

חוק עקרונות האסדרה : רקע, עיקרי החוק, תכליותיו ומבט לעתיד

יובל רויטמן ויעל קריבטייטל באום*

חוק עקרונות האסדרה שנחקק בשנת 2021 הוא חוק תשתיתי משמעותי הממסד עלי חוק את גישת האסדרה המיטבית בישראל. החוק מעגן לראשונה בחקיקה הישראלית את העקרונות המנחים עליהם מתבססת אסדרה מיטבית. לשם הגשמת עקרונות אלו, קובע החוק תהליכים מחייבים לניהול "זרם" האסדרה החדשה ו"מלאי" האסדרה הקיימת, ומורה על הקמת רשות האסדרה כרשות מרכזית האמונה על ייעוץ, ליווי ובקרה בענייני מדיניות אסדרה. מאמר זה מבקש לפרוש באופן תקדימי את עיקרי החוק בהתבסס על שלושה אדנים מרכזיים. ראשית, המאמר מתאר את הרקע לחקיקת החוק, בדגש על עליית גישת הרגולציה המיטבית (Better Regulation) בארץ ובעולם. שנית, המאמר מציג את עיקרי ההסדרים שנקבעו בחוק והרציונליים המרכזיים להם, לרבות השינויים שהתגבשו לאורך תהליך החקיקה. לבסוף, דן המאמר בדילמות משפטיות עיקריות שליוו את גיבוש החוק והשפיעו על עיצוב ההסדרים המעוגנים בו, ובהם האתגר של יצירת פיקוח פנים-ממשלתי בצילה של הביקורת השיפוטית; האתגר של הקמת רשות אסדרה מקצועית ועצמאית תוך צמצום החשש מפילתה ב"שבי רגולטוריי"; והאתגר של החלת גישת הרגולציה המיטבית גם על תאגידים ציבוריים (כמאסדרים פיננסיים) מבלי לפגוע בעצמאותם.

* ד"ר עו"ד יובל רויטמן הוא ראש אשכול רגולציה במחלקה למשפט כלכלי בייעוץ וחקיקה שבמשרד המשפטים. הוא מכהן כחבר בצוות רגולציה חכמה וכחבר במליאת רשות האסדרה וכן מרצה מן החוץ באוניברסיטה העברית ובאוניברסיטת תל אביב.

ד"ר עו"ד יעל קריבטייטל באום היא ממונה מדיניות רגולציה באשכול רגולציה במחלקה למשפט כלכלי בייעוץ וחקיקה שבמשרד המשפטים וכן מרצה מן החוץ באוניברסיטה העברית ובאוניברסיטת תל אביב.

נבקש להודות לכלל החברים בצוות רגולציה חכמה ולכלל מי שליווה את עבודתנו, ובפרט לשותפינו, מר עמיחי פישר וגב' שירי נוימן ממשרד ראש הממשלה ולמר הראל שליסל ומר גל ברנס ממשרד האוצר על ההובלה המשותפת של העבודה המקצועית שעמדה בבסיס הרפורמה באסדרה. כן נבקש להודות מקרב לב לשותפינו במשרד המשפטים, ובראשם לעו"ד מאיר לויץ, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט כלכלי), על השותפות, התבונה והנחישות בהובלת הרפורמה באסדרה. כמו כן נבקש להודות לעו"ד יוסף גדליהו, שהיה שותף משמעותי בעיצובו של החוק ובקידום חקיקתו בכנסת על שכלו החריף ורוחב כתפיו. עו"ד גדליהו אף כתב את החלקים העוסקים בתאגידים הציבוריים המאסדרים במאמר זה, ועל כך שלוחה לו תודה מיוחדת. כן נבקש להודות למר אמיר זלאיט על העמקה והמקצועיות.

האמור במאמר משקף את עמדת המחברים בלבד.

א. מבוא. ב. רקע לחקיקת החוק. 1. המדינה הרגולטורית וגישת האסדרה המיטבית. 2. התפתחות גישת האסדרה המיטבית בישראל. 3. ברקע קידום הרפורמה – אתגרים במערכת האסדרה בישראל. **ג. עיקרי ההסדרים המעוגנים בחוק.** 1. היקף תחולת החוק: הגדרת המונח "אסדרה". 2. העקרונות המנחים לאסדרה מיטבית והחובה לקבוע אסדרה לאורם. 3. הקמת רשות האסדרה ותפקידיה. 4. הטיפול ב"זרם" האסדרה החדשה וב"מלאי" האסדרה הקיימת. (א) התייעצות בנוגע לאסדרה חדשה. (ב) בחינה, תיקון וביטול של אסדרה קיימת. 5. חובות נוספות על המאסדרים. (א) תוכנית אסדרה שנתית. (ב) בחינה תקופתית של אסדרה. (ג) פרסום במאגר האסדרה. (ד) דיגיטציה של אישורים רגולטוריים חדשים. 6. הליכי אסדרה המבוצעים על ידי תאגידים ציבוריים. **ד. סוגיות מרכזיות בעיצוב הסדרי החוק העיקריים.** 1. פיקוח פנים-ממשלתי בצילה של הביקורת השיפוטית. 2. הקמת רשות אסדרה מקצועית ועצמאית תוך צמצום החשש מנפילתה ב"שבי רגולטורי". 3. החלת החובות שבחוק על תאגידים ציבוריים מאסדרים, לרבות מאסדרים פיננסיים. **ה. סיכום ומבט לעתיד.**

א. מבוא

בשנים האחרונות הולכת ומתרחבת ההכרה במרכזיות של תופעת האסדרה (רגולציה) בישראל ובעולם. חלק הולך וגדל מהספקת המצרכים והשירותים לציבור נעשה על ידי המגזר העסקי, כאשר פעילותו מפוקחת יותר ויותר על ידי מאסדרים (רגולטורים) במטרה לתת מענה ל"כשלי שוק" או לקדם מטרות חברתיות. ישנה אף הכרה בכך שהאסדרה אינה מגיעה רק בדיעבד, אלא שיש לה תפקיד חיוני בכינונו של "השוק" מלכתחילה וכי לא יכול במקרים רבים להתקיים שוק "חופשי" בהיעדר אסדרה.¹

התפיסה המקובלת היא כי הפעילות האסדרתית (הרגולטורית) אינה מסורה לרשויות המדינה בלבד, שכן מתקיים "מרחב אסדרה" שבו שותפים גם גורמים לא מדינתיים בעלי יכולות אסדרה משמעותיות.² אלא שאין בכך כדי לגרוע מתפקידם המרכזי של המאסדרים

1 ישי בלנק ורועי קרייטנר "מבוא: על טבעה הראשוני והמכונן של הרגולציה" **מסדרים רגולציה: משפט ומדיניות** 9 (משפט, חברה ותרבות: סדרת ספרים לזכרו של חיים י. צדוק, רועי קרייטנר, מיכאלה קלי, דוד לוי-פאור וישי בלנק עורכים 2016); STEVEN K. VOGEL, MARKETCRAFT – How Governments Make Markets Work (2018).

2 ראו למשל Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004); Julia Black, *Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World*, 54 CURRENT LEGAL PROBLEMS 103 (2001); Colin David Scott, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in THE POLITICS OF REGULATION 145 (Jordana Jacint & David Levi-Faur eds., 2004).

המדינתיים בעיצוב המציאות האסדרתית.³ זאת, שכן בסופו של יום האחריות הכוללת על הספקת מצרכים ושירותים לציבור מוטלת על המדינה, והמדינה היא היחידה המחזיקה במונופול על הפעלת כוח שלטוני כופה.⁴

פעילות האסדרה על ידי המדינה מעוררת, מטבע הדברים, אתגרים רבים – הן מבחינת היכולת לעצב אסדרה שתועלתה עולות על עלויותיה כך שהיא אינה מייצרת עול אסדרתי עודף על המגזר העסקי המפוקח; הן מבחינת הצורך בתיאום ובשיתוף פעולה בין המאסדרים המדינתיים השונים; הן מבחינת היכולת לשמר את עדכניות האסדרה ויכולתה להתמודד עם אתגרים חדשים; ובהקשרים רבים נוספים.

הבנת מרכזיותם של המאסדרים המדינתיים במלאכת האסדרה היא שעמדה בבסיס המהלך לקידומה של רפורמה באסדרה שעיקרה בחקיקת חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021 (להלן: "החוק"),⁵ וכפועל יוצא, להקמתה של רשות האסדרה. חוק עקרונות האסדרה, שנחקק בנובמבר 2021, הוא חוק תשתיתי ומשמעותי המקדם את גישת האסדרה המיטבית (Better Regulation) בישראל. החוק קובע לראשונה בחקיקה הישראלית את העקרונות המנחים שעליהם מבוססת אסדרה מיטבית; מטיל חובות תהליכיות שונות על מאסדרים; ומורה על הקמתה של רשות האסדרה, תוך שהוא מסדיר את תפקידיה, ובין היתר, מסמיך אותה לקיים בקרה על תהליכי אסדרה המבוצעים על ידי מאסדרים.

חוק תקדימי זה טרם נבחן בצורה מקיפה בספרות האקדמית.⁶ מטרת מאמר זה היא להציג את הרקע לחקיקת החוק, את הדילמות העיקריות שעמדו ביסוד חקיקתו ואת עיקרי ההסדרים שנקבעו בגדרו. **סדר הדיון במאמר יהיה כדלקמן: תחילה, בחלק הראשון, יוצג הרקע לחקיקת**

- 3 גם בעידן "הממשליות החדשה" עדיין הדומיננטיות של הרגולטורים המדינתיים היא משמעותית. LINDA WEISS, THE MYTH OF THE POWERLESS IS כוח רב (1998); Jonah D. Levy, Stephan Leibfried, & Frank Nullmeier, *Changing Perspectives on the State, in THE OXFORD HANDBOOK OF TRANSFORMATIONS OF THE STATE* DONALD F. KETTL, THE 40. בזמני אסון האנשים פונים קודם כל למדינה (2015) TRANSFORMATION OF GOVERNANCE: PUBLIC ADMINISTRATION FOR TWENTY-FIRST CENTURY AMERICA 27 (2002) ("Americans... have always call on government at the first sign of trouble"); DAVID A. MOSS, WHEN ALL ELSE FAILS: GOVERNMENT AS THE ULTIMATE RISK MANAGER (2004), ואף כאשר נדמה שהמדינה נעדרת, ל"צל" הכופה שהיא מטילה יש השפעה משמעותית *The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State, in THE POLITICS OF GLOBAL REGULATION* 44 (Walter Mattli & Ngaire Woods eds., 2009); Adrienne Héritier & Dirk Lehmkuhl, *The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance*, 28 JOURNAL OF PUBLIC POLICY 1 (2008). כן ראו יובל רויטמן "דברי ברכה" **מחקרי רגולציה** ה 17, 19 (2022). עליית "המדינה הרגולטורית" שיקפה למעשה טענה למונופול מדינתי על הכוח לאסדר, ראו 4 David Levi-Faur, *The Odyssey of the Regulatory State: From a "Thin" Monomorphic Concept to a "Thick" and Polymorphic Concept: The Odyssey of the Regulatory State*, 29 LAW & POLICY 35 (2013).
- 5 משרד המשפטים דוח המלצות הצוות הבין-משרדי לרגולציה חכמה – תכנית לאומית למדיניות רגולציה ככלי לשיקום המשק ביציאה ממשבר הקורונה (2021) <https://tinyurl.com/3j7er2k9> (להלן: "דו"ח צוות רגולציה חכמה").
- 6 לאזכור ראשוני ראו יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי א 145 (2022).

החוק, ובכלל זאת יוצגו גישת האסדרה המיטבית והמאמצים להטמעתה בישראל. אגב כך יוצגו הפערים שזוהו והצדיקו את קידומה של חקיקת מסגרת כדוגמת חוק עקרונות האסדרה. בהמשך, **בחלק השני**, יוצגו עיקרי ההסדרים המעוגנים בחוק עקרונות האסדרה. ההצגה תיעשה מתוך מבט רחב, הכולל התייחסות להליכי החקיקה ולשינויים בהסדרים הקבועים בחוק שהתחוללו במהלכם. במסגרת האמור, נעסוק בהגדרת המונח "אסדרה" ובהיקף תחולת החוק, בעקרונות המנחים לאסדרה מיטבית ובהיקף החובה לקבוע אסדרה לאורם, בהקמת רשות האסדרה ובתפקידים שהוטלו עליה בחוק, בהסדרים שעוגנו בחוק ביחס לטיפול ב"זרם" האסדרה החדשה וב"מלאי" האסדרה הקיימת ובהסדרים שנקבעו ביחס להליכי האסדרה המבוצעים על ידי תאגידים ציבוריים. **בחלק השלישי** יוצגו דילמות עיקריות שליוו את חקיקת החוק והשפיעו על עיצוב ההסדרים המעוגנים בו. **דילמה אחת** היא עיצוב רשות האסדרה כמסגרת של פיקוח פנים-ממשלתי בהתחשב במערכת היחסים בינה לבין הפיקוח השיפוטי. **דילמה שנייה** היא האופן שבו יש לעצב את רשות האסדרה כגוף מקצועי ועצמאי תוך צמצום החשש מנפילתה ב"שבי רגולטורי". **ודילמה שלישית** היא אופן החלת החובות שבחוק על תאגידים ציבוריים שהם מאסדרים, מבלי לפגוע בעצמאות המוקנית להם מכוח החוק. ולבסוף, **בסיכום**, יושם דגש על האתגרים הניצבים בעת הזו בפני המדינה הרגולטורית ובפני גישת הרגולציה המיטבית. המאמר נכתב מנקודת המבט של מי שעסקו בעיצוב הרפורמה ולכן הוא מבקש להעמיד תשתית פרשנית לחוק בהתבסס על פרספקטיבה פונקציונלית, הבוחנת את עיקרי הסדרי החוק על רקע התכליות שאותן הם מיועדים להשיג.

ב. רקע לחקיקת החוק

1. המדינה הרגולטורית וגישת האסדרה המיטבית

במהלך העשורים האחרונים, וביתר שאת מאז ראשית שנות השמונים של המאה העשרים, ניתן לזהות שינוי מהותי בדרך פעולתה של המדינה המנהלית: עלייתו של המנהל העקיף שבא תחת המנהל הישיר; הפחתת מידת מעורבותה של המדינה בהספקה ישירה של מצרכים ושירותים לאזרח והרחבת מעורבותה באמצעות הסדרה עקיפה של פעילות פרטית, בדפוס של קביעת כללי אסדרה ואכיפתם. שינוי זה תואר כ"עלייתה של המדינה הרגולטורית"⁷ והוא נועד לבטא את התעצמותה של האסדרה השלטונית כאחד הכלים המרכזיים העומדים לרשות המדינה המנהלית.⁸

7 ראו את חיבורו המכונן של מיונה, שבישר את התעצמות העיסוק בחקר האסדרה באירופה: Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory state in Europe*, 17 WEST EUR. STUD. 77 (1994).

8 לתיאור עליית המדינה הרגולטורית ולסקירה של התמורות הנובעות מכך ביחס לפעילותה של המדינה המנהלית המודרנית ראו יובל רויתמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219 (2017).

בתקופה זו הפכה האסדרה השלטונית לכלי חיוני להתמודדות עם כשלים של השוק החופשי ("אסדרה כלכלית") וכאמצעי לקידום מטרות חברתיות ("אסדרה חברתית"), וכיום קשה לדמיין בלעדיה מדינה מודרנית מתפקדת. לצד זאת, עם התרחבות השימוש באסדרה נמתחה עליה גם ביקורת רבה.⁹ בין שלל הטענות בעניין זה הוצגה הטענה כי יש להכיר בקיומו של "כשל רגולטורי", שמשמעותו היא כי מדיניות האסדרה שנקבעת על ידי מוסדות המדינה אינה המדיניות המיטבית. הוצגו כמה טעמים לקיומו של כשל כאמור, ובכלל זאת: טענה בדבר היעדר מקצוענות, לפיה גופי האסדרה השלטוניים נעדרים כישורים מקצועיים הדרושים לעיצוב אסדרה מיטבית; טענה בדבר לכידת גופי האסדרה, לפיה גורמים אינטרסנטיים לוכדים את גופי האסדרה השלטונית בכדי שאלה יקדמו אסדרה שלטונית המעדיפה את האינטרסים הצרים שלהם על פני האינטרס הציבורי; טענה של היעדר תיאום בין גופי האסדרה לבין עצמם ובין גופי האסדרה לבין הדרג המיניסטריאלי; וטענת העול הרגולטורי העודף, לפיה הגופים המופקדים על קביעתה של אסדרה שלטונית – ברשות המחוקקת וברשות המבצעת – נוטים להפריז בהיקף האסדרה שהם קובעים מבלי שהם נותנים משקל הולם לעול שהאסדרה מטילה על הציבור הרחב ועל המגזר הפרטי המפוקח, באופן שמכביד על הפעילות העסקית ופוגע בתחרותיות ובחדשנות העסקית.

הביקורת העזה שנמתחה על האסדרה השלטונית, באופן כללי, ועל העול האסדרתי הגובר, באופן קונקרטי, הובילה לעליית גישה שביקשה לצמצמה ככל הניתן.¹⁰ בגרסתה הקיצונית, גישה זו ראתה באסדרה השלטונית כרכיב בעל תרומה שלילית לפעילות הכלכלית, וככזה שיש להפחיתו ככל הניתן ("דה רגולציה"). כמענה לכך, אך תוך מודעות לכשלים שתוארו לעיל, הלכה והתפתחה גישה שביקשה לאמץ את "שביל הזהב", שמצד אחד מכיר בחשיבות האסדרה השלטונית, ומצד שני מבקש לדייק ולייעל את השימוש בה. כך, בעשרות השנים האחרונות מאומצת במדינות רבות ברחבי העולם גישה של אסדרה מיטבית (Better Regulation), שתכליתה היא לקדם מדיניות אסדרה המבוססת על ניתוח רציונלי ועל הערכה של התועלת הגלומה באסדרה השלטונית אל מול העלות המוטלת על הציבור הרחב ועל המגזר המפוקח עקב יישומה.

במוקד גישת האסדרה המיטבית מצוי שימוש בכלים תומכי מדיניות מסוגים שונים. אחד הכלים המרכזיים הוא דו"ח להערכת השפעות אסדרה (Regulatory Impact Assessment, RIA)¹¹ מדובר במנגנון הערכה שיטתית של כלל אסדרה מוצע ושל השפעותיו, השליליות והחיוביות. הדו"ח האמור מיועד לרוב גם לסייע לבחינת חלופות עיקריות לאסדרה המוצעת. לעיתים אף נכלל בגדרו ניתוח עלות תועלת (Cost-Benefit Analysis, CBA), אשר במסגרתו המאסדר מכמת את התועלות ואת העלויות של דרך הפעולה שנבחרה (או של כמה חלופות אפשריות).

9 יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" משפט, חברה ותרבות, מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425, 427-425 (2016).

10 ראו לדוגמה MARTHA DERTHICK & PAUL J. QUIRK, THE POLITICS OF DEREGULATION (1985).

11 Ciara Brown & Colin Scott Regulation, Public Law, and Better Regulation 17 EUROPEAN PUBLIC LAW 467, 471 (2001).

במרבית המדינות שקידמו גישה של אסדרה מיטבית ניתן לזהות במקביל גם מיסוד של מנגנונים שנועדו לסייע בהטמעת הגישה האמורה בקרב רשויות השלטון וגופי האסדרה השלטוניים. באופן קונקרטי, ניתן לזהות פיתוח מנגנונים מוסדיים לפיקוח מראש ולהערכה בדיעבד של איכות דו"חות ה-RIA. המודל המוסדי המקובל משלב בין הטלה של יישום גישה האסדרה המיטבית על גופי האסדרה השלטוניים לבין מיסוד גוף מרכזי לפיקוח על מערכת האסדרה (Regulatory Oversight Body, ולהלן: "ROB"). על פי רוב, ממלא ה-ROB חמישה תפקידים מרכזיים: בקרה על זרם האסדרה החדשה (בעיקר באמצעות בקרה על דו"חות ה-RIA), בקרה על מלאי האסדרה הקיימת, בקרה על מערכת האסדרה בכללותה, קידום תיאום ושיתוף פעולה בין מאסדרים והנחיה והכשרה מקצועית למאסדרים. ה-ROB נועד לאפשר את ניהול מדיניות האסדרה באופן מרוכז תוך תכלול מערכת האסדרה, חלף התנהלות המאסדרים כמערכת המורכבת מאטומים בודדים.¹²

ניתן להמחיש את הצורך במיסוד תחום מדיניות האסדרה בהשוואה לתחום מדיניות התקציב. המדינות המודרניות נוהגות להגשים חלק ניכר מן העשייה השלטונית ומטרות המדיניות באמצעות כלים תקציביים. לכן, עם השנים אימצו מדינות רבות כללים, תהליכים ומוסדות לניהול המערכת התקציבית.¹³ עם עליית "המדינה הרגולטורית", שסימנה התרחבות מכלים תקציביים של מיסוי והוצאה לעבר כלים מאסדרים של קביעת כללים, פיקוח ואכיפה, עלה הצורך לפתח כללים, תהליכים ומוסדות שיאפשרו לנהל את מערכת האסדרה בהתאם למאפייניה הייחודיים של מערכת זו.

בהתאמה, פעלו מדינות מתקדמות ברחבי העולם למיסוד תחום מדיניות האסדרה ורבות מהן אף עיגנו לאורך השנים היבטים שונים של התחום עלי חוק. כחלק מעבודת המטה שהובילה לקידום החוק, נערך מחקר משפטי משווה בקרב שש מדינות שנחשבות למובילות בעולם בתחום מדיניות האסדרה.¹⁴ במסגרת זו נבחנה המסגרת החקיקתית והמוסדית בכריטיניה, ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה, גרמניה ודרום קוריאה. המחקר המשווה העלה כי בכלל המדינות שנבחנו עוגנו לאורך השנים בחקיקה היבטים שונים של מדיניות הרגולציה. בחלק מהמדינות, חלק משמעותי מתחום מדיניות האסדרה מעוגן כיום בחקיקה ראשית (כגון בריטיניה, גרמניה, קוריאה). לעומת זאת, בחלק מהמדינות אומצו רק היבטים מסוימים של התחום בחקיקה ראשית, והיתר מתבצע מכוח החלטות ממשלה ומסמכים מנחים אחרים (כגון

12 רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9.

13 כך למשל, בישראל הרפורמה המרכזית במדיניות התקציב גובשה בשנת 1985 במסגרת "תוכנית הייצוב הכלכלית". התוכנית נועדה להוריד את שיעור האינפלציה, לאזן את מאזן התשלומים ולייצב את מצב המשק. במסגרת הרפורמה נחקק לראשונה חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, אשר קובע את עקרונותיו של תקציב המדינה ואופן ניהולו. חוק עקרונות האסדרה מבקש לפסוע בנתיב דומה לזה שפילס חוק יסודות התקציב, אך בתחומי האסדרה השלטונית. כך, בפרט, בכל הנוגע לצורך בניהול מרכזי של תחום האסדרה (בדומה לניהול המרכזי של תקציב המדינה). בהתאמה לכך, בשלב הצעת החוק, דובר על הצעת חוק יסודות האסדרה, התשפ"א-2021 (וראו הדיון להלן, בטקסט הצמוד לה"ש 101).

14 יעל קריבטייטלבאום, אמיר זלאייט ויובל זיגדון חקיקת מסגרת לרגולציה: סקירה משווה 11 (משרד המשפטים, 2020) (להלן: "דו"ח סקירה משווה חקיקת מסגרת לרגולציה").

ארצות הברית, אוסטרליה וקנדה). ניכר כי בכלל המדינות התקדם תחום מדיניות האסדרה בתהליך מתמשך של לימוד ותיקון, כאשר ברוב המדינות שנבחנו, תהליך אימוץ התחום בחקיקה נערך באופן הדרגתי. תהליך זה החל לרוב כתהליך ארגוני-מוסדי "רך", שלא מכוח חקיקה מחייבת, ורק לאחר התבססות ראשונית עוגנו חלקים ממנו גם בחקיקה. בחלק מהמדינות שנבחנו, מדיניות האסדרה מעוגנת ברובה בחוק מסגרת אחד (גרמניה – Establishment of a National Regulatory Control Council Act 2006; ודרום קוריאה Framework on Administrative Regulations Act 1997), או מפוצלת בין שני דברי חקיקה מרכזיים (בריטניה Legislative and Regulatory Reform Act 2006 וכן Small Business, Enterprise Employment Act 2015). לעומת זאת, במדינות אחרות חקיקת המסגרת מעגנת רק היבטים מסוימים מהתחום בחקיקה (קנדה – Statutory Instruments Act 1971; אוסטרליה – Legislative Instruments Act 2003), או שהתחום מעוגן בדרך אחרת (ארצות הברית – חוק ה־ Paperwork Reduction Act 1980 ייסד את הגוף המפקח על הרגולציה הפדרלית, אך סמכויותיו העוסקות בתחום מדיניות האסדרה נקבעו באמצעות סדרת צווים נשיאותיים). לצד חקיקת מסגרת מרכזית, בכלל המדינות שנבחנו נמצא עיגון של היבטים ספציפיים של הרפורמה הרגולטורית בדברי חקיקה נוספים, כגון חוק שעניגן שורה של הפחתות נטל אסדרתי בסקטורים ספציפיים (למשל בבריטניה – Deregulation Act 2015; או בגרמניה – Bureaucracy Relief Acts); חוק שאימץ מנגנונים לריסון רגולטורי והפחתת נטל אסדרתי רוחבית (למשל בקנדה – Red Tape Reduction Act 2015); וחוק להקלות רגולטוריות לעסקים קטנים (למשל בארצות הברית – Regulatory Flexibility Act 1980).

2. התפתחות גישת האסדרה המיטבית בישראל

גישת האסדרה המיטבית סחפה כמתואר מדינות רבות ברחבי העולם בשנות השמונים והתשעים של המאה ה־20. במשך שנים ארוכות מדינת ישראל לא הצטרפה לסחף האמור ונמנעה מלקדם את גישת האסדרה המיטבית בתחומה. הלכה למעשה, מדינת ישראל החלה לעסוק בכך רק בסמוך להצטרפותה ל־OECD בשנת 2011 ובשים לב למסקנות ועדת טרכטנברג בעקבות המחאה החברתית.¹⁵

הצעד העיקרי שביצעה ישראל על מנת להטמיע את גישת האסדרה המיטבית הוא קבלת החלטת הממשלה מס' 2118 ביום 22.10.14 בעניין "הפחתת הנטל הרגולטורי". להחלטה כמה חלקים בעלי חשיבות: ראשית, ההחלטה הורתה למשרדי הממשלה לפעול להפחתת הנטל הרגולטורי הקיים.¹⁶ לצורך כך, משרדי הממשלה נדרשו לגבש, לאחר שיח עם המגזר העסקי

15 לתיאור הצעדים הראשוניים של ישראל ראו רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה'ש"9, בעמ' 465. לביקורת תמציתית על המהלך ראו אורן פרוז "אכיפה מנהלית ודה-רגולציה – נסיגת ערכי הקיימות מהמדיניות הסביבתית העכשווית של מדינת ישראל" **אקולוגיה וסביבה** 9, 49 (2018). למענה לביקורת האמורה, תמציתי אף הוא, ראו אוהד קרני "לא התרופפות, אלא אבולוציה רעיונית והרחבת מעגלי השפעה – תגובה" **אקולוגיה וסביבה** 9, 52 (2018).

16 בגדרי ההחלטה צוין כי היא אינה חלה "על תאגידים סטטוטוריים, על אנף שוק ההון ביטוח וחסכון במשרד האוצר ועל הרגולציה בתחומם". כן נקבע כי ההחלטה לא תחול על אסדרה

והמגזר השלישי, ובתאום עם משרד ראש הממשלה, "תוכנית חומש" להפחתת הנטל הרגולטורי.¹⁷

שנית, ההחלטה הורתה לערוך דו"ח RIA ביחס לכל אסדרה חדשה שמבקשים לקבוע בחקיקה ראשית (במסגרת הצעת חוק ממשלתית) או משנית. חובה זו עומדת בתוקפה עד היום, בשינויים מסוימים. במסגרת דו"ח ה-RIA, על המאסדר להתייחס לתכלית העומדת ביסוד כלל האסדרה המוצע; לעמוד על הצורך בהתערבות הרגולטורית; להציג את השיח שקיים עם בעלי עניין "ככל האפשר"; להעריך את התועלות הצפויות מהחלת האסדרה; ולחשב – בהתחשב במידע שבפניו – את הנטל הרגולטורי.¹⁸

שלישית, ישנו דגש בהחלטה על הפחתת העול האסדרתי. במסגרת האמור נקבע כי (א) מאסדר המבקש לשקול אסדרה חדשה יבחן "גם בחירה בחלופה המפחיתה את הנטל הרגולטורי"; (ב) על המאסדר "להפחית, במקרים המתאימים, את השימוש בחובת קבלת היתר מראש באמצעות קביעת כללים מחייבים ברורים וודאיים הנאכפים בדיעבד, לרבות באמצעות אסדרה עצמית, והכל בכפוף לאפשרויות אכיפה ופיקוח אפקטיביות, מרתיעות ויעילות כלכלית"; (ג) יש "לצמצם חפיפות וסתירות של האסדרה עם רגולציות אחרות" וכן "לצמצם את הפגיעה באינטרסים ציבוריים נוספים עקב האסדרה".

רביעית, ההחלטה ביקשה לגבש – ולו באופן ראשוני – את התשתית הארגונית הנדרשת לצורך הטמעת גישת האסדרה המיטבית בישראל. תפקיד עיקרי הוטל בהקשר זה על משרד ראש הממשלה. נאמר בהקשר זה כי "משרד ראש הממשלה (הוגדר) כאחראי על יצירת התשתיות של המהלך ובכך למנחה של משרדי הממשלה".¹⁹ במסגרת האמור נקבע, בין היתר, כי על מנכ"ל משרד ראש הממשלה לפעול לפיתוח כלים ומדדים שיאפשרו את הפחתת הנטל האסדרתי; לפרסם מדריך ממשלתי להערכת השפעות אסדרה; לפעול לעריכתו ולעדכונו של ספר רגולטורים ממשלתי; ולגבש, בשיתוף עם נציבות שירות המדינה, הכשרה מחייבת למאסדרים. ולבסוף, נקבע כי בכל אחד ממשרדי הממשלה ייקבע סמנכ"ל שיהיה אחראי על

שעניינה תחרות בשווקים מונופוליסטיים. בנוסף, מכוח החלטה 2034 (חכ"ה) של הממשלה ה-33 "מדיניות הממשלה בנושא אופן אספקת שירותים חברתיים" (14.9.2014) הוחרזה מהוראות ההחלטה האמורה גם אסדרה של שירותים חברתיים במיקור חוץ.

17 ההחלטה קבעה יעד של הפחתה בשיעור של 25% בעלות הביורוקרטית המצרפית של המאסדרים שכוללים בה ("עלות אדמיניסטרטיבית"). ההחלטה לא קבעה יעד דומה בכל הנוגע לעלות הציות ("עלות העמידה בדרישות האסדרה") והסתפקה בהנחיית משרדי הממשלה לדווח בדיעבד על הנטל הרגולטורי שהופחת. יישום רכיב זה של ההחלטה הושלם בגדרי מתווה שזכה לכינוי "ניקיון אביב" ונועד להביא להשלמת אימוץ חקיקה ראשית ומשנית שעניינה הקלות בנטל רגולטורי עודף במתווה מהיר. ראו החלטה 987 של הממשלה ה-36 "מתווה מהיר לשיפור איכות הרגולציה והקלה על המשק – ניקיון אביב" (16.1.2022).

18 החלטת הממשלה אינה מציינת מהו המועד הרלוונטי שבו יש לערוך את דו"ח ה-RIA (כלומר, באיזה שלב בהליך עיצוב הנורמה הרגולטורית), על אף שלמועד עריכתו יש השפעה על טיב התועלת הגלומה בו ומידתה. ראו לדוגמה Brown, לעיל ה"ש 11, בעמ' 469–471 (RIA should be conducted before a preference for new rules has crystallized to make it possible to (deploy alternatives to rules where appropriate)).

19 אתר הרגולציה הממשלתי **רשות האסדרה** Regulation.gov.il.

יישום ההחלטה וכי יוקצה כוח אדם ייעודי שיפעל בכפיפות לו. בניגוד לגישה המקובלת בעולם, הוחלט להימנע באותה העת ממיסוד מנגנון לפיקוח על איכות דו"חות RIA שייערכו על ידי המשרדים השונים. בגדרי ההחלטה הוענקו למשרד ראש הממשלה מעמד והשפעה ניכרים בתהליך, אולם לא נקבע כי המשרד, או גוף אחר, יחזיק בסמכויות פורמליות ביחס לאופן הטמעת גישת האסדרה המיטבית בישראל.

החלטת הממשלה הובילה לשינוי ניכר בדרכי עיצובה של האסדרה השלטונית בישראל.²⁰ במישור המוסדי, הוקמה באגף לממשל וחברה במשרד ראש הממשלה יחידה ייעודית שתפקידה היה להוביל את המהלך הממשלתי לטיוב האסדרה השלטונית. היחידה האמורה הניחה את אבני היסוד להטמעתה של גישת האסדרה המיטבית בישראל. במסגרת האמור, פורסם ספר הרגולטורים הממשלתי, שמיפה לראשונה את המאסדרים הפועלים במסגרת משרדי הממשלה; נכתב מדריך ממשלתי לתורת הערכת השפעות אסדרה (מדריך RIA); ופורסם מדריך להפחתת הנטל הרגולטורי. מעבר לכך, במשרדי הממשלה השונים מונה אחראי על גישת טיוב האסדרה במשרד (תפקיד שזכה לכינוי "מוביל מדיניות אסדרה"), אשר אמור להוות את חוד החנית בהטמעתה של גישת האסדרה המיטבית במשרדים ולעמוד בקשרי גומלין עם היחידה הייעודית במשרד ראש הממשלה ועם מובילי מדיניות אסדרה ביתר משרדי הממשלה. משרדי הממשלה החלו מתנסים בעריכת דו"חות RIA לאסדרה חדשה, בין אם כזו המעוגנת בחקיקה ראשית ובין אם כזו המעוגנת בחקיקה משנית. כמו כן, משרדי ממשלה שונים פרסמו תוכנית חומש להפחתת הנטל האסדרתי. כלל המהלכים האמורים פורסמו לציבור באתר אינטרנט ייעודי.²¹

על מנת להגביר את השפעתה של החלטת הממשלה 2118, התקבלה ביום 11.8.2016 החלטת הממשלה מס' 1901 בעניין "מנגנונים משלימים להפחתת הנטל הרגולטורי". שוב – הדגש בשם ההחלטה הוא על הפחתת הנטל האסדרתי, ולא על טיוב האסדרה השלטונית. לגופם של דברים, החלטת הממשלה הגבילה את יכולתו של שר להגיש טיוטת חוק שעניינה אסדרה לוועדת השרים לענייני חקיקה, אלא אם משרדו פעל בהתאם להחלטת הממשלה מס' 2118 ופרסם תוכנית שנתית להפחתת הנטל האסדרתי. כן נקבע כי ייקבע מנגנון לתמרוץ כספית את משרדי הממשלה לפעול בהתאם לגישת הפחתת הנטל האסדרתי, וכי התמרוץ יינתן בהתאם לקריטריונים שייקבעו, ובין היתר, בהתייחס "לעומק הפחתת הנטל הרגולטורי... [ו]להקלות שיצרו על הפעילות הכלכלית בענף המשקי ולתקצוב הנדרש ליישום ההפחתה באסדרה".²² החלטה זו לא יושמה בפועל.

20 כך, בעיקר, בחלקים המוסדיים של ההחלטה. בכל הנוגע לחלקים הנורמטיביים, קשה להעריך האם הייתה להחלטה השפעה ממשית על דרך הפעולה של המאסדרים. כך גם בכל הנוגע ל"אבני היסוד לרגולציה חכמה", שעוגנו בגדרי החלטה 4398 של הממשלה ה-34 "רגולציה חכמה – יישום המלצות ארגון ה-OECD ותיקון החלטות ממשלה" (23.12.2018), כמפורט להלן.

21 אתר הרגולציה הממשלתי, שפורסם בכתובת URL: Regulation.gov.il (נבדק לאחרונה ביום 31.12.2022). לאחר הקמת רשות האסדרה, האתר הוחלף ואינו זמין עוד.

22 החלטה 1901 של הממשלה ה-34 "מנגנונים משלימים להפחתת הנטל הרגולטורי" (11.8.2016).

שורת המהלכים שקודמו על ידי מדינת ישראל להטמעתה של גישת האסדרה המיטבית לא נעלמה מעיני ה־OECD, ובפרט מעיני הוועדה למדיניות אסדרה (Regulatory Policy Committee, RPC) שפועלת במסגרתו. בדו"ח שפורסם בשנת 2017 על ידי הארגון נמצא כי הפעולות הממשלתיות שבוצעו לקידומה של גישת האסדרה המיטבית בישראל מהוות בסיס מוצק לקידום מדיניות אסדרה כלל־ממשלתית.²³ עוד נמצא כי ישנה תמיכה פוליטית וציבורית ניכרת למהלכים של הפחתת העול המנהלי ולייעול האסדרה השלטונית. כן נמצא כי רישות משרדי הממשלה במובילי מדיניות אסדרה משקף פרקטיקה בינלאומית נאותה ומהווה נכס בעל ערך להמשך קידום רפורמות באסדרה. מחברי הדו"ח עסקו באופן נרחב ביחידה הממשלתית הפועלת במשרד ראש הממשלה. נדמה כי הסיבה לכך היא חריגותה של ישראל, לעומת יתר מדינות ה־OECD, בכך שגישת האסדרה המיטבית הוטמעה במסגרתה ללא קיומו של ROB. במסגרת הדו"ח ניתנו דברי שבח ליחידה האמורה, לרבות בכל הנוגע לכך שהיחידה פעלה על מנת להבטיח את איכות דו"חות ה־RIA וכן אף פעלה לעצור הליכי חקיקה שהיו מבוססים על דו"חות לא מקצועיים. עם זאת, נמצא כי היחידה פועלת במישור זה ללא מעמד חוקי. במסגרת הדו"ח נכללה שורה של הצעות לטיוב הטמעת גישת האסדרה המיטבית בישראל.

בהמשך לדו"ח ה־OECD התקבלה ביום 23.12.2018 החלטת הממשלה מס' 4398 בעניין "רגולציה חכמה – יישום המלצות ארגון ה־OECD ותיקון החלטת ממשלה". כעולה משמה, החלטת הממשלה עוסקת בנושא הרחב של "אסדרה חכמה" והיא מבקשת לתת מענה להמלצות שנכללו בדו"ח ה־OECD. פרק א' להחלטת הממשלה קובע "אבני יסוד לרגולציה חכמה". חלק זה נועד להדריך את המאסדרים השלטוניים באשר לעקרונות של אסדרה מיטבית שעל בסיסם עליהם להפעיל את שיקול דעתם. כפי שיפורט בהמשך, חלק זה עוגן – בכפוף לשינויים ועדכונים – בגדרי חוק עקרונות האסדרה.

במסגרת פרק ב' להחלטת הממשלה נערך שינוי משמעותי בהגדרת המונח "אסדרה". אם בהחלטת הממשלה מס' 2118 המונח "אסדרה" התייחס ל"חוק או תקנה בת פועל תחיקתי", בהתאם להחלטת הממשלה מס' 4398 ישנה התייחסות ל"כלל התנהגות מחייב במסגרת פעילות כלכלית או חברתית שהוא בעל אופן כללי (כגון חוק, תקנה, חוזר, נוהל או הנחיה, לרבות כאלה המקבלים תוקף מחייב בעת הכללתם כתנאים ברישיונות או בהיתרים וכיוצ"ב), שהוא בר אכיפה על ידי רשות מינהלית מוסמכת לפי דין". משמעות השינוי האמור היא הרחבה ניכרת של החובה לערוך דו"ח RIA מכוח החלטת הממשלה מס' 2118 מעבר להסדרים המעוגנים בחקיקה להוראות הקבועות בשורה נרחבת של כלים שלטוניים. זאת, על רקע התובנה כי ללא הרחבת ההגדרה כאמור, ההסדר לא יחול בהקשרים רלוונטיים רבים. הגדרת המונח "אסדרה" בחוק עקרונות האסדרה פסעה בעקבות הגדרה מעודכנת זו.

23 OECD Strengthening Capacities and Institutions for Co-ordinating Regulatory Policy and OECD, Regulatory Policy Outlook 174–175; Measuring Regulatory Burdens (2017) כן ראו OECD, Regulatory Policy Outlook 174–175 (2015).

שינוי משמעותי נוסף הוא יצירת הבחנה בין סוגים שונים של אסדרה באופן שמחייב התאמה של אופן עריכת דו"ח ה-RIA. כך, ההחלטה מגדירה בפרק ב' מהי "אסדרה בעלת השפעה משקית", כשלגביה נקבעה פרוצדורה של בקרה פנים-ממשלתית. מן העבר השני, ישנה החלופה של אסדרה שהשפעתה זניחה שניתן לפוטרה מהחובה לערוך לגביה דו"ח RIA. בנוסף, בגדרי פרק ג' להחלטה נקבע כי יש למסד מנגנון פנים-משרדי שאמור, בין יתר הסמכויות המסורות לו, "להמליץ לגבי אופן, היקף ועומק ההערכה הנדרשים בהליך ה-RIA כך שיתאימו למהות והיקף הנושא או השינויים בו, ולהחליט על מתכונת הדוח בהתאם". גישה זו – שניתן לכנותה כעקרון הפרופורציונליות – מלווה את הטמעת גישת האסדרה המיטבית עד היום.²⁴

בפרק ד' להחלטה ישנו חידוש משמעותי והוא מיסוד בקרה פנים-ממשלתית על שינויי אסדרה בעלי השפעה משקית.²⁵ מנגנון הבקרה שנקבע היה מנגנון "רך" במובן זה שהוא נקבע בהחלטת ממשלה (ולא בחקיקה), ובנוסף הוא לא הסמיך את הגוף המבקר באותה עת – אגף חברה וממשל במשרד ראש הממשלה – להטיל וטו על קידום שינוי באסדרה שלטונית בנסיבות שבהן הוא סבור שנפל פגם בדו"ח RIA. המנגנון שנקבע כולל עריכת דו"ח בקרה ביחס להתאמת הדו"ח האמור למתודולוגיה הממשלתית, כפי שפורסמה במסגרת המדריך הממשלתי. דו"ח הבקרה מועבר למאסדר הרלוונטי בתוך פרק הזמן הקצוב ממילא להערות הציבור. לאחר מכן אגף ממשל וחברה רשאי להעביר את הערותיו, ככל שנותרו, לשר או למנכ"ל המשרד הרלוונטי. ההנחה שעמדה ביסוד ההסדר "הרך" האמור הייתה כי השר או המנכ"ל לא יקדמו אסדרה שלא נערכה על בסיס הליך נאות, אלא אם יש טעמים טובים לכך.

בפרק ה' להחלטה נקבע מנגנון לתיאום בין מאסדרים, שלפיו, במקרה שיש מחלוקת בנושאים רגולטוריים, ניתן לקיים גישור בפני אגף חברה וממשל, ובמקרים שבהם הצדדים לא הגיעו להסכמה, השרים הרלוונטיים יהיו רשאים להביא את המחלוקת להכרעת ועדת שרים לאסדרה. סמכותה העיקרית של הוועדה הייתה "להכריע במחלוקות בין משרדי הממשלה בנושאים רגולטוריים". עם זאת, סמכות זו הוגבלה בכל הנוגע למחלוקות שעניינה "החלטה שיפוטית או מעין שיפוטית או החלטה הנתונה לשיקול דעת עצמאי לפי דין".²⁶ סמכות משמעותית נוספת שהייתה מסורה לוועדת השרים היא "לקבל דיווחים באופן עתי אחר יישום החלטות הממשלה העוסקות באסדרה, ובפרט אלה שעניינן הפחתת הנטל הרגולטורי, ולקבל החלטות בתחום האסדרה".

בפרק ו' להחלטה נקבעו הוראות שונות שתכליתן היא להבטיח "תשתיות ממשלתיות לרגולציה חכמה", ובכלל זאת, עריכת תוכנית להכשרת מאסדרים ויועצים משפטיים וכן

24 השוו רשות האסדרה המדריך הממשלתי לגיבוש רגולציה – כללים לגיבוש אסדרה מיטבית ולהערכת השפעותיה, 12 (2023).

25 שינוי זה נערך בהמשך ישיר להמלצות ה-OECD, כמפורט לעיל. אך ראו ביקורת על המהלך כעשוי להכביד על הליך עיצוב הרגולציה השלטונית: אילנה קוריאל "רגולציה 'חכמה' במשרדי הממשלה לא בטוחים שזה חכם" Ynet (12.12.2018) <https://tinyurl.com/bdfyy6wk>

26 ועדת השרים לרגולציה הוקמה בשעתו מכוח החלטה 43 של הממשלה ה-34 ועדת שרים לרגולציה (31.5.2015). הוועדה הוקמה לתקופת תוקפה של אותה הממשלה, ולא הוקמה מחדש בהמשך.

“לתכנן ולבצע טרנספורמציה דיגיטלית בתהליכי רישוי, דיווח ופיקוח בממשלה, בדגש על שיפור חוויית המפוקחים, ייעול תהליכי העבודה של המאסדרים ומתן כלים בידי המאסדרים לניהול מידע וקבלת החלטות מבוססת נתונים”. בנוסף, הוחלט להקים צוות בין-משרדי “למיפוי ובחינת סוגיות אסדרה מערכתיות, כפילות באסדרה, פיקוח ואכיפה ושינויי חקיקה לטובת סביבה משפטית תומכת ברגולציה חכמה” (צוות זה זכה לכינוי **צוות רגולציה חכמה**). החלטה זו הייתה אמורה לקדם את מערכת האסדרה בישראל צעד נוסף קדימה, אולם בפועל – כפי שיפורט מיד – היא יושמה באופן חלקי.

3. ברקע קידום הרפורמה – אתגרים במערכת האסדרה בישראל

בשנת 2021, בחלוף שש שנים של ניסיון מצטבר, הוחלט לבחון את האפשרות למסד את גישת האסדרה המיטבית בחוק. זאת, בין היתר לאור החלטה 2118 שהטילה על משרד ראש הממשלה, בסיוע משרד המשפטים, “[לפרסם] תזכיר חוק ‘הערכת השפעות אסדרה’”.²⁷ לאחר עבודת מטה מעמיקה אשר התבססה על סקירה השוואתית,²⁸ ניתוח בעיות האסדרה בישראל,²⁹ סיורי שטח, תהליך נרחב של שיתוף ציבור, שיח עם מאסדרים, ועוד,³⁰ הגיע צוות רגולציה חכמה למסקנה כי יש לעגן את גישת האסדרה המיטבית בחוק. זאת, בין היתר, על בסיס מסקנות של ועדות קודמות שהצביעו על העלויות הגבוהות של מערכת אסדרה בלתי יעילה,³¹ ולאחר שנמצאו כמה פערים מרכזיים בכל הנוגע לניהול מדיניות האסדרה בישראל.³² הצורך האמור התחדד בשל משבר הקורונה, שהדגיש את האתגרים הכלכליים הניצבים בפני מדינת ישראל.³³

במסגרת עבודת הצוות, הוגדרו כמה פערים מרכזיים במערכת האסדרתית בישראל אשר פורטו בהרחבה בדו"ח המלצות צוות רגולציה חכמה.³⁴ ראשית, נמצא פער בהגדרת יעד אחיד

27 החלטה 2118 של הממשלה ה-33 “הפחתת הנטל הרגולטורי – דיון בהחלטת ועדת שרים לענייני רווחה וכלכלה מס. חכ/39 מיום 14.9.2014” (22.10.2014).

28 דו"ח סקירה משווה חקיקת מסגרת לרגולציה, לעיל ה"ש 14.

29 ראו גיא מור **פערים ובעיות יסוד במערכת הרגולטורית בישראל** (2021) <https://tinyurl.com/55fdr4zd>.

30 ראו פירוט המתודולוגיה ומקורות המידע שעליהם נסמך הצוות בפרק 8 לדו"ח **צוות רגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 102–105.

31 ובהם: משרד האוצר דו"ח הוועדה לשיפור הסביבה העסקית בישראל (2018); שלדור בע"מ טיוב הרגולציה להגברת הצמיחה והפיריון במגזר העסקי: דו"ח מסכם עבור משרד האוצר ומשרד ראש הממשלה (2018); מבקר המדינה פעולות הממשלה לצמצום הנטל הבירוקרטי המוטל על העסקים (2020); משרד הכלכלה והתעשייה הוועדה לקידום כלכלי של ענפי המסחר והשירותים דו"ח ביניים – תמצית ההמלצות (2021); ראו עוד בדו"ח **צוות רגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 18–21, 26–27.

32 ראו בהרחבה שם, בעמ' 26–38.

33 צוות רגולציה חכמה” היה צוות מקצועי בין-משרדי אשר פעל מכוח החלטה ממשלה 4398, לעיל ה"ש 20, והורכב מנציגים מאגף מדיניות רגולציה במשרד ראש הממשלה, מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט כלכלי) במשרד המשפטים ואגפי התקציבים והחשב הכללי במשרד האוצר. ראו שם, בעמ' 18.

34 שם, בעמ' 19–32.

לאסדרה איכותית בדין הישראלי שיבטיח תוצרי אסדרה מיטביים שמאזנים בין מכלול שיקולים רחב. היעדר הגדרה רוחבית לאסדרה איכותית הוביל לחוסר בהירות בדבר חובת המאסדרים לשקול, לצד ההגנה על האינטרס הציבורי שעליו הם אמונים מכוח החקיקה הספציפית, גם את השפעותיה הכלכליות, החברתיות, והסביבתיות של האסדרה. נמצא כי מאסדרים שלטוניים לא נתנו משקל נאות ל"אבני היסוד לרגולציה חכמה", כפי שעוגנו בהחלטת הממשלה.

שנית, נמצא פער בכל הנוגע לקיום תהליכים מוגדרים וסדורים ליצירה ושינוי של אסדרה ("זרם" האסדרה). הנתונים שנפרסו בדו"ח הצוות³⁵ הצביעו על כך שמאז אימוץ חובת ה-RIA בהחלטת הממשלה מס' 2118 הייתה אומנם עלייה ביישום החובה, אך עדיין נמצאו פערים מהותיים בהיקף היישום של החובה ובאיכותו. בנוסף, נמצא פער בכל הנוגע לקיום בקרה על איכות תהליכי יצירה ושינוי של האסדרה. הבקרה שאגף מדיניות אסדרה במשרד ראש הממשלה קיים על תהליכי ה-RIA שביצעו המשרדים מאז שנת 2018 הייתה חלקית ומצומצמת, מבלי שיהיו השלכות למקרים שבהם הופרה חובת ה-RIA וללא פרסום לציבור של דו"חות הבקרה.

שלישית, נמצא פער בבחינה בדיעבד של איכות האסדרה הקיימת והשפעותיה ("מלאי" האסדרה). המסגרת הממוסדת היחידה לבחינה תקופתית בדיעבד של האסדרה באותה העת הייתה "תכנית החומש הממשלתית להפחתת הנטל הרגולטורי והביורוקרטי" שייסדה החלטת הממשלה משנת 2014. למרות העבודה המאומצת שהושקעה בתוכנית שנועדה לשקף חיסכון פוטנציאלי למשק של כ-15.5 מיליארד ש"ח בשנה וכ-50 מיליון ימי המתנה, הפחתת הנטל שבוצעה במסגרתה לא התקרבה למימוש מלוא הפוטנציאל של הפחתת הנטל בישראל (רק כ-23% מתוכניות הפחתת הנטל יושמו במלואן). כמו כן, תוכנית הפחתת הנטל הייתה ממוקדת בעלויות האסדרה, אך לא בהערכת ביצועי האסדרה בהיבטים נוספים כגון מידת האפקטיביות של האסדרה בהשגת מטרותיה או בהשפעותיה על התחרותיות בשוק המפוקח. לצד זאת, מדי שנה נוספו רגולציות חדשות ללא יעדים מדידים להצלחתן או מנגנון אחר שיבטיח את בדיקתן בדיעבד. כמו כן, לא היה בנמצא מנגנון שיטתי, סדור וקבוע להערכה בדיעבד של מלאי האסדרה השלטונית.

רביעית, נמצא פער מהותי בהיעדר ראיית מקרו של כלל האסדרה הממשלתית – מיפוי שלה, זיהוי ממשקים, איסוף נתונים רוחביים, ניתוח של המדיניות כמכלול (עלויות, השפעות סותרות וכדומה), תיעודן, עריכת מחקרים, וקידום רפורמות רוחב חוצות מאסדרים ומשרדים. כך למשל, נמצא כי לא נאסף מידע לגבי כמה חוקים, תקנות ונהלים אסדרתיים יש בישראל או כמה סוגים של רישיונות מאסדרים יש בישראל. נתונים מסוג זה הם בעלי חשיבות על מנת לקבל מבט רוחב על איכות המערכת האסדרתית בכללותה. היקפי פעילותו וסמכויותו של אגף מדיניות אסדרה במשרד ראש הממשלה לא אפשרו לו למלא תפקיד זה לאשורו.

חמישית, נמצאו קשיים וכשלים מערכתיים נוספים הנובעים מפערי תמריצים ופערי הכשרה של מערך המאסדרים בישראל. נמצא כי קשיים אלו מובילים, בין היתר, לנטייה מובנית של

מאסדרים "לאיין" את הסיכון לאינטרס המוגן הספציפי שעליו הם מופקדים, במקום לנהל את הסיכונים באופן שיבטיח יצירת אסדרה מיטבית בראייה משקית וחברתית רחבה. על רקע כל האמור, הגיע הצוות למסקנה כי בשלה העת לקדם חקיקת חוק מסגרת, שיטמיע את גישת האסדרה המיטבית בישראל ויורה על הקמתה של רשות אסדרה.³⁶ המלצות הצוות תוארו בדו"ח מקיף שעיקריו אומצו בהחלטת ממשלה 218 ביום 1.8.2021.³⁷ כעת נעבור להצגת עיקרי ההסדרים המעוגנים בחוק, וזאת, על רקע הליכי החקיקה שקדמו להם והרציונלים שעמדו ביסודם.³⁸

ג. עיקרי ההסדרים המעוגנים בחוק

1. היקף תחולת החוק: הגדרת המונח "אסדרה"

בעת גיבוש החוק, אחת המשימות המרכזיות והמורכבות ביותר הייתה כתיבת הגדרה – לראשונה בדין הישראלי – של המונח "אסדרה".³⁹ גבולות הגדרה זו שורטטו לאור מטרתו של

36 הליך חקיקת חוק עקרונות האסדרה היה הליך מורכב. הליך עורר עניין ציבורי רב ומחלוקת פוליטית עזה. איננו נדרשים בגדרי מאמר זה ל"רכבת ההרים" שבה התנהל הליך החקיקה ונותיר זאת לכתיבה עתידית.

37 החלטה מס' 218 של הממשלה ה-36 "תכנית לאומית לשיפור הרגולציה ותיקון החלטות ממשלה" (1.8.2021). במסגרת זו החליטה הממשלה לאמץ את עקרונות דו"ח צוות רגולציה חכמה, לקדם חוק מסגרת והקמת רשות אסדרה ולתקן בהתאם את החלטת ממשלה 2118. החלטה זו התקבלה כחלק מהחלטות הממשלה על רפורמות מבניות במסגרת חוק התקציב (הידוע כ"חוק ההסדרים"). ההחלטה לכלול את החוק בגדרי "חוק ההסדרים" התקבלה בין היתר על רקע תהליך השיתוף המקדים המשמעותי שנערך כחלק מעבודת המטה, הקשר לתקציב המדינה וההערכה שהתבררה כנכונה כי הצעת החוק תידון בוועדת החוקה בכנסת שתוכל להקדיש לו דיונים ממושכים ומשמעותיים.

38 במסגרת הדיונים בכנסת, החליטה ועדת החוקה לשנות את שמו של החוק – מ"חוק יסודות האסדרה", כפי שהוצע במסגרת הצעת החוק, אל "חוק עקרונות האסדרה" – בין היתר כדי לחדד שהחוק אינו במעמד של נורמטיבי כמעין חוקי-יסוד, אלא שמדובר בחקיקת מסגרת שמתקיימת לצד דברי החקיקה הפרטיקולריים שמסמיכים כל מאסדר ומאסדר. ראו את דבריו של יו"ר הוועדה ח"כ גלעד קריב, פרוטוקול ישיבה 69 של ועדת החוקה, להלן ה"ש 62: "... שם החוק ראוי לעבור שינוי. יש כאן איזושהי זיקה למונח של חוק יסוד, זיקה לשוניית שמזכירה את המונח חוק יסוד ואנחנו עסוקים בחוק שהוא רגיל...". וכן בההרת נציג משרד המשפטים, ד"ר עו"ד יובל רויטמן: "אנחנו כמובן לא מתכוונים ולא התכוונו שיהיה לחוק הזה [מעמד] חוקתי מסוג כלשהו. גם לגבי חוק יסודות התקציב, הפסיקה לא התייחסה ליחס בין חוק יסודות התקציב לחוק רגיל אלא... ליחס בין חוק יסודות התקציב לחוק התקציב [השנתי]... [החוק הזה] דומה במהותו לחוק יסודות התקציב".

39 לדיונים קודמים בהגדרת "אסדרה" במשפט הישראלי, ראו שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים ראשונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה 1 (2014); איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" משפט, חברה ותוכנות, מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 47 (2016).

חוק עקרונות האסדרה – להסדיר את אופן פעולתם של מאסדרים מדינתיים בעת הפעלת סמכויות אסדרה.

מטבע הדברים, תחומי מדיניות רבים היו בוודאי נתרמים מטיוב תהליך קבלת ההחלטות. יש אף מדינות שהרחיבו את תחום מדיניות האסדרה לכלל תחומי המדיניות, כמו למשל אוסטרליה, שם עורכים כיום תהליך הערכת השפעות לכל הכללים שנקבעים, ולא רק לאסדרה (ה-RIA התרחב ל-IA). ואולם, לאור השלב הבוסרי יחסית שבו נמצאת מדינת ישראל באימוץ תחום מדיניות אסדרה, ובשים לב לגישה המקובלת במרבית המדינות שנבחנו במחקר המקדים שנערך, הוחלט למקד את החוק, לכל הפחות בשלב הראשון, בתחום האסדרה, על רקע האתגרים הייחודיים שהוא מעורר, ולא להתפרס לעבר תחומים נוספים.

כידוע, כל הסמכויות המנהליות דומות זו לזו, אך כל תפקיד מדינתי מעורר אתגרים בדרגות שלו. כאשר המדינה פועלת בכובעה כמאסדרת, היא מתמודדת עם אתגרים שונים מאשר כשהיא פועלת בכובעה כמשליטת סדר וביטחון או בפועלה כספקית שירות, מעניקת תמיכות כספיות וגובת מס. בספרות האקדמית, מקובל להתייחס לתהליך היסטורי של אבולוציה בתפקידה המרכזי של המדינה. התהליך החל במאה ה-19 עם "מדינת שומר הלילה" (the nightwatch state) שתפקידה המרכזי היה להגן על חיי האזרחים וגופם ולשמור על הסדר והביטחון, עבור למדינת הרווחה (the welfare state או the positive state) בשנות ה-50 של המאה ה-20 שתפקידה המרכזי היה לספק שירותים לאזרחיה, ועד למדינה הרגולטורית (the regulatory state) בשנות ה-80 של המאה ה-20 שתפקידה המרכזי היה להסדיר פעילויות חברתיות או כלכליות רצויות, כמתואר לעיל.⁴⁰

הפעלת סמכויות אסדרה מעוררת, כמתואר לעיל, אתגרים רבים, אשר הובילו בין היתר גם לביקורת המוכרת על קיומו של נטל אסדרתי עודף. ככלל, הביקורת בדבר העול האסדרתי יסודה בהנחה כי כאשר המדינה קובעת כללים שמאסדרים את עצמה או את השירותים שהיא עצמה מספקת (כדוגמת חינוך, בריאות ורווחה), היא מפנימה את עלויותיהם, שכן היא זו שנדרשת לממן את ההוצאות הנדרשות כדי לציית להם. כך למשל, אם בעקבות אסון חלילה של מות ילד בעקבות אלרגיה לחלב, משרד החינוך יקבע כלל שלפיו כלל בתי הספר נדרשים להחזיק מזרק אפיפן⁴¹ בכל כיתה – הוא גם מי שיידרש לשאת בעלויות הציות לו ולתת בסופו של יום דין וחשבון לכנסת כיצד הדבר השפיע על איכות החינוך שניתן על ידו כמכלול. לעומת זאת, כאשר המדינה קובעת כללים שמאסדרים פעילות פרטית, היא אינה מפנימה באופן מלא את העלויות, שכן היא אינה נדרשת לשאת בעלות הציות להם. כך, אם בעקבות אסון משרד הבריאות יחליט להורות לכלל המסעדות בארץ להחזיק מזרק אפיפן, מי שיידרש לשאת בעלויות הללו הן בעלות המסעדות וציבור לקוחותיהן שאליהם ניתן להניח שיגולגלו ולו חלק מהעלויות. כמי שאמון על בריאות הציבור, ולא על קידום הכלכלה, כאשר משרד הבריאות יידרש לתת דין וחשבון בכנסת הוא ייטה להתמקד במספר מקרי המוות שנמנעו, ולא במספר המסעדות שנסגרו בעקבות אי-עמידה בעלויות שהטילה ההוראה. על רקע זה, הטענה היא כי

40 אורי ארבל-גנץ רגולציה – הרשות המפקחת (נייר עמדה 37, 2003).
41 מזרק "אפיפן" הוא מזרק אוטומטי לשימוש עצמי לטיפול חירום באלרגיות מסכנות חיים.

יש חשש גדול יותר שאסדרה – היינו כללים שהמדינה קובעת ביחס לפעילות פרטית שהיא בעלת ערך חברתי – תהיה לא אופטימלית ותוביל לפגיעה בפעילות המאוסדרת ואף תוביל להשפעות שליליות בהקשרים אחרים, ולפיכך נדרש טיפול ייעודי בה.

הנחת מוצא זו, על אף שהיא כמובן כללית, ולפיכך לא בהכרח מדויקת בכל מקרה ומקרה, מסייעת להסביר מרכיבים רבים בהגדרה שהוצעה לחוק. הגדרה זו נסמכה גם על הגדרת "אסדרה" בהחלטות ממשלה מס' 2118 ר'4398 אשר ייסדו כמתואר את תחום מדיניות האסדרה בישראל, אשר משרדי הממשלה כבר הורגלו ליישם בשבע השנים שלפני חקיקת החוק. קידום החקיקה בלוח זמנים מהיר באופן יחסי, הצדיק אף הוא להיצמד, ככל הניתן, להגדרה הקיימת, ולא להרחיב את תחולת ההסדר מעבר להקשר האסדרה. להלן נעמוד על המרכיבים העיקריים של הגדרת "אסדרה" בחוק והרציונלים המרכזיים להם.

אסדרה עניינה בכללים רוחביים החלים על ציבור מפוקח, כפי שהוגדר בחוק: "הוראה הקובעת כלל שהוא בעל אופי כללי". כך למשל, כלל אסדרתי יהיה כלל אשר קובע מהם תנאי הסף לקבלת רישיון או אילו תנאים מהותיים יש לכלול בכלל הרישיונות שניתנים, אך החלטה להעניק או לשלול רישיון לפלוני אינה אסדרה כי היא אינה כללית, אלא פרטיקולרית.⁴² ואולם, קובעי המדיניות קובעים כידוע ערב רב של כללים רוחביים, ולפיכך, כדי שכלל "כללי" יוגדר כ"אסדרה", דורש החוק כי יתקיימו בו שלושה מרכיבים נוספים.

ראשית, אסדרה עניינה בכלל **שנועד להסדיר פעילות רצויה**, כפי שנכתב בהגדרה בחוק: "נקבעה לשם הסדרת פעילות כלכלית או חברתית". רכיב זה מוכר מההגדרה המפורסמת של החוקר סלזניק לאסדרה שהגדיר אסדרה כפיקוח על "activities that are valued by community".⁴³ הרעיון הוא שאסדרה נועדה לחול על פעילות שהיא בעיקרה בעלת ערך חברתי, כדוגמת הקמת מפעל או מכירת מאפים. זאת, בשונה למשל מהדין הפלילי המסורתי שנועד לאסור על פעילויות שהן בלתי רצויות בעיקרן, כמו למשל רצח או גניבה. בכתיבה מתחום המשפט הפלילי מקובל להבחין בין עבירות פליליות קלסיות שהן Mala in se (רע כשלעצמו) לעומת עבירות אסדרתיות שהן Mala prohibita (אסורות כי נאסרו). בעוד הדין הפלילי הקלאסי מבקש לקבוע כללים שנועדו למגר מהיסוד את הפעילות, בתחום האסדרה מבוקש לאסור פעילות כלכלית או חברתית שנתפסת כראויה כשלעצמה, אולם שיש לה היבטים נלווים שיש צורך לאסורם. הדבר נעשה באמצעות קביעת כללים שנועדו לצמצם את הסיכונים שהפעילות משקפת לאינטרסים ציבוריים מוגנים. קביעת אסדרה דורשת לפיכך מלאכת איזון מורכבת, שבמסגרתה על המאסדר לשקול כיצד ניתן להגן על האינטרס המוגן מבלי למגר את הפעילות המאוסדרת ולפגוע באופן בלתי מידתי בתועלות שהיא מביאה. מרכיב

42 העיסוק ברישיון הרגולטורי הפרטני הוחרג מתחולת המונח "אסדרה" וכפועל יוצא, חלק הארי של ההסדרים המעוגנים בחוק עקרונות האסדרה אינו חל ביחס אליו (אלא בנסיבות שיתוארו בהמשך). לצד האמור, האופן שבו המאסדרים עושים שימוש ברישיון הרגולטורי הפרטני מעורר שאלות שראוי לתת עליהן את הדעת, לרבות בכל הנוגע לשאלת הליכי שיתוף הציבור אגב מתן הרישיון, שאלת ההוראות שניתן לקבוע בגדרו ושאלת הבאת מתן הרישיון הרגולטורי לידיעת הציבור.

43 P. Selznick, *Focusing Organizational Research on Regulation* In REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES 363 (Noll R. ed. 1985).

זה בהגדרה נועד אפוא להכליל בגדרי "אסדרה" רק כללים שהם רגולטוריים באופיים, ולא למשל כללים הנקבעים בחוק העונשין.

שנית, נדרש כי מדובר בכלל הנאכף על ידי רשות ציבורית, כמאמר החוק, הוראה ה"ניתנת לאכיפה פלילית או מינהלית בידי רשות ציבורית או תאגיד ציבורי... לרבות אימתן אישור אסדרתי". אלמנט זה בהגדרה כולל למעשה שני מרכיבים חשובים. תחילה, הוא מגדיר כי אסדרה לפי החוק היא רק כזו שנקבעה על ידי רשות ציבורית, ולא למשל על ידי גוף פרטי. כידוע, בשנים האחרונות בספרות האקדמית הוציעו חוקרים רבים להרחיב את ההגדרה של אסדרה כך שהיא תחול לא רק על אסדרה מדינתית שנקבעת על ידי גופים ציבוריים, אלא גם על תהליכי קביעת כללים, פיקוח ואכיפה שנערכים על ידי ארגונים בין-לאומיים, עמותות מהמגזר השלישי, גופים עסקיים ועוד.⁴⁴ מבחינה אקדמית, יש כמובן הצדקה במעבר להגדרה רחבה יותר שמשקפת את עולם האסדרה במאה ה-21 הכולל משטרים מורכבים של אסדרה היברידית, אסדרה עצמית, אסדרה וולונטרית, ועוד.⁴⁵ אך מבחינה מעשית הצורך בפיקוח ממשלתי שהוליד את חוק עקרונות האסדרה נוצר במיוחד במצבים שבהם גוף ציבורי מפעיל סמכות כופה שמשילה עלויות על פעילות פרטית שאינן מופנמות בצורה מלאה על ידו. לכן, תחולת חוק עקרונות האסדרה מוקדה לגבי אסדרה מדינתית, קרי אסדרה שנקבעת על ידי גופים ציבוריים – משרדי ממשלה והרשויות המנהליות הפועלות בהם וכן תאגידים סטטוטוריים.

זאת, בדומה להגדרות קלאסיות יותר לאסדרה בספרות האקדמית.⁴⁶ המרכיב השני בחלק זה של ההגדרה דורש כי האסדרה ניתנת לאכיפה פלילית או מנהלית. הכוונה היא שכלל יוגדר כ"אסדרה" רק כאשר יש מאסדר, קרי, רשות מנהלית שמוסמכת להפעיל במקרים של הפרת הכלל סנקציות פליליות, עיצומים כספיים או סנקציות מנהליות כגון

44 ראו Colin Scott, *Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, EUROPEAN PUBLIC LAW 283, 283–305 (2001) אשר הגדיר "אסדרה" בצורה רחבה כ: "any process or set of processes by which norms are established, the behavior of those subjects to the norms monitored or fed back into the regime, and for which there are mechanisms for holding the behavior of regulated actors within the acceptable limits of the regime"; ROBERT BALDWIN, COLIN SCOTT & CHRISTOPHER HOOD, A READER ON "אסדרה" התרחבה ומתוארת כך כ: "REGULATION (1998) products of state activity, nor part of any institutional arrangement, such as the development of social norms and the effects of markets in modifying behavior"

ראו Lobel, לעיל ה"ש"2.

45 ראו Selznick, לעיל ה"ש"43, בעמ' 363–364 ההגדרה הנזכרת לעיל של החוקר סלזניק היא המוכרת ביותר להגדרת "אסדרה" ששמה דגש על סמכות מדינתית: "sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by community" MARVER H. BERNSTEIN, REGULATING BUSINESS BY: INDEPENDENT COMMISSION (1955); BARRY M. MITNICK, THE POLITICAL ECONOMY OF REGULATION (1980); David Coen & Mark Thatcher, *The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators*, 18 GOVERNANCE 329 (2005); Fabrizio Gilardi, *The Institutional Foundations Regulatory Capitalism: The Diffusion of Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, 598 ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF SOCIAL AND POLITICAL SCIENCES 84 (2005).

שלילת רישיון, מחיקה ממרשם, דרישה לתיקון ליקויים והוראה לבצע השבת מוצר (recall).⁴⁷ כך לדוגמה, מכוח חוק החברות, התשנ"ט–1999 חברות מחויבות להירשם ולהגיש דיווחים לרשם החברות. רשם החברות הוא מאסדר – רשות מנהלית שהיא חלק ממשרד המשפטים – שמוסמך לאכוף את כללי הרישום ובמידת הצורך להטיל סנקציה של הטלת עיצום כספי או סנקציה מנהלית של הכרזה על החברה כמפירה, ולפיכך אלו כללים שניתנים לאכיפה מנהלית. לעומת זאת, כללים אחרים הקבועים בחוק החברות, למשל הכללים בנוגע לעסקאות בעלי עניין, אינם "אסדרה", שכן הדרך לאכוף אותם היא אם פרט שהוא בעל מניות בחברה יגיש תביעה נגזרת לבית המשפט. כלומר, מי שאוכף את הכלל הוא בית המשפט, ולא מאסדר. מרכיב זה בהגדרה נועד בין היתר לחדד בצורה רחבה יותר כי אסדרה שונה במהותה ממשפט אזרחי. בעוד אסדרה מקורה ביחסים של המדינה (כרשות מנהלית) למול הפרט, משפט אזרחי קובע בעיקרו כללים שעניינם ביחסים שבין פרטים לבין עצמם. כך, בעוד כללי משפט אזרחי – כמו למשל חוק החוזים או פקודת הנזיקין – קובעים כללים רוחביים, הם אינם "אסדרה" בין היתר מכיוון שאין מאסדר שאוכף אותם.

שלישית, אסדרה יכולה להיקבע בתצורות שונות. אסדרה יכולה להיקבע בחוק או בתקנות, אך היא יכולה להיקבע גם "בהנחיה, נוהל, חוזר, גילוי דעת או בהוראה מסוג דומה אף אם כינויה שונה, לרבות הוראה כאמור המקבלת תוקף מחייב בעת הכללתה כתנאי באישור אסדרתי" כקבוע בחוק. בעוד במדינות שונות בעולם הפיקוח על האסדרה מתמקד בעיקר באסדרה שנקבעת בחקיקה ראשית ומשנית, בישראל נכללה בגדריה גם אסדרה שנקבעה בנהלים למיניהם. זאת, על אף ביקורות שנשמעו על כך בתהליכי שיתוף הציבור המקדימים ובדיונים בכנסת. החלטה זו נסמכה על ההבנה כי חלק לא מבוטל מהאסדרה שחלה על המגזר הפרטי קבועה בפועל בנהלים – ולא בתקנות או בחקיקה ראשית. אסדרה זו מכונה לעיתים "אסדרה באפלה"⁴⁸ מכיוון שהיא עשויה שלא לעבור את התהליך הסדור והפומבי שעוברות תקנות וחקיקה ראשית. לאור החשיבות בפיקוח הממשלתי גם על אסדרה מסוג זה, כבר בהחלטת הממשלה מס' 4398 הוחלט לכלול נהלים מסוגים שונים וכן תנאים רוחביים שנכללים ברישיונות בהגדרת "אסדרה". עם חקיקת חוק עקרונות האסדרה הוחלט לשמר מרכיב זה בהגדרה לאור חשיבותו, ועל אף מורכבויות משפטיות, שעשויות להתעורר בנוגע להנחיות מנהליות מסוימות שקיים ספק אם הן ניתנות לאכיפה, שיוכרעו כל מקרה לגופו.⁴⁹ לצד זאת,

47 אגב הליכי החקיקה הורחבה הגדרת המונח "אסדרה" כפי שהייתה קבועה בהחלטות הממשלה, כך שנקבע באופן מפורש כי אימתן רישיון יהווה דוגמה לאכיפה מנהלית.

48 עמותת רווח נקי **תו איכות RIA הערכת תהליכי אסדרה דוח מסכם לשנת 2022** (2023) <https://tinyurl.com/mr3rz773>.

49 על החשיבות שבהפניית זרקור אל עולם הכללים הרגולטוריים שאינם חקיקה או תקנות (כנהלים, הנחיות וכיוצא בזה), ראו למשל Connor N. Raso, *Strategic or Sincere? Analyzing Agency Use of Guidance Documents*, 119 YALE L.J. 782, 785–786 (2010). המתייחס לכך שיש פי עשרה יותר הנחיות מאשר חקיקה, ולכן יש להן משמעות גדולה בעולם האסדרה; ; TREY GOWDY, SHINING LIGHT ON REGULATORY DARK MATTER (2018) <https://tinyurl.com/bpa7f868>; Nina A. Mendelson, *Regulatory Beneficiaries and Informal Agency Policy Making*, 92 CORNELL

יודגש כי מטבע הדברים נהלים יוגדרו כ"אסדרה" רק אם הם ניתנים לאכיפה פלילית או מנהלית כמתואר לעיל, ולפיכך הנחיות מנהליות שאינן ניתנות לאכיפה הן לא "אסדרה".⁵⁰ לבסוף, רביעית, עוגנו בחוק חריגים ביחס לכללים שעל פניו נכללים בהגדרת "אסדרה", אך הם לא מתאימים להיכלל בגדרי החוק. במסגרת הדיונים בכנסת, ועדת החוקה בחרה לפצל את החריגים שהוצעו בהצעת החוק לשתי קבוצות: חריגים שייכללו בהגדרת "אסדרה" בפרק ההגדרות בחוק וחריגים שייכללו במסגרת תוספת לחוק. הסיבה לכך הייתה הרצון להפריד בין חריגים שהוועדה ראתה הצדקה מלאה להחריגים, שנכללו בפרק ההגדרות בחוק, לבין חריגים שהוועדה ביקשה מהממשלה לשוב ולבחון בעתיד האם יש הצדקה לכלול אותם ולפיכך הם נכללו בתוספת תוך קביעת מנגנון שיקל על הממשלה למחוק אותם מהחריגים בהמשך, ככל שתימצא לכך הצדקה.

כך, בפרק ההגדרות בחוק נכללו שני חריגים להגדרת "אסדרה": הוראות שעניינן שירותים חברתיים (שירותים חינוכיים, רפואיים או טיפוליים) שהמדינה מספקת ישירות או באמצעות מיקור חוץ⁵¹ וכן הוראות שעניינן פיקוח פנים-ממשלתי (כגון כללי החשב הכללי וכללי התקשי"ר). הרציונל להחרגת הוראות אלו היה שכאשר הממשלה קובעת כללים שחלים ברובם על עצמה או על גופים שהיא מממנת, ניתן להניח שהיא מפנימה את עלויותיהם. זאת, בשונה מאסדרה שבמסגרתה קובעת הממשלה כללים שחלים על המגזר הפרטי שהוא הנושא בעלויות הציות להם.⁵²

לצד זאת, בתוספת לחוק נקבעו חריגים נוספים, שהממשלה התבקשה לשוב ולבחון מחדש בחלוף כמה שנים ושבעניינם רשאית הממשלה לקבוע בהחלטה כי על אף האמור בחוק, הם כן ייכללו בגדרי "אסדרה". בגדר זאת, הוחרגו תחומים שקשורים בטבורם למדיניות הכנסות הממשלה, ולא לאסדרה במובנה הקלאסי של הסדרת פעילות כלכלית או חברתית. כך, הוחרגו מהגדרת "אסדרה" הוראות בענייני מיסים, אגרות, תמלוגים או היטלים. תחומים אלו הוחרגו

L. Rev. 397 (2006) (עמ' 397 מתייחס לחשיבות של נהלים שקובעים למעשה מדיניות רגולטורית).

50 אגב הליכי החקיקה עלתה הטענה כי פעמים רבות, קביעת רגולציה בהנחיות פנימיות או בנהלים – ולא בחקיקה ראשית או משנית – נעשית ללא הסמכה מספקת. הוצג החשש שמא עיגון רכיב זה בגדרי המונח "אסדרה" עלול להקנות לגיטימיות לדרך פעולה זו. על מנת לתת מענה לחשש זה הובהר בצורה מפורשת בדברי ההסבר להצעת החוק כי "רכיב זה לא נועד לשנות את הדין הקיים ביחס לתקנה בת פועל תחיקתי, אלא לשקף את המציאות הקיימת שבמסגרתה, לעיתים, נקבעות הוראות אסדרה שהן כלליות גם שלא בחקיקה ראשית או חקיקת משנה, ויש צורך שהוראות אלה, בשל מהותן, יהיו כפופות לתהליכים המעוגנים בחוק זה". בהמשך לכך, בגדרי החוק הובהר בצורה מפורשת כי הוא חל על נהלים וכדומה שנקבעו "על פי סמכות כדין".

51 אופן הטיפול והפיקוח על תחום השירותים החברתיים נקבע בהחלטה 2034 של הממשלה ה-33 "מדיניות הממשלה בנושא אופן אספקת שירותים חברתיים" (14.9.2014) אשר קודמה במקביל להחלטת הממשלה 2118, לעיל ה"ש 27. בהתאמה, תחום הרכש החברתי טופל על ידי אגף שונה במשרד ראש הממשלה ותוך שימוש בארגז כלים אחר. להרחבה ראו הילה טל-אביטן, אגף ממשל וחברה, משרד ראש הממשלה **המדריך לרכש חברתי** (2017) <https://tinyurl.com/df8w8tpa>.

52 הנחה זו אינה מובנת מאליה וייתכן שיש צורך לבוחנה. עם זאת, בלוחות הזמנים שבהם קודמה החקיקה, ובשים לב למסלול השונה שבו טופל תחום השירותים החברתיים, כאמור לעיל, הוחלט לפסוע בנתיב שנקבע בהחלטות הממשלה שקדמו לה.

מחובת ה-RIA בישראל עוד בהחלטת ממשלה 2118 משנת 2014. אומנם, ניתן לטעון כי קיימות הוראות בעניינים אלו שהן כן אסדרתיות במהותן – כמו למשל מיסוי סיגרות או היטל סביבתי שנועדו בעיקרם להכווין התנהגות (הידועים גם כמיסוי פיגוביאני (Pigovian tax)). ואולם, ההבחנה בין הוראות מעין אלו להוראות שכל עניינן הוא גביית כספים לטובת הכנסות המדינה היא מורכבת מאוד, ולאור העובדה שהרוב המוחלט של הוראות בתחומים אלו אינו רגולטורי – הוחלט להחריגן.⁵³ באופן דומה הוחרגו גם הוראות בעניין פיקוח על מחירים, קביעת תעריפים או עלויות מוכרות. אומנם, הוראות אלו הן במהותן אסדרה, אך הן נקבעות בפרוצדורה ייחודית בגדרי יישום ניתוח כלכלי, ולפיכך התהליכים הרוחביים שנקבעו בחוק לקביעת אסדרה פחות נדרשים בעניינן. במסגרת הסקירה המשווה שנערכה נמצא כי ישנן מדינות אחרות שבדומה לישראל החריגו תחומים דומים מחובת ה-RIA ומכפופות לגוף הבקרה המרכזי על האסדרה.⁵⁴ לבסוף, הוחרגו הוראות שהן תוכניות שונות בתחום התכנון והבנייה. על אף שתוכניות תכנון ובנייה עולות כדי כלל רוחבי שניתן לאכיפה על ידי מאסדר, הן עוברות פרוצדורה ייחודית ומשמעותית של אישור במוסדות התכנון שניתן לראות בה כחלופה מקבילה לקיום תהליכי ה-RIA ואחרים שבהם עוסק החוק. בניגוד לתוכניות תכנון ובנייה, תיקונים בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה בתחום (למשל תיקון לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה–1965) לא הוחרגו ועשויים להיכלל בגדרי "אסדרה".

2. העקרונות המנחים לאסדרה מיטבית והחובה לקבוע אסדרה לאורם

משימה מאתגרת ומורכבת נוספת בגיבוש החוק הייתה להבהיר כי מאסדרים מוסמכים לשקול גם את ההשלכות הכלכליות, החברתיות והסביבתיות של האסדרה שהם קובעים וכן לסמן למאסדרים את "המצפן" – היעד הנכסף של אסדרה מיטבית ואבני הדרך להשגתה. כל זאת, מבלי לייצר חובה משפטית חזקה וכת אכיפה שעלולה להוביל לעקיפת מנגנון הפיקוח הפנים-ממשלתי של רשות האסדרה ולהתדיינות יתר בבתי משפט, ומבלי לפגוע בהסמכה הפרטנית של כל מאסדר לפי החקיקה הפרטיקולרית שמסמיכה אותו והאיוונים המעוגנים בגדרה.

במדינות רבות, כחלק מהמאמץ לשפר את מלאכת האסדרה השלטונית, עוגנו בדין עקרונות מנחים לאסדרה מיטבית. עקרונות אלו מופנים בעיקרם כלפי המאסדרים השלטוניים ומיועדים להנחות את תהליך קבלת ההחלטות המבוצע על ידם. כך, לדוגמה, בבריטניה, סעיפים 12(1)–

53 ראו דברי ד"ר עו"ד רויטמן: "תחום המיסים זה לא חלק ממה שאנחנו מכנים רגולציה. המדינה... התפתחה מדרך פעולה של מיסוי והוצאה. דפוס פעולה נוסף זה דפוס הרגולציה שהוא **תחליפי** לדפוס הפעולה של מיסוי והוצאה" (פרוטוקול הדיון מיום 14.10.2021, בעמ' 14).

54 כך לדוגמה, בבריטניה, Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26 (U.K.). מחריג מתחולת ה"הוראות הרגולטוריות" שעליהן חל החוק, הוראות הקובעות או מתקנות הוראות הנוגעות למיסוי, אגרות וחיוכים, רכש או תמיכות. בארה"ב, Review Congressional Act, 5 U.S.C. (1996) קובע כי ה"רגולציה" שעליה חל החוק אינה כוללת, בין היתר, רגולציה שקובעת שכר, תעריפים, מחירים, שירותים או קצבאות. בקוריא הדרומית, Administrative Regulations (1997), מחריג מתחולת החוק עניינים הקשורים לתעריפים וכן להטלה וגבייה של מס.

2(3) ל־2006 Legislative and Regulatory Reform Act קובעים חמישה עקרונות מרכזיים לאסדרה מיטבית: שקיפות, מידתיות, עקביות, אחריות וקידומה של אסדרה רק במקום שבו היא נדרשת.⁵⁵ ואילו בארצות הברית, העקרונות המנחים לאסדרה מיטבית עוגנו בצווים נשיאותיים.⁵⁶

בדומה לגישה האמורה, כפי שפורט לעיל, בשנת 2018 בישראל עוגנו במסגרת החלטת הממשלה בעניין רגולציה חכמה "אבני יסוד לרגולציה חכמה" אשר קבעו אילו שיקולים ותהליכים יש להביא בחשבון בעיצוב אסדרה חדשה. עקרונות אלו עוגנו בהחלטת ממשלה, ולא בחקיקה ראשית, ולכן מעמדם הפורמלי נתפס בקרב מאסדרים כמשני ביחס למטרות ולאיינטרסים שבחקיקה הראשית המסמיכה אותם לפעול.⁵⁷ אחת התוצאות של האמור הוא כי מאסדרים נמנעו מלשקול באופן מלא את עלויות האסדרה והשלכותיה העקיפות. על רקע האמור, בדו"ח צוות רגולציה חכמה נכתב כי "חסר במערכת הרגולטורית בישראל כיום עיגון חקיקתי להגדרה אחידה ומטרה משותפת של קידום אסדרה איכותית שיחול לצד התכליות הפרטניות המעוגנות בחקיקה המסמיכה".⁵⁸

לאור זאת, סעיף 2 לחוק עקרונות האסדרה חוקק במטרה לעגן לראשונה בדין הישראלי את העקרונות המנחים לאסדרה מיטבית. "אסדרה מיטבית" היא התרגום שהוצע לגישת הרגולציה

55 כן ראו את חובתו של מאסדר לתת דעתו להשפעת פעולתו על קידומה של צמיחה כלכלית (מה שזכה לכינוי – "Growth Duty"), §108, Deregulation Act 2015.

56 ראו (1993) §1, 58 F.R. 12,866, Exec. Order No. 12,866, שפורסם על ידי הנשיא קלינטון, אשר קובע את העקרונות המנחים שלפיהם מאסדר נדרש להציע אסדרה רק כאשר היא נחוצה ציבורית; לאחר שהוערכו כל העלויות שלה ויתרונותיה באופן מפורט עד כמה שניתן כולל השפעות חלוקתיות וצדק; נבחנו החלופות השונות כולל החלופה של היעדר אסדרה; ונבחרה האפשרות שממקסמת את התועלת הכללית. העקרונות המנחים שנקבעו בהחלטה האמורה כוללים גם את החובה להימנע מרגולציות לא עקביות, לא תואמות או כפולות לרגולציות של רשויות אחרות, תוך עיצוב האסדרה באופן שמטיל את הנטל המינימלי ההכרחי על הציבור ולנסח אותה בצורה פשוטה להבנה. §1 (2011) 3 C.F.R. 13,563, Exec. Order No. 13,563, שפורסם על ידי הנשיא אובמה הוסיף כי אסדרה נדרשת להגן על בריאות הציבור, רווחתו, ביטחונו ואיכות הסביבה לצד קידום הצמיחה הכלכלית, חדשנות, תחרותיות ויצירת מקומות עבודה. נקבע כי אסדרה צריכה להתבסס על המדע הטוב ביותר הזמין, לאפשר שיתוף ציבור, לקדם יציבות, להיות נגישה ולשקף את החלופה הטובה ביותר ביחס עלות-תועלת. עוד נקבע כי לצד החובה לחזות עלויות ותועלות בצורה מדויקת ככל הניתן, רגולטור רשאי לשקול ערכים שהם קשים או בלתי אפשריים לכימות, כגון שוויון, כבוד האדם, הוגנות והשלכות חלוקתיות. להרחבה ראו דו"ח סקירה משווה חקיקת מסגרת לרגולציה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 10.

57 השוו דו"ח הוועדה לשינוי כלכלי חברתי 162 (2011) (להלן: "דו"ח ועדת טרכטנברג) שם נאמר כי "על רגולטורים שונים מוטלת החובה לקדם מטרות שונות: שמירה על בטיחות, יציבות הגנה על משקיעים ועוד. לעיתים נראה כי המטרה של שיפור מצבם של משקי הבית, של אזרחי המדינה ותושביה, ולהגדלה של רווחתם מקבלת חשיבות משנית, אם בכלל, בסדר העדיפויות של הרגולטורים בישראל".

58 דו"ח צוות רגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 29.

המיטבית.⁵⁹ כמתואר לעיל, גישה זו היא הגישה המובילה כיום את תחום מדיניות האסדרה המתואר לעיל, והרציונל העומד בבסיסה הוא השאיפה לקביעת אסדרה מיטבית הנהנית מאמון הציבור ומביאה למרב התועלת לחברה ולמשק, כך שעלויותיה והשפעותיה השליליות אינן עולות על התועלות הגלומות בה.

לצורך כך, סעיף 2 לחוק קובע תשעה עקרונות מנחים לאסדרה מיטבית, שהם פיתוח ועדכון של אבני הדרך לאסדרה חכמה שעוגנו בהחלטת ממשלה 4398. **העיקרון הראשון** מנחה כי קביעת האסדרה נדרשת לשם הגשמת אינטרס מוגן תוך שקילת חלופות לכך. הכוונה היא כי נמצא שיש הצדקה באסדרה,⁶⁰ קרי שהיא נדרשת כדי לטפל למשל בכשל שוק (לדוגמה למנוע החצנה של נזקים סביבתיים מצד מפעל מזהם) או לקדם ערך חברתי (לדוגמה להבטיח נגישות של מקום ציבורי לבעלי מוגבלויות). שאלה מעניינת עשויה להתעורר אם למשל מאסדר יקבע אסדרה על מנת להגן על יצרנים ישראלים, לדוגמה מאסדר של בטיחות מצרים שיקבע סטנדרטים ייחודיים, שאינם הכרחיים להבטחת בטיחות המוצר, שיקשו על יצרנים בחו"ל להתאים את המוצר לאסדרה הישראלית. ככל שהמדינה רשאית לפעול לעידוד של ייצור מקומי, היא מצופה לעשות זאת באמצעות כלי מדיניות אחרים, כמו סובסידיות בהקשר זה, וספק אם קיים קשר רציונלי בין האינטרס המוגן שעליו המאסדר אחראי (בטיחות המוצר) לבין האסדרה – ומכאן שלכאורה האסדרה אינה נדרשת.⁶¹ האמור אינו חל כמובן במצבים שבהם החקיקה המסמיכה קבעה מראש את ההגנה האמורה כאחד מתפקידי המאסדר. בהתאם לקבוע בחוק, במסגרת קביעת אסדרה על המאסדר לשקול "חלופות לכך", משמע לשקול אם ניתן להגשים את האינטרס המוגן באמצעות חלופות שהן גם לא רגולטוריות. כך, עליו לבדוק האם ניתן לתת מענה לבעיה באמצעות כלי מדיניות אחרים, כמו למשל חינוך והסברה לציבור או תמריצים חיוביים. במהלך הדיונים בוועדת החוקה כנסת תוקן נוסח הסעיף שנוסח במקור כ"לאחר בחינת חלופות לכך" במטרה להבהיר כי המאסדר אינו מחויב לבחון חלופות לא רגולטוריות לפני שהוא פונה לאפשרות של קביעת אסדרה, מה שעלול להפוך אסדרה למוצא אחרון, אלא רק שאגב קביעת אסדרה עליו לשקול גם חלופות אחרות.⁶² שאלה מורכבת – שלא נידרש אליה בגדרי מאמר זה – היא היחסים שבין הצורך לשקול חלופות לאסדרה, כפועל יוצא מהעיקרון הראשון לאסדרה מיטבית, לבין החובה לשקול חלופות, כפי שהיא מעוגנת במשפט

59 ארגון ה-OECD מקדם בצורה משמעותית את אימוץ עקרונות ה"Better Regulation" בקרב כלל המדינות החברות בו (ראו למשל OECD, Better Regulation Practices across the European Union (June 28, 2022); OECD, Regulatory Policy Outlook (Oct. 14, 2021)).

60 ניתן למצוא הקבלה מסוימת לכך בדרישת "התכלית הראויה" במבחני המידתיות של המשפט החוקתי.

61 ראו והשוו ע"מ 7002/19 ציינה מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים (נבו) (7.7.2020).

62 ראו את דבריו של ח"כ גלעד קריב בפרוטוקול ישיבה 69 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (7.10.2021): "לי זה נשמע בהחלט סביר, שהמאסדר צריך לשקול חלופות אחרות. הוא לא צריך כל פעם לבחון חלופות אחרות ורק אז להחליט שהוא הולך לאסדרה...אני לא מוכן שיחליטו שצריך אסדרה בלי לשים אל מול העיניים עוד אופציות אבל האסדרה היא לא תמיד מוצא אחרון. יש מקומות שהאסדרה היא הדבר הראשון".

המנהלי הישראלי. שאלות דומות – בכל הנוגע ליחס שבין הוראות חוק עקרונות האסדרה לבין הוראות המשפט המנהלי – מתעוררות בהקשרים נוספים. באופן כללי, ניתן לומר כי בהקשרים רבים חוק עקרונות האסדרה מבקש לעודד את המאסדרים לפעול לקידומה של אסדרה מיטבית, אך זאת מבלי לקבוע חובה משפטית לעשות כן. לעומת זאת, המשפט המנהלי קובע את רף המינימום המשפטי שבו המאסדר חייב לעמוד.

העיקרון השני לאסדרה מיטבית מנחה כי האסדרה תיקבע "במטרה להביא למרב התועלת לחברה ולמשק, תוך שקילת האינטרס המוגן וההשפעות הכלכליות, החברתיות והסביבתיות הנובעות מקביעה או מאיקביעה של האסדרה ועלות הציות לאסדרה, וככלל, על בסיס ניהול סיכונים". לפיו, אסדרה מיטבית היא כזו שמביאה למרב התועלת לחברה ולמשק, קרי, שעלויותיה במובן הרחב אינן עלולות על תועלתיה. כך למשל, אסדרה שתועלתה במניעה מוחלטת של סיכון להרעלת מזון, אך זאת במחיר של הטלת עלויות ציות שעולות משמעותית על התועלת הזו – לא תיחשב לאסדרה מיטבית.

העיקרון משקף את התפיסה לפיה הדרך להגיע לתוצאה של אסדרה מיטבית היא תהליך קביעת אסדרה שמביא בחשבון לא רק ההגנה על האינטרס המוגן (התועלת), אלא שוקל גם את ההשפעות הכלכליות, החברתיות והסביבתיות המרכזיות שנובעות מקביעת האסדרה וכן את עלות הציות לה. במקור הצעת החוק הציעה להתייחס לשקילת ההשפעות הכלכליות והחברתיות מתוך תפיסה שהשפעות סביבתיות הן חלק מההשפעות החברתיות. במסגרת הדיונים בכנסת, ועדת החוקה הוסיפה לסעיף גם התייחסות מפורשת להשפעות הסביבתיות מתוך ההבנה שכיום בתחום מדיניות האסדרה בעולם מקובל להתייחס אליהן בצורה נפרדת.⁶³ זאת, לעומת הצעות אחרות שעלו בדיוני הוועדה – הוספת התייחסות מפורשת לחובה לשקול השפעות מגדריות, השפעות על הדורות הבאים ועוד – ונדחו. העיקרון מתייחס לשקילת "עלות הציות" כאלמנט נפרד משקילת ההשפעות הכלכליות באסדרה, לאור חשיבותו בהקלה על נטל אסדרתי עודף. החוק מגדיר את עלות הציות ככלל העלויות הנובעות באופן ישיר מהציות לאסדרה שמוטלות על המפוקחים, ובכלל זה גם את העלויות הרגולטוריות (העלויות עקב העמידה בדרישות האסדרה) וגם את העלויות הביורוקרטיות (עלויות הנובעות מהליכים בקשר לדרישות האסדרה).⁶⁴ דוגמה קלאסית לתהליך קביעת אסדרה שהולם את העיקרון היא כמובן תהליך קבלת החלטות בהתאם למתודולוגיית ה-RIA, שתוארה לעיל. נכון להיום, כעולה מהחלטת הממשלה 2118 ומהמדריך שפורסם בעקבותיה, הממשלה מיישמת את העיקרון באופן שמבחין בין עלות הציות, שלרוב נמדדת כמותית, לבין שקילת ההשפעות, שמוערכת איכותנית. זאת, בשונה למשל מניתוח במתודולוגיית CBA המקובלת בארצות הברית,

63 ראו דברי יו"ר הוועדה ח"כ גלעד קריב בפרוטוקול ישיבה 78 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (12.10.2021): "אנחנו נמצאים בעידן שהנושא הסביבתי עומד כבר כמערכת שצריך להתייחס אליה בזכות עצמה ולא לקפל אותה בתוך המונח 'חברתי'; וכן הערת הייעוץ המשפטי לוועדה: 'הנושא הסביבתי שונה איכותית מאחרים גם כי הוא לא נכלל בהכרח בכלכלי חברתי וגם מכיוון שהמלצות ה-OECD ומדינות אחרות מונות אותו במפורש'".

64 שאלה מורכבת היא משמעות ההתייחסות לכך שהמדובר בעלויות שנובעות באופן "ישיר" מהציות לאסדרה. יהיה צורך לקבוע מהו קו הגבול המבחין בין עלות ישירה לבין עלות עקיפה.

שבמסגרתה יש למדוד כמותית הן את כלל עלויות האסדרה (ולא רק את עלות הציות הישירה) והן את תועלתיה. מתודולוגיית ה-CBA לא עוגנה בחוק על רקע הביקורות הרבות שנמתחו עליה בארצות הברית, לנוכח המשאבים הרבים שיש להשקיע במדידה כמותית כאמור, ההטיה הדה רגולטורית המובנית שניתוח שכזה מייצר לאור הקלות בכימות עלויות למול הקושי בכימות תועלות רגולטוריות והפתח המשמעותי למניפולציות במספרים.⁶⁵

העיקרון השני מוסיף כי אסדרה מיטבית היא אסדרה המבוססת ככלל על ניהול סיכונים. כך, מצופה ממאסדר לפעול בצורה שאינה מאיינת סיכונים, אלא מנהלת סיכונים.⁶⁶ נקודת המוצא היא כי אסדרה, כמתואר לעיל, נועדה להסדיר פעילות חברתית או כלכלית שהיא במהותה רצויה. נהיגה בכביש, לדוגמה, מייצרת כמובן סיכונים, אך לאור התועלת שבה, תפקיד המדינה אינו למנוע את הסיכונים לחלוטין (למשל להטיל איסור גורף על נהיגה), אלא לפעול כדי לצמצם אותם באופן פרופורציונלי לתועלת. בנוסף, משאבי הפיקוח והאכיפה של מאסדר הם לעולם מוגבלים ולכן ממילא למאסדר לעולם אין יכולת לטפל בצורה מוחלטת בכלל הסיכונים הפוטנציאליים. תפיסת ניהול הסיכונים משקפת אפוא גם את ההבנה כי כאשר מאסדר קובע כללי אסדרה הוא יביא בחשבון גם את משאביו המוגבלים – ינתח ויתעדף את הטיפול בסיכונים השונים תוך ניהולם, חלף איונם.

חשוב להבהיר כי תחת עיקרון זה עשויות לדור תפיסות שונות ביחס לניהול הסיכונים והשאת התועלת המרבית לחברה ולמשק. כך למשל, עשויה להתקבל בגדריו הן אסדרה שנועדה לצמצם את הסיכון לנזק החמור ביותר (eliminate worst hazard) או את הסיכון המסתבר ביותר (eliminate worst risk) מבלי להטיל עלויות שעולות על התועלת שבכך; הן אסדרה שנועדה למנוע סיכון שנקבע שהוא בלתי מתקבל על הדעת (avoid unacceptable risk) מבלי להטיל עלויות שעולות על התועלת שבכך; הן אסדרה שנועדה להימנע מהטלת עלויות מוגזמות (avoid excessive costs) מבלי להפר את האחריות להגנה מינימלית מתחייבת על האינטרס הציבורי; והן אסדרה שנועדה להשיא את התועלת המקסימלית (maximize net benefits). כל אלו עשויים להתקבל כאסדרה מיטבית בהתאם להנחיה שבחוק. מה שלא יתקבל כאסדרה מיטבית הוא למשל אסדרה שנועדה לאיין סיכונים מבלי לשקול את העלויות וההשפעות למול התועלות, כמו למשל מאסדר שקובע כללים שנועדו למנוע לחלוטין סיכון נדיר ולא חמור ומטילים עלויות משמעותיות שעולות בהרבה על התועלות שבכך. האפשרות להכיל תפיסות שונות ביחס לעקרון מרב התועלת התחדדה אף בדיונים בכנסת, שבמסגרתם החליטה ועדת החוקה לשנות את המונח שהוצע בהצעת החוק מ"תוך איוון" ל"תוך שקילת" האינטרס המוגן, ההשפעות ועלויות הציות.

65 רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9, בעמ' 437.

66 ראו דברי ד"ר עו"ד יובל רויטמן, פרוטוקול ישיבה 78 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 63: "לגבי ניהול סיכונים, הכוונה הייתה להבדיל ממצב של איון סיכונים, כלומר הרגולטור אומר שהוא לא מוכן לקחת שום סיכון. התפיסה הרווחת היום היא של ניהול סיכונים, ואז... רגולטור יכול להחליט על מדיניות ניהול הסיכונים שלו"; למדריך יישומי שמדגים כיצד ניתן להוציא את עקרון ניהול הסיכונים מהכוח לפועל, ראו משרד ראש הממשלה מדריך לניהול סיכונים ברגולציה ובמדיניות ציבורית (2018).

העיקרון השלישי לאסדרה מיטבית מנחה כי "תהליך גיבוש האסדרה וקביעתה מתבססים במידה מספקת על נתונים הנוגעים לעניין, ונעשים בהתאם לעקרון השקיפות ותוך שיתוף הציבור במידה הנדרשת בנסיבות העניין". עיקרון זה משקף עקרונות שממילא הוטמעו במשפט המנהלי הישראלי, לפיהם בעת קביעת כללים רשות מנהלית נדרשת להסתמך על תשתית עובדתית מספקת⁶⁷ ולשתף את הציבור במידת האפשר.⁶⁸ בכל הנוגע לעקרון השקיפות, הרי שזה קיבל זה מכבר ביטוי מפורש בחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

בפרקטיקה, תהליך ה-RIA מסייע להבנות את תהליך שיתוף הציבור בקביעת אסדרה. זאת, במטרה להבטיח כי המאסדר יזהה את בעלי העניין הרלוונטיים ויקבל את התייחסותם, לעיתים באופן יזום ואף מהשלבים הראשונים של עיצוב האסדרה במקרים בהם עמדתם היא חיונית לגיבוש התשתית הראשונית. ככלל, הציפייה היא למידת שיתוף פרופורציונלית למהות האסדרה והיקפה, בהתחשב בתועלת הצפויה מתהליך השיתוף לעומת נזקים שהוא עלול לגרום. כך לדוגמה, משרד המשפטים פעל כדי לשתף מגוון גורמים בעלי עניין ואת הציבור הרחב כבר בשלבים מוקדמים בדיונים בסוגיה העקרונית ורבת-ההשפעה האם ראוי לעבור ממדיניות הפללת קנבים למדיניות אסדרת התחום.⁶⁹ לעומת זאת, יש מקרים שבהם מקודמים תיקוני אסדרה זניחים יחסית שאינם מצדיקים תהליכי שיתוף מקדימים מיוחדים, או מקרים דחופים, או מקרים שבהם שיתוף מקדים עלול לייצר עיוותים מזיקים (למשל כשמדובר על הוראה מיוחדת שידיעה מוקדמת על הכוונה לקדמה תגרום לגורמים מפוקחים לפעול באופן שימנע ממנה להגשים את תכליותיה).

בתהליך גיבוש חוק עקרונות האסדרה, הומלץ שלא לכלול בחוק עצמו את החובה לבצע תהליך הערכת השפעות אסדרה, ובכלל זאת את הציפייה לערוך תהליך שיתוף ציבור, לאסוף נתונים ולפעול בשקיפות. זאת, על מנת להותירם כדרישה גמישה שתאיכף במסגרת פנים-ממשלתית, ולא בבחי המשפט (וראו על כך פירוט בפרק 4 (א) להלן). ואולם, בתהליך גיבוש החוק, גורמים מהמגזר האזרחי קראו ודרשו לעגן בגדרי החוק את החובה לשקף לציבור ביחס לכל אסדרה חדשה שנקבעת מהו תהליך שיתוף הציבור שהתקיים – אילו גורמים בעלי עניין שותפו, מתי הם שותפו ואילו נתונים ועמדות הם העבירו למאסדר. לתפיסתם, היה מקום

67 ראו למשל בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337, 368–369 (1999); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי א 459, 440–442 (2010)**; בג"ץ 3638/99 **בלומנטל נ' עיריית רחובות**, פ"ד נד(4) 220, 229–230 (2000).

68 ראו למשל שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; בג"ץ 288/00 **אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים**, נה(5) 673, פס' 18 לפסק דינו של השופט חשין (2001); ברק-ארז, שם, בעמ' 289–301.

69 ראו תיאור שיתוף הגורמים בעלי העניין: משרד המשפטים **דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת המדיניות בנוגע לאיסור על צריכת קנאביס בישראל** 6–21 (2020) יצוין כי גם בתהליך גיבוש חוק עקרונות האסדרה עצמו, לדוגמה, התקיים תהליך שיתוף מקדים. התהליך כלל פנייה יזומה לקבלת עמדותיהם של גורמים בעלי עניין במגוון אמצעים עוד בשלבים הראשונים של עיצוב המדיניות. ביום 24.3.2021 פורסם קול קורא לציבור שבעקבותיו הוגשו למעלה מ-60 ניירות עמדה ובמקביל הוקם אתר שיתוף ייעודי על מנת לפנות בצורה יזומה לעסקים קטנים, עצמאים ועוד, שבמסגרתו נאספו כ-1,000 תגובות. ראו פירוט בחלק שמיני: מתודולוגיה ומקורות מידע ב**דו"ח צוות רגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5.

לחייב מאסדרים בחוק לשקף את תהליכי שיתוף הציבור באופן שירחיב את הבקרה הציבורית על השפעת גורמים בעלי עניין ובכך יצמצם את החשש מ"שבי רגולטורי".⁷⁰ במסגרת הדיונים בוועדת החוקה בכנסת, התקבלה העמדה כי אין מקום לקבע מרכיבים אלו כחובה בחוק. לצד זאת, ועל מנת לתת ביטוי מסוים לעמדות אלו מהמגזר האזרחי, החליטה ועדת החוקה להוסיף לחוק הגדרה של "תהליך הערכת השפעות אסדרה – במתכונת באופן ובהיקף כפי שנקבע בהחלטות הממשלה", שהוגדר ככולל בין היתר את "שיתוף הציבור, ובכלל זה שקיפות על תהליך זה". בכך, ניתן ביטוי לעיקרון המנחה של שיתוף ציבור, איסוף נתונים ושקיפות גם בתהליך הערכת השפעות האסדרה, אך באופן שהבהיר כי האופן שבו מצופה מהמאסדרים לעמוד בדרישות אלו ייקבע על ידי הממשלה, ושהן ייאכפו במסגרת פנים-ממשלתית.

העיקרון הרביעי לאסדרה מיטבית מנחה כי "האסדרה נקבעת, ככלל, על בסיס כללים ואמות מידה מקצועיים שגובשו בארגונים בין-לאומיים, המיושמים במדינות מפותחות עם שווקים משמעותיים, או כללים ואמות מידה מקצועיים החלים במספר ניכר של מדינות כאמור [...], אלא אם כן מתקיימות נסיבות המצדיקות אחרת". עיקרון זה משקף שינוי מהותי בעמדת המחוקק. אם עד לחקיקת החוק, ברירת המחדל של מאסדרים רבים הייתה לייצר אסדרה ישראלית ייחודית, הרי שעיקרון מנחה זה הופך את ברירת המחדל לטובת אימוץ במקרים המתאימים של אסדרה בין-לאומית. זאת, בדומה למהלך קודם ספציפי יותר שבוצע בתחום התקינה בישראל ששינה את ברירת המחדל לטובת אימוץ תקינה בין-לאומית, למעט בנסיבות כאשר מתקיימים תנאים ייחודיים למדינת ישראל.⁷¹

כידוע, על רקע תהליכי גלובליזציה הולכים וגוברים עם פתיחת שווקים ומעברי סחורות והתפתחות מהירה של טכנולוגיות מורכבות, אתגרי האסדרה הופכים למורכבים ודחופים.⁷² במציאות זו, מדינות רבות פועלות כדי לקדם הרמוניזציה של האסדרה המקומית מול מדינות אחרות, במטרה למנוע חסמי סחר ובכך לעודד תחרות וכן ליהנות מהמשאבים המקצועיים הרבים שמוקצים במדינות מתקדמות עם שווקים משמעותיים לפיתוח אסדרה מתקדמת ומיטבית.⁷³ במקביל הוקמו גופים בין-לאומיים רבים שפועלים על מנת להציע אסדרה אחודה שתסייע בכך. ישראל בפרט היא מדינה קטנה ומועטת משאבים. למאסדרים הישראלים מטבע הדברים מוקצים פחות משאבים מאשר למקביליהם למשל באיחוד האירופי או בממשל הפדרלי בארצות הברית. לכן, בהקשרים המתאימים, שאינם תלויי הקשר לוקלי, יש הצדקה להסתמך ככלל על הכללים שנקבעו במדינות שכאלו או על ידי ארגונים בין-לאומיים בתחומים

70 ראו לדוגמה ניירות העמדה שהוגשו לצוות רגולציה חכמה מטעם עמותת לובי 99 ומטעם עמותת רווח נקי בתגובה לקול הקורא לציבור שפורסם ביום 25.3.2021 (טייטת קול קורא: **הזמנה להשתתף בתהליך גיבוש תכנית למדיניות רוחבית ברגולציה להתמודדות עם משבר הקורונה**).

71 ראו חוק התקנים (תיקון מס' 10), התשע"ד–2013; וכן חוק התקנים (תיקון מס' 12), התשע"ז–2016 ובפרט ס' 7(ב) לחוק. כן ראו, לאחרונה, הרפורמה שזכתה לכינוי "מה שטוב לאירופה, טוב לישראל", ועוגנה בין היתר בגדרי חוק התקנים (תיקון מס' 19), התשפ"ד–2024.

72 ראו למשל Orly Lobel, *Setting the agenda for new governance research*, 89 MINN. L. REV. 342, 358–360 (2004).

73 הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא כמובן האיחוד האירופי, שהקמתו הובילה להרמוניזציה של האסדרה במדינות שהן חלק מהאיחוד.

מקצועיים. מעבר לכך, הכלכלה הישראלית היא כלכלת אי הלכה למעשה. מדובר בכלכלה קטנה המאופיינת במיעוט של יחסים כלכליים עם שכנותיה,⁷⁴ בשער כניסה מרכזי אחד, בבעיות ריכוזיות ובכך ש-99% מהיבוא מגיע אליה דרך נמלי הים.⁷⁵ לאור גודל השוק הישראלי, במקרים רבים אין הצדקה ליצרנים זרים להבנות תהליכי ייצור מותאמים שיאפשרו לעמוד בדרישות אסדרה ייחודיות. במצב דברים זה, קביעת תנאי אסדרה ייחודיים שאין להם מקבילה במדינות אחרות מייצרת חסמי סחר שמקשים על יבואנים לייבא מוצרים מתחרים לתוך ישראל ולפיכך מעלים את יוקר המחיה.⁷⁶ מעבר לכך, תנאי אסדרה ייחודיים אף עלולים להקשות על היכולת של יצרנים ישראלים שמייצאים להתחרות בחו"ל.⁷⁷ לכן מנחה החוק להסתמך במידת האפשר על כללים ואמות מידה מקצועיים שגובשו בארגונים בינלאומיים ומיושמים במדינות מפותחות עם שווקים משמעותיים (כגון אמנות והסכמים בינלאומיים או OECD Rule-Model וכן תקני ISO), או שחלים במספר ניכר של מדינות כאמור (כגון דירקטיבות או רגולציות של האיחוד האירופי). התיבה "מספר ניכר" התווספה במסגרת הדיונים בוועדת החוקה במטרה לחדד כי הכוונה לכללים שמקובלים ביותר ממדינה אחת ספציפית, בכפוף כמובן לנסיבות הקונקרטיות.⁷⁸ במקביל לאמור, יהיה צורך לפתח את הכללים המשפטיים המתאימים המאפשרים לקלוט למשפט הישראלי נורמות החלות במדינות אחרות, ובפרט, לפתח ולהרחיב את היישום בישראל של דוקטרינת האימוץ על דרך ההפניה (Incorporation by Reference).⁷⁹

לצד האמור, מובן כי הסתמכות על כללים המקובלים במדינות מפותחות עם שווקים משמעותיים אין משמעה התפרקות משיקול דעת ואובדן ריבונות המחוקק והמאסדר הישראלי. יש מצבים שבהם "מתקיימות נסיבות המצדיקות אחרת" ובגינם יידרש המאסדר לקבוע סטנדרט ישראלי ייחודי. כך למשל, במצבים שבהם לא קיימים כללים בינלאומיים מקבילים (לדוגמה כמו בתחום הכשרות), כאשר קיימים כללים בינלאומיים, אך הם שונים בין מדינה למדינה (לדוגמה כמו בנוגע לשקעי חשמל), או כאשר מתקיימים תנאים ייחודיים בישראל שמצדיקים קביעה של כללים אחרים (לדוגמה בשל תנאי אקלים שונים).⁸⁰

העיקרון החמישי לאסדרה מיטבית מנחה כי "האסדרה נקבעת, במידת האפשר, בהתחשב בסוגי הגורמים שהיא חלה עליהם ומאפייניהם, ובכלל זה גודלם, היקף פעילותם או מידת הסיכון הכרוכה באותה פעילות, ובפרט תוך התחשבות במאפייניהם של עסקים קטנים ובינוניים". כידוע, אסדרה חלה על קבוצות הטרוגניות של אזרחים, עסקים, מוצרים, מבנים ופעילויות. כך למשל, כלל רגולטורי מסוים עשוי לחול הן על עסקים גדולים והן על עסקים

74 רשות החדשנות **חדשנות בישראל: תמונת מצב 2018**, 74 (2019).

75 מבקר המדינה **היבטים בהתמודדות עם יוקר המחיה** (2024).

76 ראו למשל ביחס לתחום התקינה **דו"ח ועדת טרכטנברג**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 179–180.

77 על כך, ועל בעיית חסמי היבוא והסטייה מסטנדרטים בינלאומיים בצורה רחבה יותר, ראו **בדו"ח צוות רגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 44.

78 פרוטוקול ישיבה 78 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 63.

79 ראו לדוגמה, בהקשר הקנדי, את S.C. 2015, c. 33) **Incorporation by Reference in Regulations Act**.

80 ראו דברי ההסבר להצעת החוק עקרונות האסדרה, התשפ"א–2021, ה"ח 1443, 1127.

קטנים, או גם על פעילויות מסוכנות מאוד וגם על פעילויות בסיכון נמוך. העיקרון שנקבע בחוק מבקש להנחות כי אסדרה מיטבית היא אסדרה שמתחשבת במידת האפשר בשונות זו ומחילה את הדרישות בצורה שהיא מותאמת ודיפרנציאלית למאפייני המפוקחים. זאת, שכן אסדרה לא פרופורציונלית עלולה מצד אחד להוביל להכללת יתר שתטיל עלויות עודפות שאינן מוצדקות (למשל להחמיר יתר על המידה על עסקים קטנים או על עסקים בסיכון נמוך), ומנגד להוביל להכללת חסר שתגן בצורה שאינה מיטבית על האינטרס המוגן (למשל להקל יתר על המידה על עסקים גדולים או על עסקים בסיכון גבוה).

עיקרון זה מנחה את המאסדרים לגבש אסדרה שהיא במידת האפשר דיפרנציאלית באופן שמותאם לסוג הגורמים המפוקחים או סוגי הפעילויות שעליהן היא חלה. כך לדוגמה, הרפורמה שנערכה בתחום התקינה לעניין דרישות יבוא בשנת 2020 כללה התאמה של הדרישות לרמת הסיכון של מוצרים שונים כך שמוצרים מסוכנים יותר ייבדקו יותר, ומוצרים מסוכנים פחות ייבדקו פחות, תוך הסתמכות על הצהרת יבואן.⁸¹ דוגמה נוספת לאסדרה דיפרנציאלית היא הרפורמה שנערכה בתחום רישוי העסקים בשנת 2018 אשר קבעה מסלול "ירוק" לעסקים פשוטים בסיכון נמוך שיכולים לקבל רישיון לפעול על בסיס תצהיר של בעל העסק, לעומת מסלול "אדום" לעסקים בסיכון גבוה שיכולים להתחיל לפעול רק לאחר השלמת תהליך מלא של אישור מראש על ידי המאסדרים.⁸²

לצד העיקרון הכללי, הושם בעיקרון המנחה דגש מיוחד על ההתחשבות בעסקים קטנים ובינוניים. זאת, בין היתר, לאור הקשיים הייחודיים שבהם נתקלים בעלי עסקים קטנים ובינוניים,⁸³ ולאור החשיבות הכללית בהבטחת יחס מותאם לקבוצה זו. על פי רוב, עסקים קטנים ובינוניים מתקשים יותר להתמודד עם דרישות אסדרה, מכיוון שבניגוד לעסקים גדולים, אין להם הניסיון, הידע המצטבר והמשאבים (כגון מחלקה משפטית פנימית וקצין צינת לאסדרה) שמקילים על פיענוח דרישות האסדרה ווידוא הציות להן. בנוסף, עלות הציות המוטלת על עסקים קטנים, באופן יחסי, היא גבוהה יותר, שכן הצורך לעמוד בדרישות רגולטוריות אחידות המוטלות על עסקים בגדלים שונים מכבידה יותר, מטבע הדברים, על סוג עסקים זה. מעבר לכך, מקובל לטעון כי בתהליכי שיתוף ציבור ובשיח השוטף שמקיימים מאסדרים עם המפוקחים על עיצוב האסדרה, פעמים רבות נפקד מקומם של העסקים הקטנים והבינוניים, משום שלרוב מדובר בקבוצה מבוזרת מאוד אשר מתקשה, על רקע בעיית הפעולה הקולקטיבית,⁸⁴ להתאחד כדי לוודא שהאינטרסים המשותפים של חבריה יישמעו בפני המאסדר, בשונה מעסקים גדולים ומתוחכמים. בהתאם, מדינות רבות ברחבי העולם בחרו לעגן בחקיקה את הצורך להבטיח מתן יחס רגולטורי הולם לעסקים קטנים ובינוניים. יש מדינות שבהן אף נקבע חוק ייעודי שמסדיר את תחום העסקים הקטנים והבינוניים בין היתר גם

81 פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש] (תיקון מס' 4), התשפ"ב–2021.

82 חוק רישוי עסקים (תיקון מס' 34), התשע"ח–2018.

83 כמו כן, החוק גובש מתוך מטרה לסייע למשק ביציאה מהמשבר שנגרם עקב מגפת הקורונה, שפגעה במיוחד בעסקים קטנים ובינוניים. ראו דו"ח צוות רגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 67–68; ראו גם משרד הכלכלה והתעשייה דו"ח תקופתי: מצב העסקים הקטנים והבינוניים בישראל (2020) <https://tinyurl.com/yx3dd2fr>.

בהקשרי האסדרה, כמו למשל בארצות הברית⁸⁴ ובבריטניה⁸⁵ לצד זאת, מדינות רבות מחייבות מאסדרים להתייחס להשפעת האסדרה על עסקים קטנים ובינוניים במסגרת תהליך ה-RIA. בבריטניה וקנדה למשל, גוף הבקרה על האסדרה פיתח מדריך ומבחנים ייחודיים לבחינת הצורך בהחלת אסדרה על עסקים קטנים, והמדריך הבריטי אף קובע כי נקודת המוצא צריכה להיות שהאסדרה לא תחול על עסקים קטנים, אלא אם כן יש טעמים מיוחדים לכך.⁸⁶

העיקרון השישי לאסדרה מיטבית מנחה כי "האסדרה ברורה ונגישה לציבור הנוגע לעניין, במידת האפשר, ונקבעת כך שהקשר של המאסדרים עם הגורמים שחלה עליהם האסדרה יוכל להתבצע, ככל האפשר, באמצעים דיגיטליים". עיקרון זה מנחה תחילה את המאסדרים לקבוע אסדרה שהיא ברורה להבנה על ידי הציבור הנוגע לעניין, וזאת "במידת האפשר". מטבע הדברים, למול החשיבות בקביעת אסדרה שתהיה ברורה להבנה לציבור המפקחים, ניצב הצורך לקבוע אסדרה שהיא ברורה ליישום גם על ידי המפקחים, באופן שיבטיח אכיפה יעילה ואחידה, וכן משיגה את התכלית הרגולטורית שלשמה היא נקבעה. על המאסדר למצוא את האיזון בין מרכיבים אלו שהוא האופטימלי עבור התחום שעליו הוא אמון. כך לדוגמה, מאסדר עשוי להידרש לבחור בין קביעת כלל לפיו "אסור להטיס מטוס מסחרי אחרי גיל 60" שיהיה ברור להבנה וליישום, אך לא בהכרח ישיג בצורה מיטבית את התכלית של הבטחת בטיחות הטיסה (שכן, בין היתר, יגביל טייסים כשירים שהם בגיל של למעלה מ-60), לבין כלל לפיו "אסור להטיס מטוס מסחרי לטייס שמגלם סיכון לא סביר לתאונה" שישג את התכלית בצורה טובה, אך עלול להיות פחות ברור להבנה ואף ליישום.⁸⁷ לכן, לצד קביעת ברירת המחדל לטובת ניסוח כללים "ברורים", מנחה העיקרון לעשות זאת רק "במידת האפשר". כך למשל,

- 84 בארצות הברית, חוק ה- Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act of 1996, Pub. L. No. 104-121, 110 Stat. 857 (1996) נועד להעניק הדרכה לעסקים קטנים בנוגע לדרישות האסדרה, לערב את העסקים הקטנים בפיתוח החקיקה והרגולציה הרלוונטית להם ולקיים מדיניות להפחתת קנסות לעסקים קטנים. כמו כן, ה- Regulatory Flexibility Act of 1980, Pub. L. No. 96-354, 94 Stat. 1164 (1980) קובע חובה להימנע מקביעת דרישות רגולטוריות אחידות הגורמות לנטלים לא הכרחיים ולא פרופורציונליים על עסקים קטנים.
- 85 בבריטניה (U.K.) Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26, §§15-16 נועדו להקל על התהליך של הקמת עסקים, בין היתר באמצעות קביעה שכל תהליך הרישום יתקיים במקום אחד בלבד ובאמצעים אלקטרוניים.
- 86 כך למשל בארצות הברית ה- Regulatory Flexibility Act of 1980, לעיל ה"ש 84, מחייב רשויות רגולטוריות לפרסם עם כל הודעה על כוונה לקבוע אסדרה חדשה גם ניתוח של ההשפעה הצפויה שלה על עסקים קטנים. בקנדה, Cabinet Directive on Regulation, §5(2) (Dec. 21, 2018) קובע כי במסגרת תהליך RIA כל רגולטור מחויב בהצעת אסדרה חדשה לפעול כדי לצמצם את העלויות על עסקים, ובפרט על עסקים קטנים, כדי שלא ישאו בעלויות לא פרופורציונליות. בגרמניה לא עוגנה הרפורמה בעסקים קטנים בחקיקה, אך בשנת 2016 פרסם ה-ROB הגרמני מבחן ייחודי להשפעות אסדרה על עסקים קטנים ובינוניים אשר מחייב משרדי ממשלה לבחון, כבר במהלך ההכנה של טיוטות החקיקה, את ההשפעה על עסקים קטנים ולאחר חלופות שיטילו עליהם נטל מופחת במידת האפשר. להרחבה ראו דו"ח סקירה משווה חקיקת מסגרת לרגולציה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 11.
- 87 לדיון על הצורך בעיצוב כללים רגולטוריים באופן שמאזן בצורה אופטימלית בין כלל שהוא קל להבנה (transparency), קל ליישום (accessible), ומשיג בקלות את תכליתו (congruent), ראו Colin S. Diver, *The Optimal Precision of Administrative Rules*, 93 YALE L. J. 65 (1983).

באסדרת תחום חדשני ודינמי מאוד עשוי המאסדר להידרש לאסדרה מבוססת עקרונות, שהיא מטבע הדברים עמומה יותר.⁸⁸

לצד קביעת אסדרה ברורה, מנחה העיקרון השישי את המאסדרים לקבוע אסדרה שהיא נגישה לציבור הנוגע לעניין. עיקרון זה מבטא עקרונות יסוד מוכרים במשפט המנהלי. על פי רוב, מפורסמת אסדרה בקובץ ה"רשומות", שהוא פלטפורמת החקיקה הרשמית בישראל, באופן שנועד להבטיח בין היתר את יכולתו של הציבור הרחב לגשת אליה בכל עת.⁸⁹ לצד זאת, לעיתים נקבע ביחס לאסדרה מסוימת כי היא תפורסם בדרך אחרת, למשל באמצעות פרסומה באתר האינטרנט של המאסדר.⁹⁰ גם אסדרה שנקבעת בנהלים, ולא בחקיקה ראשית או משנית, חייבת להיות מועמדת לעיון הציבור, הן מכוח חוק חופש המידע⁹¹ והן מכוח סעיף 37 לחוק עקרונות האסדרה שיתואר בהמשך. במקרים שבהם לא ניתן לפרסם לציבור את האסדרה, למשל אם מדובר בתקן זר שמוגן בזכויות יוצרים, מקובל לייצר הסדר חלופי שיבטיח את נגישות הציבור המפוקח בדרך של חובת המאסדר להחזיק עותק של התקן שיועמד לעיון הציבור במשרדיו.⁹²

לבסוף, וכפועל יוצא מסוים של עקרון הנגישות, מנחה העיקרון השישי לקבוע אסדרה באופן שמאפשר לגורמים המפוקחים להיות בקשר עם המאסדרים באמצעים דיגיטליים. המשמעות היא הימנעות מקביעת אסדרה שמחייבת למשל הגשה פיזית של מסמכים לצורך קבלת רישיון, ובכך חוסמת את האפשרות להגיש בקשה לקבלת רישיון בצורה קלה ונוחה באמצעים דיגיטליים בלבד. זאת, ברוח המלצות ה-OECD לקידום דיגיטליזציה של השירותים

88 על אסדרה מבוססת עקרונות, ראו Cristie Ford, *Principles-Based Securities Regulation in the Wake of the Global Financial Crisis*, 55 MCGILL L. J. 257, 285–286 (2010); Julia Black, *Making a Success of Principles-Based Regulation*, 191 LAW AND FINANCIAL MARKETS REV. (2007).

89 למעשה, הכלל הוא כי כל דבר חקיקה ייכנס לתוקף רק לאחר פרסומו ברשומות. ביחס לחקיקה ראשית קובע ס' 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 כי "כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום", ואילו ביחס לחקיקת משנה קובע ס' 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], התשי"ד-1954, כי "תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה".

90 כך ביחס להוראות נוהל בנקאי תקין, חוזרי הממונה על שוק ההון ועוד; על החובה הכללית לפרסם דברי חקיקה, ראו ע"א 421/61 **מדינת ישראל נ' ש. פ. האז**, פ"ד טו 2193, 2204–2205 (1961): "כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק." ראו גם בג"ץ 4950/90 **פרנס נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(3) 036, פס' 9–10 לפסק דינו של השופט ברק (1993): "הפתרון הסביר עשוי להצדיק פטור מפרסום ברשומות אך חובת פירסום בדרך אחרת".

91 ראו ס' 6(א) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ס"ח 1487.

92 ראו למשל תק' 1 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961: "עומדים בדרישות תקן אירופי EN 15194 (להלן – התקן האירופי), העומד לעיון הציבור באגף הרכב במשרד התחבורה והבטיחות בדרכים בשעות עבודתו הרגילות ומשקלם הכולל אינו עולה על 30 ק"ג".

הממשלתיים, ככלי לקירוב הממשלה לאזרחים והעסקים,⁹³ ותהליכי קידום הדיגיטציה של שירותים ממשלתיים בישראל.⁹⁴ במסגרת הדיונים בכנסת בוועדת החוקה התחדד כי, מטבע הדברים, עיקרון זה אינו גורע מהצורך להתאים במקרים הרלוונטיים את דרכי יצירת הקשר עם המאסדרים גם לאוכלוסיות שאין להן גישה לאמצעים דיגיטליים.⁹⁵

העיקרון השביעי לאסדרה מיטבית מנחה כי "האסדרה נקבעת, במידת האפשר, באופן שמקדם תיאום, שיתוף פעולה והעברת מידע שמוותר להעבירו על פי כל דין בין מאסדרים, באופן שמצמצם את הנטל הבירוקרטי ותוך התחשבות באסדרה הנוגעת לעניין". כפי שתואר לעיל, אחת הבעיות שבהן ביקשה הרפורמה לטפל הייתה בעיית היעדר התיאום וריבוי הסתירות בין מאסדרים. בעשורים האחרונים ישנו גידול בפרגמנטציה של משטרים רגולטוריים שבמסגרתו מופקדות סמכויות בידי גופים נפרדים, כך שכל מאסדר אמון על הגנתו של אינטרס ציבורי אחר, כאשר ישנה חלוקת תפקידים בין גופי אסדרה עצמאיים, במידה כזו או אחרת, לבין משרדי הממשלה. האמור אף מצא ביטוי בתאוריה ששמה דגש על "מרחב רגולטורי משותף",⁹⁶ המשקפת תפיסה שלפיה מלאכת האסדרה אינה מלאכתו של המאסדר הייעודי בלבד, אלא מלאכה משותפת של כמה שחקנים, ובהם: המשרד הממשלתי המופקד על התחום, המאסדר הייעודי, מאסדרים רוחביים (כגון רשות התחרות והרשות להגנת הצרכן) ומשרדי המטה.

רשויות אסדרה שונות יכולות להיות אחראיות על חלקים שונים בתוך אותה שרשרת אסדרה (לדוגמה – מאסדר אחד שאמון על מקטע הייצור ואחר על ההפצה) או על תחום זהה באותו השוק. כאשר מתעוררות מחלוקות בין מאסדרים חופפים ואין ביניהם תיאום מראש, האפקט המחזק של ריבוי המאסדרים עלול להפוך לאפקט מזיק.⁹⁷ פעמים רבות תהיינה לכך השלכות שליליות גם על המפוקחים שעלולים למצוא את עצמם מול כפל רגולטורי ואף מול דרישות סותרות, וגם על המאסדרים עצמם שבמצב של מחלוקת עלולים להיות משותקים מלפעול, וכתוצאה מכך להתקשות להשיג את ציות המפוקחים. האמור אף עשוי להביא

OECD, *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*, (July 15, 2014) 93
<https://tinyurl.com/3hxx7ypd>

ראו המשרד לשיוויון חברתי המיזם הלאומי ישראל דיגיטלית: התוכנית הדיגיטלית הלאומית של ממשלת ישראל (2017) <https://tinyurl.com/3zpbckec>; לאחר חקיקת חוק עקרונות האסדרה התקבלה גם החלטה 213 של הממשלה ה-37 "האצת הדיגיטציה במגזר הציבורי וצמצום בירוקרטיה בשירותים ציבוריים" (24.2.2023); כמו כן, ראו חטיבת המחקר בבנק ישראל תכנית בנק ישראל להאצת הצמיחה במשק: ארבעה צירי פעולה אסטרטגיים מומלצים לממשלה ומסגרת פיסקלית למימון 97–110 (2021) <https://tinyurl.com/2s3h6nd4>; משרד הכלכלה והתעשייה הוועדה לקידום כלכלי של ענפי המסחר והשירותים דוח ביניים – תמצית ההמלצות (2020) <https://tinyurl.com/mrxfmnc2>

פרוטוקול ישיבה 78 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 63, בעמ' 36. 95

על בעיית התיאום בין מאסדרים ודרכים שונות להתמודד עימה, ראו Jim Rossi & Jody Freedman, *Agency Coordination in Shared Regulatory Space*, 125 HARV. L. REV. 1131 (2012). 96

ראו: Ross McGill & Terence Sheppey, *The New Global Regulatory Landscape: Impact on Finance and Investment* (2005). 97

לתוצאה של ארביטראז' רגולטורי. במסגרת הדיונים בעיקרון המנחה בוועדת החוקה, תוארה לדוגמה טענה של מפקחים שהתקשו לציית כי לדבריהם מאסדר אחד דרש לייצר אריזות ייחודיות שמפרטות בשפה העברית מרכיבים של תרופה, ואילו מאסדר אחר באותו משרד דרש להדביק מדבקה עם הנחיות הרוקח שמכסה את אותו פירוט.⁹⁸

על מנת לצמצם את ההשלכות השליליות של הביזור באסדרה, יש לעצב בצורה נכונה את המערכת מראש – לפעול כדי לייצר מערכת מתואמת ומסונכרנת יותר שתצמצם את הפערים וההשלכות השליליות ותעצים את היתרונות שבמודל מבוזר, באמצעות יצירה מוקדמת של מנגנונים לשיתופי פעולה. בהתאם לכך, העיקרון מנחה את המאסדרים לגבש אסדרה שתגביר במידת האפשר את התיאום ושיתוף הפעולה בין מאסדרים שונים. לדוגמה, באמצעות קביעת אסדרה שכוללת במקרים המתאימים מנגנונים מעודדי תיאום, כגון הקמת ועדה מייעצת או מועצה שחברים בה נציגים ממאסדרים שונים או קביעת חובת היוועצות עם מאסדר אחר בעניינים חופפים שעלולים להיווצר בעניינים סתירות. לצד זאת, העיקרון מנחה את המאסדרים להתחשב בעת קביעת אסדרה חדשה באסדרה הקיימת, במידת האפשר. במסגרת זו מצופה להתחשב הן באסדרה של המאסדר עצמו והן באסדרה של מאסדרים הפועלים במקביל לו – במטרה להימנע מיצירת סתירות וכפילויות עד כמה שניתן. האמור אף משתלב עם הסדרים אחרים הקבועים בחוק, כגון החובה לפרסם את כלל האסדרה במאגר האסדרה והחובה לפרסם תוכנית אסדרתית שנתית. עוד מדגיש העיקרון את החשיבות בצמצום נטל בירוקרטי והעברת מידע בין משרדים, במטרה לעודד יצירת אסדרה שתאפשר למאסדר להימנע מדרישת מסמכים שכבר נמסרו בדרך אחרת למשרדי הממשלה וניתן לקבלם מבלי להטריח את המפקחים (מה שזכה לכינוי מדיניות "שאל פעם אחת" – ask once – בעולם הדיגיטלי). במקביל להנחיה הכללית לפעול לקידום תיאום ושיתוף פעולה, קובע החוק בפרק נפרד כי אחד מתפקידיה הרשמיים של רשות האסדרה יהיה "לקדם תיאום ושיתוף פעולה בין מאסדרים ולסייע ביישוב מחלוקות בין מאסדרים". יש לומר כי המנגנונים הפורמליים שנקבעו בחוק, בכל הנוגע לאתגר הביזור הרגולטורי, הם חלקיים, וכי אתגר זה – שהוא אחד העיקריים הניצבים בפני המדינה הרגולטורית – ראוי לבחינה נוספת.

לבסוף, שני העקרונות המנחים האחרונים הקבועים בחוק הם במידה רבה פועל יוצא של העיקרון המנחה השני ונועדו לתת מעמד מיוחד לתכליות ולהשפעות שהמחוקק ביקש לתת להן דגש. כך, **העיקרון השמיני** לאסדרה מיטבית מנחה כי "האסדרה נקבעת, במידת האפשר, באופן שיש בו כדי לקדם את התחרות הענפית ולהביא להפחתת יוקר המחיה". זאת, על רקע התובנות של ועדת טרכטנברג שהוקמה בעקבות המחאה החברתית של שנת 2011, שחידדה כי אחת מההשלכות השליליות המשמעותיות ביותר של אסדרה לא מיטבית היא הפגיעה בתחרות והעלאת יוקר המחיה.⁹⁹ ועדת טרכטנברג אף המליצה מפורשות "לעגן הגדרה ברורה של מטרת האסדרה כך שתכלול, בין היתר, אחריות ברורה לרווחת הצרכנים ולתחרות בתחום

98 פרוטוקול ישיבה 78 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 63, בעמ' 40.

99 הרחבה ראו בדו"ח **צוות רגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 49–51; דו"ח **ועדת טרכטנברג**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 162.

הרלוונטי. זאת, באמצעות תיקון חקיקה ראשי, אשר יחול על מעורבות המדינה בשוקים בישראל ככלל, ועל מהלכי אסדרה כלכלית בפרט.¹⁰⁰ בהתאם, נקבע העיקרון המנחה בחוק שקבע כי אסדרה מיטבית היא כזו שלא רק שוקלת את ההשפעות של האסדרה על התחרות ויוקר המחיה, אלא שאף נקבעת באופן שיש בו כדי לקדם אותם. כלומר, לא מדובר רק בהשפעות שיש לשקול, אלא אף בתכליות שיש לשאוף לקדם במידת האפשר.¹⁰¹ תשומת הלב כי העיקרון עוסק בקידומה של תחרות ענפית, להבדיל לדוגמה מקידום תחרות כלל-משקית. לצד זאת, לוועדת החוקה בכנסת היה חשוב להוסיף כי מלבד אינטרסים כלכליים אלו, חשוב לשקול גם זכויות ואינטרסים אחרים, ולכן, ועל אף שיש בכך חזרתיות מסוימת על האמור בעיקרון השני ביחס לשקילת ההשפעות הכלכליות, החברתיות והסביבתיות, נקבע **העיקרון התשיעי** לאסדרה מיטבית שלפיו "האסדרה נקבעת, במידת האפשר, תוך התחשבות בזכויות ובאינטרסים ציבוריים המושפעים במישרין מהאסדרה או מהעדרה". עיקרון זה מחדד בין היתר כי יש לשקול גם את ההשפעות הפוטנציאליות של אייביעת אסדרה, וזאת על מנת להימנע מהטיה דה רגולטורית שעלולה לנבוע מהתמקדות רק בהשפעות השליליות של קביעת אסדרה.

מהו מעמדם של תשעת העקרונות המנחים הללו? לצד הרצון להעניק לעקרונות המנחים מעמד נורמטיבי חזק יותר מהחלטת ממשלה, באמצעות עיגונם בדבר חקיקה ראשי, הם נוסחו בצורה זהירה, מתוך הבנה כי הם עתידיים לחול על סיטואציות מגוונות ומתוך חשש שמא הם יפורשו על ידי בתי המשפט באופן שיגביל את מלאכת האסדרה השלטונית יתר על המידה. במילים אחרות, הרעיון הוא כי עיגונם של העקרונות המנחים בחוק עקרונות האסדרה נועד לקדם את המאסדרים לפעול בהתאם לאמור בהם, אולם בדרך של "דחיפה" קלה בלבד. כך אף הובהר בדברי ההסבר להצעת החוק, כי העקרונות המנחים מהווים "היעד שאליו צריכים מאסדרים לשאוף במסגרת מילוי תפקידם, כדי שהאסדרה שהם קובעים תהיה אסדרה איכותית". בהמשך לכך, חלק ניכר מהעקרונות המנחים נוסח באופן זהיר. כך, הובהר בחלק מהסעיפים כי העיקרון המנחה חל "ככלל"; "במידה הנדרשת בנסיבות העניין"; "ככל הניתן"; וביטויים דומים. זאת, גם על יסוד ההבנה כי העקרונות המנחים עתידיים לחול בהקשרים שונים ומגוונים, וכי לא ניתן לצפות מראש את מלוא תחום השתרעותם. יתרה מכך, סעיף 2 אינו חל במישרין על המאסדרים השלטוניים. הוא משמש כחלק מסעיף המטרה של החוק הקובע עקרונות מנחים הניצבים ביסודה של "אסדרה מיטבית". סעיף 19 לחוק מהווה את החוליה המקשרת בין העקרונות המנחים לבין המאסדרים השלטוניים בקובעו כי "מאסדר המציע או קובע אסדרה יעשה כן, נוסף על קידום האינטרס המוגן שעל ביצועו הוא

100 שם, בעמ' 168.

101 עמדה זו משתקפת גם בפסיקת בית המשפט. כך אך לאחרונה בפסק הדין בעניין ת"כ (הגבלים עסקיים י-19) 64790-09-19 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על התחרות** (נבו 23.10.2023) נקבע כי מאסדר ענפי כמשרד התקשורת רשאי לפעול לקידום התחרות באופן מקביל ועצמאי לרשות התחרות; ראו גם פסק הדין המרכזי בעניין של בית המשפט העליון: בג"ץ Samedan Mediterranean Sea 5812/00 **נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות**, פ"ד נה(4) 312, 339-340 (2001).

מופקד או מטרות תפקידיו לפי דין, גם לאור העקרונות המנויים בסעיף 2". המדובר בניסוח מאוזן שמנחה את המאסדר לשקול, לצד האינטרסים הקונקרטיים שעליהם הוא מופקד בחקיקה המסמיכה הקונקרטית, גם את העקרונות לאסדרה מיטבית. יוער, כי במסגרת הליכי החקיקה הושמטה תוספת שנכללה בסעיף במסגרת הצעת החוק, שבה הובהר כי המאסדר "רשאי... לשקול... שיקולים המבוססים על אותם עקרונות, ובכלל זה להביא בחשבון את עלות הציות לאסדרה". השמטת התוספת האמורה נעשתה מתוך רצון שלא להידרש לשאלה מהו היקף השיקולים הכלליים, החורגים מגדר החוק המסמיך, שאותו רשאים מאסדרים להביא בחשבון. עם זאת, האמור אינו גורע מכך שגם כיום רשאים מאסדרים להביא בחשבון שיקולים רוחביים שונים. כך בפרט בכל הנוגע לסמכותו של מאסדר להביא בחשבון את עלות הציות לאסדרה, שהיא שיקול כללי שמאסדרים נדרשים ככלל להביא בחשבון בעת קביעתה של אסדרה חדשה.¹⁰²

לסיכום, סעיף העקרונות המנחים בחוק מהווה סעיף מטרה משני, הנועד לשמש כמצפן המתווה את אבני הדרך לעבר מימוש מטרת החוק הכללית. שילובו עם סעיף 19 לחוק נועד להנחות את המאסדרים לשקול את השפעותיה הכלכליות, החברתיות והסביבתיות של האסדרה שאותה הם מבקשים לקבוע. ודוק: החוק לא הוסיף למאסדרים תכליות חדשות. גם בעידן שלאחר החוק, מאסדרים עודם מחויבים לקבוע אסדרה שנועדה להגשים את האינטרסים הציבוריים הספציפיים שעל קידומם הם הופקדו בחוק שהסמיך אותם. החוק רק הוסיף והבהיר כי כאשר מאסדרים קובעים אסדרה למימוש התכליות הפרטיקולריות שעליהן הם אמונים, הם מוסמכים לשקול גם את השפעותיה הישירות והעקיפות. כך למשל, מאסדרת שפועלת מכוח חוק שהסמיך אותה לפעול על מנת להגן על בריאות הציבור, לא תוכל מכוח חוק עקרונות האסדרה לקבוע אסדרה שתכליתה היא קידום הכלכלה (בהנחה שתכלית זו חרגה מלכתחילה מהוראות החוק המסמיך). היא כן תוכל, כאשר היא קובעת אסדרה שנועדה להגן על בריאות הציבור, לבחון גם את השפעותיה הכלכליות. שקילת השפעותיה הכלכליות של האסדרה בדרך זו עשויה למשל להוביל את המאסדרת לבחור בחלופה אסדרתית שעלויותיה נמוכות יותר על

102 ראו פרוטוקול ישיבה 97 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (26.10.2021): דברי ב"כ משרד המשפטים, עו"ד יעל קריבטייטלבאום: "לכל רגולטור יש אינטרס מוגן, שהחקיקה הספציפית שמכוחה הוא פועל מסמיכה אותו לקדם. [...] סעיף 19 בעצם קובע שכאשר רגולטור קובע רגולציה, הוא יעשה את זה בנוסף על החקיקה המסמיכה שלו, גם לאור העקרונות שמוגנים בסעיף 2, בפרק של מטרת החוק. כמו שאמרנו, הסעיף נועד לייצר את השאיפה ליעד כללי של אסדרה מיטבית, ולעקרונות שהם ממילא רכים. [...] אני מזכירה שהעקרונות הכלליים נועדו לשמש איזושהו יעד, מצפן, או מטרה שאליה המערכת הרגולטורית בישראל תשאף להגיע, והם מוספים בכוונה בצורה רחבה וגמישה. הם לא מקימים כשלעצמם חובות אופרטיביות ישירות לרגולטורים, אלא עקרונות כלליים, שהרגולטורים לפי סעיף 19 פועלים לאורם. לתפיסתנו, מהנוסח הנוכחי, גם אחרי המחיקה אפשר ללמוד ממילא שרגולטורים גם מוסמכים לשקול את העקרונות הכלליים הרלוונטיים, כמו למשל עלויות הציות לרגולציה. להבנתנו זה גם משקף את הדין שקיים היום".

פני חלופה אחרת שתגן על בריאות הציבור באופן מקיף יותר, אך עלויותיה עולות בהרבה על התועלות שבה.¹⁰³

לצד האמור, העקרונות המנחים מקרינים בנוסף על כלל הוראות החוק באמצעות סעיף מטרת החוק, הקובע כי "מטרתו של חוק זה לקדם אסדרה מיטבית...". בין היתר, הסעיף האמור מקיין על האופן שבו על רשות האסדרה למלא את תפקידיה המעוגנים בסעיף 7 לחוק "לשם הגשמת מטרות חוק זה". בזיקה ישירה לאמור, נעמוד כעת על עיקרי ההסדרים בחוק שמקימים את רשות האסדרה ועל הסמכויות השונות שהוענקו לה בחוק על מנת להגשים מטרות אלו.

3. הקמת רשות האסדרה ותפקידיה

נדבך מרכזי בחוק עקרונות האסדרה הוא הקמת רשות האסדרה כרשות ממשלתית עצמאית ומקצועית במשרד ראש הממשלה, המופקדת על תחום מדיניות האסדרה בממשלה והמשמשת כ"גוף פיקוח מרכזי" (ROB). החוק מורה על הקמת הרשות, מעגן את תפקידיה, קובע את סמכויותיה ואת תהליכי העבודה בה ומסדיר את מערכות היחסים שבין הרשות לבין גופי האסדרה השלטוניים.

עובר לחקיקת החוק, כמפורט לעיל, אגף מדיניות אסדרה במשרד ראש הממשלה הוביל את הטמעת תחום מדיניות האסדרה בישראל.¹⁰⁴ האגף פעל מכוח החלטות הממשלה 2118 ו-4398, שתוארו לעיל. לצד הצעדים החשובים שבוצעו על ידי האגף במיסוד והטמעת תחום מדיניות האסדרה בישראל, נמצא כי היקף פעילותו, המשאבים המוגבלים המסורים לו והסמכויות החלקיות הנתונות לו אינם עולים בקנה אחד עם הנורמות והפרקטיקות הבינלאומיות הקיימות. כן נמצא כי יש ערך רב בעיגון בחוק של פעילותו ובהרחבת התפקידים המוטלים עליו, ובפרט, בכל הנוגע למישור הבקרה על דו"חות ה-RIA הנערכים על ידי גופי האסדרה השלטוניים.¹⁰⁵

בהמשך לאמור, פרק ב' לחוק עקרונות האסדרה מכריז על הקמת רשות האסדרה, מונה את תפקידיה ומסדיר היבטים חשובים בפעילותה. הרשות הוקמה במודל של יחידת סמך מקצועית ועצמאית במשרד ראש הממשלה. ההכרעה למקם את הרשות במשרד ראש הממשלה נבעה ממעמדו של המשרד כמשרד מטה מרכזי, המורגל בעריכת עבודת מטה המביאה בחשבון את מכלול האינטרסים הציבוריים, ואינו נוטה לכיוון כזה או אחר. זאת, גם בהתאם לפרקטיקות המקובלות בעולם ולהמלצות ה-OECD.¹⁰⁶

103 נותר למחקר עתידי את סוגיית ההבחנה בין תכליות ספציפיות לבין תכליות כלליות במלאכת המאסדר, שהיא נגזרת של דיון כללי בסוגיה זו בגדרי המשפט המנהלי. ראו דפנה ברק ארז **משפט מנהלי** ב' 641 (2010).

104 לתיאור ראשית הליך מיסודה של גישת האסדרה המיטבית בישראל, ראו רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9, בעמ' 461.

105 גם ה-OECD, בהמשך לביקורת שערך בישראל, המליץ על הסדרת פעילות אגף מדיניות רגולציה כגוף בקרה על דו"חות ה-RIA ועל הקניית סמכויות הולמות לאגף. להרחבה ראו **דו"ח צוות רגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5.

106 ההמלצה הכללית של ארגון ה-OECD היא למקם את ה-ROB סמוך ככל האפשר למרכז הממשלה, על מנת שהוא יוכל לקדם מדיניות רחבה ואחידה בכל הממשלה. המיקום משתנה ממדינה למדינה

בראש הרשות עומד יו"ר, שהוא עובד מדינה ובעל ניסיון בתחום האסדרה, הממונה באמצעות ועדת איתור, ונהנה מהסדרים סטטוטוריים שנועדו להבטיח את חוסר התלות שלו.¹⁰⁷ יו"ר הרשות מנהל בפועל את הרשות ועובדיה והוא משמש גם כיו"ר מליאת הרשות. המודל שבו יו"ר הרשות מכהן כמקביל כיו"ר המליאה וכמנהל הכללי של הרשות פוסע בעקבות מודלים דומים בממשלה, ומתוך תפיסה שלפיה מודל זה מאזן בין הענקת עוצמה בניהול הרשות ליו"ר הרשות לבין ריסון הנובע מהפקדת חלק מהסמכויות בידי מליאה מגוונת.¹⁰⁸ המליאה כוללת, לצד יו"ר הרשות, שישה חברים נוספים: מנכ"ל משרד ראש הממשלה או נציגו; הממונה על התקציבים במשרד האוצר או נציגו; משנה ליועץ המשפטי לממשלה או נציגו; נציג ציבור בעל מומחיות באסדרה שממנה שר האוצר; נציג ציבור בעל מומחיות באסדרה שממנה שר המשפטים; ונציג ציבור שממונה על ידי שר העומד בראש אחד ממשרדי האסדרה הממשלתיים.¹⁰⁹ הרכב המליאה, המשקף תמהיל של עובדי מדינה ונציגי ציבור מגוונים, נועד לעודד איזון ומקצועיות מצד אחד, ומעורבות ציבורית מגוונת בעבודת הרשות מצד שני, לרבות מעורבות של נציגי ציבור בעלי מומחיות בתחום האסדרה.

סדרי העבודה של מליאת הרשות מוסדרים בפירוט במסגרת החוק, וכך גם היחסים בין המליאה לבין הרשות ויו"ר הרשות. בתהליך החקיקה התקיימו דיונים ממושכים על חלוקת העבודה בין שלושת האורגנים הללו, בשים לב למאפייני התפקידים השונים. בהמשך לכך, חולקו בתוך החוק תפקידים וסמכויות לרשות עצמה, ליו"ר הרשות ולמליאת הרשות, וישנם גם

ונע בין משרד ראש הממשלה; משרד האוצר; משרד המשפטים; או משרד כלכלי המופקד על קשר עם המגזר העסקי (כדוגמת משרד הכלכלה, בישראל). להרחבה ראו דו"ח צוות רגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5.

107 על מנת להבטיח את מעמדו ועצמאותו של יו"ר רשות האסדרה, נקבע בהחלטה מס' 1082 של הממשלה ה-36 "פטר ממוכרז ומינוי באמצעות ועדה לאיתור מועמדים – משרת יושב ראש רשות האסדרה" (4.2.2022) כי ועדת האיתור לתפקיד תכלול, לצד מנכ"ל משרד ראש הממשלה או נציגו, גם את היועץ המשפטי לממשלה או נציגו; הממונה על התקציבים במשרד האוצר או נציגו; נציב שירות המדינה או נציגו; וכך נציג אקדמי בעל ידע ומומחיות בתחומים הנוגעים בדבר. בחוק נקבע כי המינוי למשרה ייעשה על ידי הממשלה על פי הצעת ראש הממשלה, לאחר התייעצות שר האוצר ושר המשפטים. האמור נותן ביטוי לשלושת משרדי המטה המרכזיים שמובילים את תחום מדיניות האסדרה בממשלה, שחברים בצוות רגולציה חכמה ושהיו אף מעורבים בחקיקת החוק ובהקמת הרשות.

108 ראו לדוגמה את המודל המעוגן בחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996, הקובע מודל דומה של יושב ראש העומד בראש מליאה ובמקביל משמש כמנהל רשות החשמל. מודל מוצלח זה, שהניסיון המעשי מלמד כי הוא משלב בין ניהול רשות באופן אנרגטי על ידי יושב ראש פעיל לבין איזון שנובע ממליאה מגוונת, עמד ביסוד המודל שנקבע ביחס לרשות האסדרה.

109 אגב הליכי החקיקה, ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שמה דגש על הגברת הייצוג של הרגולטורים הממשלתיים במליאת הרשות. בהקשר זה, עלתה הדרישה כי ימונה למליאה נציג של הרגולטורים עצמם, אולם נמצא כי הדבר מעורר קושי לאור תפקיד הפיקוח של רשות האסדרה על הרגולטורים. האיזון נמצא בדרך של מינוי נציג ציבור נוסף למליאה, שנקבע כי ימונה על ידי שר העומד בראש אחד המשרדים הרגולטורים. בנוסף, בכל הנוגע לנציג הציבור הממונה על ידי שר המשפטים, נקבע כי הוא יהיה בעל מומחיות בתחום האסדרה לפי ס' 5(א) לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב-2021: "שאנינה מומחיות בתחום של (אחד ממשרדי המטה – ראש הממשלה, משפטים ואוצר)".

עניינים שבהם ניתנה הסמכות לפעול לרשות, אך נדרש אישור לפעולה מאת מליאת הרשות. סעיף 32 לחוק מאפשר למליאת הרשות לנטול סמכויות הנתונות לרשות בחוק וכן לאצול ליו"ר הרשות את מרבית סמכויותיה לפי החוק, מלבד אלה שהן בעלות מאפיינים אסטרטגיים או רגישים שפורטו בסעיף ואינן ניתנות לאצילה. בבסיס ההסדרים שנקבעו עמד האיזון בין חופש הפעולה של יו"ר הרשות והרשות, כמי שמופקדים על ניהול תחום מדיניות האסדרה, לבין מליאת הרשות שאמורה לשמש כגורם מאזן ומפקח, והכל במסגרת תפיסה של "איזונים ובלמים" בתוככי הרשות המבצעת.¹¹⁰

בנוסף למבנה הרשות, פרק ב' מונה גם את תפקידיה של הרשות.¹¹¹ סעיף 7 לחוק מטיל על הרשות חמישה תפקידים עיקריים, שנקבעו לאור המלצות ה-OECD ביחס לתפקידים שראוי לייחס ל-ROB שתוארו לעיל. חלק מהתפקידים הללו באים לידי ביטוי גם בסעיפים נוספים בחוק, המרחיבים ומסדירים את אופן ביצוע תפקיד זה או אחר.

התפקיד הראשון שהוטל על הרשות הוא לשמש כיועצת של הממשלה בענייני מדיניות האסדרה.¹¹² על הרשות ליעץ לממשלה "בעניינים הנוגעים לעיצוב מערך האסדרה ופיתוחו, עריכת מחקרים ופיתוח שיטת העבודה של הממשלה בעניינים אלה". תפקיד זה מתכתב עם הוראת סעיף 30 לחוק, המטילה על הרשות להגיש לממשלה דו"ח שנתי "הכולל סקירה וניתוח של מצב האסדרה וסקירה של פעילות הרשות". הטלת התפקיד האמור על רשות האסדרה משקפת הבנה כי חלף התבוננות על תחום האסדרה דרך משקפיים סקטוריאליים הבוחנים כל סקטור אסדרה כשלעצמו, ישנה חשיבות בהתבוננות רוחבית, חוצה סקטורים.¹¹³ עוד משקף התפקיד האמור, והסדרים נוספים המעוגנים בחוק, את ההבנה כי ישנה חשיבות ניכרת בכך שהממשלה תוביל את העיסוק הרוחבי בתחום מדיניות האסדרה, תוך שרשות האסדרה מהווה זרועה הארוכה לעניין זה.

110 השוו יובל רויטמן "מבט לתוככי הקופסה השחורה: הפיקוח המינהלי-פנימי ברשות המבצעת" **היבטים בביקורת רשויות המדינה – כתבים ואסופת מאמרים לכבודו ולזכרו של השופט אליעזר גולדברג** 461 (חני אופק-גנדלר, אהרן ברק וענת הורוויץ עורכים, 2023).

111 בנוסף לתפקידים שהוטלו על רשות האסדרה מכוח עקרונות האסדרה, הוטלו על הרשות או על יושב ראש הרשות תפקידים נוספים מכוח דברי חקיקה נוספים – שני עובדי הרשות מכהנים כחברי הוועדה לאסדרת רישוי עסקים, הפועלת מכוח ס' 12 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח – 1968, שאחד מהם יכהן כיושב ראש הוועדה; נציג רשות האסדרה מכהן כיושב ראש הוועדה המייעצת לקצין המוסמך "בשאלות הנוגעות לתהליך קבלת ההחלטות וניהול הסיכונים באבטחה בגופים ציבוריים", כמפורט בחוק להסדרת הבטחון בגופים ציבוריים, התשנ"ח – 1998; נציג רשות האסדרה מכהן כיושב ראש ועדת החריגים הפועלת מכוח פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש], התשל"ט – 1979 (כאשר פורמלית המדובר בנציג הממונה על ידי מנכ"ל משרד ראש הממשלה). וכן ראו סמכותה של רשות האסדרה כגורם מייעץ לפי חוק הגנת הצומח, התשט"ז – 1956. התפקידים האמורים – בוודאי בהצטרפותם לתפקידי הרשות לפי חוק עקרונות האסדרה – משקפים את הגישה שמעניקה השפעה משמעותית ל"ליבת הרשות המבצעת" במלאכת האסדרה הממשלתית.

112 הסדר זה מקביל להסדרים נוספים המעוגנים בחוק, בהקשרים נוספים, כך, בנק ישראל משמש כיועץ הכלכלי של הממשלה: ראו ס' 7(ב) לחוק בנק ישראל, התש"ע – 2010; כן השוו תפקידי המטה לביטחון לאומי המעוגנים בחוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח – 2008.

113 רויטמן "דברי ברכה", לעיל ה"ש 3.

התפקיד השני שהוטל על הרשות הוא ייעוץ למאסדרים בענייני אסדרה. במסגרת זו, על הרשות לייעץ למאסדרים באופן שוטף ולקיים הכשרות בנוגע לתהליכי קביעת אסדרה חדשה ולטיפול באסדרה קיימת, על מנת שהמאסדרים יוכלו לשפר את ביצועיהם בתחומים אלה. תפקיד "ר"ך" זה עוסק ביחסים בין רשות האסדרה למאסדרים מעבר לתפקידי הביקורת וליתר הסמכויות הפורמליות של הרשות שיפורטו להלן. חלק מרכזי מאוד בפעילות הרשות צפוי להיות "בלתי פורמלי". ועדת החוקה ייחסה חשיבות רבה לתפקיד זה, ועדות לכך אף ניתן למצוא בדרישתה לכלול בדו"ח השנתי בדבר מצב האסדרה התייחסות ל"הכשרות שקיימה הרשות ותהליכי ליווי של מאסדרים והדרכתם שקיימה [...], וכלים מקצועיים שהעמידה הרשות לרשות מאסדרים לשם ביצוע תפקידם". תפקיד זה אף הוא משקף את התובנה שלפיה תחום האסדרה חורג מעיסוק סקטוריאלי באסדרה קונקרטיית וכולל מאפיינים רוחביים משותפים.

התפקיד השלישי שהוטל על הרשות הוא קידום תהליכי תכנון בתחום האסדרה, סיוע בהנגשת אסדרה לציבור וכן קידום תיאום ושיתוף פעולה וסיוע בהכרעה במחלוקות בין מאסדרים. שוב – המדובר בתפקידים "רכים" של רשות האסדרה, שנועדו לשפר את איכות מערכת האסדרה בישראל. תפקידים אלו באים לידי ביטוי בהסדרים נוספים המעוגנים בחוק, ובכלל זאת, בהקמתו של מאגר האסדרה – שמיועד להנגיש את האסדרה לציבור; ובפרסום תוכנית האסדרה שנתיית של כלל המאסדרים, שלצד הגברת נגישות הציבור לאסדרה, מיועדת להגביר את התיאום ושיתוף הפעולה בין המאסדרים.

התפקיד הרביעי שהוטל על הרשות הוא ייעוץ למאסדרים בעניין תהליכי הערכת השפעות אסדרה ובקרה עליהם. החלטות הממשלה שתוארו לעיל מורות למאסדרים לבצע "תהליך הערכת השפעות אסדרה" ולפרסם אותו בדו"ח RIA. אלא שעובר לחקיקת החוק זוהו בישראל פערים באיכות תהליכי הערכת השפעות אסדרה בקביעה של אסדרה. חוק עקרונות האסדרה מייצר "קומה נוספת" לתהליך זה ומעניק לרשות תפקיד של ביצוע ביקורת על איכות תהליך קביעת האסדרה באמצעות מנגנון של היוועצות, המוסדר בפירוט בסעיף 21 לחוק וכפי שיפורט בחלק הבא. הטלת התפקיד האמור נובעת מהתובנה היסודית שלפיה קידום גישה של מדיניות אסדרה מיטבית מחייב ביסוס תשתית מוסדית הולמת, וכי לא ניתן להבטיח את התועלות המצופות מהסתייעות בדו"ח RIA ללא מנגנון בקרה אפקטיבי.¹¹⁴

התפקיד החמישי שהוטל על הרשות הוא ייעוץ למאסדרים בעניין אסדרה קיימת. זהו תפקיד מרכזי נוסף שמטרתו להתמודד עם אתגרים שזוהו בישראל עקב ריבוי אסדרה מיושנת ולא נצרכת, ולעיתים גם חופפת וסותרת. לאחר כ-70 שנות אסדרה, נוצר בישראל "מלאי" גדול של אסדרה שבתוקף, שחלקה ראוי להיות מבוטל או מתוקן בעקבות השתנות העיתים. זאת, בדומה למצב במדינות רבות נוספות, ועל בסיס ההבנה כי גופי אסדרה נמנעים, ככלל, מלבחון מעת לעת את ההצדקה לכללי האסדרה וכי כתוצאה מכך כללי האסדרה "נערמים" זה על זה ואף "מעלים אבק", כשמבחינה מהותית היה מקום לבטלם או לתקנם. מצב זה מוביל לא אחת למחזות אבסורדיים של אסדרה לא רלוונטית או כזו הסותרת אסדרה אחרת, באופן שגורר עלויות ציודיות ואיודאות רגולטורית, וכשהיא אינה נאכפת, אף גורם לפגיעה בתחושת

114 רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9, בעמ' 439.

הציות ובשלטון החוק. בשונה מתהליכים ממשלתיים קודמים שהתמקדו בדה אסדרה והיו רוחביים, החוק מסדיר תהליך של בחינה, מדידה והערכה של האסדרה הקיימת שקבעו מאסדרים לאורך השנים, ומתן המלצות עקרוניות מהרשות למאסדר בנוגע לאסדרה ספציפית בתחומו הטעונה בחינה, ביטול או תיקון. מנגנון זה מוסדר בפירוט בסעיף 27 לחוק, כמתואר בחלק הבא.

4. הטיפול ב"זרם" האסדרה החדשה וב"מלאי" האסדרה הקיימת

(א) התייעצות בנוגע לאסדרה חדשה

כפי שפורט לעיל, אחד הכלים העיקריים בקידום גישה של אסדרה מיטבית הוא עריכת דו"ח RIA. דו"ח זה אמור לשקף את התהליך המהותי שערך מאסדר עובר לקביעתה של אסדרה והוא מיועד להבטיח את מימושם של העקרונות המנחים שעליהם מבוססת אסדרה מיטבית. החובה לעריכת RIA מעוגנת בהחלטות ממשלה, הגם שבגדרי החוק עוגנה לראשונה הגדרת המונח "תהליך הערכת השפעות אסדרה". כאמור, ישנה מוסכמה בין לאומית שעל פיה על מנת להבטיח את תרומת תהליך הערכת השפעת האסדרה לאיכות האסדרה השלטונית, יש צורך במנגנון בקרה מקצועי פנים-ממשלתי. אחד התפקידים העיקריים שהוטלו על רשות האסדרה בגדרי החוק הוא קיומה של בקרה כאמור.

המתכונת שנקבעה בהקשר זה בסעיף 21 לחוק היא חיוב מאסדר לקיים היוועצות סטטוטורית עם רשות האסדרה בכל הנוגע לתהליך הערכת השפעות אסדרה שערך, אלא אם מתקיימים החריגים הקבועים בסעיף 22 לחוק. הוחלט כי רשות האסדרה לא תהיה מחויבת לקיים בקרה בכל מקרה ומקרה, אלא שהעניין יהיה מסור לשיקול דעתה. זאת, אלא אם המדובר באסדרה בעלת השפעה משקית, שאז רשות האסדרה מחויבת לקיים בקרה ולייעץ למאסדר הפונה בעניין תהליך הערכת האסדרה שערך. ההסדר שנקבע בחוק מכיר בפוטנציאל של הליך ההיוועצות לעכב את תהליך קבלת ההחלטות, ועל כן נקבע הסדר של "אישור בשתיקה", כך שכל שרשות האסדרה אינה עומדת במועדים (הקצרים) הקבועים בחוק, משמעות הדבר היא כי מוצתה חובת ההיוועצות. בנוסף, לאור חששות שהועלו בגדרי הליך החקיקה, הוחלט לקבוע את אופן עריכת חוות הדעת של הרשות. מצד אחד, נקבע כי חוות הדעת "תכלול את מסקנותיה [של רשות האסדרה] בדבר אופן הביצוע של התהליך, כפי שבא לידי ביטוי בדוח הערכת השפעות האסדרה שצורף לפניית המאסדר, ואם מצאה הרשות כי נדרש טיוב של התהליך האמור – גם המלצות לענין זה"; מצד שני, נקבע כי חוות הדעת "לא תכלול מסקנות בדבר האיזון שביצע המאסדר במסגרת התהליך בין השיקולים השונים ושהוביל לבחירה באסדרה שהוא מבקש להציע או לקבוע, או המלצות בדבר החלופה שבחר המאסדר בעקבות ביצוע איזון כאמור". המדובר בהסדר לא שגרתי שמגדיר בצורה ברורה באופן יחסי את גבולות הבקרה של הרשות – הן מה שנכלל בגדרה והן מה שאמור שלא להיכלל בגדרה.

החוק קובע הסדר קונקרטי בעניינה של חוות דעת המבקשת לקבוע כי נפל פגם מהותי בתהליך הערכת השפעות האסדרה שביצע המאסדר (חוות דעת המכונה בעגה הפנימית כחוות דעת "אדומה") ובדרך זו מבחין מבחינה נורמטיבית בין חוות דעת כאמור לבין חוות דעת "רגילה". משמעות הדברים היא כי חוות דעת "רגילה" עשויה לכלול הערות של רשות האסדרה

לגבי פגמים שנפלו בתהליך שנערך על ידי המאסדר, אולם פגמים אלו אינם עולים כדי "פגם מהותי". התפיסה שעמדה ביסוד החוק היא כי יש ערך חינוכי ומקצועי בהערות הרשות ביחס להליכי קביעת האסדרה, גם במקרים שבהם היא אינה סבורה שנפל פגם מהותי. זאת, במסגרת תפיסה המבקשת לקדם אסדרה מיטבית באמצעות שימוש במנגנון פיקוח פנים-ממשלתי מקצועי, אולם אינה מבקשת לקבוע חיוב משפטי. האמור מחייב ריסון משפטי ביחס לחוות דעת כאמור, כפי שיפורט בהמשך הדברים. בכל הנוגע לפגם מהותי, החוק קובע כי על הרשות להעביר טיוטה של חוות דעת להתייחסות המאסדר, ובנוסף, כי החלטה בעניין חוות דעת כאמור תתקבל על ידי מליאת הרשות. הסדרים אלו נקבעו כהסדרים פרוצדורליים שנועדו להבטיח כי חוות דעת בדבר פגם "מהותי" תתקבל על ידי המליאה ולאחר שמיעת המאסדר, מתוך הבנה כי לחוות דעת שכזו יש משמעות שאינה רק מדריכה ומנחה, אלא גם משמעות משפטית שנגזרת ממעמד הרשות כמייעץ סטטוטורי.

החוק מוסיף ומורה לרשות האסדרה לפרסם הנחיות לעניין אופן קיום הליך ההיוועצות. על ההנחיות לכלול, בין היתר, את אמות המידה שעל פיהן תבחן הרשות את דו"חות הערכת השפעות האסדרה; כללים בעניין פרסום הגורמים שבהם הסתייעה הרשות ושעיימם הייתה בקשר ממשי לביצוע הליך ההיוועצות; וסוגי מקרים שבהם הרשות תחליט, ככלל, שלא לייעץ למאסדר. הקטגוריה האחרונה כוללת נסיבות שונות, כדוגמת מומחיות של המאסדר בהערכת השפעות אסדרה; אסדרה דחופה; ואסדרה עם עלות ציית נמוכה. קטגוריה נוספת היא כאשר "האסדרה נושא הפנייה בעיקרה מפחיתה נטל אסדרה עודף". הוראה זו מתכתבת עם אחת המטרות שעמדו ביסוד הרפורמה כולה, והיא הפחתת נטל אסדרה עודף. מטרה זו אף נקבעה כאחת ממטרות החוק, כאמור בסעיף 1 לחוק.

בגדרי הצעת החוק הוצע לקבוע כי במקרים חריגים, בהם תפורסם חוות דעת מטעם רשות האסדרה המצביעה על כך שנפל פגם מהותי בתהליך הערכת השפעות של אסדרה שאינה חקיקה ראשית והיא בעלת השפעה משקית, לא ניתן יהיה לקדם את קביעת האסדרה, אלא באחד משני תנאים: הראשון, כי המאסדר תיקן את הפגם שנפל בהליך ורשות האסדרה מצאה כי אכן תוקן הפגם; השני, כי ועדת שרים לאסדרה אישרה לקדם את האסדרה על אף קיומו של הפגם האמור. סמכות זו, שזכתה לכינוי "סמכות קצה", נועדה להבטיח כי לא תקודם אסדרה משמעותית בנסיבות שבהן נפל פגם מהותי בהליך המקצועי שעומד ביסודה, אלא אם הממשלה הכריעה לקדמה. זאת, בדומה להסדרים דומים המעוגנים במדינות אחרות.¹¹⁵ לאור התנגדות עזה לסמכות זו, הוכרע במסגרת השיח הפוליטי שהתקיים לקראת ההצבעה על החוק בקריאה ראשונה להשמיט את הסמכות האמורה מהחוק לעת הזו. בעקבות זאת, החוק אינו כולל את הסמכות האמורה. לפיכך, המשמעות של חוות דעת של רשות האסדרה המצביעה על "פגם מהותי" בכלל סוגי אסדרה היא שהמאסדר מחויב לשקול את עצת הרשות בנפש חפצה ובכובד ראש, בהתאם לפסיקה הכללית בדבר חובות היוועצות.¹¹⁶

¹¹⁵ ראו OECD Regulatory Policy Outlook 2021, Figure 3.5, <https://tinyurl.com/v5zt45r9>.

¹¹⁶ בישראל, כידוע, ההלכה הפסוקה הכללית בנוגע לחובת היוועצות קובעת כי הגוף שפונה להתייעצות נדרש לפנות לגוף המייעץ בתוך פרק זמן סביר לפני קבלת ההחלטה, יחד עם המידע הנדרש, ולתת לו הזדמנות נאותה לייעץ ולבסוף לשקול את עמדתו בכובד ראש וב"נפש חפצה".

(ב) בחינה, תיקון וביטול של אסדרה קיימת

אתגר עיקרי שעיימו נדרש החוק להתמודד הוא בעיית "מלאי" האסדרה – הצטברות של אסדרה עודפת, לא עדכנית, שמטילה עלויות ציית משמעותיות ללא הצדקה מספקת. החוק ביקש להתמודד עם אתגר זה בשני מישורים עיקריים – מישור אחד הוא חובות שהוטלו על המאסדרים. נעמוד על כך בהמשך הדברים. מישור שני הוא סמכויות שהוענקו לרשות האסדרה לפעול לצמצומה של אסדרה עודפת.

נקודת המוצא היא סעיף 25 לחוק, הקובע כי "הממשלה תקבע...מזמן לזמן, למאסדרים, כולם או חלקם, יעדים לטיוב של אסדרה קיימת ולצמצום נטל האסדרה העודף". הוראה זו נועדה להדגיש כי על הממשלה להידרש, מעת לעת, לסוגיית האסדרה הקיימת ונטל האסדרה העודף ולקבוע יעדים לטיוב האסדרה ולצמצום הנטל האסדרתי העודף. ברי כי פעולה כאמור הייתה מצויה ממילא בגדרי סמכותה של הממשלה, אולם עיגונה בהוראת חוק נועד לתת משנה תוקף לסמכות זו, להדגיש את החשיבות שהמחוקק רואה בה, על מנת לתמרץ את הממשלה לפעול בהקשרים האמורים.¹¹⁷

בהמשך לכך, החוק מורה לרשות האסדרה לקבוע תוכנית שנתית לבחינת אסדרה קיימת. לא ניתן להקל ראש בהסדר זה, המסמיך את רשות האסדרה לעסוק בתחומי האסדרה המטופלים על ידי המאסדרים. זאת, על בסיס התפיסה שתוארה לעיל שלפיה יש צורך במנגנון המרכז את העיסוק בתחום האסדרה בממשלה. על רקע האמור, החוק מנחה את הרשות בכל הנוגע להליך גיבושה של תוכנית העבודה, ובכלל זאת כיצד לשתף את הציבור הרחב והמאסדרים ואילו מקורות מידע על הרשות להביא בחשבון בעת קביעת התוכנית השנתית. על בסיס התוכנית השנתית, הרשות מוסמכת לבחון את האסדרה הקיימת בתחומים השונים שנכללו בתוכנית העבודה השנתית. ביחס למקרים שבהם הרשות סבורה כי יש צורך בטיוב האסדרה הקיימת נקבע מנגנון של "אמץ או הסבר", לפיו הרשות רשאית להמליץ למאסדר על שינוי אסדרה שבאחריותו, והמאסדר נדרש להודיע האם החליט לאמץ את המלצות הרשות, ואם לא, לנמק את עמדתו. במקרים שבהם המאסדר נמנע מלאמץ את המלצת הרשות, או אם הודיע על כוונתו

(ראו למשל בג"ץ 384/66 פוקסמן נ' המפקח על התעבורה, פ"ד כא(2) 221 (1967); ע"פ 3490/90 יקב הגליל יוסף גולד ובניו בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 11 (1993); בג"ץ 3536/92 סוויירי נ' עיריית הרצליה, פ"ד מז(1) 125 (1993); יצחק זמיר הסמכות המנהלית ב 1217 (2011). ככלל, "המשקל של עמדת הגוף המייעץ תלוי בנסיבות המקרה. בין השאר הוא תלוי במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של החוק המסמיך, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ, בכשירות ובניסיון של הרשות המתיעצת ובשאלה אם הרשות המתיעצת קיימה היא עצמה בדיקה יסודית של העניין הנדון" (בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 764, 729 (2000)).

117 ראו פרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (21.10.2021): יו"ר הוועדה, עוה"ד הרב גלעד קריב, התייחס לעניין זה במהלך דיוני הוועדה בציינו: "אני לא רואה את סעיף (א) כסעיף לא מהותי. אני חושב שהוא מטיל בחקיקה ראשית חובה משמעותית על הממשלה. יכול להיות שממשלת ישראל קבעה בשנים האחרונות מכוח הסמכות השיורית שלה וניהול ענייניה, עניין של יעדי צמצום אסדרה אבל פה בחקיקה ראשית ייקבע שהנושא הזה של הגדרת יעדים זו משימה ספציפית שמוטלת על הממשלה. זה דבר שאסור להקל בו ראש."

ליישם את ההמלצה, אך נמנע מלעשות כן בלוח הזמנים שנקבע בחוק, המלצתה של הרשות וממצאי הבחינה שנערכה על ידה מתפרסמים לציבור. במישור המשפטי, מעמדה של המלצת הרשות הוא של מייעץ סטטוטורי, ומצופה כי מאסדר ישקול את עצתה של רשות האסדרה בכובד ראש.¹¹⁸

גם בהקשר זה הוצע בגדרי הצעת החוק לקבוע "סמכות קצה" שלפיה ועדת שרים לאסדרה תהיה רשאית להורות על ביטולה של אסדרה קיימת, בכפוף לכך שהמדובר באסדרה ישנה (קרי, שלא תוקנה בעשרים השנים עובר למועד המלצתה של הרשות לממשלה) ושאינה בגדרי חקיקה ראשית. אף הוראה זו הושמטה אגב הליכי החקיקה בכנסת במסגרת אותה הכרעה פוליטית שהתקבלה סביב ההצבעה על החוק בקריאה הראשונה.

יודגש, כי ההסדר המעוגן בגדרי החוק בהקשר זה אינו גורע מסמכות הממשלה ורשות האסדרה לפעול לקידום הסדרים נוספים לבחינתה של אסדרה קיימת. החוק לא התכוון לקבוע בהקשר זה הסדר שלילי. הנחת העבודה הייתה כי ההסדר המעוגן בחוק יהווה תמריץ לשיח בין רשות האסדרה לבין המאסדרים "בצילו של החוק", וכי ייתכנו מהלכים נוספים שיקודמו על ידי הממשלה או על ידי רשות האסדרה במישור זה.¹¹⁹

5. חובות נוספות על המאסדרים

ההכרעה הבסיסית שהתקבלה בישראל, בדומה למדינות רבות ברחבי העולם, היא כי קידומה של גישת האסדרה המיטבית מוטל בראש ובראשונה על המאסדרים. זאת, לצד הכרה בחשיבות של מנגנון פיקוח מנהליפנימי מרכזי בדמות רשות האסדרה, כמפורט. לצד האמור, החוק נחקק על בסיס ההכרה כי מאסדרים נוטים להיות ממוקדים יתר על המידה באינטרס המוגן שעליו הם מופקדים, מבלי להעניק את המשקל הראוי לאינטרסים נוספים, ובכלל זאת, העלות המוטלת על המשק כתוצאה מהאסדרה שנקבעת על ידם.¹²⁰ על מנת להתמודד עם כשלים מובנים אלו

118 OECD Strengthening Capacities and Institutions for Co-ordinating Regulatory Policy and OECD, Regulatory Policy Outlook 174–175; Measuring Regulatory Burdens (2017) כן ראו OECD, Regulatory Policy Outlook 174–175 (2015).

119 ראו פרוטוקול ישיבה 95 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (25.10.2021). ד"ר עו"ד יובל רויטמן התייחס לנושא זה בציינו: "לגבי 27 – הסעיף הזה קובע פרוצדורה פורמלית שיש לה משמעויות שונות. אנו מקווים שהרשות תפעל לא בהכרח בכלי הזה אלא בכלים רכים יותר". מר עמיחי פישר, ראש אגף מדיניות רגולציה, התייחס אף הוא להיבט זה באומרו: "ההערה הזאת לא מונעת את דרכי עבודת הממשלה הרגילים היום. בסוף הממשלה עובדת, גם אם לא בכלים הפורמליים האלה".

120 ראו דו"ח צוות רגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 37: הצוות התייחס לסוגיה האמורה כ"פערי תמריצים" וציין כי שורה של תמריצים גורמים לרגולטור להתמקד באינטרס ספציפי, וזאת חלף ראייה שלמה שמבוססת על ניהול סיכונים (כגון החשש מפני נשיאה באחריות פלילית ונזיקית ופגיעה קשה במוניטין במקרה של סיכון אסדרתי שיתממש). כפי שתואר לעיל ביחס לדוגמת מזרק האפיפן, במקרה של אדם אלרגי שחלילה נפטר עקב חשיפה לאלרגן במסעדה – לא יהיה זה מופרך להניח כי משרד הבריאות יזמן למשל לדיון בוועדה בכנסת בדרישה לתת דין וחשבון. מנגד, ספק אם ועדה בכנסת תזמן את משרד הבריאות בדרישה לתת דין וחשבון על מסעדות שנסגרו עקב דרישות אסדרתיות עורפות.

במלאכת האסדרה השלטונית, ולצד פיקוח רשות האסדרה, עוגנו בגדרי חוק עקרונות האסדרה הסדרים שונים שחלים באופן ישיר על המאסדרים והמיועדים לתת מענה לאתגרים מובנים בפעילותם השוטפת. על החובה עיקרית המוטלת על המאסדרים – החובה לערוך דו"ח RIA ולהיועץ לגביו עם רשות האסדרה – עמדנו לעיל. להלן נעמוד על חובות נוספות שעוגנו במסגרת החוק.

(א) תוכנית אסדרה שנתית

אחת החולשות שזוהו במערכת האסדרה בישראל היא היעדר מידע מלא לגבי תוכניות האסדרה העתידיות של מאסדרים. חולשה זו התחדדה על רקע ההבנה כי מספר המאסדרים בישראל הולך וגדל, תוך הרחבת הביזור באסדרה, באופן שהמידע לגבי תוכניות האסדרה העתידיות אינו חסר רק לציבור הרחב, אלא גם למאסדרים עצמם. על מנת להתמודד עם הקושי האמור, במדינות שונות ברחבי העולם נהוג לפרסם מעת לעת את האסדרה העתידה להיבחן ולהיקבע. לדוגמה, בארצות הברית, עוד בצו הנשיאותי 12,866 משנת 1993, הוטל על כלל גופי האסדרה השלטוניים, לרבות גופי האסדרה העצמאיים, לפרסם אג'נדת אסדרה אחידה (Unified Regulatory Agenda). הצו הנשיאותי מדגיש כי ביסוד החובה האמורה יש כמה טעמים: הרצון לשפר את התיאום בין המאסדרים; הרצון להרחיב את פתרון המחלוקות בין מאסדרים בשלב מוקדם ככל הניתן בהליך עיצוב המדיניות השלטונית; הרצון לשלב את הציבור הרחב ואת השלטון המדינתי והמקומי במלאכת עיצוב האסדרה השלטונית; והרצון להבטיח כי האסדרה המקודמת על ידי גופי האסדרה השלטוניים משקפת את סדר העדיפות הנשיאותי.

על בסיס טעמים דומים הוטלה בסעיף 28 לחוק חובה על כל מאסדר להגיש לרשות "תוכנית המפרטת את האסדרה שבכוונתו לזוּם, להציע, לקבוע, לבחון מחדש או לבטל בשנה הקרובה". החוק מוסיף וקובע מהם התכנים המינימליים שיש לכלול בתוכנית אסדרה שנתית, לגבי כל אסדרה, תוך הותרת סמכות למליאת הרשות לקבוע "מידע נוסף... שהוא בעל חשיבות להיערכות הנדרשת משאר המאסדרים או מהציבור בשל האסדרה". החוק אינו מסמין את הרשות להתערב בתוכניות האסדרה השנתיות הנקבעות על ידי המאסדרים ומורה לה לפרסם אותן באופן מרוכז באתר האינטרנט של הרשות. החוק מוסיף וקובע כי מאסדר שמבקש לקבוע אסדרה שלא נכללה בתוכנית האסדרה השנתית יהיה חייב לעשות כן רק לאחר עדכון התוכנית. לגבי אסדרה שאינה הצעת חוק (אלא חקיקת משנה או נהלים) שלא נכללה בתוכנית קובע החוק אף "תקופת המתנה" של תשעים ימים ממועד העברת התוכנית המעודכנת לרשות, שבמהלכה המאסדר אינו רשאי לקבוע את האסדרה, אלא אם המדובר בעניין דחוף. זאת, על מנת לאפשר לגורמים מהציבור ולמאסדרים שונים, שלא ידעו שהאסדרה תקודם משום שהיא לא פורסמה בתוכנית השנתית, את האפשרות להיערך ולהגיב בהתאם.

הרעיון שעומד בבסיס החובה האמורה הוא כי שיקוף תוכניות האסדרה באופן רוחבי ושיטתי יגביר את מעורבות הציבור הרחב ובעלי העסקים המפוקחים בהליכי קביעת אסדרה וכן יגביר את התיאום בין המאסדרים עצמם.

(ב) בחינה תקופתית של אסדרה

אתגר עיקרי בשאיפה לקדם אסדרה מיטבית טמון בנטייה של מאסדרים לעסוק בקביעתה של אסדרה חדשה ולהעדיף עיסוק זה על פני בחינת אסדרה קיימת. בהקשר אחר נטען כי "גופי האסדרה נמנעים, ככלל, מלבחון מעת לעת את ההצדקה לכללי האסדרה. כתוצאה מכך כללי האסדרה 'נערמים' זה על זה ואף 'מעלים אבק' כשמבחינה מהותית היה מקום לבטלם או לתקנם".¹²¹ ישנה חשיבות בבחינה בדיעבד של אסדרה קיימת, הן על מנת לוודא כי היא משיגה את היעדים שעמדו בבסיס קביעתה מלכתחילה והן על מנת לוודא כי היא מותאמת לשינויים שהתחוללו ממועד קביעתה (לדוגמה – שינויים טכנולוגיים שעשויים להצדיק את קביעתה של אסדרה שונה).

באופן תאורטי, הדין מחייב מאסדר לשקול מחדש את ההצדקה לקביעתה של אסדרה בחלוף פרק זמן סביר ממועד קביעתה. סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 קובע בהקשר זה כי "הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות". על אף האמור, בפועל מאסדרים אינם בוחנים באופן שיטתי אסדרה ישנה ואינם קובעים מראש באופן שיטתי ופומבי את היעדים שהאסדרה מיועדת להשיג. ניתן היה להעלות על הדעת כי החובה האמורה תיאכף באמצעות הפיקוח החיצוני, אך בשל מגבלות הפיקוח החיצוני – השיפוטי והפרלמנטרי¹²² – אין מענה לכך, ובוודאי שאין מענה שיטתי ורוחבי.

האתגר האמור מתקיים במדינות שונות ברחבי העולם. אחד הפתרונות שניתנו לאתגר זה הוא קביעת "הסדרי שקיעה" לגבי אסדרה קיימת בחלוף תקופה מסוימת ממועד קביעתה, אלא אם נקבע אחרת.¹²³ ואולם, זהו פתרון שמטיל עומס כבד על מערכת האסדרה ואף עשוי לסכן את האינטרסים הציבוריים העומדים ביסוד האסדרה. על רקע האמור, נקבע בחוק עקרונות האסדרה הסדר "רך" יותר, שעניינו "בחינה תקופתית של אסדרה" ברוח ההסדר הבריטי של "אמץ או הסבר".¹²⁴ סעיף 24 לחוק קובע כי מאסדר נדרש לקבוע באסדרה חדשה מה הם המטרות והיעדים שלשמן נקבעת האסדרה ואימתי יבחן בדיעבד את האסדרה על מנת לוודא "האם ובאיזו מידה הושגו היעדים" האמורים ו"אם האסדרה עדיין נדרשת בהתחשב במטרות שלשמן נקבעה או מטעמים אחרים".¹²⁵ הוראה זו אינה חלה על אסדרה המעוגנת בחקיקה

121 רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9, בעמ' 428.

122 יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי – הפנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** ו 295 (2013).

123 באוסטרליה, §§49-54 (Austl.) (Cth) 2003 Legislative Instruments Act מקימים מנגנון מפורט של "סעיף שקיעה" אוטומטי, הקובע ברירת מחדל שלפיה כל מכשיר חקיקה יתבטל בתום עשור מקביעתו, אלא אם החליט הפרלמנט להשאירו בתוקף ל-10 שנים.

124 Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26 (U.K.) §§28-32 בבריטניה, אשר כולל את המטרות מחייבים כל שר לפרסם דו"ח בקרה לכל חקיקת משנה שהוא מפרסם, אשר כולל את המטרות שהחקיקה אמורה להשיג ומעריך באיזו מידה הן יושגו והאם אין אפשרויות פחות כבדות להתערבות. הסעיפים מקימים מנגנון של "ציית או הסבר" שבמסגרתו שר נדרש לציית ולפרסם דו"ח בקרה להערכת אפקטיביות הרגולציה בדיעבד בחלוף חמש שנים מחקיקת המשנה, או לחלופין להסביר מדוע במקרה הקונקרטי הדבר אינו נדרש.

125 רשות האסדרה **המדריך הממשלתי לגיבוש רגולציה: כללים לגיבוש אסדרה מיטבית ולהערכת השפעותיה** (2023): בהמשך לאמור, במסגרת המדריך הובהר כי בעת קביעתה של אסדרה יש

ראשית. בנוסף, מאסדר רשאי לקבוע כי ההסדר האמור לא יחול על אסדרה מסוימת, בין אם הבחינה בדיעבד "מזריכה" הקצאת משאבים בלתי סבירה בהתחשב בעלות הציות לאסדרה והשלכותיה של האסדרה על נטל האסדרה"; "עלול להיות [כרוכה] בהשלכות בלתי רצויות"; או שמתקיימות נסיבות מיוחדות.¹²⁶

מתעוררת השאלה האם בהסדר זה יהיה כדי לשנות את דרך התנהלות המאסדרים השלטוניים. תפקיד מרכזי שמור בהקשר זה לרשות האסדרה, שנדרשת לספק הדרכה והכשרה כיצד לקבוע את מטרותיה ויעדיה של אסדרה חדשה וכן כיצד לערוך את הבחינה בדיעבד.

(ג) פרסום במאגר האסדרה

בשורה חשובה נוספת שמביא עימו החוק היא מאגר האסדרה. מדובר במאגר שמופעל ומנוהל על ידי רשות האסדרה בהתאם לסעיף 37 לחוק ומיועד לכלול את כל האסדרה שבתוקף בישראל.

אחד מהפערים שזוהו במערכת האסדרה בישראל הוא שאין מידע לגבי היקף האסדרה הקיימת, ושחלק מהאסדרה – בעיקר זאת שאינה קבועה בחקיקה ראשית ובתקנות – לעיתים אינה מפורסמת לציבור או מפורסמת באמצעים לא אפקטיביים. עיקר הבעיה בהקשר זה הוא לגבי האסדרה המעוגנת בהנחיות מנהליות, תופעה שנטען כי היא הופכת לשכיחה יותר ויותר, בין השאר עקב קשיים בהשלמת תהליכי חקיקה בכנסת בשנים האחרונות. בהיעדר מנגנון סדור ופומבי לפרסום הוראות אסדרה המעוגנות בנהלים והנחיות, הן לעיתים פזורות במקומות שונים באתרי האינטרנט של המאסדרים ללא גישה נוחה, ובמקרים מסוימים אף נשמרות במחשבי המאסדר או מופצות באופן חד-פעמי למפוקחים ללא העלאה לאתר האינטרנט. מאחר שאסדרה, מעצם הגדרתה, קובעת איסורים או חובות כלפי הציבור ומגבילה את יכולתו לפעול בחופשיות, ומשום שלא יעמידה בה מתלווה לרוב סנקציה (פלילית או מנהלית), קשה להפריז בחשיבותם של פרסום סדור והנגשה של כלל האסדרה שבתוקף על כל סוגיה.

קביעת חובה זו בחוק עקרונות האסדרה ממשיכה את פעילות הממשלה להנגשת האסדרה לציבור. באופן כללי יותר, קבע עוד סעיף 6(א) לחוק חופש המידע¹²⁷ את החובה לפרסם לציבור הנחיות מנהליות באשר הן. בהתמקד בעולם האסדרה, בשנת 2018 החלטת ממשלה 4398 הסמיכה את אגף מדיניות אסדרה במשרד ראש הממשלה לקבוע הנחיות לפרסום של אסדרה בכלל ושל נוהלי אסדרה בפרט. לצד זאת, ההחלטה הטילה חובה על מנכ"ל המשרדים לפרסם את כל האסדרה שבתוקף באתר המשרד הרלוונטי בתוך שנה מהיום שבו יפורסמו

לקבוע "יעדים מדידים וקריטריונים לבחינה עתידית" על מנת "לוודא שהחלופה שנבחרה אכן השיגה את מטרותיה ושעדיין יש בה צורך".

126 הבחינה בדיעבד צריכה להיעשות בחלוף תקופה שלא תעלה על עשר שנים מיום כניסתה לתוקף של האסדרה, אלא אם המדובר באסדרה בעלת השפעה משקית, שאז על הבחינה בדיעבד להיעשות בחלוף תקופה שלא תעלה על חמש שנים מהמועד כאמור (אלא אם המאסדר קבע אחרת בהחלטה מנומקת).

127 חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

ההנחיות לפרסום האסדרה. ברם, היבט זה של ההחלטה לא יושם במלואו, ובמסגרת החוק הוחלט למסד את מאגר האסדרה כמרשם אסדרה אחוד ולהסדיר היבטים מרכזיים בהפעלתו. החוק מטיל חובה על מאסדרים ממשלתיים ותאגידיים ציבוריים מאסדרים כאחד לפרסם את כל האסדרה שנקבעה בתחומם ועודנה בתוקף במאגר שעליו תודיע הרשות. בנוסף, החוק קובע כי פרסום של אסדרה שאינה טעונה פרסום ברשומות (דהיינו, שלא נקבעה בחקיקה או בתקנות) ישמש כראיה לכאורה לנכונות פרטי האסדרה. עם זאת, החוק מבהיר כי אין באיפרסום במאגר האסדרה בפני עצמו כדי לגרוע מתוקף האסדרה. עניין זה עמד במחלוקת בדיוני ועדת החוקה, שביקשה להסדיר את המשמעויות של איפרסום במאגר. מצד אחד, היו שטענו כי יש להשית סנקציה בדמות ביטול תוקפה של אסדרה שלא פורסמה במאגר בשל כך שאינה נגישה לציבור. מצד שני, עלה חשש לפגיעה בתוקף של חלק ניכר מהאסדרה הקיימת באופן שיפגע באינטרסים ציבוריים חשובים שעליהם נועדה האסדרה להגן. בסופו של דבר, הוחלט להסתפק בכך שביחס לאסדרה שאינה טעונה פרסום ברשומות, הפרסום במאגר יקים חזקה ניתנת לסתירה בדבר פרטי האסדרה שפורסמה. ימים יגידו האם ההסדר שנקבע מספק, או שמא יש לקבוע משמעות נורמטיבית להפרתו. יוער כי לצד החובה המשפטית לפרסם את כלל האסדרה השלטונית במאגר דיגיטלי אחד, ניתן לצפות כי בהמשך רשות האסדרה תפעל להנגשת המידע המצוי במאגר לציבור הרחב ולבעלי העסקים בדרכים נוספות, אקטיביות יותר, וכי יהיה בכך כדי להקל באופן ניכר על הציבור.

(ד) דיגיטציה של אישורים רגולטוריים חדשים

הסדר נוסף שנקבע בסעיף 20 לחוק מטיל על מאסדר, המבקש לקבוע אסדרה שכוללת דרישה לאישור אסדרתי חדש, לקבוע אותה כך "שתהליך קבלת האישור האמור יבוצע באמצעים דיגיטליים". הכוונה היא כי יוקם תהליך דיגיטלי שיאפשר הגשה דיגיטלית של הבקשה, המשך תקשורת באמצעים דיגיטליים בין מבקש האישור למאסדר, ועד לקבלה דיגיטלית של האישור בסופו של התהליך.

מדובר בהסדר מצומצם בהיקפו המבקש לדחות את מערכת האסדרה בישראל לכיוון הדיגיטלי, בהמשך למאמצים המבוצעים בעניין זה על ידי ממשלת ישראל באופן רוחבי.¹²⁸ תקדימיותו של ההסדר היא בכך שהוא מעגן בחקיקה ראשית את חובת הממשלה לפעול לדיגיטציה של פעילות שלטונית. לצד האמור, הוא חל כאמור באופן מתוחם רק בנסיבות שבהן מבוקש לקבוע הסדר הדורש אישור אסדרתי חדש. הכוונה היא רק למצבים שבהם נקבעה לראשונה חובת קבלת אישור אסדרתי, לדוגמה אם יוחלט לבטל את הפללת השימוש בקנביס ובמסגרת אסדרת התחום לקבוע חובת רישיון למכירתו. הסיבה לכך היא ההבנה שלא ניתן "לדחות" באמצעות חקיקה את הפיכה של אין ספור אישורים אסדרתיים קיימים לכאלו שניתנים באמצעים דיגיטליים, אך כן ניתן לדרוש כי לכל הפחות כאשר נקבע לראשונה אישור אסדרתי חדש לחלוטין הוא ילווה באמצעים דיגיטליים. בנוסף, חובה זו אינה חלה כאשר

128 ראו לדוגמה החלטה 260 של הממשלה ה-35 "תכנית להאצת השירותים הדיגיטליים לציבור ולקידום הלמידה הדיגיטלית" (26.7.2020).

מתקיימות "נסיבות מיוחדות שבשלהן התהליך כאמור או חלק ממנו אינו מתאים לביצוע באמצעים דיגיטליים או שלא ניתן לבצעו באופן זה". לצד ההכרה בחשיבות הדיגיטציה, חקיקת ההסדר לוותה בהבנה כי ישנן אוכלוסיות שהכלים הדיגיטליים פחות מותאמים עבורן. משום כך נקבע בצורה מפורשת בחוק כי יהיה על מאסדר לבחון "אם נדרש כי תהליך קבלת האישור האסדרתי יבוצע, נוסף על ביצועו באמצעים דיגיטליים, גם בדרך אחרת, בשל מאפייני האוכלוסייה שעימה נמנים מבקשי האישור".

6. הליכי אסדרה המבוצעים על ידי תאגידים ציבוריים¹²⁹

פרק ד' לחוק עקרונות האסדרה עוסק בהליכי אסדרה שמבצעים תאגידים ציבוריים מאסדרים. כפי שיורחב להלן, בגדרי פרק זה נקבעו הוראות המותאמות למאפייניהם של מאסדרים אלה. זאת, לאור העצמאות המוקנית להם בחוק במילוי תפקידיהם ובמבנה התאגידי שלהם הנפרד מהמשלה, ובשים לב לכך שזו הפעם הראשונה שהם היו צפויים ליטול חלק בהטמעת גישת האסדרה המיטבית, שעד לחקיקת החוק הוחלה בהחלטות ממשלה, אשר ככלל אינן מחייבות תאגידים ציבוריים.

סעיף ההגדרות בחוק מבחין בין "מאסדר", שהוא למעשה מאסדר ממשלתי, לבין "תאגיד ציבורי" שהוא מאסדר הפועל כתאגיד שהוקם לפי חוק ומוסמך ליזום או לקבוע אסדרה. בישראל פועלים למעלה מחמישים תאגידים ציבוריים האמונים על מגוון תחומים.¹³⁰ גורם נוסף שלעניין תחולת חוק עקרונות האסדרה נחשב כתאגיד ציבורי מאסדר הוא מאסדר ממשלתי (לרוב – שר משרי הממשלה) בעת שהוא קובע אסדרה "שעיקרה בתחום פעילותו" של תאגיד ציבורי מאסדר. זאת, בהמשך לפטור שניתן בהחלטת הממשלה 2118 למאסדרים ממשלתיים מביצוע דו"ח RIA ל"אסדרה בתחומם" של התאגידים הציבוריים, ועל מנת לתת מענה למקרים שבהם חלק מרכזי מהאסדרה מעוצב על ידי תאגיד ציבורי שנעדר סמכות לקבוע אותה בעצמו, ולכן היא נקבעת בפועל על ידי המאסדר הממשלתי האמון על אותו תחום (לרוב

129 תת־פרק זה וכן תת־פרק 4(ג) להלן נכתבו על ידי עו"ד יוסף גדליהו, שהיה שותף לתהליך חקיקת החוק וריכז במסגרת זו את הטיפול המורכב בפרק התאגידים הציבוריים המאסדרים שבחוק.

130 במסגרת מיפוי שנעשה בתהליך החקיקה, שאינו ממצה, אותרו למעלה מעשרה תאגידים ציבוריים המוסמכים ליזום או לקבוע אסדרה, ובכללם בנק ישראל כמבצעו כמפקח על הבנקים; רשות ניירות ערך; הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו; רשות שדות התעופה; רשות הטבע והגנים הלאומיים; מועצת הצמחים; המועצה לענף הלול; ומועצות חקלאיות נוספות. בכל הנוגע לרשות שוק ההון, הביטוח והחיסכון, נקבעה בס' 46 לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021, הוראת שעה שלפיה הרשות תיחשב ל"תאגיד ציבורי" לתקופה שנקצבה, על אף שאינה מאוגדת כתאגיד. זאת, לאור ההכרה בעצמאות פעילות הרשות ועקב חשש מפני ארביטראז' רגולטורי ואתגרים נוספים הנובעים מכך שרשות שוק ההון פועלת במרחב רגולטורי משותף עם בנק ישראל ורשות ניירות ערך. גישה זו פסעה בעקבות החלטת הממשלה 2118, לעיל ה"ש 27, שאף היא החילה על רשות שוק ההון הסדר דומה לזה שהוחל על יתר המאסדרים הפיננסיים. עם זאת, נקבע כי בחלופי התקופה שנקצבה, וככל שרשות שוק ההון לא תאוגד במהלך התקופה האמורה כתאגיד ציבורי, יחולו עליה ההסדרים החלים על יתר רשויות המדינה.

– שר המתקין תקנות מכוח סמכות המסורה לו בחוק).¹³¹ אלמלא התוספת, אסדרה שגיבש תאגיד ציבורי מאסדר ואשר הותקנה על ידי השר הממונה על החוק הרלוונטי הייתה עלולה לפעמים להיות כפופה לחובה כפולה – הן לחובה החלה על התאגיד המאסדר מכוח פרק ד' לחוק והן לחובות החלות על השר מכוח יתר הפרקים בחוק העוסקים במאסדרים הממשלתיים. החובה המרכזית שהוטלה על תאגידי ציבוריים מאסדרים היא הצורך לפרסם לציבור לצד כל אסדרה חדשה דו"ח שעוסק בתהליך קביעתה.¹³² חובה זו נועדה לייצר לתאגידי ציבוריים את הדרישה המקבילה והמותאמת לדו"ח ה-RIA, שאותו נדרשים לפרסם מאסדרים ממשלתיים בהתאם להחלטות הממשלה, וזו הפעם הראשונה שבה נדרשים התאגידי הציבוריים לפרסם דו"ח דומה. סעיף קטן 34(א) לחוק קובע כי על הדו"ח לכלול, בין היתר, הסבר על עיקרי האסדרה, יעדיה והתועלת הצפויה ממנה; חלופות מרכזיות שנבחנו והטעם לבחירה בחלופה המוצעת; ותיאור השפעות ישירות ועקיפות שצפויות להיות לאסדרה על אינטרסים מוגנים שונים. סעיף קטן 34(ב) מוסיף על קודמו וקובע כי אופן יישום החובה לפרסם דו"ח כאמור, ופריטי מידע נוספים שיש לכלול בו, "יקבעו ב"הנחיות" שיגבש כל תאגיד לעצמו ויפרסם לציבור. בכך הוא מוסיף בעקיפין צורך להתייחס במסגרת הדו"חות שיפרסמו התאגידי הציבוריים המאסדרים לפריטי מידע נוספים הנכללים בדו"ח ה-RIA שהמאסדרים הממשלתיים מפרסמים. כך לדוגמה, ההנחיות שיגבש כל תאגיד צריכות לכלול התייחסות עקרונית לאופן שבו ישוקף תהליך שיתוף הציבור שנעשה לגבי האסדרה, באופן שדורש ככלל התייחסות לשיתוף הציבור במסגרת הדו"ח עצמו. באופן דומה, ההנחיות נדרשות לכלול התייחסות לאופן בחינת קיומן של הוראות מקבילות או סותרות באסדרה הקיימת, באופן הדורש ככלל להתייחס לעניין זה במסגרת הדו"ח. במסגרת יישום החוק, חלק מהתאגידי הציבוריים כבר פרסמו מסמכי הנחיות אלה, והם זמינים לעיון הציבור באתרי המאסדרים,¹³³ ואלה שטרם גיבשו הנחיות יכולים להסתייע בהם בין היתר כדוגמאות.

נוסח הסעיף בחוק הקובע חובה לתאגידי ציבוריים מאסדרים לפרסם דו"ח בקביעת אסדרה מביא לידי ביטוי כמה שיקולים, וראוי להוסיף לגביו כמה דגשים. ראשית, ההנחיות האמורות שכל תאגיד ציבורי מאסדר צריך לפרסם לפי החוק מחליפות למעשה את ההנחיות והמדריכים שמפרסמת רשות האסדרה עבור מאסדרים במשרדי הממשלה מכוח החלטות הממשלה. בשל אי-כפיפות התאגידי הציבוריים להחלטות ממשלה ולרשות האסדרה, מכיוון שמדובר בתהליך דינמי של הערכת השפעות אסדרה שלא ניתן ולא מתאים לקבוע מראש בחקיקה, ובשים לב לשונות ולהבדלים בין התאגידי הציבוריים – נקבע כי כל תאגיד יסדיר

131 ראו פרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 117, דברי נציג משרד המשפטים, ע"ד יוסף גדליהו: "התאגידי הציבוריים המאסדרים הם מלכתחילה אלה שמגבשים את הרגולציה, הם כנראה אלה שיכתבו את דוח ה-RIA. במקרים רבים הם גם מפרסמים את הרגולציה ואז היא עוברת לפרסום כפול ברמת השר, כשבפועל הפרסום מבוסס על אותה רגולציה מלכתחילה. מאוד חששנו ממצב שבו ייווצרו שני משטרי פיקוח שונים על אותה רגולציה כשהם יפרסמו".

132 ס' 34 לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021.

133 בנק ישראל הנחיות הפיקוח על הבנקים ליישום חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021 (2022) <https://tinyurl.com/ep7wf696>; רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון הנחיות ליישום חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021 (2022) <https://tinyurl.com/7d4w84aw>.

בעצמו את תהליך פרסום הדו"חות המלווים אסדרה חדשה שלו, בהתאם למאפייניו ולטיב האסדרה הנקבעת על ידו. כך, בין היתר, במסגרת ההנחיות כל תאגיד נדרש להגדיר ברמה העקרונית את מידת הפירוט הצפויה של הדו"חות שיפרסם, בהתחשב בהיקף ההשפעות של אותה אסדרה ובהיקף שיקול הדעת הנתון לו בקביעתה. למשל, בנוגע לאסדרה שהשפעתה מצומצמת, או לאסדרה שמתווים ארגונים בין-לאומיים כך שאין שיקול דעת ממשי בנוגע להחלטה על אימוצה או תוכנה (כגון כללי בזל המהווים סטנדרט מחייב בענף הבנקאות), ניתן יהיה ככלל להסתפק בדו"ח מצומצם יותר, ולהפך.

שנית, החובה על התאגידים הציבוריים המאסדרים נקבעה במישורין בחוק, וזאת בשונה מהמאסדרים הממשלתיים שלגביהם נקבעה החובה רק בהחלטות ממשלה. לכן, היה צורך לאזן בין הרצון להקביל את ההסדר במידת האפשר לדרישה הסטנדרטית המקובלת בדו"ח ה-RIA של המאסדרים הממשלתיים, לבין הצורך להתאים את ההסדר לתאגידים וכן החשש מיצירת התדייניות משפטיות עודפות בעקבות קביעת דרישת הדו"ח בחקיקה ראשית. הביטוי המשמעותי ביותר לאיזון האמור הוא המספר המצומצם של פריטי המידע שחובה לכלול בדו"ח שצוינו במישורין בסעיף קטן 34(א), ועיגון הצורך להתייחס לפריטי מידע נוספים בצורה עקיפה באמצעות הזכרתם בנושא שיש לכלול בהנחיות שיפרסם כל תאגיד בהתאם לסעיף קטן 34(ב). עניין מרכזי הממחיש את האיזון הזה הוא שלפי סעיף קטן 34(א)(3), כל דו"ח המלווה אסדרה שיפרסם תאגיד ציבורי נדרש לכלול "תיאור של השפעות ישירות ועקיפות שצפויות להיות לאסדרה", וזאת בלי להתייחס במפורש לעלות הציות לאסדרה ולכימות עלות הציות, בעוד סעיף קטן 34(ב)(2) לחוק קובע כי יש לכלול בהנחיות גם התייחסות ל"תיאור עלות הציות לאסדרה, והמקרים שבהם נדרש לבצע הערכה של העלות, ואופן ביצועה". מכיוון שכיימות עלות הציות הוא משימה חשובה, אך מאתגרת, ומאחר שיש ניסיון מהעולם לגבי קושי מוגבר מבקורת שיפוטית בעניין זה, הוא מוזכר בעקיפין כחלק מההנחיות שיפורסמו, ולא כחובה ישירה.

שלישית, חלק מהעניינים שיש לכלול בהנחיות שיפרסם כל תאגיד ציבורי מאסדר תתווספו מאחר שסעיף 19 – המורה למאסדרים הממשלתיים לפעול "לאור העקרונות" לאסדרה מיטבית – לא חל על התאגידים הציבוריים המאסדרים. סוגיית התחולה עליהם נדונה בשלב מתקדם בדיוני ועדת החוקה והעלאתה בין היתר שאלות בנוגע ליחס בין סעיף 19 לבין החובה הסטטוטורית שחלה רק על התאגידים הציבוריים המאסדרים לפרסם דו"ח לצד אסדרה חדשה.¹³⁴ על רקע זה, סוכם כי העקרונות לאסדרה מיטבית לא יחולו במישורין על התאגידים הציבוריים המאסדרים, אלא יבואו לידי ביטוי כחלק מההנחיות שיפרסמו התאגידים הציבוריים. כך לדוגמה, יש צורך לכלול בהנחיות שיפרסמו התאגידים הציבוריים, בדומה

134 פרוטוקול ישיבה 95 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (25.10.2021), דברי נציג משרד המשפטים, עו"ד יוסף גדליהו: "בנוגע לעקרונות לאסדרה מיטבית – אנחנו חששנו, בגלל שחלק ניכר מהעקרונות – וגם דיברנו על זה – מופיע בפרק התאגידים הציבוריים – כחובות אופרטיביות שבמסגרת פרסום הדוח הם צריכים להתייחס לאותם דברים [...] חששנו שיהיו שתי חובות מקבילות באותו חוק שהן ברמת עומק ורוחב שונה והצורה שבה הדברים יכולים להתפרש בעתיד [...] זה שונה ביחס לרגולטורים אחרים כי החובה לגביהם אינה ישירות בחוק".

לעקרונות לאסדרה מיטבית (אך בנוסח מסויג לעומת הנוסח של העקרונות בסעיף 2 לחוק), התייחסות לאופן שבו יובאו לידי ביטוי ההשפעות הכלכליות שיהיו לאסדרה; לאופן ביצוע שיתוף ציבור ולשקיפות; להתאמת האסדרה לכללים המקובלים במדינות עם שווקים משמעותיים; לדיגיטציה; ולהשפעה על התחרות.

רביעית, צעד מאזן נוסף למול קביעת החובה לפרסם דו"ח לצד אסדרה חדשה בחקיקה ראשית הוא הפטורים הרחבים יחסית שנקבעו בחוק לצד חובה זו, על מנת שלא לפגוע בעבודה התקינה של התאגידים הציבוריים המאסדרים. חלק מהפטורים שנקבעו בחוק ביחס לתאגידים הציבוריים מאמצים פטורים וחריגים מקבילים שקיימים כיום בהחלטות הממשלה למאסדרים הממשלתיים, כגון במקרה של דחיפות, או אסדרה בעלת השפעות זניחות.¹³⁵ חלק נוסף הוא ייחודי לתאגידים הציבוריים המאסדרים, אבל חל על כולם, כגון אסדרה שנקבעת ברישיונות ופרסום דו"ח לגביה אינו ישים;¹³⁶ וחלק אחר חל על מקצת התאגידים הציבוריים המאסדרים, כגון הפטור במקרה של חשש לפגיעה ביציבות המערכת הפיננסית.¹³⁷ בנוסף, ישנם סעיפי "סל" המאפשרים "לשאוב" את הפטורים שיינתנו למאסדרים ממשלתיים בהחלטות ממשלה או לקבוע פטורים נוספים בתקנות.¹³⁸ כל שנאמר עד כה הוא במישור הסמכת התאגידים הציבוריים לקבוע כי ישנה הצדקה – מאחת העילות שפורטו – שלא לערוך דו"ח מלווה לאסדרה חדשה. לצד האמור, במישור שיקול הדעת, על התאגידים הציבוריים לעשות שימוש זהיר בסמכות האמורה, בשים לב לתכליות הציבוריות החשובות הניצבות ביסוד ההסדר האמור.

חריג נוסף נקבע בנוגע לאסדרה שנקבעת בכללי אתיקה מקצועית. בעניין זה ראוי לציין כי כללי אתיקה של לשכת עורכי הדין, שהיא התאגיד הציבורי היחיד שקובע כללי אתיקה מקצועית, הוחרגו מהגדרת "אסדרה" בהצעת החוק, וזאת מהטעם שלרוב הם מהווים כללי התנהגות רכים באופיים, ובשים לב לכך שהחובה בנוגע לתאגידים הציבוריים נקבעת בחקיקה ראשית, ולכן מרווח שיקול הדעת הקיים בהחלטות ממשלה אינו קיים ביחס אליהם.¹³⁹ לבקשת יו"ר הוועדה הועברה החרגה זו לפרק ד' בחוק העוסק בתאגידים הציבוריים ותחולתה הורחבה ליתר התאגידים הציבוריים המאסדרים.¹⁴⁰

135 ס' 34(ג)(1) לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב-2021.

136 שם, ס' 34(ג)(8).

137 שם, ס' 34(ג)(3).

138 שם, ס' 34(ג)(9)-(10).

139 דברי ההסבר להצעת החוק עקרונות האסדרה, התשפ"א-2021, ה"ח 849, 1131.

140 ראו פרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (14.10.2021) את דברי יו"ר הוועדה גלעד קריב: "לא יותר הגיוני לשים בפרק של התאגידים הציבוריים סעיף תחולה? האם צריך לקחת את כללי אתיקה של לשכת עורכי הדין ולומר שזאת לא אסדרה? אם שומרים על העצמאות של התאגידים הציבוריים, ישמרו גם על הלשכה. רוצים לומר שלעניין כללי אתיקה אין חובת RIA? תאמרו. מה אם מחר יהיה עוד תאגיד ציבורי שיהיו לו כללי אתיקה? תאמרו שכללי אתיקה חייבים בתאגידים ציבוריים בעקרונות האסדרה הכלליים – שקיפות, פרסום, אבל לא חייבים ב-RIA. תעשו שם סעיף תחולה ותורידו את זה מכאן, זה לא מתאים."

חמישית, הסעיף שמחייב את התאגידים הציבוריים לפרסם דו"ח בקביעת אסדרה נחתם בהוראה לפיה "תאגיד ציבורי יקיים בקרה על ביצוע הוראות סעיף זה". כפי שיפורט להלן, לנוכח שיקולי העצמאות של התאגידים הציבוריים מול הממשלה, לא היה מקום להכפפת האסדרה שהם קובעים לביקורת של רשות האסדרה. למעלה מכך, סעיף 39 לחוק קובע במפורש ובאופן כולל כי סמכויות רשות האסדרה לא יהיו נתונות לה לגבי תאגיד ציבורי מאסדר. החלופה המרכזית שנקבעה בחוק לביקורת של רשות האסדרה היא פרסום הדו"חות לצד אסדרה חדשה לציבור. בנוסף לכך, כאמור, החוק מורה כי יוקם מנגנון ביקורת פנימי אצל התאגידים הציבוריים בנוגע ליישום החובה. זאת, כמובן, תוך הכרה בכך שאין לביקורת פנימית מהסוג האמור כדי להוות תחליף מלא לביקורת הנערכת על ידי גוף נפרד כדוגמת רשות האסדרה. זאת ועוד, כפי שמוכר בדברי ההסבר להצעת החוק, אין בהחרגה מן הביקורת של רשות האסדרה וסמכויותיה לפי החוק כדי למנוע מתאגיד ציבורי מאסדר שיחפוץ בכך ליצור קשר וולונטרי עם הרשות לשם קבלת סיוע מקצועי ביישום הוראות החוק.¹⁴¹ אדרבה, מצב זה רצוי ומומלץ ונפוץ גם במבט השוואתי בין-לאומי.

חובה נוספת שהוטלה בפרק ד' על התאגידים הציבוריים המאסדרים היא פרסום תוכנית אסדרה שנתית. חובה זו דומה לפרסום תוכנית האסדרה השנתית של המאסדרים הממשלתיים לפי סעיף 28 לחוק, כאשר השוני העיקרי נובע מעצמאות התאגידים הציבוריים המאסדרים, שבעקבותיו הם נדרשים לפרסם את תוכנית האסדרה השנתית באתר האינטרנט שלהם, ולא להגיש אותה לרשות האסדרה בהתאם להנחיותיה. החיסרון המרכזי במצב זה הוא בהיעדר אחידות מתחיבת בפרסום ונגישות לתוכניות השנתיות של כל המאסדרים במקום אחד. זאת, למשל, בעוד בארצות הברית גוף הפיקוח הרגולטורי (Office of Information and Regulatory Affairs, OIRA) מתכלל גם את התוכניות השנתיות של גופים רגולטוריים עצמאיים ומפרסם אותן במאוחד עם התוכניות השנתיות של יתר המאסדרים, באופן שמגדיל את התועלת שניתן להשיג מעיון בריכוז התוכניות השנתיות. יש לקוות כי התאגידים הציבוריים יאמצו באופן וולונטרי את הפורמט שתגבש רשות האסדרה למאסדרים הממשלתיים, ושהדיווח המפורסם באתר האינטרנט שלהם יעלה במאוחד גם באתר רשות האסדרה.

החובה השלישית שהוטלה על התאגידים הציבוריים בפרק ד' היא לקבוע באסדרה חדשה מועד לבחינתה מחדש. גם בעניין זה נקבעה חובה דומה לזו שהוטלה על המאסדרים הממשלתיים בסעיף 24, בשינויים קלים, כגון משך הזמן הארוך יותר שנקבע למועד הבחינה מחדש לתאגידים הציבוריים, שנקבע כך בין היתר כדי לאפשר את היערכותם לביצוע משימה זו אשר נוספה לגביהם במהלך הדיונים בכנסת.

חובה נוספת שהוטלה על התאגידים הציבוריים נקבעה בפרק ה' העוסק במאגר האסדרה, שחל עליהם ועל מאסדרים ממשלתיים באופן אחיד, וזאת לאור ההבנה כי ניהול המאגר על ידי רשות האסדרה אינו פוגע בעצמאות התאגידים הציבוריים.

לבסוף יצוין, כי חלק מהתחומים שטופלו אצל המאסדרים הממשלתיים בחוק עקרונות האסדרה לא טופלו כלל ביחס לאסדרה שנקבעת על ידי תאגידים ציבוריים מאסדרים. הדברים

141 דברי ההסבר להצעת החוק עקרונות האסדרה, התשפ"א–2021, ה"ח 849, 1160.

אמורים בעיקר בנוגע למנגנוני הבחינה של אסדרה קיימת (ה"מלאי"), שמתבססים בעיקר על החלטות הממשלה ופעילות רשות האסדרה בהתאם לסעיפים 25–27 לחוק. לנוכח עצמאות התאגידים הציבוריים המאסדרים, לא ניתן היה ליישם מנגנונים אלה לגביהם, תוך שלא עוצבו מנגנונים חלופיים שלא משלבים את הממשלה או רשות האסדרה עובר לחקיקה. ברם, יש להזכיר כי מדובר בצעדים הראשונים של התאגידים הציבוריים בתחום הערכת אסדרה, ועם הניסיון העתידי ייתכן שיהיה מקום לשקול קידום צעדים נוספים. בגדרי בחינה עתידית כאמור, יהיה מקום להביא בחשבון את קיומם – או היעדרם – של מאמצים מצידם של התאגידים הציבוריים לטייב אסדרה קיימת ולהפחית את העול העודף.

ד. סוגיות מרכזיות בעיצוב הסדרי החוק העיקריים

1. פיקוח פנים-ממשלתי בצילה של הביקורת השיפוטית

כפי שתואר לעיל, במסגרת המאמץ לטייב את איכות האסדרה השלטונית הלכה וגברה ההכרה בחשיבות הפן המוסדי בכלל ובצורך לעגן מנגנונים מוסדיים לשיפור איכות האסדרה השלטונית, ובאופן קונקרטי, מנגנונים פנים-ממשלתיים המפקחים על איכות תהליכי הערכת השפעות אסדרה המבוצעים על ידי המאסדרים.¹⁴² בהקשר זה נטען כי "עיצוב מסגרת מוסדית הולמת – ובעיקר כינון רגולטור על שיפקח על המאסדרים (רגולטור של המאסדרים)" – הוא כיום חלק בלתי נפרד מהרפורמה הרגולטורית.¹⁴³ ואכן, ברוב רובן של המדינות המשתייכות ל-OECD, במדינות האיחוד האירופי ובמדינות רבות נוספות ברחבי העולם הוקם ROB שבין תפקידיו לרוב פיקוח על דו"חות ה-RIA שעורכים גופי אסדרה שלטוניים לגבי אסדרה חדשה. האמור מהווה ביטוי לתפיסה שלפיה לצד הביקורת החיצונית, השיפוטית והפרלמנטרית, יש חשיבות ניכרת למנגנוני פיקוח המוקמים בתוככי הרשות המבצעת.¹⁴⁴ זאת, בין היתר, על בסיס היכולת לעצב מנגנוני פיקוח הנהנים מיכולות מקצועיות מגוונות, החורגות מפיקוח משפטי או פוליטי; מנגנונים הנהנים ממשאבים ניכרים, המסוגלים כפועל יוצא לבצע פיקוח שיטתי ויזום, ולא רק כפועל יוצא מנקיטת הליכים על ידי צדדים שלישיים; והמבצעים את תפקידם הפיקוחי תוך כדי הליך עיצוב המדיניות השלטוני, ולא רק בדיעבד ובאופן חיצוני לך.¹⁴⁵

בהקשר הנדון, מלאכת האסדרה היא סבוכה ומורכבת, מערבת מומחיות ניכרת, בתחומי ידע שונים, ומחייבת השקעת זמן ומשאבים ניכרים. מהטעם האמור, הביקורת השיפוטית נמנעת ככלל, ובצדק, מלהתערב באסדרה הנקבעת על ידי רשויות אסדרה בעלות מומחיות, ונוקטת גישה של ריסון שיפוטית.¹⁴⁶ זאת, תוך שבתי המשפט נותנים דעתם לפער בין הכשירות

142 ראו רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9.

143 שם, בעמ' 439.

144 לתיאור כללי ראו רויטמן "מבט לתוככי הקופסה השחורה", לעיל ה"ש 110.

145 להרחבה באשר ליתרונות הפיקוח המנהלי-פנימי ראו שם, בעמ' 482.

146 ראו לדוגמה, בג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר (נבו 26.11.2012).

המוסדית היחסית של בתי המשפט לבין העוסקים במלאכת האסדרה ברשות המבצעת.¹⁴⁷ להבדיל, גופי פיקוח פנים-ממשלתיים, בעלי מומחיות בתחום מדיניות האסדרה, יכולים לתת מענה לצורך לפקח במישור המקצועי על גופי האסדרה השלטוניים. כך, בפרט, בשים לב לנטייה המובנית של גופי אסדרה שלטוניים לגישה של "איון סיכונים", להבדיל מגישה של "ניהול סיכונים", וכך להטיה של גופי האסדרה להביא בחשבון בעיקר את האינטרסים הישירים המעוגנים בחקיקה המסמיכה החלה עליהם, תוך שהם אינם נותנים את המשקל הראוי לשיקולים רוחביים, כדוגמת העלות הכרוכה באסדרה השלטונית והמוטלת על המגזר המפוקח. בכל הנוגע לישראל, עובר לחקיקת חוק עקרונות האסדרה היו קיימים כמה מנגנוני פיקוח מנהלי-פנימי שבין תפקידיהם פיקוח על מלאכת עיצוב האסדרה השלטונית. בכל הנוגע לפיקוח תקציבי, מתקיים פיקוח של משרד האוצר, בין היתר מכוח הוראות חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. עם זאת, פיקוח זה מוגבל להוצאה הכספית מתקציב המדינה הנובעת מאסדרה חדשה, בעוד עיקר השפעתה של אסדרה באה לידי ביטוי בעלות הציות (Compliance cost) המוטלת על המגזר המפוקח – היבט שחורג מגדר הפיקוח התקציבי של משרד האוצר. בכל הנוגע לפיקוח משפטי, מתקיים פיקוח של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, לרבות באמצעות היועצים המשפטיים למשרדים ומחלקת ייעוץ וחקיקה שבמשרד המשפטים. עם זאת, פיקוח זה מוגבל לאמות מידה משפטיות, ואינו עוסק בהיבטים רבים של מלאכת האסדרה השלטונית, ובוודאי שאינו ממוקד בפיקוח על איכותה של מלאכת האסדרה השלטונית. לצד מנגנוני פיקוח פנימיים אלו, אגף מדיניות אסדרה במשרד ראש הממשלה שימש מעין "גוף פיקוח רגולטורי". עם זאת, כפי שפורט לעיל, היקף סמכויותיו ואופן תפקודו לא עלו בקנה אחד עם הנורמות והפרקטיקות הבינלאומיות הקיימות בנושא. במסגרת האמור, על אף שבגדרי החלטת הממשלה מס' 4398 נקבע כי האגף יקיים פיקוח "רך" על עריכת דו"חות ההשפעה הרגולטורית על ידי גופי האסדרה השלטוניים, בפועל תפקיד זה כמעט שלא בוצע, ומכל מקום, בשונה מגופים דומים ברחבי העולם, לא פורסמו דו"חות ביקורת שנערכו, ככל שנערכו.¹⁴⁸

על רקע האמור, חוק עקרונות האסדרה מורה כאמור על הקמתה של רשות האסדרה. לצד התפקידים ה"רכים" שהוטלו על הרשות בגדרי סעיף 7 לחוק, נקבע כי לרשות תפקיד פיקוחי והוא "ביצוע" בקרה על תהליכי קביעת אסדרה שביצעו מאסדרים, ובכלל זה, [ייעוץ] למאסדרים לעניין האיכות של תהליכי הערכת השפעות אסדרה שביצעו...". בבסיס קביעה זו מצויה התפיסה – המבוססת על הניסיון הבינלאומי – כי הטמעת החובה לערוך דו"ח הערכת

147 גישה זו מושפעת גם מכתיבתו של ניל קומיסאר ומגישת הניתוח המוסדי ההשוואתי (Comparative Institutional Analysis) המתמקדת בכשירות היחסית של בית המשפט בהשוואה לכשירותה של הרשות המבצעת. ראו החיבור הקלסי: NEIL KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES (1994); NEIL KOMESAR, LAW'S LIMITS: RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS (2001).

148 בדברי ההסבר להצעת החוק עקרונות האסדרה, התשפ"א-2021, ה"ח 849, 1135 הובהר כי "כיום אגף מדיניות רגולציה במשרד ראש הממשלה מבצע הליכי בקרה מסוימים על תהליכי קביעת האסדרה בישראל. ואולם, כפי שעולה מעבודת צוות רגולציה חכמה, היקף פעילות האגף וסמכויותיו אינם נותנים מענה מספק לפערים הקיימים במערכת האסדרה בישראל, ואינם עולים בקנה אחד עם נורמות ופרקטיקות המקובלות במדינות מפותחות רבות".

השפעות אסדרה מחייבת את כינונו של מנגנון בקרה פנים-משלתי, המלווה את התהליך ומבטיח כי היא משרתת את תכליותיו, ולא מהווה "טקס לגיטימציה" בלבד.

מיסוד רשות האסדרה כגוף בקרה מלמד על החשיבות הניכרת שהמחוקק ייחס לאפיק המנהלי-הפנימי, וזאת, מתוך הבנה של היתרונות הגלומים בו, ועל בסיס הפרקטיקה המקובלת בהקשר זה במדינות רבות ברחבי העולם.¹⁴⁹ על רקע האמור, מתעוררת השאלה מהו תפקיד הביקורת השיפוטית ביחס לביקורת המנהלית-הפנימית. שאלה זו ליוותה את הליך חקיקת החוק.¹⁵⁰ התפיסה המגולמת בחוק היא כי יש לתת מעמד בכורה לפיקוח המנהלי-הפנימי, ואילו הביקורת השיפוטית צריכה להישמר להקשרים ספציפיים.¹⁵¹

התפיסה האמורה קיבלה ביטוי בכל הנוגע לשאלת העיגון המשפטי של חובת ה-RIA בגדרי חוק עקרונות האסדרה. כמפורט לעיל, החובה האמורה עוגנה באופן "רך" בגדרי החלטת הממשלה 2118. התעוררה השאלה האם יש לעגנה באופן מפורש במסגרת החוק. השיקולים המרכזיים שנשקלו בהקשר זה היו מידת הגמישות הרצויה לתהליך ה-RIA. חשש עיקרי שהתעורר הוא מפני מעורבות יתר של ביקורת שיפוטית בתהליכי גיבוש האסדרה בממשלה, באופן שעלול לסרב מאוד את תהליך העבודה. חשש נוסף שעלה מהספרות המקצועית הוא שימוש אינסטרומנטלי בביקורת השיפוטית ככלי בידי קבוצות אינטרס המעוניינות לחסום אסדרה חדשה שאינה מיטיבה עמן, למשל באמצעות טענה משפטית שהליך ה-RIA לא נערך כראוי, ובכך למנוע או לעכב רפורמות משמעותיות לקידום תחרות במשק הישראלי או שמירה על אינטרסים ציבוריים אחרים.¹⁵² מצד אחד, התפיסה הייתה כי יש חשיבות בקיומה של ביקורת שיפוטית בכל הנוגע לביקורת על עצם החובה לבצע תהליך RIA; בכל הנוגע לחובה להעביר את טיוטת דו"ח ה-RIA לרשות האסדרה להיוועצות על מנת שתחווה את דעתה ביחס לאיכותה; ובכל הנוגע לחובה לתת את המשקל הראוי להמלצות רשות האסדרה לגבי איכות ה-RIA, בנסיבות שבהן הרשות סברה כי נפל פגם מהותי במלאכת האסדרה השלטונית. אלו תפקידים המצויים בגדרי המומחיות המשפטית. מצד שני, התפיסה הייתה כי ביקורת שיפוטית נרחבת מדי על תוכנה של האסדרה עצמה ועל התוכן של תהליכי ה-RIA אינה רצויה. זאת, בהתחשב בכשירות המוסדית הגבוהה יחסית של גופי הרשות המבצעת לעסוק בסוגיות מקצועיות אלו, לעומת גופי הביקורת השיפוטית.

על רקע כל האמור, נקבע בסעיף 21(א) לחוק כי חובת ההתייעצות עם מליאת הרשות חלה רק לגבי אסדרה "שנדרש לשם קביעתה, לפי החלטות הממשלה, ביצוע תהליך הערכת השפעות אסדרה". במילים אחרות, נמצא כי יש להותיר בידי הממשלה את ההכרעה אימתי יש להחיל חובת עריכת תהליך הערכת השפעות אסדרה ואופן עריכת התהליך האמור. ברוח האמור אף נקבעה הגדרת המונח "תהליך הערכת השפעות אסדרה", שהוספה אגב ההליכים לחקיקת החוק

149 הדברים קיבלו ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק עקרונות האסדרה, התשפ"א-2021, ה"ח 849, 1142 שם הובהר כי "במטרה לשפר את תהליכי העבודה המקצועיים הפנים-משלתיים של גיבוש וקביעת אסדרה ולוודא כי הם נערכים בהלימה לעקרונות האסדרה המיטבית ולמתודולוגיית הערכת השפעה האסורה כפי שנקבעה על ידי הממשלה, מוצע לקבוע חובת התייעצות [עם] מליאת הרשות...".

150 דו"ח צוות רגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5.

151 שם, בעמ' 109.

152 רויטמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 8.

בכנסת. מצד אחד, ההגדרה האמורה קובעת רכיבים שונים שתהליך כאמור מצופה לכלול. מצד שני, נקבע באופן מפורש, כי תהליך כאמור ייעשה "במתכונת, באופן ובהיקף כפי שנקבע בהחלטות הממשלה".

שאלת מעורבות הביקורת השיפוטית עתידה להתעורר כאמור גם בכל הנוגע לביקורת בית המשפט על האופן שבו המאסדרים יתייחסו לחוות דעתה של רשות האסדרה לגבי דו"חות ה-RIA. במישור הדוקטרינה המשפטית, מעמדה של רשות האסדרה הוא כשל מייצג סטטוטורי.¹⁵³ משמעות הדבר היא כי לביקורת השיפוטית יש תפקיד באכיפת חובת המאסדרים להעברת הדו"חות להערכת השפעות האסדרה לביקורתה של רשות האסדרה. אי-העברת דו"ח כאמור לרשות האסדרה מהווה פגם משפטי. בנוסף, מעמדה של רשות האסדרה כמייצג סטטוטורי מחייב לתת משקל להמלצותיה ביחס לדו"חות להערכת השפעות האסדרה. בהקשר זה, החוק מבחין בין עמדתה של הרשות כי נפל פגם בדו"ח כאמור, לבין עמדתה של הרשות כי נפל בדו"ח פגם מהותי. פרסום עמדה באשר לפגם מהותי חייב להתקבל במליאת רשות האסדרה ולאחר שניתנה למאסדר ההודמנות להשמיע את דעתו ביחס לכך. מהאמור נגזר כי דו"ח של רשות האסדרה הקובע כי נפל פגם "רגיל", שאינו מהותי, בדו"ח הערכת השפעות אסדרה, מצוי בשיח הפנימי שבין הרשות לבין המאסדר, ולא אמורה להיות לו נפקות משפטית. בנסיבות אלו, ניתן לראות בדו"ח הרשות משום מנגנון פנים-משלתי המיועד להביא לשיפור דרך פעולת המאסדרים, במסגרת השאיפה לאסדרה מיטבית, וללא מעורבות שיפוטית. לעומת זאת, בנסיבות שבהן מצאה מליאת הרשות כי נפל פגם מהותי בדו"ח כאמור, יש צורך שהמאסדר יצביע על טעם מיוחד ככל שהוא מבקש להתקדם עם האסדרה מבלי לתקן את הפגם המהותי שנפל בהליך קביעתה.

האמור אף עולה בקנה אחד עם החובה המוטלת על רשות האסדרה מכוח הוראות החוק לפרסם לציבור את חוות הדעת הסופית בעניין דו"ח RIA. התפיסה היא כי עד להשלמת חוות הדעת הסופית, השיח שבין רשות האסדרה לבין המאסדר אמור להתקיים כ"שיח פנים-משלתי שיאפשר שיתוף פעולה ומקסום תועלותיה של ביקורת פנימית וחיזוק האמון בין מליאת הרשות לבין המאסדרים שעומדים מבוצע הליך הבקרה".¹⁵⁴ עם השלמת התהליך הפנימי האמור, על הרשות לפרסם את חוות הדעת הסופית לציבור. זאת, "במטרה לקדם עקרונות של שקיפות ואת הזכות למידע...וכן במטרה לאפשר את קיומו של שיח ציבורי על תהליך גיבוש וקביעת האסדרה".¹⁵⁵

2. הקמת רשות אסדרה מקצועית ועצמאית תוך צמצום החשש מפילתה ב"שבי רגולטורי"

סוגיה מרכזית נוספת בתהליך עיצוב ההסדר שבחוק הייתה החשש מפני נפילתה של רשות האסדרה החדשה ב"שבי רגולטורי". כידוע, העיסוק בתופעת השבי הרגולטורי צמח על רקע

153 ברק-ארז, לעיל ה"ש 67, בעמ' 318.

154 דברי ההסבר להצעת החוק עקרונות האסדרה, התשפ"א-2021, בעמ' 1143.

155 שם.

תאוריית הבחירה הציבורית (Public Choice), המצביעה על הנסיבות שבהן האסדרה עלולה להיקבע באופן שמשרת קבוצת אינטרסים במקום את הציבור הרחב.¹⁵⁶ החשש הוא כי מאסדר יהפוך ל"שבוי" – לעיתים באופן בלתי מודע – בידי התעשייה המפוקחת ויקדם את האינטרסים הצרים שלה על חשבון האינטרס הציבורי. זאת, בעקבות תמריץ כלכלי – כגון בשל שאיפה של המאסדר לעבוד לעבוד לאחר מכן בתעשייה ("דלתות מסתובבות"), בשל פערי מידע ומומחיות, חשש לפגיעה במוניטין ואף הזדהות תרבותית עם אנשי התעשייה.

בישראל, החשש מפני שבי רגולטורי הפך ברבות השנים מסוגיה שולית לנושא מרכזי בשיח הציבורי. זאת, ביתר שאת מאז המחאה החברתית של שנת 2011, שהפנתה זרקור לטענות נגד המבנה הריכוזי של המשק הישראלי שהוחזק ברובו בידי מספר קטן של בעלי אינטרס ולהשפעה של האסדרה שמיטיבה עימם על עליית יוקר המחיה.¹⁵⁷ על רקע זה, בשנים האחרונות העיסוק בתופעת השבי הרגולטורי קיבל ביטוי מוגבר גם בפסיקת בית המשפט העליון, שהכיר בכך שקיימים "מקרים בהם קיים חשש שמא המאסדר 'שבוי' בידי הגורם עליו הוא מפקח, ומזדהה עמו ועם מטרותיו. מכאן עולה החשש כי המאסדר יבקש לסייע לגורם זה, למעלה מן הדרוש, מתוך רצון לרצות אותו. התופעה נובעת, בין היתר, מקירבה של המאסדר לשוק המפוקח, ומקשר ארוך טווח שהוא מקיים עם 'השחקנים החוזרים' בשוק זה".¹⁵⁸ בשנים האחרונות, על רקע ההכרה בחשש מפני שבי רגולטורי, סברו שופטי בית המשפט העליון למשל כי אין מקום לתת משקל עודף לפרשנות המאסדר את הוראותיו,¹⁵⁹ כי רצוי שמאסדרים ינסחו בעצמם את עמדותיהם המקצועיות, ולא בדרך של אישור לניסוח מטעם המפוקחים,¹⁶⁰ וכי יש להתייחס בחשדנות לחזקת התקינות המנהלית במקרים שבהם המאסדר מקבל לעיתים קרובות מדי את עמדת המפוקח עד כדי הפיכת גישתו הרגולטורית הבסיסית.¹⁶¹

על רקע המלצות ה-OECD והניסיון העולמי כמתואר, חלק מרכזי בחוק עקרונות האסדרה כלל, כמתואר, הקמת רשות מרכזית אחת המפקחת על כלל המאסדרים הממשלתיים: רשות האסדרה. החשש בהקמת רשות מרכזית שכזו היה, בין היתר, כי רשות האסדרה "תישבה" בידי קבוצת אינטרס צרות.¹⁶² בעוד דרך אפשרית להתמודד עם החשש משבי רגולטורי הוא פיצול סמכויות האסדרה בין גופים שונים שמתחרים זה בזה באופן שמקשה על האפשרות ללכוד את

156 רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9, בעמ' 452; לפירוט ראו מאמרו של רועי שפירא בגיליון זה; להרחבה נוספת ראו DANIEL CARPENTER & DAVID A. MOSS, PREVENTING REGULATORY CAPTURE: SPECIAL INTEREST INFLUENCE AND HOW TO LIMIT IT (2013).

157 דו"ח ועדת טרכטנברג, לעיל ה"ש 57.

158 דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חב' לביטוח בע"מ, פס' 52–59 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 4.7.2021); בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח ישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001).

159 זליגמן, שם.

160 ע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ, פס' 54 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז (נבו 4.2.2020).

161 רע"פ 2841/17 חיפה כימיקלים בע"מ נ' עיריית חיפה (נבו 27.7.2017).

162 רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9.

כולם,¹⁶³ ריכוז סמכויות בידי גוף מרכזי אחד מעורר, לכאורה, חשש מוגבר משבי. זאת, במיוחד כשמדובר בגוף בעל השפעה נרחבת שחולש על כלל מערכת האסדרה השלטונית.¹⁶⁴ החשש מפני הקמת רשות מרכזית לאסדרה שתהפוך שבוייה בידי גופים בעלי אינטרס מהתעשייה עלה בפרט על רקע הניסיון בארצות הברית בהקשר זה. אומנם, בארצות הברית יש מי שטוענים כי החשש לשבי רגולטורי של רשות האסדרה המרכזית שם – OIRA – הוא מזערי, וכי פעולתה אף עשויה לצמצם את הסיכון מפני נפילתם של מאסדרים בשבי.¹⁶⁵ מנגד, לאורך השנים רבים ביקרו את ה-OIRA וטענו שבאמצעותה מתאפשר למגזר העסקי המפוקח להשפיע על עיצוב האסדרה השלטונית לטובתו.¹⁶⁶ כדי להתמודד עם חששות אלו נערכו בעבר שינויים בפרוצדורות המסדירות את פעילות OIRA. במסגרת זו נקבע, לדוגמה, כי רק בעלי תפקידים מסוימים ב-OIRA יוכלו לקבל מידע ולהיפגש עם גורמים חיצוניים; נקבע כי אם נערכת פגישה עם גוף חיצוני, יש להזמין את גוף האסדרה הרלוונטי; הוטלה חובת גילוי לציבור הרחב לגבי עצם קיום הפגישה ולגבי נושאה; והוטלה חובה לפרסם לציבור הרחב מסמכים שהוחלפו בין OIRA לבין גוף האסדרה הרלוונטי.¹⁶⁷

הניסיון מארצות הברית לימד אפוא כי קיים חשש מסוים מפני לכידתו של ה-ROB וכי אחת הדרכים להתמודד עם כך היא באמצעות חובות שקיפות שמסדירות את תהליכי העבודה. מנגד, מדיניות גילוי רחבה מדי עלולה להוביל לחשש של גוף הבקרה מפני ביצוע פעולות שיש בצידן

163 ראו למשל Jean-Jacques Laffont & David Martimort, *Separation of Regulators against Collusive Behavior*, 30 RAND JOURNAL OF ECONOMICS 232 (1999).

164 מנגד, ניתן לטעון כי יש פחות חשש מלכידה של גוף מרכזי שעוסק מעט בסקטורים רבים, בהשוואה לגוף סקטוריאלי שעוסק רבות בסקטור ספציפי ולפיכך מהווה מושא אטרקטיבי יותר ללכידה. הניתוח המלא של החשש משבי רגולטורי של רשות האסדרה חורג מגדרי מאמר זה – להצעה לניתוח מפורט של סוגיה זו ראו מאמרו של שפירא בגיליון זה. ראו גם רויטמן "הרפורמה הרגולטורית", לעיל ה"ש 9, בעמ' 451–454.

165 ראו Michael. A. Livermore & Richard. L. Revesz, *Can executive review help prevent capture?*, in PREVENTING REGULATORY CAPTURE: SPECIAL INTEREST INFLUENCE AND HOW TO LIMIT IT 420 (2013). לטענתם, ה-OIRA לא רק שלא נמצאת בסיכון יתר "להילכד", אלא אף עשויה לצמצם חשש לשבי של הרגולטורים עצמם. זאת, מכיוון שהיא מוסד כללי (ולא סקטוריאלי), שמתאם בין רגולטורים שונים, משתמש במתודולוגיה סדורה הפתוחה לביקורת ציבורית, ולרוב מונהג על ידי יו"ר שאינו מזוהה עם קבוצת אינטרס צרה. לא למותר לציין כי מחבר המאמר, ריקי ריוו, הוא כיום יו"ר ה-OIRA.

166 William D. Ariaza, *Judicial and Legislative Checks on Ex Parte OMB Influence Over Rulemaking*, 54 ADMIN. L. REV. 611, 613 (2002).

167 שם, בעמ' 614; לגישה המצדיקה חובת גילוי רחבה ראו Nina a. Mendelson, *Disclosing "Political" Oversight of Agency Decision Making*, 108 MICH. L. REV. 1127 (2010); יש לציין כי היו שטענו כי אין די באמצעים אלה. כך למשל, בדו"ח חריף שפורסם בשנת 2011 על ידי המרכז לרפורמה פרוגרסיבית (Center for Progressive Reform, CPR) נטען כי OIRA פועלת בחוסר שקיפות וכי מעורבותה בעיצוב האסדרה השלטונית מוטה לטובת אינטרסים של המגזר העסקי. לדוגמה, נטען כי מספר הפגישות שהתקיימו בין פקידי OIRA לבין נציגי התעשייה גדול פי חמישה ממספר הפגישות שהתקיימו עם נציגי החברה האזרחית. גם בכל הנוגע לתוכן החלטותיה של OIRA נטען כי אפשר לזהות הטיה לטובת התעשייה, ובמסגרת זאת – התמקדות בהקלת האסדרה השלטונית והעול הכרוך בה.

ביקורת ציבורית, ואף להוביל ל"שיתוק" עבודתו של גוף הבקרה. בישראל, חשוב לציין, חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 מחייב את כלל הרשויות הציבוריות, ובהן את רשות האסדרה. מכוח חוק חופש המידע תחויב אף הרשות ממילא בחובות שקיפות וחובות דיווחיות רבות, ובכלל זאת החובה לפרסם דו"ח שנתי לציבור.¹⁶⁸ בשנים האחרונות ההנחיה הממשלתית הכללית לרשויות ציבוריות היא להגביר ולעודד פרסום מידע באופן יזום¹⁶⁹ הכולל פרסום יומנים של נבחרי ציבור ואף פקידים בכירים.¹⁷⁰ על רקע זה, ההנחה הייתה כי אכן קיים אינטרס ציבורי בחשיפת מידע על פעילותה של רשות האסדרה, ובכלל זאת בחשיפת מידע כגון זהות הגופים שעומים יו"ר הרשות נפגש.¹⁷¹ לצד זאת, נמצא כי חובות השקיפות הקיימות כיום מכוח חוק חופש המידע מהוות מענה מספק, וניתנה המלצה כי ראוי שהרשות תפעל ככל האפשר כדי לפרסם מידע על פעילותה בצורה יזומה לציבור.¹⁷²

במסגרת הדיונים על הצעת החוק בכנסת, עסקה ועדת החוקה בהרחבה גם בשאלה של מנגנוני השקיפות הנדרשים כאמצעי להתמודד עם החשש האמור מפני שבי רגולטורי. גופים מהמגזר האזרחי ביקשו להוסיף כללי שקיפות מוגברים שיחייבו פרסום יזום של שמות הגורמים שעומים נפגשו ומקורות המידע שעליהם התבססו. הדרישה הייתה כי כללים אלו יחולו הן על רשות האסדרה עצמה, בפרט ביחס לתהליכי RIA שהיא ייעצה לגביהם, והן על המאסדרים עצמם ביחס לגופים ששותפו בתהליך ה-RIA. מנגד, עלה בוועדה חשש כי יצירת חובות שקיפות ייחודיות עלולה לפגוע ביכולתה של רשות האסדרה לפעול בצורה אפקטיבית ככלל הרשויות המנהליות וכי הוספת חובות שקיפות למאסדרים תפגע בגמישות הנדרשת לממשלה בקביעת תוכן תהליך ה-RIA והיקפו. בסופו של יום, במטרה להימנע מהטלת חובות שקיפות ייחודיות על רשות האסדרה, אך לצד זאת לחדד את חשיבותה של השקיפות בעבודתה, הוסיפה ועדת החוקה לחוק את סעיף 22(2) שקובע כי על רשות האסדרה לפרסם הנחיות לעניין אופן ההיוועצות עימה ובכלל זאת "כללים בעניין פרסום הגורמים שבהם הסתייעה הרשות ושעומים הייתה בקשר ממשי לביצוע התהליך...". ביחס למאסדרים עצמם, הוסיפה ועדת החוקה לחוק הגדרה של מהו "תהליך הערכת השפעות אסדרה" (RIA) ובמסגרתו הוגדר כי תהליך זה כולל "במתכונת, באופן ובהיקף כפי שנקבע בהחלטות הממשלה", גם בין שאר (3) שיתוף הציבור, ובכלל זה שקיפות על הליך זה". בכך ביקשה ועדת החוקה לתת ביטוי

168 ס' 5 לחוק חופש המידע, התשנ"א-1998.

169 היחידה לחופש המידע עוסקת בעידוד גופים פרסומיים לפרסם מידע באופן יזום, בהמשך להחלטת ממשלה שהתקבלה בנושא, ראו היחידה הממשלתית לחופש המידע במשרד המשפטים **מסמך עקרונות של צוות המשנה לענייני שקיפות** (2019) <https://tinyurl.com/53bscybu>; להרחבה ראו מאמרה של רבקי דב"ש "חקיקה פסיבית מול מציאות אקטיבית: האם חוק חופש המידע עדיין משרת את מטרתו?" **המשפט** כה 85, 93 (2020).

170 היחידה הממשלתית לחופש המידע במשרד המשפטים **נוהל פרסום יומנים** (26.1.2022) <https://tinyurl.com/mrj6wsuh> קובע אף הוא חובות מפורטות בדבר חשיפת יומני בכירים ואת אופן הדיווח.

171 **דו"ח צוות רגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 56 וכן בעמ' 89.

172 שם, בעמ' 89.

לחשיבותם של מנגנוני שקיפות בעבודת הרשות והמאסדרים, אך לצד זאת להותיר לממשלה גמישות בעניין אופן יישומם.

לצד ההכרה בחשיבות השקיפות בתהליכי העבודה השוטפים של הרשות ככלי לצמצום החשש משבי רגולטורי, קובע החוק חובות שקיפות נוספות שבכוהן להגביר את אחריותיות הרשות כלפי הציבור הרחב. כך למשל, נקבעה בסעיף 30 לחוק חובה מפורטת במיוחד של דיווח לממשלה ולכנסת בדרך של הגשת דו"חות שנתיים. הצעת החוק מלכתחילה קבעה סעיף דיווח מפורט במיוחד אשר הורחב עוד יותר על ידי ועדת החוקה. כמו כן נכללת בחוק חובות פרסום שונות לציבור, כגון החובה בסעיף 21(ו) לפרסם לציבור כל חוות דעת בדבר היועצות שבוצעה עם הרשות לפי הסעיף. חובות אלו נועדו לייצר דיווחיות שתגביר את מחויבות הרשות לציבור הרחב, להבדיל מקבוצות אינטרס צרות, ותבטיח את יכולתם של גופים בחברה האזרחית ובציבור הרחב לקיים ביקורת ציבורית אפקטיבית על פעולת הרשות.

לבסוף, עוצב המבנה המוסדי של רשות האסדרה באופן שנועד אף הוא לצמצם את החשש מפני נפילתה בשבי. בכוונת מכוון, הרשות לא עוצבה כגוף שבראשו פועל יו"ר ותו לא, אלא כמליאה שמורכבת מנציגים שונים ובראשה יו"ר. זאת, הן לאור הרצון המתואר לתת ביטוי לפרספקטיבות שונות בהנהגת הרשות ובבקרה השוטפת על פעולתה כמתואר לעיל, והן בשל השאיפה להקשות על קבוצות אינטרס ללכוד את הנהגת הרשות. זאת, על יסוד התפיסה כי קבוצת אינטרס שתבקש לנסות להשפיע על הרשות לפעול לטובתה תתקשה ללכוד הן נציגי ציבור חיצוניים חברי המליאה, והן נציגים שהם עובדי שירות המדינה עם אתוס מקצועי של אייחלות.

עמדה זו התקבלה על ידי ועדת החוקה, שאף הוסיפה על כך והכפיפה פעולות מסוימות של רשות האסדרה שנתפסו כפעולות רגישות במיוחד – כגון הסמכות של הרשות לפרסם חוות דעת המצביעה על פגם מהותי בתהליך הערכת השפעות האסדרה או אישור; לפרסם הנחיות בדבר אופן ההיוועצות עימה; או לפרסם תוכנית עבודה לבחינת אסדרה קיימת – לאישור על ידי מליאת הרשות.

בכוחם של הסדרים אלו – עיצוב מבנה הרשות כמליאה הכוללת נציגים שונים, הוספת דרישת אחריותיות מורחבת וחובות השקיפות – לצמצם משמעותית את החשש מפני נפילת רשות האסדרה ב"שבי רגולטורי". יתרה מכך, יש לקוות כי ההסדר בכללותו, אשר נועד לחזק את חובת ה-RIA והבקרה, אף יסייע בצמצום החשש מפני שבי של המאסדרים עצמם, שכן הוא מחייב לקבוע אסדרה בתהליך סדור של עבודת מטה מקיפה ושקופה שבמסגרתה נערך שיתוף ציבור מקדים ובסופה הנמקה מפורטת והצגת מכלול הנתונים והשיקולים שהובילו להסדר.

3. החלת החובות שבחוק על תאגידי ציבוריים מאסדרים, לרבות מאסדרים פיננסיים

ככלל, תהליכי הערכת אסדרה מובלים ומתווים על ידי הרשות המבצעת, נקבעים בהחלטות ממשלה, צווים נשיאותיים וכדומה ומפוקחים על ידי רשויות בקרה הממונות על ידי הרשות המבצעת ומשולבות בה.¹⁷³ עקב כך, קיים מתח מובנה בהחלת תהליכי הערכת אסדרה על

173 ראו בדו"ח סקירה משווה חקיקת מסגרת לרגולציה, לעיל ה"ש 14.

גופים מאסדרים בעלי עצמאות מפני הרשות המבצעת ובקרה עליהם. מצד אחד, ישנו רצון להחיל תהליכים אלה על מאסדרים עצמאיים לאור הפוטנציאל לשיפור איכות האסדרה שהם קובעים, ועל מנת לצמצם את החריגים מהמדיניות הרשמית המקשים על פיתוח גישה קוהרנטית ואחידה לאסדרה.¹⁷⁴ מצד שני, קיים חשש כי הכפפתם לרשות המבצעת המובילה ומתווה תהליכים אלה, תעניק לה סמכות פוטנציאלית להשפיע על הליכי קביעת אסדרה של המאסדרים העצמאיים או לעכבם, באופן שעלול לפגוע בעצמאותם.

מודל המאסדרים העצמאיים נפוץ והתפתח ברחבי העולם בעיקר בחצי המאה הקודמת, כאשר היקף המאסדרים העצמאיים ומידת העצמאות המוקנית להם משתנים ממדינה למדינה. עצמאותם יכולה לבוא לידי ביטוי במגוון דרכים, ובכלל זה: מבנה מוסדי, בדגש על הגדרתם כאישיות משפטית נפרדת מהרשות המבצעת; ניהול עצמי של הליכי מינוי נושאי משרה והגנות מפני הפסקת כהונה; ניהול עצמאי של תקציב נפרד; והחזקת רשות אכיפה עצמאית.¹⁷⁵ ברם, התכונה העיקרית של מאסדרים אלה, המשותפת לכולם, היא שהם מבודדים במידה מסוימת מהשליטה הפוליטית שמפגינה הרשות המבצעת.¹⁷⁶

בישראל ניתן לזהות גופים מאסדרים בעלי מאפייני עצמאות שונים, ובראשם את אלה שפועלים כתאגידים ציבוריים.¹⁷⁷ תאגידים אלה הם חלק מהמגזר הציבורי בישראל, אולם הם בעלי אישיות משפטית נפרדת מזו של המדינה. הם ממלאים תפקידים ציבוריים מגוונים, הנקבעים בחוק המקים אותם או בחוקים אחרים, וחלקם בעלי תפקיד אסדרתי וסמכויות אסדרה.¹⁷⁸ מרבית התאגידים הציבוריים המאסדרים הוקמו בדרך זו על מנת לאפשר להם

174 ראו גם המלצות ה־OECD בעניין צמצום החריגים והפטורים מהתחולה הכללית של דרישת RIA ביחס לאסדרה שלטונית: OECD, Best Practice Principles for Regulatory Impact Analysis (2019). גישה שזכתה לכינוי whole of government approach.

175 Marshall Breger & Gary Edles, *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, 52 ADMIN. L. REV. 1111, 1135–1154 (2000).

176 Vivian S. Chu & Daniel T. Shedd, *Presidential Review of Independent Regulatory Commission Rulemaking: Legal Issues*, UNT DIGITAL LIBRARY (Sept. 10, 2012) <https://tinyurl.com/4f3bf8sz>. לתפיסה אחרת שרואה את מידת העצמאות הרגולטורית כספקטרום המושפע מקריטריונים שונים, ראו לעניין קריטריונים פורמליים לעצמאות רגולטורית קריטריונים בלתי פורמליים לעצמאות רגולטורית FABRIZIO GILARDI, DELEGATION IN THE REGULATORY STATE (2008); וכן ראו לעניין MARTINO MAGGETTI, REGULATION IN DE-FACTO INDEPENDENCE OF REGULATORY AGENCIES (2012). מחקרי המשך בחנו את היחס שבין העצמאות הפורמלית לעצמאות "דה פקטו" ועמדו על כך שלעצמאות הפורמלית עשויה להיות השפעה על זו המעשית, אך שהיא אינה גורם הכרחי או מספק (Chris Hanretty & Christel Koop, *Shall the Law Set Them Free? The Formal and Actual Independence of Regulatory Agencies*, 7 REGULATION & GOVERNANCE 195 (2013)). עוד נטען כי העצמאות המעשית של הרגולטורים נקבעת גם על ידי קיומן של מוסכמות חברתיות של אי־התערבות בפעולתה של הרשות (Adrian Vermeule, *Conventions of Agency Independence* (2013) 113 COLUM. L. REV. 1163).

177 התאגידים הציבוריים מוכרים בשמות שונים בחקיקה ובספרות, ובהם "תאגיד סטטוטורי", "רשות סטטוטורית" ו"תאגיד שהוקם בחוק". בישראל פועלים למעלה מ־50 תאגידים ציבוריים, ובכללם מספר לא רב של תאגידים שמוסמכים ליזום או לקבוע אסדרה (להערכתנו בין 10 ל־20 תאגידים).

178 דברי הסבר לתזכיר חוק התאגידים הציבוריים, התשע"ג–2013.

לפעול תוך ריחוק ועצמאות מסוימים מהמשלה, ולפיכך הם אינם משולבים לחלוטין במבנה הארגוני שלה.¹⁷⁹ בנוסף לכך, עצמאות חלקם חיונית אף בראי הסטנדרטים הבינלאומיים בתחומם והיא עומדת לביקורת מצד גופים בינלאומיים רלוונטיים ומשפיעים, כגון העצמאות של הפיקוח על הבנקים, רשות ניירות ערך ורשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון הנבחנת על ידי הבנק העולמי, קרן המטבע העולמית וה-OECD.¹⁸⁰

במצב הדברים שקדם לחוק עקרונות האסדרה, הוחרגו מהחובות והתהליכים הקשורים לגישת הרגולציה המיטבית מאסדרים הפועלים כתאגידים ציבוריים וכן רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון.¹⁸¹ בהחלטת הממשלה מס' 2118 צוין כי היא לא תחול על תאגידים סטטוטוריים, על אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר "ועל האסדרה בתחומם". לצד זאת, נרשמה בהחלטה הודעת הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון כי האגף (במתכונת דאז) יאמץ באופן וולונטרי תהליך מקביל ברוח החלטה וידווח על כך לממשלה.¹⁸² בנוסף, צוינה פניית הממשלה לתאגידים הציבוריים על מנת שישקלו לבצע תהליכים מקבילים, לאור החשיבות שהממשלה מייחסת להם.

במהלך העבודה לגיבוש חוק עקרונות האסדרה, ובין היתר על רקע תגובות שהתקבלו בתהליך שיתוף הציבור,¹⁸³ התעוררו שאלות טעונות אם וכיצד יש לשלב מנגנונים לשיפור

179 על החשיבות הטמונה ביסוד עצמאות התאגידים הציבוריים ניתן ללמוד גם מהקמת גופים מקבילים במדינות המפותחות. בעניין זה ראו לדוגמה: Law Reform Commission of Canada, Report on Independent Administrative Agencies: Framework for Decisionmaking 5 (1985) <https://tinyurl.com/2a5nxt5b>; A. Michael Froomkin, *Reinventing the Government Corporation*, ILLINOIS L. REV. 560 (1995).

180 ראו פרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 140.

181 בהחלטה 4027 של הממשלה ה-32 "ייעול ושיפור הרגולציה הממשלתית – המשך דיון" (25.12.2011) נקבע כי היא לא חלה על המאסדרים הפיננסיים, וכי נוסח החוק שיקודם בנושא יתואם עימם. בהחלטת הממשלה 708 נקבע כי היא לא תחול על התאגידים הציבוריים המאסדרים, והוטל על מנכ"ל משרד ראש הממשלה לפנות אליהם כדי ש"ישקלו לבצע תהליכים מקבילים". בנוגע לרשות שוק ההון נקבע בס' 3 להחלטה 4027 כי "תיבחן כחלק מתכנית הטיוב החלה של החלטה זו על הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר, בשים לב לאי החלטה של החלטה זו על יתר הרגולטורים הפיננסיים שהינם תאגידים סטטוטוריים".

182 תאגידים ציבוריים, ובכלל זה בנק ישראל ורשות ניירות ערך, ככלל אינם כפופים להחלטות ממשלה, אולם רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון היא רשות עצמאית פנים-ממשלתית באחריות שר האוצר, ואינה תאגיד ציבורי. בין היתר, ראו ס' 1 ו-11 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981. לכן, נדרש היה להחריגה במפורש בהחלטות.

183 עם הגופים שעסקו בנושא ניתן למנות את עמותת רווח נקי, המכון הישראלי לתכנון כלכלי, לובי 99, פורום קהלת, איגוד לשכות המסחר, התאחדות התעשיינים והמרכז להעצמת האזרח. עיקר הטענות ותשומת הלב הציבורית הופנו כלפי הרגולטורים הפיננסיים. בכלל זה, נטען, כי הם זכו ל"פטור" לא מוצדק מתהליכי הערכת אסדרה; כי הרגולציות שנקבעות על ידם הן בעלות השפעה משמעותית על המשק, ולכן בייחוד לגביהן ראוי להתוות ערובה דיונית לכך שמתקבלות ההחלטות הנכונות; וכי ביזוריות הפיקוח על המערכת הפיננסית בין הרגולטורים הפיננסיים גורמת לכשלי תיאום, ארביטראז' רגולטורי והיעדר ראייה רוחבית של השלכות האסדרה, באופן שמצריך שיפור ובקרה. בנוסף נטען, כי חרף הודעת הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון שנרשמה בהחלטה 2118 של הממשלה ה-33, לעיל ה"ש 27, בדבר ביצוע תהליכים מקבילים ל-RIA, הדבר לא נעשה בפועל ולמצער לא פורסם לעיון הציבור, ובהתחשב בחלק בהחלטה

הליכי קביעת אסדרה המבוצעים על ידי מאסדרים שהם תאגידים ציבוריים ומאסדרים עצמאיים אחרים, וכן אם להכפיפם לרשות האסדרה שתוקם. זאת, למול החשש כי הכפפתם למנגנונים אלה תגרום לפגיעה בעצמאותם, במעמדם וביכולתם לשקול שיקולים מקצועיים שבבסיס תכליות הפיקוח שלהם.

לאחר בחינה ודין ודברים עם התאגידים הציבוריים המאסדרים, הוחלט לעצב ביחס לתאגידים הציבוריים המאסדרים הסדר ייעודי ונפרד מהמאסדרים הממשלתיים במסגרת החוק, שיביא לידי ביטוי את עצמאותם ויכיר בכך שזוהי הפעם הראשונה שהם נדרשים לעסוק בתהליכי הערכת אסדרה בשונה מהמאסדרים.¹⁸⁴ הסדר זה מתבסס במידה רבה גם על הנעשה בארצות הברית ובבריטניה בנוגע לגופים עם מאפיינים דומים, כפי שיפורט להלן.

ליבת ההסדר היא שילוב התאגידים הציבוריים המאסדרים לראשונה בתהליכי הערכת אסדרה בקביעת אסדרה חדשה. בהקשר זה, הוחלט לקבוע הוראה ייעודית בחקיקה שלפיה הם יפרסמו לצד אסדרה חדשה שבכוונתם לקבוע דו"ח שישקף את התהליך שבוצע לבחינת השפעותיה הצפויות. בנוסף, וכתחליף לחובת ה-RIA הממשלתית הכוללת כמה סעיפים ומפורשת בהנחיות רשות האסדרה, הוחלט לקבוע בחוק מספר מצומצם של פריטי מידע שייכללו בדו"חות שיפורסמו, וכן לקבוע שעל התאגידים הציבוריים המאסדרים ליצור ולפרסם מדריך עצמאי לעניין אופן פרסום הדו"חות ותוכנם.

הסדר זה נועד להתוות את שביל הזהב בין שתי החלופות המרכזיות האחרות שנשקלו ונדרחו: האחת, החלת חובה לזו שהוטלה על המאסדרים הממשלתיים ובאותו אופן שהיא חלה עליהם, וזאת משום שאופי החובה ותוכנה ייקבעו כאמור בהחלטות ממשלה ויפורשו בהתאם להנחיות רשות האסדרה, מה שהיה מכפיף דה פקטו את התאגידים הציבוריים המאסדרים להחלטות הממשלה ולרשות האסדרה. השנייה, החרטה מלאה של תאגידים ציבוריים מאסדרים מהחוק, בין אם באופן שלא יידרשו לבצע RIA או תהליכים דומים כלל,

שעוסק בצמצום הנטל הרגולטורי נטען כי "היקפי הרגולציה של רשות שוק ההון לא רק שלא פחתו, אלא אף עלו משמעותית".

184 ראו פרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 140, דברי נציג משרד המשפטים, עו"ד יוסף גדליהו: "אתייחס בקצרה לשלוש נקודות שהן נקודות המוצא שלנו בסעיף הזה [...] כיום, רגולטורים שהם תאגידים ציבוריים, לא כפופים לעולם ה-RIA [...] נעשה פה הצעד הראשון שמכניס אותם לתוך העולם של בחינת רגולציה, שהרגולטורים הפנים-ממשלתיים, צריך להגיד, נמצאים בו כבר שבע שנים. מהבחינה הזו אנחנו חושבים כנקודת מוצא שהסדר צריך להיות מכוון לאיזושהו תהליך הדרגתי שלא דווקא מכיל את כל ההוראות שכרגע מוחלות על הרגולטורים הפנים-ממשלתיים, ועושה את זה יותר בזהירות. הנקודה השנייה שהיא חשובה יותר בעינינו, היא שבנוגע לתאגידים הציבוריים, אנחנו עושים את מה שמלכתחילה לא כל כך רצינו לעשות לגבי [מאסדרים] ממשלתיים [...] העיגון בחוק הוא חזק יותר, הוא מעורר חשש משמעותי מאיזושהי ביקורת חיצונית, ולכן מלכתחילה החובות נוספו בצורה יותר מופשטת, רכה, וקבענו לצדן גם פטורים שהם יחסית יותר רחבים [...]. הנקודה השלישית [...] היא שהמודל הזה של קביעה בחוק ביחס לתאגידים עצמאיים זה מודל שאנחנו שאבנו מהמדינות שפה בוועדה מקבלות את הכינוי א' רב', ארצות הברית ובריטניה [...] צריך להגיד ששם החובה בחקיקה נקבעה באופן הרבה יותר מצומצם [...] פה אנחנו הולכים על חובה שהיא הרבה יותר קונקרטית, היא הרבה יותר מפורטת כי כן רצינו לתת איזו קונקרטיות. מצד שני, האיזון שעשינו היה רמת הפשטה אחת מעל".

ובין אם תוך עידודם לאמץ תהליכים כאלה באופן וולונטרי, וזאת משום שלא נמצאה הצדקה להחרגה מלאה כזאת והניסיון מלמד על מגבלות התחולה הוולונטרית.

הסדר דומה אומץ גם בארצות הברית ובבריטניה ביחס למאסדרים עצמאיים, ובפרט ביחס למאסדרים הפיננסיים. בארצות הברית, הצו הנשיאותי המרכזי שקבע את חובת תהליכי הערכת האסדרה מחריג את הרשויות הפדרליות העצמאיות.¹⁸⁵ עם זאת, חלק מהמאסדרים העצמאיים, ובפרט המאסדרים הפיננסיים, כפופים לדברי חקיקה ספציפיים המטילים עליהם חובות מסוימות בנוגע לאופן קביעת אסדרה וניהול מלאי האסדרה, וכן לשיקולים שעליהם לשקול וניתוחים שעליהם לבצע בקביעת אסדרה.¹⁸⁶ לאורך השנים, ועל רקע ביקורת שיפוטית משמעותית על יישום חובות אלה על ידי המאסדרים העצמאיים, התרחש תהליך הדרגתי שבמסגרתו הם החלו לבצע תהליכים בקביעת אסדרה חדשה, המקבילים באופיים לתהליכים שנדרשים לבצע המאסדרים הכפופים לצו הנשיאותי ולגוף הבקרה (OIRA). מקרה ראוי לציון בהקשר זה הוא של רשות ניירות הערך האמריקאית (SEC), שלאחר ביקורת שיפוטית שהביאה לפסילת אסדרה שקבעה,¹⁸⁷ אימצה בשנת 2012 מדריך עצמי המתווה את תהליך העבודה הפנימי שלה בהערכת השפעות אסדרה ומפרט בין היתר את השיקולים שיש לשקול בתהליך זה ולשקף לציבור בעת פרסום אסדרה חדשה.¹⁸⁸ במידה רבה אימץ המדריך את עקרונות ניתוח העלות-תועלת באסדרה (CBA) שפורטו בצו הנשיאותי ממנו הוחרגה כאמור.¹⁸⁹ בבריטניה, ישנה הוראת חוק ספציפית המורה למאסדרים הפיננסיים (הנחשבים לעצמאיים מהממשלה) להתחשב ב"עקרונות רגולטוריים" הקבועים באותו חוק¹⁹⁰ ולפרסם לציבור ניתוח עלות-תועלת של אסדרה לפני קביעתה, והסבר כיצד קביעתה תואמת את

- 185 ראו Exec. Order No. 12,866, 58 F.R. §§3-4 (1993) לסקירה היסטורית של ההחרגה והוויכוח הציבורי ארוך השנים בעניינה, שהוביל גם לניסיונות לא מוצלחים לבטלה, ראו Bridget C. E. Dooling, *Bespoke Regulatory Review*, 81 OHIO ST. L.J. 673, 699–707 (2020).
- 186 לסקירת החקיקה הרלוונטית ראו Hester Peirce, *Economic Analysis by Federal Financial Regulators*, 9 J. OF LAW, ECON & POLICY 569, 575–576 (2013); Maeve Carey, *Cost-Benefit & Other Analysis Requirements in the Rulemaking Process*, CRS Report R41974 (2014); Jane A. Lewis & Maeve Carey, *Cost-Benefit Analysis and Financial Regulator Rulemaking*, CRS Report No. R44813 (2017).
- 187 *Business Roundtable v. Securities and Exchange Commission*, 647 F.3d 1144 (D.C. Cir. 2011).
- 188 EC, *Guidance on Economic Analysis in SEC Rulemaking* (2012), <https://tinyurl.com/bdfkh8jb>.
- 189 כך למשל, התהליך שקובע המדריך משנת 2012 מורכב מארבעה רכיבים עיקריים כדלקמן: (1) הצהרה המבהירה את נחיצות הכלל (כגון כשלי שוק, החצנות שליליות, בעיות נציג ועוד); (2) הערכה כיצד ישתנה המצב לאחר שהכלל יכנס לתוקפו למול נקודת הייחוס קודם לקביעתו, ומהן השפעותיו הצפויות; (3) זיהוי ובחינת חלופות ממשיות; (4) ניתוח עלות-תועלת של הכלל והחלופות.
- 190 "Regulatory: Financial Services and Markets Act 2000, c. 8, §B3 (U.K.) (FMSA) principles to be applied by both regulators"

העקרונות הרגולטוריים האמורים.¹⁹¹ גם בבריטניה המאסדר לתחום ניירות הערך (ה-FCA), פרסם מדריך המתווה את המדיניות שלו ביחס לניתוח עלות-תועלת שהוא נדרש לעשות, והוא מעדכן אותו מעת לעת.¹⁹² למעשה, המודל שאומץ בחוק עקרונות האסדרה ביחס לתאגידים ציבוריים מאסדרים מבוסס במידה רבה על החקיקה הבריטית בנוגע למאסדרים הפיננסיים, אך הוא עוגן בחוק באופן מעט יותר מרחיב וקונקרטי.

באשר לכפיפות לרשות האסדרה, הוחלט שלא להחיל את סמכויות רשות האסדרה ביחס לתאגידים הציבוריים המאסדרים, ואף להחריגם במפורש מהן במסגרת החוק,¹⁹³ וזאת על מנת שלא לפגוע בעצמאותם ולנוכח החששות והטעמים המנויים לעיל. כתחליף מסוים לבקרה של רשות האסדרה, נקבע כי תהליכי הערכת השפעות האסדרה בקביעת אסדרה חדשה ישוקפו בדו"ח האמור שיפורסם באופן שיאפשר ביקורת ציבורית, תקשורתית ופרלמנטרית. המנגנון של פרסום דו"ח לציבור אינו מעורר חשש ישיר לפגיעה בעצמאות המאסדרים הפיננסיים מצד אחד, ומאפשר בקרה מינימלית על תהליך קביעת האסדרה מצד שני, אף בשים לב למגבלותיה. בנוסף, נקבע בחוק כי תאגיד ציבורי "יקיים מנגנון לבקרה" על ביצוע הוראות החוק הנוגעות לפרסום דו"ח בקביעת אסדרה. כלומר, שהתאגידים הציבוריים המאסדרים נדרשים למסד סוג של מנגנון פנים-רשותי שיבצע בקרה על תהליכי קביעת האסדרה שלהם, לרבות בעניין שימוש בפטורים מפרסום דו"ח שנקבעו בחוק, אשר יחליף את רשות האסדרה וישפר את תהליכי קביעת האסדרה ואיכותה. בשים לב לגיוון ולשונות במאפייני התאגידים הציבוריים המאסדרים ופעילותם, לא נקבע מנגנון אחיד שיפעל באופן זהה בכלם. לכאורה, ובין היתר במבט השוואתי בין-לאומי, ניתן להציע כמה מנגנוני בקרה אפשריים, ובכלל זה, גורם בכיר בתאגיד הציבורי שלא עסק במישרין בעיצוב האסדרה (כאשר אפשר שרמת הבכירות תשתנה בהתאם להיקף ההשפעות של האסדרה), מבקר התאגיד הציבורי או יועץ חיצוני המומחה בתחום פעילות התאגיד הציבורי או בתחום מדיניות אסדרה.¹⁹⁴ הפעלת מנגנון בקרה פנימי היא בעלת פוטנציאל לשיפור איכות תהליכי קביעת האסדרה בתאגידים הציבוריים, וייתכן שאף לצמצום

191 כך למשל, ביחס ל-Financial Conduct Authority (FCA), המחזיקה בסמכויות ובתפקידים מקבילים לאלה של רשות ניירות ערך הישראלית, נקבע הסדר שם, בס' 138I. הוראות דומות מופיעות שם, בס' J138 ביחס ל-Prudential Regulation Authority (PRA), הכפופה ל-Bank of England ומפקחת על הגופים המוסדיים, הבנקים ותאגידי האשראי בממלכה, בין היתר בהיבטי יציבות וניהול סיכונים, באופן בר השוואה לפיקוח על הבנקים בבנק ישראל.

192 FCA, How We Analyse the Costs and Benefits of Our Policies (2018), <https://tinyurl.com/yhj2sba6>.

193 ס' 39 לחוק עקרונות האסדרה, קובע כי "סמכויות הממשלה או מליאת הרשות לפי חוק זה לא יהיו נתונות להן לגבי תאגיד ציבורי".

194 ראו בפרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 117, דברי נציג משרד המשפטים, עו"ד יוסף גדליהו: "אנחנו חשבנו שנכון שתהיה בקרה שהגוף יסדיר לעצמו. כן התקשינו לייצר מודל אחד של מנגנון בקרה, כי בחלק מהמקומות ביחס לתאגידים הציבוריים יש מעין מועצת תאגיד, שהיא הגוף המפקח, והיא בדרך כלל מפקחת על התהליכים האלה. בחלק אחר זה נעשה ברמת מבקר על התאגיד, ולכן לא רצינו לנקוב כאן באופן ספציפי באיזה מנגנון בקרה זה יהיה. ברגע שהחובה הזו נמצאת בחוק, מן הסתם, יהיה צורך ליצוק לתוכה תוכן ואנחנו מניחים שכלל שתהליך הבקרה יהיה יותר משמעותי, זה יוכל לסייע אחרי זה בבקרה חיצונית".

חשיפתם בפני ביקורת שיפוטית, בפרט ככל שתהליכי הבקרה הפנימית יהיו איכותיים יותר.¹⁹⁵ לבסוף, יצוין כי הגם שהתאגידים הציבוריים המאסדרים הוחרגו במפורש בחוק מכל סמכויות רשות האסדרה שתוקם, אין מניעה, ואף רצוי, כי הרשות בהיותה גורם מקצועי לתחום מדיניות האסדרה תסייע להם באופן וולונטרי (מצידה ומצידם) ולפי הסכמה כדי לקדם את עמידתם בהוראות החוק החלות עליהם. ישנם תקדימים להסכמים מסוג זה שנחתמו בין המאסדרים העצמאיים בארה"ב ל-OIRA.¹⁹⁶ מאז הקמת רשות האסדרה ניתן לזהות צעדים יזומים שהרשות עשתה ליצירת קשר עם התאגידים הציבוריים המאסדרים ועל מנת לסייע להם ביישום חוק עקרונות האסדרה.

סוגיה מרכזית נפרדת ביחס לתחולת החוק על תאגידים ציבוריים מאסדרים הייתה כפיפותם לחובות הנוספות שנקבעו בחוק ביחס למאסדרים הממשלתיים. בסוף תהליך החקיקה, חלק הארי של חובות אלה – ובפרט החובה לפרסם תוכנית אסדרה שנתית, לקבוע הוראות בעניין בחינה של האסדרה בדיעבד ולפרסם אסדרה במאגר האסדרה – הוחל בחוק גם על תאגידים ציבוריים מאסדרים, לעיתים בשינויים מסוימים שנסקרו לעיל. חלק מהשינויים האמורים נועד להתמודד עם העובדה שמבחינת התאגידים הציבוריים המאסדרים מדובר בצעדים ראשוניים בתהליכי הערכת אסדרה, ולפיכך נדרש להם זמן נוסף להיערכות (כגון ההוראה כי יוכלו לבחון בדיעבד אסדרה במרווח שנים גדול יותר מהמאסדרים הממשלתיים);¹⁹⁷ וחלק נוסף נועד לשמר את עצמאותם למול רשות האסדרה (כדוגמת ההוראה כי יפרסמו את תוכנית האסדרה השנתית באופן עצמאי באתר האינטרנט שלהם ללא תלות ברשות האסדרה).¹⁹⁸ ביחס להוראות החוק החלות על מאסדרים שהם תאגידים ציבוריים, נעשו שינויים מהותיים במסגרת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. אומנם יו"ר הוועדה ורוב חבריה הסכימו על חשיבות השמירה על עצמאות התאגידים הציבוריים,¹⁹⁹ אולם הם דרשו להסיר את הגדרת

195 יש להניח כי ככל שהבקרה הפנימית תהיה משמעותית יותר, יצטמצם המקום לביקורת שיפוטית בעניין תהליך קביעת האסדרה. לניתוח בנושא השפעת היעדר בקרה של גוף הבקרה על אסדרה בארצות הברית (OIRA) על רגולטורים עצמאיים שם ראו Dooling, לעיל ה"ש 185; בין היתר, המחבר רואה בהיעדר בקרה של OIRA עמדת נחיתות של הרגולטורים העצמאיים לעומת הרגולטורים שכפופים אליה, וזאת בשים לב לעלייה במידת הביקורת השיפוטית על קביעת אסדרה.

196 Dooling, שם, בעמ' 707–713: דולינג מציע לעודד הגעה להסכמים שיאפשרו בקרה וולונטרית של OIRA על אסדרה של מאסדרים עצמאיים בארצות הברית, בין היתר ככלי להתמודדות עם החשש מביקורת שיפוטית מוגברת בהיעדר בקרה כזו.

197 ראו פרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 117, בעמ' 192–193; ופרוטוקול ישיבה 95 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 134, בעמ' 24.

198 כמובן שאין בכך כדי למנוע מרשות האסדרה לפרסם את תוכנית האסדרה השנתית של הרגולטורים שהם תאגידים ציבוריים גם באתר האינטרנט שלה, ביחד עם התוכניות השנתיות של יתר הרגולטורים, וכך ליצור נגישות לציבור שיוכל לעיין במרוכז בתוכניות השנתיות של כלל הרגולטורים במקום אחד.

199 ראו פרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 140, דברי יו"ר הוועדה, ח"כ גלעד קריב: "על רוב חברי הוועדה מקובל שהחוק הזה לא יכול לכרסם בעצמאות של הגופים שהמחוקק בכוונת מכוון העניק להם סוג של עצמאות וצמצום שליטה ישירה של משרד האוצר. זו לא המטרה של החוק הזה, אנחנו לא נלך לשם. יש פה שאלה שלא צריכה להיפתר על ידי ה-ROB

"מאסדר פיננסי" ולהתבסס על הגדרת "תאגיד ציבורי מאסדר" תוך קביעת הוראת שעה בלבד ביחס לרשות שוק ההון,²⁰⁰ וכן עמדו על שינויים שכללו בין היתר התאמות מסוימות של החובות החלות על התאגידים הציבוריים המאסדרים לחובות החלות על מאסדרים ממשלתיים.²⁰¹ כמו כן, לאורך כל תהליך החקיקה, השאיפה הייתה ליצור ולקדם הסדר מאוזן אשר יוביל את התאגידים הציבוריים המאסדרים כברת דרך לשיפור איכות האסדרה, וביחד עם זאת לא יפגע ביכולתם לקבוע אסדרה אפקטיבית ולא יגרע מעצמאותם. איזון זה בא לידי ביטוי בנוסח שהתגבש בהצעת החוק שהונחה לקריאה ראשונה, והיה צורך לשמר אותו גם במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בין היתר בעקבות דעות משתתפים רבים שקראו לטשטש את ההבחנות בין תאגידים ציבוריים מאסדרים למאסדרים הממשלתיים.²⁰² החוק, כך נדמה, משמר את האיזונים המהותיים שבאו לידי ביטוי בהצעת החוק, ומכאן הדברים נתונים למבחן היישום.

ה. סיכום ומבט לעתיד

בגדרי מאמר זה הוצג המהלך להטמעת גישת האסדרה המיטבית בישראל, מהלך ששינה באופן מהותי את תהליכי קבלת ההחלטות בתחום האסדרה בישראל.²⁰³ חקיקת חוק עקרונות האסדרה הצעידה את מדינת ישראל צעד נוסף קדימה, שיש בו כדי להעמיד את ישראל בשורה אחת עם המדינות המובילות בתחום מדיניות האסדרה. בגדרי המאמר ביקשנו להציג את הרקע לחקיקתו של חוק משמעותי זה, את עיקרי ההסדרים המעוגנים בגדרו, את התכליות שההסדרים המעוגנים בחוק מבקשים לשרת וכן סוגיות ודילמות מרכזיות בתהליך גיבושו.

הממשלתי, כי המחוקק כאן, בבית הזה, עשה מהלך שהרחיק את הגופים האלה מהמנגנון הממשלתי הרגיל".

200 ראו לדוגמה שם, בעמ' 42–45; פרוטוקול ישיבה 95 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 134, בעמ' 20.

201 ראו פרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 117, בעמ' 132, 144–147; פרוטוקול ישיבה 95 של ועדת החוקה, שם, בעמ' 22–25.

202 ראו לדוגמה פרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 140, דברי נציגת איגוד החברות הציבוריות גב' ענת פילצור סומך: "ההחלטה של המאסדרים הפיננסיים היא לא פחות משערורייה גם בהיבט של הגדרה של מאסדר פיננסי וגם ב-capacity של תאגיד ציבורי [...] ההצעה היא פשוט לבטל את ההגדרה של מאסדר פיננסי, להכפיף את כל הרגולטורים הפיננסיים בדיוק למה שכפופים רגולטורים אחרים"; דברי נציג פורום קהלת מר יצחק קליין, פרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 117: "אני חושב שהנושא של העצמאות של הרגולטורים הפיננסיים, לפחות כמאסדרים על הציבור, היא סוג של פרה קדושה שלא כל כך ברור מה באמת התועלת בה [...] לו יישמע קולי, אני הייתי מוחק את פרק ד' ואת סעיף 40 ומכפיף את הרגולטורים הפיננסיים בכל התפקידים הרגולטוריים שלהם לביקורת הרשות"; דברי נציג איגוד לשכות המסחר עו"ד שלומי לריה: "אנחנו מצטרפים לעמדה שחושבת שלא צריך שיהיו כאן בנים חורגים או מועדפים, וצריך להכניס גם את רשויות הרגולציה הפיננסיות אל תוך החוק" (שם); כמו כן, ראו דברי ח"כ יריב לויין וח"כ יואב קיש, בפרוטוקול ישיבה 97 של ועדת החוקה, לעיל ה"ש 102.

203 השוו רויתמן "המשפט המנהלי", לעיל ה"ש 8.

השפעתו העתידית של חוק עקרונות האסדרה שלובה באופן מהותי בהקמתה של רשות האסדרה. אומנם, כפי שפורט לעיל, החוק כולל הוראות רבות החלות במישרין על המאסדרים שיישומן אינו תלוי ברשות. עם זאת, ברור כי לאופן שבו רשות האסדרה תפעל תהיה השפעה מהותית על כלל הוראותיו של החוק ועל הצלחת המהלך לשיפור איכות האסדרה השלטונית. אכן, מנגנונים משפטיים ומוסדות הם אבני יסוד בכל חברה אנושית, אך לא פחות מכך הם האנשים שממלאים אותם בתוכן הלכה למעשה.²⁰⁴ ימים יגידו האם הוראות החוק העוסקות בהקמת רשות האסדרה ימלאו את ייעודן להבטיח את הקמתה של רשות עצמאית ומקצועית, שתהווה מוקד ידע ממשלתי במלאכת האסדרה ושתוביל לקידום מלאכת האסדרה השלטונית ולהפחתת העול האסדרתי העודף. בפרט יש לקוות כי המנגנונים שנקבעו בחוק ייושמו כך שהם יועילו למלאכת טיוב האסדרה ככוונת המצדדים בחוק, ולא יובילו לסרבול ועיקור התהליכים כחשש עיקרי שהעלו מבקריו. כשם שיש חשיבות לעקרון הפרופורציונליות בעת קביעת אסדרה, חשובה גם הפרופורציונליות בתהליכי הבקרה על האסדרה. בהקשר זה, נקבעה בחוק כוונת מכוון חובת בקרה בדיעבד על יישום החוק. לפי סעיף 38 לחוק מחויבת מליאת הרשות להציג לממשלה ולאחר מכן לציבור יעדים הניתנים למדידה שלפיהם ייבחנו הגשמת מטרת החוק ומילוי תפקידי הרשות לפי חוק.²⁰⁵ בהמשך לכך, נקבע כי אחת ל-7 שנים מחויבת מליאת הרשות להגיש באמצעות הממשלה לכנסת דו"ח על הגשמת יעדים אלו. יש כמובן מקום למחקר עתידני שיבחן מבחינה אמפירית את ההשפעה בפועל של החוק ושל הקמת רשות האסדרה.

ישנם אתגרים נוספים שיהיה צורך לתת עליהם את הדעת. חוק עקרונות האסדרה התמקד בשלב עיצוב הנורמה הרגולטורית. אלא שהצלחתה של מסגרת האסדרה תלויה לא פחות מכך בשלב הפיקוח על הציות לאסדרה עצמה²⁰⁶ ובשלב אכיפת הנורמה במקרים שבהם זו הופרה על ידי הגופים המפוקחים. יהיה צורך בעדכון המסגרות המשפטיות והרגולטוריות המטפלות גם בהיבטים אלו.²⁰⁷ העיסוק בשלבי הפיקוח והאכיפה מתחייב גם מהשינוי התפיסתי המבקש להקל את העול האסדרתי העודף ולקדם במקרים המתאימים מעבר מתפיסה ששמה דגש על פיקוח מראש לתפיסה ששמה דגש על פיקוח בדיעבד.²⁰⁸ בנוסף, ההתפתחות הטכנולוגית המואצת מחייבת לפתח כלי אסדרה מתקדמים, המותאמים לאתגרים הנלווים לכך. בין היתר,

204 ראו למשל B. GUY PETERS, INSTITUTIONAL THEORY IN POLITICAL SCIENCE: THE NEW INSTITUTIONALISM 14 (2019).

205 ואכן, רשות האסדרה פרסמה יעדים כאמור, ובהם היעד להפחית נטל אסדרתי עודף בסכום של 5 מיליארדי ש"ח וצמצום 5 מיליון ימי המתנה; יעדים קונקרטיים לשיפור מיקומה של ישראל במדדים בין-לאומיים; העלאה מוגדרת של אחוז האסדרה החדשה שתגובש בהתאם לסטנדרטים בין-לאומיים מקובלים; העלאה מוגדרת של אחוז האסדרה החדשה שתכלול יעדים לבחינת האפקטיביות שלה בדיעבד; ועוד, ראו רשות האסדרה יעדים הניתנים למדידה להגשמת מטרת החוק ומילוי תפקידי הרשות <https://tinyurl.com/2p8epp2f> (6.7.2023).

206 השו"ר Rory Van Loo, *Regulatory Monitors: Policing Firms in the Compliance Era*, 119 COLUMBIA L. REV. (2019).

207 דו"ח צוות רגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, פרק 7.2, בעמ' 100.

208 החלטה 2118 של הממשלה ה-33, לעיל ה"ש 27.

יש צורך בהרחבת המסגרות המשפטיות והרגולטוריות המאפשרות נסיינות רגולטורית (Regulatory Experimentalism) כדוגמת "ארגז החול הרגולטורי" (Regulatory Sandbox).²⁰⁹ זאת ועוד, ישנה שאיפה להתאמת האסדרה בישראל לנעשה בעולם, "במדינות מפותחות עם שווקים משמעותיים", כלשון סעיף 2(2) לחוק עקרונות האסדרה. לצורך כך יש לפתח כלים מתאימים, ובפרט, להסדיר ולהרחיב את ההסתייעות בכלי של "אימוץ על דרך ההפניה" (Incorporation by Reference), שאינו נפוץ די הצורך בחקיקה הישראלית נכון לעת הזו.²¹⁰ כל האתגרים האמורים עשויים לדרוש עריכת התאמות במסגרת החקיקתית ולהצדיק את המשך פיתוחה.

מעבר לכך, המאה הנוכחית מזמנת אתגרים עצומים למערכות האסדרה – שינוי אקלים, טכנולוגיות מתחדשות ומשכשכות, אייציבות כלכלית, פוליטית וביטחונית, התגברות תהליכי פולריזציה חברתיים ועוד. לנוכח האתגרים האמורים, כבר כיום עובר תחום מדיניות האסדרה עדכון וכונון מתמידים.²¹¹ לאור זאת, ניתן להניח כי התחום יוסיף להתפתח בעשורים הקרובים על מנת לייצר מענה הולם לאתגרים אלו, מה שידרוש גם את עדכון מסגרות החקיקה מכוחו בהתאמה.

לצד כל האמור, ברי כי אתגר עיקרי הניצב בפני המשפט הוא להעניק פרשנות ראויה להוראות חוק עקרונות האסדרה שתשרת את התכליות החשובות הניצבות ביסודו, ובפרט, "הבטחת איכותה של אסדרה חדשה, טיוב האסדרה הקיימת והפחתת נטל אסדרה עודף".²¹² זאת, ברוח הגישה הפרגמטית שהובילה את תהליך חקיקת החוק והכירה בצורך בטיוב האסדרה בישראל ולצד זאת גם בחשיבות לשמר מרחב פעולה מספק למאסדרים ולהבטיח הקצאת משאבים יעילה. אנו תקווה כי המאמר הנוכחי יהווה בסיס איתן לאלו שיידרשו לעסוק בפרשנותו של החוק מתוך תפיסה המבקשת להבטיח כי האסדרה השלטונית תשרת בראש ובראשונה את רווחתם של האדם והחברה בישראל.

209 דו"ח צוות רגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, פרק 9.1, בעמ' 106–111.

210 שם, בפרק 9.2. בעמ' 112–118.

211 ראו למשל המלצות ה-Regulatory Policy Committee של OECD לאימוץ גישת Agile Regulation שנועדה לייצר מערכת רגולטורית שמאפשרת חדשנות ותהליכי שינוי מהירים לאור אתגרי התקופה המכונה על ידם "the fourth industrial revolution" ראו OECD, Recommendation of the Council for Agile Regulatory Governance to Harness Innovation (Oct. 6, 2021), <https://tinyurl.com/55hc7m5c>.

212 ס' 1 לחוק עקרונות האסדרה.