי תומך באימוץ תקנים וולונטריים, זאת מתוך הנחה שכלל, אימוץ הקודים באופן אחיד ברחבי העולם, יקל על קיומו של הסחר הבינלאומי.

3.4 יעילות

אכיפה שלטונית

האם אכיפה שלטונית "עובדת"? הרגולציה השלטונית בתחילת דרכה הייתה יכולה להיתפש כיעילה, כי היו אז מעט עבירות פליליות בתחום הכלכלי, אפשר היה לצפות מהאזרחים שידעו את דרישות החוק. כיום, השווקים וכללי הרגולציה מורכבים ביותר, עד כדי כך שגם מי שרוצה לציית לחוק מתקשה לעיתים להתמצא בו.

כמו-כן, ריבוי העבירות הפליליות בתחומי הפעילות הכלכלית גרם כנראה לזילות הסטיגמה של ההרשעה הפלילית. עבירות על חוקים בתחומים כגון משפט העבודה, הגנת הצרכן, איכות הסביבה, התכנון והבניה, רישוי עסקים וכדומה, לרוב אינן נחשבות כעבירות שיש עימן קלון. אף ללא ביסוס מחקרי אמפירי אנו סבורים כי הסטיגמה החברתית הכרוכה בהרשעה מן הסוג הזה אינה משמעותית. החומרה שבכך קרובה הרבה יותר לזו המיוחסת לקבלת דו"ח חניה, מאשר לזו המיוחסת לגניבה או תקיפה.

חוסר ההזדהות עם מטרת החקיקה, בנוסף לבעיות האכיפה (שהינן פועל יוצא לבעיית המשאבים המאפיינת את הרגולציה הקלאסית) מובילות להיעדר הרתעה, ומשבעלי העסקים אינם חוששים הרי שנפגמת יעילותה של הרגולציה הממשלתית ונראה שיש לפנות לדרכים אלטרנטיביות.

נוסף על כך, הרגולציה הקלאסית מתמקדת ב"כיבוי שריפות". היא בוחנת את הפרות החוק, לאחר שאלה התרחשו, וכאשר ההרתעה אינה פועלת, היא לא מבטיחה שחברות אחרות, ואף אותה חברה מפרה בעצמה, יפנימו את הלקח וימנעו מ היעדר ציות לחוק בעתיד. לעומת זאת, אכיפה עצמית מבטיחה כי הציות יישמר לאורך כל הדרך. זאת, גם כאשר ישנו גורם מפקח חיצוני לחברה. כך למעשה פועלות חברות הביטוח - בתחום הבטיחות בעבודה בארה"ב, למשל, קיים הבדל מהותי בין גישת הרשות המפקחת (OSHA) ובין גישתן של חברות הביטוח. אלה האחרונות נוטות להעריך את הסיכונים במפעל מסוים על פי הערכה של התפישות או הגישות הרווחות, במיוחד בקרב ההנהלה. רצינות, מנהיגות, דמיון, יד על הדופק - נחשבים יעילים יותר להורדת הסיכון של פגיעות בעבודה מאשר עמידה בבדיקות של פקחים. אם כן, בחינת דפוסי התנהלות החברה יכולה להגביר את יעילות אכיפת הנורמות. נחזור לכך בהצעותינו לשילוב בין שיטות הרגולציה השונות.

ההתמקדות בהפרות החוק ולא בהתנהלות היומיומית מובילה לכשל נוסף שכן אין טיפול אמיתי בתהליכים אלא בתוצאות בלבד. כפועל יוצא, הגורמים הנאכפים עלולים לחזור על הטעות שוב ושוב, מבלי שהפנימו את הטעות שבהתנהלותם. מטרתה של המדינה היא כמובן ללמד נורמות התנהגות נאותות ומטרת האכיפה היא לא הענשה גרידא. לעיתים, הגורמים הנאכפים דווקא היו רוצים לציית לחוק ועל כן היה יעיל יותר להסביר להם כיצד עליהם לנהוג ולא להעניש אותם באמצעות נקיטת הליכים פליליים נגדם. כך לדוגמא, בתחום הבטיחות בעבודה, לא תמיד ברור לכל מפעל ומפעל עד היכן ללכת בתחום נקיטת אמ צעי זהירות כדי לעמוד בדרישות ההסדרה. אכיפה וולונטרית, הצומחת מן השטח, יכולה להתאים יותר להבנה ולהפנמה של הליכים ולהוביל להתנהגות יומיומית נאותה. כפועל יוצא, יש לקוות, יפחת גם הצורך באכיפה ממשלתית.

עוד יצוין כי חוסר היעילות שבאכיפה הממשלתית מתבטא בכך שהמי קוד הוא, כאמור, בכשל שהתגלה, וזה לא בהכרח מוקד הבעי החמור והמשמעותי ביותר. שיתוף פעולה עם הגורם הנאכף מאפשר לחשוב ביחד על מכלול הבעיות, חמורות כקלות, בעוד שאכיפה לגליסטית כוללת מרכיב חזק של מקריות. ועם נרחיק לכת, לעיתים האכיפה הלגליסטית יכולה להוות אף מכ שול של ממש. טול מקרה בו חיוב בעל עסק לתקן עיוות שולי שנתגלה יגרום לכך שהל הפחית מהוצאותיו בתחום אחר, נגלה פחות, שמידת חשיבותו יכולה להיות רבה הרבה יותר.

למרות כל האמור לעיל, יש גם ממצאים אמפיריים המעידים על הצלחות מסוימות של אכיפה לגליסטית. Sholz 1991 השווה בין 34 סניפים של סוכנות הפיקוח על הבטיחות בעבודה בארה"ב (OSHA) ומצא קורלציה בין קיומה של אכיפה, הגם שהיא מקרית וסלקטיבית, ובין מספר מועט יותר של פגיעות בעבודה. הקשר הזה נשמר גם תוך התחשבות בגורמים אפשריים אחרים לכך, כגון תכיפות הביקורים של המפקחים, תנאים כלכליים והאווירה הפוליטית השוררת.

רגולציה וולונטרית

יעילותה של הרגולציה הוולונטרית אינה מוכחת. גם כאן רבים המשתנים וחלקם איכותיים וקשים לניתוח. צורת הרגולציה הזו היא גם חדשה יחסית, ועדיין אין בידינו ממצאים מחקריים חד משמעיים.

במקרה זה יש מקום גם להפריד בין צורותיה השונות של הרגולציה הוולונטרית, כפי שאלה פורטו במבוא למאמר זה. אין רגולציה וולונטרית שהיא "עצמית" ברמ"ח אבריה בהיותה פנים-מפעלית כרגולציה וולונטרית שיש עליה פיקוח חיצוני (בדרך כלל מדובר על התעדה על ידי גורם שלישי שהינו בלתי תלוי בגוף המפוקח). כמו כן, אין פיקוח חיצוני התלוי כלכלית בגופים המפוקחים על ידו (כדוגמת ארגוני צרכנים שונים) כפיקוח חיצוני בלתי תלוי כדוגמת ISO.⁴⁷ היעילות של אלה וגם אלה מוטלת עדיין בספק ולא מצאנו כאמור, ממצאים אמפריים חד-משמעיים המוכיחים את יעילותם. בעוד ניתן לחשוב למראית עין כי עדיפה אכיפה באמצעות גורמים חיצוניים שכן, כאמור, "החתול לא שומר על השמנת", נראה שלא תמיד בהכרח כך הדבר שכן גם הגורמים החיצוניים עלולים לסבול מתלות (כלכלית בעיקר) בחברות המפוקחות על ידם⁴⁸ או מחשיפה למידע חלקי בלבד⁴⁹ נוסף על כך, ישנו חשש לטוהר המידות במקרים בהם הגורמים הוולונטריים שאמורים לספק את תעודת עניות היושר לחברות, יתפתו לשוחד, כספי או אחר, ולא ישקפו נאמנה את המציאות ובכך יטעו את הציבור.

אמנם, מקובל להניח כי תקני איכות שונים בתחומים הטכנולוגיים הינם יעילים (וגם זה אינו ממצא חד-ערכי), אך קיימת סקפטיות רבה באשר ליעילותם של תקני איכות שונים בתחום האחריות החברתית. אלה תקנים שקובעים נורמות עמומות יחסית, שקשות יותר להערכה ולמידה. ראוי לציין מחקר שנעשה בישראל לבחינת תרומתם של תקני איכות סביבה (ISO 14000) על התנהגות מפעלים בתחום הגנת הסביבה. אפילו בתחום טכנולוגי זה נראה כי לא ניתן להצביע על ממצאים חד משמעיים לטובת יעילות התקנים. מחקרם של ד"ר אורן פרז וד"ר יאיר עמיחי-המבורגר בנושא אימוץ תקנים אלה בישראל מלמד כי הפירמות אינן סבורות כי התקינה הוולונטרית בתחומים אלו יכולה להחליף את האכיפה הממשלתית באופן מלא. הצהרה "אמיצה" מצד הפירמות, כלשונם של עורכי המחקר, שכן הם למעשה מעידים כי נדרשת גם אכיפה נוספת על האכיפה העצמית. אחת הסיבות לכך הינה כי התקנים מחייבים הליכים ולא תוצאות ולכן ייתכן שהמפעלים יעמדו בתנאי ההליך הנכון אך התוצאות עדיין יהיו שליליות. עם זאת, מציינים מנהלי הפירמות כי ניכרת יעילות בכך שאימוץ התקנים הקל על מיקוד הבעיות במפעל, מסגרת פעילות שיטתית ומסודרת והגברת תחושת "הגאווה המפעלית" של העובדים בהיותם חלק ממערך השומר על איכות הסביבה.⁵⁰ אנו נוסיף, כי לדעתנו העובדה כי יש בקרה על ההליכים, ולא דווקא על התוצאות, יכולה להיות מועילה וחשובה הרבה יותר במקרים של בחינת ההתנהלות בסביבת עבודה למשל.

במבחן התוצאה יש וקודים מוכיחים עצמם כיעילים באשר הם מביאים לשיפור ההתנהגויות בפועל, ויש שהם מזיקים ממש, במיוחד כאשר הם מקנים לגיטימציה להפרת נורמות ראויות או

כאשר הם מטעים את הציבור בהיותם חלקיים ובלתי מקיפים. מן הספרות האמפירית המנתחת את לקחי הניסיון המצטבר⁵¹ ניתן לאפיין תנאים שככל שהם מתקיימים גוברת ההסתברות שהקוד יהיה יעיל: הקוד צריך להיות בהיר לעניין תחום ההתנהגות המוסדרת, יעדיו, והנורמות שבו; יש לשתף מחזיקי עניין בעיצובו ובניסוחו ולעדכן אותו מדי פעם בפעם. בשלב יישום ואכיפת הקוד, יש להבטיח כי קיימת מערכת ניהול ובה מנגנונים ליישום מנגנוני בקרה עצמית או שתתקיים התעדה על ידי גורם שלישי. כל זאת, בצד דיווחיות ושקיפות מלאה כלפי גורמים בחברה והציבור בכללותו.

במידה והקודים עונים על תנאי הסף האמורים לעיל, יכולה להיות טמונה בהם, לדעתנו, יעילות רבה. יעילות זו מתבטאת בהיות הקודים ראי של המציאות המתפתחת (כפי שהוסבר באריכות בתת-הפרק בנפרד בעניין זה), ובהיותם מוסכמים על גורמים שונים בשוק ובכך הם מפחיתים את עלויות העסקה. החברות מצטיירות כאמינות יותר בעיני הציבור ולכן זה מצידו לוחץ פחות על שינויי חקיקה ואף משתף פעולה עם החברות. כך, החברות יכולות לקבל פידבק מהציבור ולשפר ולייעל את מוצריהן ולהגדיל רווחים. ובה בעת, העובדה כי הציבור פחות מבקר ומתלונן על החברות, מובילה ליתרון נוסף והוא חיכוך מינימאלי עם הרשויות הממשלתיות וכינון יחסים טובים יותר עימן.

גם רשויות האכיפה הממשלתיות עשויות לצאת נשכרות. מכיוון שהן עסוקות פחות בבחינת ההפרות ובהתמודדות עם תלונות הציבור, היחסים הטובים עם החברות יובילו לפיתוח נוסף ולעליית התל"ג וכך הזמן שיתפנה יוכל להיות מנוצל לצרכי פיתוח חקיקה חדשה ורלבנטית בהתאם למציאות המשתנה. חקיקה שכיום עומדת במקום מפאת הזרמת המשאבים (המוגבלים גם כן) לצרכי האכיפה. הדבר נכון כמובן גם למערכת המשפט שנדרשת פחות להתמודד עם תביעות בענייני צרכנות, עבודה ואיכות הסביבה, והרי העומס הבלתי נדלה על מערכת המשפט ידוע לכל.⁵²

אם כן, לדעתנו, קודים וולונטריים, כל עוד הם מיושמים נכון, יכולים להיות מועילים לציבור, לחברות ולממשלה. עם זאת, ראוי להזהיר גם מפני הסכנות האורבות כאשר הקודים אינם עונים על הסטנדרטים המינימאליים. במקרים כאלו, ישנו חשש להטעיית הציבור כאילו חברות מסוימות עומדות בתנאי החוק, בעוד שבפועל הן מפרות חוק. אשר על כן, תנאי הכרחי לכך שרשויות אכיפה ייצאו נשכרות מקיומה של רגולציה וולונטרית הוא שזו מהווה רובד של נורמות מעבר לציות לחוק (ועל כך נרחיב בהמשך). תנאי זה מועיל גם למייסדי הקודים עצמם, שכן הלגיטימיות של קודים וולונטריים לא תחזיק מעמד זמן רב לאחר שיתגלה לציבור כי למעשה החברות אינן מציינות לחוק תחת מסווה של כשרות כזו או אחרת. הרגולציה הוולונטרית חייבת להישמר מפני אבדן אמון הציבור בה.

חשש נוסף הינו כי הקוד יאמץ נורמות לא ראויות, כגון הגבלת סחר בינלאומי והפליה ברכישת מוצרים וכך ייצא שהשימוש במונח "וולונטרי" יגרום לזילות בערכים בסיסיים כגון חיי אדם

ושמירה על הסביבה. החשש הינו שמה שנחזה להיות "מעבר לחוק" יתפרש כבלתי מחייב ועל כן יגרום להפרות חמורות של החוק (כאשר הקוד מסדיר בתוכו גם ערכים המוסדרים בחקיקה).⁵³

3.5 לגיטימציה

המכשול העיקרי, לדעתנו, איתו נאלצות להתמודד שתי צורות האכיפה הנדונות הן במישור הלגיטימציה. מתנגדים רבים קיימים הן לאכיפה הממשלתית כפי שהיא מיושמת כיום, והן לרעיון האכיפה הוולונטרית, על צורתיה השונות. בשורות הבאות נביא את עיקרי הטענות של שני צידי המתרס.

אכיפה שלטונית

היעדר לגיטימציה, ולעיתים אף עוינות של ממש, מצד הגופים המוסדרים כלפי רשויות האכיפה, יכולים להיות גורם מרכזי ונוסף לפגיעה ביעילות האכיפה.

העוינות יכולה לצמוח למשל בגלל שהאכיפה היא נקודתית ומקרית, ולעיתים אינה משקפת את המציאות הרווחת. לכן, יש תחושה של מרמור ושל חוסר צדק בקרב הגורמים הנאכפים. כדוגמה נביא את המקרה המתואר ע"י Bardach & Kagan 1982. במקרה זה, ה-F.D.A, שהינה הרשות הפדראלית בארה"ב ש מסדירה את תחום התרופות, חיבה יצרן של מנות דם לזרוק 3000 מנות דם לאחר ש התגלתה הפרה של התקנות. הפרה זו, שנעשתה בטעות, לא היוותה באותו מקרה סיכון כלשהו לבריאות הציבור, אולם הסוכנות עמדה על קיום הכללים כי "יש לציית לחוק" וגם מתוך חשש שוויתור במקרה אחד "עלול" להוביל ליחס כללי של זלזול בתקנות. בעוד שג' ישה זו עשויה להיות יעילה במקרה של בעל עסק חסר נכונות לציית לתקנות, היא עלולה להזיק במקרה של בעל עסק בעל רצון טוב. הלא ממילא בעל העסק היה משנה את דרכיו, ולכן אכיפה במקרה שלו עלולה דווקא לשנות את גישתו כלפי האכיפה ולגרום לו, מתוך מרמור, להפסיק לציית לחוק בשל תחושת חוסר הצדק הנלוות.

תחושה זו אכן מובילה למנטאליות של ציות מינימאלי, רק כדי להימנע מסנקציות וייתכן שהיא אפילו מרתיעה עסקים מעריכת מחקרים אודות מוצריהם או פעילותם, מתוך חשש שה ממצאים ישמשו כחומר משפטי שיובא כנגדם בעתיד.

יש המשווים את סגנונות האכיפה ובמיוחד את המודל האמריקאי שהודגם למעשה לעיל אל מול סגנון האכיפה הנהוג ב שבדיה. השוני בגישה מתבטא, למשל, בהבדל בין הדו"חות של הפקחים בשתי המדינות: דו"ח טיפוסי בשבדיה מתרכז בצעדים לתיקון, בעוד שמקבילו בארה"ב מציין הפרות וסעיפי חוק.⁵⁴ זהו ביטוי מעשי של הנסיון השבדי למנוע עוינות כלפי הרשות ולעודד ציות מרצון על בסיס של שיתוף פעולה.

העוינות הפסיבית, יכולה לה תפתח גם לכדי התנגדות אקטיבית לרגולציה. ההתנגדות יכולה להתבטא במאבקים משפטיים נגד נ יסיונות האכיפה, שהם משתלמים גם כאשר סופם להיכשל (במיוחד בזכות הדחיות שהם מעניקים). אפילו מדווחים מקרים בהם אכי פה לגליסטית גרמה

להיווצרות של "תרבות של התנגדות". זאת בדמות, למשל, של שיתוף פעולה בין עסקים מוסדרים בהחלפת מידע במטרה להקשות על הרשות בכל שלבי פעולתה, החל בפיקוח וכלה בהליך השיפוטי.⁵⁵ לבסוף, ההתנגדות יכולה להיבט גם בדרך של שדלנות פוליטית, במיוחד כאשר הרשות המסדירה כבר אינה פופולארית.

פעמים רבות, מקורותיה של עוינות זו היא כפועל יוצא של היות האכיפה הממשלתית אכיפה סלקטיבית. כמוכח, שאין כל חולק על כך שהאכיפה הממשלתית חייבת להיות סלקטיבית,⁵⁶ הרי ידה של הממשלה לא יכול להיות בכל, ואין לה את המשאבים הכלכליים ו/או האנושיים על מנת להבטיח אכיפה בכל עת ובכל מקום. אם כן, על מה ולמה האכיפה הסלקטיבית טומנת בחובה היעדר לגיטימציה?

לאכיפה הסלקטיבית יתרונות רבים. האכיפה הסלקטיבית ממוזערת את הפעלת מערך הענישה, מאפשרת לרכז את המאמצים בתחום הפיקוח והחקירה לטיפול בהפרות "החמורות" יותר ובאלה שהטיפול בהן יהיה בעל ערך הרותעתי גבוה יותר, ומקלה על הסיוע לגופים המפוקחים בהתמודדות עם בעיות. שיקול דעת באכיפה מחזק את עמדת הרשות במשא ומתן השוטף עם הגוף המפוקח (שכן אפשרות האכיפה עומדת ברקע). לדוגמה, הרשות המפקחת יכולה לומר על ענישה בגין הפרות מסוימות תמורת הבטחה מצד הגורם המפוקח לפעול במרץ בתחום אחר, חשוב יותר. ברוח זו, אכיפה סלקטיבית מאפשרת לרשות המפקחת להסתפק ב"מצב דברים סביר", להבדיל מציות אוטומטי לכל דרישות החוק, והשיטה הזו רווחת בתחום הפיקוח על הבריאות והפיקוח על הבטיחות בעבודה.⁵⁷

ובכל זאת, האכיפה הסלקטיבית גוררת יחס שלילי מידי הגורמים הנאכפים. התחושה היא שהאכיפה הסלקטיבית אינה הוגנת ואינה ראויה, במיוחד באותם מקרים כפי שתוארו לעיל בהם מדובר ב"תפיסה" של מי שבד"כ מצוית לחוק.

האכיפה הסלקטיבית אכן אינה ראויה אם היא מיושמת באופן "פרוע ופראי" מבלי שיש משנה סדורה מאחוריה הבאה לידי ביטוי בנהלים פנימיים ובאופן התנהלות קבוע מראש על ידי הרשות האוכפת. לשם התמודדות ובקרה, אך לאחרונה הוכנסה בחוק הפלילי הגנה חדשה - "הגנה מן הצדק", שנועדה בין היתר לבחון את אופן האכיפה על ידי הרשויות ולהבטיח שהינה מעוגנת במדיניות ממשלתית סדורה.⁵⁸

נוסף על הטענות בדבר אכיפה בלתי שוויונית, סיבה נוספת להיעדר לגיטימציה מצד הציבור, היא הטענה ששיקול הדעת באכיפה מלווה לעתים בעצימת עיניים בלתי נסבלת מצד הרשות המסדירה בפני הפרות חוק.⁵⁹ Hopkins & Parnell 1984 מתעדים את מיעוט האכיפה בתחום הבטיחות במכרות באוסטרליה ומיחסים זאת לשני גורמים: מסגרת של שיקול דעת באכיפה בשל קיומן של פרצות בנורמות, אשר מקשות על הקביעה כי נעברה עבירה, בצד נטייה מצד הרשות המפקחת שלא לתבוע אלא לשכנע. התוצאה היא דו"חות שנתיים של הרשות האמורה המעידים על שביעות

רצון מהמציאות הקיימת, בעוד שבפועל חלה באותה עת עלייה בתמותה בשל מצב הבטיחות הרעוע בעבודה במכרות.

יתר על כן, חשש נוסף הבא לידי ביטוי בספרות האמריקאית הינו מפני אפשרות של "השתלטות" מצד הגורם המוסדר על הרשות המסדירה. הכוונה היא למצב שבו שני הצדדים מפתחים אינטרס משותף לאכיפה מזערית ככל שניתן. ההסדרה פועלת אז יותר לטובת הא ינטרסים של הגופים המוסדרים מאשר לטובת האינטרס הציבורי.

הצורה הבוטה ביותר לכך היא שיחודם של מ פקחים על ידי הגופים הנתונים לפיקוחם. אולם קיימות גם אפשרויות מתוחכמת יותר. כך למשל, כאשר גורמי הפיקוח הם אנשים שהעסקתם ברשות המפקחת מהווה קרש קפיצה לקראת השתלבותם בשוק הפרטי. במצב כזה, העסקים הנתונים לפיקוחו היום הינם גם מעסיקיו לעתיד, ומכאן הנטייה להקל ככל האפשר או אפילו לראות את הדברים מתוך הזדהות עם קשיי הגוף המ פוקח מול דרישות הרגולציה.⁶⁰ צורה אחרת של השתלטות עלולה להתרחש כאשר הר שות המסדירה נחותה מן הגופים המפוקחים מבחינת בקיאותה הטכנית או המסחרית, למשל עקב מיעוט אמצעים לר שותה, והדבר מאלץ אותה לסמוך על המידע המסופק על ידי הגופים המפוקחים.⁶¹

התיאוריה לפיה תופעת ההשתלטות מסבירה את המקרים של הכישלון הרגולטיבי הינה היום מקובלת בארה"ב. אולם קיימת מחלוקת באשר להיקף הסיכון שתופעת ההשתלטות תתרחש הלכה למעשה. הכל מסכימים כי הפוטנציאל תמיד קיים וכי שיקול הדעת המינהלי הינו הפירצה הדרושה למימושו, אולם מסיקים מכך מסקנות מעשיות שונות.

יש הרואים בסיכון הזה סיבה מספיק טובה כדי לחפש אלטרנטיבה להסדרה. אחרים ר ואים בכך סיכון שולי, בבחינת היוצא מן הכלל. אלה מתעודדים מתימוכין אמפיריים ב ארה"ב לכך שהגורמים המוסדרים בדרך כלל נכונים לצייט, וכי מיעוטם הם אלה שמושפעים רק מאיומים מצד הרשות ושמפריים את החוק באופן מחושב. מיעוט זה מדומה על ידי בעלי הגישה הזו ל "bad apples", כלומר לפירות הרקובים שבערימה. לגבי היתר, אמצעי שכנוע ואף שיתוף פעולה מצד הרשות המסדירה יעילה יותר מאשר אכיפה רפרסיבית.⁶² ההנחה היא כמובן, שסכנת ההשתלטות קטנה ככל שגדלה הנכונות של הגורם המפוקח לקבל על עצמו את עול הרגולציה.

Rowe טוען כי ה"השתלטות" עשויה להצליח במיוחד במקום שמיסוד האכיפה של תוכנית ההסדרה אפשר זאת מלכתחילה.⁶³ למשל, כאשר התעשייה המועמדת להסדרה היתה בעלת השפעה על החקיקה עצמה, בצורה שנותרת בה פרצות כנגד אכיפה יעילה של הכללים. טענה זו מקבלת תימוכין אמפיריים לפחות במקרה של הפיקוח על הבטיחות במכרות באוסטרליה, המוזכר לעיל. Hopkins & Parnell לא רק מתארים את חוסר היעילות של האכיפה במקרה זה, אלא גם את השפעת בעלי המכרות על עיצוב החקיקה ועל תיקוניה לאורך השנים. הם מראים את

תרומתם להותרת הפרצות במערך האכיפה, שבעזרתן התאפשרה הפרקטיקה של עצימת עיניים בפני הפרות חוק⁶⁴.

רגולציה וולונטרית

היחס של הציבור כלפי הרגולציה הממשלתית עבר בעשורים האחרונים תמורות, החל מתליית תקוות רמות ברגולציה בשם ההגנה על אינטרס הציבור, עבור בגילויי עוינות קיצוניים ואופנה של קריאות ל"דה-רגולציה", וכלה בקו מפשר שמחפש דרכים חדשות ל"רה-רגולציה", שלא יחזירו את הגלגל לרגולציה הקלאסית. "האופנה" היום היא באופן ברור לטובת הרגולציה העצמית, הוולונטרית, הפרטית. קודים וולונטריים אמורים למלא את החלל שמותירים אחריהם הקודים החקוקים המחייבים, שאינם נאכפים.

כחלק מאותה "אופנה", ירד קרנו של הרגולטור הממשלתי בעיני הציבור, עקב שינויים בלגיטימיות הפוליטית המאפיינים את החברה הפוסט-מודרניסטית. ישנה טענה לפיה הקודים הוולונטריים מחליפים את תפישת המדינה הליברלית המודרנית⁶⁵. במדינת הלאום הקלאסית הייתה סמכות שלטונית לבדה, ואילו כעת יש NGOs (ארגונים חברתיים) ופירמות רב לאומיות שטוענים גם הם ללגיטימיות ודורשות להיות אף הן שותפות בקביעת הנורמות. הסמכות הציבורית של הרגולטור נמצאת תחת שבט הביקורת של התאגדויות דתיות, ארגוני צרכנים וארגוני עוסקים, ארגוני עובדים וארגוני מעסיקים, קהילות מקומיות, קבוצות לחץ ובעלי אינטרסים מזדמנים, שכולם רוצים ליטול חלק בקביעת כללי המשחק. על רקע זה לא מפתיע גלות כי חלק מן הביקורת על האכיפה הממשלתית היא בהאשמת המדינה בהיעדר "משנה סדורה" של מדיניות ברורה באכיפה והאשמת המדינה ב"סתירת חורים" בהתנהלותה.⁶⁶

כמובן שטענה זו, בדבר "אופנה" חולפת אינה יכולה להוות בסיס רציני להכרה בלגיטימיות של רגולציה וולונטרית. ראשית, היא נכונה רק ככל שהליך יצירת הקודים הוולונטריים נעשה בשיתוף אמיתי של מחזיקי העניין. זה לא תמיד קיים. יתרה מזו, זה לא עניין של קיים או לאו. שיתוף הוא עניין של מידה, הוא לא מושג דיכוטומי. שנית, לא ניתן להתעלם מכך שגם המדינה היא מחזיקת עניין ברגולציה הוולונטרית. ככל שהרגולציה הוולונטרית באה במקום או בצידה של אכיפה שלטונית, תפקיד השלטון לוודא שהתחליף הוא ראוי – שהשיתוף הוא אמיתי, שאין עסקאות אפלות

בין מחזיקי עניין, שאין מרמים אותו ואת הציבור.⁶⁷ לכן טענת הלגיטימציה מובילה, בשלב זה לפחות, לכל היותר לשיתוף השלטון ביוזמות רגולציה וולונטרית, בצורה זהירה, ככלב שמירה.

ישנו חשש כי אכיפה עצמית תוביל להכתבת מדיניות בידי הגורמים הנאכפים ותחתור תחת מקומה של המדינה בעניין זה. כדי להתמודד עם חשש לגיטימי זה קיימת חובה על המדינה להיות עירנית ביחס לאכיפה העצמית, לפחות ברמה של בקרה על כך שאכיפה זו תענה על דרישות מינימום להבטחת קיום החוק. על מידת המעורבות הרגולטור וצורתה נרחיב בהמשך.⁶⁸

על הרגולציה העצמית יש ביקורות גם מכיוונים נוספים. יוסי דהאן סבור ⁶⁹ כי אין מקום לחקיקה וולונטרית מן הבחינה הפילוסופית שכן כל עוד הגורם הנאכף "מתנדב" לאמץ דרכי התנהגות מסוימים ובעקבותיהם לספק צרכים לבאים עימו במגע (לקוחות, עובדים וכיו"ב), הטרמינולוגיה היא טרמינולוגיה של "צדקה" ואילו המושפעים מדרכי התנהגות אלה הופכים להיות "אסירי תודה" ואכן, לדידו, יש לתת את הדעת למושג המילולי שלא נבחר בכדי שכן מדובר ביחסי תלות. לעומת זאת, לשיטתו, כאשר מדובר בחקיקה מחייבת הרי שמדובר על זכות, מולה קיימת חובתה של המדינה (לפי הטבלה ההופלדיאנית). הזכות אינה תלויה בדבר, הגורם המושפע אינו כפוף לרצונו הטוב של הגורם הנאכף ואינו תלוי בחסדיו. כמו כן, יוסי דהאן מבקר את חוסר השוויון שהוא תוצאה אינהרנטית של צדקה שכן לא ניתן לחייב את הפילנטרופ לתת צדקה לכל. ⁷⁰ אמנם גם המדינה אינה יכולה להקנות ממשאביה לכל אך היא לפחות עושה זו תחת מדיניות סדורה ובמסגרת שיקול דעת מובנה.

על ביקורתו של יוסי דהאן נענה כי ייתכן שהמושג "צדקה" מתאים כאשר מדובר על הקניית זכויות יתר שאין להן מקור חקיקתי כלשהו. במקרה זה אכן לא ניתן יהיה לחייב את הגורמים הנאכפים בנורמות בלתי מחייבות. עם זאת, כאשר האכיפה העצמית נוגעת לחובות שהן ממילא חובות הקבועות בחוק, כפי שהתקן לאחריות חברתית מציע ברובו, הרי שהגורם הנאכף ממילא חייב בהן כלפי כל הגורמים המושפעים ותרומת האכיפה העצמית היא בכך שהמדינה לא נדרשת להתערב. הגורם הנאכף מפקח על עצמו, באמצעות ביקורת של גוף חיצוני-וולונטרי, ומוודא כי הינו שומר חוק כנדרש.

יתר על כן, תקן וולונטרי אינו פילנטרופיה. תקן וולונטרי הינו וולונטרי מבחינה זו שאין חובה לאמץ אותו, אולם משאומץ – הוא מחייב או מנחה כלפי כולם, בדומה לכל נורמה חקוקה.

ביקורת נוספת על הלגיטימיות של הליכי אכיפה וולונטרית נשמעים מצד ההסתדרות (וארגוני עובדים אחרים) על כך שהארגונים החדשים "גונבים" להם את התפקיד. אותם ארגונים ותיקים, שהוכרו על פי חוק, אינם מוכנים לקבל את צמיחתם יש מאין של הארגונים הוולונטריים החדשים ומתקשים להכיר בהם כשחקנים חדשים ולגיטימיים במערכת.

התשובה במקרה זה, זהה לזו שענינו לביקורתו של יוסי דהאן. המציאות השתנתה, ואיתה צומחים פתרונות חדשים שיש להכיר בהם ולקבלם. אנו מודעים לכך שהטיעון הנטורליסטי אינו מקובל תמיד, וישנו ויכוח פילוסופי מהותי האם המצוי הוא בהכרח הראוי. עם זאת, לדעתנו במקרה בו עסקינן, הפתרונות החדשים והגופים החדשים אינם יכולים להזיק, שכן הם לא באים על-חשבון הגופים והפתרונות הקיימים דהיום וכל כוונתם היא להשלים את הקיים ולהוסיף עליו. על מתנגדים אלה, שהם יחודיים לעולם דיני העבודה, נרחיב בהמשך באחרית דברנו.

ככלל, לדעתנו, אין מקום להתנגד ולפעול נגד הזרמים החדשים. יהיה נכון יותר לחבור יחד על מנת לקדם, באמצעות גופים ופתרונות חדשים, את האכיפה. ראוי ללמוד מהארגונים הבינלאומיים שהבינו כי זוהי הדרך הנכונה. כך, למשל, נרקם שיתוף פעולה מלא בין ISO ל-ILO (ארגון

התקינה העולמי וארגון העבודה הבינלאומי) בו נקבעו עקרונות עבודה כלליים ומול הרשויות, והובטח שיתוף פעולה בעשייה היומיומית של הגופים בתחומים המשיקים ביניהם.⁷¹

נוסף על כך ראוי לציין גם את הליכי קביעת הנורמות בתקינה הוולונטרית שהם לכשעצמם מגבירים לדעתנו את לגיטימיות הפעולה באופן זה. המאפיין את התקינה הוולונטרית היא כאמור, צמיחתה "מהשטח". קובץ של מומחים בתחום מתכנסים על מנת לקבוע נורמות מתוך ניסיונם ומתוך הצרכים אותם הם מאתרים. מדובר בשיקולים מקצועיים גרידא ולא בזירה פוליטית שם גובר החשש לקביעת נורמות משיקולים פופוליסטיים ואחרים.

לסיום סקירת מכשול הלגיטימציה, שכאמור מהווה לדעתנו את המכשול העיקרי לגבי שני אופני האכיפה, נציין כי אימוצה של אחת השיטות צריכה להיות בהתאמה לנכונות לציית. חשוב להתאים את סגנון האכיפה לטיב האוכלוס – ייה המיועדת: סגנון אכיפה גמיש וסלקטיבי עשוי להתאים יותר לאוכלוסייה בעלת נכונות כללית לציית לחקיקה הרגולטיבית, בעוד שסגנון אכיפה לגליסטי מתאים יותר לאוכלוסייה מועדת לאי-ציות ואולי אף להתנגדות. כאשר המחוקק יכול לצפות מראש את מידת הנכונות לציית בתחום הרלבנטי לתוכנית הרגולציה שלפניו – יתאים את סגנון האכיפה בחקיקה עצמה; אחרת, עליו להסמיך את רשות ההסדרה להתאים בעצמה את סגנון האכיפה לפי הערכתה את המצב יאות שלפניה. הווה אומר להקנות לרשות את הכלים הדרושים לאכיפה לגליסטית בתוספת שיקול דעת מינהלי לגבי הצורך בהפעלתם.

מן הסקירה שהובאה לעיל, ניכר כי לשתי שיטות הרגולציה יתרונות וחסרונות, עוד ראינו כי פעמים רבות חסרונותיה של שיטה אחת הם יתרונותיה של האחרת, ולהיפך. מכאן הרעיון לבחון אפשרויות שילוב שונות בין שתי שיטות הרגולציה על מנת למקסם את האכיפה ולמזער ככל הניתן את חסרונותיה. בפרקים הבאים, נבחן את צורות השילוב המוכרות ונציע מודל אכיפה משלים פרי הצעתנו.

4. שילוב והשלמה

4.1 מגוון של שיטות שילוב

ניל גונינגהם, אחד הכותבים החשובים בתחום הרגולציה העצמית, מגיע למסקנה הבאה⁷²:
 "אין דיכוטומיה ברורה בין רגולציה עצמית לבין רגולציה ממשלתית. תחת זאת, ישנו רצף, עם צורות טהורות של רגולציה עצמית ושל רגולציה ממשלתית בקצותיו הנגדיים. אולם צורות טהורות אלה נדירות בעולם האמיתי...
 ...מסיבות שאנו מנתחים בהמשך, קודים וולונטריים עשויים להיות יעילים יותר כאשר הם פועלים בשילוב עם צורה כזו או אחרת של רגולציה או בקרה חיצונית (לרוב ממשלתית)".
 קיימים דפוסים שונים ומגוונים לשילוב. בניסיון לאפיין את המכנה המשותף יש המדברים על co-regulation ומאפיינים אותה כך:

"קודים תעשייתיים וולונטריים אשר מאושררים על ידי הממשלה ונאכפים על ידי התאגדויות תעשייתיות וקבוצות המייצגות את אינטרס הציבור"⁷³.

המכנה המשותף הוא שילוב של אישור או חסות לקוד עצמו מצד גורם שלטוני מבלי שאותו גורם שלטוני נוטל חלק פעיל באכיפה.
להלן נביא דוגמאות לאופן המעשי בו יכול להתבטא השילוב האמור:

1.1.4 מתן חסות ממשלתית רשמית

אישור הקוד יכול להתלוות למתן חסות ממשלתית רשמית לקוד, שדי בה כדי להקנות מוניטין למי שעומד בדרישות הקוד. מתן החסות הממשלתית משמעותה גם אפשרות קיומה של הסרת החסות במקרים המתאימים.⁷⁴

2.1.4 סיוע כספי, הקלות במיסוי והקלות במתן אישורים ממשלתיים

בבריטניה ובקנדה הממשלה תומכת ומעודדת עסקים קטנים ובינוניים ליישם תקני איכות סביבה אירופיים⁷⁵; בארה"ב העניק משרד העבודה בשנת 2001 סיוע כספי בסך \$750,000 ל- fair labor association לשם קידום והפעלת קוד לניתור זכויות עובדים המועסקים על ידי קבלני משנה של רשתות שיווק, הפועלים מחוץ לארה"ב, לרוב במדינות עולם שלישי ובתנאים עלובים (במסגרת מדיניות הממשלה בתכנית המכונה Anti-Sweatshops Initiative)⁷⁶. ממשלת איטליה הקימה לאחר בחירות 2006 מיניסטרויון לענייני סולידריות חברתית שאמון בין היתר על מדיניות CRS, לרבות קידום התודעה המידע והמדיניות סביב קודים לאחריות חברתית של תאגידים. בין היתר ניתנים במסגרת זו מענקים לעסקים קטנים ובינוניים לשם קבלת התעדה בדבר עמידה בקודים כגון SA 8000⁷⁷.

נציין גם את ספרד, פורטוגל, נורבגיה וגרמניה שם ניתנת הנחה של 50% בעלויות קבלת אישורים ממשלתיים לחברות בעלות תקן ISO 14001, את לוקסמבורג וסלובקיה שם אישורים ניתנים במסלול מהיר יותר ולפרקי זמן ארוכים יותר. וגם את תאילנד, שם ניתן ליצרנים פטור מתשלום בעבור רישוי לחמש שנים. התמריץ הנהוג במצרים הינו מתן החזר הוצאות ליעוץ לארגון לקראת התעדה בשיעור של 85%.

3.1.4 תמיכה במחקר ופיתוח

כך למשל בהולנד תומכת הממשלה ברגולציה עצמית באמצעות הקמת מרכז למחקר ופיתוח הנושא.⁷⁸

4.1.4 הימנעות מחקיקה

לעיתים, קודים וולונטריים באים לעולם מחשש לחקיקה, לעתים בעקבות איום מפורש ולעתים על פי הבנה גם ללא איום גלוי.

נביא לדוגמא את ענף תקשורת הכבלים בקנדה שהוזהר באופן ברור על ידי הרגולאטור ובעקבות כך אימץ קוד צרכני; בארה"ב סגן מנהל של רשת מזון הודה שאימוץ תכנית בקרת איכות על מזון, ובה בקרה של צד ניטרלי, נעשה כי "אם לא ניתן להם תוכניות וולונטריות פרי ייצור עצמי, נקבל

את זה מסוכנויות רגולטוריות"⁷⁹. מכאן כי מידת הפעלתנות של הממשלה ביוזמה ובקידום של חקיקה רגולטורית יכולה להוות מכשיר תמרוץ לאימוץ קודים וולונטריים או לציות להם. בארץ, ראוי לציין בדומה לכך את ההסכם הקיבוצי הכללי בעניין הפנסיה, שאחד הגורמים לגיבושו לאחר עשורים של משא ומתן היה, לפי עדות חלק מן המעורבים בתהליך, החשש מחקיקה, שבא לידי ביטוי מוחשי בהצעות חוק פרטיות וממשלתיות.

5.1.4 עידוד או הסמכה של צדדים שלישיים לקיים תפקידי בקרה על קיום הקוד⁸⁰
 כך למשל קובע החוק הקנדי בדבר הגנת הסביבה מאז שנת 2001 כי אין לדרוש לעיין בדוחות פנימיים תחת קוד וולונטרי לצורך פיקוח רגיל, אלא רק בעקבות חקירת תלונה או חשד לעבירה.⁸¹

6.1.4 הקלות באכיפה
 הרגולטור הממשלתי יכול להבטיח, במסגרת מדיניות האכיפה שלו, שלא להפעיל את הפיקוח על מוסדות שמקיימים את התקן שעבר את אישורו, במיוחד כאשר מדובר בקוד מוכר שמשמש לצורכי התעדה על ידי גורם ניטרלי.⁸² אפשר גם להקל באכיפה מנהלית, למשל בעניין רישוי, ניתן לתת רישיון לטווח ארוך יותר וכך להפחית את עלויות הרישוי החלות על מבקש הרישיון, אפשר להפחית את מספר הדרישות לחידוש רישיון, אפשר להטיל קנסות או עיצומים כספיים מופחתים וכיו"ב (כך בדיוק נוהג הרגולטור להגנת הסביבה במדינת קונטיקט בארה"ב כלפי מי שיש בידו התעדה בדבר עמידה בדרישות תקן ניהול איכות הסביבה ISO 14001).⁸³

7.1.4 הקלות בהליך המשפטי - הגנה מוכרת בחקיקה מפני תביעה או אישום והקלה בענישה
 קיום הוראות הקוד מהווה לעיתים הגנה מוכרת בפני תביעה אזרחית נזיקית, חוזית או מכוח חקיקה ייעודית כגון חוקי הגנת הצרכן.⁸⁴
 קיום הוראות הקוד יכול להקנות גם הגנה מסוימת מפני תביעה פלילית. כך למשל, תיתכן הגנה מפני אחריות קפידה, מקום שנקבע כי זהו היסוד הנפשי הנדרש לעבירה בדרך כלל. כך בקנדה עמידה בקוד יכולה להיחשב כנקיטת הצעדים למניעת העבירה, ולפטור מחבות באחריות קפידה.⁸⁵
 לעניין ההקלה בענישה נזכיר את מדינת קנדה, שם חוק בדבר הגנת הסביבה מנחה במפורש שופטים בשלב גזר הדין להתחשב בעמידה בדרישות של תקן ואף מסמיך בהקשר זה גם רעיון אותו הגו עלי בוקשפן ואסא כשר לפיו אימוץ תקן יכול להוות גם טענות הגנה טובות לנושאי משרה שעלולים לשאת באופן רגיל באחריות אישית לעבירות המבוצעות בתאגיד שבניהולם.⁸⁶
 לא ניתן להתעלם מכך שיש בעייתיות מסוימת בהקלות בהליך המשפטי, שכן כך הופך קוד שהינו וולונטרי במקורו לבעל השלכות משפטיות, ולכן הופך להיות מחייב במידה מסוימת, תוך איבוד המימד ההתנדבותי שביסודו. כך, מי שעיצב לעצמו קוד עם עקרון של יישום הדרגתי, או אבני דרך, עלול למצוא את עצמו מחויב (חוזית, נזיקית או בעונשין) בשל אי עמידה בדרישות. כך גם, מי שלא היה שותף לעיצובו של קוד, עשוי למצוא עצמו נשפט לאורו. תופעה אחרונה זו אינה שלילית בהכרח, כי היא תורמת לצמצום החשש מפני טרמפיסטים free riders אשר נהנים מן השם הטוב שהענף רוכש לו בשל הנהגת קוד על ידי רוב חבריו. הקוד נותר כעת וולונטרי רק מבחינה זו שאין חובה לחבר אותו, אבל משחובר – יכול ויהיו לו השלכות משפטיות.

8.1.4 חקיקה תומכת בקודים וולונטריים

התנהגות בהתאם לקוד וולונטרי נחשבת לרוב לדבר טוב וחיובי במהותו, ולכן היא מוסיפה למוניטין של הפירמה. אולם יש גם סכנה של הטעיה. מכאן שהרגולציה השלטונית הרגילה המתאימת לצורות שונות של הטעיה, עשויה להוות מכשיר נוסף לחיזוק מעמדם של קודים וולונטריים. איסור הטעיה או סחר לא הוגן יכול להיות מופעל נגד מי שאינו עומד מאחורי הצהרותיו לפיהן הוא מקיים דרישות של קוד זה או אחר. כך למשל נתבעה חברת נייקי Nike על הטעיה צרכנית לגבי פרסומים שלה לפיה היא מקיימת קוד וולונטרי ביחסיה עם ספקים באסיה.⁸⁷

ובקנדה, חוקק חוק נגד הטעיה בעניין קיום דרישות של כשרות (יהודית ומוסלמית) שהיא

לכשעצמה עניין וולונטרי שאינו נדרש שם על פי חוק.⁸⁸

4.2 קוד וולונטרי מאושר ACOP⁸⁹

קוד מאושר הינו אופן מוכר של שילוב בין רגולציה שלטונית מסורתית לבין רגולציה עצמית. קוד מאושר מצוי במתכונת דומה במדינות ובתחומים שונים. מקורו בבריטניה בתחום הבטיחות בעבודה ובכך נתחיל את הצגתו.

בריטניה ערכה בשנת 1974 רפורמה מהותית ברגולציה של הבטיחות בעבודה⁹⁰. עד אז השיטה הייתה בנויה על דבר חקיקה מרכזי שמכוחו הותקנו מספר רב מאד של תקנות מפורטות וטכניות להפליא. זו השיטה שנהגה גם בימי המנדט והיא נוהגת אצלנו עד ימינו אנו⁹¹. הרפורמה שבאה לידי ביטוי בחוק הבטיחות הבריטי Health and Safety at Work Act 1974 (להלן - החוק), בעקבות דו"ח של ועדת רובנס משנת 1972⁹², הונהגה רפורמה שהושתתה על ביטול התקנות הטכניות והמרתן במספר מצומצם של תקנות בסיסיות. החוק והתקנות נוקטים לשון נורמטיבית כללית שהמכנה המשותף הוא הקו המנחה של סבירות ומעשיות, כאשר ברור שמניעה בדרך "סבירה ומעשית" הינה צרה יותר ממניעה "בכל דרך אפשרית". התקנות הבסיסיות גם מדגישות תהליכי עבודה וניהול, יותר מאשר הסדרת התנהגויות פרטניות. המעסיק הבריטי מחויב מכוח הדין לנהוג בזהירות סבירה, ולהתנהל באופן המבטיח זאת, אולם ההנחיה המעשית כיצד לעשות זאת איננה מפורטת בדין. לשם כך הוא נעזר בשורה ארוכה של טכסטים מנחים, קודים של התנהגות COP – Codes of Practice והנחיות מנהליות Guidance Notes. מסמכים אלה נעדרים מעמד משפטי מחייב, והציות להם הינו וולונטרי. בעוד ההנחיות המנהליות מקורן ברשות המנהלית, חלק מן הקודים מקורם ביזמות פרטיות, מן השטח. אמנם, בתי משפט נוטים להתייחס אל קודים והנחיות כאל אמת מידה פרשנית, וזאת במידה רבה יותר ככל שהגוף שהוציא אותם מוכר ומכובד יותר, אולם אין להם מעמד משפטי מחייב. נעיר כי לדעתנו טוב שכך נוהגים בתי המשפט על מנת שניתן יהיה לשמור על המימד הוולונטרי של הקודים. לעומת אלה, שונה מעמדם של קודים אשר עברו הליך של אישור מאת הרגולטור, הליך שהוא מעוגן בדין, והפכו בכך למה שהחוק מכנה "קוד התנהגות מאושר" ACOP – Approved Codes of Practice.

מעמדו המשפטי של "קוד מאושר" מצוי בתווך בין נורמה מחייבת לבין נורמה חיצונית למערכת המשפטית או כלי עזר לפרשנות גרידא: החוק במפורש קובע שהפרת קוד מאושר אינה מהווה לכשעצמה עבירה (סעיף 17 לחוק⁹³), ואף לא עוולה אזרחית (כגון הפרת חובה חקוקה – סעיף 47(2)), אולם עמידה בדרישותיו מהווה הוכחה משפטית לעמידה בדרישות הדין. מי שנתבע או מועמד לדין יכול להתגונן בשתי דרכים: על ידי כך שהוא מראה שהוא נוהג בהתאם ל- ACOP או על ידי הוכחה כי נקט אמצעי זהירות סבירים אחרים. החיסרון של הדרך השנייה הוא שמוטל עליו להוכיח לא רק כיצד פעל אלא גם שהדרך בה פעל הינה כזו שיכולה להיחשב כסבירה או כעומדת בדרישות החוק⁹⁴. במילים אחרות, קוד מאושר מעביר את נטל ההוכחה - על מי שמפר אותו להוכיח כי קיים את הדין בדרך ראויה אחרת.

סעיף 16 לחוק מסדיר את אופן האישור של קודים⁹⁵. הוא קובע רק עקרונות נוהליים ואינו מפרט שיקולים מהותיים. שיקול הדעת של הרגולטור (והשר הממונה) הינו רחב ביותר. החוק רק מתנה את סמכות האישור בקיומה היועצות רחבה - עם מחלקות רלבנטיות בממשלה מחד ועם כל גוף שנדרשת היועצות עימו מכוח תקנות או הנחיות מנהליות של רשויות ממשלתיות רלבנטיות מאידך.

לענייננו חשוב להדגיש שהחוק קובע במפורש שניתן לאשר קוד - בין שהוכן על ידי הרשות המנהלית או ביזמתה, ובין שהוכן על ידי גורמים חיצוניים. בכך מצוי פוטנציאל לממשק משמעותי בין המישור הוולונטרי לבין המישור השלטוני הכופה.

בפועל, אישור של קוד נעשה לרוב ביזמת ועדות ייעוץ הפועלות לצד הרגולטור, אשר אחראיות על ייזום בדיקה והמלצה על סטנדרטים, הוראות מנחות וקודים COP. כך מופקת טיוטה (המכונה consulting document) אשר מוצגת לעיון הציבור ומופצת להערות לפי רשימת תפוצה הכוללת את כל מי שנוגע בדבר בענייניו של המסמך.

הסדר זה מהווה מרכיב חשוב בהסדרת הבטיחות בעבודה, באופן כמעט זהה, גם באוסטרליה⁹⁶, ניו-זילנד⁹⁷ ובמדינת ניו-ג'רזי בארה"ב⁹⁸. ניתן למצוא הסדר זהה גם בתחומים אחרים, כגון באירלנד הן בתחום תנאי העבודה והן בתחום השוויון בעבודה⁹⁹.

נביא לדוגמא את התנאים שנקבעו לאישורו של קוד בתחום הצרכני בבריטניה: ¹⁰⁰ מחויבות למידע מדויק וברור לצרכן; שימוש בחוזים בהירים והוגנים; הנהגת מנגנון לטיפול בתלונות צרכניות שהוא ידידותי ומהיר; הליך יישוב מחלוקות זול ובלתי תלוי. עוד נציין כי לרוב לא יאושר קוד שחל בין עסקים לבין עצמם (להבדיל מיחסי עוסק וצרכן), או כאשר חברים רבים שפעלו לגיבוש הקוד פועלים מחוץ לבריטניה. גם הליך הפיקוח והבקרה על הקוד המאושר נעשית על ידי כך שבקשה לאישור צריכה להיות מוגשת על ידי ארגון נותן חסות, אשר עליו מוטלת החובה להוכיח רגולטור כי הקוד עונה על התנאים לאישור. לבסוף, אישור הקוד מקנה לעסק שהוא חבר בו זכות

לעשות שימוש בלוגו של ה-OFT, על כל המשתמע מכך לעניין מוניטין העסק המחזיק בכך בעיני הצרכן הבריטי.

דוגמה חדשה יחסית לקוד שה-OFT השתכנע ביעילותו ועל כן אישר אותו הינו קוד התנהגות למוסכים שצמח מן השטח. הפרטים שנמסרים על ידי ה-OFT מעידים על יישום התנאים האמורים¹⁰¹.

4.3 דואליות בתקינה

חוק התקנים הישראלי מהווה גם הוא דוגמא למודל מעניין לדו-קיום של רגולציה וולונטרית עם רגולציה כופה מסורתית.

הרגולציה הוולונטרית בתחום הטכנולוגי קיימת בישראל עוד מלפני קום המדינה. בשנת 1923 הוקמה על ידי גוף פרטי - אגודת האינג'ינרים והארכיטקטים (לימים - לשכת המהנדסים והאדריכלים) - "המעבדה לבדיקת חומרי בניין". עם חלוף השנים, גדלה המעבדה והתעורר גם הצורך בתקנים מקוריים שיתאימו לתנאי הארץ, ולפיכך החליטה אגודת האינג'ינרים בשנת 1945, להקים מכון תקנים בארץ (שנקרא מכון התקנים הארץ ישראלי), שייטול עליו את המשימה של הכנת תקנים ישראליים. לאחר קום המדינה, בשנת 1954 נחקק חוק התקנים¹⁰², אשר שינה את אופיה של התקינה בישראל והקנה לה אופי דואלי - חלקה מחייב וחלקה וולונטרי.

חוק התקנים הכניס מימד של רגולציה כופה. ראשית, החוק העניק למכון התקנים מעמד של תאגיד ציבורי (קרי תאגיד שמוקם בחוק ושואף את סמכויותיו ממנו) והעניק לו את הבלעדיות על קביעת תקן ישראלי (בסעיף 6 לחוק). שנית, החוק הבחין לראשונה בין "תקן", שהוא וולונטרי כפי שהיה גם קודם לחוק, לבין "תקן רשמי", שאיבד את המימד הוולונטרי שבו. "תקן רשמי" מוגדר כתקן ששר התמ"ת הכריז עליו ככזה לאחר היוועצות עם ארגוני היצרנים והצרכנים (סעיף 8 לחוק), והוא הופך מכוח ההכרזה מתקן וולונטרי לתקן מחייב, שהינו מקור לאכיפה ממשלתית (פלילית ומנהלית)¹⁰³. בשנת 1994 תוקן החוק כך שצומצם שיקול דעת השר בהכרזה על רשמיות על ידי קביעת עילות שרק על פיהן ניתן להפעיל את הסמכות. שלישית, החוק כונן מנגנון לבדיקת עמידה בדרישות של תקן רשמי. זאת, בדמותה של "מעבדה מאושרת". מכון התקנים הינה מעבדה כזו, וכך גם כל מעבדה פרטית שהמונה על התקינה, קרי הרגולטור שסמכויותיו מוגדרות בחוק התקנים, אישר אותה לשם כך. החוק מוסיף וקובע כי אישור של מעבדה מאושרת מהווה ראייה לכך שמוצר או תליך עומד בדרישות של תקן רשמי.

יוצא שהרגולציה השלטונית בתחום התקינה אמנם כופה מבחינה משפטית, שכן תקן רשמי כמוהו כ"דין", בכך שהוא מחייב והפרתו מהווה עילה להעמדה לדין פלילי ולתביעה אזרחית, אולם מבחינת מקורה היא אינה עצמאית, אלא היא מושתתת על הליכים וולונטריים, היא מתאימה את עצמה על פיהם, מתבססת עליהם ומשלימה אותם.

טיב ההליך קובע לדעתנו גם את המהות. סעיף 7 לחוק התקנים קובע ש" המכון לא יקבע תקן, אלא אם עובד בהתאם לכללים שנקבעו על ידי המכון, באישור שר המסחר והתעשייה ופורסמו ברשומות; הכללים יכילו הוראות בדבר השתתפותם של רשויות המדינה ושל נציגי היצרנים והצרכנים, המעוניינים בתקן מסויים, בעיבוד של אותו תקן." עיון בחוק התקנים, בכללי התקנים (עיבוד תקן ישראלי), התשנ"א - 1991 ובתקנון מכון התקנים מלמד כי זירת התקינה הינה המכון ומוסדותיו, ובמרכזם ועדות התקינה, ובכל אלה מתקיימים יחסי גומלין בין מומחים לבין בעלי עניין. בעלי העניין השולטים במרחב התקינה של מכון התקנים הם ארגונים וולונטריים למיניהם, בראשם ארגוני יצרנים וארגוני צרכנים שונים. אם כן, הרשויות הממשלתיות מיוצגות בהליך, אך אינן יכולות לשלוט בו.¹⁰⁴

הליך היווצרותו של תקן מחייב אפוא את צמיחתו מן השטח, בשילוב של מומחים ובעלי העניין בתקן. זאת, בדיוק כשם ש"חוק" מוגדר בדין הישראלי כטכסט שעבר מספר קריאות בכנסת. אולם אופיו של הליך קביעת תקן שונה מהליך החקיקה (הראשית והמשנית) בעיקר בכך שהזירה שונה והשחקנים שונים.

זירת התקינה שונה מן הזירה הפוליטית הרגילה בעוד שני היבטים. ראשית, בפועל, כמעט כל המומחים המעורבים בעיצוב התקנים עושים זאת בהתנדבות. ועדות התקינה אינן מתגמלות את חבריהן. שנית, הזירה של עולם התקינה מתאפיינת גם באופייה הגלובלי. לפי סעיף 13 לחוק "בקביעת תקן, יאמץ המכון, ככלל, תקינה בין-לאומית אשר נוהגת בקרב המדינות המפותחות". התוכן של התקנים מושפע אפוא מן הנעשה בעולם התקינה בחו"ל. יצוין כי גם בקביעת כלליו הפרוצדוראליים, לעניין עיבוד תקן, הלך מכון התקנים אחר הפרקטיקה המוכרת בעולם התקינה הבינלאומי והליך אישור תקן בישראל דומה למדי להליך של תקן בינלאומי במסגרת ISO. יש היגיון בזיקה הבינלאומית הזאת, בשל תרומת התקינה להרמוניזציה בסחר הבינלאומי ולצורך לעמוד בסטנדרטים בינלאומיים על מנת להשתתף בשוק הכלכלה העולמי. מכל מקום, זירת היווצרותה של התקינה הינה ייחודית. היא קרובה לשטח, היא מושתתת על התנדבות, היא משלבת מומחים ובעלי עניין בארגונים הוולונטריים והיא מותאמת לעולם הגלובאלי ומכווניה עצמה אליו.

המאפיינים הללו חלים על כל תקן - גם על תקן רשמי, שכזכור הינו תקן שאושר על ידי המכון ובנוסף לכך גם הוכרזה עליו רשמית. אשר על כן, תקן רשמי הוא דין דואלי: מעמדו מחייב אולם מקורו ותכניו באים מן העולם הוולונטרי. תקן רשמי הוא דין שחסיין מפני ההליך הפוליטי הרגיל. להבדיל מחוקים או תקנות הקובעות הסדרים מהותיים - הכנסת כלל אינה מעורבת בעיצובו ובאישורו של תקן רשמי. הזירה המקצועית הוולונטרית הינה אוטונומית, ותוצרים שלה מקבלים הכרה וגיבוי מראש מצד המחוקק.

אמנם, עולם התקינה צמח בעולמות התוכן הטכנולוגיים, אולם המגמה כעת היא לכיוון של התרחבות אל תחומים פחות ופחות טכניים. נציין לדוגמא את אבני הדרך הראשונות בדמות התקנים העוסקים בזכויות עובדים ובתחום איכות הניהול של ארגונים.¹⁰⁵ מרחיק לכת במיוחד

הינו התקן הישראלי החדש, תקן 10000, שהינו תקן מנחה לאחריות חברתית, אשר הושק לאחרונה במקביל להשתתפות המכון במאמץ שמנהל ארגון ISO לגיבושו של תקן 26000 לאחריות חברתית.¹⁰⁶

5. מודל מוצע

על מנת למצות את הפוטנציאל הגלום בשילוב רגולציה ממשלתית כופה ורגולציה וולונטרית, חיוני לדעתנו להגדיר שני פרמטרים: צורת השילוב והשלכותיו המשפטיות ומאפיינים הכרחיים של קוד כדי שהרגולטור השלטוני יתחשב בו.

מפתה להמליץ על מודל קיים, יהיה זה "קוד מאושר" או "תקן רשמי". אולם כל אחד מהם מצריך לדעתנו שיפור מסוים. כך, מודל הקוד המאושר אינו מספק הכוונה לגבי התנאים המוקדמים לאישורו של קוד. החקיקה מפרטת במדויק את השלכותיה המשפטיות של הכרה בקוד, אולם היא מעניקה לרגולטור הממשלתי שיקול דעת רחב ובלתי מונחה לעניין המקרים בהם תינתן אותה הכרה, לכל היותר נדרש ממנו להשתכנע כי הקוד הינו יעיל. המודל שיוצע על ידינו מתבסס על תשתית זו ומוסיף עליו תנאים להכרה על בסיס הלקחים מן הסקירה שהראינו, במיוחד באשר לאינדיקטורים ליעילותם¹⁰⁷ של קודים וולונטריים ובאשר לבסיס הלגיטימיות שלהם.

לעומת מודל הקוד המאושר, מודל התקן הרשמי מתייחס אומנם להליך גיבוש הקוד (מבחינת תנאי סף מינימאליים והכרחיים להכרה בתקן - כללי התקינה אכן מהווים מקור השראה לעניין מנגנון ההיווצרות של קוד אשר מבטיח הליך משתף, מקצועי וקונצנזוסואלי), אולם המודל הזה חסר ככל שמתרחקים מעולמות התוכן הטכניים. נוסף על כך, המודל חסר גם בפן של השלכות המשפטיות שלו: המשמעות של הפיכת תקן לתקן רשמי אינה ממקסמת לדעתנו את הפוטנציאל של השילוב, שכן היא הופכת את התקן הרשמי להיות כדבר חקיקה לכל דבר ועניין, מבלי להתייחס למגוון אפשרויות השילוב אשר בתוך.

על בסיס הנחות אלה להלן מודל מוצע על פי שני מרכיבים: תנאים הכרחיים להכרה בקוד והשלכות ההכרה בו.

5.1 תנאי סף להכרה בקוד

5.1.1 הקוד מושתת על העיקרון של ציות לחוק כתנאי מוקדם

במילים אחרות, הקוד כולל נורמות מעבר לציות לחוק (beyond compliance with law). הכרה בחשיבותם של קודים וולונטריים אין משמעותה וויתור על העליונות הנורמטיבית של החוק, פרי ידיו של נציג הריבון בדמוקרטיה. כור ההיתוך של הנורמות הוולונטריות הינו זירה שונה מן הזירה הפוליטית, והיא לגיטימית גם כן, כל עוד היא אינה מתיימרת להוות לה תחליף. קוד וולונטרי שאינו עונה על תנאי הכרחי זה מסכן לדעתנו את הלגיטימיות ואת היעילות של האכיפה השלטונית ואין מקום להכיר בקוד שמתיימר להוות תחליף לאכיפה הקלאסית.

2.1.5

הפרוצדורה לגיבוש תוכן הקוד מבטיחה שיתוף שוויוני של כל מחזיקי העניין

אחד החששות מפני יישומה של רגולציה וולונטרית, באמצעות גיבוש של קוד, הינו כי תתרחש "השתלטות" של גורמים חזקים במשק על פני גורמים חלשים יותר וכי הקוד יתאים ויקדם רק את אותם גורמים חזקים בשוק. זו אחת הסיבות שלדעתנו ראוי בכלל ליצור שילוב בין רגולציה קלאסית לרגולציה עצמית כך שיובטח פיקוח מסוים על מנת שלא יתממשו חששות כגון האמור כאן.

לכן, ראוי לדעתנו לקבוע כתנאי סף להכרה בקוד, כי ההליך לגיבושו כלל את כל מחזיקי העניין, קרי נציגיהם של כל מי שפעילות הארגון משפיעה עליו ומושפעת ממנו מבחינה כלכלית וחברתית, ובאופן שווה. בעניין זה ניתן להסתייע בכללי התקינה שיכולים לסייע בקביעת מנגנונים של ועדות שמורכבות מנציגים של המגזרים הרלבנטיים בענף או בתחום הפעילות של הקוד.

הדבר אינו נכון עבור פיתוחו של כל קוד. כך למשל, הקודים הידועים בשם CSR פותחו במיוחד על ידי ועבור חברות רב לאומיות, אולם המניע לכך נבע מן הצורך בהרמוניזציה של הנורמות עבור חברות שמנהלות פעילות במדינות רבות. לא הייתה במקרה זה כוונה להתחזק על חשבון הפירמות הקטנות והבינוניות. יחד עם זאת, יטיב הרגולטור אם יזהה את הקושי בטרם הוא מכיר בקוד, פן תהיה להכרה על ידו תוצאה של הגדלת ההזדה של העסקים הקטנים והבינוניים.

3.1.5

הפרוצדורה לגיבוש תוכן הקוד, ופרסומו לאחר גיבושו, מבטיחים שקיפות

בעניין זה נבקש להדגיש כי כוונתנו לשקיפות בהליכים הפרוצדוראליים לגיבוש הקוד ולא לשקיפות מבחינת קביעת תוכנו. אנו סבורים כי אין מקום לחשוף את הפרוטוקולים וההתייכונים בין הצדדים הרלבנטיים כדי לאפשר הליך של משא ומתן יעיל.

אם כן, חובת הפומביות צריכה להתמצות לדעתנו בפרסום הכוונה לגבש קוד כדי שגורמים בעלי עניין יוכלו לבקש להיות שותפים להליך. לאחר גיבושו של קוד כזה, יש מקום לפרסם גם את הקוד המגובש על מנת שהציבור יוכל להעיר את הערותיו. בעניין זה אנו ממליצים לאמץ את כללי התקינה.¹⁰⁸

תנאי נוסף להכרה בקוד הוא היותו מפורסם באופן גלוי לכלל הציבור (לאחר שגובש). ארגון ISO מבקש לעמוד על זכותו לזכויות יוצרים על גיבוש קודים על ידו כך שמי שרוצה להיחשף לקוד וליישמו יצטרך לשלם בעבור הקוד. טענתו העיקרית של ISO הינה כי הענקת זכויות יוצרים תאפשר קיום פיננסי כלכלי של הגוף. קיומו הכלכלי באמצעים אלו יבטיח יושרה מצד הגורם האוכף (גורם ההתעדה, קרי ISO) שכן הוא לא יצטרך לבקש כספים מצד הגורמים הנאכפים, באופן זה, טוען ארגון ISO כי תובטח יעילותם של הקודים יעילים וניתן יהיה לסמוך עליהם. לדעתנו, כאמור, אין ללכת שולל אחר טענות אלו, שכן גם באמצעות קניית זכות השימוש מתקיימת תלות כלכלית, ויש לקבוע כי תנאי סף להכרה בקודים הוא היותם מפורסמים בפומבי

כך שהציבור יוכל לדעת מה הם התנאים לפיהם מתיימר להתנהל הגוף העסקי.¹⁰⁹ לדעתנו, רכיב הפומביות, המאפיין כל דבר חקיקה, הינו רכיב הכרחי גם כאשר מדובר על אימוץ קודים וולונטריים וזאת בעיקר על מנת שהציבור יוכל לעמוד על קיומו.

4.1.5

הקוד מנוסח בבהירות והינו מפורט

הקוד נדרש להיות בהיר ומפורט לעניין תחום ההתנהגות המוסדרת, יעדי הקוד, והנורמות הקבועות בו. בהירות ופירוט נדרשים הן כדי שניתן יהיה לציית לו באופן מלא והן מכיוון שכך מצופה מתקן. להבדיל מנורמות הנקבעות על ידי המחוקק, אשר לעיתים הן כלליות ומאפשרות לבתי המשפט ליצוק בהם תכנים, הרי שמקוד מצופה כי יהיה פרטני ומדוקדק. במיוחד אם זה מיועד להתעדה. זו גם הסיבה שתקן 10,000 שגובש בימים אלו על ידי מכון התקנים אינו יכול להיות תקן רשמי בסופו של דבר.

5.1.5

הקוד קובע מנגנון לתיקון ולעדכון תוכנו מעת לעת

כפי שסקרנו לעיל, ייחודם של הקודים הם בהיותם גמישים ובאפשרות עדכונם באופן מהיר יחסית לחקיקה קלאסית. יתרון זה הוא יתרון שיש לדעתנו לשמר ועל כן יש לקבוע לדעתנו כי תנאי זה יהווה תנאי סף להכרה בקוד.

6.1.5

מנגנון יישום הקוד כולל מערכת ניהול

תנאי קיומה של מערכת ניהול הוא לדעתנו תנאי הכרחי על מנת להבטיח כי הקוד ייושם באופן שוטף. כוונתנו לכך כי תינטל אחריות על ידי ההנהלה, יתקיימו מנגנונים ארגוניים לתיעוד, בקרה, הפקת לקחים ואופן יישום. אימוץ מערכת ניהול פעילה משלימה לדעתנו את החסר ברגולציה שלטונית מסורתית, אשר מוטית לטיפול באירועים של הפרה, שיכולים להיות אקראיים, ופחות שמה לב לתרבות הניהול הפנימית של הגורם המפוקח. כפי שסקרנו לעיל, ישנם חסרונות לטיפול בהפרה בלבד ולא בהתנהלות השוטפת. הרגולציה הקלאסית מתמקדת כאמור ב"כיבוי שריפות", היא בוחנת את הפרות החוק, לאחר שאלה התרחשו, וכאשר ההרתעה אינה פועלת, היא לא מבטיחה שחברות אחרות, ואף אותה חברה מפרה בעצמה, יפנימו את הלקח ויימנעו מהיעדר ציות לחוק בעתיד. הגורמים הנאכפים עלולים לחזור על הטעות שוב ושוב, מבלי שהפנימו את הטעות שבהתנהלותם. עוד כפי שצינו לעיל, חוסר היעילות שבאכיפה הממשלתית מתבטא גם בכך שהמיקוד הוא בכשל שהתגלה, וזהו לא בהכרח מוקד הבעיה החמור והמשמעותי ביותר.

7.1.5

התעדה על ידי גורם שלישי בלתי תלוי

כפי שהסברנו במבוא למאמר זה, רגולציה וולונטרית יכולה להתבטא באכיפה עצמית תוך-מפעלית ובאכיפה עצמית באמצעות גורם שלישי שהינו תלוי או בלתי תלוי בגורם הנאכף. הגורם השלישי הוא מי שהוסמך לכך על ידי מעצבי הקוד או במקרים מסוימים לא מן הנמנע שהרגולטור יכיר בגורמי התעדה שהוא הסמיך אותם, אם אלה מוכרים גם על ידי בעלי הקוד הוולונטרי. לדעתנו, על מנת שהרגולטור יכיר בקוד, תנאי סף הינו כי ההתעדה תתבצע על ידי גורם בלתי תלוי ברור כי קיימות מידות שונות של תלות, כגון תשלום משכורת קבועה, תשלום אגרה שנתית,

תשלום דמי חבר, וכיו"ב. בהיות הגוף השלישי גוף פרטי, מובן כי עליו להתקיים בדרך כלשהי ועל כן אין אנו פוסלים אפשרות קיומה של תלות כלכלית מסוימת אם כי יש להבטיח כי זו תהיה מינורית ככל הניתן. כפי שהסברנו לעיל, תמיכה כלכלית בדמות שמירה על זכויות יוצרים אינה באה בחשבון על מנת שניתן יהיה לשמור על פומביות הקוד, לעומת זאת, תשלום סמלי בדמות דמי חבר יכולים להיות סבירים לדעתנו, וככל שאלה נשארים סמליים ואינם תלויים בדירוג כלשהו. תמיכה כלכלית-פיננסית מצד הרגולטור, גם היא אופציה שניתן לקחת בחשבון על מנת להקטין את מידת התלות של הגוף המבקר בגופים הנאכפים על ידו.

8.1.5 הרגולטור משוכנע בערכו של הקוד ובאמינות הגורמים המתעדים

הרגולטור צריך להשתכנע כי הקוד יעיל, אינו מטעה צרכנים או בעלי עניין אחרים, אינו מותיר בצד בעלי עניין חלשים, והוא משפר בפועל את התנהגות הארגונים המחויבים לנהוג על פיו. תנאי זה מחייב את הרגולטור להתעניין, לבחון, להיפטר מן העוינות האינסטינקטיבית כלפי קודים וולונטריים, או להימנע מללכת שבי אחרי קסמם, כל אחד לפי נטיותיו. זהו המרכיב הסובייקטיבי של שיקול הדעת המוחלט של הרגולטור, אותו פגשנו במודלים הקיימים של קודים מאושרים, אם כי אנו מציעים כי זה יוותר כתנאי סף אחד מיני כמה שהצענו לעיל. כל המרכיבים של המודל המוצע עד כה הינם אובייקטיביים. איננו מציעים להסתפק בהם ולוותר לחלוטין על ההערכה הסובייקטיבית של הרגולטור. כך, לפחות, כל עוד האינדיקאטורים ליעילותם או לחוסר יעילותם של הקודים הוולונטריים אינם מושגים על ממצאים חד משמעיים. הם יכולים וצריכים לסייע לרגולטור, אולם אין בהם די. ההערכה הסובייקטיבית של הרגולטור חייבת להתייחס הן לגורמים המעורבים בעיצוב הקוד, המוניטין שלהם והידוע אודות ביצועיהם, והן לגורמי ההסמכה וההתעדה. הרגולטור יכול להכיר בקוד בתנאי שגורמי ההכרה עוברים אישור מיוחד שלו. כך יכול הרגולטור לאמץ מנגנון נפרד להכרה בגורמי התעדה, בדומה לאישור מעבדה לפי חוק התקנים.

5.2 השלכות המשפטיות של ההכרה בקוד

5.2.1 הפרת הקוד מהווה ראייה לכאורה להפרת חובת זהירות או חובה חקוקה

איננו מציעים להרחיק לכת ולקבוע כי הפרת הקוד תהווה עבירה או עוולה אזרחית-ניזיקית, אך אנו מציעים כי הפרת הקוד תשמש כאבן בוחן, בהיותה ראייה לכאורה, לצורך הוכחת הפרת חובת זהירות או חובה חקוקה במישור האזרחי-ניזיקי (אם כי לא במישור הפלילי). כפי שהראנו לעיל, אחד התמריצים האפקטיביים לציות לקודים וולונטריים הוא הציפייה שהדבר יהווה טענת הגנה בהליכים אזרחיים ופליליים. ניתן להבטיח זאת מראש באמצעות חקיקה שתקבע כי זו תהווה ראייה לכאורה. נציין כי חלק מהשופטים נוטים כבר היום לעשות שימוש בקודים כאבן בוחן להתנהגות סבירה הנדרשת מיצרן, העיגון החקיקתי יבטיח כי כל בתי המשפט יחויבו לפעול כך.¹¹⁰

2.2.5 פטור חלקי מאכיפה כופה יזומה

אחד הקשיים הגדולים של האכיפה השלטונית הכופה כרוך בתיעודו. כפי שסקרנו לעיל, אכיפה הינה תמיד סלקטיבית, מפאת מגבלות התקציב והמשאבים. פעמים רבות, מקורותיה של היעדר לגיטימציה לאכיפה קלאסית נעוץ בהיותה כרוכה באכיפה סלקטיבית. הודנו כי האכיפה

הסלקטיבית אכן אינה ראויה לדעתנו אם היא מיושמת באופן "פרוע ופראי" מבלי שיש משנה סדורה מאחוריה הבאה לידי ביטוי בנהלים פנימיים ובאופן התנהלות קבוע מראש על ידי הרשות האוכפת. ציינו גם, כי אך לאחרונה הוכנסה בחוק הפלילי הגנה חדשה - "הגנה מן הצדק", שנועדה בין היתר לבחון את אופן האכיפה על ידי הרשויות ולהבטיח שהינה מעוגנת במדיניות ממשלתית סדורה. על כן, אנו מציעים כי במסגרת משנה סדורה זו, ייקבע כי גופים אשר עוברים התעדה לפי קודים מוכרים יצאו מתכנית העבודה היזומה של הרגולטור, שכן תנאי להכרה בקוד וממילא לעמידה בדרישותיו היא לכשעצמה עמידה בדרישות החוק (בשל התנאי של ציות מעבר לנדרש לפי החוק). הרגולטור יבדוק באופן יזום גוף שכזה רק באחת משתי הסיטואציות הבאות: כאשר מוגשת תלונה ישירה המעלה חשש להפרת החוק למרות ההתעדה ובאופן מדגמי לבדיקת היעילות של הקוד ושל ההתעדות בדבר עמידה בדרישותיו.

3.2.5 הקלה בענישה בעבירות ראשונות

הקלה בענישה בעבירות ראשונות, משמעותה המרת קנס בהתראה, הגעה לסדר טיעון, הפחתה בענישה וכיו"ב. נסביר את עמדתנו, מדוע יש להקל בענישה במקרים אלו: התעדה בדבר עמידה בדרישות הקוד יוצרת חזקה של תקינות. המשמעות היא שאם בכל זאת מתרחשת הפרת חוק, ככל הנראה מדובר בתקלה מקומית ולא בשיטה או בהתנהלות כללית בלתי תקינה. האכיפה השלטונית נוהגת להבחין בין עבירה ראשונה לבין עבריינות חוזרת. היא נוהגת להקל לגבי הפרות מקומיות, ולהחמיר בהפרות חוזרות ושיטתיות. ההתחשבות בהתעדה כאמור איננה אם כן בגדר חריגה מעקרונות הנוהגים גם כיום, היא רק מקלה באופן מעשי על גורמי האכיפה להשתכנע בכך שלפניהם מפר קל ולא עבריין מועד. ההתעדה חוסכת מגורמי האכיפה הרגולטיבית מאמצי חקירה לגבי קיומן או העדרן של נסיבות מקלות, והיא יוצאת מהנחה שאלה מתקיימות בעצם אימוצו של הקוד. בכך, נחשכים משאבים כלכליים מצד הרגולטור וניתנת הגנה לגורם הנאכף כך שהנה לפנינו מקרה נוסף של win-win situation.

4.2.5 מתן סיוע כספי לגורמים המבקשים לפתח קודים

אפשרות נוספת להבעת תמיכה מצד הממשלה להפצת קודים יכולה להתבטא בסיוע כלכלי לגופים המבקשים לפתח קודים כאלה, כפי שהזכרנו כבר לעיל בהצעת תנאי הסף להיות הגורם השלישי המפקח גורם בלתי תלוי. לעניין זה, וככל שמדובר בנכונות הממשלה לסייע ליזמות לרגולציה וולונטרית, אין הכרח לדעתנו להקפיד על קלה כחמורה בכל התנאים שבמודל המוצע. זאת, ככל שהרגולטור משוכנע שהקוד הוולונטרי לא יזיק לאכיפה השלטונית, או אפילו במקרים בהם הקוד לא יועיל לה במישרין. לכן, אין לסייע לקוד שאינו ממלא אחר התנאי של ציות מעבר לחוק, אולם ניתן לסייע לקוד שמעוצב על ידי גורמים ראויים בעלי מוניטין אפילו אם אין מדובר בקוד לצורך התעדה על ידי גוף שלישי. כך למשל, התקן לאחריות חברתית, שפיתח מכון התקנים הישראלי, הינו קוד רציני מכל הבחינות וראוי לסייע ממשלתי להפצתו ולהרחבת המודעות לו, אולם הוא אינו ראוי להתחשבות מצידם של גורמי אכיפה, בשל היותו קוד מנחה, שאין בו מערכת ניהול ואין הוא מכוון להתעדה על ידי גורם בלתי תלוי.

לסיום הפרק בדבר המודל המוצע, נבקש ליישם מודל זה, ולצורך המחשה, על שני קודים וולונטריים קיימים, שניהם קודים ראויים בפני עצמם אולם רק אחד מהם ראוי לדעתנו לשילוב ברגולציה השלטונית.

מכון התקנים השיק לאחרונה את תקן 10,000 לאחריות חברתית. זהו קוד חשוב מבחינת תוכנו, באשר הוא משקף את מרכיבי השיח בתחומי האחריות החברתית ועושה בהם סדר. הוא בודאי יתרום לפיתוח המודעות של עסקים וארגונים שונים לצורך ולחובה לחשוב על ההשלכות החברתיות והכלכליות של פעילותם, ולקבוע לעצמם כיעד להימנע מהקרבת האחריות החברתית לשם קידום רווחיותם או יעילותם. אלא שזהו קוד מנחה, שאינו מיועד להתעדה על ידי גורם שלישי בלתי תלוי. התקן חשוב וראוי כי תוכנו כולל נורמות מעבר לציות לחוק, חלקן חדשניות וחשובות (כגון החלת הנורמות על כל מרכיבי שרשרת הייצור, ולא רק על הפעילות הישירה של העסק עצמו), אולם חולשתו היא בכך שאין בו מחויבות לקיומה של מערכת ניהול להבטחת יישומו, אין הוא נועד לשמש אמצעי בקרה בכלל ועל ידי גורם שלישי בלתי תלוי בפרט והינו בלתי מפורט ובהיר כנדרש מקוד מחייב, הנורמות הנוגעות לצורך בזיהוי מחזיקי העניין של הארגון ולניהול הידברות עימם הן חשובות, אולם הן אינן מנוסחות באופן המאפשר בקרה. ככל שמדובר בקוד מנחה, אין בכך שום פגם. אולם הנחיה רופפת כזו אינה מאפשרת לרגולטור להתחשב בקוד שכזה במסגרת האכיפה השלטונית שהוא אמון עליה. יש להניח שגם בתי המשפט לא יעשו בו שימוש כמדד לקיום רמת סהירות סבירה, במסגרת ברור תביעות נזיקיות.

דוגמה אחרת היא תקן ניהול בטיחות בעבודה OSHAS 18000 שאומץ על ידי מכון התקנים בישראל ונרשם כתקן ישראלי 18000. זהו תקן וולונטרי ובו נורמות של ניהול הבטיחות בעבודה מעבר למינימום לפי החוק, הוא כולל מערכת ניהול משוכללת, דומה מאד לזו הקבועה בתקני ISO בתחום איכות הסביבה. הוא עוצב על ידי מכון התקנים הבריטי, על יסוד המודל של תקן ISO 14000 לאיכות הסביבה, והוא מופעל כקוד לצורכי התעדה על ידי גורם שלישי בלתי תלוי. לקוד זה שם עולמי ומוניטין כתקן יעיל, רשויות רגולטוריות בעולם מתחשבות בו, מכון התקנים עורך בדיקות עמידה בתקן ומעניק תעודות המעידות על עמידה בדרישות התקן, לאחר מבדקים יסודיים וחודרניים. בראיונות עם המנהלת הכללית הקודמת של מכון התקנים, גב' זיווה פטיר, ואנג' ראובן רבינוביץ, מנהל אגף איכות והסמכה במכון עד שנת 2008, הם ביטאו את אמונתם בהתעדות לפי תקן 18000. לפי הערכתם, מפעל המחזיק בתעודה זו צפוי להיות בטוח לא פחות, ולהערכתם אף יותר, ממפעל אשר מפקחי אגף הבטיחות בעבודה במשרד התמ"ת מבקרים בו. ואכן, התעדה של מכון התקנים יכולה להוות גורם משלים לאכיפת המפקחים מטעם משרד התמ"ת, ולאפשר להם להתרכז בתכניות העבודה שלהם במקומות שאינם עוברים בקרה כלשהי. נותר לראות אם יחליט המפקח על העבודה החדש במשרד התמ"ת להכיר בערכן של התעודות לפי תקן 18000 ולהמליץ על גורמי האכיפה במשרד להתחשב בהן במסגרת פעולות האכיפה שלהם. אם יאמץ הקוד המוצע על ידנו, הרי שיש להכיר בכך באופן רשמי באמצעות הנחיות פנימיות וחקיקה.

6. אחרית דבר – מחשבות ראשונות על יישום בעולם העבודה

כיוון שעיסוקנו העיקרי הינו בתחום דיני העבודה, לא יכולנו לסיים את המאמר מבלי לייחד מספר מילים לשאלת התאמתה של הרגולציה העצמית לעולם מיוחד זה. כוונתנו בעיקר לשני פרמטרים מהותיים בעולם דיני העבודה שלא ניתן להתעלם מקיומם. האחד, מוסד ההסכמים הקיבוציים וצווי ההרחבה, והשני, השחקנים המובילים ביחסי העבודה - ארגון העובדים וארגון המעסיקים.

לכאורה, ההסכם הקיבוצי הינו רגולציה וולונטרית מובהקת, הוא נכרת בין ארגון עובדים למעסיק פרטי או לארגון מעסיקים, אשר כולם וולונטריים, הוא "צומח מלמטה", והוא מתאפיין בהסדרה פרטנית של יחסי עובד-מעביד מעבר למינימום שבחוקי המגן. יתרה מזו, מוסד צו ההרחבה מהווה דוגמה מובהקת של אותו שילוב בין רגולציה כופה לבין רגולציה וולונטרית, עליה המלצנו בפרק הקודם. לכאורה, ניתן להסתפק בהסכמים הקיבוציים, המיוחדים והכלליים, ובצווי ההרחבה המוצאים מידי פעם בפעם על ידי שר התמ"ת ואין צורך גם ברגולציה עצמית.¹¹¹ אם כן, האמנם המודל המוצע על ידנו כלל אינו רלבנטי לעולם יחסי העבודה?

אכן, ההסכמים הקיבוציים גם הם קודים של התנהגות, המשקפים את הסכמת הצדדים במפעל או במשק, ובכך הם מהווים למעשה צורה פרטנית של רגולציה עצמית. אם נשווה את ההסכמים הקיבוציים וצווי ההרחבה לעולם התקינה, הרי שניתן להקביל בין הסכם קיבוצי לתקן בלתי מחייב, שהצדדים בחרו להחיל על עצמם ואת צו ההרחבה לתקן רשמי, שהשר קבע כי יש מקום להופכו למחייב.

לדעתנו, הגם שההסכם הקיבוצי מהווה סוג של קוד וולונטרי, אין הדבר שולל אפשרות של שילוב בין הסכמים קיבוציים לבין קודים וולונטריים אחרים. דווקא השימוש בהקבלה לעולם התקנים יכול להדגים את הנקודה הזאת: כפי שגם כיום ההסכמים הקיבוציים וצווי ההרחבה, שבחלקם יש התייחסות לנושאי בטיחות בעבודה, מתקיימים בצד הסדרה באמצעות תקנים בטיחותיים, הרי שאין מניעה כי גם בליבה של יחסי העבודה ידורו יחד הסכמים קיבוציים ותקנים כדוגמת SA8000.

ובהקשר של נחיצותו של תקן לקביעת אחריות חברתית דווקא, מעניין לציין כי ביה"ד לעבודה כבר עשה שימוש במושג האחריות החברתית (כלפי העובדים וכלפי הציבור בכללותו) בקשר להסכמים הקיבוציים וכך חייב את שירותי בריאות כללית לקיים הליכי מכרז לצרכי איוש משרות בכירות בשורותיה. באותו מקרה קבע ביה"ד כי האחריות החברתית המוטלת על שירותי בריאות כללית מקורה בהיותה גוף ציבורי ולכן עליה לקדם ערכים של שוויון בעבודה ומניעת אפליה.¹¹² במקרה אחר, גם הוא נוגע לשירותי בריאות כללית, קבע ביה"ד כי האחריות החברתית המתחייבת מהיותו גוף ציבורי, מקימה זכות לנציגות העובדים להשמיע את קולה טרם סגירת מרכז רפואי.¹¹³ כלומר, בית הדין מצא כי יש מקום לחייב גופים שונים בפעולות המשקפות אחריות חברתית גם ללא קיומו של הסכם קיבוצי או תקן מחייב.

לעניין מקומם של ארגונים וולונטריים במערכת יחסי העבודה, נציין כי הארגונים הוולונטריים כבר קיבלו הלכה למעשה הכרה ממשית. זאת הן בהשתתפות פעילה שלהם בהליכי חקיקה, והן באמצעות שילובם כמגני זכויות לגיטימיים במערכת המשפט. ממילא, לא ניתן כבר להתעלם מהם כגורמים משפיעים בשוק.¹¹⁴

ניתן אם כן, מבחינה מושגית, לשלב בין הכלים המשפטיים המסורתיים לאכיפת זכויות העובדים, לבין שימוש במונחים של אחריות חברתית ושימוש בתקנים וולונטריים.

האם רצוי שילוב שכזה? שאלה ראשונה היא מניין לארגונים התנדבותיים שאינם ארגוני עובדים ומעסיקים הסמכות לייצג ולפעול למען העובדים, ומהי השפעתם על מערך יחסי העבודה? לגיטימיות הפעולה של ארגוני עובדים נטווחתה בפסיקה לפי מבחני בג"ץ עמ"ת. ¹¹⁵ האם יש מקום לבחינה דומה גם לגבי ארגונים וולונטריים?

טענתו של אפרים ז"לונני, מנהל מח' המחקר של הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הינה כי שנת 1995 וכניסת חוק ביטוח בריאות ממלכתי לתוקף היוו נקודת שבר בכוחה של ההסתדרות ובעקבותיה צצו, באותם תחומים שהחלו להיזנח או שלא ניתנה להם מלוא תשומת הלב, עמותות וארגונים התנדבותיים שמילאו את החסר שנוצר. ז"לונני חושש מתופעה זו שכן לטענתו ריבוי עמותות משמעותו החלשת כוחם של העובדים ביחסי העבודה המפעליים. ¹¹⁶ נראה שיש ממש בטענה זו, ואולי זו גם הסיבה שבתי הדין אינם ששים להגדיל את יחידות המיקוח המפעליות כאשר הם בוחנים האם מדובר בארגון עובדים יציג, ומסתפקים בלא פחות מאינטרס מיוחד ושונה, תוך הפעלת החזקה כי "מפעל אחד – יחידת מיקוח אחת" כדי שלא לפצל את כוחם של העובדים. ¹¹⁷ עם זאת, מקום שארגוני העובדים, כפי שז"לונני עצמו מודה, נכשלים בייצוג, הרי שבלתי נמנע שגופים חדשים ימלו את החלל ויפעלו לחיזוק כוחם של העובדים.

יתר על כן, נדמה ש דווקא צמיחתם של הארגונים הוולונטריים "מעוררת" את ארגוני העובדים שקפאו על השמרים, לחזור ולפעול. הדוגמה הטובה ביותר מתרחשת לנגד עינינו בימים אלה סביב חקיקת חוק לאחריות מזמין שירותים לזכויות עובדי הקבלן המוצבים בחציריו. זו יזמת חקיקה שבאה בימים בהם הסתדרות הכללית וארגוני המעסיקים הסכימו ביניהם להעדיף הסכמים על פני חקיקה. הארגונים החברתיים קידמו את הצעת החוק בעזרת שני חברי כנסת (דב חנין ושלי יחמוביץ) והדבר דרבן את הממשלה ההסתדרות ולשכת התיאום של המעסיקים לגבש הצעת חוק משלהם. גורל שתי הצעות החוק האלה – הפרטית – והממשלתית – עדיין תלוי ועומד. המעניין הוא השפעת הגומלין ביניהן.

ז"לונני כאמור מטיל בספק את לגיטימיות הפעולה של הארגונים הוולונטריים, שהפכה כאמור להיות חלק מן המציאות הקיימת, ככל שהם אינם עומדים בתנאים שנטוו בבג"ץ עמ"ת להכרה בארגון עובדים. במיוחד הוא טוען כי אין לגיטימיות לפעולה כאשר הארגון איננו יציג, אינו בהכרח דמוקרטי, חשוף למידע חלקי, בהיותו מיופה כוח של העובדים אך לא של כולם, ובהיותו בלתי מחויב לפעולה לטווח ארוך ובאופן קבוע. לכן, מציע ז"לונני להסתפק בעזרת הארגונים

הוולונטריים לצורך סיוע מקומי לעובדים ולא לתת להם להשתתף בעיצוב יחסי העבודה בשוק ובקביעת מדיניות וחקיקה.

במונחים של רגולציה וולונטרית המשמעות היא לתת מקום לארגונים הוולונטריים שאינם ארגוני עובדים רק במישור של יישום הנורמות, להבדיל ממישור עיצובן. ניתן למשל להכיר בארגונים הוולונטריים כגורמי עזר לסיוע באכיפת צווי ההרחבה – אשר כזכור הפרתם אינה מהווה עבירה פלילית.

צמצום ההזקקות בארגונים הוולונטריים מחזק את הגישה לפיה ארגוני העובדים המסורתיים מגנים היום, ויגנו בהכרח מחר על העובדים, טוב יותר מכל ארגון אחר. מבחינת המדינה, הקובע הוא מבחן התוצאה. במישור התיאורטי, אין למדינה קושי עם הכרה בקודים וולונטריים שצומחים לצד מערכת יחסי העבודה המסורתית. כל עוד מדובר בנורמות שהינן "מעבר לחוק" והן אינן באות במקומו, וכל עוד הקודים באים בנוסף להסכמים הקיבוציים ולא במקומם, מדוע לא לאפשר למעביד, במסגרת הפררוגטיבה הניהולית הנתונה לו, לבחור האם לאמץ נורמות נוספות, ומדוע לא להכיר בכוחם של ארגונים לעמוד מול המעסיקים על המקח על הנורמות העודפות לאלה הקבועות בחוק ובהסכמים הקיבוציים? כפי שהראנו, דווקא אימוץ נורמות כאלו יכול לקדם את מערכת יחסי העבודה ולחזק את מעמדו של העובד במקום עבודתו. כל עוד הגורמים הוולונטריים מהווים שחקן נוסף, שאינו בא במקום ארגוני העובדים וגם אינו מתיימר להחליפם, הרי שאין מניעה עקרונית לשיתופם במעגל המשפיעים על קבלת ההחלטות. לכאורה, מבחינת טובת העובדים, ככל שיהיו שותפים רבים יותר למערכת קביעת הנורמות, כך כר הלגיטימיות של הפעולה יהיה רחב יותר. בהקשר זה נזכיר שנית את שיתוף הפעולה שנקם בין ISO ILO (ארגון התקינה העולמי וארגון העבודה הבינלאומי) בו נקבעו עקרונות עבודה כלליים ומול הרשויות, והובטח שיתוף פעולה בעשייה היומיומית של הגופים בתחומים המשיקים ביניהם. בסופו של דבר, אם ארגוני העובדים ימלאו את תפקידם היטב, ממילא לא יוצר חלל שלתוכו ייכנסו ארגונים מתחרים.

לסיכום נאמר כי לדעתנו הדיון התיאורטי לא יקבע לבדו. המציאות היא שתכתוב את הגישה: ככל שהארגונים המסורתיים ימלאו את תפקידם, ימשיך מעמדם של הארגונים הוולונטרי להיות בשוליים. אולם אם ייווצר חלל, והעובדים ייווצרו ללא דין וללא דיין – הארגונים הוולונטריים ייכנסו לפעולה וימלאו אותו, ואז תתקשה מאד המדינה להתעלם מקיומם ומתרומתם. בסופו של יום, שאלת שילובה של הרגולציה העצמית בתחום דיני העבודה מציבה אתגר לכל המעורבים. ימים יגידו אם הרגולציה העצמית בתחום זה תשמר את אופייה המסורתי, עם ארגונים העובדים והמעסיקים ועם ההסכמים הקיבוציים במרכזם, או שמא יחולו בה תמורות עם התחזקותם של השחקנים הוולונטריים החדשים. זוהי ההתפתחות אשר תשפיע גם על עמדת הרגולאטור השלטוני, אם וכיצד ישולבו צורות הרגולציה והאכיפה בתחום דיני העבודה.

¹ עו"ד מיכאל אטלן הוא היועץ המשפטי של משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, חבר בקבוצת המומחים של ISO לתקן אחריות חברתית (SR 26000) ובוועדת התקינה של מכון התקנים הישראלי לתקן אחריות חברתית (ת"י 10000). עו"ד גלי גלזר שימשה, בעת גיבוש המאמר, כמתמחה של עו"ד אטלן בתחום ההסדרה והאכיפה של דיני העבודה והגנת הצרכן במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה. **הדברים אינם משקפים בהכרח את עמדת המשרד אלא את עמדת הכותבים בלבד.**

² "רגולציה" – "הסדרה" בעברית – משמעותה קביעת כללי התנהגות ומיסודם באמצעות מנגנוני בקרה ויישום. השימוש הרווח במונח בכל העולם המתועש בא לרוב בהקשר של הסדרת פעילות כלכלית או חברתית, ומבטא צורות שונות של התערבות בפעילות החופשית של שווקים (שוק התחבורה, שוק התרופות, שוק התקשורת, שוק העבודה, שוק הסחורות, היבוא והייצוא, שוק ההון, וכדו'). יש למונח הזה מובן צר ומובן רחב. **במובן הצר, רגולציה בנויה על ציווי ופיקוח (באמצעות כלים פלייליים וכלים מנהלים).** זהו המובן שישמש בשורות אלה. במובן הרחב הרגולציה כוללת גם כלי סיוע ותמריצים שונים, עליהם לא ידובר כאן. "רגולאטור ממשלתי" או בעצם מוטב לומר "רגולאטור שלטוני" (ולעיתים גם המונח השגור הינו "הרגולאטור הקלאסי") הוא אפוא רשות שלטונית המעצבת ומפעילה סמכויות כופות על פי דין. כך למשל, הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן, הממונה על התקינה, הממונה על ההגבלים העסקיים, הממונה על שוק ההון, המפקח על העבודה בתחום הבטיחות בעבודה; בעניינים רבים הרגולאטור היא השר הממונה ומי שסמכותו הואצלה לו לפי דינים שונים - חוקי העבודה, דיני הפיקוח על המחרים, פקודת היבוא והייצוא ועוד. הרגולאטור השלטוני מצווה ומפקח. בין שמדובר באכיפה מנהלית ובין שמדובר באכיפה פלילית, הרגולאטור כופה את עצמו על שחקני השוק המפוקחים על ידו.

³ גם הפירמה הבודדת יכולה להיחשב רגולאטור, כאשר היא מסדירה את פעילותה באמצעות כללי משחק פנימיים, החל בנורמות הצהרתיות וכלה בכינון מערכת ניהול ובה מנגנונים לבקרה וליישומן בתוככי הפירמה. מדובר אז ב "רגולציה וולונטרית" במהותה, ובכך היא נבדלת בברור מן הרגולציה השלטונית הכופה. כך בודאי מקום שהאכיפה היא עצמית לחלוטין, וכך גם אם הפירמה מקבלת על עצמה, באופן רצוני, פיקוח או אישור של גורם שלישי שאינו שלטוני (למשל פניה לגוף מומחה ומוכר בשוק לצורך התעדה certification בדבר עמידה בדרישות הקוד הוולונטרי). עולם התקנים מספק דוגמה מוכרת של הסדרה וולונטרית שכזו. כאשר עסק מקבל על עצמו כפיפות לתקן איכות ניהול למשל (כגון סדרת תקני ISO 9000), או לתקן איכות הסביבה (תקני ISO 14000), הוא עושה מעשה וולונטרי, אף כאשר הוא מכפיף עצמו לבקרה של גורם מתעיד ולבקרה של מחזיקי עניין שונים שלו ("Stakeholders"). נרחיב על כך בפרק 2 שלהלן.

⁴ על אימוץ תקני איכות וולונטריים בתחום איכות הסביבה בישראל ראו פרז ועמיחי-המבורגר, **ההשפעה של תקינה סביבתית וולונטרית על המשק הישראלי: פרספקטיבה כללית, סביבתית וארגונית**, הפקולטות למשפטים ולפסיכולוגיה, אוניברסיטת בר-אילן (מאי 2005)

- ⁵ אתר הבית של הארגון ובו הקוד לאחריות חברתית, אינדקס מעלה ומידע אחר: www.maala.org.il.
- ⁶ ראו נוסח התו למסעדות ב- http://www.kipa.co.il/upload/users_files/1123.DOC ונוסח התו לאולמות שמחה ב- http://www.kipa.co.il/upload/users_files/1124.DOC. ראה גם "תו השעה", מאת פנינה הירש - כתבת חשיפה ראשונה של פעילי הארגון, שהתפרסמה במקומון ירושלמי "כל העיר" מיום 3.6.05, שבסיומה מופיעה רשימה של 10 בתי קפה, 7 מסעדות ו-9 אולמות שמחה וקייטרינג אשר התהדרו בתו החברתי נכון לעת פרסום הכתבה.
- ⁷ <http://www.emun.org/ptrust/wc.dll?ptbus~committedret>
- ⁸ הכוונה היא לכך ששינויי החקיקה והנהלים הפנימיים אינם מיידים ולעיתים הם אינם מספיקים לעמוד בקצב השינויים בשוק.
- ⁹ ראה **Webb Kernaghan (ed) Voluntary Codes – Private Governance, the Public Interest and Innovation, Carleton University 2004**, זהו לדעתנו ספר מעולה ללמידת התחום כי הוא מרכז מאמרים עיוניים ומאמרים תאורטיים, המקיפים חלק גדול של עולם התוכן של הקגולציה הוולונטרית. מאמר זה שואב השראה רבה ממנו (להלן - **KERNAGHAN 2004**).
- ¹⁰ ההחלטה התקבלה ביוני 2004 והתקן ISO 26000 אמור להתפרסם בשנת 2011.
- ¹¹ בעניין מימד הוולונטריות שבאימוץ התקן הביעו ארגונים מסחריים עולמיים (WTO) את חששם מכך שהתקן יהפוך להיות מחייב ויהווה חסם להתקשרויות בינלאומיות. על כך עונים מנסחי התקן כי התקן אינו מיועד להתעדה (כלומר אינו מיועד להפוך להיות תקן עולמי מחייב) ולכן הוא לא יהווה חסם. למעשה, המטרה הסופית היא וודאי שהתקן יהפוך בסופו של דבר לחסם, חיובי במהותו, שיבטיח התקיימות סביבת עבודה הוגנת כלפי העובדים, הצרכנים, הנושים ובעלי המניות. עד להטמעתו, התקן לא יהווה חסם אך יש לקוות שבעתיד התקן יהפוך להיות שיקול בארסנל השיקולים אותם שוקלים גופים בבחירת גופים אחרים עימם הם בוחרים לבוא בהתקשרות ובמגע. ראו: Chair's statement prior to the Santiago meeting ISO/TMB/WG SR (20.8.2008)
- ¹² למלוא הפרטים הל פיתוח התקן – ר' אתר קבוצת המומחים לתקן ISO SR 26000 - <http://isotc.iso.org/livelink/livelink?func=ll&objId=3935837&objAction=browse&sort=name>
- ¹³ דברים אלה מתורגמים כאן מתוך דו"ח מיוחד שחובר על ידי מומחים מטעם ISO לקראת הדיון בו הוחלט על גיבוש התקן לאחריות חברתית: **Working Report On Social Responsibility**, ISO Advisory Group on Social Responsibility, 2004, p.20.
- ¹⁴ מקור השראה חשוב לכך מצוי בפרק 5 ב- **KERNAGHAN 2004**
- ¹⁵ יוסי דהאן סבור כי התאגידים נכנעים ללחץ הצרכנים שהחלו להיות מושפעים משיקולים מוסריים. הצרכנים כיום מעדיפים לקנות מוצר שיוצר בתנאי עבודה הולמים ותוך שמירה על הסביבה. מתוך הרצאתו ביום 3.2.2008 "מעורבותם של עסקים בקהילה – סכנה או סיכוי לרשויות הרווחה?" **במה 19 – במת הסגל הבכיר למדיניות רווחה**. לגישתו של רו"ח יגאל דור, ישנם גורמים נוספים משפיעים – דרישות השוק בחו"ל שם חברות בוחרות להתקשר עם חברות בארץ הנוהגות לפי רמת אחריות חברתית מסוימת ותופעת "ההשקעות האתיות" לפיה משקיעים בוחרים להשקיע בחברות לא על סמך נתונים כלכליים גרידא כי אם גם בהסתמך על קריטריונים סביבתיים וחברתיים, כדוגמת ה FTSE4Good Index Series שהושק בשנת 2001. ראו: יגאל דור "הדרך להצלחה עסקית רצופה כוונות טובות" **אחריות חברתית, דצמבר 2007**, עיתון הארץ. פסרמן-יוזפוב עומדת על תופעה זו במאמרה ומתארת את עליית הצורך ב"גילוי חברתי" נוסף על ה"גילוי הכלכלי" בחוקי ניירות ערך בעולם. כפי שעולה ממאמרה, גם חברות ישראליות (כדוגמת חברת החשמל לישראל) כבר הפנימו את השינוי ובאופן וולונטרי מדווחות על מחויבותן החברתית. ראו: לאה פסרמן-יוזפוב "דיני ניירות ערך – גילוי "כלכלי" או גילוי "חברתי" **תאגידים 1/ב (2005)**.

¹⁶ אופציה נוספת היא תגבור האכיפה הפנים-מפעלית שלא באמצעות בעלי המפעל עצמם או מנהליה אלא באמצעות עובדים "חושפי שחיתויות". אופציה זו אפשרית ואף מעוגנת בחקיקה (בחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997) אך ראשית יש לזכור כי חוק זה חל על מקומות עבודה בהם 25 עובדים ומעלה, שנית, קיימת ביקורת רבה וספק רב באשר לחיוניותה, ושלישית, לדעתנו אופציה זו לא יכולה להקיף את כל תחומי החקיקה אותם יש לאכוף.

¹⁷ ההכרזה על תקן רשמי (כלומר תקן שהופך להיות תקן מחייב) היא ע"י שר התמ"ת, לאחר התייעצות עם נציגי היצרנים ובהתקיימות התנאים האמורים בסעיף 8 לחוק התקנים, התשי"ג-1953. במקרים מסוימים נדרשת גם הסכמת שר אחר הנוגע לעניין הנדון.

¹⁸ נרחיב לגבי אפשרות זו בפרק 4 שלהלן.

¹⁹ John Moffet, Francois Bregha, Mary Jane Middelkoop, "Responsible Care: A Case Study of a Voluntary Environment Initiative", in KERNAGHAN 2004, pp. 177-207

²⁰ www.cefic.org/activities/hse/rc/icca/report2000/Report2000.pdf

²¹ KERNAGHAN 2004 בעמ' 178.

²² KERNAGHAN 2004 בעמ' 178 ליד הערה 6.

²³ KERNAGHAN 2004 בעמ' 178-181.

²⁴ Gregory T. Rhone, David Clarke and Kernaghan Webb, "Two Voluntary Approaches to Sustainable Forestry Practices", in KERNAGHAN 2004, pp.249-272

²⁵ ר' תיאור וניתוח המקרה ב-"Gap Inc.'s Code of Conduct for Treatment of Overseas Workers", in KERNAGHAN 2004, pp.209-225

²⁶ ראו באתר של חברת GAP www.gapinc.com תחת "אחריות חברתית" הדוחות השנתיים משנת 2004 ואילת. ראו גם באתר SAI : www.sa-intl.org תחת החברות החתומות.

²⁷ השם המדויק הוא "Australian Code of Practice for Computerized Checkout Systems in Supermarkets"; ראה סקירה מורחבת ב-Neil Gunningham, "Codes of Practice: The Australian Experience", KERNAGHAN 2004 pp.317-334

²⁸ כך בתחום העובדים הזרים, בו מושקעים מזה כמה שנים מאות מיליוני שקלים, ובתקופה של הקפאת תקנים ומשרות בשירות הציבורי מתווספות עשרות משרות חדשות של מפקחים, תובעים ואפילו שופטים. כך גם לגבי ההגבלים העסקיים מאז הקמת הרשות בסוף שנת 1988, שאחד המאפיינים שלה הוא היכולת להעסיק עובדים ברמות שכר גבוהות יחסית למקובל בשירות המדינה.

²⁹ לעניין זה נציין כי לאחרונה קיימת נכונות פוליטית לתגבר את האכיפה, בתחום דיני העבודה. הממשלה החליטה ואף ביצעה תגבור של כוח האכיפה במינהל הסדרה והאכיפה של דיני עבודה משרד התמ"ת ומצויים בו כיום כמעט פי ארבעה מפקחים ותובעים משהיו לפני שנתיים.

³⁰ הביטויים לכך הם רבים. הביטוי המשפטי הרלבנטי לענייני הוא התגובה לתחושת חוסר שוויון באכיפה, שמתורמת לטענת "הגנה מן הצדק", לפיה מתבקשת מחיקת כתב אישום בטענה כי האכיפה אינה שוויונית, ויש בה התעמרות. השימוש בטענה זו תופס לאחרונה תאוצה. הוא מחייב את הרגולטור להצדיק פרקטיקה של כיסוי חלקי של השווקים עליהם הוא מפקח, ולהבחין בין סלקטיביות שמקורה משאבים מוגבלים או ושיקולי מדיניות מוצדקים לבין התעמרות שהיא פסולה

- 31 זו כמובן הכללה. שבדיה היא בודאי הדוגמה הבולטת לחריג, בזכות רמות המיסוי הגבוהות, אם כי גם שם ניכרת בשנים האחרונות מגמת צמצום.
- 32 כפי שנראה בהמשך, שני החסרים – בתחום הרגולציה ובתחום השירותים – הם אלה המסבירים את התהוותו של תחום האחריות החברתית של פירמות עסקיות (CSR), שבא לידי ביטוי באימוצם של קודים וולונטריים. לצטט מ- Working Report, p.19 Par.48.
- 33 R. SHamir, "Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility", Law and Social Review, Dec. 2004 http://www.findarticles.com/p/articles/mi_qa3757/is_200412/ai_n9471544/print
- 34 בינואר 2009 היו רשומים באתר אגף איכות והסמכה של מכון התקנים 215 ארגונים בעלי תעודת עמידה בדרישות ת"י 18001 ו-312 ארגונים לפי ISO 14001. זה בערך פי שנים מן המספרים לפני כחמש שנים.
- 35 את רשימת היועצים ניתן למצוא ב- <http://www.maala.org.il/heb/library/advisors/01/default.asp?ContentID=108>
- 36 ראו בע"מ 515/83 עגור נ' איזנברג, פ"ד ל"ט(1), 202 ובתא (י-ם) 984/95 עומרי רינגל, קטין נ' "הפח" תעשיות מתכת בע"מ (לא פורסם), מיום 2.8.1998.
- 37 ר' www.sustainability-index.com מנוהל על ידי SAM (Sustainable Asset Management) חברה פעילה מאז 1995, עמ' 218.
- 38 פורסם בעיתון גלובס ב-1 ביוני 2005.
- 39 ארגון יצרני הרכב וחברת IBM הן דוגמא לחברות שמתנות את ההתקשרות עימן בעמידה בתנאי תקן הניהול הסביבתי. ראו: אורי טל "תקן ISO 14001 לניהול סביבתי" הכנסת – מרכז המחקר והמידע, מיום 25.9.2007. פורסם באתר האינטרנט <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m01859.doc>
- 40 ר' www.sustainability-index.com מנוהל על ידי SAM (Sustainable Asset Management) חברה פעילה מאז 1995, עמ' 87-88.
- 41 Simon Zadek, "Aligning Corporate Responsibility to Strategies for Business and National Competitiveness", Reflexao 14, Mars 2005, Instituto ETHOS
- 42 Trade, standards and the WTO, **World trade report 2005**, Marison Jansen, Economic research and statistics division, WTO www.wto.int/english/forums_e/public_forum_e/jansen.ppt
- 43 הערה 41 לעיל.
- 44 חוק התקנים, התשי"ד-1954. ר' הערה 103 להלן על תיקון החוק אשר הוסיף אכיפה מנהלית, בעבר להגברת הענשיה הפלילית.
- 45 לפנינו מודל לחשיבה רגולטיבית דואלית, אשר קיימת בה מודעות לחשיבותה של התקינה הוולונטרית, בצד הכרה בכך שזו אינה מיתרת את הפיקוח הממשלתי וגם אינה מתייתרת על ידו. נרחיב על כך בפרק החדן באופציות השילוב.
- 46 R. Shamir - הערה 33 לעיל.

- ⁴⁷ בהקשר זה נציין כי סעיף 7 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 אוסר על ארגון לכנות עצמו כארגון צרכנים אם הוא ממומן על ידי גורמים מסחריים. בכך, החוק מבקש להגן על הצרכנים מפני הטעיה ומפני מצג שווא כאילו המסרים המועברים על ידי אותו ארגון הינם אובייקטיביים ולטובת הצרכנים בלבד. ראו גם: תפ (פ"ת) 1326/02 **מדינת ישראל נ' אובייקטיבי מחקרים עולמיים בישראל בע"מ** (לא פורסם, מיום: 7.9.2005).
- ⁴⁸ יצויין שלא כך הדבר בארגון מעגלי צדק המעניק "תו חברתי" ללא תלות כלכלית בבית העסק. אם כי לא ברורה השפעתו של תו זה על שיקולי הצרכן בבואו לקנות בבתי העסק השונים.
- ⁴⁹ מר חזי אופיר, נציג אגף האכיפה במשרד התמ"ת ערך בדיקה שממצאיה מעלים כי חשיפת המידע היא חלקית בלבד, ראו: פרוטוקול כנב יחסי עבודה מיום 21.1.07, מרכז אדוה והפורום לאכיפת זכויות עובדים, <http://www2.tau.ac.il/InternetFiles/Clinican/UserFiles/File/clinican%2013/hitargetnut%20kenes%20b.pdf>
- ⁵⁰ פרו ועמיהי-המבורגר, **השפעה של תקינה סביבתית וולונטרית על המשק הישראלי: פרספקטיבה כללית, סביבתית וארגונית**, הפקולטות למשפטים ולפסיכולוגיה, אוניברסיטת בר-אילן (מאי 2005), בעיקר בעמ' 90.
- ⁵¹ המובילים בתחום הם אוסטרליה וקנדה. באוסטרליה ראוי לציון צוות משימה ממשלתי לבחינת רגולציה עצמית בתעשייה Gunningham p317 הערה 1.
- ⁵² Voluntary Codes Guide - What is a Voluntary Code? Canada's office of consumer's affair's (OCA).
- ⁵³ Voluntary Codes Guide - What is a Voluntary Code? Canada's office of consumer's affair's (OCA).
- ⁵⁴ D. Vogel, National Styles of Regulation, Environmental Policy in Great Britain and the U.S., 1986; S. Kelman, Regulating America, Regulating Sweden, 1981 Mit Press, Cornell Univ. Press
- ⁵⁵ E. Bardach and R.Kagan, Going By the Book, The Problem of Regulatory Unreasonableness, 1982, p. 114-115
- ⁵⁶ נבהיר כי כוונתו לכך שמבחינה מושגית הכוונה כאן היא לאכיפה סלקטיביות שאיננה אכיפה בררנית בסגנון ההגנה מן הצדק הנדונה בהמשך. ההבדל נעוץ בטיב שיקול הדעת המופעל – הראשון כן וישר, והשני מוטה עד כדי התעמרות.
- ⁵⁷ N. Gunningham, "Industrial Safety Law in Social and Political Perspective", in R. Tomasic, (ed) Legislation and Society in Australia, 1980, George Allen & Unwin.
- W.G.Carson, "White-Collar Crime and the Enforcement of Factory Legislation", 10 British Journal of Criminology, 1970 p. 383.
- ⁵⁸ בהקשר זה יוער כי לאחרונה הכיר בית הדין הארצי לעבודה בלגיטימיות של מערך האכיפה לעניין אכיפת איסור העבודה בשבת. בית הדין הארצי הפך את החלטתו של בית הדין האזורי וקבע כי משרד התמ"ת פועל תחת מדיניות סדורה ולגיטימית. ראו: החלטת בית הדין האזורי מפי השופטת גילצר, החלטת בית הדין הארצי מפי כבוד הנשיא אדלר.
- ⁵⁹ N. Gunningham (1987) "Negotiated Non Compliance: A Case of Regulatory Failure", 9 Law and Policy, p.61.
- ⁶⁰ R.D.Eckert (1981) "The Life Cycle of Regulatory Commissioners", 25 J. of Law and Economics, p. 113.
- ⁶¹ P. Quirk (1981) Industry Influence in Federal Regulatory Agencies, Princeton:chp 1

- R. Kagan "Regulatory Enforcement" in *Handbook of Regulation and Administrative Law*, D Rosenbloom & R Schwartz, (eds), Dekker, New York, 1994
- Kagan and Sholz, "The 'Criminology of the Corporation' and Regulatory Enforcement Strategies", in K. Hawkins & J. Thomas. (eds) *Enforcing Regulation*, Kluwer-Nijhoff, 1984; J. Braithwaite & T. Makkai, "Testing an Expected Utility model of Corporate Deterrence", *25 Law and Society Review*, p. 7.1991
- G. Rowe, "Economic Theories of the Nature of Regulatory Activity", in Tomasic *Business Regulation in Australia*, 1984 CCH Australia Limited. , p. 147
- A. Hopkins. & N. Parnell, "Why Coal Mine Safety Regulations Are Not Enforced", *12 Int. Jour. of the Sociology of Law*, 1984 p.179.
- David Cohen, "The Role of the State in a Privatized Regulatory Environment", in *KERNAGHAN 2004*, pp.35-55
- כנס קיסריה 2008 עמ' 6-7.
- גיא דוידוב מחזיק בדעה כי קיומה של אכיפה וולונטרית במקום אכיפה ממשלתית עלולה להוביל לדה-רגולציה שכן מתן כוח רב מדי בידי המעביד עלולה לגרום לקיפוח זכויות העובדים, מתוך הרצאתו בכנס הארצי ה-12 לנושאי עבודה (מועצה כלכלית חברתית ישראל, 6.2.2008).
- בנושאים מסוימים, למשל בנושא הבטיחות בעבודה, ניתן יהיה לקבוע כי תו התקן יהפוך לתקן רשמי מחייב. ראו סעיף 8(א)(2) לחוק התקנים, התשי"ג-1953.
- כפי שנאמר בהרצאתו ביום 3.2.2008 "מעורבותם של עסקים בקהילה – סכנה או סיכוי לרשויות הרווחה?" במה 19 – במת הסגל הבכיר למדיניות רווחה.
- צוין כי דווקא בעולם יחסי העבודה קיימת חובת שוויון מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
- Memorandum of understanding between the international labor organization and the international organization for standardization in the field of social responsibility ISO/TMB\WG SRN 18 נחתם ביום 4.3.2005.
- Neil Gunningham, "Voluntary Codes: Private Governance, the Public Interest and Innovation", In *KERNAGHAN 2004*, p325. (בתרגום שלנו)
- Ayres and Braithwaite, "Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate" 1992 ראה בין החלוצים לפיתוח המושג של קו-רגולציה: ב-
- הקוד לסריקה של טובין ברשתות השיווק באוסטרליה, הינו דוגמה לכך (שם שם).
- KERNAGHAN 2004 2004 בעמ' 145 הערות 204-205 בהתאמה
- KERNAGHAN 2004 2004 בע' 98 הערה 8. ניתן לעיין בקוד (המכונה The FLA Workplace Code of Conduct of , ברשימת הגורמים המוסמכים להתעדה ובפרסומים שונים באתר הארגון www.fairlabor.org/

⁷⁷ כך נמסר על ידי אלפרדו פרנטה, נציג המיניסטריון האיטלקי לסולידריות חברתית, בסדנא בינלאומית על תפקיד ממשלה בתחום האחריות החברתית, נובמבר 2007, וינה (אירוע שאורגן על ידי קבוצת נציגי הממשלות בקבוצת המומחים מטעם ISO לגיבוש תקן ISO 26000 לאחריות חברתית).

⁷⁸ In 2000, the Social and Economic Council (SER), the main advisory body to the Dutch Government and Parliament on social and economic policies, advised the government to set up an independent centre for CSR. Three issues were considered important:

- The need to centralize the emerging governmental CSR initiatives and to further develop CSR in the Netherlands;
- To establish an independent institution for CSR awareness raising that is not directly linked to the government or the business community;
- To foster collaboration between the different stakeholder groups on CSR issues.

In 2001, the Dutch government decided to set up the independent “Knowledge and Information Centre on CSR”. It aims to disseminate knowledge on CSR to companies (in particular SMEs) and to encourage companies in implementing CSR. Due to political and legal reasons, the centre started to operate in April 2004. The Centre is managed by an organisation called CSR Netherlands (MVO Nederland), consisting of a director and 15 staff members (12 full-time equivalents). It is independent from the government, businesses as well as stakeholder groups.

The funding for the Centre was € 1 Mio in the first year (2004). For the period 2005-08, the total budget of the Centre is € 4.9 Mio, provided by the Ministry for Economic Affairs.

⁷⁹ KERNAGHAN 2004 2004 בעמ' 97 הערה 3 .

⁸⁰ מעניין לציין את אופן פעולת תעשיית מיץ הפירות באוסטרליה אשר פועלת תחת חסות של קוד כאשר הממשלה מקנה זכות פיקוח בשלב הייצור - ליצרן המתחרה! שם, עמ' 331.

⁸¹ KERNAGHAN 2004 2004 עמ' 145 הערה 206.

⁸² אופן פעולה זו הומלץ גם על ידי משתתפי פורום קיסריה. קיסריה 2008, עמ' 15. ראה גם KERNAGHAN 2004 2004 בעמ' 144 הערה 197 ובמע' 146 הערה 208 – יש מדינות בארה"ב שיש בהן חסינות מפיקוח שוטף למי שעומד בדרישות קוד ומתחייב לדווח בעצמו על הפרות.

⁸³ KERNAGHAN 2004 2004 עמ' 145 הערה 202.

⁸⁴ כך למשל ניתנת הגנה משפטית לקוד שמאושר על ידי מועצת התחרות והצרכנות האוסטרלית, כאשר החוק - Trade practices Act - מתנה אישור כזה בכך שהרשות סבורה שהתועלת לציבור עולה על הפגיעה בתחרות (ראה Neil Gunningham p.330).

⁸⁵ KERNAGHAN 2004 2004 עמ' 134.

⁸⁶ עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים", משפט ועסקים ב (2005), 159, 196-202.

⁸⁷ KERNAGHAN 2004 2004 בעמ' 133.

⁸⁸ KERNAGHAN 2004 2004 בעמ' 134.

⁸⁹ פרק זה נסמך לא מעט על מחקר משווה שהוזמן ומומן על ידי משרד העבודה והרווחה: א. לביא ושות', "Codes of Practice" בתחום הבטיחות הגהות והבריאות בעבודה – מחקר משפטי השוואתי", 2003, לא פורסם.

⁹⁰ Health and Safety at Work Act, 1974

⁹¹ ראה פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התש"ל-1970, והתקנות הרבות שהוצאו מכוחה.

⁹² The Robens Committee - Report of the Committee on Safety and Health at Work (CMND 5034) HMSO London 1972

⁹³ בשל חשיבות הסעיף הזה נביא אותו כלשונו:

"17. Use of approved codes of practice in criminal proceedings.

(1) A failure on the part of any person to observe any provision of an approved code of practice shall not of itself render him liable to any civil or criminal proceedings; but where in any criminal proceedings a party is alleged to have committed an offence by reason of a contravention of any requirement or prohibition imposed by or under any such provision as is mentioned in section 16(1) being a provision for which there was an approved code of practice at the time of the alleged contravention, the following subsection shall have effect with respect to that code in relation to those proceedings.

(2) Any provision of the code of practice which appears to the court to be relevant to the requirement or prohibition alleged to have been contravened shall be admissible in evidence in the proceedings; and if it is proved that there was at any material time a failure to observe any provision of the code which appears to the court to be relevant to any matter which it is necessary for the prosecution to prove in order to establish a contravention of that requirement or prohibition, that matter shall be taken as proved unless the court is satisfied that the requirement or prohibition was in respect of that matter complied with otherwise than by way of observance of that provision of the code.

(3) In any criminal proceedings

(A) a document purporting to be a notice issued by the Commission under section 16 shall be taken to be such a notice unless the contrary is proved; and (B) a code of practice which appears to the court to be the subject of such a notice shall be taken to be the subject of that notice unless the contrary is proved..."

⁹⁴ ר' למשל שני מקרים בהם הפיכת נטל ההוכחה הצליחה: Tudhope V. City of Glasgow DC (1986); Walkers Wabco Automotive UK (1989) LTL 11/5/99 וכן SCCR 168

⁹⁵ אף הוא סעיף חשוב:

"16. Approval of codes of practice by the Commission.

(1) For the purpose of providing practical guidance with respect to the requirements of any provision of sections 2 to 7 or of health and safety regulations or of any of the existing statutory provisions, the Commission may, subject to the following subsection and except as regards matters relating exclusively to agricultural operations:

- approve and issue such codes of practice (whether prepared by it or not) as in its opinion are suitable for that purpose;

- approve such codes of practice issued or proposed to be issued otherwise than by the Commission as in its opinion are suitable for that purpose.
- (2) The Commission shall not approve a code of practice under subsection (1) above without the consent of the Secretary of State, and shall, before seeking his consent, consult
- any government department or other body that appears to the Commission to be appropriate (and, in particular, in the case of a code relating to electro-magnetic radiations, the National Radiological Protection Board); and
 - such government departments and other bodies, if any, as in relation to any matter dealt with in the code, the Commission is required to consult under this section by virtue of directions given to it by the Secretary of State.
- (3) Where a code of practice is approved by the Commission under subsection (1) above, the Commission shall issue a notice in writing
- identifying the code in question and stating the date on which its approval by the Commission is to take effect; and
 - specifying for which of the provisions mentioned in subsection (1) above the code is approved.
- (4) The Commission may
- from time to time revise the whole or any part of any code of practice prepared by it in pursuance of this section;
 - approve any revision or proposed revision of the whole or any part of any code of practice for the time being approved under this section; and the provisions of subsections (2) and (3) above shall, with the necessary modifications, apply in relation to the approval of any revision under this subsection as they apply in relation to the approval of a code of practice under subsection (1) above.
- (5) The Commission may at any time with the consent of the Secretary of State withdraw its approval from any code of practice approved under this section, but before seeking his consent shall consult the same government departments and other bodies as it would be required to consult under subsection (2) above if it were proposing to approve the code."

סעיף 70 ל-1991 (Commonwealth Employment) Act Occupational Health and Safety (Occupational Health and Safety) Act 1991. ראה רשימת הקודים המאושרים, התקנים וההנחיות המנהליות בתחום זה באוסטרליה ב-

<http://www.ascc.gov.au/ascc/AboutUs/Publications/NationalStandards/IndexofNationalStandardsCodesofPracticeandrelatedGuidanceNotes.htm>

לשם המחשה מומלץ לעיין בהודעת הרגולטור בעניין תקן שהפך לקוד מאושר באוסטרליה בתחום החשיפה לרעש בעבודה, ובסיומה נכתב לעניין הבקרה על רמת הציות לקוד כי יידרש הליך של התעדה על ידי גורם שלישי: "In order to assess the level of compliance with and awareness of the new noise exposure standard and Approved Code of Practice, SafeWork SA will be undertaking an audit program in a range of industries in 2006."

http://www.artbuisant.org.au/final_noise_article.html

הגישה הבריטית אומצה על ידי ועדה ממלכתית ACOSH שהוקמה בשנת 1985, ונערכה רפורמה דומה בחקיקת ה-Health and Safety Employment Act 1992. סעיף 20 מסדיר את אישורם של קודים בצורה דומה למדי לזו האנגלית. אמנם לשון החוק רק מתירה לבית המשפט להתחשב בקוד, להבדיל מן החיוב בחוק האנגלי, אולם בתי המשפט נוהגים בפועל באופן דומה לעמיתיהם הבריטיים (על פי המחקר של לביא עמ' 30-31). לרשימת קודים מאושרים ר':

<http://www.osh.dol.govt.nz/order/catalogue/index.shtml#ap>

⁹⁸ סעיף 10 ל- Health and Safety at Work (Jersey) Law 1989 שלשונו כמעט זהה לחוק הבריטי. מכוחו אושרו קודים רבים. ראה באתר <http://www.gov.je/SocialSecurity/HSI/Guidance+on+Legislation/Approved+Codes+of+Practice> וראו לדוגמה בעניינו של קוד מאושר לעניין הטיפול באסבסט : <http://www.gov.je/SocialSecurity/HSI/Whats+New/Archive/Whats+New++200504.htm> ⁹⁹ כך באירלנד : סעיף 56 ל- Employment Equality Act, 1998 ; סעיף 35 ל- Organization of Working Time Act 1997.

¹⁰⁰ כך ה- Enterprise Act 2002 הבריטי כולל הסדר לאישור קודים צרכניים על ידי הרגולטור המקומי ה-OFT. ר' סקירה על כך גם ב- KERNAGHAN 2004 בעמ' 174.
¹⁰¹ כך נאמר בהודעה לעיתונות מיום 9.7.07 : <http://www.oft.gov.uk/news/press/2007/98-07>

"OFT approves Bosch car service code of practice

Robert Bosch Ltd's Bosch Car Service (BCS) has become the first organisation within the motor vehicle mechanical repair and service sector to successfully secure approval for its consumer code of practice under the OFT's Consumer Codes Approval Scheme. The OFT only approves codes that have proved effective in safeguarding and promoting consumers' interests beyond the basic requirements of the law. The code's membership consists of independent garages providing car repairs and servicing, and sets the standard that members must comply with when providing vehicle services to customers.

Consumers will now be able to look for the BCS/OFT Approved code logo when looking for car servicing and repairs in order to gain the benefits of the approved code which include:

- a requirement to provide clear pre-contractual information including completion times, the offer of a written estimate that includes the cost of parts, labour, any other costs or services and VAT
- cancellation rights exceeding those available at law
- guarantees on the work carried out (parts and labour)
- protection of any prepayments if a BCS member ceases to trade
- a requirement for BCS members not to recommend or carry out work, which is unnecessary or unnecessarily expensive
- formal procedures for dealing with consumer complaints with a free conciliation service if a member's own complaints procedure does not resolve an issue
- an independent redress scheme (arbitration)
- regular anonymous visits/mystery shops to test the technical and customer handling skills of the BCS network plus annual audits to ensure the code is adhered to, and
- an independent disciplinary review panel to ensure that the disciplinary procedures deal effectively with instances of non-compliance."

¹⁰² חוק התקנים, התשי"ד-1954

¹⁰³ סעיף 13 לחוק התקנים; בשנת 2005 תוקן החוק (תיקון מס' 7) כך שהוספו לממונה על התקינה סמכויות מנהליות חדשות והוחמרה הענישה הפלילית (הוספו סעיפים 17א עד 17ג). ההחמרה הזו באה במקביל לליברליזציה בבדיקות עמידה בדרישות התקן ביבוא.

¹⁰⁴ שתי פסקאות חוזרות על עצמן בהוראות השונות לעניין הרכב ועדות התקינה בכללי התקנים (עיבוד תקן ישראלי), התשנ"א- 1991: "בועדה יהיו מיוצגים ארגוני היצרנים העיקריים, ארגוני הצרכנים העיקריים ורשויות המדינה, הנוגעים בדבר" ו-"לא יהיה מגזר משק כלשהו מיוצג בועדה טכנית במספר

העולה על שליש מחבריה. – ראה כלל 4(א)1 לעניין הרכב ועדה מרכזית; כלל 6(ב)2 ו-4(4) לעניין ועדות טכניות; כלל 3(א)4 לעניין ועדת תאום. כמו-כן, לפי סעיף 25 לתקנון המכון – הרכב הועד הפועל הוא - ראש המכון, המנהל הכללי של המכון, הממונה על התקינה; שלושה חברים שתמנה הממשלה; ארבעה חברים שתמנה לשכת המהנדסים, האדריכלים והאקדמאים במקצועות הטכנולוגיים בישראל; חבר אחד שתמנה המועצה להשכלה גבוהה; ארבעה חברים שתמנה התאחדות התעשיינים בישראל; שלושה חברים שתמנה התאחדות הקבלנים והבונים בישראל; חבר אחד שתמנה התעשייה הקיבוצית; חבר אחד שתמנה רשות ההסתדרות לצרכנות, העוסק דרך קבע בענייני צרכנות; חבר אחד שתמנה המועצה הישראלית לצרכנות, העוסק דרך קבע בענייני צרכנות; שלושה חברים שימנה איגוד לשכות המסחר בישראל, מהם נציג של רשתות השיווק הגדולות; חבר אחד שימנה מרכז התאחדות המלאכה והתעשייה בישראל; חבר אחד שימנה איגוד תעשיות האלקטרוניקה; חבר אחד שתמנה הסתדרות העובדים הכללית החדשה; חבר אחד שייבחר מקרב עובדי המכון.

¹⁰⁵ ראה סדרת תקני ISO14000 ות"י במספרים תואמים; סדרת תקני ISO9000 ות"י במספרים תואמים; תקן ישראלי 18000 שמושתת על OHSAS 18000 שנוצר על ידי מכון התקנים הבריטי ומוכר בכל העולם; וכן תקן SA8000 שאין לו מקבילה ישראלית.

¹⁰⁶ ראה ראיון עם מנכ"ל ISO משנת 2004 המסביר את מניעי הארגון לטיפול בתחומי האחריות החברתית <http://www.socialfunds.com/news/article.cgi/1478.html>

¹⁰⁷ המובילים בתחום הם אוסטרליה וקנדה. באוסטרליה ראוי לציון צוות משימה ממשלתי לבחינת גולציה עצמית בתעשייה Gunningham p. 317 הערה 1.

¹⁰⁸ ראו את כללי התקנים (עיבוד תקנים ישראליים), התשנ"א – 1991 שנקבעו על ידי מכון התקנים הישראלי מכוח סמכותו לפי סעיף 7 לחוק התקנים, התשי"ג-1953 בכלל ובמיוחד את סעיף 24(ב) שם נקבע: "עם פרסום הצעת התקן כאמור, יקבע המנהל מועד למתן הערות שלא יעלה על חודשים מיום הפרסום ושלא יפחת משלושה שבועות ממנו".

¹⁰⁹ Copyright in standards referenced in legislation ISO Request for information, July 2008.

¹¹⁰ דוגמא למקרה בו בית המשפט סירב לעשות שימוש בתקנים בלתי מחייבים כאמות מידה לסטנדרט התנהגות מחייב ניתן למצוא בת"א (חי') 21622/98 פינטל יעקב נ' גרניט י.פ. בע"מ (לא פורסם, מיום: 27.1.2004). במקרה זה נקבע כי לא ניתן לחייב קבלן לעמוד בתקנים שמהווים המלצות של מכון התקנים ואינם תקנים רשמיים, אלא אם כן הוסכם על כך מפורשות בחוזה בין הצדדים. דוגמא אחרת, למקרה בו אי אימוצו של תקן בלתי מחייב היווה מקור לקביעת אחריות נזיקית ניתן למצוא בת"א (הרצ'י) 4881/00 עידו גרינברג נ' בני אמונה (לא פורסם, מיום: 30.10.2005). במקרה זה נמצאה אחריותו הנזיקית החלקית של יצרן זגוגיות שבחר שלא לאמץ תקן בלתי מחייב והיה עליו לשאת באחריות נזק של מי שנפצע עקב התקלות בזגוגית בבית קפה.

¹¹² סק 71/03 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, מיום: 21.5.2007).

¹¹³ סק (ת"א) 47/04 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, מיום: 3.8.2004).

¹¹⁴ לדוגמא נביא את סעיף 9(א)2 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו – 1996 ואת סעיף 12(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח 1988, בהם הוכר מעמדו של "ארגון העוסק בזכויות" ככזה שיכול לייצג את העובד בדיון משפטי בית הדין לעבודה.

¹¹⁵ בבג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית נ' בית הדין הארצי ואח', פד"י נ"א (2) 63 (בג"ץ עמית), נקבע, כי סימני ההיכר העיקריים של ארגון עובדים הם אלה: זהו ארגון של קבע, שרוב חבריו עובדים שכירים, והוא פועל ע"פ תקנון, באורח דמוקרטי ועצמאי, לקדם את עניינם של העובדים, בראש

ובראשונה במישור של יחסי עבודה קיבוציים. נקבע, כי סימני ההיכר לארגון עובדים אינם בגדר רשימה ממצה, כך שניתן לקבוע סממנים נוספים ולפצל את אלה הקיימים.

¹¹⁶ אפרים זילוני "מרחב הזיקות בין ארגון עובדים יציג לבין ארגונים חברתיים אחרים", **עבודה ועוד** (אפרים זילוני הינו יו"ר האגף לכלכלה ולחברה בהסתדרות).

¹¹⁷ דב"ע 41-96/97 **תדיראן קשר בע"מ ואח' – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות המתכת, החשמל והאלקטרוניקה ואח'** (לא פורסם, מיום: 23.2.1998).
