

## תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

אמיר וסרמן ולירון כהן-דניאלי\*

חוק עקרונות האסדרה שנחקק בשנת 2021 עיגן בחקיקה רפורמה רגולטורית המקודמת בעשורים האחרונים בארץ ובעולם, ותכליתה היא שיפור הרגולציה. החוק מונה שורה של הוראות שתפקידן לטייב רגולציה, המרכזית שבהן היא החובה שהוטלה על מאסדרים לבצע "תהליך הערכת השפעת רגולציה". מדובר בתהליך סדור ומובנה של בחינת הרגולציה לפני קביעתה מתוך תפיסה שלפיה קיום התהליך יוביל לשיפור האסדרה שיוצאת תחת ידי המאסדרים. חובה המוטלת על גופי המדינה ניתנת לאכיפה בדרך של פנייה לבית המשפט. מכאן עולה שאלה מכרעת בדבר היקפה ואופייה של הביקורת השיפוטית על קיום החובות שנקבעו בחוק עקרונות האסדרה, ובפרט על תהליך הערכת האסדרה שבליבת החוק. האם יוביל חוק עקרונות האסדרה לתקיפה משפטית תדירה של דברי אסדרה? האם בתי המשפט יגלו מעורבות בתהליכי הערכת אסדרה? מה יהיו תוצאות אי-קיום שלבים שונים בתהליך הערכת השפעת אסדרה הקבועים בחוק? ומהו היקף הביקורת השיפוטית הרצוי על קיומם? ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעת האסדרה מגלמת יתרונות, אך טומנת בחובה גם סיכונים לא מבוטלים. מחד גיסא, ביקורת שיפוטית עשויה לעודד ציות של המאסדרים להוראות החוק ולצמצם אסדרה שאינה אופטימאלית או אף פוגענית. מאידך גיסא, ביקורת שיפוטית מוגברת ביחס לקיום תהליך הערכת השפעת אסדרה עלולה להוביל לליטיגציה רבה אשר תגרוור השלכות שליליות שונות ובהן "אפקט מצנן" בקביעת רגולציה, טרפוד

\* עו"ד אמיר וסרמן, היועץ המשפטי של רשות ניירות ערך ומרצה לדיני ניירות ערך וממשל תאגידי באוניברסיטה העברית. עו"ד לירון כהן-דניאלי, מנהלת מערך הפיקוח והאכיפה האזרחית ביועץ המשפטי ברשות ניירות ערך.  
אמיר וסרמן ולירון כהן-דניאלי טיפלו מטעם רשות ניירות ערך בהצעת חוק עקרונות האסדרה, משלבי גיבוש ההצעה ועד הדייונים בוועדת החוקה של הכנסת, ולאחר מכן הובילו את היערכות הרשות ליישום החוק.  
הכותבים מבקשים להודות למרכז חת לחקר התחרות והרגולציה במכללה למינהל, ובפרט לאיריס סורוקר, לחברי מערכת מחקרי רגולציה, ולקורא החיצוני, על תרומתם למאמר. תודה מיוחדת גם לעו"ד אפרת ברנר על הערותיה. העמדות המובאות במאמר הן על דעת הכותבים בלבד, ואינן משקפות בהכרח את עמדת רשות ניירות ערך.

אסדרה רצויה על ידי קבוצות אינטרס והכנסת בתי המשפט לאזור פעילות שבו הכרעות משפטיות אינן צריכות לתת את הטון. זאת, כאשר נראה שמעצבי החוק ביקשו להימנע ממצב זה.

מטרתו של מאמר זה היא לנתח את המשמעויות של ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה באמצעות ניתוח של הוראות החוק, עמידה על היתרונות והחסרונות של ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה והצגת מאפייני הביקורת השיפוטית על אסדרה עד כה. בהמשך לניתוח זה אנו מציגים כי היקף הביקורת השיפוטית על תהליך הערכת השפעות אסדרה יישען על שני נדבכים מרכזיים – האחד, המשכיות בביקורת השיפוטית הנוהגת, והשני, הענקת מרחב שיקול דעת בניהול תהליכי הערכת השפעות אסדרה. בהתאם לכך נסביר כיצד תבוא הביקורת השיפוטית המצומצמת לידי ביטוי בהיבטים כגון הימנעות מביקורת שיפוטית בטרם נקבעה אסדרה, מתן שיקול דעת רחב למאסדרים ביישום החריגים מקיום תהליך הערכת השפעות האסדרה והימנעות מביקורת שיפוטית לגבי הערכות כמותיות של תועלות האסדרה ועלויותיה, ככל שאלה נעשו.

**א. מבוא. ב. תהליך הערכת השפעות האסדרה והוראות החוק המרכזיות. ג. עיצוב החוק בהיבט הביקורת השיפוטית. ד. הוראות מרכזיות בחוק בראי הביקורת השיפוטית. ה. יתרונות וחסרונות של ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה. ו. הביקורת השיפוטית על אסדרה עובר לכניסת חוק עקרונות האסדרה לתוקף. ז. הביקורת השיפוטית על תהליך הערכת השפעות האסדרה. 1. נדבך ראשון: המשכיות בביקורת השיפוטית הנוהגת בנוגע לאסדרה; 2. נדבך שני: מרחב שיקול דעת למאסדרים בניהול תהליך הערכת אסדרה; 3. יישום הנדבכים ביחס לשלבי תהליך הערכת השפעות אסדרה. ח. לפני סיום – הצעות החוק לשינוי מערכת המשפט. ט. סוף דבר.**

## א. מבוא

חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021 (להלן: חוק עקרונות האסדרה או החוק) הוא תולדה של רפורמה רגולטורית המקודמת בעשורים האחרונים בארץ ובעולם שתכליתה לקדם "רגולציה חכמה". במסגרת הוראות החוק, הוטלו על משרדי הממשלה ותאגידים ציבוריים חובות שונות הנוגעות לאסדרה שתחת אחריותם, במטרה לטייבה. אחד הנדבכים המרכזיים בחוק הוא החובה שהוטלה על מאסדרים לבצע תהליך הערכת השפעת רגולציה (המכונה באנגלית Regulatory Impact Assessment או בקצרה RIA) שעה שהם יוזמים רגולציה חדשה.

מטרתו של תהליך זה היא שיפור הרגולציה באמצעות חידוד יעדיה, הערכת התועלות והעלויות הכרוכות בה, בחינת חלופות לרגולציה ושיתוף הציבור בתהליך קביעתה. תוצריו של התהליך משתקפים ב"דוח הערכת השפעות האסדרה" שאותו על המאסדרים לפרסם לצד האסדרה.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

חובה המוטלת על גופי המדינה ניתנת לאכיפה בדרך של פנייה לבית המשפט. מכאן עולה שאלה מכרעת בדבר היקפה ואופייה של הביקורת השיפוטית על קיום החובות שנקבעו בחוק עקרונות האסדרה, ובפרט על תהליך הערכת האסדרה שבליבת החוק. האם יוביל חוק עקרונות האסדרה לתקיפה משפטית תדירה של דברי אסדרה? האם בתי המשפט יגלו מעורבות בתהליכי הערכת אסדרה? מה יהיו תוצאות אי-קיום שלבים שונים בתהליך הערכת השפעת אסדרה הקבועים בחוק? ומהו היקף הביקורת השיפוטית הרצוי על קיומם? במסגרת המאמר נסקור ראשית את הוראותיו המרכזיות של חוק עקרונות האסדרה, בדגש על ביקורת שיפוטית עתידית פוטנציאלית ביחס אליהן. הניסיון העולמי מלמד כי מקורן של יוזמות לבסס "אסדרה חכמה" עשוי להיות נטוע בשיקולים שונים המשפיעים על עיצובן. בהקשר זה נסביר כיצד מארג ההוראות בחוק עקרונות האסדרה הישראלי הוא פרי פשרות בין תפיסות עולם שונות וננתח את האופן שבו השליכו תפיסות ופשרות אלה על היקף החובות בחוק ועל בחירת המחוקק הישראלי להותיר את סוגיית הביקורת השיפוטית "פתוחה" וללא מענה מיוחד. לאחר מכן נדון ביתרונות ובחסרונות הביקורת השיפוטית על יישום החובות מכוח החוק, ובפרט על תהליכי הערכת השפעת האסדרה. נעשה זאת בין היתר על רקע הניסיון שנצבר בעניין זה בארצות הברית ובאירופה.

בחלקו האחרון של המאמר נעמוד על מאפייני הגישה ששימשה עד כה בביקורת השיפוטית בישראל על אסדרה. לאחר מכן נציג כיצד יכולים להשתלב מאפייני ביקורת שיפוטית אלו בביקורת על תהליך הערכת השפעת האסדרה, באופן שישגי איזון ראוי בין היתרונות הגלומים בביקורת שיפוטית זו לבין הקשיים העולים ממעורבות בתי המשפט בתהליכי קביעת רגולציה. נסביר מדוע יש מקום להמשכיות במתכונת הביקורת השיפוטית הנוהגת עובר לכניסת החוק לתוקף לצד ריסון בביקורת השיפוטית באשר להיקף תהליך הערכת השפעות האסדרה, מתכונתו ותכניו, לגביהם ניתן שיקול דעת למאסדרים. באופן זה יוכל להתבצע מעבר מוצלח ועקבי בין הביקורת השיפוטית הנוהגת כיום על דברי אסדרה לבין זו שתחול לאחר כניסתו לתוקף.

נושא הביקורת השיפוטית על דברי אסדרה הוא עצום בהיקפו ורב־פנים. במסגרת רשימה זו התמקדנו כאמור בתהליך הערכת השפעות האסדרה הניצב במוקד החוק ובסוגיית עילות הביקורת והיקף הביקורת השיפוטית עליו. לא עסקנו בפן הדיוני של הביקורת השיפוטית – הערכאה שתפעיל את הביקורת, סדרי הדין, דיני הראיות והסעדים – אף שמטבע הדברים צפויה להיות גם לכל אלה השלכה על אופי הביקורת. כמו כן, לא עסקנו בביקורת השיפוטית האפשרית על חובות אחרות בחוק, חלקן טכניות יותר, כדוגמת פרסום במאגר האסדרה, אך חלקן מהותיות, כגון פרסום תכנית אסדרה שנתית וביצוע בחינה תקופתית של אסדרה. רשימה זו אינה עוסקת גם בשאלות הפרשניות הרבות שמעורר החוק, ובהן היקף תחולתו המדויק הנובע מהגדרת המונח "אסדרה" וחריגים שונים הפזורים בחוק. לבסוף נסייג כי הרשימה עוסקת בביקורת שיפוטית ישירה על תהליך הערכת השפעות האסדרה ודבר האסדרה, להבדיל מביקורת שיפוטית עקיפה שעשויה להתקיים אף היא (למשל, במסגרת בירור תביעת נזיקין המתבססת על דוח הערכת השפעות אסדרה).

לאחר סיום כתיבת רשימה זו הוצגה על ידי ממשלת ישראל ה-37 שורה של הצעות חוק מרחיקות לכת לשינוי מערכת המשפט בישראל. ככל שהצעות אלה יקודמו, צפויה להיות

להן מטבע הדברים השפעה גם על אופי הביקורת השיפוטית שבה נעסוק להלן. הואיל ולא ניתן בשלב זה לצפות אם הצעות אלה יאושרו, ובאיזו מתכונת, הסתפקנו בכמה תובנות ראשוניות וקצרות בדבר הזיקה בין הצעות החוק האמורות לבין סוגיית הביקורת השיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה.

## ב. תהליך הערכת השפעות האסדרה והוראות החוק המרכזיות

כאמור, חוק עקרונות האסדרה הוא תולדה של רפורמה רגולטורית המקודמת בארץ ובעולם שתכליתה לקדם "רגולציה חכמה". הכלי המרכזי ברפורמה זו הוא **תהליך הערכת השפעות האסדרה**. תהליך זה נועד להתוות מתכונת ביצוע שיטתית להערכה ביקורתית של השפעות (החיוביות והשליליות) של אסדרה מוצעת וקיומן של אלטרנטיבות רגולטוריות ולא רגולטוריות.<sup>1</sup> הגם שתהליך זה יכול להיות מבוצע בהיקפים ובמתודולוגיות שונים, מקובל שהוא כולל כמה שלבים עקרוניים:<sup>2</sup>

1. הגדרת הבעיה, במסגרתה נדרש המאסדר לזהות את הבעיה ואת הגורמים המרכזיים לה. בעיות רגולטוריות ניתנות לסיווג לשתי קטגוריות מרכזיות: האחת, כשל שוק, כדוגמת אסימטריה במידע, חסמי כניסה, כוח מונופוליסטי ועלויות עסקה. השנייה היא כשל רגולטורי, המתרחש כאשר הרגולציה הקיימת אינה מובילה לתוצאה הרצויה. בנוסף, לעיתים הבעיה נובעת מכוונה לשנות מדיניות, יעדים ומטרות.
2. זיהוי חלופות, אשר נועד לתרגם את הצורך במעורבות הרגולטורית לכלים מעשיים, כאשר השאיפה היא לבחון כמה אמצעים, רגולטוריים ולא רגולטוריים.
3. איסוף מידע, אשר יכול להיות מבוצע באמצעים שונים ומגוונים. כך, למשל, ניתן לבצע את איסוף המידע באמצעות ראיונות, שאלונים, סקרים והיוועצויות וכן באמצעות שיתופי פעולה בין מאסדרים. מטבע הדברים היקף המידע הנדרש תלוי בתוכן הנושא שעל הפרק. איסוף המידע חשוב לצורך ביצוע השלב הבא של ניתוח החלופות והמודלים הכלכליים.
4. הערכת החלופות, באמצעות מתודולוגיות שונות, כמותיות או איכותניות. שיטות שכיחות להשוואה בין חלופות שונות הן Cost-Effectiveness Analysis ו-Cost-Benefit Analysis. בשלב זה נעשית גם הערכה בהשוואה לחלופה של הותרת המצב הקיים על כנו (zero option).<sup>3</sup>

1 ראו הגדרה ב" OECD (2015), Regulatory Policy in Perspective: A Reader's Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing, Paris, p. 36

2 שם, בעמ' 36-37.

3 לפירוט בדבר המתודולוגיות השונות ראו OECD (2008) Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), pages 9-14.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

5. זיהוי החלופה המועדפת לאחר בחינת החלופות ועריכת השוואה ביניהן.
6. קביעת יעדים לצורך מדידה ובקרה כדי להקל על קביעה בעתיד אם האסדרה משרתת את מטרתה או שיש לערוך בה שינויים.

תהליך הערכת השפעת האסדרה צפוי להוביל לחלופה "מועדפת", ואולם חשוב לציין שחלופה זו לא בהכרח תיבחר שכן תהליך הערכת השפעת האסדרה הוא כלי תומך החלטה, ולא נועד להחליף את תפקידו של מעצב המדיניות בבחירת החלופה הטובה ביותר.<sup>4</sup> מומחיות המאסדר בתחומו היא נקודת המוצא למינוי ולהסמכתו לקבוע את האסדרה. משכך, מטרת תהליך ה-RIA אינה להכתיב תוצאות מסוימות לפעולת המאסדר, כי אם ליצור מסגרת להכנת אסדרה ובחינתה אשר תשתלב בעבודת המאסדר ותקדם רגולציה מיטבית.<sup>5</sup> תהליך הערכת השפעות האסדרה הוא אבן הראשה של הרפורמה המעוגנת בחוק עקרונות האסדרה. חוק זה כולל למעשה שלושה נדבכים מרכזיים: הנדבך הראשון הוא הנדבך הכללי העוסק באסדרה. במסגרת נדבך זה נקבעו מטרות החוק ועקרונותיו ונכללות הגדרות החוק,<sup>6</sup> ובהן הגדרת המונח "אסדרה", המהווה שער הכניסה לתחולת החוק. מנסחי החוק בחרו בהגדרה רחבה למונח "אסדרה" בהתחשב בגיוון הרב של דרכי אסדרה וכדי לצמצם את עקיפת החוק באמצעות "אסדרת צל".<sup>7</sup> בנוסף כולל נדבך זה את ההוראות המסדירות ייזום אסדרה על ידי משרדי ממשלה. כך, הגדרת "תהליך הערכת השפעות אסדרה" מציינת באופן כללי מהו התהליך שנדרשים משרדי הממשלה לבצע (הכולל בין היתר את בחינת מטרות האסדרה והצורך בה, שקילת חלופות אחרות, שיתוף הציבור, הערכת תועלות האסדרה ומדידת עלות הציות לאסדרה), אך קובעת כי הוא ייעשה במתכונת, באופן ובהיקף כפי שייקבע בהחלטות הממשלה.<sup>8</sup>

4 OECD, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36–37.

5 מדיניות ממשלתי הערכת השפעות רגולציה (RIA) (אפריל 2015), בעמ' 9, <https://katzr.net/4486b2>.

6 ס' 3 לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021.

7 ראו למשל פרוטוקול ישיבה 78 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 60–56 (11.10.2021).

8 הגדרת "תהליך הערכת השפעות אסדרה" בס' 3 לחוק עקרונות האסדרה. יצוין כי במסגרת הצעת החוק אשר הונחה על שולחן הכנסת, כללה הגדרת המושג רק הפניה להחלטת הממשלה. ראו הצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022), התשפ"א–2021, ה"ח 1443, פרק י"ט: אסדרה. במסגרת דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, הוחלט כי היות שתהליך הערכת השפעות האסדרה נמצא בליבת החוק, יש מקום לכלול הגדרה ברורה יותר למונח כך שלפחות עקרונות התהליך יקבלו ביטוי בחקיקה (פרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 49–52 (14.10.2022)).

תהליך הערכת השפעות האסדרה ניצב כאמור בליבת הרפורמה הרגולטורית, והשתקפותו תהיה בדוח שיפרסמו המאסדרים לגבי התהליך.<sup>9</sup> מעבר לתהליך הקבוע כאמור בסעיף ההגדרות, מונה החוק גם "עקרונות מנחים", אשר נועדו להתוות עבור מאסדרים את העקרונות שלאורם ראוי לשקול אסדרה חדשה.<sup>10</sup> כך, למשל, קובעים העקרונות כי אסדרה מיטבית צריכה להתבסס על נתונים רלוונטיים ולהיעשות תוך שיתוף הציבור.<sup>11</sup> יחד עם זאת, חלק מההיבטים התהליכיים כוללים גם פן מהותי, ונקבע למשל, כי בעת קביעת אסדרה חדשה על משרדי הממשלה לשקול גם שיקולים חברתיים וסביבתיים<sup>12</sup> וכן לפעול לקידום תחרות ענפית ולהפחתת יוקר המחיה, במידת האפשר.<sup>13</sup>

בנוסף לתהליך הערכת השפעות האסדרה, קובע החוק הוראות נוספות החלות ביחס לאסדרה קיימת ומתוכננת ובהן החובה לבצע בחינה תקופתית של האסדרה,<sup>14</sup> על מנת לבחון האם הושגו יעדיה והאם היא עדיין נדרשת, לפרסם תכנית אסדרה שנתית שתכלול יוזמות אסדרה מתוכננות<sup>15</sup> ולפרסם את כלל האסדרה במאגר אסדרה אחוד.<sup>16</sup>

הנדבך השני של החוק עניינו רשות האסדרה, שהוקמה מכוח החוק,<sup>17</sup> ותפקידיה הם לייעץ ולקיים בקרה בנוגע לאסדרה ממשלתית.<sup>18</sup> החוק מגדיר את מבנה רשות האסדרה וסמכויותיה.

כפי שיפורט בהמשך, הקמת רשות האסדרה הייתה שנויה במחלוקת, בין היתר בשאלת הרכב הרשות ובשאלת הסמכויות שיש להעניק לה.<sup>19</sup> נוכח מחלוקות שהתגלעו בנקודה זו, והחשש מפני הקניית סמכויות רחבות מדי לרשות האסדרה, הוחלט לרכך אותן ולהותיר

9 ס' 21 לחוק עקרונות האסדרה. הכוונה כי דוח ה-RIA יפורסם לציבור קיבלה התייחסות מפורשת במסגרת הדיונים בכנסת, שם צוין כי הכוונה היא שתהיה שקיפות ופומביות הן לדוח תהליך הערכת השפעות אסדרה, הן לדוח הבקרה של רשות האסדרה. ראו פרוטוקול ישיבה 86 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 31-32, 40 (19.10.2021).

10 ס' 2 לחוק עקרונות האסדרה.

11 שם, ס' 2(3).

12 שם, ס' 2(2).

13 שם, ס' 2(8).

14 שם, ס' 24.

15 שם, ס' 28.

16 שם, ס' 37.

17 שם, ס' 4.

18 שם, ס' 7.

19 לאחר ויכוחים בקואליציה הוסכם שהצעת החוק שתידון בוועדת החוקה, חוק ומשפט לא תכלול "סמכויות קצה" של רשות האסדרה (למשל, סמכויות לפסול אסדרות שלא בוצעו לגביהן תהליכי הערכת השפעות אסדרה אפקטיביים). הצעת חוק התכנית הכלכלית, לעיל ה"ש 8. אך גם ביחס לתפקידי רשות האסדרה שנתרו בחוק – ובמרכזם ייעוץ ובקרה ביחס לעבודת מאסדרים ממשלתיים – התקיימו בוועדה דיונים רבים ביחס למשמעות האופרטיבית ונפקותן של חוות דעת רשות האסדרה (ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, לעיל ה"ש 8, בעמ' 58-63).

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

בידה סמכויות לפקח, ללוות ולייעץ למשרדי הממשלה בדבר טיב הליכי האסדרה שאותם הם מבצעים.<sup>20</sup> תפקיד מרכזי של רשות האסדרה הוא חיזוי דעתה על תהליכי הערכת האסדרה שביצעו המאסדרים. בעניין זה הודגש כי הבחינה תעסוק באופן ביצוע התהליך, להבדיל מהאיוון שביצע המאסדר בין שיקולים שונים ושהוביל לבחירה באסדרה שהוא מבקש להציע או לקבוע.<sup>21</sup>

הנדבך השלישי של החוק עניינו התאגידים הציבוריים והתהליכים שעליהם לבצע כבואם לקבוע אסדרה.<sup>22</sup> התאגידים הציבוריים הם תאגידים שהוקמו לפי חוק, באופן המבדל אותם ממשרדי הממשלה ויחידות הסמך, בין היתר כדי להגשים תכליות של עצמאות, מומחיות וגמישות.<sup>23</sup> החוק חל על תאגידים ציבוריים המוסמכים להציע או לקדם אסדרה וכן על גורמים אחרים העושים כן בתחום פעילותם של התאגידים הציבוריים.<sup>24</sup> בשים לב למאפיינים הייחודיים של תאגידים אלו, ובפרט הצורך בשמירה על עצמאותם, הוחלט לייחד להם הסדר מיוחד בחוק.<sup>25</sup>

- 20 תפקידיה של רשות האסדרה מנויים בס' 7 לחוק עקרונות האסדרה וכוללים ייעוץ לממשלה בענייני מדיניות אסדרה, ייעוץ וליווי שוטף של מאסדרים בעניין טיוב אסדרה קיימת, קידום תהליכי תכנון בתחום האסדרה, ייעוץ למאסדרים לעניין איכות תהליכי הערכת השפעות אסדרה שביצעו, ובחינה מדידה והערכה של אסדרה קיימת שקבעו המאסדרים. ראו לעניין זה גם ס' 21 לחוק עקרונות האסדרה.
- 21 ס' 21(ה) לחוק עקרונות האסדרה.
- 22 עיקרי החובות המוחלות על תאגידים ציבוריים מוסדרים בפרק ד לחוק עקרונות האסדרה.
- 23 ראו המועצה לתאגידים ציבוריים **דין וחשבון** (2003), וכן תזכיר חוק התאגידים הציבוריים, התשע"ג-2013 המתארים את מאפייני התאגידים הציבוריים.
- 24 הגדרת "תאגידים ציבוריים" בס' 3 לחוק עקרונות האסדרה.
- 25 הרקע להבנת קביעתו של פרק ייחודי ונפרד לתאגידים הציבוריים טמון בכך שטרם כניסתו לתוקף של חוק זה, משרדי ממשלה היו מחויבים כבר בביצוע תהליכי הערכת השפעת אסדרה מכוח החלטת ה-2118 של הממשלה ה-36 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (22.10.2014). החלטה זו, שעניינה הפחתת הנטל הרגולטורי, קבעה כי תהליך הכנה או עדכון של רגולציה חדשה – בחקיקה ראשית, או משנית, חייב לכלול הליך של הערכת השפעה של רגולציה חדשה (RIA). התאגידים הציבוריים הוחרגו מהחלטת הממשלה. בעת גיבוש חוק עקרונות האסדרה, נערכו דיונים רבים בשאלה האם קיימת הצדקה להוסיף ולהחריג את התאגידים הסטטוטוריים מתחולת החוק וההוראות הקיימות בו ביחס להליכי ייזום אסדרה, והוחלט כאמור להחיל עליהם את החוק, אך לקבוע לגביהם הסדר מיוחד שנועד לשמור על עצמאותם. ראו, למשל, דבריו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בפרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 129 (21.1.2021), שציינ כי ההסדר עוצב מתוך התחשבות במתח בין הרצון לשמור על העצמאות שמוקנית לתאגידים סטטוטוריים בחוק, המשרתת אינטרסים ציבוריים חשובים, לבין הצורך לוודא שהאסדרה שגופים אלו מקיימים היא אסדרה איכותית ומיטבית.

הרכיבים העיקריים של הסדר זה הם החרגת התאגידים הציבוריים מכפיפות לרשות האסדרה<sup>26</sup> והותרת הגמישות בידיהם לעצב את תהליכי הערכת השפעות האסדרה שיבצעו (התאגידים הציבוריים אינם כפופים להנחיות הממשלה שיעסקו בתהליכים אלה), בהתאם להנחיות שייקבעו.<sup>27</sup> שיקול הדעת הרחב הוקנה לתאגידים ציבוריים בהתחשב בכך שחובת פרסום דוח הערכת השפעת האסדרה בעניינם מעוגנת בחוק (ולא בהחלטת ממשלה) והתעורר חשש שהטלת החובה מכוח החוק תוביל לביקורת משפטית מוגברת ולניצול לרעה על ידי גורמים אינטרסנטיים.<sup>28</sup>

בנוסף מונה החוק שורה של פטורים אשר בהתקיימם רשאי התאגיד הציבורי שלא לבצע תהליך הערכת השפעת אסדרה (כך, למשל, כשהאסדרה מבוססת על כללים מקובלים במדינות עם שווקים מקובלים, או מדובר בהארכת אסדרה קיימת).<sup>29</sup> לבסוף, היות שתאגידים ציבוריים הוחרגו מכפיפות לרשות האסדרה, הוטל עליהם לקיים מנגנון בקרה עצמאי על מנת לוודא את ביצוע הוראות החוק.<sup>30</sup>

26 כך, הליכי ההיוועצות עם רשות האסדרה, המנויים למשל בס' 21 לחוק עקרונות האסדרה, מתייחסים רק למאסדרים, ולא לתאגידים ציבוריים.

27 הוראות ס' 34 לחוק עקרונות האסדרה קובעות באופן כללי את תוכנו של דוח הערכת אסדרה שיפרסמו תאגידים ציבוריים. בכלל זה, עליו לכלול את עיקרי האסדרה, מטרתיה, חלופות שנבחנו ותיאור ההשפעות הישירות והעקיפות שצפויות להיות לאסדרה. עוד נקבעה שם חובת התאגיד הציבורי לפרסם הנחיות אשר יסדירו את שלבי התהליך, ובהם הליך שיתוף הציבור, אופן הנגשת האסדרה לציבור, שיקולים מתי תבוצע הערכה כמותית של עלויות האסדרה ומהו היקף תהליך הערכת ההשפעה שיבוצע באופן כללי.

28 ראו, למשל, הדברים שנאמרו על ידי נציגי משרד המשפטים בפרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 130 (21.1.2021): "הנקודה השנייה שהיא חשובה יותר בעינינו היא שבנוגע לתאגידים הציבוריים, אנחנו עושים את מה שמלכתחילה לא כל כך רצינו לעשות לגבי תאגידים שהם פנים ממשלתיים, שמוחלת עליהם חובה ישירה מכוח החוק לפרסם דוח בנוגע לרגולציה שהם יקבעו. לחובה בחוק יש משמעות רבה מבחינת ההשלכות של אי עמידה בה. רגולטור שלא עומד בה למעשה לא עומד בדרישת החוק, בשונה מהעולם של החלטת ממשלה. 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, אנחנו נגיע לזה בהמשך וננסה להסביר באופן ספציפי. המטרה העיקרית הייתה למנוע פגיעה בעבודה של הרגולטורים של התאגידים הציבוריים, וגם לצמצם את החשש מניצול לרעה של הפרק הזה, שבסיסו בהחלט נועד לשפר גם את תהליכי העבודה של התאגידים הציבוריים הרגולטוריים, אבל אנחנו לא רוצים שהרגולציה שלהם והאיכות שלה תיפגע".

29 ס' 34(ג) לחוק עקרונות האסדרה מונה את שורת המקרים שבהתקייםם רשאי תאגיד ציבורי שלא לפרסם דוח הערכת השפעת אסדרה, אך עליו לנמק את החלטתו ולפרסם את הנמקתו לציבור.

30 שם, ס' 34(ו).



מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

### ג. עיצוב החוק בהיבט הביקורת השיפוטית

תהליך הערכת השפעות אסדרה (RIA) הפך בעשורים האחרונים למוסד מרכזי ומקובל במדינות המערב. תהליך זה כולל כאמור כמה רכיבי ליבה, ובהם הגדרת הבעיה הטעונה התייחסות רגולטורית, בחינת חלופות לטיפול בה, הערכת השפעות הרגולציה המוצעות ושיתוף הציבור בקביעתה. אך על אף מקובלות ההליך, המניעים לאימוצו, כמו גם היקף תחולתו ואופן יישומו, עשויים להשתנות מאוד ממדינה למדינה.<sup>31</sup>

מקור תהליך ה-RIA בארצות הברית, שם נדרשו רשויות (agencies) הנמנות על הרשות המבצעת ומוסמכות לקבוע דרישות רגולטוריות לבצע ולפרסם בחינה של השפעות הרגולציה.<sup>32</sup> בחינה זו כפופה בנסיבות מסוימות לבקרה של גוף מרכזי הנקרא OIRA אשר בודק את איכות הבחינה שנעשתה.<sup>33</sup> ההצדקה המרכזית בארצות הברית לקיומה של חובה לבחון את השפעות הרגולציה נעוצה ברעיון **ההאצלה**: הואיל והוענקה לרשויות, כגון רשות הגנת הסביבה או מנהל המזון והתרופות, הסמכות לקבוע את כללי הרגולציה, נדרש כי יעשו כן באופן סדור, אפקטיבי ומידתי, אשר יאפשר גם בקרה על החלטותיהן. כפועל יוצא של הצדקה זו, חלה חובת ה-RIA בארצות הברית על רגולציה של רשויות בלבד, ואינה חלה על דברי חקיקה. מאפייני נוסף של ה-RIA האמריקאית הוא הדגש הניתן לבחינה כמותית של

31 Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli, *The Politics and Economics of Regulatory Impact Assessment*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 3, 7–9 (Claire ; 49–39 בעמ' 1, לעיל ה"ש 1, OECD ; A. Dunlop and Claudio M. Radaelli, eds., 2017) לסקירה רחבה של הרפורמה הרגולטורית, הנקראת לעיתים גם "רגולציה מיטבית" (better regulation), והמניעים לאימוצה, ראו יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 425 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור, רועי קרייטנר עורכים, 2016).

32 לסקירה בדבר הטמעת תהליכי ה-RIA בארצות הברית ראו OECD, לעיל ה"ש 1, בעמ' 43–45 William F. West, *United States of America*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 319 (Claire A. Dunlop and Claudio M. Radaelli eds., 2017); Congressional Research Service, *The Federal Rulemaking Process: An Overview* (2013), <https://katzr.net/61946f> (להלן: CRS). לניתוח ביקורתי על הסתת הרגולציה בארצות הברית לניתוחי עלות-תועלת כלכליים והמוטיבציה לעשות כן ראו BINYAMIN APPELBAUM, *THE ECONOMISTS' HOUR* 185–214 (2019) ומנגד את ספרו של פרופ' קאס סנסטיין, שהוא מהתומכים המובהקים בתהליכים אלו: CASS R. SUNSTEIN, *THE COST-BENEFIT REVOLUTION*: (2019).

33 The Office of Information and Regulatory Affairs, או בקצרה OIRA, הוא יחידה במשרד הניהול והחשבות הפדרלי בארצות הברית. ראו Dunlop & Radaeli, ה"ש 31 לעיל, בעמ' 3 ; CRS, לעיל ה"ש 32, בעמ' 24–27. הכינוי הכללי לגופי בקרה מרכזיים כגון OIRA הוא Regulatory Oversight Body, או בקצרה ROB. ראו רויטמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 439–441.

תועלות הרגולציה ועלויותיה. בהתאם מכונה החלק המרכזי בתהליך ה-RIA בארצות הברית תהליך של Cost-Benefit Analysis.<sup>34</sup>

ההסברים שניתנו, לעומת זאת, לאימוץ הנרחב של תהליך ה-RIA באירופה נגעו פחות לרעיון ההאצלה, והיו קשורים בתפיסה כללית בדבר היקף הרגולציה הממשלתית וחיובותה, כמו גם בדבר עקרונות רצויים של מנהל תקין, כגון נגישות (accessability) של הציבור להליך הרגולטורי ואחריות (accountability) הרגולטור לפעולותיו. בהתאם לכך, תהליך ה-RIA במדינות אירופה אינו מוגבל רק לרגולציה של הרשות המבצעת, אלא חל גם ביחס לחקיקה. סיבה נוספת שעליה מצביעים מחקרים להתפשטותו של הליך ה-RIA באירופה היא הרצון להפגין ציות לסטנדרטים המקובלים במדינות ה-OECD. ביחס לאימוץ מטעם זה, שהוא סמלי יותר באופיו, נטען גם כי נעשה לעיתים "על הנייר" בלבד, ואינו משקף תהליכי עומק מהותיים.<sup>35</sup>

מהם המניעים העיקריים שעמדו מאחורי חקיקת חוק עקרונות האסדרה בישראל? וכיצד השפיעו מניעים אלה באופן כללי על עיצובו של החוק, ובפרט על שאלת הביקורת השיפוטית עליו?

סיפורו של חוק עקרונות האסדרה מערב אינטרסים של הדרג המקצועי במשרדי ראש הממשלה, האוצר והמשפטים, אשר היה האחראי לעבודת המטה של הכנת החוק וקידומו, ושל הדרג הפוליטי בקואליציה יוצאת דופן בהרכבה, אשר קמה בחודש יוני 2021 לאחר מערכות בחירות חוזרות ונשנות. גולת הכותרת של ממשלת בנט-לפיד הייתה אישור תקציב המדינה, שנלוותה לו חקיקת הסדרים בהיקף גדול במיוחד. במסגרת חקיקה זו אושר גם חוק עקרונות האסדרה.<sup>36</sup>

על המניעים שעמדו מאחורי החוק ועיצבו אותו ניתן ללמוד מההיסטוריה החקיקתית שלו. בחודש יולי 2021, זמן קצר אחרי הקמת הממשלה ולפני חקיקת חוק ההסדרים, פורסם דוח מפורט של משרדי המטה האמורים אשר הציג את הצורך בחקיקת חוק עקרונות האסדרה ואת עקרונותיו המוצעים (להלן: התוכנית למדיניות רגולציה).<sup>37</sup> במקביל נעשתה

34 ראו West, לעיל ה"ש 32, בעמ' 319-323, 329-327.

35 ראו Dunlop & Radaeli, לעיל ה"ש 31, בעמ' 8-9, והמחקרים המוזכרים שם.

36 יש אירוניה מסוימת בכך שחוק שמטרתו עיגון הליך מיטבי לקביעתה של רגולציה נחקק במסגרת חוק ההסדרים, אשר נודע לשמצה בהיותו אגד של חוקים המקודמים בהליך מזורז בכנסת. לביקורת על מנגנון חקיקה זה ראו, למשל, בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004). יש לציין עם זאת כי ועדת הכנסת שהופקדה על הכנת חוק עקרונות האסדרה לקריאות שנייה ושלישית – ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-24 בראשותו של ח"כ גלעד קריב – הקדישה זמן רב לדיונים מפורטים בהצעת החוק.

37 משרד המשפטים דוח המלצות הצוות הבין-משרדי לרגולציה חכמה – תכנית לאומית למדיניות רגולציה ככלי לשיקום המשק ביציאה ממשבר הקורונה (2021) (להלן: התוכנית למדיניות רגולציה). לדוח זה קדם פרסום קול קורא על ידי משרד המשפטים בחודש מרץ

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

עבודת הכנה אינטנסיבית לניסוח הצעת החוק, אשר פורסמה להערות הציבור כבר בראשית חודש אוגוסט<sup>38</sup> ואושרה על ידי ועדת השרים לענייני חקיקה ובקריאה ראשונה בכנסת בתוך פחות מחודש. דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט נפרסו על פני חודש אוקטובר 2021, והצעת החוק אושרה בקריאה שנייה ושלישית בתחילת חודש נובמבר 2021. לוח הזמנים המזורז להצגת החקיקה והשלמתה בתוך חודשים ספורים בלבד, כמו גם הכללתה בחוק ההסדרים, משקפים את הדחיפות וההזדמנות שראו משרדי המטה והדרג הפוליטי לקידום הצעת החוק בעיתוי זה.

מניע בולט אחד להצעת החוק היה חוסר שביעות רצון מהליכי טיוב הרגולציה שהחלה הממשלה להנהיג כעשור לפני כן, בשורה של החלטות ובהקמת תחום מדיניות הרגולציה.<sup>39</sup> התוכנית למדיניות רגולציה מנתה שורה של בעיות בתחולת הליכי ה-RIA וביישומם בישראל: קידום של הליכי רגולציה מבלי שבוצע לגביהם הליך RIA כלל, קידום רגולציה תוך ביצוע הליך RIA לא איכותי, פערי הכשרה ומיומנות ועוד.<sup>40</sup> מניע זה הוביל למסקנה כי יש לעבור לגרסה מחייבת ורחבה יותר של הליכי הערכת אסדרה.

פועל יוצא מרכזי של מניע זה היה ההחלטה לטפל בנושא טיוב האסדרה בדרך של חקיקה מחייבת. זאת אף שבמדינות רבות, ובהן ארצות הברית מולדת ה-RIA, מעוגן הנושא באופן רך יותר, ולא בחקיקה. השלכה נוספת היא יריעתו הרחבה של החוק – כאמור, החוק חל לא רק על משרדי הממשלה, אלא גם על תאגידים סטטוטוריים, ונקבעה במסגרתו הגדרה רחבה מאוד למונח "אסדרה". הגדרה זו כוללת שורה של פעולות רגולטוריות, ללא

2021 ולצידו סקירה השוואתית של מדיניות רגולציה במדינות שונות: משרד המשפטים קול קורא: הזמנה להשתתף בתהליך גיבוש תכנית למדיניות רוחבית ברגולציה להתמודדות עם משבר הקורונה (2021), <https://katr.net/d27625>; יעל קריב-טייטלבוים, אמיר זלאייט ויובל זיגדון, אשכול רגולציה, מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט כלכלי), חקיקת מסגרת לרגולציה: סקירה משווה (2021), <https://katr.net/cbc28b>.

38 תזכיר חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022), התשפ"א-2021, פרק יט: יסודות האסדרה (11.8.2021) (להלן: תזכיר החוק).

39 התוכנית למדיניות רגולציה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 22–26.

40 התוכנית למדיניות רגולציה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 26–38. מניע זה השתלב במניע נוסף, הקשור בסטנדרטיזציה של מנגנוני רגולציה מול המקובל במדינות אחרות, ובפרט מדינות ה-OECD אשר ישראל משתייכת אליהן. ה-OECD מילא תפקיד מתווך חשוב באימוץ של רפורמות טיוב רגולציה בעולם, וכך גם בישראל. בין היתר ליווה ה-OECD את תהליכי הרפורמה בישראל אשר קדמו להצעת החוק. ראו OECD-Israel Joint Project on "Strengthening Capacities and Institutions for Co-ordinating Regulatory Policy and Measuring Regulatory Burdens" (2018), ובאופן כללי על תפקידו של ה-OECD בחלחול הרפורמה הרגולטורית בין מדינות אירופה: Ioannis Lianos, Mihaly Fazekas & Maksim Karliuk, *Cross-National Diffusion in Europe*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 286, 287–291 (2017).

קשר לשם הניתן להן. בניגוד לארצות הברית, היא כוללת גם אסדרה בדרך של חקיקה ראשית וחקיקת משנה.<sup>41</sup>

מניע בולט שני להצעת החוק היה הרצון לקיים בקרה מרכזית לגבי אסדרה בישראל בידי שלושת משרדי המטה האחראים להכנתה. אפשר להסביר מניע זה באי־שביעות הרצון שהזכרה לעיל מחולשת היישום של תורת הערכת הרגולציה בידי משרדי הממשלה, אך גם בשיקולים מוסדיים גרידא שעניינם מידת השליטה של משרדי המטה בפעילות הכלכלית במדינה. ניתן לטעון, כי ככל שהפעילות הרגולטורית בישראל התרחבה והסתעפה, פיתחו משרדי המטה מנגנוני שליטה בה. כך לדוגמה שליטתו של משרד המשפטים בכל היבטי האסדרה הטעונים חקיקה, או שליטתו של משרד האוצר בכל היבטי האסדרה הטעונים תקצוב. בדומה לכך ניתן לראות בחוק עקרונות האסדרה ניסיון לבסס מנגנון בקרה ושליטה בפעילות הרגולטורית לאחר שזו עברה תהליך ביזור בין מאסדרים רבים.<sup>42</sup>

מניע זה ניכר אף הוא בתחולתו הרחבה של החוק, אך הביטוי המובהק ביותר שלו השתקף בהצעה להקים במסגרת החוק רשות רגולציה בעלת הרכב וסמכויות יוצאי דופן.<sup>43</sup> תזכיר החוק הציע להקים רשות רגולציה בעלת סמכויות נרחבות, אשר ששת חבריה יהיו יו"ר רשות שימונה בהחלטת הממשלה, נציגים של שלושת משרדי המטה (מנכ"ל משרד ראש הממשלה, הממונה על אגף התקציבים והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, או עובדים מטעמם) ושני נציגי ציבור שימנו שרי האוצר והמשפטים.<sup>44</sup> הרכב זה והסמכויות הנרחבות שהוצע להעניק לרשות הרגולציה היוו אבן מחלוקת משמעותית, כפי שיתואר להלן.

מניע בולט שלישי להצעת החוק היה הפחתת הרגולציה בישראל והגבלתה.<sup>45</sup> הביטויים הפורמליים ששימשו להצדקת החוק הם "טיוב הרגולציה", "קידום מדיניות רגולציה חכמה" וכדומה, אולם אין ספק כי עמדה מאחוריהם תפיסה שלפיה הרגולציה

41 ראו הגדרות "אסדרה" ו"אישור אסדרתי" בס' 3 לחוק עקרונות האסדרה.  
 42 על מניע דומה בקידום הרפורמה הרגולטורית במדינות אחרות ראו רויטמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 459–454, המתאר כיצד התפתחות הרפורמה הרגולטורית בארצות הברית ובבריטניה נבעה גם משיקולים של ריכוז ושליטה של הכוח השלטוני בתגובה למגמה של ביזור רגולטורי. ראו גם OECD, לעיל ה"ש 3, בעמ' 40.  
 43 התוכנית למדיניות רגולציה קבעה כי "ההצלחה של הטמעת מדיניות הרגולציה תלויה במידה רבה בקיומו של גוף בקרה על הרגולציה (ROB)", וכי אין די בהיקף ובסמכויות שהוענקו בעבר לאגף מדיניות רגולציה במשרד ראש הממשלה. ראו תוכנית לאומית למדיניות רגולציה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 59 ואילך. ה־OECD ממליץ אף הוא על יחידת בקרה לשם הצלחת רפורמות של טיוב הרגולציה. ראו OECD, Regulatory Policy Outlook, Chapter 3: Regulatory Oversight (2021); אורלי אלמגור לוטן, דינה צדוק וד"ר מיכל לרר **היבטים בטיוב רגולציה ובעבודת גופי פיקוח על רגולציה** 13–25 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2021).  
 44 ס' 5 לתזכיר החוק, לעיל ה"ש 38.  
 45 השוו אצל רויטמן הדן בהטיה הדה־רגולטורית של הרפורמה הרגולטורית ומציג את המקרה הבריטי שבו נועדה רפורמה זו באופן מובהק לקדם מדיניות של דה־רגולציה. רויטמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 444–449.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

בישראל מופרזת ויש להפחיתה. תפיסה זו משתקפת בתוכנית למדיניות רגולציה אשר תיארה בהרחבה את הנזקים הנגרמים לסקטור העסקי כתוצאה מעודף רגולציה.<sup>46</sup> מטרת הפחתת הרגולציה השתקפה במנגנונים שנקבעו בהצעת החוק, שתוצאתם היא הגבלת היכולת לקבוע רגולציה חדשה,<sup>47</sup> וכן בסעיפי התכלית שהדגישו מטרת של הפחתת נטל אסדרתי.<sup>48</sup>

המניע של הפחתת הרגולציה, אשר עמד ביסוד המוטיבציה הפוליטית לקדם את החוק,<sup>49</sup> עורר מחלוקת בין סיעות הקואליציה, אשר הורכבה משמונה סיעות בעלות

46 ראו בתקציר המנהלים של התוכנית למדיניות רגולציה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 7, 39–53: "לרגולציה תפקיד חיוני בקידום ובהגנה על אינטרסים ציבוריים, אך רגולציה לא מיטבית עלולה להיות לא אפקטיבית בהגנה על אינטרסים אלו, ואף לגרום להשלכות לא רצויות כגון הצטברות של נטל רגולטורי עודף המטיל עלויות על המשק, פגיעה בעסקים קטנים ובינוניים שמתקשים לפלס את דרכם בסבך הרגולציה, חוסר ודאות וחוסר יציבות לעסקים ולממשלה. זאת, לצד פגיעה באינטרסים ציבוריים נוספים כגון פגיעה בתחרות, הגברת הריכוזיות במשק על ידי חסמי סחר רגולטוריים וחסמים להקמת עסקים חדשים. השלכות אלו בתורן מביאות לפגיעה בהשקעות במשק ובפיריון שמתרגמים לפגיעה בצמיחה. כל זאת, לצד עליה ביוקר המחיה". לעומת זאת, התוכנית מיעטה לעסוק בסוגיות של חוסרים ברגולציה, קשיים בקידום מהיר של רגולציה או היעדר תקציבים וסמכויות מספקות למאסדרים.

47 מנגנונים אלה קבעו בין השאר כי אסדרה בעלת השפעה משקית אשר לדעת רשות האסדרה נפל בה פגם מהותי לא תקודם, אלא אם תוקן הפגם או התקבל אישור מיוחד מוועדת שרים (ס' 22 לתזכיר החוק, לעיל ה"ש 38), וכי רשות האסדרה תוכל להמליץ על טיוב אסדרה קיימת, ואי-קיום המלצתה יוכל להוביל לפקיעת תוקף האסדרה (שם, ס' 28).

48 ראו הוראות תזכיר החוק, לעיל ה"ש 38: ס' 2 לתזכיר החוק הדגיש את מטרתו להפחית נטל אסדרתי עודף: "חוק זה נועד לקדם אסדרה חכמה המגשימה את האינטרס המוגן שביסודה ואת תפקידי המאסדרים על פי דין תוך הפחתת הנטל האסדרתי העודף, בהתחשב בעלות הציות לה ובהשלכותיה על הכלכלה והחברה". ס' 3 לתזכיר החוק אשר מנה "עקרונות אסדרה חכמה" הדגיש שיקולים כלכליים בקביעת אסדרה כמו גם את הצורך לצמצם את העלויות הנובעות ממנה. האינטרסים הציבוריים שהם עילת האסדרה הוזכרו לעומת זאת בדרך אגבית: "האסדרה תיקבע רק במקרים בהם היא נדרשת". ס' 2(2) לתזכיר החוק; "האסדרה תיקבע במטרה להביא לתועלת מרבית למשק ולחברה, תוך איזון בין האינטרס המוגן, מכלול הזכויות והאינטרסים הציבוריים המושפעים מהאסדרה או מהיעדרה, עלות הציות לה והשפעותיה הכלכליות והחברתיות, וככלל על פי ניהול סיכונים". ס' 2(3) לתזכיר החוק; "האסדרה תותאם, במידת האפשר, לגודל של הגורמים הנדרשים ליישמה ולמידת הסיכון הנשקפת מהם". ס' 2(6) לתזכיר החוק; "האסדרה תתמוך, במידת האפשר, בכלכלה תחרותית ובהפחתת יוקר המחיה". ס' 2(8) לתזכיר החוק.

49 במסיבת העיתונאים שבה הכריזו ראש הממשלה בנט, שר האוצר ליכרמן ושר המשפטים סער על התוכנית למדיניות הרגולציה, הם תיארו את עודף הרגולציה כגורם מרכזי ליוקר המחיה; ראו חיים גולדיטש, גד ליאור "בנט: הגורם לסרבול של עסקים וליוקר המחיה זו הממשלה עצמה" Ynet (6.7.2021) <https://katzr.net/ef624f>; זיהוי הרגולציה עם בירוקרטיה ונטל מכביד, בעיקר על עסקים קטנים, נעשה גם על ידי חבר הכנסת אביר קארה, שהצטרף למפלגת ימינה בראשותו של בנט כמוביל מאבקם של העסקים הקטנים והבינוניים נגד הרגולציה. במהלך הדיונים בכנסת על חוק עקרונות האסדרה התבטא קארה בתקיפות נגד הרגולציה; נתי

אידאולוגיות פוליטיות שונות זו מזו. בעוד סיעות הימין בקואליציה דגלו בגישה כלכלית קפיטליסטית, המבכרת את כוחות השוק על פני התערבות המדינה, סיעות השמאל בקואליציה דגלו בתפיסה סוציאליסטית ובמעורבות רגולטורית עמוקה. זאת ועוד, ראשיהן של סיעות אלה התמנו למשרדי ממשלה רגולטוריים מובהקים (משרדי הבריאות, איכות הסביבה, התחבורה וביטחון הפנים), כך שהתנגדותן להצעת החוק שיקפה גם את חששם של משרדים אלה מפני החוק, ובעיקר מפני רשות הרגולציה החדשה.<sup>50</sup>

הצעת החוק קודמה לפיכך רק לאחר עריכת כמה שינויים מהותיים. התוצר הסופי, פרי דיונים ארוכים בוועדת החוקה, חוק ומשפט בהובלתו של יו"ר הוועדה גלעד קריב (חבר כנסת מסיעת העבודה), משקף פשרות פוליטיות בין תפיסות העולם המנוגדות של סיעות וחברי כנסת שביקשו בעיקר להפחית רגולציה לעומת סיעות וחברי כנסת שביקשו לחזקה, או לכל הפחות למנוע פגיעה בה.

המאבק על הצעת החוק התלהט בקשר עם הרכבה של רשות הרגולציה וסמכויותיה. לנוכח ההתנגדות לרשות זו, הוסרו "סמכויות הקצה" שהוצע להעניק לה, ובהן הסמכות לעכב רגולציה עד הבאתה לדיון בוועדת שרים והסמכות להמליץ על פקיעת רגולציה לוועדת שרים אשר תוכל להורות על כך.<sup>51</sup> דוגמה נוספת לשינוי מהותי עקב חילוקי דעות פוליטיים היא סעיף עקרונות האסדרה המיטבית, לו נוספו במהלך דיוני הוועדה שיקולים המדגישים את חשיבות קביעת הרגולציה כמו גם את הצורך לשקול את ההשפעות החברתיות והסביבתיות שלה (ולא רק את השפעותיה הכלכליות).<sup>52</sup>

טוקר "לפרק רגולציה בגרזנים": קבוצת הווטסאפ הסודית של אנשי קהלת ובכירים בממשלה" **דה מרקר** (21.10.2021) <http://tinyurl.com/45j6jhzv>.

50 הצעת החוק נתמכה על ידי ארגוני עסקים כמו גם מכון המחקר פורום קהלת שקרא בשנים קודמות לעגן רפורמה של טיוב הרגולציה בחוק: אביטל בן-שלמה, שחר אבימור, קטיה קנוכלמן, יצחק קליין "טיוב האסדרה בישראל" **פורום קהלת למדיניות**, נייר מדיניות 31 (2017). ההתנגדות להצעת החוק עלתה בעיקר מצד ארגוני סביבה ומשרדי ממשלה בעלי פעילות רגולטורית ענפה: ליטל דוברוביץקי, עמיר קורץ ושלמה טייטלבוים "6 יועצים משפטיים במשרדי הממשלה יוצאים נגד הקמת רשות הרגולציה" **כלכליסט** (22.7.2021) <http://tinyurl.com/5n7mksae>; שני אשכנזי "בחסות חוק ההסדרים: משרד האוצר מתכנן להחליש את המשרד להגנת הסביבה" **גלובס** (8.7.2020) <http://tinyurl.com/57t56njin>.

51 ס' 22, 28-29 לתזכיר החוק, לעיל ה"ש 38. בנוגע להתנגדות סיעות השמאל ראו למשל: שלמה טייטלבוים "מרצ והעבודה דורשות: לעצור את הקמת רשות הרגולציה" **כלכליסט** (19.8.2021) <https://did.li/5EBaa>; שירית אביטן כהן "לילה לפני ההצבעה: פסימיות בקואליציה לגבי העברת חוק ההסדרים" **גלובס** (1.9.2021) <https://did.li/C2vrl>.

52 ס' 2(2) לחוק עקרונות האסדרה: "האסדרה נקבעת במטרה להביא למרב התועלת לחברה ולמשק, תוך שקילת האינטרס המוגן וההשפעות הכלכליות, החברתיות והסביבתיות הנובעות מקביעה או מאי-קביעה של האסדרה ועלות הציות לאסדרה, וככלל, על בסיס ניהול סיכונים". ס' 2(9) לחוק עקרונות האסדרה: "האסדרה נקבעת, במידת האפשר, תוך התחשבות בזכויות ובאינטרסים ציבוריים המושפעים במישורין מהאסדרה או מהעדרה".

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

עיון בחוק עקרונות האסדרה יגלה כי למעט חריג אחד, אין בו התייחסות מפורשת למשמעויות של אי-עמידה בדרישות החוק. החוק שותק גם לגבי מקומה של הביקורת השיפוטית בעניינו. כיצד התקבלה תוצאה זו?

בתוכנית למדיניות הרגולציה, אשר היוותה כאמור בסיס לתזכיר הצעת החוק, הוצג החשש מפני עיגון משפטי של חובת ה-RIA.<sup>53</sup> התוכנית עמדה על כך שהתפיסה בבסיס עולם מדיניות הרגולציה היא שמדובר בעבודה מקצועית פנים-ממשלתית.<sup>54</sup> בתוכנית הוסבר כי פן בעייתי אחד של עיגון חובת ה-RIA נעוץ בכך שתהליך ה-RIA צריך להיות גמיש באופיו ולבטא סדרי עדיפויות הן במישור הפוליטי והן במישור הניהולי: במישור הפוליטי עשויים להשתנות היבטים בתהליך כגון מידת ההתחשבות בעסקים קטנים או באינטרסים ציבוריים אחרים. במישור הניהולי יש להביא בחשבון שיקולי משאבים וזמן כמו גם שיקולי מיומנות.<sup>55</sup> פן בעייתי שני של עיגון חובת ה-RIA, אשר תואר בתוכנית, הוא החשש ממעורבות יתר של ביקורת שיפוטית בתהליך גיבוש הרגולציה. בהקשר זה נעשתה הבחנה בין ביקורת על עצם החובה לבצע תהליך RIA לבין ביקורת על תוכנם של תהליכי ה-RIA, והוסבר כי בעיקר ביקורת מן הסוג השני אינה רצויה. זאת בהינתן שתוכן תהליכי ה-RIA הוא סוגיה מקצועית מובהקת, ועל רקע החשש כי ייעשה שימוש אינסטרומנטלי בביקורת השיפוטית ככלי בידי קבוצות אינטרס המעוניינות לחסום רגולציה חדשה שאינה מיטיבה עמן.<sup>56</sup>

בהמשך לכך נבחנו שלוש חלופות מרכזיות לעיגון חובת ה-RIA בחקיקה: האחת, קביעה מפורשת בחוק מה ייכלל בחובת ה-RIA; השנייה, קביעת חובת ה-RIA דרך עיגון סמכות הבקרה של הגוף הממשלתי על היבטים מסוימים בתהליך, ולא כחובה ישירה; השלישית, עיגון היבטים מסוימים בלבד של חובת ה-RIA בחוק והכתבת שאר ההיבטים בהחלטות ממשלה או מסמכי מדיניות פנימיים אחרים.<sup>57</sup>

53 התוכנית למדיניות הרגולציה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 68–71. קושי נוסף שתואר בתוכנית הוא היעדרו של חוק בישראל המסדיר את ההליך המנהלי באופן רחב יותר, כך שהסדרת הליך גיבוש הרגולציה בלבד עלולה ליצור אנומליה. מנגד צוין, כי קיימים בישראל עקרונות ביחס להליך המנהלי מכוח פסיקה ודברי חקיקה ספציפיים, וכי גם במדינות אחרות נקבע חוק מסגרת נפרד לרגולציה. מסקנת הדברים הייתה כי אין מקום להמתין להשלמת חקיקה כללית בתחום המשפט המנהלי, בהמשך לניסיון משנת 2014 לחוקק את חוק סדרי מינהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד–2014.

54 התוכנית למדיניות הרגולציה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 68.

55 שם, בעמ' 70.

56 שם, בעמ' 70–71. בין היתר הוזכרה בהקשר זה הביקורת שנמתחה בארצות הברית על מעורבות יתר של בתי המשפט באיכות הביצוע של ניתוחי עלות-תועלת שנעשו על ידי הרגולטורים המקצועיים, למרות הכשירות המוסדית הנמוכה יותר שלהם לעניין זה. להרחבה בנושא זה ראו להלן בפרק ה.

57 שם, בעמ' 71. ראו גם פרוטוקול ישיבה 86 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 47–48 (19.10.2021).



ההמלצה בתוכנית הייתה כי חובת ה-RIA תמשיך להיות מעוגנת בהחלטת ממשלה, ולא כחובה מחייבת ישירה בחקיקה. זאת על מנת להבטיח את הגמישות הנדרשת בקביעת תוכן ה-RIA וכפיפותה למדיניות ממשלתית, ובמקביל להבטיח כי התהליך יישאר פנים-ממשלתי, והבקרה עליו תהיה, ככלל, בזירה הממשלתית והציבורית, ולא השיפוטית. לצד זאת, הומלץ לקבוע בחקיקה את סמכות הבקרה של רשות הרגולציה על פעילות הרגולטורים בקיום חובת ה-RIA.<sup>58</sup>

ואולם, הביטוי שקיבלה המלצה זו בנוסח החוק הוא חלקי, משתמע ומותר סימני שאלה רבים.<sup>59</sup> מדיוני ועדת החוקה בנושא נראה כי לא הייתה כוונה לייצר הסדרים ייחודיים בביקורת השיפוטית ביחס להוראות החוק, אך לטעמנו לא ניתן לכך ביטוי מספק בנוסח החוק.

באורח מעניין, בנושא הביקורת השיפוטית התהפכו היוצרות ביחסם של הגורמים השונים שעסקו בהצעת החוק. ככלל, הסיכון העיקרי המיוחס לביקורת שיפוטית על הליך ה-RIA, כפי שיפורט בהמשך, הוא שזו תפגע במאמצים לקדם רגולציה ותשמש כלי שרת בידי גורמים המתנגדים לרגולציה. לכן, תמיכה בביקורת שיפוטית על הליך ה-RIA צפויה לכאורה לבוא מצד התומכים בדה-רגולציה. אולם שאלת הביקורת השיפוטית על החוק לא נבחנה במשקפיים של צידוד ברגולציה או התנגדות לה, אלא הייתה קשורה בתפיסה רחבה יותר לגבי מעמדם של בתי המשפט והביקורת השיפוטית בישראל.

כאמור, הדרג המקצועי, אשר החזיק ככלל בגישה מרחיבה לגבי תהליך ה-RIA, דווקא חשש מהסיכונים הגלומים במעורבות יתר של בתי המשפט וביקש לצמצם אותה, אך לא כלל בתזכיר החוק הבהרה ברורה ומפורשת בעניין זה. סיעות הימין החזיקו אף הן בגישה מרחיבה לגבי תהליך ה-RIA וצידדו בהפחתת רגולציה, אולם גישתן הכללית לגבי התערבות שיפוטית הייתה שלילית, ובהקשרים אחרים הן טענו נגד כוחם המופרז של בתי המשפט והצורך בריסונם. מסיבה זו, ביקורת שיפוטית על תהליך ה-RIA לא הייתה מתיישבת עם תפיסתן ביחס לתפקידה של מערכת המשפט. סיעות השמאל, לעומת זאת,

58 התוכנית למדיניות הרגולציה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 109.

59 לצד האפשרויות שהוזכרו בתוכנית למדיניות רגולציה כיצד לעגן משפטית את חובת ה-RIA, ניתן היה לנקוט דרכים נוספות להבהרת היקפה של הביקורת השיפוטית על חובה זו. אפשר היה לדוגמה לקבוע הוראות שיתייחסו במישרין להשלכות של אי-קיום החובות הקבועות בחוק או נגזרות ממנו, או הוראות שיתייחסו במישרין להיקף הביקורת השיפוטית בנדון. במהלך דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת החוק עלתה אפשרות כזו, בין היתר על ידי מחברי רשימה זו, אך היא נשללה על ידי יו"ר הוועדה. יו"ר הוועדה, גלעד קריב, אמר כי לא תיכלל בחוק כל הגבלה על זכות הגישה לערכאות: "אני אומר מה לא יהיה בחוק. לא תהיה בחוק הזה כל הגבלה על זכות ההגעה לערכאות. זאת נקודת המוצא. זה לא יקרה בחוק הזה. אם יש לזה תולדות, הם יהיו בפרטים האחרים. לא תיכנס לפה שום הוראת חסימת הגעה מכל סוג שהוא. לא יהיה" (פרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 152 (21.1.21)).



מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

הרבו לטעון בשנים שקדמו לחקיקה, בהקשרים אחרים, כי יש להגן בכל תוקף על מערכת המשפט. יש להניח כי החשש העקרוני מפני כרסום בכוחם של בתי המשפט עמד גם בבסיס התנגדותו של יו"ר הוועדה, חבר הכנסת קריב, לכלול בחוק סעיף המגביל את הביקורת השיפוטית.

בחוק יש חריג בודד לשתיקה הכללית בנושא. פרק ה' לחוק מטיל חובה לפרסם את כלל האסדרה הקיימת במאגר אסדרה אחוד. כאשר עלה בדיוני הוועדה החשש כי אי-פרסום דבר אסדרה במאגר יוביל לפסילת תוקפו, ביקש יו"ר הוועדה למנוע השלכה חמורה זו, ועל כן נוספה הוראה מפורשת הקובעת כי אין באי-פרסום במאגר האסדרה כשלעצמו כדי לגרוע מתוקף האסדרה.<sup>60</sup> חריג זה מבליט בעיקר עד כמה לא טופל לעומק הנושא הטעון של ביקורת שיפוטית על חוק עקרונית האסדרה בכלל, ותהליך ה-RIA בפרט.

סיכומו של דבר, למרות החששות שהועלו מפני ביקורת שיפוטית על יישומו של חוק עקרונית האסדרה, לא נכללו בחוק הוראות מיוחדות בעניינה, והדבר יוכרע בסופו של יום על ידי בתי המשפט עצמם. נפנה כעת לתיאור ההוראות המרכזיות בחוק אשר עשויות להיות מושא לביקורת שיפוטית.

#### ד. הוראות מרכזיות בחוק בראי הביקורת השיפוטית

לנוכח היקפו של החוק החדש, הביקורת השיפוטית בעניינו עשויה לחול בהיבטים מגוונים, ובהם הנושאים הבאים:

**ראשית, תחולת החוק.** בהקשר זה עשויה הביקורת השיפוטית לנבוע מההגדרה הרחבה מאוד שניתנה למונח "אסדרה" בסעיף 3 לחוק.<sup>61</sup> כוונת מנסחי החוק בהגדרה זו הייתה להקיף לא רק דברי אסדרה מובהקים, אלא גם אסדרה הנעשית בדרכים פחות פורמליות, כגון פרסום נהלים, חוזרים וגילויי דעת.<sup>62</sup> ואולם, מפאת כלליותה, עלולה הגדרה רחבה זו להציב סימני שאלה משפטיים סביב פעולות שונות של מאסדרים ולהוביל להתדיינויות משפטיות שענינן אילו פעולות הן בגדר "אסדרה" ומהן ההשלכות של קביעת אסדרה שלא במתכונת שנקבעה בחוק.<sup>63</sup>

60 ס' 37(ו) לחוק עקרונית האסדרה. ראו פרוטוקול ישיבה 92 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 11-13 (24.10.21).

61 ראו הגדרות המונחים "אסדרה", "אישור אסדרתי" ו"מאסדר" בס' 3 לחוק עקרונית האסדרה.

62 התוכנית הלאומית לרגולציה, לעיל ה"ש 37, עמודים 42-44; דברי ההסבר להצעת חוק התוכנית הכלכלית, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1128-1129.

63 תחולת החוק נגזרת גם מחריגים המנויים בהגדרות עצמן או בסעיפים אחרים, כגון ס' 41 לחוק, ואף אלה עשויים להיות מושא לביקורת שיפוטית.

**שנית, העקרונות שעל מאסדר להביא בחשבון בעת הצעה או קביעה של אסדרה.** כאמור, סעיף 2 לחוק מונה רשימה של תשעה עקרונות מנחים ל"אסדרה מיטבית", כגון גיבוש האסדרה תוך התבססות מספקת על נתונים הנוגעים לדבר, קביעת האסדרה ככלל על בסיס כללים ואמות מידה מקצועיים המקובלים בחו"ל, קביעת האסדרה בהתחשב בסוגי הגורמים שהיא חלה עליהם ומאפייניהם ועוד. במסגרת דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת הוסבר על ידי משרד המשפטים כי עקרונות אלו נועדו לשמש יעד כללי, מצפן ומטרה שאליה שואפת המערכת הרגולטורית להגיע, ולכן נוסחו בצורה רחבה תוך הותרת גמישות בידי המאסדרים, וכי לא הייתה כוונה כי יקימו חובות אופרטיביות ישירות לרגולטורים, אלא עקרונות מנחים דקלרטיביים.<sup>64</sup> ואומנם, במידה רבה מייצגת רשימה זו אידיאל שספק אם ניתן להגשימו. מסיבה זו כוללים העקרונות עצמם ביטויים שנועדו להקנות גמישות ביישומם ("ככלל", "במידת האפשר" וכיוצא באלה), וההוראה העוסקת בקידום אסדרה לפי העקרונות המנחים נוסחה אף היא באופן מרוכך: נקבע בה כי מאסדר המציע או קובע אסדרה יעשה כן, נוסף על קידום האינטרס המוגן שעל ביצועו הוא מופקד, גם לאור העקרונות המנויים בסעיף 2.<sup>65</sup> ואולם, ככל שהוראה זו ועקרונות האסדרה המיטבית לא ייחזו כקריאה דקלרטיבית באופייה, עשויים אף הם להיות מושא לביקורת שיפוטית. לשם המחשה, סעיף 2 לחוק עשוי להוביל לביקורת שיפוטית שעניינה היקף הבחינה שנדרש מאסדר לעשות ביחס לאסדרה המקובלת במדינות אחרות, או לביקורת שיפוטית שעניינה היחס בין האינטרס המוגן שמכוחו נקבעת הרגולציה לבין אינטרסים אחרים.<sup>66</sup> מכאן, שהעקרונות מנוסחים בצורה רחבה ומותירים שיקול דעת בידי המאסדר,

64 ראו דבריה של יעל קריב ממשרד המשפטים, בפרוטוקול ישיבה 86 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 21 (19.10.21). מנגד, אגב דיונים במשמעות האופרטיבית של סמכות "הרשות" של המאסדרים לשקול עקרונות אלו, הוסבר על ידי יו"ר הוועדה כי סמכות רשות זו צריכה להיות מופעלת בהתאם לכללי הדין המנהלי. ראו דבריו של יו"ר הוועדה גלעד קריב, בפרוטוקול ישיבה 86 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 21 (19.10.21).

65 גם מדברי ההסבר עולה כוונה כי העקרונות המנחים לא יהיו בעלי אופי מחייב: "החוק נועד להביא לכך שאסדרה בישראל תיקבע ברוח שורה של עקרונות מנחים שהם היעד שאליה צריכים מאסדרים לשאוף במסגרת מילוי תפקידם, כדי שהאסדרה שהם קובעים תהיה אסדרה איכותית". דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 62, עמ' 1126. אולם לטעמנו כוונה זו לא קיבלה ביטוי מובהק דיו בנוסח החוק.

66 ראו בהתאמה: עיקרון (4) "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 (להלן – כללים מקובלים במדינות עם שווקים משמעותיים), אלא אם כן מתקיימות נסיבות המצדיקות אחרת"; עיקרון (8) – "האסדרה נקבעת, במידת האפשר, באופן שיש בו כדי לקדם את התחרות הענפית ולהביא להפחתת יוקר המחיה"; עיקרון (9) – "האסדרה נקבעת, במידת האפשר, תוך התחשבות בזכויות ובאינטרסים ציבוריים המושפעים במישרין מהאסדרה או מהעדרה".

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

אך מדובר בעקרונות שנקבע כי ראוי שיישקלו בעת עדכון או קביעה של אסדרה, ויכולה לעלות שאלה בקשר עם נפקות החובה ליישם.

**שלישית, תהליך הערכת השפעות אסדרה.** תהליך זה, הניצב בליבת החוק, כולל בחינה של מטרות האסדרה והצורך בה, שקילת חלופות לאסדרה המוצעת, שיתוף הציבור והערכת השפעות האסדרה לרבות תועלות ועלויות. מאסדרים ממשלתיים מחויבים לבצע תהליך זה במתכונת, באופן ובהיקף כפי שייקבע בהחלטות הממשלה,<sup>67</sup> ותאגידיים ציבוריים מחויבים לבצע תהליך זה בהתאם לפרק ד' לחוק ולהנחיות שייקבעו לעניין זה.<sup>68</sup> הביקורת השיפוטית עשויה לעסוק אם כן בשאלת החובה לבצע תהליך הערכת השפעות אסדרה (למשל, האם התקיים בנסיבות מסוימות פטור מביצוע התהליך) ובשאלות הנוגעות לאופן ביצועו של התהליך. כפי שיפורט בהמשך, הביקורת השיפוטית על תהליך הערכת השפעות האסדרה יכולה להיות מסוגים שונים, בעומקה ובאופייה. כך, למשל, יכולה היא להתמקד בקיום התהליך או לחלופין יכולה היא לעסוק בבחינת שיקול הדעת שהופעל במסגרת התהליך ובהחלטות שהתקבלו בו.

**רביעית, חובות כלליות החלות על מאסדרים לגבי האסדרה שתחת אחריותם.** חובות אלה כוללות בעיקר פרסום של תכנית אסדרה שנתית,<sup>69</sup> בחינה תקופתית של אסדרה קיימת<sup>70</sup> ופרסום כלל האסדרה במאגר אסדרה אחוד שתנהל רשות האסדרה.<sup>71</sup> במבט ראשון, חלק מחובות אלה עשויות להיראות טכניות באופיין, אולם אף הן יכולות להעלות שאלות מורכבות שיובאו בסופו של יום למבחן שיפוטי. כך, למשל, תיתכן עתירה שבמסגרתה ייטען כי תיאור כללי של יוזמת אסדרה בתוכנית האסדרה השנתית לא שיקף אסדרה שהוצגה לאחר מכן בפועל, ועל כן יש לעכב את קידומה. או, למשל, תיתכן עתירה שבמסגרתה ייטען כי תוקפה של אסדרה נפגם כיוון שמאסדר לא בחן במועד שקבע לכך אם השיגה את יעדיה והיא עדיין נדרשת.

67 הגדרת "תהליך הערכת השפעות אסדרה" בס' 3 לחוק עקרונות האסדרה.

68 ס' 34 לחוק עקרונות האסדרה.

69 ס' 28 ו-35 לחוק עקרונות האסדרה. חובה זו כוללת פרסום אחת לשנה של תכנית המפרטת את כל האסדרה המתוכננת לשנה הקרובה. החוק קובע תנאים שרק בהתקייםם ניתן לסטות מתוכנית זו.

70 ס' 24 ו-36 לחוק עקרונות האסדרה. חובה זו כוללת התייחסות בעת קביעת האסדרה למועד שבו תיבחן האסדרה בעתיד. מועד זה צריך שיחול בתקופה שאינה עולה על עשר שנים מיום כניסת האסדרה לתוקף, או חמש שנים אם מדובר באסדרה בעלת השפעה משקית. עוד כוללת החובה הוראות לעניין תוכן הבחינה ופרסום ממצאיה.

71 ס' 38 לחוק עקרונות האסדרה. הפרסום במאגר האסדרה ייעשה לצד חובת פרסום ברשומות או בדרך אחרת הקבועה בדין, ככל שקיימת. ס' 38 קובע כי אין באי-פרסום במאגר האסדרה כשלעצמו כדי לגרוע מתוקף האסדרה, אולם ביחס לאסדרה שאינה טעונה פרסום ברשומות או בדרך אחרת הקבועה בדין, יהווה פרסום זה ראייה לכאורה לנכונות פרטי האסדרה.

**חמישית, עבודת רשות האסדרה וממשקיה עם המאסדרים.** החוק מטיל על רשות האסדרה תפקידים שונים ומסדיר את הממשקים בינה לבין מאסדרים שאינם תאגידיים ציבוריים. ביקורת שיפוטית עשויה להתקיים אם כן בקשר עם פעולות כגון התייעצות של מאסדר עם רשות האסדרה,<sup>72</sup> או בחינת האסדרה הקיימת בתחום מסוים.<sup>73</sup> אף שתהליכים אלה נוגעים להתנהלות בין גופי המגזר הציבורי, הם כוללים לעיתים ביטוי פומבי, ועשויה להיות להם השלכה לא רק על אופן התנהלותם של רשות האסדרה והמאסדרים, אלא גם על דברי אסדרה הנתונים לביקורת שיפוטית.<sup>74</sup>

כאמור בפתח הדברים, רשימה זו תתמקד בביקורת השיפוטית על תהליך הערכת השפעות האסדרה. ביקורת זו עשויה לחול כאשר נתקף ישירות תהליך ההערכה או כאשר נתקף דבר האסדרה עצמו ובמסגרת זו מוצגות טענות הנוגעות לתהליך ההערכה.

## ה. יתרונות וחסרונות של ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה

השאלה אם רצוי לעודד או להגביל ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת אסדרה, וכנגזרת מכך – מהם מאפייניה הרצויים של הביקורת השיפוטית – צריכה להיבחן על רקע יתרונותיה וחסרונותיה של ביקורת זו. הדיון הנרחב שנערך בפסיקה ובספרות באשר למקומה של הביקורת השיפוטית וגבולותיה רלוונטי במידה רבה גם לתהליכי הערכת אסדרה, אולם יש בכל זאת כמה היבטים בביקורת השיפוטית על תהליכים אלה הראויים לעיון מיוחד ואותם נבקש להאיר להלן.

הצדקה יסודית לביקורת שיפוטית היא תרומתה לקיום הוראות הדין. הצדקה זו יפה כמובן גם ביחס לקיום הוראות הדין בידי גופי המדינה. יכולתם של בתי המשפט לפסול פעולות לא חוקיות של גופי המדינה צפויה לתקן הפרות דין שביצעו וכן לשפר את התנהלותם להבא.<sup>75</sup> ביקורת שיפוטית יעילה על קיומו של חוק עקרונות האסדרה עשויה להוביל ליישום הוראותיו של החוק הלכה למעשה, להרתיע את המאסדרים מפני הפרתו

72 ס' 21–23 לחוק עקרונות האסדרה.

73 ס' 27 לחוק עקרונות האסדרה.

74 יש להניח כי שאלת פומביות הממשקים בין רשות האסדרה למאסדרים טובא אף היא לבחינת בית המשפט.

75 השוו בהקשר זה להצדקה העיקרית לביקורת שיפוטית על הליכי חקיקה, לפיה עקרון שלטון החוק מחייב גם את הכנסה עצמה לכבד את חוקיה שלה. בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 158 (1985). כשם שהביקורת השיפוטית מסייעת ב"איתות" כלפי המחוקק על מאפייני הליך החקיקה הראוי והנכון ובכך משפרת את הליכי החקיקה וההקפדה על תקינותם, כך ביקורת שיפוטית על הליכי אסדרה למיניהם (אף אם אינם כרוכים בחקיקה) עשויה להשיג תרומה דומה.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

ולעצב את הנורמות בהתאם לו. לנוכח החשש מביקורת שיפוטית עשויים המאסדרים לפעול באופן קפדני ומעמיק יותר, בהתאם להוראות הפרוצדורליות והמהותיות הקבועות בחוק. כך יושפעו לטובה גם תוצרי הליכי האסדרה ותושג רגולציה איכותית יותר בהתאם לתכלית החוק.<sup>76</sup>

רגולציה חלה על שלל גופים המבצעים פעילות עסקית מגוונת. גם הציבור הרחב כפוף לעיתים ישירות לרגולציה, ובמקרים רבים אחרים הוא מושפע ממנה באופן ישיר או עקיף. בהינתן שכמעט כל היבט מהותי בחיינו, בתחומים מגוונים כגון בריאות, תחבורה, איכות סביבה והשקעות, נמצא כיום תחת מסגרת אסדרתית, השפעתה של הרגולציה על הפעילות העסקית במשק ועל חיי האזרחים היא עצומה. לביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת אסדרה עשויה להיות אם כן השפעה משמעותית בהיבטים של הגנת זכויות הפרט והגבלת שימוש לרעה בכוח שלטוני.<sup>77</sup> היכולת להיכנס לקרביו של תהליך זה מעניקה לבתי המשפט אפשרות ביקורת רחבה ומעמיקה יותר.<sup>78</sup>

ביחס לשתי ההצדקות האמורות – ציות להוראות הדין והגנת זכויות הפרט מפני כוח שלטוני – אפשר לטעון כי הביקורת השיפוטית על החוק החדש צפויה להשתלב בעבודת בתי המשפט הנעשית זה שנים רבות, מכוח כללי המשפט החוקתי והמנהלי, ועל כן אין בה חידוש של ממש. כך, למשל, ביקורת שיפוטית בשאלת קיומה של הסמכה חוקית לקבוע אסדרה או ביקורת שיפוטית בשאלה אם אסדרה היא מידתית מבוצעת כדבר שבשגרה על ידי בתי המשפט. עוד אפשר לטעון כי אף שביקורת שיפוטית מגבילה את כוחם של

76 Cary Coglianese, *Administrative Law: The U.S. and Beyond*, 1656 FACULTY SCHOLARSHIP AT PENN. LAW 7 (2016) ; ראו גם Christopher Carrigan, Jerry Ellig & Zhoudan Xie, *Regulatory Impact Analysis and Litigation Risk*, GW REGULATORY STUDIES CENTER (2020) למחקר המוצא כי דוחות הערכת אסדרה באיכות גבוהה יותר בארצות הברית הפחיתו את ההסתברות שהאסדרה שנקבעה מכוחם תיפסל על ידי בתי המשפט.

77 ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** א 48–52, 63–66 (2010), לגבי החשש מפני פגיעה בזכויות אדם והחשיבות הגוברת של הרגולציה במדינה המינהלית. וראו חשש דומה שהעלתה ברק-ארז כשופטת בע"א 7488/16 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח** (נבו 30.5.2018).

78 ראו אצל זמיר לגבי ההבחנה בין ביקורת שיפוטית צרה לביקורת שיפוטית רחבה, שם הוא מציין בין היתר: "ביקורת שיפוטית יכולה להיות צרה או רחבה. ההבדל בין זו לבין זו חשוב, אם כי קו הגבול ביניהן מטושטש. הביקורת הצרה היא ביסודה ביקורת פורמלית של חוקיות המינהל... לעומת זאת הביקורת הרחבה מורכבת יותר. גם היא, כמו כן, בודקת את הנתונים הגלויים לעין, אך היא אינה מסתפקת בכך. היא מבקשת לחדור גם מעבר למעטה החיצוני של ההחלטה המינהלית לפני ולפנים ההחלטה, כביכול לתוך הנשמה של ההחלטה. ניתן אולי לתמצת את ההבדל בין הביקורת הצרה לבין הביקורת הרחבה כך: הביקורת הצרה שואלת מה, כלומר, מה עשתה הרשות המינהלית; ואילו הביקורת הרחבה שואלת גם מדוע, כלומר, מדוע הרשות המינהלית עשתה כך. כדי לדעת מדוע, צריך לחשוף את שיקול הדעת של הרשות המינהלית: המניעים, השיקולים והמטרות של הרשות, וכן את השקלול והאיזון שהרשות עשתה בין כל אלה" יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** א 133 (מהדורה שנייה, 2010).

המאסדרים, בטווח הארוך היא עשויה להגביר את הלגיטימציה שלהם ושל האסדרה באופן כללי. כך, ביקורת שיפוטית תוביל מאסדרים לקבל החלטות מבוססות יותר ותשפר את האופן שבו הרגולציה נתפסת בעיני המפוקחים והציבור הרחב.<sup>79</sup> לפי גישה זו, ביקורת שיפוטית אשר תוביל לפסילתה של רגולציה לא מוצלחת אינה עניין שלילי, אלא רצוי.<sup>80</sup> בצד החסרונות הגלומים בביקורת השיפוטית על תהליכי הערכת אסדרה, סיכון משמעותי הוא לעיכובים בקביעתה של אסדרה חשובה ולאפקט מצנן (chilling effect) שעלול להיות לביקורת השיפוטית על פעולתם של רגולטורים. הואיל והליכי אסדרה הם לעיתים קרובות ארוכים ומורכבים, בין היתר כאשר נדרשת חקיקה בעניינם, די בעיכוב קצר באמצעות הליך משפטי כדי לגרור עיכוב משמעותי בהשלמת האסדרה – למשל בשל פיזור הכנסת או חילופים ברשות המבצעת. גורמים עסקיים בעלי כוח ומשאבים עלולים לעשות לפיכך שימוש תדיר ואינסטרומנטלי בבתי המשפט, בידיעה שהמחיר שישלמו מקום בו ההליכים שנקטו לא יסתיימו לטובתם אינו משמעותי בהשוואה לתועלת שהשיגו מעיכוב האסדרה.<sup>81</sup> הואיל ותקיפת הליכי האסדרה צפויה להיעשות כאמור בעיקר על ידי קבוצות אינטרסים וגופים עסקיים בעלי כוח, להבדיל מהציבור הרחב, הפוטנציאל העיקרי של הביקורת השיפוטית יהיה הפחתת עוצמת האסדרה מקום בו אין הצדקה לכך.<sup>82</sup> מלבד החשש כי תקיפה בפועל של הליכי הערכת אסדרה בבתי משפט תטרפד כליל את האסדרה או תאריך מאוד את התהליכים, קיים סיכון כי עצם החשש מפני הליכים משפטיים ירתיע רגולטורים השוקלים את קביעתה של רגולציה או יוביל אותם להאריך את תהליך הכנת הרגולציה וקבלת ההחלטות. באופן זה גם הליכים משפטיים ספורים, העוסקים לכאורה במקרים ספציפיים, עשויים להיות בעלי השלכות רוחב על קביעת מדיניות וניהול משאבים רגולטוריים. החשש מליטיגציה עלול ליצור אפקט מצנן שיוביל מאסדרים להתנהלות מתגוננת או נרפית. הוא עלול גם להוביל מאסדרים לבחור דרכים עוקפות כדי

79 ראו Jonathan S. Masur & Eric A. Posner, *Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role*, 85 UNIV. OF CHICAGO L. REV. 935 (2018), במאמר זה מנתחים המחברים שני פסקי דין שבהם פסלו בתי המשפט האמריקאיים אסדרה וטוענים כי בניגוד לביקורת שהושמעה לגבי החלטות אלה, טוב עשו בתי המשפט בפסילת האסדרה.

80 השוו לעניין בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 6.8.2017) שם נקבע כי הליכי חקיקה תקינים והולמים אף יתרמו להגברת הלגיטימיות הציבורית של בית המחוקקים ושל תוצריו.

81 ראו לעניין זה רויטמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 449–454, והחשש המתואר שם שהביקורת השיפוטית תוביל ליצירת "נקודת חדירה" של אינטרסים זרים לתוך הליך העיצוב של הרגולציה השלטונית, באופן שיגביר את השפעתן של קבוצות אינטרס על הרגולציה; עניין מיסוי דירה שלישית.

82 אפשר לטעון כמובן כי ביקורת שיפוטית עשויה לשמש גם את התומכים באסדרה ולמנוע לדוגמה תהליכים בעייתיים של הקלות ברגולציה על ידי גורמי שלטון המבקשים לתת "הנחות רגולטוריות". דומה, עם זאת, כי על פי רוב ננקטים הליכים נגד דברי אסדרה המבקשים להקשות עם גורמים עסקיים ביחס למצב הקיים ששימורו עדיף בראייתם.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

להשיג את מטרותיהם,<sup>83</sup> כגון נקיטת פעולות אסדרה לא פורמליות או פעולות אכיפה חלף פעולות אסדרה לפי החוק, כיוון שפעולות מהסוג הראשון אינן כפופות לתהליך ארוך שקשה לסיימו.<sup>84</sup>

השפעתו של הסיכון להיתקף בהליכים משפטיים על התנהלותם של מאסדרים היא מטבע הדברים קשה לאמידה, שכן היא מתרחשת באופן שאינו גלוי לעין, גם כאשר אסדרה אינה נתקפת בבית המשפט.<sup>85</sup> התופעה של הימנעות מאסדרה נחוצה, התארכות הליכי אסדרה וגידול בתשומות הזמן והעלויות הכרוכות בהם בשל ביקורת שיפוטית מוכרת בספרות כ"התגרמות" (Ossification) של הליך האסדרה, ולמעשה גם של דברי האסדרה עצמם.<sup>86</sup> ככל שהליכי האסדרה הופכים למסורבלים וקשים יותר, כך הופכת האסדרה קשיחה, מיושנת ולא מותאמת להתפתחויות הדינמיות בפעילויות הטעונות אסדרה.

טענה נוספת נגד ביקורת שיפוטית רחבה גורסת כי יכולתם של בתי המשפט לבחון את האסדרה על פי דוחות הערכת אסדרה היא מוגבלת. סיבות עיקריות לכך הן כי רגולציה נקבעת בתנאי אי-ודאות ותחת אילוצים רבים, ובתי המשפט אינם בעלי ניסיון ומומחיות בעיצוב רגולציה בהשוואה לגופי המדינה המוסמכים ואחראים לכך.<sup>87</sup> זאת ועוד, בתי המשפט נדרשים לטפל בסוגיות ספציפיות המובאות לפתחם, בנקודות זמן ספציפיות, על בסיס טענותיהם של צדדים לסכסוך משפטי קונקרטי. הם חסרים היכרות מתמשכת עם הפעילות המפוקחת ואין להם גם כלים לעסוק בה באופן מתמשך, הנחוץ לשם הגשמת יעדי פיקוח ומדיניות ארוכי טווח.<sup>88</sup> חשש קשור הוא כי בתי המשפט עלולים להיכנס אגב ההכרעה בנושאי אסדרה לסוגיות שנויות במחלוקת מבחינה ציבורית, ולהפוך, לעיתים בעל

83 ראו Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 DUKE L.J. 1385, 1393–96, 1412–14 (1992); John H. Cochrane, *Cost Benefit Analysis as a Framework for Financial Regulation*, 43 JOURNAL OF LEGAL STUDIES (June 2014); Robert J. Jackson, Jr., *Comment: Cost-Benefit Analysis and the Courts*, 78 LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS. 55 (2015).

84 Jackson, לעיל ה"ש 83, בעמ' 60. ראו באופן כללי על הבעיות הקשורות ברגולציה הנעשית בסביבה רוויית הליכים משפטיים אצל קגן: ROBERT A. KAGAN, *ADVERSARIAL LEGALISM – THE AMERICAN WAY OF LIFE* ch. 9 (2<sup>nd</sup> ed. 2019).

85 אף שעתיירות נגד דברי אסדרה מוגשות רק ביחס לחלק קטן מתוך כלל דברי האסדרה, די בעצם הסיכון להיתקף בבית משפט כדי לשנות התנהלות, קל וחומר כאשר הסיכון המשפטי התממש במקרה זה או אחר. מכאן שחישוב פשטני של מספר ההליכים המשפטיים או של תוצאותיהם (בכמה מקרים התערבו בתי המשפט בפועל בדברי אסדרה) אינו משקף את עוצמת האפקט המצטק. ראו גם Coglianesi, לעיל ה"ש 76, בעמ' 7, המסכם מחקרים בעלי תוצאות סותרות באשר לשאלה עד כמה התערבות שיפוטית השפיעה בפועל על קביעת אסדרה בארצות הברית.

86 McGarity, לעיל ה"ש 83; Richard J. Pierce, Jr., *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, 47 ADMIN. L. REV. 59, 60–62 (1995).

87 Jackson, לעיל ה"ש 83, בעמ' 56.

88 שם.

כורחם, לגורם המכריע בהן חלף הרשות המבצעת.<sup>89</sup> הביקורת על מעורבות יתר של בתי המשפט עלולה להוביל לפגיעה באמון הציבור בהם ולשחיקה במעמדם, ואף להצעות להגביל את כוחם.<sup>90</sup>

הטענה במישור המוסדי, שלפיה בתי המשפט אינם הגורם המתאים להכריע בין חלופות רגולטוריות ולהתערב בתוכנם של דברי אסדרה, אינה זרה לעוסקים בביקורת שיפוטית בהקשרים אחרים.<sup>91</sup> שיקולים מוסדיים הובילו את בתי המשפט עצמם לנקוט דוקטרינות שונות המסייגות את מידת התערבותם. דוקטרינות אלה יכולות לנוע מחוסר התערבות מוחלט (למשל דוקטרינת אי-השפיטות) ועד ריסון בהתערבות (למשל הדוקטרינה בדבר חזקת תקינות במעשי המינהל).<sup>92</sup> בהתאם לגישתו הנוכחית של בית המשפט העליון, בתי המשפט כשירים אומנם להכריע בסוגיות מגוונות במובן הנורמטיבי, כלומר לקבוע אם התנהגות נעשית על פי דין, אולם במובן המוסדי יש עניינים שעל פי מהותם עדיף כי יוכרעו על ידי רשות אחרת, קרי, על ידי הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת, ולא על ידי בית המשפט.<sup>93</sup> ההצדקות לכך נעוצות בתוכן הסוגיות, בזהות הגוף המכריע או באופי ההכרעות. נושאים מובהקים שבעניינם ביקשו למשל בתי המשפט להימנע מדיון היו קשורים במדיניות בתחומי יחסי החוץ, הביטחון הלאומי או הכלכלה.<sup>94</sup> גם בהקשרים אחרים ניתן למצוא החלטות רבות של בתי המשפט שאינן נשענות אומנם על אי-שפיטות

89 טענה שנשמעה רבות בארצות הברית היא כי נעשה שימוש בתהליכי עלות-תועלת כדי לבלום רגולציה בנושאי איכות הסביבה מסיבות פוליטיות. כאשר תהליכים אלה הגיעו לפתחם של בתי המשפט, הופנתה הביקורת גם אליהם. ראו FRANK ACKERMAN & LISA HEINZERLING, PRICELESS: ON KNOWING THE PRICE OF EVERYTHING AND THE VALUE OF NOTHING (2004); RICHARD L. REVEZ & MICHAEL A. LIVERMORE, RETAKING RATIONALITY: HOW COST-BENEFIT ANALYSIS CAN BETTER PROTECT THE ENVIRONMENT AND OUR HEALTH (2008).

90 ראו אצל זמיר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 140–146.

91 ראו בהרחבה יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** א 149–220 (2022). גישתו הכללית של דותן היא כי ניתן להצדיק התערבות שיפוטית בהחלטות הרשות המבצעת רק במקרים שבהם יש לבית המשפט יתרון מוסדי יחסי על פני מוסדות אחרים המקבלים החלטות שלטוניות ומנגנוני ביקורת חלופיים הקיימים במערכות הציבוריות. שם, בעמ' 24.

92 ראו יואב דותן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 241–275, ואצל זמיר, לעיל ה"ש 90, בעמ' 122–130. ראו לגבי חזקת התקינות דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** ד 24–47 (2017); יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המינהלי" ספר אור 741 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).

93 ראו עוד בסוגיית השפיטות: בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב (2) 441 (1988); זמיר, לעיל ה"ש 90, בעמ' 122–130; דפנה ברק-ארו, לעיל ה"ש 92, בעמ' 306–345. לביקורת על פסק דין **רסלר** והשלכותיו כנקודת מפנה בסוגיית השפיטות ראו דותן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 249–263.

94 ראו בג"ץ 7844/07 **כהן נ' ממשלת ישראל**, פס" 20–24 (נבו 14.4.2008), אשר עסק במדיניות מיגון בתים באזור עוטף עזה. בהחלטה צוין כי נדרש ריסון משפטי מיוחד בהחלטות מדיניות העוסקות בענייני ביטחון, אם כי גם אלה אינן אטומות לחלוטין מפני ביקורת שיפוטית, במיוחד כאשר יש למדיניות ולהליכי ביצועה נגיעה ישירה להיבטים של זכויות אדם.



מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

מוחלטת, אך מכירות בסוגי עניינים שלגביהם יפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית בהיקף מצומצם.<sup>95</sup> כך, למשל, בתי המשפט נוטים להפעיל ביקורת שיפוטית מצומצמת בנושאים מקצועיים הדורשים מומחיות רבה.<sup>96</sup> בדומה לכך, בתי המשפט קבעו כי ייטו שלא להתערב בדברי חקיקה.<sup>97</sup>

הזהירות במישור המוסדי ביחס לתהליכי הערכת השפעות אסדרה מתבקשת משני טעמים נוספים, שיפורטו עוד בהמשך. הטעם הראשון הוא שכל אחד מרכיבי תהליך הערכת השפעות האסדרה נתון ליישום בדרכים רבות ועל כן גם חשוף לתקיפה בטענות רבות. לשם המחשה, עיקרון כמו בחינת הסדרי רגולציה בחו"ל יכול להיות מיושם באופן מוגבל ותמציתי, או להבדיל, באמצעות מחקר מקיף מאוד. אפשר אם כן להעלות טענות רבות לגבי אופן יישום העיקרון, למשל כי לא נבחנו כל ההסדרים הרלוונטיים ברגולציה בחו"ל או כי לא אומצה רגולציה זרה מקום שהדבר היה אפשרי. הטעם השני הוא שהמוקד של תהליך הערכת השפעות האסדרה אינו משפטי. מדובר ביצירה של נורמה חדשה, ועל כן לרוב הדגש בתהליך אינו פרשנות של סעיפי הדין או גבולות ההסמכה החוקית. שאלות מסוג זה עשויות לעלות בתהליך האסדרה, אולם הדגש הוא מקצועי וענייני כללי ההתנהגות שיחולו על הפעילות המפוקחת. התהליך מבוסס על סדרת שלבי עבודה: פריסת התשתית העובדתית הרלוונטית לאסדרה, זיהוי של צורך באסדרה והתועלת שתצמח ממנה, בחינה של חלופות מרכזיות ובחירה ביניהן, בחינת ההשפעות הישירות והעקיפות שצפויות להיות לאסדרה, וקיום של תהליך שיתוף ציבור. איכות הביצוע של שלבים אלה יכולה להשתנות מאוד ממקרה למקרה. היא תלויה בין היתר באופי האסדרה ובמשאבי המאסדרים. זאת

95 לפירוט סוגי עניינים שבהם מפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית מצמצמת ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** ד' 2538–2551 (2017). לדוגמה שאינה במישור הביקורת השיפוטית על פעולות המינהל, השוו לכלל שיקול הדעת העסקי שנקלט בפסיקה בישראל, ולפיו מוקנית לנושאי משרה בחברות "חזקת תקינות" כל עוד התובע לא הרים את הנטל להראות כי החלטתם התקבלה בחוסר תום לב, מתוך ניגוד עניינים או שהייתה בלתי "מידועת". ככל שלא יעלה בידי התובע לעשות כן, יוסיפו נושאי המשרה ליהנות מהחזקה כי החלטה שקיבלו הייתה סבירה, והתביעה נגדם "תיחתם". במסגרת הדיון בשאלה אם עלה בידי התובע לסתור את חזקת התקינות, זוכים נושאי המשרה להגנה מפני ביקורת שיפוטית מהותית על החלטותיהם העסקיות, והביקורת מתמקדת בהליך קבלת החלטה בחברה. ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוביץ, פס' 75 (נבו 28.12.2016). בין הטעמים להתערבות השיפוטית המוגבלת מנה בית המשפט העליון את אופי החלטות העסקיות שהוא בעל חוסר ודאות אינהרנטי, החשש מפני הרתעת יתר מפני קבלת החלטות הטומנות בחובן סיכון, יכולתו המוגבלת של בית המשפט לקיים ביקורת הולמת על החלטות עסקיות והנזקים העלולים לנבוע מריבוי תביעות. שם, פס' 68.

96 ראו זמיר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 2548–2551 והאסמכתאות שם.

97 ראו בפירוט בהמשך במסגרת הדיון באסדרה הנקבעת בחקיקה ראשית או בתקנות המאושרות בידי הכנסת.

ועוד, גם תוצאות האסדרה יכולות להשתנות מאוד ממקרה למקרה, ואין כל ערובה כי אסדרה מסוימת תגשים את מטרותיה.

לצד היתרונות הגלומים אם כן בביקורת שיפוטית, יש לתת את הדעת לכך שביקורת שיפוטית רחבה על תהליכי הערכת השפעות האסדרה עלולה לייצר קשיים לא מבוטלים. על שאלת הצורך בביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת אסדרה, והיתרונות והחסרונות הגלומים בה, אפשר ללמוד ממבט השוואתי לארצות הברית ואירופה. בעוד הביקורת השיפוטית באירופה לא עסקה באופן נרחב בתהליכי הערכת אסדרה,<sup>98</sup> בארצות הברית ניתן לראות מעורבות שיפוטית הולכת וגוברת בתהליכים אלה. אפשר לתלות פער זה בגורמים שונים. כך, למשל, הועלתה סברה כי בתי המשפט באירופה נמנעו מביקורת שיפוטית בנושא RIA כיוון שזו מעוגנת לרוב במסמכים "רכים" (soft law documents) אשר אינם מחייבים משפטית.<sup>99</sup> סברה אחרת היא כי בארצות הברית היקף הסמכויות שהואצל לרשויות לקבוע רגולציה הוא משמעותי מאוד, ובהתאמה גם הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכויות אלה רחבה יותר.<sup>100</sup> אפשרות נוספת היא כי הדבר נובע מנסיבות כלליות, שאינן ייחודיות דווקא לתהליכי הערכת אסדרה, כגון מידת הנגישות של עותרים פוטנציאליים לבתי המשפט ומידת הנכונות של בתי המשפט לבחון דברי אסדרה ולהתערב בהם.<sup>101</sup>

אף שגם בארצות הברית יש התומכים בהרחבת הביקורת השיפוטית על תהליכי הערכת אסדרה,<sup>102</sup> דומה כי מצב הדברים שם משקף את התממשות החששות ביחס להתערבות שיפוטית מופרזת. זו באה לידי ביטוי בליטיגציה רבה סביב דברי אסדרה, בהתערבות של

98 לאופן שבו בתי המשפט באירופה הביאו במקרים מסוימים בחשבון את עבודת ה-RIA במסגרת בחינת מידתיות, ראו ANNE MEUWESE & PATRICIA POPELIER, THE LEGAL IMPLICATIONS OF BETTER REGULATION: AN INTRODUCTION, EUROPEAN PUBLIC LAW 462-63 (2011); Alberto Alemanno, *Courts and Regulatory Impact Assessment*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 129-30 (2017); Claudio M. Radaelli & Gaia Taffoni, *The Trustworthiness Test for Regulatory Impact Assessment and Judicial Review*, IN THE CRISIS OF CONFIDENCE IN LEGISLATION 103, 113-14 (Maria De Benedetto, Nicola Lupo and Nicoletta Rangone eds., 2020).

99 Alemanno, לעיל ה"ש 98, בעמ' 129; MEUWESE & POPELIER, לעיל ה"ש 98, בעמ' 462.

100 MEUWESE & POPELIER, שם.

101 בספרו הידוע משנת 2000 הסביר רוברט קגן מדוע בארצות הברית קיימת נטייה חזקה יותר מאשר במדינות אחרות לפנות להליכים משפטיים. ראו KAGAN, לעיל ה"ש 84. ראו אצל Coglianesi, לעיל ה"ש 76, סיכום תמציתי של מחקרים התומכים או מתנגדים לטענה כי בארצות הברית ההסתברות של גורמי מדינה להיתקף בבתי משפט גבוהה ביחס למדינות אחרות, וכי החשש מביקורת שיפוטית גורר עיכובים משמעותיים בקביעת רגולציה.

102 ראו למשל Masur & Posner, לעיל ה"ש 79; Brian Mannix & Bridget CE Dooling, *Codifying the Cost-Benefit State*, C. Boyden Gray Center for the Study of the Administrative State Research Paper 19-19 (2019).

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

בתי משפט בניתוחי עלות תועלת המבוצעים על ידי הרשויות, ואף בפוליטיזציה של התהליך השיפוטית. התמיכה ברגולציה וההתנגדות לה מבוססות לעיתים קרובות על קווים מפלגתיים (המפלגה הדמוקרטית והמפלגה הרפובליקאית, בהתאמה) באופן המקריין על החלטות בתי המשפט והתייחסות הציבור אליהן.<sup>103</sup> העיסוק הנרחב של בתי המשפט בארצות הברית בדברי אסדרה מהווה אם כן לדעתנו דוגמה שאין לשאוף אליה, אלא ללמוד ממנה לשלילה.

תהליך קביעתה של אסדרה פדרלית בארצות הברית נגזר ממקורות שונים.<sup>104</sup> כך, למשל, שלב שיתוף הציבור הנערך במקרים רבים ומכונה "notice and comment" מבוסס לרוב על דרישה ותיקה הקבועה בחוק סדרי המנהל האמריקאי משנת 1946 (להלן – חוק ה-APA).<sup>105</sup> המקור המרכזי לתהליכי הערכת השפעות אסדרה בארצות הברית הוא צו נשיאותי 12866, המכתיב את התהליך הנדרש ביחס לכל דבר אסדרה משמעותי וכן את הבקרה החיצונית עליו. מקורו של צו זה הוא בתקופת ממשל רייגן, אשר במסגרת מאמציו להגביל רגולציה פרסם צו נשיאותי שחייב רשויות פדרליות (למעט רשימה מצומצמת של רשויות פדרליות עצמאיות) לעמוד בשורה של דרישות לשם קביעת רגולציה חדשה ולהגיש העתק מכל רגולציה כאמור לביקורת של גוף מרכזי בממשל (The Office of Information and Regulatory Affairs, או בקצרה OIRA).<sup>106</sup> בין היתר נדרשו הרשויות להכין ניתוח השפעות (Impact Analysis) לכל רגולציה משמעותית אשר השפעתה על הכלכלה נאמדת ב-100 מיליון דולר ומעלה. גישתו של רייגן נבעה כאמור מתפיסה המזוהה עם המפלגה הרפובליקאית, אשר ככלל תומכת בכוחות השוק ומתנגדת לרגולציה, אך תפיסת הערכת השפעות האסדרה שהציג אומצה אחריו ופותחה גם על ידי נשיאים מהמפלגה הדמוקרטית. כך, צו 12866 שנקבע בתקופת ממשל קלינטון צמצם אומנם את היקף דברי האסדרה הטעונים בקרה חיצונית של OIRA, אך הותיר את החובות העיקריות בעינן.<sup>107</sup> בהתאם לצו זה, עבור כל דבר אסדרה משמעותי<sup>108</sup> נדרשת הרשות הפדרלית המתעתדת לקבעו להעביר

103 ראו, למשל, בנוגע לזיהוי הפוליטי של השופטים שפסקו בעניין Business Roundtable שיחואר בהמשך: Joan C. Coates IV, *Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Case Studies and Implications*, 124 YALE L.J. 882, 886–85 (2015).

104 ראו CRS, לעיל ה"ש 32.

105 שם, בעמ' 5–8.

106 הצו הנשיאותי שפרסם הנשיא רייגן הוא Executive Order 12291 (Feb. 17, 1981). ראו על הרקע לצו אצל APPELBAUM, לעיל ה"ש 32. הצו הנשיאותי שפרסם הנשיא קלינטון בשנת 1993 והחליף אותו הוא צו נשיאותי 12866 (Sep. 30, 1993).

107 צו 12866 החליף את צו נשיאותי 12291. יש לציין כי למעשה בתקופתו של כל נשיא אמריקאי נערכו שינויים בצו 12866, לרבות באמצעות צווים אחרים, אך ביסודו של דבר עיקריו נותרו בעינם.

108 צו 12866, לעיל ה"ש 106, ס' 3(f), מגדיר דבר אסדרה כמשמעותי אם השפעתו על הכלכלה מוערכת ב-100 מיליון דולר ומעלה לשנה או אם ישפיע לרעה באופן מהותי על הכלכלה או

ל-OIRA טיוטה של דבר האסדרה עם הסבר בדבר נחיצותו לצד הערכת העלויות והתועלות הגלומות בו. בנוסף לכך הטיל הצו חובה לבחון באופן תקופתי דברי אסדרה משמעותיים במטרה לבדוק אם יש צורך בתיקונם או ביטולם.<sup>109</sup>

צו 12866 קובע מפורשות כי דרישותיו אינן יוצרות בסיס חדש לביקורת שיפוטית זו.<sup>110</sup> ואולם, חרף כוונה זו, ניכרת מגמה של בתי המשפט בארצות הברית להתערב ברגולציה על בסיס הליכי RIA שקדמו לה. יתרה מכך, בתי המשפט בארצות הברית הסיקו כי קיימת חובה דומה לבצע הליכי RIA גם ביחס לרשויות פדרליות עצמאיות, אשר אינן כפופות לצו 12866, והתערבו מקום בו סברו כי האופן שבו עשו כן אינו תקין. הבסיס השכיח ביותר להתערבות בתי המשפט הוא על בסיס חוק ה-APA המתייחס למצב שבו בית המשפט מצא שפעולה מנהלית הייתה "שרירותית או קפריזית" (arbitrary and capricious).<sup>111</sup> בית המשפט העליון האמריקאי קבע אומנם כי בביקורת השיפוטית על בסיס סטנדרט זה, בתי המשפט אינם צריכים להחליף את שיקול דעתה של הרשות ועליהם להתערב רק אם הרשות כשלה בבחינת המידע הרלוונטי ובהצגת הסבר רציונלי בין הבסיס העובדתי לבין הפעולה הרגולטורית שנבחרה,<sup>112</sup> אולם בפועל התערבות בתי המשפט בתהליכי הערכת אסדרה לפי סטנדרט שיפוטי זה הייתה משמעותית. להלן שני מקרים ידועים העשויים להמחיש את אופי הביקורת השיפוטית.

בהחלטה בעניין Business Roundtable v. SEC משנת 2011<sup>113</sup> פסל בית המשפט הוראה של רשות ניירות ערך האמריקאית (U.S. Securities and Exchange Commission), או בקצרה (SEC), אשר עסקה באפשרות של בעלי מניות להציע מועמדים לדיקטטוריונים, בין היתר על בסיס הטענה שה-SEC לא העריכה וכימתה כראוי את העלויות הכרוכות בהוראה. ההחלטה באה בהמשך לשורת החלטות של בית המשפט בשנים קודמות שבהן נפסלו דברי אסדרה

סקטור שלה; הוא לא עקבי או פוגע בתוכניות של רשות אחרת; הוא משנה באופן מהותי השפעה של תוכנית תקציבית; או שהוא מעורר שאלות משפטיות או מדיניות חדשניות.  
109 צו 12866, לעיל ה"ש 106, ס' 5.

110 צו 12866, לעיל ה"ש 106, ס' 10: "Nothing in this Executive Order shall affect any otherwise available judicial review of agency action. This Executive order is intended only to improve the internal management of the Federal Government and does not create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or equity by a party against the United States, its agencies or instrumentalities, its officers or employees, or any other person"

111 חוק ה-APA קובע את ההליכים לקביעת דברי אסדרה על ידי רשויות פדרליות וכן את הנסיבות שבהן תתקיים ביקורת שיפוטית שתחול בעניינם. הביקורת השיפוטית לפי חוק זה מהווה ברירת מחדל, אלא אם כן יש דין אחר הקובע אחרת. סטנדרט הביקורת בגין "שרירותיות או קפריזיות" קבוע בס' 706(2)(A) לחוק ה-APA.

112 Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Auto Mutual Insurance Co. 463 U.S. 29, 42-44 (1983). ראו ביחס לסטנדרט שיפוטי זה – CRS, לעיל ה"ש 32, בעמ' 13-15.

113 Business Roundtable v. SEC, 647 F. 3d 1144 (D.C. Cir. 2011).

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

שקבעה ה־SEC. בהחלטות אלה קבע בין היתר בית המשפט כי אף שה־SEC אינה כפופה לצו נשיאותי 12866, היא חייבת בביצוע תהליך הערכת השפעות אסדרה, הכולל ניתוח תועלות ועלויות. לגישת בית המשפט החובה לבצע תהליך זה נבעה מהוראה כללית בדיני ניירות ערך שלפיה על ה־SEC מוטל לשקול אם פעולותיה מקדמות יעילות, תחרות והיווי הון (efficiency, competition, and capital formation), ואי־ביצוע התהליך כנדרש מהווה הפרה של חוק ה־APA.<sup>114</sup>

בעניין Business Roundtable קבעה הוראת ה־SEC כי חברות ציבוריות יידרשו למסור מידע למשקיעים לא רק בנוגע למועמדים לדירקטוריון המוצעים על ידי דירקטוריון החברה עצמו, אלא גם בנוגע למועמדים לדירקטורים המוצעים על ידי בעלי מניות, במטרה להקל על אפשרות מינויים.<sup>115</sup> ההוראה התקבלה ברשות ניירות ערך אחרי תהליך שנמשך כעשור שנים וכלל פרסום מפורט להערות ציבור והתייחסות אליהן. בית המשפט, בהחלטה קצרה למדי, פסל את ההוראה תוך העברת ביקורת קשה על אי־הערכת השפעותיה כנדרש על ידי ה־SEC. הוא הצביע בין היתר על סתירות בהנמקות להוראה, על כשל בהערכת עלויות מסוימות, על אי־הערכת עלויות אחרות ועל אי־מתן תגובה נאותה לבעיות שהועלו בתהליך הערות הציבור.<sup>116</sup> על בסיס אלה קבע בית המשפט כי ה־SEC פעלה באופן "שרירותי וקפריזי" ופסל את ההוראה.

ביקורת רבה נמתחה על החלטה זו,<sup>117</sup> ועיון בה מגלה כי אף אם היה צדק בחלק מקביעות בית המשפט, הרי שבמסגרת הביקורת השיפוטית הוא ביצע בחינה מפורטת של

114 לסקירה ביקורתית של החלטות אלה ראו Coates, לעיל ה"ש 103, בעמ' 912–920.  
115 ההצעה נעשתה במסגרת Exchange Act Rule 14a-11. בארצות הברית נעשה מינוי הדירקטורים בחברות ציבוריות בתהליך המכונה Proxy Process, שבמסגרתו מציע בדרך כלל דירקטוריון החברה לאסיפה הכללית מועמדים למינוי לדירקטוריון. המידע הנמסר לבעלי המניות כולל מידע על המועמדים ועל אופן ההצבעה. בעל מניות המבקש להציע מועמד אחר יכול לעשות זאת באופן נפרד באמצעות הגשת הצהרת Proxy Statement והגשת תמיכה מבעלי מניות, בפעולה המכונה Proxy Context. ההוראה שקבעה ה־SEC שינתה את יחסי הכוחות בין החברות הציבוריות לבעלי המניות בהן בכך שחייבה חברות לכלול בחומרי ההצבעה שלהן גם מועמדים חיצוניים, ומטרתה הייתה להעניק אפשרות אפקטיבית יותר לבעלי המניות להציע מועמדים משלהם. העתירה נעשתה על ידי ה־Business Roundtable, איגוד של החברות הציבוריות הגדולות בארצות הברית.

116 לשם המחשה: בית המשפט סבר כי ה־SEC הסתמכה על מידע אמפירי לא מספק בהסיקה כי ההוראה החדשה תשפר את תפקוד הדירקטוריונים ותגדיל את שווי החברות; הוא קבע כי ה־SEC לא העריכה כנדרש את הסיכון שבעלי מניות עם אינטרסים מיוחדים (כגון קרנות פנסיה) ינצלו את הכוח שניתן להם בניגוד לטובת החברות; וסבר כי ה־SEC העריכה באופן מלאכותי בחסר את מספר החברות שיידרשו להציג מועמדים חיצוניים במטרה לשקף עלויות נמוכות שינבעו מההוראה החדשה. Business Roundtable, לעיל ה"ש 113, בעמ' 1148–1153.

117 ראו, למשל, James D. Cox & Benjamin J.C. Baucom, *The Emperor Has No Clothes: Confronting the DC Circuit's Usurpation of SEC Rulemaking Authority*, 90 TEX. L. REV.

השיקולים והניתוח הכלכלי שערכה ה-SEC והתערב בהם. ההוראה נפסלה אף שלא עלתה שאלה באשר להסמכה החוקית לקבוע אותה.

בהחלטה מפורסמת אחרת משנת 2015 – Michigan v. Environmental Protection Agency<sup>118</sup> – קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי הרשות להגנת הסביבה האמריקאית (U.S. Environmental Protection Agency, או בקצרה EPA) מחויבת לבצע הערכת עלות-תועלת פורמלית לשם מסקנה כי נדרשת רגולציה שמטרתה הגבלת פליטות מזהמות של תחנות כוח.

ההחלטה עסקה בהסמכה שניתנה ל-EPA להגביל זיהום בחוק אוויר נקי האמריקאי. הסמכה זו חלה בין היתר ביחס לתחנות כוח, אולם בהינתן שאלה הוכפפו בנוסף לכך לדרישות רגולטוריות שעשויות היו להפחית ממילא את זיהום האוויר מצידן, נקבע כי קודם לקביעת אסדרה בענייני תשלום ה-EPA מחקר בנדון ותשתית רגולציה רק אם השתכנעה על בסיס ממצאי המחקר כי הרגולציה מתאימה ונחוצה ("appropriate and necessary"). ה-EPA השלימה את המחקר בשנת 1998 וקבעה שנתיים לאחר מכן כי רגולציה על תחנות הכוח היא מתאימה ונחוצה. בהמשך להליך משפטי שבו הפסידה, אשררה ה-EPA בשנת 2012 את קביעתה בדבר הצורך ברגולציה. בעשותה כן הסבירה ה-EPA כי אינה נדרשת לאמוד את עלויות הרגולציה, אולם היא פרסמה דוח הערכת השפעות רגולציה (RIA) שבו נכללו חישובי עלות ותועלת. על פי דוח זה, הרגולציה צפויה לעלות לתחנות הכוח 9.6 מיליארד דולר בשנה, בעוד התועלת הישירה הניתנת לכימות הצפויה ממנה תאמוד על 4–6 מיליון דולר בשנה בלבד. בד בבד העריכה ה-EPA כי התועלות הכוללות של הרגולציה צפויות להיות בטווח שבין 37 ל-90 מיליארד דולר בשנה.<sup>119</sup>

23 מדינות בארצות הברית יחד עם כמה קבוצות תעשייה תקפו את החלטת ה-EPA, ולאחר שעתירתן נדחתה, ערערו לבית המשפט העליון אשר קיבל את העתירה ברוב של 5 מול 4 שופטים. דעת הרוב קבעה כי מן הדרישה שהרגולציה תימצא מתאימה ונחוצה מתחייב גם שייבחנו עלויות הרגולציה, וכי בחינה זו צריך שתיעשה כבר בעת ההחלטה על הצורך ברגולציה, ולא בהמשך כאשר תיקבע הרגולציה עצמה. דעת המיעוט, לעומת זאת, גרסה כי אומנם יש להביא בחשבון את עלויות הרגולציה, אך אין צורך לעשות כן בשלב

1811 (2011); Bruce Kraus & Connor Raso, *Rational Boundaries for SEC Cost-Benefit Analysis*, 30 YALE J. ON REG. 289 (2013); Jill E. Fisch, *The Long Road Back: Business* Roundtable and the Future of SEC Rulemaking, 36 SEATTLE UL REV. 695 (2012); וראו אצל Coates, לעיל ה"ש 103, בהערת שוליים 116 והטקסט הנלווה לה.

Michigan v. EPA, 135 S. Ct. 2699, 2706–07 (2015) 118

Michigan v. EPA, לעיל ה"ש 118, בעמ' 1–5. 119

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

מקדמי שעה שברור כי הרגולציה צפויה להציל חיים רבים, וכי ניתן לערוך את חישובי העלות והתועלת בשלבים מאוחרים יותר בתהליך הרגולטורי.<sup>120</sup> החששות שהובעו בעקבות פסיקה זו נגעו בין היתר לדגש הרב שניתן על ידי בית המשפט לעלויות הרגולציה, אף בפרשנות חוק שתכליתו המרכזית היא בריאות הציבור, ולחובה שעשויה לעלות מן ההחלטה לבצע כימות של עלויות הרגולציה בכל שלב בתהליך הרגולטורי.<sup>121</sup> בנוסף לכך, בדומה לחשש שהועלה בקשר עם ההחלטה בעניין *Business Roundtable*, נמתחה ביקורת לפיה ההליכים המשפטיים התוקפים תהליכי הערכת אסדרה בארצות הברית, תוך הדגשת הפן הכמותי של עלויות ותועלות הרגולציה, הופכים כלי שרת בידי קבוצות אינטרסים חזקות כדי לטרפד רגולציה.<sup>122</sup> ההחלטות האמורות ממחישות אם כן כאמור את החששות מפני התערבות שיפוטית מופרזת וריבוי ליטיגציה בנוגע לתהליכי הערכת השפעות אסדרה.

## ו. הביקורת השיפוטית על אסדרה עובר לכניסת חוק עקרונות האסדרה לתוקף

ההכרה ברגולציה כשדה פעילות מרכזי המשפיע על חיינו הפכה זה מכבר לרווחת. ביטוי יפה לחשיבותה של הרגולציה יש במושג "המדינה הרגולטורית", המשקף את היקפה של הרגולציה, נוכחותה בתחומים מגוונים והפעלתה על ידי המדינה בין היתר באמצעות

120 ראו דעת הרוב של השופט סקליה ודעת המיעוט של השופטת קגן. גם החלטה זו התאפיינה בכך שדעות השופטים נחלקו בהתאם לזיהוי הפוליטי המיוחס להם עם עמדות המפלגה הרפובליקאית והמפלגה הדמוקרטית, בהתאמה.

121 או Daniele Bertolini & Carolina Arlotax, *Why Michigan v. EPA Requires that the Meaning of the Cost/Rationality Nexus Be Clarified*, 29.2 FORDHAM ENVIRONMENTAL L. REV. 125 (2017). מנגד עלו גם דעות לפיהן החידוש בפסיקה אינו רב: Amy Sinden, *A 'Cost-Benefit State'? Reports of Its Birth Have Been Greatly Exaggerated*, 46 ENVIR. L. RPT. 10933 (2016).

לגישה שלפיה קביעת רגולציה ללא ניתוחי עלות-תועלת כמותיים צריכה להיפסל בידי בית משפט אם אין הצדקה טובה לכך, ראו SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 147–170. בארצות הברית מתקיים ויכוח רב שנים בין המצדדים בניתוחי עלות-תועלת כמותיים במסגרת אסדרה סביבתית לבין המתנגדים להם. דוגמאות לכך משני צידי המתרס אפשר למצוא אצל Cass R. Sunstein, *Cost-Benefit Default Principles* 99 MICH. L. REV. 1651 (2001); Frank Ackerman, *Applying Cost-Benefit to Past Decisions: Was Environmental Protection Ever a Good Idea?* 57 ADMIN. L. REV. 155 (2005).



רשויות רגולטוריות מתמחות.<sup>123</sup> שלושת תפקידיה של הרגולציה הם קביעת כללים, פיקוח על העמידה בהם ואכיפתם. המונח "אסדרה" משמש לעיתים קרובות לתיאור התפקיד הראשון – קביעתה של נורמת ההתנהגות, אשר בעקבותיה ייערכו גם פיקוח על יישום הנורמה ואכיפה מקום בו הנורמה אינה מיושמת. האסדרה קובעת את כללי ההתנהגות לפעילות פרטית בתחום העסקי ולעיתים גם בתחום החברתי.<sup>124</sup>

עם הגידול בהיקף הרגולציה בישראל, גבר גם העיסוק של בתי המשפט בנושא. אפשר למצוא לפיכך בפסיקה שלל התייחסויות לרגולציה, בהקשרים מגוונים.<sup>125</sup> בתי המשפט ביטאו לא אחת הכרה בחיוניות הרגולציה לשם התנהלות תקינה של השוק הפרטי והגנת אינטרסים ציבוריים,<sup>126</sup> אך לעיתים הביעו גם ספקות לגביה, בין היתר מפאת חשש להתממשות הסיכון של שבי רגולטורי בעבודת המאסדר.<sup>127</sup> בצד הביקורת השיפוטית, לא הוצגה בפסיקה דוקטרינה סדורה באשר להיקף הביקורת ביחס לרגולציה. מטבע הדברים מגוון התפקידים והפעולות הרגולטוריים, כמו גם מגוון הנסיבות שבהן עשויים בתי המשפט להידרש לרגולציה, מקשים על קביעת דוקטרינה שכזו.

היבט אחד של ביקורת שיפוטית אשר זכה לדיון מקיף הוא שאלת מעמדה של פרשנות המאסדר להנחיות שיצאו תחת ידו. קביעתו הראשונה של בית המשפט העליון בשאלה זו אשר נדונה בעניין **זליגמן** הייתה כי יש לתת מעמד בכורה לפרשנות המאסדר.<sup>128</sup> כך, אם מצא בית המשפט כי עמדתו של המאסדר סבירה ומתיישבת עם לשון הנחיותיו, ברירת המחלל תהיה לאמץ עמדה זו. סטייה מברירת המחלל האמורה תתאפשר מקום בו ימצא בית

123 לסקירת התפתחות המושג "המדינה הרגולטורית" ראו דוד לוי-פאור "האודיסיאה של המדינה הרגולטורית: ממושג רזה וחד-ממדי למושג עבה ורב-ממדי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 23 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור, רועי קרייטנר עורכים, 2016).

124 להגדרות המושגים "רגולציה" ו"אסדרה" ראו יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים ב** 67, 69–70 (2005); שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים שונים של המונח בחקיקה הישראלית" **חוקים בקצרה** 6 (2014); איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 47 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור, רועי קרייטנר עורכים, 2016).

125 לסקירת מופעים של המושג רגולציה בפסיקה הישראלית ומגמות בהתייחסות בתי המשפט אליו ראו שם.

126 ראו בג"ץ 7721/96 **איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח**, פ"ד נה(3) 625, 631–630 (2001); בג"ץ 8205/17 **פרטנר תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת**, פס' 29–30 (נבו 22.5.2018).

127 ראו דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח**, פס' 52–59 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 4.7.2021), אשר ראה בשבי הרגולטורי סיכון ממשי להטיית שיקול דעתו של המאסדר. על מידת השפעתו של סיכון זה היו חילוקי דעות בין השופטים.

128 עניין **זליגמן**, שם. השאלה הספציפית שנבחנה באותו מקרה הייתה האם יש לקבל פרשנות של חברות הביטוח לחוזרים שפרסם המפקח על הביטוח, לפיה לא גבו מלקוחות תשלומים שלא כדין, בהינתן שעמדת המפקח עלתה בקנה אחד עם פרשנות זו.



מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

המשפט טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת המאסדר ואימוץ פרשנות חלופית תחתיה.<sup>129</sup> גישה זו מזכירה במידה מסוימת את העיקרון הפרשני האמריקאי של Deference (כיבוד) שלפיו מקום בו יש לרשות המנהלית שיקול דעת פרשני, יכבד אותו בית המשפט ויימנע מהתערבות בו.<sup>130</sup> בדיון הנוסף בבית המשפט העליון נהפכה קביעה זו והוחלט ברוב דעות כי בדומה למעמדה של פרשנות המאסדר לגבי דברי חקיקה, כך גם לגבי הנחיותיו הוא – יש להעניק לפרשנותו של המאסדר משקל מסוים, אך לא מעמד בכורה.<sup>131</sup> נימוק מרכזי להכרעה זו היה נעוץ בתפיסה שלפיה תפקיד הפרשנות הסופי נתון לבית המשפט, ועל כן עליו לבחור מבין הפרשנויות האפשריות את זו הראויה ביותר לדעתו. המומחיות בפרשנות היא של בית המשפט, שכן הוא הגורם העוסק בה כדבר שבשגרה, ובנוסף לכך הוא בעל נקודת המבט הרחבה לשם קביעת הפרשנות הנכונה והאחראי לה מבחינה מוסדית.<sup>132</sup>

הפסיקה בעניין **זליגמן** עסקה בשאלת **פרשנות הנחיות המאסדר**, להבדיל משאלת הביקורת השיפוטית על קביעת נורמה בידי מאסדר, דהיינו הביקורת השיפוטית החלה על **קביעת אסדרה**. לאורך השנים עסקו בתי המשפט בהפעלת ביקורת שיפוטית על דברי אסדרה, מסוגים שונים, אך אין בפסיקה עד כה התייחסות מלאה להיקף הביקורת השיפוטית על פן זה של הרגולציה כקטגוריה העומדת בפני עצמה.<sup>133</sup> **יש מגוון רחב של שיקולים המשפיעים על היקף הביקורת השיפוטית**,<sup>134</sup> מתוכם נצביע על ארבעה שיקולים מרכזיים **בקשר עם קביעת אסדרה**:

השיקול הראשון הוא היותה של האסדרה בגדר יצירת נורמה המיועדת לכלל הציבור או לקבוצה מסוימת בו.<sup>135</sup> זאת להבדיל מפעולות רגולטוריות רבות אחרות, שאינן מתוות

129 כך, למשל, אם השתכנע בית המשפט כי עמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד ענייניים, יהווה הדבר טעם כבד משקל לדחיית עמדת המאסדר. עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 127, פס' 40.

130 ראו על גישה זו בעניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 127, פס' 84–94 לפסק דינו של השופט מלצר, פס' 25, 27 לפסק דינה של השופטת וילנר.

131 עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 127, פס' 66–68 לפסק דינו של השופט מלצר.

132 עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 127, פס' 76 לפסק דינו של השופט מלצר; פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל; פסק דינו של השופט פוגלמן.

133 נהפוך הוא – ראו למשל דבריו של השופט מלצר בעניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 127, פס' 65–66, שלפיהם ככלל אין מקום להתייחס אל המאסדר באופן שונה מכל רשות מנהלית אחרת.

134 יפים לכך דבריו הבאים של זמיר: "בפועל יש אינסוף גוונים של ביקורת, בהיקף רחב יותר או צר יותר, תוך סטייה קלה או סטייה גדולה מן המודל הבסיסי של הביקורת השיפוטית. הם משקפים אינסוף מצבים שונים זה מזה, מבחינת לשון החוק המסדיר את העניין הנדון, מהות הסמכות המינהלית, מיהות הרשות המוסמכת, הנסיבות החברתיות, ההשלכות הצפויות ועוד. אפשר לומר כי היקף הביקורת הוא תלוי הקשר." זמיר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 2538.

135 ראו הרישא להגדרת "אסדרה" בס' 3 לחוק עקרונות האסדרה: "הוראה הקובעת כלל התנהגות שהוא בעל אופי כללי, ומתקיימים בה כל אלה..."; הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 124, בעמ' 67–68; וכן הביטוי "תקנה בת פועל תחיקתי" שמשמעו יצירת נורמה כללית ונדון רבות

כללי התנהגות רוחביים או שהן מהוות חלק מפעילויות הפיקוח והאכיפה של הרגולציה.<sup>136</sup> מקורות עיקריים של אסדרה הם חוקים, תקנות והוראות מינהל.<sup>137</sup> בהשוואה לפעולות רגולטוריות אחרות, השפעתה של אסדרה עשויה מטבע הדברים להיות רבה, בהינתן שהיא כללית ורוחבית, באופן המצדיק לכאורה ביקורת שיפוטית רחבה, מחד גיסא. מאידך גיסא, מדובר בפעולה שלטונית שיש בה ממד חזק של מדיניות, ועל כן בתי המשפט ינהגו בה בזהירות.<sup>138</sup> בהקשר זה בולט הפער מעניין **זליגמן**, שכן בעוד בית המשפט רואה עצמו כגורם המוסמך והמיומן במתן פרשנות משפטית לדברי אסדרה, אין כך פני הדברים ביחס לקביעת דברי אסדרה.<sup>139</sup>

שיקול שני נוגע להבחנה בין חקיקה ותקנות המאושרות בידי הכנסת לבין אסדרה במדרג "נמוך יותר" שאינה טעונה הליך חקיקתי. ניכרת מגמה ברורה של בתי המשפט להפגין ריסון מוגבר בהפעלת הביקורת השיפוטית ביחס לדברי חקיקה בהשוואה לביקורת המופעלת על ידם על אסדרה אחרת. הביקורת השיפוטית המופעלת על ידי בית המשפט ביחס לדברי חקיקה של הכנסת היא צרה בהיקפה, ולא נועדה לבחון את תבונתה ויעילותה של החקיקה, אלא את חוקיותה.<sup>140</sup> אומנם בתי המשפט פסלו במשך השנים דברי חקיקה, אולם מדובר בפעמים נדירות באופן יחסי.<sup>141</sup> לנטייתו של בית המשפט להימנע מהתערבות בדברי אסדרה שאושרו בידי הכנסת, הואיל והם משקפים קביעת מדיניות, מצטרפים ריסון ואיפוק הנובעים ממעמדה של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה, מעקרון הפרדת

בפסיקה – ס' 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]; ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא(1) 695, 701 (1957).

136 יש לציין, כי ההבחנה בין יצירת כללים לבין יישומם אינה חדה, ולעיתים קרובות גם בשלבי הפיקוח והאכיפה של הרגולציה נוצרים כללי התנהגות המשפיעים על השוק. כך קורה למשל כאשר ניתן רישיון לגוף מסוים והתנאים שבו רלוונטיים גם לגופים דומים אחרים, כאשר מתפרסמת עמדה משפטית המפרשת כללים קיימים או כאשר מתבצעת פעולת ביקורת או אכיפה המשפיעה על האופן שבו הכללים מובנים ומיושמים על ידי הגופים המפוקחים.

137 ראו בפירוט אצל זמיר, לעיל ה"ש 124, בעמ' 101–121.

138 ראו בג"ץ 6290/93 זילכה נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד מח(4) 631, 638 (1994); בג"ץ 7351/95 נבואני נ' השר לענייני דתות, פ"ד נ(4) 89, 102 (1996); בג"ץ 7871/07 רפאל רשות לפיתוח אמצעי לחימה בע"מ נ' שר האוצר, פס' 11–12 (נבו 6.2.2011).

139 לגבי קביעת דברי אסדרה, נטייתו הבסיסית של בית המשפט תהיה שלא להתערב. ראו בג"ץ 2969/19 התאחדות משרדי הנסיעות ויועצי התיירות בישראל נ' הממונה על רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, פס' 11 (נבו 16.7.2019). ראו עוד אצל דותן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 279–291, לעניין החלטות מדיניות וההבחנה בין אקטים מנהליים כלליים לאינדיווידואליים.

140 ראו למשל בג"ץ 8949/21 עיריית טירת הכרמל נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 3.1.2022).

141 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(א) 367, 386 (1997); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 795 (2006); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פס' 22 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו 8.11.2015); בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 9.6.2020).

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

הרשויות וממרקם היחסים העדין בין בית המשפט לכנסת.<sup>142</sup> לאור האמור אפשר לראות כיצד בחן בית המשפט לא אחת באופן משמעותי חקיקה ותקנות של הכנסת שקבעו אסדרה, אך בסופו של יום ברוב רובם של המקרים נמנעו מהתערבות בהם.<sup>143</sup> ריסון רב ננקט לא רק ביחס לביקורת השיפוטית על תוכן האסדרה שאושרה בכנסת, אלא גם ביחס לביקורת השיפוטית על הליכי החקיקה. כך, לאורך השנים נדחו עתירות שהוגשו בעניינם של הליכי חקיקה שונים, מתוך תפיסה כי לצורך פסילת חוק צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות שבמסגרתן הליך החקיקה לא אפשר לחברי הכנסת לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק באופן העולה כדי פגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה.<sup>144</sup> בהקשר זה הכיר בית המשפט בכך שמציאות החיים – לבטח בשדה הפוליטי – היא דינמית, והליכי חקיקה מהירים, אף חפוזים, הם לעיתים כורח המציאות.<sup>145</sup>

142 בג"ץ 6406/00 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת**, פ"ד כח(1) 433 (2001); בג"ץ 8803/06 **גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר** (נבו 1.4.2007); בג"ץ 3729/16 **איגוד תעודות הסל בלשכת המסחר נ' שר האוצר**, פס' יז לפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין (נבו 20.11.2016).

143 כמה דוגמאות מהשנים האחרונות: בג"ץ 6274/11 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר** (נבו 26.11.2012) (עתירה בנושא צו פיקוח על מצרכים ושירותים אשר הקטין את מרווח השיווק של חברות הדלק וכתוצאה מכך את שיעור הרווח שהן מפיקות); בג"ץ 4406/16 **איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל** (נבו 29.9.2016) (עתירה בנושא מגבלות תגמול בכירים בגופים פיננסיים); בג"ץ 3729/16 **איגוד תעודות הסל בלשכת המסחר נ' שר האוצר** (נבו 20.11.2016) (עתירה בנושא פתיחת האפשרות לגופים זרים לשווק קרנות זרות בישראל).

144 "על-מנת להביא להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה אין די בהוכחת פגיעה בעקרון יסוד של הליך החקיקה, כגון עקרון ההשתתפות, אלא יש להצביע על פגיעה קשה וניכרת באותו עיקרון. על-כן אף אם יוכח כי הליך החקיקה מנע קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי-הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק, אין די בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית... קשה לכאורה להעלות על הדעת מה יהיו המקרים הקיצוניים, אם בכלל, שבהם היקף הנושאים בהצעת החוק יהיה כה רב, והליך החקיקה יהיה כה מזוהז, עד כי יהיה מקום לקבוע כי נשללה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים. רק במקרים קיצוניים ונדירים כאלה, אשר נקווה כי במציאות הפרלמנטרית שלנו אינם צפויים, לא יהיה מנוס מן המסקנה כי נשללה למעשה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק, וכי יהיה מדובר בפגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה" עניין **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 50–51.

145 בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו 6.8.2017), בו עסק בית המשפט בחקיקת מיסוי על החזקת דירה שלישית, מהווה מקרה חריג של התערבות בהליך חקיקתי. אף שנראה כי בית המשפט ביקש לרכך במידה מסוימת את התנאים להתערבות שיפוטית ביחס להליכי חקיקה, עדיין מדובר בחריג המצביע על הכלל של אי-התערבות. ראו פס' 54 לפסק דינו של השופט סולברג אסמכתאות לשורה של עתירות נגד הליכי החקיקה של הכנסת, אשר נדחו.

145 עניין **קוונטינסקי**, שם, פס' 85 לפסק דינו של השופט סולברג. "על כן, נתערב בהליכים פנימיים פרלמנטריים רק כאשר נטענת פגיעה ניכרת, שיש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי... ריסון עצמי זה צריך למצוא את מירב ביטויו, כאשר ההליך בו מתבקשת ההתערבות

כאמור, גם ביחס לאסדרה שאינה בדבר חקיקה או תקנות שאושרו בידי הכנסת מכיר בית המשפט בשיקול דעת רחב המוקנה לרשות המנהלית, ומציין כי ייטה להתערב אף בו בצמצום,<sup>146</sup> אך אין מדובר באותם ריסון ואיפוק הנהוגים ביחס לדברי חקיקה. ברוח זו הבהיר לדוגמה בית המשפט כי הביקורת על תקנות שאושרו בידי הכנסת תהא מצומצמת מאשר הביקורת על תקנות אחרות.<sup>147</sup> זאת ועוד, בעוד בביקורת שיפוטית תהליכית נזהר כאמור מאוד בית המשפט מהתערבות בהליכי החקיקה של הכנסת, הביקורת השיפוטית התהליכית על החלטות רשות מנהלית היא רחבה יותר, בין היתר לאור העובדה שעל הרשות המבצעת חלים כללי המשפט המנהלי באופן מלא.<sup>148</sup> ביחס לאסדרה שאינה באישור הכנסת, ייטה בית המשפט לבחון ביתר קפדנות את התהליך, ולא רק את התקיימותו.<sup>149</sup> הוא יבחן האם האסדרה התקבלה בסמכות, האם נעשתה בהליך ראוי, האם לא נפל חוסר סבירות קיצוני בהפעלת שיקול דעת המאסדר, והאם אין מדובר באסדרה אשר נפל בה פגם במישור החוקתי.<sup>150</sup>

- הוא הליך החקיקה עצמו". בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, פס' 6 (1989).
- 146 בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980); בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 69 (1999); בג"ץ 6406/00 בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433, 433 (2001); דברי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בבר"ם 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754, 766 (2004); עניין זליגמן, לעיל ה"ש 127, בעמ' 75.
- 147 בג"ץ 108/70 מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442, 445 (1970); בג"ץ 9232/01 נח ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי-חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212, 26 (2003); ע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בעמ' נ' רשות שדות התעופה, פס' 28–29 (נבו 7.1.2014).
- 148 כך, למשל, בבג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development LTD נ' יו"ר הכנסת פ"ד מה(3) 154 (1991) נפסק, כי לא חלים על הכנסת, להבדיל מגורמי הרשות המבצעת, כללי המשפט המינהלי, כגון כללי הסבירות וחובת השמיעה האינדיווידואלית.
- 149 ראו בעניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 144, פס' 68, שם נאמר כי "אין מוטלת חובה על הכנסת לקיים דיון בדומה להליך הנאות, שרשויות מנהליות מחוייבות בו". ראו גם עניין מגדלי העופות, לעיל ה"ש 36, בעמ' 55. וכן באותו עניין, דבריו של מזוז בדעת מיעוט, "כפי שצוין ונפסק לא פעם, ההליך הפוליטי לא יכול להיבחן באמות מידה משפטיות של ההליך המינהלי. הליך זה מושפע באופן דומיננטי מאופיו הפוליטי הרב-מפלגתי של הפרלמנט ומהכורח בפשרות פוליטיות ובעסקאות מפלגתיות, שחלקן גלויות וחלקן סמויות מן העין, ולא ניתן לעמוד על שיקולי ההצבעה מתוך ההליך הפורמאלי".
- 150 בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46 (1997); בג"ץ 8297/15 הררי נ' שירות בתי הסוהר, פס' 38 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 18.9.2019).

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

שיקול שלישי הוא מידת המומחיות והמקצועיות הנחוצים לקביעת דבר האסדרה. בית המשפט הכיר בהקשרים שונים במומחיותו של המאסדר,<sup>151</sup> בהיותו האחראי לרגולציה בתחומו, על רקע היכרותו וניסיונו עם הפעילות והגופים המפוקחים ולנוכח העיסוק הרציף והיום יומי שלו בנושא.<sup>152</sup> במלאכת האסדרה מצויים בפני המאסדר מכלול השיקולים הנוגעים לשוק המפוקח וההשלכות העשויות להיות לאסדרה, וזאת בניגוד לבית המשפט אשר "פוגש" לרוב את הנושא באופן חד-פעמי במסגרת עתירה קונקרטיית.<sup>153</sup> ככל שהאסדרה היא מקצועית יותר באופייה ודורשת לדוגמה ידע מדעי או טכני, תקבל מומחיות המאסדר משנה תוקף.<sup>154</sup> ככל שההחלטה מורכבת יותר ומחייבת מתן הדעת וביצוע איזונים מורכבים ביחס לשורה של גורמים ואינטרסים, מכיר בית המשפט בכך שמדובר בתפקיד מובהק לרשות המנהלית אשר פחות הולם את יכולותיו.<sup>155</sup> ככל שההחלטה נטועה בשיקולים מקצועיים מובהקים, ששקילתם מצריכה מומחיות מיוחדת ואשר מצויה בגרעין שיקול הדעת הרגולטורי המוקנה לרשום המוסמכת, כך ייטו בתי המשפט לרסן את הביקורת השיפוטית המופעלת על ידם ולאפשר לרשות המנהלית שיקול דעת רחב יותר בקבלת החלטתה.<sup>156</sup>

151 ביטוי מעניין למומחיות והמקצועיות של הרשות המאסדרת הוא בכלל שלפיו מקום בו מתעוררת מחלוקת בין הרשות לעותר, בית המשפט אינו ממנה מומחה מטעמו על מנת שיחווה דעה בעניין. הטעם העיקרי לכך הוא שבהליך המנהלי הדין מסמיך את הרשות המנהלית לקבל את ההחלטה, גם אם קיימים מומחים אחרים שלהם דעה אחרת. ראו למשל בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נ(3) 2, 19–21 (1996); בג"ץ 13/80 "נון" תעשיית שמורים בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד לד(2) 693 (1980).

152 ראו בג"ץ 5236/16 נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה (נבו) 23.7.18, שם נקבע כי כאשר מדובר בשאלה מקצועית רגולטורית הכרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים ששקילתם מצריכה מומחיות מיוחדת, שיקול הדעת הרגולטורי המוקנה לרשות הוא רחב ביותר.

153 ראו והשוו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה (נבו) 4.12.2002, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש, שם צוין כי "...יש ליתן לרשויות המופקדות על המדיניות הכלכלית – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – מרחב בחירה רחב בהיותן קובעות את המדיניות הכוללת, ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה".

154 ראו דוגמאות להכרה של בית המשפט ביכולותיו המקצועיות של הרגולטור ולהבחנה ביניהן לבין יכולותיו המשפטיות של בית המשפט – הוכמן, חספר ולרגמן, לעיל ה"ש 124, בעמ' 78–81.

155 ראו זמיר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 2549–2550, והאסמכתאות שם; בג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פס' 11 (נבו) 26.11.2012.

156 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(6) 817, 916 (2003); בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, 469 (2004); דברי השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בבר"ם 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754, 766 (2004).

בעוד שלושת השיקולים האמורים תומכים בצמצום הביקורת השיפוטית על דברי אסדרה, שיקול רביעי העשוי לתמוך בביקורת שיפוטית רחבה הוא **מידת הפגיעה של האסדרה בזכויות הפרט**. כפי שציינה השופטת ברק-ארז בעניין **זליגמן**, בעידן המדינה הרגולטורית, הרשות המאסדרת היא גוף המרכז בידיו סמכויות נרחבות, במתכונת החורגת מן המודל הקלאסי של הפרדת רשויות; היא משמשת כמחוקקת משנה, כגוף ביצועי, ולעיתים אף מפעילה סמכויות מעין-שיפוטיות. על כן, הביקורת השיפוטית היא אמצעי בקרה חשוב על הפעלת סמכויות אלה.<sup>157</sup>

בבחינת מידת הפגיעה של האסדרה בזכויות הפרט מובאות בחשבון בין היתר אופי הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה. לעניין אופי הזכות, קיימים קשיים רבים בסיווג הזכויות, ובית המשפט סירב בעבר להבחין בין זכויות אזרחיות-פוליטיות לבין זכויות חברתיות-כלכליות לעניין הביקורת השיפוטית שתחול עליהן מכוח חוקי היסוד.<sup>158</sup> בד בבד ברור כי זכויות הפרט אינן עשויות מקשה אחת בראיית בית המשפט. כך, למשל, ניכר כי נעשית הבחנה בין פגיעה בזכויות כלכליות, כגון הזכות לקניין ולחופש העיסוק – שהן שכיחות ביותר בדברי אסדרה, לבין פגיעה בזכויות בסיסיות ביותר, כגון הזכות לחיים ולהגנה על שלמות הגוף.<sup>159</sup> כך גם ניכרת הבחנה בין פגיעה בעסקים לבין פגיעה בפרט. ככל שהאסדרה צפויה לפגוע בזכויות בסיסיות ומהותיות יותר של הפרט, כך צריכה הביקורת השיפוטית להתגבר.<sup>160</sup> לצד אופי הזכות הנפגעת, מהווה עוצמת הפגיעה אף רכיב חשוב בביקורת השיפוטית, אשר בא לידי ביטוי במסגרת מבחן המידתיות השלישי, שעניינו היחס בין הפגיעה בזכויות החוקתיות לבין התועלת הגלומה באסדרה. ככל שמידת הפגיעה בזכויות קלה יותר או עקיפה יותר, כך הנטייה להתערב בה תפחת.<sup>161</sup>

הביקורת השיפוטית על אסדרה מתבססת על עילות הביקורת השכיחות. אף שעילות הביקורת מקיימות ביניהן לעיתים קרובות חפיפה, חלוקה עיונית, אך שימושית לענייננו, יכולה להיות בין שלושה סוגים של עילות – עילת חוסר הסמכות; עילות שעניינן פגם

157 עניין **זליגמן**, לעיל ה"ש 127, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.  
 158 בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (נבו 1.9.2012). גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז 65, 93 (1999).  
 159 ראו למשל דיון בעניין היקפה של חירות הקניין בבג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה**, בעמ' 429–433 לפסק דינו של השופט ברק (נבו 20.9.2006).  
 160 ראו בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 422–423 (1997); בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ביניש (נבו 20.8.2008); דליה דורנר "מידתיות" **ספר ברנזון** כרך שני 281, 288–289 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, התש"ס).  
 161 ראו למשל בג"ץ **איגוד הבנקים**, לעיל ה"ש 143, פס' 40–41 לפסק דינה של הנשיאה דאז, השופטת נאור, שם קבע בית המשפט כי עוצמת המגבלות שנקבעו על שכר בכירים במוסדות פיננסיים אינה יוצרת פגיעה חזקה בזכויות לקניין וחופש העיסוק.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

בסדרי ההליך (כגון קיום חובת היוועצות או חובת פרסום האסדרה); ועילות שעניינן שיקול הדעת (עילת המטרה, עילת השיקולים, עילת הסבירות ועילת המידתיות).<sup>162</sup> כפי שהוסבר, חוק עקרונות האסדרה צפוי לבסס תהליך מובנה לקביעת אסדרה חדשה. תהליך זה ישתקף בדוח הערכת השפעות האסדרה. בית המשפט עסק בעבר בהבניית שיקול הדעת המינהלי ובקשר שבין תהליך קבלת ההחלטה המינהלית לבין ההחלטה עצמה. דברי השופט שמגר בעניין ברגר, מראשית שנות השמונים, כמו נכתבו ביחס לתהליך הערכת השפעות האסדרה שיידרש על פי חוק עקרונות האסדרה כארבעים שנים מאוחר יותר:<sup>163</sup>

תהליך קבלת ההחלטה עליידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי החוק מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים חיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית תוך התייחסות לנושא מוגדר, ואלו הם: איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגעות, אם ישנן כאלה), בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות) ולבסוף, סיכום ההחלטה המנומקת. תהליך כגון זה מבטיח, כי כל השיקולים הענייניים יובאו בחשבון, כי תיעשה בחינה הוגנת של כל טענה וכי תגובש החלטה, אותה ניתן להעביר בשבט הביקורת המשפטית והציבורית.

כאמור לעיל, בית המשפט ממעט מאוד בהתערבות בתהליכי חקיקה ותקנות המאושרות בידי הכנסת ונוהג ריסון לא מועט גם ביחס לתוכן החקיקה והתקנות. לעומת זאת, ביחס לאסדרה אחרת, מפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית משמעותית יותר הן לגבי תהליך האסדרה, הן לגבי תוכנה. למעשה, אחת הדרכים שבאמצעותן בוחן בית המשפט אם החלטה מצויה במתחם הסבירות היא באמצעות הבחינה "התהליכית". בהקשר זה, הביקורת השיפוטית נוגעת לשאלות כגון היות ההחלטה מיועדת, מבוססת נתונים רלוונטיים ותוך הסתמכות עליהם. ההנחה היא שהקפדה על הליך תקין מגבירה את הסיכוי כי ההחלטה תתקבל על יסוד מלוא הנתונים הנוגעים בדבר לאחר שקילת מכלול האינטרסים והשיקולים הרלוונטיים<sup>164</sup> ומהווה ערובה, גם אם חלקית, לכך שהחלטת הרשות תהא

162 ראו אצל זמיר, המצביע על קשיים בסיווגים שונים של עילות הביקורת, אך מוצא טעם בהבחנה בין עילות שיקול הדעת לבין יתר העילות. זמיר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 2523–2536. לטענת זמיר, עילות שיקול הדעת הן עילות "פנימיות" שכן הן מתייחסות למחשבה, קרי לאותו חלק של ההליך המנהלי שאינו נראה לעין, בעוד הבידור של יתר העילות יכול להסתמך על פי רוב על סימנים חיצוניים. מכאן נובעת לגישתו חשיבות מיוחדת לביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של הרשות המנהלית.

163 בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 49 (1983).

164 בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 35–36 (נבו) 9.6.2011.



נכונה ויעילה יותר.<sup>165</sup> בית המשפט בוחן את מסד הנתונים שהיה בפני המאסדר עובר לקביעת האסדרה והאם ההליך שקדם להתקנת האסדרה היה הליך רציני, מקיף ויסודי. מכאן שככל שהמאסדר יקיים הליך יסודי ומסודר, המתבסס על מכלול השיקולים הרלוונטיים, בהחלטה מנומקת, ימעט בית המשפט בהתערבות בתוכן ההחלטה המקצועית שהתקבלה.<sup>166</sup> ההצדקה לכך היא התפיסה שלפיה הקפדה על הליך תקין מגבירה את הסיכוי כי ההחלטה תתקבל על יסוד מלוא הנתונים הנוגעים בדבר, תוך עמידה על מכלול האינטרסים המשלימים והנוגדים ולאחר שקילה רצינית ובחינה עצמית. הילוך בדרך זו עשוי לשמש ערובה, גם אם חלקית, להגעה להחלטות ראויות לגופו של עניין.<sup>167</sup> כפי שנסביר, תהליך הערכת השפעות האסדרה עשוי אם כן לחזק את הקשר בין עילות שעניינן פגם בסדרי ההליך לבין עילות שעניינן שיקול הדעת.

## ז. הביקורת השיפוטית על תהליך הערכת השפעות האסדרה

הנסיבות שבהן יובא תהליך הערכת השפעות אסדרה לביקורת שיפוטית

על ציר הזמן עשויים להיות שני תרחישים עיקריים שבמסגרתם יידרשו בתי המשפט לשאלת הביקורת השיפוטית על תהליך הערכת השפעות אסדרה, אגב תקיפה של תהליך זה או של דבר האסדרה שבא בעקבותיו:<sup>168</sup>

- 165 בג"ץ 2000/19 נבון נ' מנהל רשות החברות הממשלתיות, פס' 52 (נבו 18.11.2019).
- 166 עת"מ (ת"א) 54496-01-18 אמטק ניהול תיק השקעות בע"מ נ' רשות ניירות ערך (נבו 25.7.2018). בג"ץ נבון, לעיל ה"ש 165, פס' 52; בג"ץ 8338/21 The Lesser Group Limited נ' רשות ניירות ערך, פס' 56-71 לפסק דינו של השופט אלרון, פס' 7-8 לפסק דינו של השופט כבוב (נבו 4.4.2023).
- 167 דפנה ברק-ארוז, לעיל ה"ש 77, בעמ' 261-266; עניין פורום הערים העצמאיות, לעיל ה"ש 164. לביקורת על התערבות בית המשפט באופן קבלת ההחלטות ברשויות המנהל, באמצעות יצירת דרישות הליכיות שנועדו להבנות את ההליך המנהלי כדי שיעמוד בדרישת הסבירות, ראו דותן, לעיל ה"ש 91, בעמ' 176-181. דותן טוען כי הגישה השיפוטית האקטיבית בתחום ההליכי מבוססת על שתי הנחות מוטעות. לדבריו, התערבות בפן ההליכי אינה בהכרח "רכה" יותר מהתערבות בפן המהותי של שיקול הדעת המנהלי. כמו כן, ההנחה כי לבתי המשפט יש מומחיות בכל הנוגע לפן ההליכי אינה נכונה.
- 168 ראו הבחנה דומה אצל Alemanno, לעיל ה"ש 98, בעמ' 128-130. נסייג ונבהיר, כי עשויות להיות נסיבות נוספות שבהן יקיימו בתי המשפט דיון בתהליך הערכת השפעות אסדרה. כך, למשל, במסגרת בירור תביעת נזיקין נגד גופים מפקחים המתבססת על האמור בדוח הערכת השפעות אסדרה (העשוי לתאר את הנוזקים הנגרמים לציבור כתוצאה מהתנהלות אותם גופים) או במסגרת בקשת חופש מידע העוסקת בנתונים או במחקר שהוזכרו בדוח ולא פורסמו במלואם לציבור. הדיון בנסיבות כגון אלה הוא מחוץ למסגרת רשימה זו.



מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

התרחיש האחד הוא תקיפה "ישירה" או "עצמאית" של תהליך הערכת השפעות אסדרה, עוד לפני שנקבע דבר האסדרה. כך, למשל, עשויות להיות עתירות בנוגע להחלטת מאסדר שלא לקיים תהליך הערכת השפעות אסדרה (לדוגמה טענה כי לא חל הפטור המתאים לכך בהתאם לחוק), בנוגע לסדרי התהליך (לדוגמה טענה כי שיתוף הציבור נעשה במשך פרק זמן קצר מדי) או בנוגע לתכניו (לדוגמה בטענה כי לא נבחנו די חלופות לאסדרה).

התרחיש השני הוא תקיפה של דבר האסדרה עצמו, שבמסגרתה ייטען כי יש לפסול את דבר האסדרה על רקע פגמים הנוגעים לתהליך הערכת השפעות האסדרה, כגון אלה שצוינו לעיל, או ייטען כי תוכני דוח הערכת השפעות האסדרה מלמדים על פגמים בדבר האסדרה המצדיקים את פסילתו. לשם המחשה, במישור זה עשויה לעלות טענה שלפיה מן הדוח עולה שעלויות האסדרה גבוהות מאוד או שלא נשקלה חלופה שעלויותיה פחותות, ומכאן שהאסדרה אינה מידתית.

**האם בתי המשפט צריכים לדון בתהליך הערכת השפעות אסדרה עוד לפני שנקבע דבר האסדרה? מחד גיסא, דיון בשלב זה עשוי להוביל לתיקון פגמים שבשלב מאוחר יהיה קשה יותר לתקנם, לאחר שהמאסדר התגבש בדעתו, כמו גם לחיסכון במשאבים שיושקעו אחרת בקידום דבר אסדרה בעייתי. עוד אפשר לטעון כי לעיתים די בפרסום הצעת אסדרה כדי ליצור איודאות, לחולל תגובות ושינויים ולהשפיע על קבלת ההחלטות של גורמים שונים עוד בתקופה שבה ההצעה נבחנת, ועל כן ראוי לקיים דיון והכרעה כבר בשלב זה. מאידך גיסא, לפני קביעת דבר האסדרה אין לתהליך הערכת השפעות האסדרה, הבא לידי ביטוי בדוח הערכת ההשפעות, השלכות משפטיות מחייבות. אין גם ביטחון כי האסדרה המוצעת אכן תאושר, וייתכן שלא תאושר כלל או שתאושר במתכונת אחרת. בנוסף לכך, לעיתים בשלב שבו מתפרסם דוח תהליך הערכת השפעות האסדרה ממילא יכולים להיות עוד שינויים משמעותיים באסדרה המוצעת, באופן אשר עשוי להפוך את הדיון בשלב ביניים למיותר. לכן דומה כי ככלל יהיה מקום לדון בטענות הנוגעות לתהליך הערכת השפעות האסדרה – בין שהן קשורות בהוראות החוק העוסקות בתהליך זה ובין שהן קשורות להנחיות מנהליות העוסקות בו – רק עם אישור האסדרה.<sup>169</sup> מסקנה זו מתיישבת גם עם**

169 ראו לעניין עתירות מוקדמות, עתירות תאורטיות וחוסר בשלות של עתירות: בג"ץ 8145/19 ד"ר ארנה ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8–13 (נבו 2.1.2020) (העוסק בעתירות מוקדמות); בג"ץ 4827/05 אדם טבע ודין נ' שר הפנים, פס' 9–11 (נבו 10.7.2005) (העוסק בעתירות תאורטיות); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פס' 11–21 (נבו 5.12.2012) (העוסק בחוסר בשלות). המשותף לעילות סף אלה, אשר ניכר הדמיון ביניהן, נעוץ בתפיסה שלפיה בית המשפט לא יידרש לעניין שטרם התקבלה החלטה סופית לגביה או שעדיין אינו בשל לדיון, למעט במקרים מיוחדים, כגון מצב שבו אי-ההכרעה תסכל דיון עתידי.

ראו גם דעתו של Alemanno, לעיל ה"ש 98, שלפיה התקיפה המסתברת יותר של הערכת השפעות אסדרה תהיה אגב תקיפת דבר אסדרה, ולא באופן עצמאי. יש לציין עם זאת כי

האפשרות העולה מהחוק כי דוח הערכת השפעות האסדרה יפורסם בשלב מאוחר. זאת ועוד, דיון מוקדם בו ייצור גם תמריץ לא רצוי לפרסם את הדוח מאוחר רק כדי לדחות הליך משפטי אפשרי.<sup>170</sup> מכאן שבית המשפט צפוי לדון בתהליך הערכת האסדרה במסגרת הדיון בדבר האסדרה עצמו, לאחר שנקבע.

### הגישה הכללית לביקורת שיפוטית על תהליך הערכת השפעות אסדרה

**עשויות להיות גישות שונות באשר לביקורת השיפוטית הרצויה על יישום חוק עקרונות האסדרה.** בצד האחד של הקשת ניתן להציע גישה מחמירה שלפיה החוק משקף כוונה להקפיד בתהליכי קביעת אסדרה, ועל כן נחוצה מעורבות אינטנסיבית של בתי המשפט לוודא כי גורמי המדינה לא יסוו ממנו. בצד האחר של הקשת ניתן להציע גישה מקילה, שלפיה החוק יוביל ממילא להתנהלות מובנית של גורמי המדינה בקביעת אסדרה, ועל כן מעורבות בתי המשפט נחוצה פחות מאשר בעבר. גישה זו משתלבת במידה מסוימת עם תפיסת מעצבי החוק, אשר ביקשו להסדיר באמצעות החוק את תהליך הערכת השפעות האסדרה באופן מחייב יותר, אך להותירו כתהליך פנים-ממשלתי וכמסגרת להכנת אסדרה ובחינתה אשר תשתלב בעבודת המאסדר ותקדם רגולציה מיטבית.<sup>171</sup> אפשרויות כמובן גישות ביניים רבות, בהתאם למהות האסדרה, המדרג הנורמטיבי שאליו היא משתייכת וכיוצא באלה שיקולים ומאפיינים.

הנמקתו של אלמאנו נעוצה בין היתר בכך שברוב המדינות החובה לבצע הערכת השפעות אסדרה לא עוגנה בדיון, אלא במסמכים פנימיים המנחים את רשויות המנהל שאין להם תוקף משפטי מחייב ("soft law"). בישראל, לעומת זאת, יש עיגון מסוים בחוק של החובה, לצד שיקול דעת נרחב מאוד לגבי אופן יישומה.

170 החוק אינו מציין מועד מחייב לפרסום דוח הערכת השפעות האסדרה על ידי מאסדרים ממשלתיים, אך עולה ממנו כי דוח זה אכן יתפרסם, ולאחריו תפרסם רשות האסדרה לציבור את חוות דעתה הסופית בנוגע לתהליך שביצע המאסדר (ראו ס' 21(1) לחוק עקרונות האסדרה). בהחלטת ממשלה 2118, לעיל ה"ש 25, הוסדרו במפורש מועדי פרסום הדוח, וצוין שם כי הדוח להערכת השפעות רגולציה של הצעות חוק ממשלתיות יפורסם עם פרסום תזכיר החוק; ואילו בקשר עם חקיקת משנה, טרם אישורה על ידי השר הרלוונטי או טרם העברתה לאישור הוועדה הרלוונטית בכנסת, ככל שחקיקת המשנה טעונה אישור כאמור, או עם פרסום טיוטת חקיקת המשנה לעיון הציבור, והכול לפי העניין והמוקדם. ביחס למאסדרים שהם תאגידים ציבוריים, קובע החוק מפורשות כי פרסום דוח הערכת השפעות האסדרה יהיה "לכל המאוחר עם קביעתה", ואם האסדרה היא הצעת חוק או תקנות המובאות בפני הכנסת, ייעשה הפרסום במועד הבאתן לכנסת (ראו ס' 34(א) לחוק עקרונות האסדרה). מכאן עולה כי ייתכן מצב דברים שבו דוח הערכת האסדרה יפורסם רק עם קביעת האסדרה.

171 המדריך הממשלתי להערכת השפעות רגולציה, לעיל ה"ש 5, עמוד 9; ראו גם דבריו של עו"ד יובל רויטמן, ראש אשכול רגולציה במשרד המשפטים, בפרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 8, 50. במסגרת הדיון בשאלת היקפה של הגדרת המונח "תהליך הערכת השפעות אסדרה" ציין כי "אנחנו חושבים שהמהלך הבסיסי הוא מהלך שהממשלה קובעת את חובת ה-RIA פנימה".

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

האתגר בעיצוב הביקורת השיפוטית על תהליכי הערכת אסדרה הוא הגשמת היתרונות הפוטנציאליים הגלומים בה – הגברת ציות המאסדרים להוראות חוק עקרונית האסדרה ורתימתם לתהליכים של טיוב האסדרה, חיזוק יכולתו של בית המשפט לבחון את האסדרה וההליך שקדם לה והגברת הלגיטימציה של דברי אסדרה – לצד צמצום החסרונות הפוטנציאליים הגלומים בה – התארכות של תהליכי אסדרה וגידול בתשומות הזמן והעלויות הכרוכות בהם יתר על המידה, הטיה דה־רגולטורית של תוכני האסדרה ושל עבודת המאסדרים, מתן מנוף כוח לקבוצות אינטרסים המעוניינות בטרפוד או עיכוב של אסדרה, והכנסת בתי המשפט לסביבת קבלת החלטות שאינה מתאימה ליכולותיהם או לתפקידם המוסדי. ברוח החוק ניתן אם כן לומר כי האתגר הוא לעצב ביקורת שיפוטית מיטבית, אשר התועלת ממנה עולה על חסרונותיה.

**הגישה הכללית המוצעת על ידינו נשענת על שני נדבכים מרכזיים: נדבך של המשכיות בביקורת השיפוטית הנוהגת, לצד נדבך של הענקת מרחב שיקול דעת למאסדרים בנייהול תהליך הערכת האסדרה.** נדבך המשכיות יודגם בעזרת השיקולים שהצגנו בביקורת על אסדרה עובר לכניסת החוק לתוקף, ובפרט ההבחנה בין אסדרה בחקיקה ובתקנות המאושרות בידי הכנסת לבין אסדרה אחרת. נדבך מרחב שיקול הדעת יודגם בעזרת החריגים לתהליך הערכת אסדרה וחובת ההיוועצות עם רשות האסדרה. לאחר מכן נדון בכל אחד משלבי תהליך הערכת האסדרה ונציג כיצד שני הנדבכים יכולים להתקיים בצוותא בביקורת השיפוטית לגביהם.

#### 1. נדבך ראשון: המשכיות בביקורת השיפוטית הנוהגת בנוגע לאסדרה

כידוע, מיעוט של כללי המשפט המנהלי נקבע עד כה בחקיקה, בעוד חלק הארי שלהם הוא יציר הפסיקה. בתי המשפט היו גם אלה שפיתחו וקבעו את עילות הביקורת השיפוטית למיניהן, ומתי עליהם להתערב בהחלטות שלטוניות ובאיזה אופן.<sup>172</sup> חוק עקרונית האסדרה הוא דבר החקיקה המשמעותי הראשון בדין הישראלי העוסק בסדרי ההליך המנהלי.<sup>173</sup> אומנם אין הוא עושה כן ביחס לכלל ההליכים וההחלטות המנהליים, אלא רק ביחס לאסדרה כהגדרתה בחוק זה ובכפוף לחריגים שנקבעו בו, אולם מדובר עדיין בקביעה משמעותית לגבי קבוצה רחבה של הליכים מנהליים.

172 ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 367 (1990); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 229 (התשע"ב).

173 קיימים דברי חקיקה נקודתיים במשפט המנהלי כגון חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958. ראו אצל ברק־ארז, לעיל ה"ש 77, בעמ' 70-71. יצחק זמיר, "לקראת חוק סדרי המינהל – הצורך והמצב בישראל ובמדינות אחרות" משפטים יב 334, 344-346 (התשמ"ב).

החובות הקבועות בחוק עקרונות האסדרה יכולות וצריכות להשתלב לדעתנו בדין הקיים אשר פותח במשך השנים על ידי בתי המשפט. הציפייה כי רשויות מנהליות יקיימו הליכי קבלת החלטות סדורים ושיטתיים קיבלה כאמור ביטוי בפסיקת בתי המשפט,<sup>174</sup> ובחינה של תהליך הערכת האסדרה כהגדרתו בחוק מעלה כי תהליך זה כולל רכיבים שעוצבו ונדונו בפסיקה. כך, למשל, הרכיב של קביעת מטרות האסדרה והצורך בה קשור בכללים הנוגעים לקבלת החלטה על בסיס תשתית עובדתית; הרכיב של שיתוף הציבור קשור בכללים הנוגעים לזכות טיעון; הרכיב של שקילת חלופות והערכת תועלות, עלויות והשפעות אחרות קשור בכללים הנוגעים לשקילת שיקולים ענייניים, לפעולה באופן סביר ומידתי, כמו גם לחובת ההנמקה.<sup>175</sup>

דוח הערכת השפעות האסדרה עשוי לשמש את בית המשפט לפחות בשלושה מובנים: ראשית, הדוח עשוי להקל על בית המשפט להתחקות אחר מהלך עבודתו ושיקול דעתו של המאסדר, לשם בחינת האסדרה ופרשנותה. זאת בדומה לאופן שבו נעזר בית המשפט בהיסטוריה החקיקתית (אשר דוח הערכת השפעות האסדרה יהיה חלק ממנה שעה שהאסדרה תיקבע בחוק).<sup>176</sup> שנית, בית המשפט עשוי להסתייע בדוח הערכת השפעות האסדרה לצורך הכרעה בשאלה אם נפל פגם בתהליך קביעת האסדרה או באסדרה עצמה המצדיק את פסילתה. ושלישית, בית המשפט עשוי להסיק מאופן ביצוע תהליך הערכת האסדרה גם לעניין התערבותו באסדרה. כך עשוי תהליך לקוי – כגון תהליך שבו לא הוצג הצורך באסדרה או לא נעשה שיתוף ציבור – להוביל לביקורת שיפוטית רחבה על דבר האסדרה, בעוד תהליך מקיף ויסודי עשוי להוביל לביקורת שיפוטית מצומצמת עליו. כלומר, עשויה להתחזק הזיקה לביקורת השיפוטית בין התהליך לבין תוצריו, קרי, האסדרה.<sup>177</sup>

ההמשכיות המתבקשת ביחס לכללי המשפט המנהלי נכונה לגישתנו גם ביחס למתכונת הביקורת השיפוטית על חוק עקרונות האסדרה. ראשית, ההיסטוריה החקיקתית ולשון החוק, כפי שהוצגו לעיל, אינם מצביעים על כוונה לשנות את כללי הביקורת השיפוטית או את מידת ההתערבות השיפוטית ביחס לאסדרה.<sup>178</sup> שנית, הביקורת השיפוטית אשר עוצבה על ידי בתי המשפט במשך שנים ארוכות משקפת חשיבה מעמיקה ועיסוק נרחב בסוגיות

174 ראו עניין ברגר, לעיל ה"ש 163, בטקסט הנלווה להערה.

175 ראו הגדרת "תהליך הערכת השפעות אסדרה" בס' 3 לחוק עקרונות האסדרה, וכן הפירוט בהמשך לגבי כל אחד מהרכיבים הכלולים בו.

176 ראו על הסתייגות בהיסטוריה החקיקתית: בג"ץ 131/65 סביצקי נ' שר האוצר, פ"ד יט 369, 379 (1965); ע"א 9111/08 הקופה לתגמולים ופנסיה של עובדי הסוכנות היהודית לא"י נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור ירושלים, פס' יז (נבו 19.5.2011); דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פס' 8 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' ו-ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו 12.9.2017).

177 ראו לעיל בפרק ו לגבי עילות ביקורת תהליכיות ועילות ביקורת העוסקות בשיקול הדעת.

178 ראו לעיל פרק ג.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

מעשיות שהובאו לפתחם. על כן אין מקום לזנוח את הפסיקה שקדמה לחוק, אלא ראוי להתבסס עליה ולייצר רצף פרשני והרמוני עם הוראות החוק החדש.

הצבענו על כמה שיקולים מרכזיים המשפיעים על היקף הביקורת השיפוטית על דברי אסדרה: היותה של האסדרה בגדר יצירת נורמה כללית; ההבחנה בין אסדרה המאושרת בידי הכנסת לבין אסדרה אחרת; מידת המומחיות והמקצועיות הדרושות לקביעת דבר האסדרה; ומידת הפגיעה של האסדרה בזכויות הפרט. שיקולים אלה רלוונטיים גם לקביעת היקף הביקורת השיפוטית הנוגעת לתהליכי הערכת השפעות אסדרה.

מבין השיקולים שהצגנו חשוב לעמוד על ההבחנה בין אסדרה המאושרת בידי הכנסת לבין אסדרה אחרת. ככל שיישמר הריסון הננקט בפסיקת בתי המשפט ביחס לאסדרה זו ולהליכי חקיקה, משמעות הדבר היא כי גם אם הביקורת השיפוטית תעסוק בתהליך הערכת האסדרה שקדם לחקיקה, הרי שבסופו של יום היא צפויה להסתיים לרוב באי־התערבות. בהינתן שדברי אסדרה רבים מאוד נקבעים בחוק ובתקנות, להבחנה זו יש השלכה מעשית חשובה לגבי היקף הביקורת השיפוטית הנוגעת לתהליכי הערכת אסדרה.

לעמדתנו, חרף חשיבות האסדרה המאושרת בידי הכנסת, יש טעמים חזקים המצדיקים את שימור ההבחנה האמורה. ראשית, קשה להסביר מדוע השיקולים העומדים בבסיס תפיסת הריסון הכללית שנוקט בית המשפט בבחינת כל דבר חקיקה שהוא ישתנו דווקא ביחס לאסדרה שעוגנה בחקיקה. שנית, יש טעם בביקורת השיפוטית המצמצמת בנוגע לדברי אסדרה הטעונים אישור הכנסת, בהינתן שמדובר בתהליך האסדרה המורכב והארוך ביותר, הכולל בתוכו גם רכיבי בקרה,<sup>179</sup> הן בשלב הממשלתי טרם הבאת הצעת האסדרה לכנסת והן בכנסת. אומנם בישראל זוכה הממשלה לרוב בכנסת המאפשר לה לקדם חקיקה, באופן המקשה את הבקרה על פעולת הממשלה, ואולם עדיין הכנסת היא גורם שונה מזה שיוזם את האסדרה. כאשר המאסדר אינו עצמאי לקבוע את האסדרה, אלא זקוק לאישור הכנסת, פוחת הצורך להעביר ביקורת שיפוטית על תהליך הערכת האסדרה, והכנסת יכולה להכריע ממילא איזה משקל לייחס לו. לבסוף, העברת ההכרעה לכנסת מגבילה את היכולת להיצמד לדוח הערכת האסדרה. לשם המחשה, נניח כי תקנות המציעות אסדרה בתחום הבנקאות הובאו לאישורה של ועדת הכלכלה של הכנסת. התקנות התבססו על דוח הערכת אסדרה, אולם במהלך הדיון בוועדה נערכו בהן שינויים מהותיים בהתאם לדיונים ולהסכמות שהתקבלו בוועדה. כפועל יוצא מכך, האסדרה הסופית סוטה באופן מהותי מהצעת האסדרה המקורית ומדוח הערכת האסדרה שעמד בבסיסה. ואולם, בשלב דיוני הוועדה לא ניתן לדרוש קיום הליך חוזר של הערכת האסדרה; לא ניתן לבצע מחדש שיתוף ציבור מסודר (אם כי הציבור יכול לנסות להביע עמדתו במהלך דיוני הוועדה); לא ניתן גם

179 רכיבי בקרה אלה כוללים את הייעוץ המשפטי במשרדי הממשלה, ועדת השרים לענייני חקיקה (שעה שמדובר בחקיקה ראשית), הייעוץ המשפטי לממשלה, ועדת הכנסת הדנה בהצעה, והייעוץ המשפטי של הכנסת.

לדרוש מהוועדה בחינה מסודרת של חלופות או הערכת התועלות והעלויות הכרוכות בתיקונים שערכה. מהלך מסוג זה יהיה לא מעשי וממילא יפגע גם בעצמאות הכנסת. ההמשכיות בביקורת השיפוטית הנוהגת בנוגע לאסדרה תבוא אם כן לידי ביטוי בנקיטת שיקולים דומים לאלה שהופיעו בפסיקה עד כה ביחס למידת ההתערבות השיפוטית. דוח הערכת השפעות האסדרה עשוי לשמש את בית המשפט בהיבטים שונים במסגרת הביקורת השיפוטית, אך לא נראה כי קיימת הצדקה לשינוי הגישה העקרונית לגבי היקף הביקורת, למשל בקשר עם דברי חקיקה.

## 2. נדבך שני: מרחב שיקול דעת למאסדרים בניהול תהליך הערכת השפעות האסדרה

חוק עקרונות האסדרה הותיר מרחב שיקול דעת למאסדרים בניהול תהליך הערכת השפעות האסדרה ובאופן מכוון לא הסדיר תהליך זה בפירוט בחוק. מרחב שיקול הדעת בא לידי ביטוי בשורה של עניינים חשובים: ראשית, עיצוב תהליך הערכת האסדרה הוא בהתאם להחלטות הממשלה ביחס למאסדרים ממשלתיים ובהתאם להנחיות מאסדרים שהם תאגידיים ציבוריים ביחס לאסדרה שלהם.<sup>180</sup> הותרת עיצוב התהליך להנחיות, להבדיל מקביעתו בחוק, נועדה בין היתר למנוע ביקורת שיפוטית עליו.<sup>181</sup> שנית, ניתנה גמישות ביחס לפטורים מתהליך הערכת אסדרה.<sup>182</sup> שלישית, החוק הטיל על מאסדרים ממשלתיים חובת התייעצות עם רשות האסדרה לגבי תהליכי הערכת השפעות אסדרה, אך לא חייב את המאסדרים להיענות לחוות דעתה.<sup>183</sup> מן החוק ניכר אם כן מרחב שיקול הדעת שהוענק למאסדרים, ויש מקום לפיכך שהביקורת השיפוטית תפעל לשמר אותו.

180 הגדרת "תהליך הערכת השפעות אסדרה" בס' 3 לחוק עקרונות האסדרה וס' 34 לחוק זה.  
181 ראו, למשל, דבריו של יוסף גדליהו, נציג משרד המשפטים, בפרוטוקול ישיבה 90 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 25, 152: "מה שקרה פה כרגע מגלם את תהליך החשיבה שלנו במסגרת השאלה מה אפשר לעשות עם התאגידיים הציבוריים כדי לקדם אותם צעד אחד קדימה כדי שיעשו את התהליכים בצורה יותר טובה עם הפרספקטיבה של ה-RIA, ומצד שני לא יחשוף אותם לביקורת חיצונית ברמה כזו שתהיה משתקת".

182 בנוסח הצעת החוק, לעיל ה"ש 62, נקבעה שורה ארוכה של פטורים מביצוע תהליך הערכת אסדרה בנושאים כגון מיסים, קביעת היטלים, אגרות או תמלוגים והקצאה של זכות בהליך תחרותי. בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת התקיים דיון ער בפטורים אלה, ולבסוף חלף קביעתם בחוק, נותרה היכולת המעשית לקבוע אותם בהחלטות הממשלה, שכן אלה יסדירו את המתכונת, האופן וההיקף של תהליכי הערכת האסדרה (ראו הגדרת "תהליך הערכת השפעות אסדרה", ס' 3 לחוק עקרונות האסדרה). ביחס למאסדרים שהם תאגידיים ציבוריים נקבע, בס' 34 לחוק, כי תאגיד ציבורי רשאי שלא לפרסם דוח הערכת השפעות אסדרה אם מצא שמתקיים אחד הפטורים המנויים לכך. אחד הפטורים הוא קיומו של פטור דומה בהחלטות הממשלה (ס' 34(ג) לחוק).

183 ס' 21 לחוק עקרונות האסדרה. בנוסף לכך קובע החוק נסיבות שבהן רשאים השר הממונה על האסדרה המוצעת או הממשלה להחליט על פטור מחובת התייעצות לתקופות המצוינות בחוק

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

מעבר למבנה היברידי זה של החוק, מרחב שיקול הדעת מתחייב לנוכח אופיים של תהליכי אסדרה. תהליכים אלה נתונים לאילוצים רבים. אין מדובר בתהליכים "סטרייליים" ומדויקים, ואין לצפות כי יהיו מושלמים. איכות והיקף הביצוע של תהליך האסדרה יכולים להשתנות מאוד ממקרה למקרה. הם תלויים בין היתר באופי האסדרה ובמשאבי המאסדרים. לאמיתו של דבר, אסדרה היא תהליך מורכב הכולל גם ממד של ניסוי וטעייה. תוצאות האסדרה אף עלולות להיות לעיתים שליליות. שיקול הדעת הרחב ביחס לתהליכי הערכת אסדרה משקף הכרה באופי זה של יצירת אסדרה.

על כך יש להוסיף כי התפיסה של טיוב האסדרה אינה משפטית. בעוד ביקורת שיפוטית עוסקת ברגיל בגבולות הדין, במותר ובאסור, התפיסה של הערכת השפעות האסדרה היא שונה ועניינה איכות התהליך.<sup>184</sup> בהתאם לתפיסה זו, עשויים להיות תהליכי אסדרה טובים יותר וטובים פחות. מכאן, שאף כאשר תהליך אסדרה אינו אופטימלי, אין בכך בהכרח כדי לפסול אותו.<sup>185</sup> זאת ועוד, התפיסה של טיוב האסדרה עוסקת בשיפור מתמשך של תהליכים, על פני שנים רבות, והצלחתה אינה נמדדת על בסיס דבר אסדרה מסוים זה או אחר. גם במובן זה מדובר בתפיסה שונה מזו העומדת בבסיס הביקורת השיפוטית, אשר מתמקדת בנסיבותיו של מקרה מסוים שהובא לפתחו של בית המשפט, אף אם בסופו של יום נקבעות במסגרתה הלכות רחבות יותר.

מן האמור עולה כי אף שלכאורה ניתן לפרוט כל אחד משלבי עבודת האסדרה לפרוטות ולהעביר אותו בביקורת שיפוטית קפדנית, אין מקום לעשות כן. הדבר יהפוך תהליך שהמוקד שלו אינו משפטי לתהליך משפטי ויקשה מאוד על קידום אסדרה. שיקול הדעת הרחב ביחס לתהליכי הערכת אסדרה צריך לבוא לפיכך לידי ביטוי בביקורת שיפוטית מצומצמת עליהם.

מרחב שיקול הדעת של המאסדר בא כאמור לידי ביטוי בכמה היבטים בחוק. היבט אחד הוא החלטה שלא לקיים תהליך הערכת אסדרה. החריגים לקיום תהליך הערכת אסדרה לגבי מאסדרים ממשלתיים מנויים בהחלטות הממשלה, ולגבי תאגידים

(ס' 23 לחוק). רכיב נוסף של שיקול דעת ביחס לחובת ההתייעצות קיים בס' 22(ג) לחוק הקובע כי רשות האסדרה רשאית לקבוע בהנחיות סוגי מקרים שבהם, ככלל, תחליט שלא לייעץ למאסדר.

184 כפי שניתן ללמוד גם מהשמות שניתנו לרפורמה בעריכת אסדרה כגון Better Regulation.  
185 המחשה לכך אפשר למצוא בעבודתו של ה-Regulatory Policy Committee, או בקצרה RPC, גוף הבקרה הבריטי, המבצע בחינה של הצעות אסדרה המובאות לשרי הממשלה או לפרלמנט. נתוני ה-RPC מלמדים כי איתור חולשות בתהליכי הערכת השפעות האסדרה שבוצעו על ידי מאסדרים הוא דבר שבשגרה, ולמעשה ביחס לרוב התהליכים נמצאות חולשות כאמור, למשל בהיבטים של איכות התשתית העובדתית או ניתוח הצעת האסדרה. מטרת הבקרה היא שיפור איכות התהליכים לאורך זמן. ראו דוח של ה-RPC לשנת העבודה <https://did.li/rzSIC> : 2022–2021.

ציבוריים מנויים חריגים נוספים בחוק.<sup>186</sup> החריגים עוסקים בין היתר בנסיבות שבהן קיימת דחיפות באסדרה או שמדובר באסדרה שהשפעותיה אינן מהותיות, לתקופת זמן קצרה או שממילא נשענת על כללים מקובלים במדינות עם שווקים משמעותיים המנחות את התאגיד הציבורי בתחום פעילותו.<sup>187</sup> שאלת התקיימותם של חלק מהחריגים נתונה לשיקול דעת המאסדר, בעוד חלקם טכני יותר באופיו וניתן "להוכחה" בקלות יחסית. בהינתן שרשימת החריגים עוגנה בעיקרה בהחלטות הממשלה, נראה כי יש להעניק שיקול דעת רחב למאסדרים בהכרעה אם חריג זה או אחר התקיים. בהתאם לנדבך ההמשכיות, הביקורת השיפוטית תופעל אם בית המשפט יתרשם כי החלטת המאסדר לקתה בחוסר סבירות קיצוני וברור כי היה עליו לקיים תהליך הערכת השפעות אסדרה. בנוסף לכך, נראה כי הסעד שיתאים, ככלל, במקרים אלה – שבהם לא בוצע תהליך הערכת השפעות אסדרה אף שהיה מקום לבצעו – הוא מתן משקל לכך בביקורת השיפוטית על דבר האסדרה, להבדיל מפסילה אוטומטית של דבר האסדרה. כלומר, הביקורת השיפוטית על דבר האסדרה תהיה קפדנית יותר. סעד כאמור יתיישב עם דוקטרינת התוצאה היחסית שיישם בית המשפט במקרים רבים של פגמים בהליך המנהלי.<sup>188</sup>

היבט נוסף שיש בו ביטוי למרחב שיקול הדעת נוגע לרשות האסדרה. רוב המאסדרים (למעט אלה שהם תאגידים ציבוריים) יקיימו היזון חוזר מול רשות האסדרה, שכן החוק קובע חובת התייעצות עם רשות האסדרה ומתן חוות דעתה.<sup>189</sup> רשות האסדרה צריכה מצידה להודיע למאסדר אם כוונתה לייעץ לו בנושא, אלא אם כן מדובר באסדרה בעלת השפעה משקית, שאז ההתייעצות מחויבת.<sup>190</sup> חוות דעת זו עשויה להצביע על פגמים

186 ס' 34(ג) לחוק עקרונות האסדרה. המדובר ברשימה סגורה של חריגים אשר בהתקיימם רשאי תאגיד ציבורי שלא לפרסם דוח הערכת השפעת אסדרה, ובלבד שיפרסם את נימוקיו לכך. אחד החריגים הוא נסיבות שבהן לפי החלטות הממשלה מאסדר שהיה מבקש להציע או לקבוע אסדרה דומה במהותה או באופייה לא היה נדרש לבצע לשם כך תהליך הערכת השפעות אסדרה. ס' 34(ג)(9) לחוק. מכאן שהרשימה כוללת נסיבות נוספות שיוכלו להתקיים עבור תאגידים ציבוריים בנוסף לאלו שיופיעו בהחלטות הממשלה.

187 ס' 34(ג) לחוק עקרונות האסדרה.  
188 דפנה ברק ארו "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטית" **משפטים** כד 531 (התשנ"ה); ראו למשל בג"ץ 2918/93 **עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(5) 832, פס' 5-6 **לפסק דינה של השופטת דורנר** (1993). יש לציין, כי גם אם המאסדר לא ביצע תהליך הערכת השפעות אסדרה, אפשר שקדם עדיין לקביעת האסדרה תהליך אחר שיש לתת אף לו משקל בביקורת השיפוטית.

189 ס' 21 לחוק עקרונות האסדרה. אם מצאה הרשות שנפל פגם מהותי בתהליך הערכת השפעות האסדרה, אזי תעביר למאסדר טיוטה של חוות דעתה להתייחסותו (ראו ס' 21(1)(1) לחוק).

190 ס' 21(ב) לחוק עקרונות האסדרה. אם הרשות לא הודיעה למאסדר על כוונתה לייעץ, הודיעה לו שאין כוונתה לייעץ או הודיעה שבכוונתה לייעץ, אך לא עשתה כן בפרק הזמן הנקוב בחוק, יראו את המאסדר כמי שהתייעץ עימה (ראו ס' 21(ח) לחוק עקרונות האסדרה). כן קובע החוק נסיבות שבהן יהיה פטור זמני מחובת ההתייעצות (ס' 23 לחוק עקרונות האסדרה).



מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

מהותיים שנפלו בתהליך הערכת השפעות האסדרה וכן להתפרסם לציבור.<sup>191</sup> עתירה נגד דברי אסדרה עשויה לבקש להיבנות מחוות דעת שלילית של רשות האסדרה, ככל שניתנה, בעוד הגנת דברי אסדרה עשויה לבקש להישען על חוות דעת חיובית של רשות האסדרה, ככל שניתנה. האם בתי המשפט צריכים להעניק משקל לחוות דעת זו? מחד גיסא, ביקורת שיפוטית המתחשבת בעבודתה של רשות האסדרה צפויה לחזק את כוחה ואת איכות הליך האסדרה, כמו גם לספק לבתי המשפט שיקול רלוונטי נוסף בקביעת היקף הביקורת השיפוטית. מאידך גיסא, במתן משקל משפטי לחוות דעתה של רשות האסדרה יש להיזהר מהפיכת עמדתה למחייבת בניגוד לכוונת החוק, באופן שיפגע במטרת ההתייעצות במסגרת תהליך פנים-ממשלתי וכן במידת החופשיות של רשות האסדרה בחיווי דעתה. על כן נראה כי ביחס לאי-קיום חובת ההתייעצות צריכה לחול ההלכה שלפיה מדובר בפגם בהליך מנהלי, אשר עשוי לגרום בטלות של האסדרה, או לחלופין, הותרתה על כנה, בהתאם לנסיבות העניין.<sup>192</sup> בעוד תוכן חוות דעתה של רשות האסדרה הוא בגדר שיקול ענייני נוסף שעל המאסדר לבחון בעת קביעת האסדרה על ידו, אך אינו מחייב אותו.<sup>193</sup> בהתאם, מדובר יהיה בשיקול נוסף שבית המשפט עשוי להביא בחשבון בעת הפעלת הביקורת השיפוטית, אך משקלו ייקבע לפי נסיבות העניין. לפי גישה זו, עצם מתן חוות דעת שלילית של רשות האסדרה בוודאי אינו אמור להוביל לביקורת שיפוטית, כל שכן לפסילת דבר האסדרה.

### 3. יישום הנדבכים ביחס לשלבי תהליך הערכת השפעות אסדרה

נפנה כעת להציג כיצד יכולים שני הנדבכים – נדבך ההמשכיות ונדבך מרחב שיקול הדעת – לשמש בצוותא בביקורת השיפוטית ביחס לארבעת שלבי תהליך הערכת השפעות האסדרה.<sup>194</sup>

191 פרסום חוות דעתה של רשות האסדרה מקום בו מצאה כי נפל פגם מהותי בתהליך הערכת השפעות האסדרה שביצע המאסדר כפוף למתן זכות טיעון למאסדר ולאישור מליאת רשות האסדרה (ראו ס' 21 (ז) לחוק).

192 השוו לעניין **מרכז השלטון המקומי** שבו נקבע כי לא קוימה חובת התייעצות על פי דין של משרד החינוך עם שר הפנים בעניין הפחתה בתקצוב רשויות מקומיות, אך בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית, ההחלטה נותרה על כנה בשל נסיבות העניין ובהם השלכות ביטול ההחלטה וקיומה של התייעצות בוועדת החינוך והתרבות של הכנסת (בג"ץ 2910/04 **מרכז השלטון המקומי נ' משרד החינוך**, פ"ד נט(3)625, פס" 34–35 (2004)).

193 **עניין מרכז השלטון המקומי**, לעיל ה"ש 192, פס' 30. ראו גם בג"ץ 4012/06 **רמי עמרם נ' ראש המטה הכללי בצה"ל** (נבו 16.9.2008) בעניין החלטת הרמטכ"ל להתיר את התחייבות העותר לשירות קבע בצה"ל בניגוד להמלצת ועדת הערעורים המייעצת. באותו עניין נקבע כי "הלכה נודעת היא, כי עמדת גוף מייעץ כשמה כן היא, עצה הניתנת לרשות המנהלית, וזו אינה חייבת לאמצה, אלא עליה להפעיל, בסופו של יום, לאחר התחשבות בעצה, את שיקול דעתה שלה" (פס' יח).

194 הגדרת "תהליך הערכת השפעות אסדרה" בס' 1 לחוק מפרטת 5 יסודות, תוך פיצול בין הערכת תועלת האסדרה לבין מדידת עלות הציות לאסדרה והערכת השפעות אחרות שלה.

**(א) בחינת מטרות האסדרה והצורך בה**

הגדרת מטרות האסדרה תכלול בדרך כלל זיהוי בעיה שיש לטפל בה. בעיות טיפוסיות שבגינן נעשית אסדרה הן **כשלי שוק**, כגון אסימטריה במידע, חסמי כניסה לשוק או כוח מונופוליסטי; **כשלים באסדרה קיימת** המובילים לכך שאינה משיגה את יעדיה; או **יעדי מדיניות חדשים** המצדיקים התערבות רגולטורית חדשה או שונה.<sup>195</sup>

בראייה משפטית של חלק זה בתהליך, הגדרת המטרות יכולה לסייע בביקורת שיפוטית שבמסגרתה ייבחן אם האסדרה נעשתה בהתאם להסמכה הקבועה בחוק ולתכליתה, אם האסדרה אינה משלבת בתוכה שיקולים זרים, בהיעדר שרירות ואפליה ואם היא מידתית.<sup>196</sup> כל אלו עלולות ביקורת שיפוטית שהפסיקה עסקה בהן. בנוסף לכך, אפשר למצוא דמיון בין הצורך לתאר את מטרות האסדרה לבין חובת ההנמקה, שכן גם זו נועדה להבטיח את איכות ההחלטה המנהלית והיעדר שרירותיות בקבלתה, את היכולת להפעיל ביקורת מנהלית, ציבורית ושיפוטית ביחס להחלטה ואת הגברת אמון הציבור בפעילות המנהל.<sup>197</sup>

הגדרת מטרות האסדרה שלובה בצורך לבחון אם קיים צורך בה. איסוף נתונים הוא שלב חשוב בגיבוש אסדרה, המהווה גם אחד העקרונות המנחים שעל בסיסם תיעשה אסדרה מיטבית.<sup>198</sup> ככל שהנתונים בידי מעצב האסדרה רבים ורלוונטיים יותר, כך מתבהר הצורך באסדרה וגוברת הסבירות שהחלופה הנבחרת תהא מתאימה יותר לבעיה. ביסוס תשתית עובדתית מתאימה יכול ללבוש צורות רבות: ניתן לערוך מחקרים מדעיים, לאסוף נתונים סטטיסטיים, להתייעץ עם מומחים, לקבל חוות דעת מומחה ולבצע שלל בדיקות מעמיקות לצורך עמידה על טיבו של נושא. בד בבד, יש להביא בחשבון כי נתונים אמיתיים עשויים להיות לא נגישים או שהשגתם עשויה להיות כרוכה במשאבים רבים. לכן, היקף המידע המשמש לקבלת החלטות עשוי להשתנות מאוד ממקרה למקרה.<sup>199</sup>

התשתית העובדתית הנדרשת בהליך מנהלי נדונה רבות בפסיקה. נוכח מגוון האפשרויות לאיסוף "תשתית עובדתית", בתי המשפט הכירו במרחב שיקול הדעת הדרוש בעניין זה והבהירו כי התשתית העובדתית הנדרשת תהיה לפי אופיו ומהותו של הנושא הנבחן.<sup>200</sup> בבואם של בתי המשפט לבחון אם תשתית עובדתית שהונחה בפני המאסדר היא

החובה הקבועה בס' 34 לחוק, ביחס לתאגידיים ציבוריים, מפרטת לעומת זאת 3 יסודות בניסוח שונה. לשם הנוחות, תיארונו 4 יסודות המתאימים לשני התהליכים.  
 195 OECD Reader's Companion, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36.  
 196 עניין **ברגר**, לעיל ה"ש 163.  
 197 ראו בש"פ 7955/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 23 (נבו 10.4.2014), והאסמכתאות שם. באותו עניין נדונה שאלת קיומה של חובת הנמקה כאשר היא אינה קבועה במפורש בחוק, בהקשר של הגשת כתב אישום.  
 198 ראו ס' (3)2 לחוק עקרונות האסדרה.  
 199 OECD Reader's Companion, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36.  
 200 כך, למשל, בעניין **ברגר**, לעיל ה"ש 163. צוינה הבחנה אפשרית בין עניין שנבחן כבר ביסודיות ואשר שב ועולה לדיון חוזר לעניין העולה לראשונה. בבג"ץ 680/88 **שניצר נ'**

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

"מבוססת", הם ציינו כי "קביעתן של העובדות בתחום המינהל מסורה, בראש ובראשונה, לרשויות המינהל" וכי הביקורת השיפוטית בהקשר זה תהא במבחן של סבירות,<sup>201</sup> שכן הדין אינו מתווה מסלול קשיח לאופן שבו על הרשות המנהלית לאסוף ראיות.<sup>202</sup> ואולם, על התשתית העובדתית להיות "מספקת" לצורך קבלת החלטה תוך התבססות על שיקולים רלוונטיים,<sup>203</sup> ופגם באיסוף התשתית העובדתית עשוי לשמש בסיס לביקורת שיפוטית גם כאשר מדיניות ההתערבות של בית המשפט היא מצומצמת מאוד בכל הנוגע לשיקול הדעת של הרשות.<sup>204</sup>

איסוף נתונים כרוך כדבר שבשגרה בהחלטות לגבי אופיים של הנתונים הנאספים, אופן הניתוח של נתונים אלו וכן הנחות עבודה שונות ביחס להסקת מסקנות מהם. מכאן, ששלב זה עשוי להיות נתון לתקיפה ברובם המכריע של הליכי ייזום אסדרה, בהינתן הדרכים הרבות והשונות שבהן ניתן לבצעו. ביקורת שיפוטית רחבה בשאלה זו עשויה להוביל להתדיינות מרובה בבתי המשפט ולניצול לרעה על ידי גופים אינטרסנטיים, שעה שכוונת המחוקק הייתה להותיר בידי המאסדרים שיקול דעת רחב בנקודה זו, ובלבד שכאמור יש בידיהם תשתית מספקת לתמיכה בהחלטתם.

כאמור, הגישה הכללית המוצעת על ידינו היא המשכיות עם הביקורת השיפוטית הנוהגת, תוך התאמתה למאפיינים הייחודיים של חוק עקרונות האסדרה. בהינתן שהליך איסוף הנתונים יכול להתבצע באופנים שונים, ובהינתן שיקול הדעת הרחב שהותר בידי המאסדרים בהוראות החוק,<sup>205</sup> מן הראוי כי בית המשפט יימנע מהחלפת שיקול הדעת המסור לרשות המינהלית בביצוע תהליך זה בשיקול דעתו שלו, אלא יתערב רק במקרים חריגים. מקרים אלו צפויים לשקף קביעת אסדרה שהשפעתה מהותית כאשר אין בידי המאסדר נתונים שיתמכו בהחלטתו ומבלי שהובהר מדוע אין צורך בנתונים כאמור או מדוע לא ניתן להשיגם.

**הצנזור הצבאי הראשי**, מב(4) 617 (1989), צוינה הבחנה אפשרית בין נושא השולל זכויות או

העלול לפגוע בזכויות אדם, שאז נדרשות ראיות משכנעות ומהימנות שאינן מותרות כל ספק.

201 עניין **ברגר**, לעיל ה"ש 163.

202 בג"ץ **נבון**, לעיל ה"ש 165, פס' 54.

203 עניין **ברגר**, לעיל ה"ש 163.

204 רע"ב 5754/15 **מילאד חטיב נ' שירות בתי הסוהר**, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 2.7.2017).

205 ראו ס' (3)2 לחוק עקרונות האסדרה ביחס למאסדרים ממשלתיים, וכן ס' 34 לחוק עקרונות האסדרה ביחס לתאגידים ציבוריים.

### (ב) שקילת חלופות לאסדרה

בדומה לתהליכי קבלת החלטות אחרים, גם תהליך הערכת השפעות האסדרה כולל בחינת חלופות ובחירה מתוכן. העקרונות המנחים לאסדרה מיטבית המנויים בסעיף 2 לחוק מצביעים על כיוונים אפשריים בבחינת חלופות.<sup>206</sup>

החובה לשקול חלופות ולהכריע ביניהן לא עוגנה בחוק עובר לחוק עקרונות האסדרה, אך גובשה ועוצבה בפסיקה לאורך השנים. הגישה הרווחת בפסיקה היא כי הכרעה בין חלופות צריכה להיעשות תוך הגשמת המטרות העומדות בבסיס ההסמכה. בנוסף לכך היא צריכה להיעשות בהתאם לכללי המשפט המנהלי: בתום לב, ללא שרירות או אפליה, ומתוך שקילת כל הנתונים הרלוונטיים, ונתונים אלה בלבד. עוד נקבע כי ההכרעה בין האפשרויות השונות צריכה לבסס את עצמה על הערכות סבירות ועל עובדות שנקבעו על יסוד ממצאים משכנעים, מהימנים ושאינם מותירים מקום לספקות.<sup>207</sup>

בהנהגת ביקורת שיפוטית על שקילת חלופות, ובפרט האופן בו נבחרה חלופה מסוימת – המבחן שאותו הפעיל בית המשפט הוא האם החלופה שנבחרה על ידי מאסדר נופלת למסגרת מתחם הסבירות והאם המשקל שנתן המאסדר לשיקולים השונים ראוי. קרי, האם האופציה שנבחרה היא אחת מאותן אופציות שהמאסדר רשאי לבחור בהן, גם אם אינה האופציה היחידה.<sup>208</sup>

הקשיים העולים ביחס לביקורת שיפוטית על רכיב בחינת החלופות נעוצים במרחב האפשרויות העצום בקביעת אסדרה<sup>209</sup> ובכך שהבחירה מתוכו היא פעולה מובהקת של מדיניות ושיקול דעת. יש מגוון גישות רגולטוריות, כגון גישות של רגולציה מבוססת עקרונות (principle-based regulation), רגולציה מבוססת כללים מפורטים (rule-based regulation) או רגולציה עצמית. יש גם מגוון של טכניקות רגולטוריות כגון דרישות גילוי מנדטורי, דרישות רישוי או פיקוח מחירים. למעשה, ביחס לכל דבר אסדרה משמעותי יש אין ספור חלופות, הנוגעות לתכנים של ההוראות השונות ונוסחיהן.<sup>210</sup> תהליך הערכת

206 כך, למשל, כי האסדרה תיקבע, ככלל, על בסיס כללים ואמות מידה מקצועיים שגובשו בארגונים בין-לאומיים או במדיניות מפותחות עם שווקים משמעותיים. ראו ס' 2(4) לחוק עקרונות האסדרה. או, למשל, כי האסדרה תיקבע 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. ראו ס' 2(5) לחוק עקרונות האסדרה.

207 עניין **שניצור**, לעיל ה"ש 200, שם.

208 עניין **ברגר**, לעיל ה"ש 163, שם.

209 ראו על ירידת קרנו של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה במסגרת עילת המידתיות, תוך הכרה בכך שבחינת חלופות היא מוגבלת מעיקרה, בפרט בהליכי חקיקה: אריאל בנדר, טל סלע "על המידתיות של המידתיות" **משפטים** מב 1097, 1109, 1113 ו-1117 (תשע"ב).

210 לשם המחשה: החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013, אשר נודע כ"חוק הריכוזיות", הגביל בין היתר מבנים פירמידליים של חברות. יש מגוון גדול של אפשרויות

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

אסדרה אינו יכול או אמור לשקף את כל אלה, אלא להתמקד במספר מצומצם של חלופות, ובהן "חלופת אפס" (zero option), שמשמעותה הישארות במצב הקיים.<sup>211</sup> גם ביחס לחלופות אלה, היקף הניתוח וההסבר בדבר החלופות השונות, ובפרט אלו שלא נבחרו, עשוי להשתנות מאוד ממקרה למקרה ואף להיות קצר מאוד כדי להסביר מדוע חלופה נשללה.

שקילה בין חלופות היא פעולה המגלמת באופן מובהק הפעלת שיקול דעת. לא בכדי בהפעלת הביקורת השיפוטית מתמקדים בתי המשפט בשאלת הסמכות המוקנית בקבלת ההחלטה ובנתונים שהיו בפני המאסדר והאם המסקנה שאליה הגיע המאסדר היא נגזרת אפשרית של נתונים אלו.

במסגרת דוח הערכת ההשפעות שיפרסמו המאסדרים מכוח חוק עקרונות האסדרה יידרשו הם כאמור לפרסם לציבור את החלופות המרכזיות שנבחנו על ידם והטעם לבחירה בחלופה שנבחרה.<sup>212</sup> בהתאם לגישה הכללית המוצעת על ידינו, יש לשמר את הקו הנוהג שלפיו בית המשפט לא ימיר את שיקול דעתו בשיקול דעת המאסדר, ובלבד שהחלטת המאסדר נמצאת במתחם הסבירות. נוכח שיקול הדעת הרחב שהותר בידי המאסדרים, נראה כי נכון להימנע מהתערבות לגבי היקף הבחינה של החלופות השונות ולהכיר בהחלטת המאסדר להסתפק בבחינה של מספר מצומצם של חלופות. בהיעדר נסיבות חריגות, אין ללמוד מכך על פגם בתהליך.

#### (ג) שיתוף הציבור ושקיפות הליך זה<sup>213</sup>

שיתוף הציבור (Stakeholders Engagement) הוא רכיב יסודי בתהליכי הערכת השפעות אסדרה. תועלות מרכזיות שלו הן נטילת אחריות (accountability) של גורמי האסדרה לדבר האסדרה והצדקתו, קבלת מידע ותובנות ממגוון גורמים לגבי האסדרה המוצעת והשלכותיה, יצירת מודעות בקרב הגורמים שעליהם עשויה לחול האסדרה לכוונות לקדמה, חיזוק הלגיטימציה והאמון באסדרה והגברת מידת הציות לאסדרה.<sup>214</sup> השקיפות הנלווית

טיפול בבעיות הנובעות ממבנים אלה (אשר אף לגבי מידת קיומן היו דעות שונות). בסופו של יום הוחלט במסגרת החקיקה בכנסת על הגבלת מספר חברות השכבה ועל הטלת דרישות מעולם הממשל התאגידי. אפילו שתי חלופות אלה כללו בתוכן אפשרויות רבות מאוד בשאלות הבאות – כיצד להגדיר "חברת שכבה"? על אילו סוגי מבנים צריך להטיל מגבלה? מה תהיה המגבלה? האם לדרוש חובת מינוי של דירקטורים חיצוניים? וכדומה.

211 OECD Reader's Companion, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36–37.

212 ס' 34(2) לחוק עקרונות האסדרה.

213 רכיב (3) בהגדרת "תהליך הערכת השפעות אסדרה" בס' 1 לחוק. ביחס לתאגידיים ציבוריים נקבע בס' 34(ב)(1) כי הנחיות התאגידי הציבורי יתייחסו לאופן ביצוע תהליך שיתוף הציבור ופרטים שייכללו עליו בדוח הערכת השפעות אסדרה, ושקיפות התהליך.

214 ראו בהרחבה על מטרות אפשריות של שיתוף הציבור, כמו גם המתח שעשוי להתקיים ביניהן Florentin Blanc & Giuseppa Ottimofiore, *Consultaion, in HANDBOOK OF REGULATORY*

לתהליך שיתוף הציבור נועדה לסייע בהגשמת מטרות אלה, כמו גם להתמודד עם החשש מפני שבי רגולטורי העלול להיווצר במסגרת הקשר שבין המאסדר לבעלי אינטרס באסדרה.<sup>215</sup>

יש מגוון דרכים לבצע שיתוף ציבור, ובהן עריכת סקרים, קיום היוועצויות עם פאנלים קבועים של מומחים או בעלי עניין, עריכת כנסים ו"שולחנות עגולים" ופרסום מסמכי היוועצות. שיתוף הציבור יכול שיעשה בשלבים שונים של תהליך הערכת האסדרה ובהיקף המשתנה ממקרה למקרה בהתאם לחשיבות האסדרה, רמת הידע של המאסדר וכיוצא באלה.<sup>216</sup>

בית המשפט העליון חזר וקבע כי אין חובה לשמוע את היחיד ביחס להתקנה של תקנה בת פועל תחיקתי, ועל כן ממילא אין חובה לקיים הליך של שיתוף או יידוע הציבור בהליכי התקנת תקנות וחיקוק משנה, ואף לא עוגנה זכות טיעון בהליכים מעין אלה.<sup>217</sup> על הלכה ותיקה זו, שיסודה בהבחנה הנוגעת לתחולתם של כללי הצדק הטבעי בהתאם לאופי הפעולה השלטונית (שיפוטי, מנהלי או תחיקתי), נמתחה ביקורת, ושופטי בית המשפט העליון עצמם הסתייגו ממנה, אך הותירו אותה על כנה.<sup>218</sup> בתי המשפט הסתפקו בעמידה על חשיבותה של התייעצות עם גורמים שהתקנות צפויות להשפיע עליהם ובעידוד של

215 IMPACT ASSESSMENT 155, 155–57 (2017); איל בנבנישתי, גיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" **ספר יצחק זמיר** 119, 121–128 (יואב דותן אריאל בנדור עורכים, 2005). ראו גם OECD Reader's Companion, לעיל ה"ש 1, בעמ' 118–122, להסבר כיצד נחלק שיתוף הציבור לשלושה רכיבים – יידוע הציבור; קבלת התייחסות הציבור; ושיח עם הציבור – ופירוט תכליותיו השונות. ראו גם המדריך הממשלתי להערכת השפעות רגולציה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21–23 המתמקד בחשיבות שיתוף הציבור לקידום אסדרה מיטבית.

216 ראו OECD Reader's Companion, לעיל ה"ש 1, בעמ' 119, על הקשר בין שקיפות התהליך לתפיסה הכללית של Open Government שעניינה שקיפות ונגישות הממשל לאזרחים.

217 ראו Blanc & Ottimofiore, לעיל ה"ש 214, בעמ' 157–158 וסקירת אופני שיתוף הציבור במדינות שונות. שם, בעמ' 158–170; המדריך הממשלתי להערכת השפעות רגולציה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21–29.

218 בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1509 (1958); בג"ץ 335/68 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יור ועדת החקירה לענין מתן שירותי גז, פ"ד כג(1) 324, 334 (1969); בג"ץ 542/76 קונסורטיום אינטרנשיונל בע"מ נ' מנכ"ל משרד התקשורת, פ"ד לא(3) 477, 486 (1977); בג"ץ 1661/05 המועצה האיזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 413–414 (2005); בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון, פ"ד נט(2) 481, פס' 13 (2005); ע"א 810/06 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל אגף המכס ומע"מ, פס' 9 (נבו 7.9.2008).

219 ראו אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** 487 (התשמ"ז); ברוך ברכה "לקראת פיות בהליכי התקנת תקנות?" **ספר שמגר** א 127 (אהרן ברק עורך, 2003); ברוך ברכה "זכות הטיעון: גם בהליכי התקנת תקנות?" **מאזני משפט** ו 423, 434, 436 (2007); בנבנישתי ושגיא, לעיל ה"ש 214, אשר קראו לעגן בחקיקה חובה לבצע שיתוף ציבור; רע"א 3577/93 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו**, פ"ד מח(4) 70, 86–87 (1994); בג"ץ חוף עזה, לעיל ה"ש 217, פס' 422–425.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

התייעצות כאמור – בין השאר תוך הבהרה כי התייעצות יכולה להיעשות בדרכים שונות ואינה מחייבת שימוע בעל פה – אך לא קבעו כי היא בגדר חובה.<sup>219</sup> תהליך הערכת השפעות האסדרה בהתאם לחוק כולל נדבך של שיתוף הציבור. בכך נפל דבר והוצבה ברירת מחדל של שיתוף הציבור לשם קביעת אסדרה. בה בעת, עשויים להיות חריגים לשיתוף הציבור, בהתאם להחלטות הממשלה או בהתאם להנחיות מאסדרים שהם תאגידים סטטוטוריים.<sup>220</sup> כמו כן, החוק אינו קובע מתכונת הנדרשת לביצוע שיתוף הציבור.

מתכונת שיתוף הציבור יכולה להיעשות כאמור במגוון דרכים ולעורר שאלות רבות. כך, לדוגמה – מהו המועד המתאים לשיתוף הציבור? האם שיתוף הציבור צריך להיעשות על בסיס פרסום נוסח של אסדרה מוצעת? מהו משך הזמן המתאים לשיתוף הציבור? האם שיתוף הציבור מחייב פנייה לכולי עלמא או יכול להיעשות באמצעות פניות לפי שיקול דעתו של יוזם האסדרה?<sup>221</sup> האם שיתוף הציבור צריך לכלול מתן פומבי להערות שהתקבלו ולזהות הגורמים המעירים? האם עליו לכלול התייחסות פומבית להערות שהתקבלו, לרבות הסיבות שבגינן הוחלט לקבלן או לדחותן? האם שיתוף הציבור צריך להיעשות באופן שוויוני, והאם יש מניעה בקיום שיח משמעותי יותר עם גורמים מסוימים? האם נדרש ביצוע הליך חוזר של שיתוף הציבור מקום בו נעשו שינויים מהותיים באסדרה המוצעת? חשש אחד ביחס להליכי שיתוף הציבור הוא כי לצד יתרונותיהם, הם יובילו להתארכות תהליך האסדרה ולהשקעת משאבים רבים מצד המאסדר והציבור. חשש אחר הוא כי הליכי שיתוף הציבור ישמשו בעיקר כמה לגורמים בעלי כוח להשפיע על עיצוב האסדרה, בעוד קולו של הציבור הרחב לא יישמע באותה מידה. גורמים בעלי כוח אף עלולים לנצל את שיתוף הציבור לשם עיכוב ושיבוש תהליך האסדרה. חשש נוסף נוגע לאמינות ההערות המתקבלות בהליכי שיתוף הציבור, כאשר הן מתייחסות לדוגמה לעלויות או לתועלות

219 עניין הפניקס, לעיל ה"ש 218; בג"ץ חוף עזה, לעיל ה"ש 217; ע"א שיכון עובדים, לעיל ה"ש 217, פס' 9.

220 היקף השימוש בחריגים עשוי להיות לא מבוטל. בארצות הברית נאמד בעבר היקף הפטורים שניתנו מתהליך שיתוף הציבור כעומד על כשליש עד מחצית מכלל העניינים. ראו OECD Reader's Companion, לעיל ה"ש 1, בעמ' 165.

221 השו" להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" (תשס"ד), המכירה בחשיבותה של התייעצות עם גופים מעוניינים שלא מכוח חוק, אולם מציעה להכין רשימה של גופים שעומדים ראוי לקיים קשר במהלך ההכנה של התקנות, כגון גופים שלדעת המשרד הממשלתי יש להם מעמד כמייצגים של ציבור בעל עניין ממשי ומיוחד בתקנות (ס' 13.2(א)–(ב) להנחיה).

דומה כי הנחיה זו אינה מותאמת לכלים הטכנולוגיים הפשוטים הקיימים כיום לפרסם הצעות אסדרה ולקבל הערות בעניינן, וכי ככלל שיתוף הציבור צריך לכלול פרסום לציבור הרחב, גם אם יתקיים שיח משמעותי יותר עם גורמים שנמצאו רלוונטיים לכך על ידי המשרד הממשלתי.

האסדרה המוצעת.<sup>222</sup> ביקורת שיפוטית נוקשה ביחס לשלב שיתוף הציבור עלולה להוביל להתממשות חששות אלה. ככל שבית המשפט יפנה לבחון לעומק את אופן ביצוע שיתוף הציבור, כך יגדל התמריץ של גורמים המבקשים להסיט תהליך אסדרה ממסלולו לעשות שימוש בתהליך זה כקודם לחפור בו, ויגדל התמריץ של המאסדרים לעבות את התהליך כדי להתמודד עם תקיפה משפטית. המחשה לפוטנציאל הבעייתי של דינמיקה זו אפשר למצוא בארצות הברית, שם הפך תהליך קבלת הערות הציבור וההתייחסות אליהן למסורבל ומורכב.<sup>223</sup>

בהתאם לגישה הכללית המוצעת על ידנו, ובהינתן שאופן ביצוע שיתוף הציבור יכול ללבוש צורות מגוונות ושונות, רצוי שבית המשפט יימנע מהחלפת שיקול הדעת המסור למאסדר בביצוע תהליך זה בשיקול דעתו שלו, אלא יתערב רק במקרים חריגים. מקרים אלה צפויים לשקף הליכי שיתוף ציבור שבהם לא ניתנה אפשרות ממשית להביע עמדה, או הליכים שמהם עולה באופן מובהק כי נעשו כדי לצאת ידי חובה בלבד (למשל, לאחר שנתקבלה כבר החלטה סופית). במקרים אחרים, לעומת זאת, רצוי כי הביקורת השיפוטית תכיר במרחב שיקול הדעת הנתון ליוזם האסדרה בהקשר זה, ולא תעסוק בפרטי מתכונת שיתוף הציבור. כך, למשל, אפשר שבמקרה מסוים רצוי היה לקיים את שיתוף הציבור בשלב מוקדם יותר בתהליך האסדרה, ובמקרה אחר רצוי היה לקיימו למשך פרק זמן ארוך יותר, אולם בעיות מסוג זה אינן מצדיקות התערבות שיפוטית.

#### (ד) הערכת תועלות וחסרונות האסדרה

הערכת תועלות וחסרונות האסדרה מיועדת להשיג מודעות להשלכות השונות הצפויות מן האסדרה ולהשפיע על ההחלטה אם לאמצה. ההערכה יכולה להיעשות במגוון טכניקות.<sup>224</sup> היא יכולה להיות הערכה איכותית באופייה, הערכה כמותית באופייה או שילוב בין

222 על הקשיים בביצוע תהליכי שיתוף הציבור והסיכונים הגלומים בהם ראו OECD Reader's Companion, לעיל ה"ש 1, בעמ' 132–136; בנבנישתי ושגיא, לעיל ה"ש 214, בעמ' 128–129, 129, 131–145; להרחבה בדבר תהליכי שיתוף הציבור בארצות הברית, אשר נמתחה עליהם לא אחת ביקורת רבה, ראו OECD Reader's Companion, לעיל ה"ש 1, בעמ' 161–192.

223 Wendy E. Wagner, *Administrative Law, Filter Failure, and Information Capture*, 59 DUKE L.J. 1321 (2010). ראו עמ' 1355–1365 על התמריצים השלייליים שיצרה פסיקת בתי המשפט בארצות הברית לגבי תהליכי אסדרה לפי חוק ה-APA. בנוסף, ראו עמ' 1353–1355 ביחס לשלב שיתוף הציבור. הליך שיתוף הציבור השכיח ביותר בארצות הברית – הליך ה-Notice and Comment – מחייב את הרשויות לשקול את ההערות המרכזיות שהיו לאסדרה המוצעת. בהמשך לכך פסלו בתי המשפט אסדרה בשל הסברים כלליים או עמומים שנתנו הרשויות כאשר דחו הערות ציבור. הדבר הוביל בתורו להתנהלות מתגוננת מצד הרשויות אשר באה לידי ביטוי בהתארכות וסרבול קיצוניים של תהליכי האסדרה.

224 טכניקות שכיחות הן cost-effectiveness analysis (CEA), cost-benefit analysis (CBA), וניתוח סיכונים (risk analysis). לפירוט בעניין המתודולוגיות, ראו הערה 3 לעיל.



מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

השתיים. ככל שההערכה מתבססת על ניתוח כמותי, היא תלויה בהנחות עבודה שונות, במידע שנעשה בו שימוש ובמתודולוגיות חישוב העוסקות למשל בסוג העלויות שיוכאו בחשבון, במונטיזציה (monetization) של השלכות האסדרה<sup>225</sup> או בשיעורי ההיוון של עלויות עתידיות.<sup>226</sup> מורכבות הערכות אלה הובילה לעיסוק נרחב בהן, בין היתר במסגרת מדריכי עבודה ומחקרים אקדמיים.<sup>227</sup>

תהליך הערכת תועלות וחסרונות האסדרה כרוך באיסוף נתונים ומתן פרשנות להם וכן בהפעלת שיקול דעת, כך, למשל, במתן המשקלות לכל רכיב השוואתי הנבחן ביחס לחלופות.

כמו חלקים אחרים בתהליך הערכת השפעת האסדרה, עשויה גם הערכת התועלות והחסרונות להעמיד בסיס לביקורת שיפוטית. בפרט אפשר יהיה לתקוף הערכה זו בטענה שהיא שגויה הן משום שאינה משקפת את כלל התועלות והחסרונות, הן משום שאינה אומדת איזה מהם היטב. בהקשר זה עשויה הערכת התועלות והחסרונות לשמש בסיס לעילות הביקורת של סבירות ומידתיות אשר נוגעות לליבת שיקול הדעת המנהלי. במסגרת עילת הסבירות נבדק האם כלל השיקולים הרלוונטיים נשקלו על ידי הרשות המנהלית והאם הם אוזנו על ידה כראוי על פי משקלם היחסי. במסגרת עילת המידתיות נבדק הקשר בין התכלית השלטונית לבין האמצעים שננקטו להגשמתה, והאם אמצעים אלה היו במידה הראויה, ולא מעבר לנדרש.<sup>228</sup> בפרט מזכירה הערכת התועלות והחסרונות את היסוד השלישי בעילת המידתיות, הלוא הוא מבחן האמצעי המידתי שעניינו היחס בין התועלת לנזק.<sup>229</sup>

225 דוגמה למונטיזציה היא שקלול הערך של חיי אדם באסדרה המיועדת לטפל בזיהום אוויר, כאשר מצד אחד האסדרה כרוכה בעלויות לעסקים הגורמים לזיהום אוויר ומן הצד האחר איאסדרה כרוכה בעלויות בחיי אדם. השוואת העלויות נעשית על בסיס המרתן לערכים כספיים.

226 לסקירה כללית ראו Jason A. Schwartz, *Approaches to Cost-Benefit Analysis*, in HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 33 (2016); OECD, *Regulatory Policy in Perspective: A Reader's Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook* 73–100 (2015).

227 ראו Schwartz, לעיל ה"ש 226, בעמ' 35.

228 ראו על היחס בין עילות הסבירות והמידתיות: בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1, ס' 7 לפסק דינו של השופט ברק (1996); בג"ץ 3798/09 **גורוהוד נ' מפכ"ל משטרת ישראל**, ס' 16 (נבו 7.12.2010).

229 ראו דבריו הבאים של יצחק זמיר, אשר צוטטו בפסק דין **בן-עטייה**, לעיל ה"ש 228, פס' 5 לפסק הדין של השופט ברק, בו הציג השופט ברק את מבחן המידתיות: "היסוד השלישי הוא המידתיות עצמה. לפי יסוד זה, אין די בכך שהרשות המינהלית בחרה באמצעי המתאים והמתון להשגת המטרה, אלא עליה להוסיף ולשקול את התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שייגרם לאזרח עם הפעלת האמצעי הזה בנסיבות העניין. עליה לשאול את עצמה אם בנסיבות אלה קיים יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לאזרח. היחס בין התועלת לבין הנזק, ואפשר לומר גם היחס בין האמצעי לבין המטרה, צריך להיות מידתי (פרופורציונלי), כלומר,

ואולם, הערכת תועלות וחסרונות האסדרה, בעיקר אם היא נעשית באופן כמותי, היא אזור שבו נדרשים זהירות וריסון מיוחדים מצד הביקורת השיפוטית. ראשית, מבחינה מוסדית אין לבתי המשפט יתרון ומומחיות בניתוחים כלכליים, התלויים בנתונים, באומדנים, במתודולוגיות ובהנחות צופות פני עתיד. דיון בניתוחי עלות-תועלת כמותיים עלול לגרור את בתי המשפט להתדיינות סביב כל אלה ולוויכוחים בין חוות דעת כלכליות מתחרות.<sup>230</sup> שנית, ניתוח עלות-תועלת כמותי הוא כלי תומך החלטה שימושי, אך סובל ממגבלות רבות, ועל כן יש להיזהר מהקניית מעמד מחייב לניתוח זה. בהתאם לכך, רצוי כי הביקורת השיפוטית לא תיצור זיקה בין חוקיות האסדרה לבין כלי זה, וככלל רצוי כי לא תעשה בו שימוש במסגרת הביקורת, בין כהנמקה מדוע אין להתערב באסדרה ובין כהנמקה מדוע יש להתערב באסדרה.

בין החסרונות של ניתוחי עלות תועלת-תועלת כמותיים אפשר למנות קשיים רבים בניתוח כמותי של צד העלויות: ניתוח כמותי זה מותנה בתשתית עובדתית שקשה מאוד להשיגה. מאסדרים פועלים על פי רוב בתנאי אי-ודאות ואין להם מידע מלא (או אפילו חלקי) ביחס לעלויות של הגורמים המפוקחים או הציבור בכללותו. אף אם הגורמים המפוקחים ישתפו פעולה במסירת מידע כאמור, קשה לבטוח באמינות הנתונים והם עשויים להיות חלקיים או מוטעים. בנוסף לכך, ניתוח העלויות כרוך במשאבי כוח אדם ותקציב ובפיתוח מיומנות לביצוע הניתוח, אשר לעיתים קרובות אינם בנמצא או שהם מוגבלים. הניתוח עצמו מורכב, ותוצאותיו תלויות במידה רבה בהנחות הנלקחות לגבי משתנים רבים ובלתי יודעים. כך, למשל, הנחות בנוגע לגורמים אשר ייכללו בניתוח; משך התקופה

יחס שאינו חורג מן המידה הראויה. אם בנסיבות של עניין מסוים, יגרום השימוש באמצעי מסוים, שהוא מתאים ומתון, נזק כבד לאזרח, ואילו התועלת הצפויה לציבור אינה אלא מזערית, המסקנה עשויה להיות שאסור לרשות להשתמש בנסיבות אלה אפילו באמצעי זה.”<sup>230</sup> יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בבר"מ עין דור, לעיל ה"ש 146, בעמ' 766–767: "כל עוד החלטת הרשות אינה חורגת ממיתחם הסבירות, כלומר כל עוד מדובר בהחלטה שרשות מינהלית סבירה הייתה יכולה לקבל, לא יתערב בית-המשפט בהחלטה... כך בדרך כלל, וכך במיוחד כאשר הרשות המינהלית משתיתה את החלטתה על בסיס חוות-דעת מקצועיות של גורמים מקצועיים... מקום שהפעילה הרשות מומחים מטעמה, לא ישים עצמו בית-המשפט מומחה, וודאי שלא ימנה מומחה תחתיו כדי להכריע לגופה של מחלוקת מקצועית. אכן, לעולם לכל בעיה יהיו פותרים ופתרונים אחדים. ייתכן אף שבית-המשפט ייטה אחר החלטה המבכרת פתרון זה ולא פתרון אחר. אך בכך אין כדי להביא את בית-המשפט להחליף את שיקול-דעתה של הרשות בשיקול-דעתו... כך בבית-המשפט הגבוה לצדק, וכך כמובן גם בבית-המשפט המחוזי בשבתו כבית-המשפט לעניינים מינהליים, ובכל ערכאה שיפוטית הנדרשת לכללי המשפט המינהלי”.

ראו גם ע"מ 2141/09 הועדה המחוזית המשותפת לתכנון ולבניה נ' אחל"ה איכות חיים לתושבי השרון, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 17.11.2010), ובג"ץ 4874/21 אליקים בן ארי נ' רשות מקרקעי ישראל (נבו 6.2.2022), לקביעות שלפיהן העדפת חוות דעת מומחה "חיצוני" על פני חוות הדעת המקצועית של הרשות המנהלית אינה מתיישבת עם אופיו של הליך הביקורת השיפוטית.

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

שלגביה צריך לבצע את הניתוח; מצב הדברים (baseline) אשר ביחס אליו צריך לבצע את ההשוואה; ההנחות שישמשו לתמחור במונחים כספיים של עלויות ותועלות, לרבות כאלה שאינן מבוססות שוק (ערך של חיי אדם, ערך של שמירת הטבע); הנחות לגבי התקיימות של תרחישים שונים כתוצאה מהאסדרה; הנחות לגבי שיעורי היוון של השפעות עתידיות; ועוד.

ניתוח כמותי של צד התועלת הוא קשה אף יותר ובתחומים רבים הוא על גבול הבלתי אפשרי. כך, לדוגמה, ברגולציה פיננסית כגון דיני ניירות ערך או דיני הבנקאות תכלית מרכזית של הרגולציה היא שמירת אמון הציבור בשוק ובגופים הפועלים בו, אך לא ניתן באופן מעשי לכמת כיצד רכיב אסדרה מסוים תורם לקיום תכלית זו. באופן דומה, ברגולציה של איכות הסביבה יש לדוגמה קושי לכמת את התועלת בערכים של הגנת הטבע. כפועל יוצא מכך, בניתוחי עלות-תועלת רבים מוצג רק צד העלות באופן כמותי, בעוד צד התועלת מוצג באופן איכותי, באופן העלול ליצור הטיה דה-רגולטורית.

מעבר לקשיים המעשיים, רבה הביקורת על ניתוחי עלות-תועלת כמותיים ככלי שאינו מביא בחשבון מטרות חשובות כגון צדק חלוקתי והגנת זכויות הפרט, ואף ככלי הסובל מבעיות ערכיות בכך שהוא מבקש לכמת במונחים כספיים עניינים שאינם מתאימים לכימות כגון חיי אדם.<sup>231</sup>

אנו סבורים כי אין צורך להכריע בשאלת האפקטיביות של ניתוחי עלות-תועלת כמותיים ככלי תומך החלטה: רבים מצדדים בכלי זה, הוא נמצא בשימוש נרחב במדינות אחרות ואף חוק עקרונות האסדרה קורא לעשות בו שימוש ככל הניתן.<sup>232</sup> אך ללא קשר לשאלת האפקטיביות של ניתוחי עלות-תועלת כמותיים, בהינתן המגבלות המובנות של ניתוחים אלה ואופיים הכלכלי, ביקורת שיפוטית על רכיב זה אינה רצויה.

## ה. לפני סיום – הצעות החוק לשינוי מערכת המשפט

בראשית חודש ינואר 2023 פרסם שר המשפטים יריב לוין את תוכניתו לשינוי מערכת המשפט מן היסוד. דיונים בהצעות חוק שהונחו ליישום תוכנית זו התקיימו בכנסת

231 *Reforming Regulatory Impact Analysis, Resources for the Future, Report*, Chapter 1 – 14–16 (Winston Harrington, Lisa Heinzerling & Richard M. Morgenstern eds., 2009). יש לציין כי ויכוח ארוך שנים ניטש בין המצדדים בניתוחי עלות-תועלת לבין המבקרים אותם. הואיל והשימוש בכלי זה רווח, הרי שבפועל השאלה היא כמה משקל יש לייחס לו.

232 ראו ההגדרה של "תהליך הערכת השפעות אסדרה", ס"ק (4) ו-(5) וכן ס' 34(א) לחוק עקרונות האסדרה.

בחודשים ינואר–מרץ 2023, על רקע מחאה ציבורית עזה עד להשהיית התוכנית וכניסת נציגי המפלגות לשיח בבית הנשיא לגביה.

רשימה זו נכתבה לפני ההתפתחות האמורה, והעיסוק בהצעות החוק חורג ממסגרתה, מה גם שקשה להעריך האם וכיצד יקודמו הצעות החוק ומה יהיה תוכנן הסופי. אף על פי כן, פטור בלא כלום אי אפשר. על כן נציג כמה תוכנות קצרות באשר לזיקה האפשרית שבין התוכנית לשינוי מערכת המשפט לבין נושא רשימה זו – הביקורת השיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה.

תוכניתו של שר המשפטים לוין כללה ארבע יוזמות עיקריות לשינוי מערכת המשפט: הגבלה משמעותית של הביקורת השיפוטית על חקיקה, ובכלל זה שלילת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד; ביטול עילת הסבירות כך שבתי המשפט לא יהיו מוסמכים לדרון בסבירות החלטות שלטוניות; מינוי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה כמשרות אמון; ושינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים באופן שיעניק לקואליציה רוב בוועדה למינוי שופטים בכל ערכאות בתי המשפט. היוזמות זכו לביקורת קשה ביותר מצד המערכת המשפטית, אנשי אקדמיה ואישי ציבור.<sup>233</sup>

כל אחת מהיוזמות צפויה לשנות באופן מהותי את פניה של הביקורת השיפוטית בישראל, אולם לענייננו רלוונטית במיוחד היוזמה הנוגעת לביקורת שיפוטית על בסיס עילת הסבירות.<sup>234</sup> הצעה זו שומטת במידה רבה את הקרקע תחת אפשרות של ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה. דומה כי תוכל עדיין להתקיים ביקורת שיפוטית על עצם ביצועו של תהליך הערכת השפעות אסדרה מקום בו זה מתחייב על פי החוק, אולם לא תוכל להיות ביקורת שיפוטית על אופן קיומו.<sup>235</sup> ברשימה זו עמדנו על הקשיים העלולים

233 ראו, למשל, דברי נשיאת בית המשפט העליון בכנס העמותה למשפט ציבורי ביום 12 בינואר 2023 <https://did.li/g8egT>; חוות דעת היועצת המשפטית לממשלה מיום 2 בפברואר 2023 "התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה" <https://did.li/Ot0w5>; גילוי דעת יועצים משפטיים לממשלה (לשעבר) ופרקליטי מדינה (לשעבר) בנוגע לתוכנית שר המשפטים מיום 12 בינואר 2023 <https://did.li/6EBaa>; מכתב הכלכלנים מיום 25 בינואר 2023, "גילוי דעת על הנזק הצפוי לכלכלת ישראל כתוצאה מיישום ההפיכה המשטרית" [https://docs.google.com/document/d/12slzeZEcq-0uNUx3ZIFq0-TQj2chutMzaljPZ\\_Evv2Y/edit](https://docs.google.com/document/d/12slzeZEcq-0uNUx3ZIFq0-TQj2chutMzaljPZ_Evv2Y/edit).

234 ס' 4 לטיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט): "ביקורת סבירות שיקול הדעת של הממשלה, שריה והרשויות הכפופות לה נתונה בידי הכנסת; לא יפסול בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, החלטה של הממשלה, שר משריה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם על יסוד מידת סבירותה, תהא אשר תהא לטעמו; פסילת החלטה בסעיף זה – פסילה מלאה, חלקית או הגבלת תוקף של החלטה, לרבות החלטה על מינויו של אדם, או של הימנעות מקבלת החלטה כאמור."

235 בהתאם לחלוקה שהוצגה בפרק ו לעיל בין שלושה סוגים של עילות ביקורת, משמעות התיקון המוצע הוא כי תוכל להתקיים ביקורת בעילה של חוסר סמכות (למשל, אם לא בוצע כלל תהליך של הערכת השפעות אסדרה מקום בו נדרש הדבר על פי דין), בעוד הביקורת בעילות

מחקרי רגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

להיווצר כתוצאה מביקורת שיפוטית מוגברת וקראנו להכיר במתחם שיקול דעת רחב של המאסדר ביחס לאופן קיום התהליך. ואולם, הגבלה גורפת על יכולתו של בית המשפט לדון בשאלות של סבירות, כפי שהוצע, צפויה להגביל מאוד את יכולתו של בית המשפט לדון בכלל בדברי אסדרה. כך, למשל, היכולת לדון בעילות הנוגעות לתשתית עובדתית, לשקילת שיקולים ענייניים ולפגיעה אפשרית של אסדרה בזכויות הפרט כרוכה מטבע הדברים בבחינה כזו או אחרת בפרמטרים של סבירות, ולא ברור אם וכיצד יוכל בית המשפט להידרש להן.

היוזמה להגביל ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה צפויה אף היא להגביל את היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על תהליכי הערכת השפעות אסדרה. כפי שהסברנו ברשימה זו, ממילא ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה היא מצומצמת באופייה, אולם בהתאם ליוזמות לשינוי מערכת המשפט, אסדרה שתיקבע בחקיקה תהא חסינה למעשה מביקורת שיפוטית. הסיבה לכך היא ההצעה לקבוע כי בית המשפט העליון יהיה רשאי לתת צו ביניים בעניין תוקפו של חוק רק אם מצא אפשרות ממשית שהחוק סותר סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק יסוד.<sup>236</sup> הואיל וחוק עקרונות האסדרה אינו במעמד של חוק יסוד, לא יהיה טעם בביקורת שיפוטית בשאלה אם התקיימו הוראותיו כאשר האסדרה נקבעה בחוק, שכן ממילא לא ניתן יהיה לפסול אותה.

היוזמות לשינוי מערכת המשפט מציבות שאלה מעניינת לגבי התפיסה הגלומה בחוק עקרונות האסדרה ותחולתו של חוק זה. היוזמות הונחו לדיון בוועדת החוקה של הכנסת מבלי שקדם לכך כל תהליך סדור שהוא. בתהליך כזה ניתן היה לדוגמה לבחון אילו בעיות קיימות במערכת המשפט, מהן החלופות האפשריות לפתרונן, מהן ההשלכות של הפתרונות המוצעים, בחינת דין משווה וכדומה. כך, ככל שקודמו היוזמות, הסתבר כי הבסיס לקידומן הוא חלש, וכי השלכותיהן הפוטנציאליות – בין היתר במישור הביטחוני ובמישור הכלכלי – עלולות להיות חמורות וכלל לא נבדקן מראש.<sup>237</sup> השאלה המתבקשת היא מדוע חוק עקרונות האסדרה מחייב תהליך מובנה ושיטתי ביחס לכל דבר אסדרה מוצע, קטן כגדול, בעוד שינוי יסודי בשיטת המשפט הישראלית אינו מצדיק תהליך דומה.

שעניין פגם בסדרי ההליך תהיה מצומצמת לבדיקה טכנית באופייה, והביקורת בעילות שעניין שיקול הדעת לא תתקיים.

236 ס' 3 לטיטת תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט). תנאים נוספים שהוצעו בסעיף זה הם שבית המשפט מצא כי בהיעדר צו ביניים, תיגרם פגיעה חמורה ובלתי הפיכה לעיקרון המעוגן בחוק יסוד וכי ההחלטה תתקבל ברוב של 80 אחוזים משופטי בית המשפט העליון או יותר.

237 ראו למשל עמיר קורץ "ועדת חוקה תקיים דיון חסוי על ההשפעה הביטחונית של ההפיכה המשטרית" **כלכליסט** (15.2.2023) <https://did.li/YVMCN>; נתי טוקר "מאות כלכלנים ישראלים מזהירים את נתניהו: החלשת מערכת המשפט תפגע במשק" **הארץ** 25.1.2023 <https://katzr.net/3ccadb>.

שאלה דומה עולה לגבי מהלכים מהירים אחרים שננקטו על ידי הממשלה לאחר כניסתו של החוק לתוקף. כך, לדוגמה, בתוך זמן קצר מהקמתה של הממשלה בוטלו מהלכים של הממשלה הקודמת שעניינם הגדלת מיסוי כלים חד-פעמיים ומשקאות ממותקים.<sup>238</sup> הוראות בענייני מיסוי פטורות מתחולתו של חוק עקרונות האסדרה,<sup>239</sup> אך בנושאים האמורים ברור שתכלית המס הייתה הכוונת התנהגות, וכי יש לגובה המס השלכות סביבתיות ובריאותיות. היעדר חובה לקיים תהליך הערכת השפעות אסדרה בעניינם מעיד על קושי בהיקף תחולת החוק. זאת ועוד, גם שינויים אלה מציבים סימן שאלה באשר לרפורמה הגדולה שקידמה המדינה בעניין תהליכי הערכת השפעות אסדרה ותהייה אם זו הייתה מן השפה ולחוץ, ואינה משקפת שינוי תפיסתי אמיתי. יש לקוות כי לא כך הדבר.

### ט. סוף דבר

חוק עקרונות האסדרה מעגן רפורמה רגולטורית שתכליתה שיפור הרגולציה. במסגרת החוק עוגנו לראשונה בחקיקה ראשית החובות החלות על מאסדרים בעת קביעת רגולציה חדשה. חובות אלו מבקשות להבנות את התהליך שעל משרדי הממשלה ועל תאגידים ציבוריים לבצע בבואם ליזום אסדרה. בליבת החוק נמצאת החובה לקיים תהליך הערכת השפעות האסדרה, ובכלל זה לבחון חלופות לאסדרה, לקיים שיתוף ציבור בקביעת האסדרה ולבצע הערכת תועלות ועלויות של האסדרה.

במאמר זה בחנו כיצד עיגונן של חובות אלו בחוק, ובפרט החובה לקיים תהליך הערכת השפעות אסדרה, עתיד להשפיע על היקף הביקורת השיפוטית על דברי אסדרה. מחד גיסא, עיגון החובות בחוק מצביע על החשיבות המיוחסת להן, וביקורת שיפוטית על קיומן עשויה לסייע בהבטחת ציות המאסדרים להוראות אלו ובמניעת קביעת אסדרה בדרכים שאינן אופטימליות. מאידך גיסא, ביקורת שיפוטית מוגברת ביחס לקיום תהליך הערכת השפעות אסדרה עלולה לגרום השלכות שליליות שונות ובהן "אפקט מצנן" בקביעת רגולציה, טרפוד אסדרה רצויה על ידי קבוצות אינטרס והכנסת בתי המשפט לאזור פעילות שבו הכרעות משפטיות אינן צריכות לתת את הטון. זאת, כאשר נראה שמעצבי החוק ביקשו להימנע ממצב זה.

הגישה הכללית שהצגנו בנוגע להפעלת הביקורת השיפוטית על תהליך הערכת השפעות אסדרה נועדה להציע דרך התמודדות עם הקשיים בביקורת שיפוטית כאמור והגשמת היתרונות הפוטנציאליים הגלומים בה. ברוח החוק, ניתן לומר כי האתגר הוא לקיים ביקורת

238 ג'ד ליאור "פורסם הצו לביטול המס על החד פעמי – עד סוף 2023" Ynet (10.1.2023) <https://did.li/f8egT>; ג'דעון לב "מדענים בעולם: ביטול מס המשקאות המתוקים פוגע במעמדה של ישראל" הארץ [https://did.li/Nt0w5\(2.2.2023\)](https://did.li/Nt0w5(2.2.2023)).

239 ס' 41(א) והתוספת לחוק עקרונות האסדרה.

מחקרי וגולציה ט תהליך הערכת השפעות האסדרה במבחן הביקורת השיפוטית: בין עלות לתועלת

שיפוטית במקרים שבהם היא נחוצה, ואילו לצמצמה במקרים שבהם מעורבות מוגברת אינה נדרשת ואף עלולה להסב נזק.

בהתאם לכך, הצעתנו היא כי היקף הביקורת השיפוטית על תהליך הערכת השפעות אסדרה יישען על שני נדבכים מרכזיים. הנדבך הראשון הוא נדבך של המשכיות ויישום עקבי בין הביקורת השיפוטית הנוהגת כיום על דברי אסדרה לבין זו שתחול אחרי כניסתו לתוקף. המשכיות זו מתבקשת לעמדתנו מכמה טעמים. ההיסטוריה החקיקתית ולשון החוק אינן מצביעות על כוונה לשנות את כללי הביקורת השיפוטית או את מידת ההתערבות השיפוטית ביחס לאסדרה. בנוסף, הביקורת השיפוטית הנוהגת עוסקת בחובות יציר פסיקה של המשפט המנהלי, אשר מתכתבות עם החובות המנויות בחוק. מכאן שהתבססות על הפסיקה הקיימת תייצר רצף פרשני והרמוני עם הוראות החוק החדש. החובה לקיים תהליך הערכת השפעות אסדרה צפויה אף לייעל את אופן הפעלת הביקורת השיפוטית, כמו גם את הבחינה בדבר נחיצותה, היות שתהליך זה ישוקף בדוח הערכת השפעות אסדרה.

הנדבך השני המוצע על ידינו הוא הענקת מרחב שיקול דעת למאסדרים בניהול תהליך הערכת האסדרה. הוראות החוק הותירו למאסדרים שיקול דעת רחב בניהול תהליך הערכת האסדרה, ובאופן מכוון לא הוסדר תהליך זה באופן מפורט בחוק. הקניית מרחב שיקול הדעת נבעה מאופיים של תהליכי האסדרה, אשר מטבעם נתונים לאילוצים רבים, והיקף ביצועם תלוי נסיבות (בכלל זה, נחיצות האסדרה, אופי האסדרה, מהותיותה ומשאבי המאסדרים). נוכח הבניית שיקול הדעת לתוך החובות המנויות בחוק, כמו גם הרציונל המובהק לכך, יש חשיבות לעמדתנו שהביקורת השיפוטית תפעל לשמר מרחב שיקול דעת זה.

הנפקות המעשית של מרחב שיקול הדעת האמור היא ביקורת שיפוטית מצומצמת בכמה היבטים: הימנעות ככלל מביקורת שיפוטית על תהליך הערכת השפעות האסדרה טרם נקבעה אסדרה; מתן שיקול דעת רחב למאסדרים ביישום החריגים מקיום תהליך הערכת השפעות האסדרה; והכרה בשיקול הדעת הרחב של המאסדרים בניהול תהליך הערכת השפעות האסדרה, כגון בהיבטים של קביעת היקף התשתית הנחוצה לקידום יוזמת אסדרה, הכרעה בדבר החלופות לבחינה כמו גם עומק הבחינה ומתכונת שיתוף הציבור. במיוחד רצוי להימנע מביקורת שיפוטית העוסקת בהערכות כמותיות של תועלות ועלויות האסדרה, ככל שאלה נעשו.