

## הערכת רגולציה בדיעבד : החולייה הנעלמת במחזור המדיניות הרגולטורית

### לילך ליטור ואור קרסין\*

מסלול החיים הרגולטורי מזמן לאורכו אתגרים רבים, אבל יתכן מאוד שאתגר המשמעותי ביותר מתרחש לאחר אימוצה של רגולציה חדשה כשמבקשים להעריך את תוצאותיה והשפעתה. כדי להתמודד עם האתגר הזה פותחו הליכים של הערכת רגולציה בדיעבד. בהם נבחן היישום כעבור תקופה ממועד אימוץ הרגולציה. הערכה בדיעבד מאפשרת לבחון את התוצאות של רגולציה, האם היא השיגה את יעדיה, את מידת יעילותה ואופן היישום והאכיפה שלה. על אף שהערכה בדיעבד היא חולייה קריטית במחזור החיים הרגולטורי, היא לא זכתה בישראל לתשומת לב ונדחקה לשוליים. עם חקיקת חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021, נפתח פתח לאימוץ כללים ברורים וליישום עקבי של תהליכים אלה בישראל. כדי לשרטט קווי מתאר לתהליך הערכת רגולציה בדיעבד שיש בכוחו להביא ללמידה וטיוב המערך הרגולטורי, אנו עורכות ניתוח השוואתי של האופן שבו תהליכי הערכה מיושמים בכמה מדינות, בהן: ארצות הברית, איטליה, בריטניה ואוסטרליה. מתוך ההשוואה אנו מזהות ומגדירות כמה צורות וגישות עקרוניות להערכה בדיעבד. גישת הערכה פרוצדורלית (פוסט-חקיקתית) מתמקדת בבחינה פורמלית של השלמת הליך החקיקה והיישום של דבר רגולציה והוצאתו מהכוח אל הפועל. גישת הערכת יעילות (עלות-תועלת) שעיקרה בחינת העלות מול התועלת ומטרתה להביא לשיפור היעילות הכלכלית ולצמצום הנטל הרגולטורי. גישת הערכת מועילות (אפקטיביות) בוחנת אם הרגולציה השיגה את יעדיה ומטרותיה והאם יישומה הביא לתוצאות המבוקשות. לבסוף, גישת הערכת רגולציה השתתפותית (דמוקרטית) עושה שימוש בתובנות של הכפופים לחוק, בעלי עניין או הציבור הרחב, תוך הזקקות למנגנוני שיתוף בתהליכי הערכה. מתוך למידת הגישות השונות ועל בסיסן אנו משרטטות קווים לדמותו של מודל מוצע לביצוע הערכה בדיעבד בישראל. על פי המודל המוצע, ההערכה תיעשה באופן מרובד ותכלול רכיבים מהצורות השונות שנסקרו תוך שילוב של שחקנים שונים בתהליך הדרגתי ומתואם.

\* ד"ר לילך ליטור היא מרצה בחטיבה למשפט ציבורי ובתחום מדיניות ציבורית, המחלקה לסוציולוגיה, למדע המדינה ולתקשורת, האוניברסיטה הפתוחה. ד"ר אור קרסין היא מרצה בכירה וראשת המרכז למחקרי סביבה וקיימות, האוניברסיטה הפתוחה. המחברות מודות לגיא מור לד"ר יובל רויטמן על הערות לטיוטה קודמת של המאמר. כל האמור הוא על דעת ובאחריות הכתבות בלבד.

- א. מבוא. ב. הערכת רגולציה בדיעבד בישראל. 1. מורשת של חדלון. 2. הערכת רגולציה בדיעבד בחוק עקרונות האסדרה. ג. הערכת רגולציה בדיעבד – בחינה השוואתית. 1. ארצות הברית. 2. איטליה. 3. אנגליה. 4. אוסטרליה. 5. מסקנות ביניים מהניתוח ההשוואתי ואתגרים בתהליכי ביצוע הערכה בדיעבד. ז. צורות הערכת רגולציה בדיעבד. 1. הערכה פרוצדורלית (פוסט-חקיקתית). 2. הערכת יעילות (עלות-תועלת). 3. הערכת מועילות (אפקטיביות). 4. הערכה השתתפותית (דמוקרטית). ה. קווי מתאר לביצוע הערכה רגולציה בדיעבד בישראל. ו. סיכום.**

## א. מבוא

הערכת רגולציה בדיעבד (ex-post regulatory evaluation) (להלן: "הערכה בדיעבד" או "הערכה") היא שלב מרכזי במחזור המדיניות הרגולטורית. למרות שזוהי חוליה מכרעת שתפקידה לספק לרגולטורים מידע על הביצועים של רגולציה קיימת ולאפשר למידה, תיקון והתייעלות של המערך הרגולטורי כולו,<sup>1</sup> מדובר בשלב זנוח מבחינה יישומית ומחקרית. מדו"חות מדיניות רגולציה של ארגון המדינות המפותחות (OECD) עולה בעקביות שהערכה בדיעבד ממשיכה להיות החוליה החלשה במחזור המדיניות הרגולטורית ועקב אכילס של המאמצים לטיוב רגולטורי.<sup>2</sup> דו"ח מדיניות הרגולציה לשנת 2021 חושף כי פחות מרבע ממדינות ה-OECD נוהגות בעקביות לבחון רגולציות לאחר יישומן ולבדוק האם השיגו את יעדיהן. בעקבות זאת, אחת משלוש ההמלצות העיקריות של הדו"ח היא ש"ממשלות נדרשות לבחון האם כללים עובדים הלכה למעשה אחרי שהן קובעות ומיישמות אותם".<sup>3</sup> דו"ח מדיניות הרגולציה של ה-OECD לשנת 2018 מצא ש: "באופן מדהים, למרות התקדמות מסוימת, עדיין אין גישה שיטתית להערכה בדיעבד שמטרתה לבחון האם חוקים ותקנות משיגים את יעדיהם בפועל. חוסר הערכה זה מערער את התפקוד התקין של מחזור מדיניות רגולטורי".<sup>4</sup> דו"ח נוסף של ה-OECD לשנת 2021, אשר בחן את הפעילות והסמכויות של גופי בקרה רגולטוריים (Regulatory Oversight Bodies - ROBs), מצא כי בעוד 75 אחוזים מכלל הגופים הללו עוסקים בבקרת דו"חות הערכת השפעות הרגולציה מלכתחילה (RIA), רק 30 אחוזים עוסקים בבקרת דו"חות הערכה בדיעבד.<sup>5</sup>

1 OECD/Korea Development Institute, Improving Regulatory Governance: Trends, Practices and the Way Forward (OECD Publishing, Paris, 2017).

2 Ellen Mastenbroek, Stijn van Voorst & Anne Meuwese, *Closing the regulatory cycle? A meta-evaluation of ex-post legislative evaluations by the European Commission*, 23 EUR.PUB. POL'Y. J. 1329, (2016).

3 ECD, OECD Regulatory Policy Outlook 2021 (OECD Publishing, Paris, 2021) (להלן: OECD Outlook 2021).

4 ECD, OECD Regulatory Policy Outlook 2018 (OECD Publishing, Paris, 2018).

5 ECD Outlook 2021, לעיל ה"ש 3, בעמ' 111.

אכן, בעוד ביחס ל-RIA המבוצע בשלב מקדמי לפני אימוץ הרגולציה (ex-ante) ישנן מתודולוגיות ברורות ונהירות ויישום מקיף יחסית בקרב מדינות ה-OECD, קיימת עמימות מתמשכת ביחס להערכה בדיעבד. גם ההבדל בתשומת הלב האקדמית לשני ההליכים הללו ניכר. ביחס ל-RIA נכתבו רבבות מאמרים שעוסקים בהיבטיו השונים של התהליך, ביישום שלו, בהשוואת תהליכי RIA, בהערכת איכות ה-RIA בקרב מדינות שונות<sup>6</sup> ובביקורת על אופן הפעלתו והשימוש בממצאים העולים ממנו.<sup>7</sup> לעומת זאת, בחינה בדיעבד מעוררת עניין מועט יחסית ויש חוסר בעיסוק בהיבטים תאורטיים ויישומיים של שלב רגולטורי חיוני זה, אף שהוא בעל חשיבות מהותית לתהליכי מדיניות ויחד עם זאת מעלה קשיים ודילמות לא פשוטות.

מדיניות האסדרה שהייתה קיימת בישראל עד לחקיקת חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב – 2021 (להלן: חוק האסדרה) לא חייבה ביצוע בחינת רגולציה בדיעבד. למעשה, לא ידוע על הערכות בדיעבד סדורות שביצעו רגולטורים על רגולציות בודדות או תחומים רגולטוריים ואשר פורסמו לציבור. חוק האסדרה מצביע על שני שינויים אפשריים שיחולו במצב זה. הראשון הוא חיוב רגולטורים לקבוע מועדים ולבצע בחינה תקופתית של רגולציה בדיעבד, כל זאת ביחס לרגולציה חדשה. השני, אימוץ גישה של בחינת מלאי הרגולציה הקיים בתחומים שייקבעו על ידי רשות האסדרה. בשני המקרים החוק אינו מפרט באופן מספק את המטרות של ביצוע הבדיקה בדיעבד, את מהות הבדיקה וצורתה ואת הקריטריונים והמתודולוגיות לביצועה. עד כה טרם פורסמו הנחיות בנושא זה כפי שנעשה ביחס להערכת השפעות הרגולציה מלכתחילה (RIA).<sup>8</sup> יש להניח שעל מנת לחייב ביצוע הערכה בדיעבד, תצטרך רשות האסדרה, שהוקמה מכוחו של חוק האסדרה, לגבש הנחיות מפורטות ולתת את דעתה על מגוון הגישות והשיטות האפשריות לביצוע הערכת בדיעבד.

לאור האמור, מאמר זה ייטען כי יש מקום לאמץ מתווה סדור לביצוע הערכת רגולציה בדיעבד שיהיה מתווה מרובד המורכב מנדבכים שונים ושחקנים שונים, בין השאר לאור גישות ודגמים הקיימים בעניין זה במדינות אחרות. המאמר יפנה זקוק להערכת רגולציה בדיעבד ויאיר היבטים תאורטיים והשוואתיים שונים של חוליה זו במדיניות הרגולטורית. כדי לעמוד על מגבלותיו של ההסדר הקיים, נבקש לבחון את קווי המתאר של ההסדר המשפטי כפי שהתגבש בישראל ביחס ליישום בחינה בדיעבד, על מגבלותיו. לשם כך, נבחן גם

6 Flavio Saab & Suylan de Almeida Midlej e Silva, *Evaluating the Quality of Regulatory* 26 *Impact Analysis: A Literature Review*, 72 MAG. SERV. PUB. J. 34 (2021). מחקר זה זיהה 26 מאמרים שעוסקים בבחינת איכות מסמכי הערכת השפעות הרגולציה.

7 Bruno E. Carvalho & R.C. Marques & O.C. Netto, *Regulatory Impact Assessment (RIA): Improving Governance on the Water and Sanitation Agenda*, 6 CLEANER PROD. J. 111, (2017). מחקר זה מבצע מטא-אנליזה ל-175 מאמרים בנושא זה שאותו משנת 1985 ועד שנת 2015. בכל שנה החל משנת 2006 פורסמו לכל הפחות 10 מאמרים. היקף הפרסומים בשנים הללו היה במגמת עלייה כשבשנת 2015 פורסמו 25 מאמרים.

8 אגף ממשל וחברה במשרד ראש הממשלה **תורת הערכת השפעות הרגולציה Regulatory Impact Assessment – RIA** (טיטת עבודה למדריך ממשלתי, משרד ראש הממשלה 2015).

את ההיסטוריה שקדמה לגיבוש ההסדר הקיים, באופן שיאיר את המגבלות של ההסדר שגובש ויחדד את כברת הדרך שעשתה ישראל בשנים האחרונות בתחום זה. כדי לעמוד על היבטים השוואתיים ולהצביע על גישות ומודלים הקיימים במדינות אחרות, נציג וננתח באופן השוואתי ועל פי מגוון ממדים גישות שונות להערכה בדיעבד שאומצו בכמה מדינות OECD. על בסיס השוואה זו נשרטט קווי מתאר לכמה מודלים של הערכה בדיעבד תוך התייחסות למטרות ההערכה, הגופים המבצעים את ההערכה והבקרה עליהם, סוג הרגולציה שכפופה להערכה, תהליך ההערכה, שיטותיה והמתודולוגיות שלה והשימוש בתוצרי ההערכה. נסקור מתוך הספרות את החסמים והמגבלות שזוהו כמאפיינים תהליכים אלה, בניסיון להסביר מדוע מדינות רבות ב-OECD, וישראל ביניהן, מתקשות ואף נרתעות מליישם הערכת רגולציה בדיעבד. לבסוף, ננסה להציע קווי מתאר כלליים למודל להערכה בדיעבד בישראל באופן שיתייחס למסגרת המשפטית הקיימת ולאחרים שזיהינו.

הנדבך ההשוואתי במאמר יתייחס לאופן היישום של הערכה בדיעבד בכמה מדינות מפותחות. נסקור מדינות שיש להן שיטה שלטונית פרלמנטרית בדומה לישראל (אנגליה, איטליה ואוסטרליה) ואת ארצות הברית שצברה ניסיון חשוב ומשפיע בעיצוב מדיניות רגולטורית. למדינות הללו יש מודלים שונים להערכה בדיעבד, אשר המשותף להם הוא שקיימת הנחיה של צורת ביצוע הערכה בדיעבד ופיקוח ובקרה על ידי גוף חיצוני, ROB, על התהליך שמבוצע על ידי הגוף הרגולטורי האחראי על הרגולציה.<sup>9</sup> המגוון הרחב של גישות ומודלים לבחינה בדיעבד, כפי שיעלו מתוך מחקר זה, יהוו תשתית להמלצה על אימוץ מודל ראוי בישראל, כזה שיתאים לשיטת המשילות ולמבנה המוסדי שכבר נקבע בחוק האסדרה, יהיה ניתן ליישום, ישקף הוגנות תהליכית ומועילות ויתגבר ולו באופן חלקי על החסמים הקיימים ליישום תהליכים מורכבים אלה.

9 Lori S. Benneer & Jonathan B. Wiener, *Institutional Roles and Goals for Retrospective Regulatory Analysis*, 12 BENEFIT-COST ANALYSIS J. 466–493 (2021). בארצות הברית, הגורם הראשי המפקח על הרשויות הרגולטוריות ושאחראי על בקרה של תהליכי הערכת רגולציה בדיעבד הוא OIRA, ראו פרק 3 אלהן. באנגליה, ה-BRE – Better Regulation Executive כפוף למשרד הממשלתי לעסקים, אנרגיה ואסטרטגיה תעשייתית. BRE כזרוע של משרד העסקים אחראי על תהליכי הרפורמה הרגולטורית בכל משרדי הממשלה ועובד עימם כדי לקדם תהליכים של התייעלות. הערכות רגולציה המבוצעות במשרדים מבוצעות בהתאם להנחיות שפרסם BRE. מרבית מסמכי הערכה בדיעבד של משרדי הממשלה צריכים לעבור אימות חיצוני (חוות דעת) של ה-Regulatory Policy Committee, גוף לא ממשלתי (לא כפוף לשרים) של מומחים עצמאיים הנבחרים בהליך תחרותי. ראו OECD Outlook 2021, לעיל ה"ש 3, בעמ' 111; Department for Business, Energy & Industrial Strategy, *Better Regulation Framework – Interim Guidance* (2020).

באיטליה, המשרד הממשלתי לענייני משפט וחקיקה (DAGL) של נשיאות מועצת השרים (הממשלה) סוקר את איכות ההערכות בדיעבד שמבוצעות על ידי כל משרדי הממשלה ורגולטורים עצמאיים אחרים והוא מנחה גם לגבי תהליכי ביצוע הערכות בדיעבד כמו גם הערכות מלכתחילה. עבודתו נתמכת על ידי Impact Assessment Independent Unit – Nucleo AIR, גוף המורכב ממומחים עצמאיים הנבחרים בהליך תחרותי. ראו OECD Outlook 2021, לעיל ה"ש 3, בעמ' 111.

## ב. הערכת רגולציה בדיעבד בישראל

### 1. מורשת של חדלות

שנת 2010 סימנה קו פרשת מים בעיסוק בתורת הרגולציה בישראל, עת הצטרפה ישראל לארגון המדינות המתועשות ה-OECD. שנה לפני כן ערך ה-OECD סקר של המדיניות הרגולטורית בישראל ובדק שנים עשר פרמטרים מרכזיים אשר בכולם נמצאה ישראל מתחת (ובחלקן הרבה מתחת) לממוצע של המדינות החברות.<sup>10</sup> בסקר נכללה בדיקה שנגעה לשימוש בהערכת רגולציה בדיעבד. נבדקו קיומם של קריטריונים או טכניקות סטנדרטיות להערכה; קיומם של מנגנונים המאפשרים לציבור להציע שינויים או תיקונים ברגולציה קיימת; וקיומם של סעיפי שקיעה או דרישות אחרות בחקיקה המחייבים ביצוע הערכה בדיעבד. בכל הפרמטרים הללו המענה היה שלילי, וישראל אף לא ציינה שיש לה כל תוכניות לקדם מדיניות בתחום זה.<sup>11</sup> היעדר מדיניות כלשהי שנגעה להערכה בדיעבד בלט במיוחד בהשוואה לנושאים כגון הפחתת הנטל הביורוקרטי או RIA שבהם ישראל ציינה שיש לה תוכניות מגירה, או לכל הפחות בכוונתה לגבש מדיניות הנוגעת להם.<sup>12</sup>

בשנת 2011 פורסם דו"ח הוועדה לשינוי כלכלי וחברתי בראשות פרופ' טרכטנברג (להלן: "דו"ח טרכטנברג"). מסמך זה היה בין הדו"חות הממשלתיים הראשונים שהתייחסו באופן סדור לרגולציה השלטונית והוא גיבש כמה המלצות הנוגעות לפיתוח תורת רגולציה. הגם שהמלצות אלה ניתנו בהקשר של יוקר המחיה ועידוד התחרותיות, טיבן היה כללי למדי. במסגרת זו כלל הדו"ח את ההמלצה הבאה: "על הממשלה למסד את פעילות הרגולטורים השונים וליצור תורת רגולציה בישראל. לצורך כך מוצע להנחות את מנכ"ל האוצר לפעול לכתיבת תורת רגולציה, לפעול להנחלתה למשרדים השונים ולפקח על יישומה לאורך זמן. בין היתר, מומלץ לאמץ כלי מדיניות הקיימים במדינות ה-OECD, כגון RIA אשר מיושם כבר כיום באופן עצמאי ביוזמת משרד התמ"ת, עבור הרגולטורים הפועלים במסגרתו".<sup>13</sup> כפי שעולה מהדברים, גם שנה לאחר הצטרפות ישראל ל-OECD נראה כי הרעיון של ביצוע הערכת רגולציה בדיעבד לא זכה לקשב של מקבלי ההחלטות, בעוד רעיון ה-RIA, כאמצעי מדיניות, כבר החל לחלחל. יחד עם זאת, הדו"ח הזכיר בשוליו את הקושי של הממשל לבחון את האפקטיביות של המדיניות שנקבעת על ידו.<sup>14</sup>

10 .ECD, Regulatory Management Indicators, Israel, 2011, Rep (2011)

11 שם, בעמ' 19.

12 שם, בעמ' 10 ו-15 בהתאמה.

13 הוועדה לשינוי כלכלי וחברתי דו"ח הוועדה 215 (מהדורה שנייה 2011).

14 שם, בעמ' 48. "בהעדר מיומנויות נדרשות בשלב יישום המדיניות, מוקצים המשאבים לכיווני פעולה שגויים ואף סותרים. [...] בהעדר מנגנונים מקצועיים לקביעת סטנדרטים ומדדי תפוקה ותוצאה ברורים, נפגעת יכולתה של הממשלה לבחון את אפקטיביות המדיניות שקבעה ואת רמת השירות הניתנת לאזרח".

לאחר פרסום דו"ח ועדת טרכטנברג, התקבלה בנובמבר 2011 החלטת ממשלה מס' 4027 שכותרתה "ייעול ושיפור הרגולציה הממשלתית"<sup>15</sup>. החלטה זו מאזכרת לראשונה את הרעיון של הערכת רגולציה בדיעבד ומתייחסת הן לפיתוח שיטות הערכה, הן למיסוד ממשלתי של מנגנוני הערכה והן לבחינת יעילות האכיפה והתאמת אמצעי האכיפה.<sup>16</sup> משימות אלה הוטלו על ראש האגף לתכנון מדיניות במשרד ראש הממשלה. יחד עם זאת, לא ידוע מה מבין הנושאים הללו זכה לטיפול ביחס להערכה בדיעבד, וזאת בניגוד להערכת השפעות הרגולציה מלכתחילה.

על יסוד החלטת ממשלה זו הוקמה "הוועדה לייעול מנגנוני הרגולציה" בהשתתפות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקלי) במשרד המשפטים, ראש המועצה הלאומית לכלכלה והממונה על התקציבים במשרד האוצר. דו"ח הוועדה, אשר פורסם בשנת 2013, כלל המלצות שנועדו לייעול את מנגנוני הרגולציה הממשלתיים ולהגביר את התיאום בין הפעילות הרגולטורית לבין עבודה ממוקדת בדבר אפקטיביות הרגולציה בתחומי התשתיות.<sup>17</sup> דו"ח זה התייחס לנושא של הערכת רגולציה בדיעבד, תוך שהוער כי: "תהליך ה-RIA אמור להיות מיושם מדי מספר שנים גם ביחס לרגולציות קיימות, אולם מטבע הדברים רגולטורים עסוקים יותר בגיבוש הוראות רגולטוריות הבאות להתמודד עם כשלי שוק בהווה או בעתיד, ופחות בבחינת ההשפעות של מאגר הרגולציות הקיימות".<sup>18</sup> הדו"ח גיבש המלצות שנגעו להערכת רגולציה בדיעבד בהיבט אחד בלבד: הערכת עלויות אדמיניסטרטיביות של רגולציה. התפיסה של מחברי הדו"ח הייתה כי הערכה כזו צריכה להתבסס אך ורק על חישוב עלויות הדיווח המוטלות על המפוקחים (כפול מספרם).<sup>19</sup> לא רק שעמדה זו מייצגת תפיסה צרה מאוד באשר למהות הערכה בדיעבד (כפי שנראה בהמשך), אלא שזו תפיסה צרה אף ביחס לאופן חישוב עלויות אדמיניסטרטיביות, שעל פי מחברי הדו"ח אינן כוללות את עלויות הפיקוח והניטור של רגולטורים כלל.

15 החלטה 4027 של הממשלה ה-32 "ייעול ושיפור הרגולציה הממשלתית – המשך הדיון" (25.12.2011).

16 שם, בס' 5. נקבע כדלקמן: "להטיל על ראש האגף לתכנון מדיניות במשרד ראש הממשלה, בסיוע משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, לפעול לפיתוח תורת רגולציה ממשלתית, למיסוד העברת ידע ושיתוף בין רגולטורים שונים ולחיווק יכולותיהם ומומחיותם, כגון: א. מתן כלים לזיהוי ולהגדרה של מטרותיה ויעדיה של רגולציה, לעומת השלכות בלתי רצויות שעלולות להיגרם על ידה; ב. שיטות להערכת רגולציה, ובכלל זה – ניתוח עלות/תועלת, הערכת השלכות על מדדים חברתיים, הערכת סיכונים והשוואה בין חלופות; ג. התאמת כלי אכיפה למטרות הרגולציה בין היתר על בסיס מדידת ציות, הערכת יעילות האכיפה ומשאבים נדרשים. ד. מקום היחסי של ממצאים מחקרניים, ידע וניסיון מוסדי, השלמה עם מרכיבי אי ודאות בהליך קבלת החלטות, תפישות אתיות, עמדות בעלי עניין ומדיניות ממשלתית; ה. מיסוד מנגנוני ההערכה ברמה הממשלתית – עיגון הערכה בשלבי תכנון הרגולציה והערכה בדיעבד, הטמעת הערכה בגופי רגולציה".

17 הוועדה לייעול מנגנוני רגולציה בישראל ולבחינת הממשקים בין הרגולטורים השונים במשק דו"ח הוועדה (2013) (להלן: דו"ח הוועדה לייעול מנגנוני הרגולציה).

18 שם, בעמ' 38.

19 שם, בעמ' 40.

בשנת 2014 התקבלה החלטת ממשלה 2118 שעניינה "הפחתת הנטל הרגולטורי"<sup>20</sup>. ההחלטה התמקדה בשני אמצעים עיקריים לקידום תכלית זו. הראשון, הכנת תוכנית חומש להפחתת הנטל שתחול על כל הרגולטורים וגיבוש, ביצוע ודיווח על תוכנית עבודה שנתית מותאמת על ידי משרדי הממשלה. האמצעי השני מתייחס לשימוש ב-RIA כמנגנון שדרכו ניתן להעריך את הנטל הרגולטורי ולחייב את הרגולטורים לשקול את השיקול של הפחתת הנטל במסגרת השיקולים המדריכים אותם בעיצוב ואימוץ כללים רגולטוריים בהתאם לסמכויות שהוקנו להם בחקיקה. באופן פרדוקסלי, אף שהחלטת הממשלה שמה במרכזה את הפחתת הנטל הרגולטורי, לא ניתנה בה התייחסות להערכה בדיעבד היכולה לשמש כלי המסייע בהפחתת הנטל, ושוב הודגש השימוש בהערכה מלכתחילה. בין השנים 2015–2017 לא חלה התקדמות מהותית בכל הקשור למדיניות רגולציה בכלל, והערכת רגולציה בדיעבד בפרט. בשנת 2018 התקבלה החלטת הממשלה 4398 התקדימית בעניין "רגולציה חכמה", אשר לראשונה קראה ליישום "בחינה תקופתית של השגת מטרות הרגולציה והשפעותיה" כחלק ממדיניות רגולציה חכמה ויישום המלצות ה-OECD בנושא.<sup>21</sup> ואולם, בעוד ההחלטה עוסקת בהרחבה ביישום של נוהל RIA,<sup>22</sup> אין בה ירידה לפרטים הנוגעים לאופן הביצוע של בדיקה שתאפשר להעריך את "השגת מטרות הרגולציה והשפעותיה" בדיעבד (מהות הבדיקה), מי אמוץ על ביצועה ובאיזו תדירות.

## 2. הערכת רגולציה בדיעבד בחוק עקרונות האסדרה 2021

חוק האסדרה הניח לראשונה תשתית נורמטיבית לחובה לקיום בחינת רגולציה בדיעבד, באופן תקופתי, תוך התייחסות לזהות מבצע הבחינה, למועדיה, לסוגי הכללים שלגביהם חלה חובה לקיים בחינה בדיעבד ולמהות (מטרות) הבחינה. יחד עם זאת, ההסדר הקיים מותיר חוסר בהירות לגבי היבטים של סוגיות אלה ומקום לפרשנות. ניתן למצוא בחוק שתי התייחסויות לזהות מבצע הבחינה. ההתייחסות הראשונה מופיעה במסגרת סעיף סמכויות רשות האסדרה, בו נקבע כי "הרשות מוסמכת (ל)בצע בחינה, מדידה והערכה של אסדרה קיימת שקבעו מאסדרים"<sup>23</sup>. ההתייחסות השנייה מצויה בסעיף העוסק בבחינה תקופתית של אסדרה – נקבע שהמאסדר, קרי הרגולטור שקבע את הרגולציה, יבצע בחינה תקופתית של רגולציה.<sup>24</sup> מתוך קריאת שני הסעיפים הללו יחדיו עולה חוסר בהירות באשר לזהות הגורם שעליו מוטלת החובה הראשונית לבצע הערכה בדיעבד.

20 החלטה 2118 של הממשלה ה-33 "הפחתת הנטל הרגולטורי – דיון בהחלטת ועדת שרים לענייני חברה וכלכלה מס. חכ/39 מיום 14.9.2014" (22.10.2014).

21 החלטה 4398 של הממשלה ה-34 "רגולציה חכמה – יישום המלצות ארגון ה-OECD ותיקון החלטת הממשלה" (23.12.2018). בסעיף ב1. של החלטה נקבע כי: "רגולציה חכמה תתייחס למעגל החיים הרגולטורי – גיבוש הרגולציה, יישום הרגולציה והממשק עם המפוקחים, ניהול הבקרה והמידע, תהליכי הפיקוח והאכיפה ובחינה תקופתית של השגת מטרות הרגולציה והשפעותיה"

22 שם, ס' 12.

23 ס' 5(7) לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021, ס"ח 125 (להלן: חוק האסדרה).

24 שם, ס' 24(ג).

באשר למועדים שבהם יש לבצע את ההערכה, גם בנושא זה החוק מציג שלוש גישות שונות. סעיף 24(א) לחוק מחייב מאסדרים לקבוע באסדרה חדשה הוראה לפיה בחינה תקופתית תבוצע בתום "תקופה שלא תעלה על עשר שנים" ממועד אימוץ האסדרה החדשה. החריג לכך נקבע לגבי כללים בעלי השפעה משקית, לגביהם חלה דרישה לקיים הליך בחינה לאחר תקופה "שאינה עולה על חמש שנים"<sup>25</sup>. ואולם, לצד זאת נקבע גם ש"הממשלה תקבע בהחלטתה, מזמן לזמן, למאסדרים, כולם או חלקם, יעדים לטיוב של אסדרה קיימת ולצמצום נטל האסדרה העורך"<sup>26</sup>. מתוך סעיף זה עולה כי הממשלה עשויה לקבוע מועדים שבהם תתחייב הערכה בדיעבד לשם טיוב רגולציה. לצד סעיף זה, סעיף 26(א) לחוק מסמיך את רשות האסדרה לקבוע אחת לשנה תוכנית לבחינת אסדרה קיימת. אומנם, על הרשות להיוועץ במאסדרים ובציבור, אולם, נראה כי בכל הנוגע לרגולציה קיימת רשות האסדרה היא זו שתקבע את המועדים שבהם יש לבצע את ההערכה בדיעבד, ואין כל אינדיקציה באשר לתקופה שבה יהיה צורך לקיים בחינה כזו, אם בכלל. בעוד לגבי אסדרה חדשה החוק מעגן בכירור הוראה בדבר קיומה של הערכה בתקופה שלא תעלה על עשר או חמש שנים (בתלות באופי האסדרה), הרי שלגבי רגולציה קיימת הממשלה או רשות האסדרה עשויות לקבוע את הצורך בקיום הערכה מבלי שנקבע מראש מועד מסוים לביצועה. הבחנה זו בין רגולציה קיימת לחדשה יוצרת פער לא ברור, וגם לא מוצדק דיו, שכן דווקא רגולציה חדשה שעברה את ה-RIA לפי דרישות החוק נדרשת גם בהערכה בדיעבד תקופתית, בעוד צבר הרגולציה הקיים, שברובו לא עבר כל בחינה עם אימוצו, עשוי לשבת שנים רבות "לצבור אבק" ולא להיבחן כלל באשר למידת המועילות או היעילות שלו.

עניין נוסף נוגע לסוג כללי הרגולציה המחויבים בהערכה. סעיף 24 לחוק מטיל חובה לקבוע באסדרה חדשה מועד לבחינה תקופתית, אך מוציא מתוך גדר החובה "הצעות חוק"<sup>27</sup>. מאחר שהגדרת המושג אסדרה בחוק כוללת כל סוג של חקיקה, ראשית ומשנית, עולה שלאור גריעת הצעות חוק מהחובה שיכללו סעיף המחייב הערכה תקופתית, לגבי כללי אסדרה שנקבעו בחקיקה ראשית (לעומת אסדרה שנקבעה בחקיקת משנה או הנחיות מנהליות) לא ניתן יהיה לחייב הערכה בהיעדר מנגנון בחוק. יחד עם זאת, כללי אסדרה שנקבעו בחקיקה קיימת אינם פטורים מלהיכלל במסגרת תוכנית העבודה שתקבע הרשות להערכה בדיעבד לפי סעיף 26.

לבסוף, החוק מעניק אך אינדיקציה למהות ההערכה בדיעבד, אולם אינו מניח מתודולוגיה ברורה או אחידה לקיומה. סעיף 24(4), החל כאמור רק על אסדרה חדשה, קובע את מהותה ואופייה של ההערכה תוך ציון שעל המאסדר מוטלת החובה לבחון "אם ובאיזו מידה הושגו היעדים שלשם השגתם נקבעה האסדרה" וכן "אם האסדרה עדיין נדרשת בהתחשב במטרות שלשמן נקבעה או מטעמים אחרים". המטרות הללו מלמדות אותנו כי הערכה בדיעבד נועדה לבחון את המועילות (אפקטיביות) של הרגולציה. לכאורה, עולה כי הבדיקה אינה עוסקת

25 שם, ס' 24(ב).

26 שם, ס' 25.

27 שם, ס' 24(א).



בשאלות של יעילות ונטל רגולטורי או המידה שבה הרגולציה תואמת למקובל בעולם. על פניו, נראה כי ההנחיה באשר לאופייה של ההערכה ביחס לרגולציה קיימת היא מצומצמת ונוגעת בשאלת המועילות בלבד. לעומת זאת, ביחס לרגולציה קיימת, אין בחוק קביעה פוזיטיבית באשר למטרות ההערכה ולמהותה.

מצב זה יוצר קושי, שכן כלל לא ברור אם מתוקף הרחבת התחולה של סעיף 24(4) מהות ההערכה בדיעבד של רגולציה קיימת מצומצמת גם היא לשאלה המועילות, או שדווקא בבחינת רגולציה קיימת יש מקום לבחון בדיעבד היבטים נוספים. כמו כן, האם ייתכן שבחינת מועילות (אפקטיביות), שהיא המורכבת מבין כל צורות ההערכה בדיעבד (ראו חלק 4 להלן), תתקיים מבלי שמוצו קודם לכן צורות שהן אינטנסיביות פחות מבחינת המאמץ והמשאבים הכרוכים בהן? תמיכה בעמדה שיש מקום להרחיב את ההערכה מעבר לבדיקת מועילות יכולה להימצא בכך שהחוק מונה במפורש שיקולים שונים שלפיהם הרשות תקבע את תחולת האסדרה הנבחנת בתוכנית הבחינה השנתית שלה. שיקולים אלה מגוונים וכוללים: מידע שעלה משיטת הציבור;<sup>28</sup> נטל האסדרה בהתחשב בעלויות הציות ובמידת התחרות בתחום;<sup>29</sup> המידה שבה כללי האסדרה מבוססים על כללים מקובלים במדינות עם שווקים משמעותיים;<sup>30</sup> ופיצול הסמכויות או המידה שבה האסדרה חלה על תחום שבו פועלים כמה מאסדרים.<sup>31</sup>

הגם שחוק האסדרה קבע בפעם הראשונה חובה חקיקתית לקיום הערכה בדיעבד, הוא הותיר חוסר בהירות רב במגוון היבטים הנוגעים לזהות מבצע הבדיקה, סוג הכללים הטעונים בבדיקה, מועד הבדיקה ובעיקר ביחס למהותה. כלל לא ברור האם מאסדרים יבצעו רק הערכה בדיעבד של אסדרה חדשה, בעוד האסדרה הקיימת תיבחן על ידי רשות הרגולציה? לא סביר כי תישלל ממאסדרים הזכות לבצע בעצמם הערכה יזומה של אסדרה קיימת, ושהרשות תיחסם מביצוע בדיקה לגבי אותה רגולציה עצמה. עוד, נראה כי רגולציה חדשה שנקבעה בחקיקה, אשר אין מחויבים לקבוע לגביה מועד לבחינה תקופתית, עשויה תקופה לאחר אימוצה לעמוד לבדיקה כרגולציה קיימת, אם תכלול בתוכנית הבדיקה של רשות האסדרה. לגבי מועד הבדיקה, נראה כי אין זה סביר שאסדרה חדשה, שעברה ממילא בבדיקה קפדנית עם אימוצה, תהא מחויבת בהערכה תקופתית, בעוד דווקא רגולציה קיימת תוכל להימלט מהערכה לאורך שנים רבות באין מפריע. לבסוף, נשאלת השאלה החשובה באשר למהות הבדיקה – האם ייתכן שהערכה בדיעבד מוגבלת לבחינת מועילות בלבד, ושהמחוקק התעלם במכוון מגישות הערכה ושיטות הערכה אחרות (שיוצגו בהרחבה בחלק 4 להלן)? האם כאשר המחוקק מציין שיש לבחון האם "הרגולציה השיגה את מטרתה" הוא מתכוון במפורש להערכת מועילות (אפקטיביות), או שניסוח החוק מאפשר אימוץ של מגוון שיטות הערכה? שמא השיקולים שנקבעו לאימוץ תוכנית עבודה לבחינת אסדרה קיימת או ההגדרה שאימץ המחוקק המתייחסת למחזור החיים הרגולטורי יכולים גם הם להשפיע על טיב ומהות הבדיקה עצמה? ננסה להשיב על שאלות אלה להלן ובעיקר בחלק החמישי והאחרון של המאמר.

28 שם, ס' 26(ג)(1).

29 שם, ס' 26(ג)(8).

30 שם, ס' 26(ג)(5).

31 שם, ס' 26(ג)(6).

### ג. הערכת רגולציה בדיעבד – בחינה השוואתית

על מנת לבחון באופן השוואתי את שיטות ההערכה בדיעבד הנהוגות במדינות המדגם, נזהה כמה ממדים להשוואה. ממד אחד עוסק בזהות הארגונית של הגוף להערכת רגולציה. הספרות מצביעה על גופים ממשליים שונים שמוענקת להם סמכות לבצע הערכה בדיעבד, בהם: הרגולטור עצמו, רשות על רגולטורית ורשות פרלמנטרית.<sup>32</sup> ממד נוסף עוסק בשאלה כיצד נבחרת הרגולציה שהיא המושא להערכה.<sup>33</sup> לעיתים מושאי ההערכה נקבעים כהכרח המתבסס על ציווי חוקי (כגון, במקרה של סעיפי שקיעה המחייבים הערכה בדיעבד).<sup>34</sup> במקרים אחרים מושאי ההערכה הם עניין לשיקול דעת ותוכניות עבודה של הגוף המבצע את ההערכה או של גופי פיקוח חיצוניים.<sup>35</sup> ממד נוסף להשוואה הוא הליך הבחינה ומסגרות השקיפות והשיתוף המתחייבות בהליך כגון שיתוף בעלי עניין שונים והפיקוח והבקרה על דו"חות הערכת רגולציה בדיעבד. לבסוף, הממד המשמעותי ביותר להשוואה נוגע לתכנים ולמתודולוגיות של ההערכה בדיעבד. בחינת מועילות (אפקטיביות) מבקשת לבחון באיזו מידה הייתה הגשמה של מטרות המדיניות שנקבעו מלכתחילה ויעדיה והאם הרגולציה פתרה את בעיית המדיניות הציבורית שאותה נועדה לפתור.<sup>36</sup> בחינת עלות-תועלת מתמקדת בבחינת עלויות היישום והציות ובהשוואתן לתועלות הציבוריות המתקבלות מהרגולציה. בקצה השני ישנן בדיקות שתוכנן צר והן סקריות היבטים לגליים ופרוצדורליים ללא התייחסות להיבטים תוצאתיים.<sup>37</sup>

#### 1. ארצות הברית

הנחיה ליישום הערכה של רגולציה בדיעבד אומצה בארצות הברית עוד בשנות ה-80, ומאז זכתה לכמה עוגנים בחקיקה ובעיקר בצווים נשיאותיים. למרות זאת, היישום נותר לוקה בחסר, אין מעקב שיטתי ומתמשך אחרי ביצוע של הערכת רגולציה בדיעבד וחלו שינויים רבים לאורך השנים במדיניות השלטונית בתחום זה.<sup>38</sup>

- Bennear & Wiener, לעיל ה"ש 9 32  
 ש.ם. 33  
 Elena Griglio & Nicola Lupo, *Parliaments in Europe Engaging in Post-legislative Scrutiny: Comparing the French, Italian and Swiss Experiences*, 4 SE. ASIAN. HUM. RTS. J. 100 (2020). 34  
 ש.ם. 35  
 Elena Griglio, *Post-Legislative Scrutiny as a Form of Executive Oversight: Tools and Practices in Europe*, 21 EUR. J. L. REFORM. 118 (2019) 36  
 Franklin De Vrieze, *Post-Legislative Scrutiny in Europe: How the Oversight on Implementation of Legislation by Parliaments in Europe is Getting Stronger*, 26 LEGIS. STUD. J. 427, (2020) 37  
 Joseph E. Aldy, *Learning from Experience: An Assessment of the Retrospective Reviews of Agency Rules and the Evidence for Improving the Design and Implementation of Regulatory Policy*, HARV. KENNEDY. SCH. REP. (2014) 38

החל משנות ה-80 של המאה הקודמת דברי חקיקה פדרלית קבעו הוראות המחייבות ביצוע של הערכת רגולציה בדיעבד.<sup>39</sup> חוק ראשון שעיגן דרישה כזו הוא חוק הגמישות הרגולטורית (להלן: "חוק הגמישות") משנת 1980.<sup>40</sup> חוק הגמישות מחייב רשויות רגולטוריות לבצע הערכה בדיעבד (Regulatory Review) של כל כללי הרגולציה שיש להם השפעה כלכלית משמעותית על כמות גדולה של גופים קטנים (small entities). על פי החוק הגורם המבצע את הבדיקה הוא הרשות הרגולטורית האמונה על הרגולציה מושא הבדיקה, וכל חקיקה, בין אם התקבלה לפני כניסתה לתוקף של החובה או לאחריה, נדרשת לעבור בחינה כעבור עשר שנים.<sup>41</sup>

החוק אומנם אינו מפרט מתודולוגיה לביצוע הבדיקה בדיעבד, אולם מונה כמה שיקולים שצריכים להיות מובאים בחשבון בעת ביצוע הבדיקה. אלה עשויים לשמש את הרגולטורים כקריטריוני בדיקה, בהם: 1. הצורך בהמשך קיומה של הרגולציה; 2. הערות שנתקבלו מהציבור לגבי הרגולציה; 3. מידת המורכבות של הרגולציה; 4. האם הרגולציה היא כפולה, חופפת או מתנגשת עם רגולציות פדרליות ומקומיות אחרות; 5. הזמן שעבר מאז שהרגולציה נבחנה; 6. המידה שבה טכנולוגיות, המצב הכלכלי או נסיבות אחרות השתנו מאז כניסתה לתוקף של הרגולציה הנבחנת.

חוק הפחתת הניירת משנת 2012, שמטרתו הייתה להילחם בעודף הבירוקרטיה והדרישות הרגולטוריות, אפשר לפנות לרשות הרגולציה המרכזית (Office of Management and Budget (OMB) ולדרוש בחינה של כללים במגוון דברי רגולציה המחייבים ניטור מידע ואיסופו (המטילים נטל רגולטורי על מפוקחים). תוצאתה של בדיקה זו עשויה להוביל להצעה לתיקון הרגולציה, בין אם על ידי הרשות הרגולטורית האמונה עליה ובין אם על ידי OMB. חוק הפחתת הניירת קובע גם כי לאחר קביעת רגולציה חדשה, תהיה בחינה של המנגנונים והכללים המחייבים ניטור מידע ואיסופו שלוש שנים לאחר שהרגולציה נכנסה לתוקף, באופן שיאפשר ל-OMB להציע תיקונים לרגולציה בהתאם.

דברי חקיקה פדרליים אחרים יישמו סמכות לבצע הערכה בדיעבד של אותו דבר חקיקה ספציפי. הדבר נעשה בין השאר באמצעות עיגון בתוך החוק של מנגנונים לביצוע הערכה כזו כולל הגשת דו"חות הערכה תקופתיים. למשל, חוק אוויר נקי קובע תהליך של הערכה תקופתית של רגולציה באמצעות דו"חות תקופתיים כאלה.<sup>42</sup> תיקוני חוק אוויר נקי מ-1990 (812 section) קבעו חובה על הסוכנות לאיכות הסביבה האמריקאית, ה-EPA, לבצע מחקרי הערכה בדיעבד של עלות החוק אל מול התועלות בהיבטים של בריאות הציבור, הכלכלה ואיכות הסביבה.<sup>43</sup> הדו"ח הראשון של ה-EPA משנת 1997 קבע, לאחר עבודת מחקר של

Bennear & Wiener, לעיל ה"ש 9. 39  
Regulatory Flexibility Act, 5 U.S.C. § 610 (להלן: RFA). 40  
ש. 41  
Clean Air Act of 1972, amended by Clean Air Amendments Act of 1988, Pub. L. No. 180 42  
& repealed by Resource Management Act of 1991, Pub. L. No. 69  
Bennear & Wiener, לעיל ה"ש 9; 9-101, Pub. L. No. 101-101; Clean Air Amendments Act of 1990, Pub. L. No. 101-101 43  
§ 812, 104 Stat. 2399. 549.

הערכה במשך שש שנים, כי בין השנים 1970 ל-1990 התועלות של החוק עלו באופן משמעותי על העלויות שלו.<sup>44</sup> הדו"ח בחן בין השאר את העלויות של המנגנונים להגבלת פליטות. סעיף 7409(d) לחוק אוויר נקי (section 109) קבע חובה לביצוע מעקב תקופתי כל חמש שנים על מדדים וסטנדרטים שנקבעו בחוק (המדדים נקבעו בחוק ב-section 108) בנושא איכות האוויר.<sup>45</sup> לשם כך הסוכנות מעסיקה גם ועדה של מומחים שמסייעים בנושא.<sup>46</sup> גם בחוק איכות מי שתייה עוגנה חובה לערוך דו"חות תקופתיים של הערכה כל שש שנים.<sup>47</sup> בדומה לכך חוק בטיחות של חומרים כימיים מ-2016 כלל אף הוא דרישה לדו"חות הערכה תקופתיים כל חמש שנים שיציגו נתונים על היקפם של חומרים כימיים.<sup>48</sup> יחד עם זאת, חוקים אלה הם יוצאים מן הכלל, ומרבית החקיקה הראשית אינה כוללת מנגנונים שמעגנים הערכה בדיעבד. מאז ממשל קרטור בשנות השבעים ניסו כל הנשיאים, במידה זו או אחרת, לקדם הליכים של הערכת רגולציה בדיעבד ועשו זאת בעיקר באמצעות צווים נשיאותיים Executive Orders.<sup>49</sup> מאמצים מיוחדים להטמעת רפורמות של הערכת תוצאות הרגולציה נעשו בתקופתו של הנשיא אובמה וכללו ניסיון לעודד גופים רגולטוריים להטמיע הערכה בדיעבד בתוכניות העבודה שלהם.<sup>50</sup> המטרה הייתה להביא לתיקון רגולציה שהייתה בלתי מתאימה, לא יעילה או בעלת נטל עודף מכביד ושינוייה.<sup>51</sup> בשנת 2011 פורסמו שני צווים נשיאותיים שהתייחסו לנושא של הערכת רגולציה בדיעבד. צו אחד קבע כי רשויות מנהליות יגישו לרשות הרגולציה המרכזית OIRA תוכניות עבודה לביצוע הערכות תקופתיות של רגולציה, וכי תוכניות אלה יקבעו כיצד תבוצע ההערכה של כללים רגולטוריים מיושנים לא אפקטיביים ובעלי נטל בירוקרטי עודף.<sup>52</sup> צו שני ביקש להחיל דרישה דומה על רשויות רגולטוריות עצמאיות (לא רק על גופי ביצוע מנהליים), אף שלא נקבעה בו חובה לביצוע הערכה בדיעבד.<sup>53</sup> צו נוסף משנת 2012 בנושא הפחתת נטל רגולטורי<sup>54</sup> הרחיב את ההסדרים הקודמים וקבע דרישות לשיתוף ציבור וכן דרישות דיווח על ביצוע של הערכות רגולציה בדיעבד. צו זה גיבש קריטריונים על פיהם

U.S. Environmental Protection Agency, The Benefits and Costs of Clean Air Act, 1970 to 1990, REP. STUD. (1997) 44  
 .Clean Air Amendments Act of 1977, Pub. L. No. 95-95 (amended 1990) 45  
 הוועדה המכונה Clean Air Scientific Advisory Committee 46  
 Safe Drinking Water Act of 1974, Pub. L. No. 104-182, 88 Stat. 1660 (codified at 42 47  
 .U.S.C. § 300g-1(b)(9))  
 Frank R. Lautenberg Chemical Safety for the 21<sup>st</sup> Century Act, Pub. L. No. 114-182 Stat. 48  
 .448 (2016)  
 .Bennear & Wiener, לעיל ה"ש 9 49  
 Gary Coglianese, *Moving Forward with Regulatory Lookback*, 30 YALE. REGUL. J. 57 50  
 .(2013)  
 Sofie E. Miller, *Learning from Experience: Retrospective Review of Regulations in 2014*, 51  
 .REGUL. REV. 1 (2015)  
 Exec. Order No. 13563, 76 Fed. Reg. 3821, 3 C.F.R. 215 (2011); Exec. Order No. 13610, 52  
 .77 Fed. Reg. 28769 (2012)  
 .Exec. Order No. 13579, 76 Fed. Reg. 41587, 3 C.F.R. 256, 257 (2011) 53  
 .Exec. Order No. 13610, לעיל ה"ש 52 54

סוכנויות רגולציה יוכלו לזהות את הרגולציות הספציפיות שישומן ייבחן. נמצא כי למהלכים אלה הייתה תועלת מסוימת מבחינת הפחתת נטל רגולטורי ובירוקרטיה וצמצום עבודת הניירת בארצות הברית.<sup>55</sup> אולם הביקורת שנשמעה על יוזמות אלה הייתה כי לא הצליחו להטמיע את תהליכי הערכת הרגולציה בדיעבד כחלק מהותי ממחזור החיים הרגולטורי, ורגולציות חדשות שנקבעו בממשל אובמה לרוב לא כללו מכניזם לבחינה עתידית של תוצאות הרגולציה החדשה.<sup>56</sup>

בתקופת ממשלו של טראמפ הושם דגש על הפחתת הנטל הרגולטורי תוך צמצום התחולה של דרישות רגולטוריות על עסקים, ומרבית מאמצי הממשל במדיניות הרגולטורית נסובו סביב ציר זה. צו נשיאותי משנת 2017 קבע כי בעת קביעת רגולציה חדשה על כל רשות רגולטורית להצביע על הפחתת העלויות הכרוכות בשתי הוראות רגולטוריות קיימות.<sup>57</sup> צו נשיאותי אחר משנת 2017 בדבר רפורמה רגולטורית<sup>58</sup> קבע כי על כל רשות רגולטורית למנות ממונה להפחתת רגולציה. תפקיד הממונה יהיה לאתר פרטי רגולציה עודפים שניתן לבטל על מנת להפחית את נטל הרגולציה. לבסוף, צו נשיאותי משנת 2020 ביקש מרשויות רגולטוריות לשקול להותיר על מקומן הקלות רגולטוריות שניתנו בתקופת הקורונה ולדווח על הממצאים של בדיקה זו ל-OMB, אף שנטען כי דיווחים אלה לא ייושמו קרוב לוודאי.<sup>59</sup>

הסוכנות הפדרלית למנהל ציבורי (The Administrative Conference of the United States) שהיא סוכנות פדרלית עצמאית שתכליתה לגבש דרכים לשיפור עבודת הרשויות המנהליות, עסקה גם היא באופן מתמשך ממחצית העשור השני של שנות ה-2000 בגיבוש המלצות ליישום שיטות של הערכה בדיעבד ופיתוחן.<sup>60</sup> בשנת 2014 המליצה הרשות לכלול הערכת רגולציה בדיעבד בכלל דברי החקיקה הרגולטוריים.<sup>61</sup> הוצע לגבש שיטות לביצוע הערכת רגולציה בדיעבד וכן לקבוע את התקציבים הדרושים לכך שיועמדו לרשות המנהליות. המלצה זו לא אושרה לבסוף. גם המלצה נוספת של אותה סוכנות בשנת 2021, שעניינה אימוץ מנגנון להערכה שיטתית ומערכתית של רגולציה בדיעבד, טרם יושמה.<sup>62</sup>

ניתן לטעון כי העיסוק בנושא ההערכה בדיעבד על ידי כל הממשלים מאז שנות ה-70 מלמד על המרכזיות של תהליכים אלה בתפיסת המשטר ותורת הרגולציה, אולם גם מעיד על כך שניסיונות הרפורמה פעם אחר פעם לא נחלו הצלחה ולא סיפקו המשכיות של השימוש

55 Aldy, לעיל ה"ש 38.  
56 Miller, לעיל ה"ש 51.  
57 Exec. Order No. 13771, 82 Fed. Reg. 9939 (2017).  
58 Exec. Order No. 13777, 82 Fed. Reg. 12285 (2017).  
59 Exec. Order No. 13924, 85 Fed. Reg. 31353 (2020).  
60 About ACUS, ACUS gov, <https://www.acus.gov/about-acus>.  
61 Admin. Conf. of U.S., Recommendation 2014–5, *Recommendation Retrospective Review of Agency Rule*, 79 FED. REG. 75114 (2014).  
62 Admin. Conf. of U.S., Recommendation 2021–22, *Periodic Retrospective Review*, 86 Fed. Reg. 36080 (2021).

בהערכה בדיעבד כחלק ממחזור החיים הרגולטורי.<sup>63</sup> חרף המאמצים להשריש ביצוע של הערכת רגולציה בדיעבד, עדיין היקף הערכה כזו שמבוצעת הוא קטן ונעשה באופן לא שיטתי וללא מעקב ברור אחרי השלמת ביצועה. הערכת רגולציה שנעשית היא חלקית, וההיקף שלה משתנה בהתאם למידת הנכונות של סוכנות הרגולציה הספציפית לבצע הערכה כזו. גם הגישה והאופן שבהם מבצעים הערכת רגולציה בדיעבד משתנים מרשות לרשות, ואין מתודולוגיות ברורות לביצוע ומנגנונים אחידים לזיהוי דברי הרגולציה המחייבים בחינה. בפועל, מרבית הרשויות הרגולטוריות נמנעות מביצוע של הערכת רגולציה בדיעבד ואינן בוחנות את תוצאות הרגולציה שהן גיבשו.<sup>64</sup> כמו כן, רק לעיתים נדירות רגולציה שנקבעה מתבטלת לאחר מכן.<sup>65</sup> לביקורת זו שנשמעה באקדמיה שותף גם ה־OECD, אשר מתוך דו"חות שפרסם עולה שבארצות הברית היקף הערכת הרגולציה בדיעבד הוא נמוך.<sup>66</sup> הדו"ח מציין עוד כי בארצות הברית אין מעקב מספיק אחר ביצוע של הערכה בדיעבד. למעשה, לא גובשו מנגנונים להבטיח כי הערכת רגולציה שתוכננה אכן תצא לפועל בסופו של דבר, ולא כל דברי הרגולציה כפופים להערכה בדיעבד. דברי חקיקה רבים ובמיוחד חקיקה ראשית עדיין אינם מעגנים מלכתחילה הסדרים שיחייבו הערכה בדיעבד של החקיקה לאחר תקופה. הסיבה טמונה כנראה בכך שרשויות נמנעות מלכלול מלכתחילה חיוב בחוק לבחון בעתיד את תוצאות הרגולציה החדשה שנקבעה.<sup>67</sup> ביקורת שהושמעה בספרות האקדמית מדגישה כי על מנת שניתן יהיה לחולל שינוי בתרבות הארגונית של רשויות רגולטוריות בארצות הברית ולגרום לכך שיקיימו הערכות בדיעבד, יש צורך לכלול בחקיקה מלכתחילה סעיפי שקיעה או מנגנונים אחרים שיחייבו ביצוע הערכה כזו.<sup>68</sup>

נקודה נוספת ומשמעותית היא העובדה שבארצות הברית אין דרישה שהערכה בדיעבד תבחן את אפקטיביות הרגולציה, קרי, האם המטרות אכן הושגו. היעדר חובה לבחון אפקטיביות מחליש את המשמעות של הערכת רגולציה בדיעבד שעשויה להתמקד בבחינה של עלות-תועלת או הפחתת העלויות המנהליות של הרגולציה. בעיה נוספת עולה מהעובדה שהערכת רגולציה בדיעבד נעשית על ידי כל רשות רגולטורית עצמה לגבי הרגולציה שעליה היא אמונה והיא הגורם שקובע איזו רגולציה תיבחן, ככל שנעשית הערכה בדיעבד של רגולציה. אחד הקשיים נובע מכך שאין מספיק ניתוח השוואתי של השפעות של רגולציות שונות אחת על השנייה ובעיקר חסרה בחינה של השפעות הדדיות של רגולציה שנקבעה על ידי רשויות מקבילות באותו תחום.<sup>69</sup>

Reeve T. Bull, *Building a Framework for Governance: Retrospective Review and Rulemaking Petitions*, 67 ADMIN. L. REV. 265, 277 (2015) 63

Stuart Shapiro & Debra Borie-Holtz & Ian Markey, *Regulatory Reform: Retrospective Review in Four State*, 39 REGUL. 32 (2016) 64

שם. 65

OECD, *Governance at a Glance 2021*, 152 (OECD Publishing, Paris, 2021) 66  
(GG 2021).

Shapiro & Borie-Holtz & Markey, לעיל ה"ש 64. 67

Bull, לעיל ה"ש 63. 68

Benbear & Wiener, לעיל ה"ש 9. 69

אם כן, בארצות הברית, מהות ההערכה מתמקדת בבחינת עלות-תועלת או בהפחתת העלויות הבירוקרטית של הרגולציה, באופן המשקף הטיה ברורה לתפיסה כלכלית צרה יחסית והתמקדות בעלות המושגת על המפוקחים. תפיסה זו מתבטאת באופן מובהק בחוק הגמישות הרגולטורית שנסקר לעיל.<sup>70</sup> מבחינת זהות מבצעי ההערכה בדיעבד, הרי שזו מבוצעת בעיקר על ידי הרגולטורים וסוכנויות רגולטוריות שגיבשו את הרגולציה במקור. לעיתים נעשה תיאום מול רשות הרגולציה המרכזית (OIRA). כך למעשה אין מעורבות של הסנט בביצוע הערכת רגולציה או של גופים נוספים מהממשל, פרט לרגולטורים עצמם ורשות הרגולציה. בולט גם היעדר ביצוע הערכת רגולציה בדיעבד רוחבית הבוחנת השלכות בין תחומים שונים ורגולטורים שונים שיש להם נגיעה אחד לשני. מבחינת מועדי ביצוע ההערכה, הרי שחוקים מסוימים קובעים דרישה לביצוע בחינה תקופתית של הערכת רגולציה בדיעבד. כך למשל חוק הגמישות קבע מנגנון של הערכת דבר הרגולציה על ידי הרגולטור כעבור עשר שנים, וגם חלק מהחקיקה הספציפית הכוללת חיוב לביצוע הערכה בדיעבד כוללת מועדים. מרבית הצווים הנשיאותיים שנסקרו לא התייחסו למועדים עתידיים, אלא להכנת תוכנית עבודה או ביצוע בדיקה באופן חד-פעמי.

## 2. איטליה

באיטליה מנגנון הערכה בדיעבד של רגולציה מתקיים במקביל, הן על ידי הפרלמנט והן על ידי הממשלה. בשני בתי הפרלמנט (התחתון והעליון) הוקמו יחידות להערכת רגולציה המתמקדות בביצוע הערכה של חוקים כעבור פרק זמן מסוים לאחר שנחקקו. בכל אחד מבתי הפרלמנט (התחתון והעליון) מתדולוגיית ההערכה ייחודית ובעלת מטרות שונות.<sup>71</sup> יחד עם זאת, בשני הבתים עוסקים בתיעוד ופרסום של דו"חות מעקב אחרי תהליכי הערכת רגולציה ותוצאותיהם. יחידת ההערכה בבית התחתון (Chamber of Deputies) מיישמת גישה שתכליתה היא בחינת יישום החקיקה בהיבטים משפטיים-מנהליים. היחידה פועלת בעיקר על סמך נתונים שנמסרים לה מהממשלה וממוסדות אחרים. זוהי הערכת רגולציה בדיעבד שהיא פרוצדורלית ואדמיניסטרטיבית במהותה ומטרתה לבחון באיזו מידה הממשלה עמדה במחויבותה ליישום החקיקה והוצאת הרגולציה לפועל. מאז שנת 2017 יחידת ההערכה אקס-פוסט של הבית התחתון מפרסמת דו"ח שנתי העוסק בהערכות שבוצעו של חקיקה.<sup>72</sup> לעומת זאת, תהליכי הערכת רגולציה המתבצעים בסנט, שהוא הבית העליון של הפרלמנט האיטלקי, כוללים שני ממדים. הממד הראשון הוא ממד פרוצדורלי המאמץ גישה משפטית-מנהלית, ואילו הממד השני כולל היבטים מהותיים של הערכה. כך בהיבט אחד מנגנוני הערכת רגולציה הנהוגים בבית העליון כוללים בחינת עמידה של הממשלה במחויבויות שלה ליישום החקיקה כפי שעולה מדבר החקיקה עצמו. בהיבט שני, ישנם מאמצים לגבש תהליכי הערכה

Regulatory Flexibility Act (RFA), Pub. L. No. 96-354, 94 Stat. 1164 (codified at 5 U.S.C. 70 ch. 6 § 601).

De Vrieze, לעיל ה"ש 37. 71

Griglio, לעיל ה"ש 36. 72

הכוללים ניתוח השפעת רגולציה. לשם כך הוקם גם גוף מיוחד בתוך יחידת ההערכה שהעוסק בניתוח של השפעות רגולציה (Office for Impact Assessment). המשרד לביצוע הערכת השפעת הרגולציה הוקם ב־2016 ומטרתו בין השאר לקדם מחקר, לימוד והכשרה בכל הנוגע לביצוע הערכת רגולציה מראש (RIA) ובדיעבד (Ex-post). המרכז להערכת רגולציה מפרסם דו"חות ומחקרים באתר ייעודי.<sup>73</sup>

מטרות הערכת הרגולציה המבוצעת בפרלמנט שעניינה משפטי־מנהלי ומהותה נסובות בעיקרן על בחינה של השלמת הליכי החקיקה וגיבוש תקנות ומנגנוני יישום ואכיפה של החקיקה. תהליכי בחינת רגולציה בדיעבד הכוללים בחינה אפקטיבית אינם מעוגנים מבחינה משפטית, ואין מנגנונים ממשיים שתכליתם לעקוב או לאכוף את היישום של מסקנות הדו"חות הפרלמנטריים על ידי הרשויות הרגולטוריות הרלוונטיות.<sup>74</sup> מבחינת זהות מבצעי הערכת הרגולציה, הרי שמרכז ביצוע הערכה בדיעבד הממוקם בפרלמנט הוא זה שמבצע את ההערכות ובוחר את ההיבטים המשפטיים והמהותיים (אפקטיביות). למרכז זה יש תקציב עצמאי ומנגנונים לקבלת מידע מגורמים שונים המאפשרים לו להעריך את מידת ההצלחה ביישום של החוק הנבחן. המכניזם שנקבע כולל גם ביצוע מעקב תקופתי קבוע.<sup>75</sup>

לצד המערכת להערכה בדיעבד הפועלת במסגרת הפרלמנט, רשויות המנהל נדרשות גם הן לבצע הערכה בדיעבד מכוח צו של ראש הממשלה משנת 2017.<sup>76</sup> משרדי הממשלה נדרשים להכין אחת לשנתיים תוכנית עבודה המפורסמת לציבור באמצעות המרשתת לביצוע הערכות בדיעבד (המכונות VIR), וזאת לאחר התייעצות עם המשרד לענייני משפט וחקיקה (DAGL - Department of Legal and Legislative Affairs).<sup>77</sup> בתוכניות אלו קובעים משרדי הממשלה את סדרי העדיפויות לביצוע בחינה בדיעבד של הרגולציה הנמצאת בסמכותם וביכולתם לבצע בחינה בדיעבד גם של כמה דברי רגולציה היוצרים הסדר רגולטורי כולל לתחום מסוים.<sup>78</sup> תוכניות העבודה וקביעת הרגולציה שתועבר לבחינה בדיעבד צריכות להביא בחשבון את השיקולים הבאים: א. האם הרגולציה עדין רלוונטית להשגת המטרות שהוצבו לה במקור; ב. תחום ההשפעה של הרגולציה במיוחד לאור ה RIA שבוצע לרגולציה עם קבלתה במקור; ג. בעיות מהותיות שזוהו ביישום של הרגולציה; ד. שינויים שחלו בסביבה הסוציאל־אקונומית המשפיעה על הרגולציה כולל שינויים טכנולוגיים ומדעיים.<sup>79</sup> ל־DAGL ישנה סמכות לבצע הערכות בדיעבד ביוזמתו לגבי נושאים בעלי חשיבות מיוחדת.<sup>80</sup> ה־DAGL גם סוקר את איכות ההערכות בדיעבד שמבוצעות על ידי משרדי ממשלה ורגולטורים עצמאיים אחרים.<sup>81</sup> עבודתו

73 ש.ם.

74 Griglio, לעיל ה"ש 36.

75 ש.ם.

76 D.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, ch. III § 12, G.U. Nov. 30, 2017, n. 280 (It.)

77 ש.ם, ס' 12(1).

78 ש.ם, ס' 12(5).

79 ש.ם, ס' 12(7).

80 ש.ם, ס' 12(4).

81 ש.ם, ס' 14(4).



נתמכת על ידי Impact Assessment Independent Unit – Nucleo AIR, גוף המורכב ממומחים עצמאיים הנבחרים בהליך תחרותי.<sup>82</sup>

מטרות ההערכה בדיעבד על ידי הממשל נקבעו אף הן בצו הנשיאותי וכוללות היבטים פוסט-חקיקתיים ומהותיים מגוונים. על הערכה לכלול זיהוי וניסוח של מטרות הרגולציה כפי שהוצבו במקור ולבחון את היישום של הרגולציה למעשה, כולל בחינה של הגופים והרמות המוסדיות השותפות ליישום הרגולציה. הצו שם דגש על בחינת אפקטיביות (בחינה של המידה שבה מטרות הרגולציה הושגו), בחינת היעילות של השימוש במשאבים לצורך ההתערבות הרגולטורית והאם הרגולציה עדין נדרשת כדי לממש את המטרות שהוגדרו. כמו כן, רגולטורים מתבקשים לבחון האם הכללים הרגולטוריים כמות שהם ברורים, חופפים או מטילים עלויות עודפות על המפוקחים. הדרישה היא לשימוש בנתונים כמותיים שנאספו במיוחד על ידי המשרד הממשלתי או הרשות הרגולטורית לשם ביצוע ההערכה בדיעבד.<sup>83</sup> אם כן, באיטליה הערכת רגולציה מבוצעת הן על ידי הפרלמנט והן על ידי הממשל עצמו. ישנו חיוב של הממשל בביצוע הערכה תקופתית, באמצעות קביעת תוכניות עבודה להערכה בדיעבד, ותוכניות אלה וההערכות המבוצעות לפיהן צריכות לעבור אימות ובקרה חיצוניים. בד בבד, אין קביעה המחייבת את הממשל לבחון רגולציה כל כמה שנים. מטרות ההערכה המנהליות מגוונות וכוללות הערכה פוסט-חקיקתית ובחינת היבטים מהותיים כגון אפקטיביות ועלות הרגולציה.

### 3. אנגליה

באנגליה התגבשו מנגנוני הערכת בדיעבד המיושמים על ידי הממשל והפרלמנט כאחד. הגישה שאומצה משלבת שני נדבכי בחינה עיקריים: הערכה פוסט-חקיקתית (Post Legislative Scrutiny - PLS) והערכה לאחר יישום (Post Implementation Review – PIR).<sup>84</sup> הסוג הראשון, של הערכה פוסט-חקיקתית (PLS), מתמקד בהיבטים משפטיים ומנהליים של יישום חקיקה ראשית ומבוצע בעיקר על ידי הפרלמנט.<sup>85</sup> הערכה פוסט-חקיקתית כוללת בחינה של השלמת מעגל החקיקה כגון התקנת תקנות וחקיקת משנה שנדרשת ליישום החקיקה, אך יכולה לעסוק גם בהיבטים של אכיפה ותפוקות ואף השפעה של הרגולציה. הסוג השני, הערכה רגולציה לאחר יישום (PIR), כולל הערכה של השפעות רגולציה (חקיקת משנה, כולל הנחיות

82 ECD Outlook 2021, לעיל ה"ש 3, בעמ' 111.

83 P.C.M. 169/2017 (It.), לעיל ה"ש 76, בס' 13(1).

84 Lorenzo Allio, *Ex Post Evaluation of Regulation: An Overview of the Notion and of International Practices*, in REGULATORY POLICY IN PERSPECTIVE: A READER'S COMPANION TO THE OECD REGULATORY POLICY OUTLOOK 2015 191, 193 (2015)

85 Executive, *Better Regulation, Reducing Regulation Made Simple: Less regulation, better regulation and regulation as a last resort* (2010) available at <https://www.europeansources.info/record/reducing-regulation-made-simple-less-regulation-better-regulation-and-regulation-as-a-last-resort>

מנהליות).<sup>86</sup> זהו תהליך שנעשה בגופי הממשל, ובעיקר על ידי משרדי ממשלה.<sup>87</sup> תהליכים של הערכת רגולציה לאחר יישום ושל הערכה פוסט-חקיקתית מתקיימים לרוב באופן עוקב.<sup>88</sup> החל משנת 2008 משרדי הממשלה השונים נדרשים לפרסם תזכיר (memorandum) למעקב רגולציה לאחר יישום (PIR) בתוך שלוש עד חמש שנים ממועד חקיקת החוק. הוועדות הפרלמנטריות מקבלות לידיהן את תזכירי המעקב הממשלתיים ורשאיות להחליט על ביצוע הערכה פוסט-חקיקתית עצמאית שבה הן מגבשות את פרוצדורת הבחינה ודרכי הפעולה ובוחרות את תחומי החקיקה להערכה ללא תלות בממשל. הממשלה אף נדרשת להשיב לדו"חות הערכה שמפרסם הפרלמנט. ההערכה כוללת נדבך של הערכה פוסט-חקיקתית ועשויה לכלול גם הערכה של השפעת הרגולציה.<sup>89</sup>

בבית התחתון של הפרלמנט, בית הנבחרים (House of Commons), הוועדות הנושאיות קובעות אילו דברי חקיקה יעברו הערכה פוסט-חקיקתית. הבחירה להתמקד בדבר חקיקה ספציפי יכולה להיות נעוצה בכמה סיבות, בהן: העניין של חברי הוועדה בנושא מסוים, תזכירים של משרדי הממשלה שהפנו זרקור לסוגיה כלשהי וכן השפעה של לוביסטים וקבוצות אינטרס הפועלים בקרב הפרלמנט והוועדות.<sup>90</sup> המעקב לאחר השלמת תהליך ההערכה מתקיים לרוב בעל פה.

בבית העליון, בית הלורדים, הוועדה המארגנת (The Liaison Committee) מחליטה מעת לעת על ההקמה של ועדות אד-הוק שתכליתן הערכה פוסט-חקיקתית של דבר חקיקה ספציפי. השיקולים להקמת ועדות אד-הוק מגוונים. נמצא כי שיקול מרכזי הוא הסתמכות על תחומי המומחיות המיוחדים שיש לחברי בית הלורדים ויכולתם לתרום לתהליך ההערכה מתוקף חברותם בוועדת האד-הוק. קריטריון נוסף בבחירה להתמקד בדבר חקיקה מסוים הוא אם נעשה שינוי משמעותי במדיניות לעומת חקיקה קודמת בנושא, באופן שדורש דיון והערכה. נטען שבתהליכי ההערכה המבוצעים על ידי בית הלורדים, מעדיפים להימנע מדיון בנושאים השנויים במחלוקת פוליטית. לרוב דברי חקיקה נבחנים חמש עד עשר שנים מיום חקיקתם ולאחר שכבר פורסם מזכר בנושא על ידי המשרד הממשלתי האחראי על החקיקה.<sup>91</sup>

ההערכה המבוצעת על ידי הממשל כפופה להנחיות ותהליכי עבודה סדורים. משרדי הממשלה יוזמים תהליכי הערכת רגולציה באמצעות יחידות לטיוב רגולציה (Better Regulation Units) הפועלות במסגרתם. היוזמה לתהליכים אלה מתקיימת בשל סעיפים המחייבים זאת בחקיקה ובין שלוש עד חמש שנים לאחר אימוץ רגולציה וכל חמש שנים שלאחר מכן.<sup>92</sup> תהליכי ההערכה יכולים להתבצע בתוך המשרד הממשלתי על ידי יחידות ייעודיות במשרד או

86 ש.ם.  
 87 Allio, לעיל ה"ש 84.  
 88 ש.ם.  
 89 De Vrieze, לעיל ה"ש 37.  
 90 Tom Caygill, *A Tale of Two Houses? Post-Legislative Scrutiny in the UK Parliament*, 21  
 De Vrieze ; (2019) 87-101 EUR. L. REFORM. J.  
 91 ש.ם.  
 92 HM Treasury, *Magenta Book 2020: Guidance for Conducting Regulatory Post Implementation Reviews* (2020).

על ידי מעריכים חיצוניים. היוזמות לקיום בחינה PIR מונחות על ידי כללים רגולטוריים שונים וכפופות להליכי בקרה ופיקוח שהם חיצוניים למשרדי הממשלה המבצעים את הבחינה.<sup>93</sup> בדברי חקיקה שבהם אומצו סעיפי שקיעה, נדרש בפועל ביצוע של PIR על מנת שהחקיקה לא תהפוך לחסרת תוקף. סעיפי שקיעה הפכו למחייבים ונוספו לכל דברי החקיקה הראשית שאומצו משנת 2011 ואילך והטילו נטל רגולטורי על עסקים או על החברה האזרחית.<sup>94</sup> כמו כן, ביחס לכל דבר רגולציה שעבר הערכת השפעה מראש (RIA), תהליך ה-RIA כולל בתוכו חובה לקיים הערכה אקס-פוסט PIR בין שלוש עד חמש שנים לאחר אימוץ הרגולציה. לגבי חקיקת משנה אין חובה חוקית לכלול סעיף המחייב ביצוע הערכת בדיעבד, אולם בחוק נקבע כי אם הרגולטור אינו כולל בחקיקת המשנה סעיף המחייב ביצוע הערכה בדיעבד, עליו לנמק בפומבי את הסיבה לכך.<sup>95</sup> לאור האמור נקבעו הנחיות פנימיות לרגולטורים באילו נסיבות הם יכולים להצדיק הימנעות מסעיף מחייב לביצוע הערכה בדיעבד ובאילו נסיבות לא יוכלו להצדיק זאת.

התוכן של ה-PIR הממשלתי גם הוא מפוקח ונקבע בהתאם לכמה הנחיות ממשלתיות פנימיות המתפרסמות ומתעדכנות מעת לעת. אלה מאפשרות שימוש במגוון מתודולוגיות בהתאם להקשר ומנחות כיצד לעשות שימוש בהן.<sup>96</sup> המטרה העיקרית של PIR היא הערכת האפקטיביות והיעילות של הרגולציה לאחר שיושמה, תוך בחינה האם היא עדיין נחוצה.<sup>97</sup> מכאן נקבע כי ישנן כמה מתודולוגיות אפשריות שיכולות לענות על מטרה זו: א. סקירה בהתבסס על נתונים קיימים (desk based review): זו כוללת איסוף נתונים ומסמכים הקשורים לכלי הרגולטורי או למדיניות, כגון דו"חות, סטטיסטיקות ומסמכי הנחיה, וניתוחם; ב. היועצות עם בעלי עניין כדי לאסוף התייחסויות ועמדות הנוגעות לכלי הרגולטורי או המדיניות וההשפעות שלה; ג. ניתוח כמותי הכולל שימוש בשיטות סטטיסטיות וניתוח נתונים כדי להעריך את ההשפעה של הרגולציה בהיבטים שונים כגון עלויות, תועלות ושיעור הציות בקרב המפוקחים; ד. ניתוח איכותני הכרוך בשימוש בשיטות כגון ראיונות וקבוצות מיקוד כדי להבין את החוויות והתפיסות של מחזיקי העניין ביחס לאמצעי הרגולציה או המדיניות; ה. ניתוח השוואתי הכולל השוואת האמצעי הרגולטורי או המדיניות לאלה הקיימים במדינות אחרות, כדי להעריך את האפקטיביות והיעילות היחסית שלהם.<sup>98</sup> בסך הכול, המתודולוגיה המתאימה ביותר עבור PIR מסוים תהיה תלויה במטרות וביעדים הספציפיים של הסקירה, כמו גם במשאבים ובנתונים הזמינים.

93 ש.ש.  
 94 Sharma Rani, Freudi, Daniel. Munch Claudia., . Schindler Eva, Kia.Wengrich, EXPERT REPORT ON THE IMPLEMENTATION OF EX-POST EVALUATIONS 36 (2013)  
 .  
 95 .Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26 §§ 28(a)&(b) (Eng.)  
 96 HM Treasury, THE GREEN BOOK: CENTRAL GOVERNMENT GUIDANCE ON APPRAISAL AND EVALUATION (2022), HM Treasury Magenta Book ; לעיל ה"ש 92.  
 97 ש.ש.  
 98 ש.ש.

אם כן, באנגלייה הערכת רגולציה מבוצעת הן בפרלמנט והן על ידי הממשל. ישנו חיוב של הממשל בביצוע הערכה תקופתית. משרדי הממשלה מחויבים לבצע הערכה בדיעבד לאחר חלוף חמש שנים בממוצע ממועד קביעת הרגולציה, וכל חמש שנים שלאחר מכן. מטרת הרגולציה הן מעורבות ומתייחסות להיבטים מנהליים פוסט-חקיקתיים, כגון קביעת מנגנוני יישום מתאימים, אך גם להערכה מהותית שעניינה בחינת הנטל הכלכלי שמשיתה הרגולציה ואפקטיביות הרגולציה בהיבטים של השפעה על ציוד ועמידה במטרות שנקבעו לאסדרה.

#### 4. אוסטרליה

רשויות הרגולציה באוסטרליה מחויבות לערוך הערכה בדיעבד (Post Implementation Review - PIR) לכל שינויי מדיניות ורגולציה שנקבעו כבעלי השלכות משמעותיות על הכלכלה על ידי רשות הבקרה הרגולטורית<sup>99</sup> (OIA – Office of Impact Analysis). במצב רגיל, הערכה צריכה להתקיים חמש שנים לאחר אימוץ המדיניות. אולם, אם לא בוצעה כלל ההערכה מראש (Regulatory Impact Statement – RIS), או שהערכה זו הייתה חסרה או נעשתה באופן לקוי, יש לקיים הערכה בדיעבד של המדיניות כעבור שנתיים מאימוצה.<sup>100</sup> לפיכך, באותם מקרים, חובת הביצוע ומועדי ההערכה בדיעבד נמצאים בזיקה להערכת השפעות רגולציה מראש RIS.<sup>101</sup> באוסטרליה נהוגה גישה של הערכת עומק בדיעבד של רגולציה. הערכת עומק בוחנת אפקטיביות של רגולציה ובודקת השפעות רחבות היקף בתחומים שונים.<sup>102</sup> תוכנה של הערכה בדיעבד ומטרתה העיקרית הם להעריך האם הרגולציה היא אפקטיבית, קרי, האם היא משיגה את היעדים כפי שהוצבו לה במקור. ההערכה צריכה גם להעריך האם הרגולציה ממשיכה להיות הדרך המתאימה ביותר להתמודדות עם הבעיה שלשמה נקבעה. בנוסף, ההערכה צריכה לבחון האם מטרות הרגולציה הושגו בדרך היעילה ביותר (בחינת עלות-תועלת). רגולטורים המבצעים בחינה בדיעבד מונחים להתחיל לאסוף נתונים על יישום הרגולציה מרגע תחילת היישום ולעבד נתונים אלה על מנת שישמשו בהליך. כמו כן, הם נדרשים לקיים הליכים של היוועצות עם בעלי עניין כדי לבחון את האופן שבו רגולציה השפיעה עליהם.<sup>103</sup> המקובל הוא שטייט דו"ח ההערכה מופצת לציבור לצורך קבלת משוב מבעלי העניין. הדבר אף מסייע לבסס לגיטימציה להטמעת המסקנות הנובעות מתהליכי ההערכה.<sup>104</sup> הזיקה בין תהליכי הערכת רגולציה מראש ובדיעבד היא כאמור משמעותית, ורגולטורים נדרשים לציין פרמטרים לבחינה בדיעבד שיעשה בהם שימוש בעת ביצוע הערכת רגולציה

99 Australian Government, Department of Prime Minister and Cabinet, Guidance Note, Post Implementation Reviews (March 2020) available at bit.ly/3EpPax4 ; עד פברואר 2022 רשות הבקרה הרגולטורית נקראה Office of Best Practice Regulation (OBPR), בתאריך זה שם הרשות שונה ל-Office of Impact Analysis ראו אתר OIA בכתובת: <https://oia.pmc.gov.au>.

100 שם, בעמ' 3.

101 Allio, לעיל ה"ש 84.

102 שם.

103 Australian Government, Department of Prime Minister and Cabinet, לעיל ה"ש 99, בעמ' 4.

104 Allio, לעיל ה"ש 84.

מראש. הדבר נדרש בעיקר כאשר ישנם כמה תרחישים אפשריים וחוסר ודאות לגבי התוצאות הצפויות או כאשר שינויים ברגולציה הם שנויים במחלוקת. תהליכי הערכת רגולציה לא רק מושפעים מקביעת רשות הבקרה הרגולטורית האוסטרלית (OIA) שהחקיקה היא בעלת השפעות כלכליות מהותיות. דו"חות הרגולטורים מבוקרים על ידי הרשות והיא זו שמאשרת אותם לפרסום.<sup>105</sup>

אם כן, באוסטרליה מטרת הרגולציה היא ביצוע הערכה מהותית של אפקטיביות המשלבת גם בחינת עלויות-תועלת. מיושמים גם מנגנונים של שיתוף ציבור במסגרת זו. אשר לביצוע הערכת הרגולציה, הרי שהיא מתבצעת על ידי הרגולטורים בפיקוח של רשות בקרה רגולטורית וזאת תוך פרק זמן הקבוע מראש, אך לא פחות מאשר לאחר חמש שנים מהיישום.

#### 5. מסקנות בינים מהניתוח ההשוואתי ואתגרים בתהליכי ביצוע הערכה בדיעבד

הערכה בדיעבד לא זכתה עד היום לתשומת לב מחקרית או שלטונית הדומה לזו המוענקת להערכה מלכתחילה. יחד עם זאת, בכל המדינות שנסקרו, אנגלייה, ארצות הברית, אוסטרליה ואיטליה, פותחו מנגנונים מנהליים, כללים ומתודולוגיות סדורות למדי לביצוע הערכה בדיעבד. בד בבד, היישום של המנגנונים לא היה עקבי או ממצה. ההיסטוריה של גיבוש המדיניות בהקשרים אלה בממשל בארצות הברית מעידה כי ממשלים שונים קידמו רפורמות שהיו ביניהן דרגות חפיפה רבות, וזאת ככל הנראה, בין היתר, בשל יישום חלקי של תהליכים קודמים. באופן כללי ניתן לומר כי נושא זה של הערכה בדיעבד חשוף מאוד "למזג האוויר הפוליטי" הרווח. מידת ההתמקדות בהערכה בדיעבד תלויה לא מעט ביחסם של ממשלים לשאלת הרפורמה הרגולטורית בכללותה, ונכרכה לעיתים קרובות ברצון להפחית את הנטל הרגולטורי. הפוליטיזציה של תחום מקצועי זה לא הטיבה עימו, ובמקום להפוך להיות חלק סדור מהעבודה של רגולטורים, נראה כי מערכות רגולטוריות עדיין נתקלות בקשיים ביישום של מדיניות שעניינה הערכה בדיעבד.

נראה כי הקשיים העומדים בפני מערכות אלה נעוצים בכמה אתגרים וחסמים המאפיינים אותן. כפי שעולה מתוך הספרות ומנתוני ה-OECD על מיעוט יחסי של תהליכי הערכה מחדש, רגולטורים מתאפיינים, לא אחת, ברתיעה מביצוע הערכה בדיעבד.<sup>106</sup> אחד ההסברים לכך הוא חשש מחשיפת תוצאות הערכה המצביעות על כישלון רגולטורי וכאלה הממליצות על שינויים מרחיקי לכת הדרושים ברגולציה.<sup>107</sup> במילים אחרות, הסתייגות מביצוע של הערכה בדיעבד טמונה ברתיעה של רגולטורים מכך שבדרך זו תוטל עליהם אשמה בשל היעדר אפקטיביות או עלויות גבוהות, תופעה שזכתה לכינוי "משחק האשמה" (Blame game).

כאשר הערכת הרגולציה מתבצעת על ידי גוף פוליטי, הרי שסדר היום הפוליטי עלול להשפיע על אופן הבדיקה. שחקנים פוליטיים עלולים להשתמש בבחינה בדיעבד ככלי לניגוח הרגולטור או להשלטת עמדות ותפיסות שלהם ששונות מאלה של הרגולטור באופן שפוגע

105 Australian Government, Department of Prime Minister and Cabinet, לעיל ה"ש 99, בעמ' 5.

106 Mastenbroek, Voorst & Meuwese, לעיל ה"ש 2.

107 Benneer & Wiener, לעיל ה"ש 9.

בעצמאותו. בירוקרטים שמבצעים הערכת רגולציה בדיעבד עשויים אף הם לערב בביצוע ההערכה על ידם תפיסות פוליטיות ואידאולוגיות שהם נושאים בהן. כך לגוף פוליטי שמבצע הערכת רגולציה עלולים להיות אינטרס זר או מטרה פוליטית ספציפית כשם שלרגולטור יש אינטרס שלא לחשוף כשלים שכרוכים בפועלו. על רקע זה קיים יתרון במעורבות של רשות רגולציה חיצונית ועצמאית הפועלת במקצועיות וללא משוא פנים. פתרון אחר הוא בשילוב אלמנטים של משילות משתפת ודמוקרטיה דיונית המתבטאים במעורבות הציבור בתהליכי הערכה. מעורבות בעלי עניין שונים והציבור מוסיפה ממד פלורליסטי לתהליכי ההערכה. ייתכן היעדר התאמה בין מטרות הערכת הרגולציה בדיעבד לבין המסגרת המוסדית והארגונית הקיימת להערכת רגולציה או היעדר קיומם של מנגנונים מתאימים.<sup>108</sup> הרגולטור עלול גם לחוות קשיים הכרוכים בביצוע הערכה בדיעבד ובכלל זה קשיים טכניים, החל מהיעדר הנחיה מתודולוגית מוסכמת וברורה, וכלה בחוסר מסוגלות מתודולוגית והיעדר מסד נתונים הדרוש לביצוע ההערכה.<sup>109</sup>

אחד הקשיים בביצוע הערכת רגולציה בדיעבד הוא הצורך בתיאום מדיניות<sup>110</sup> policy coordination. הצורך מתעורר בעת קיומן של בעיות מורכבות שעומדות ברקע הרגולציה הנקבעת. בעיות מורכבות רב-קודקודיות הן בעיות שבהן יש נגיעה לתחומים שונים והן דורשות שיתוף פעולה בין כמה רגולטורים. אלה מקרים שבהם קיימות כמה בעיות מדיניות ששלוכות יחד. למשל, רגולציה שתכליתה מיתון המשבר האקלימי, קידום בריאות הציבור או מיגור אלימות חברתית. במקרים אלה כמה רגולטורים נדרשים לבצע תיאום מדיניות policy coordination. תיאום מדיניות נדרש במקרים שבהם הצלחת תוכנית רגולציה אחת תלויה בתוכנית אחרת. למשל, רגולציה שנועדה להביא לשיפור חינוך בכתי הספר תלויה באופן יישום ופעולה של רגולציה הנוגעת לביטחון תזונתי של תלמידים שיגיעו לבית הספר עם מזון שמאפשר לימוד. גם במקרה של אלימות גואה בחברה שזולגת לבתי הספר התלמידים יתקשו ללמוד, ועל כן נדרש לבחון את הרגולציה בנוגע למיגור תופעות של אלימות. תפקידה של הערכת הרגולציה בהקשר זה הוא לבחון שאכן נעשה התיאום הנדרש בין תחומים שונים ותוכניות רגולציה שונות.<sup>111</sup> בהקשר זה נדרשת הערכת הרגולציה לתת את הדעת האם יש לבחון חוק בודד או מכלול של חוקים בתחום מסוים.<sup>112</sup> קרי, האם יש לאמץ מודל מולטי-רגולטורי שבו נבחנים חוקים שונים ומדיניות של רשויות רגולטוריות שונות או מודל חד-רגולטורי שבמסגרתו נבחן דבר חקיקה אחד בלבד שענין את הרגולציה הספציפית.<sup>113</sup> על אף היתרונות של בחינה מערכתית מולטי-רגולטורית, בעת ביצועה נתקלים לא אחת בקשיים

108 ש.ם.

109 Mastenbroek, Voorst &amp; Meuwese, לעיל ה"ש 2.

110 Guy Peters, *The Challenge of Policy Coordination*, 1 POL'Y. DESIGN POL. J. 1 (2018)111 Christian Adam et al, *Introducing Vertical Policy Coordination to Comparative Policy*112 *Analysis: The Missing Link between Policy Production and Implementation*, 21 COMPAR.

POL'Y ANALYSIS RSCH. PRAC. J. 499, (2019)

112 Griglio &amp; Lupo, לעיל ה"ש 34.

113 Benneer &amp; Wiener, לעיל ה"ש 9.

הפוליטיים המובנים של פיצול סמכויות בין הרשויות הרגולטוריות השונות ומאבקי השליטה ביניהן. בנסיבות אלה, יכולה לסייע הכרעה מצד רשות על רגולטורית.

## ד. צורות הערכת רגולציה בדיעבד

מתוך שיטות ההערכה הנהוגות במדינות שסקרנו בפרק הקודם, עולות ארבע צורות מהותיות של הערכת רגולציה בדיעבד, שהרציונל שלהן, מטרתיהן והשיטות המתודולוגיות הנהוגות בהן מובחנות. אלה הן: גישה פרוצדורלית (פוסט-חקיקתית), גישה תועלתנית של יעילות, גישה תועלתנית של מועילות (אפקטיביות) וגישה השתתפותית (דמוקרטית). בפרק זה נבקש לאפיין את צורות ההערכה הללו ולהצביע על המטרות הנבדלות והשיטות המאפיינות כל אחת מהן. אין הכוונה לומר שאלה הם מודלים שלמים ונפרדים, ודאי לא כאלה המוציאים זה את זה. אדרבא, מצאנו שבכל המדינות שנבחנו, נהוג תמהיל כזה או אחר של הגישות שנציג. אולם, אפיון נבדל של כל גישה מאפשר להבין טוב יותר את מאפייניה ולהצביע על תמהיל או תמהילים אפשריים ורצויים לישראל. את זאת נעשה בחלקו האחרון של המאמר.

### 1. הערכה פרוצדורלית (פוסט-חקיקתית)

אחת הגישות האפשריות לביצוע הערכת רגולציה בדיעבד היא הגישה הפרוצדורלית או פוסט-חקיקתית (post legislative).<sup>114</sup> ביסוד גישה זו מצויה התפיסה כי הערכה בדיעבד תתמקד בניטור ובחינה פורמלית של השלמת הליך החקיקה והיישום.<sup>115</sup> ככלל, גישה פרוצדורלית מתמקדת בהליך המתקיים, ולא בתוכנו.<sup>116</sup> על פי גישה זו, די בקיומם של כללים מסוימים, עמידה בדרישות והליך קבועים מראש על מנת שהפעולה או ההחלטה שבוצעו יישבו כתקינות. במקרה של הערכה בדיעבד, הגישה הפרוצדורלית מייצגת מודל הערכה המתמקד בבחינה פורמלית של השלמת מחזור החקיקה (law making cycle). זוהי בחינת קיומם של תהליכים שמוציאים מהכוח אל הפועל או יישום החוק ותוכנית המדיניות הרגולטורית וכוללים הן התייחסות להשלמת הליכי חקיקת משנה, כגון תקנות, צווים והנחיות מנהליות, והן להעמדת המנגנונים המוסדיים ליישום הרגולציה ואכיפתה.<sup>117</sup> גישה פרוצדורלית נבדלת מגישות רחבות יותר הכוללות בחינת המהות,<sup>118</sup> כלומר עד כמה יעדי הרגולציה מושגים ומהי ההשפעה של המדיניות ותוצאותיה.<sup>119</sup> בעוד גישות מהותיות מתמקדות בבחינה מנקודת מבט של מחזור המדיניות ומחזור החיים הרגולטורי whole

114 De Vrieze, לעיל ה"ש 37.

115 שם.

116 ..Sheila Jasanoff, *Procedural Choices in Regulatory Science*, 17 TECH. SO. J. 279, (1995).

117 De Vrieze, לעיל ה"ש 37.

118 שם.

119 Griglio, לעיל ה"ש 36.

regulation cycle (תוך בדיקת אפקטיביות או עלות-תועלת), הרי שגישה פרוצדורלית עיקרה בבחינת התהליך עצמו.

גישות פרוצדורליות להערכה בדיעבד יכולות לכלול כמה היבטים. ראשית, גישות מסוג זה בוחנות היבטים חקיקתיים, כגון האם אומצו התקנות הנדרשות ליישום החוק<sup>120</sup> והאם הייתה עמידה בלוח זמנים מסוים להתקנת חקיקת משנה כזו.<sup>121</sup> בהקשר זה נבחנת השלמת הליך החקיקה, ומטרתן להביא למעגל חקיקה שלם וטוב יותר.<sup>122</sup> שנית, גישות פרוצדורליות עשויות לכלול בחינה של מנגנוני אכיפה, כלומר באיזו מידה בידי רשויות הממשל מצויים מנגנוני אכיפה וסנקציות יעילות המאפשרות יישום של המדיניות הגלומה ברגולציה. זו עשויה לכלול גם את בחינת היישום של החוק בפסיקת בתי המשפט,<sup>123</sup> כלומר בדיקה באיזו מידה פסיקות בתי המשפט והכרעות שיפוטיות מתייחסות לחוק וכוללות אכיפה שלו. שלישית, בחינה פרוצדורלית יכולה לכלול השוואת הכללים הקיימים אל מול סטנדרטים בין-לאומיים נהוגים. למשל, תיתכן דרישה לבחון את האסדרה הנהוגה במדינות מתועשות בעלות שוקים דומים או במדינות מפותחות באופן כללי. רביעית, בגישה פרוצדורלית להערכת בדיעבד ניתן לכלול חוק בודד, אולם גם ניתן לבחון תחום רגולטורי שלם כפי שהוסבר לעיל.<sup>124</sup>

הערכה פרוצדורלית עשויה להתבצע על ידי שחקנים שונים – לעיתים היא מבוצעת על ידי הרגולטורים עצמם או על ידי יחידות ייעודיות בממשל; במקרים אחרים בחינה פרוצדורלית נעשית על ידי פרלמנטים אשר בוחנים את השלמת הליך החקיקה על ידי הרשות המבצעת באמצעות תקנות וגיבוש מנגנונים מתאימים ליישום הרגולציה. כך הדבר במקרים שונים באיחוד האירופי, שם הפרלמנטים של המדינות גיבשו הליכים של הערכה פרוצדורלית כחלק מהתוכנית של רגולציה חכמה וטיוב רגולציה (better regulation) שהוטמעו באיחוד האירופי.<sup>125</sup> ישנם דפוסים שונים לביצוע הליכי הערכה פרלמנטריים, ולעיתים הפרלמנטים מבצעים הערכה פסיבית שמשמעה שתהליכי הערכה מבוצעים על ידי הרגולטורים עצמם או יחידות בממשל, ורק הדווח והריכוז מונחים על שולחן הפרלמנט. במקרים אחרים תהליכי הערכה בפרלמנט הם אקטיביים.<sup>126</sup>

הרציונל מאחורי הגישה הפרוצדורלית הוא שהערכה בדיעבד המתמקדת בדרישות תהליכיות היא תנאי להבטחת רגולציה אפקטיבית יותר מבחינה מהותית. זאת, כאשר השלמת הליכי החקיקה והקמת מנגנוני היישום והאכיפה נתפסות כחיוניות להבטחת אפקטיביות רגולטורית. זאת ועוד, גישה פרוצדורלית יכולה להיות מוצדקת גם מהטעם שהבטחת התקינות הפרוצדורלית עשויה לתמוך בכך שהרגולציה תהיה יותר מאוזנת ותיושם באופן הוגן וצודק.

120 De Vrieze, לעיל ה"ש 37.

121 ש.ם.

122 ש.ם.

123 ש.ם.

124 Griglio & Lupo, לעיל ה"ש 34; Benneer & Wiener, לעיל ה"ש 9.

125 Davor Jancic, *Better Regulation and Post-Legislative Scrutiny in the European Union*, 21 EUR. L. REFORM J. 137 (2019).

126 Lydia Clapinska, *Post-Legislative Scrutiny of Legislation Derived from the European Union*, 9 EUR. L. REFORM J. 321 (2007); ש.ם.



מובן כי רציונל זה יכול לעמוד רק אם הפרוצדורה הנבחנת בדיעבד מחייבת מלכתחילה התחשבות בעמדות של בעלי העניין בשלב גיבוש חקיקת המשנה או יישום הרגולציה. פרוצדורות דמוקרטיות מעין אלה מקבלות ביטוי נרחב יותר ומהוות הצדקה בעיקר לבחינה בדיעבד בעלת אופי דמוקרטי דיוני.

יתרון מרכזי של הגישה הפרוצדורלית טמון בכך שהיא ניתנת ליישום בנקל יחסית ואינה דורשת תשומות רבות או מומחיות מיוחדת. יתרון זה בא לידי ביטוי בפשטות המתודולוגית ובעיקר בגבולות הצרים של המידע הדרוש כדי לבצע את ההערכה. פשטות זו אפשרה לאחרונה ליישם שיטות של בחינה פרוצדורלית בדיעבד העושות שימוש באינטליגנציה מלאכותית (AI) ועיבוד שפה טבעית (NLP) כדי לקבוע האם רגולציה אכן השלימה את כל הליכי החקיקה הנחוצים, זאת מבלי להפעיל אינטליגנציה טבעית אנושית כדי לבצע את המשימה.<sup>127</sup> אולם, בפשטות הגישה טמון גם זרע הביקורת עליה. עצם קיומו והשלמתו של "מעגל החקיקה" אינו מעיד בהכרח על תוכן הרגולציה, ודאי שלא על האפקטיביות ביישומה. הגישה הפרוצדורלית מתמקדת פעמים רבות בבדיקות שתוכנן צר והן סוקרות היבטים פורמליים וטכניים. הצבת דרישות תהליכיות מובילה להתמקדות בצד הפורמלי, ובדרך זו אם לא ניתן דגש נוסף, היבטים מהותיים של אפקטיביות הרגולציה, עלותה או חלוקת הנטל המוטל על ידה עלולים לחמוק מעיני המאסדרים.

## 2. הערכת יעילות (עלות-תועלת)

הערכת יעילות היא גישה כלכלית אשר מתמקדת בבחינת עלות מול תועלת ומטרתה להביא לשיפור ביחסים באופן שיביא למקסום רווחה החברתית.<sup>128</sup> הגישה נשענת על תפיסה רציונלית שלפיה רגולציה היא טובה כאשר סך התועלות שהיא מניבה לחברה ולכל הנוגעים בדבר עולה על העלויות שלה. הרציונל המצדיק שימוש בצורת הערכה זו הוא להביא לצמצום רגולציה שהיא לא רציונלית, שיש בה כדי להביא לפגיעה ברווחה החברתית או ליצור נטל מנהלי עודף. בגישת הערכה זו ניתן שווי כספי הן לערכים הנמדדים בקלות ובמישורין על ידי השוק (עלות השקעה הנדרשת בעסק לעמידה בדרישות הרגולציה) והן לערכים (כגון חיי אדם ובריאות הטבע) שאינם ניתנים לאמידה ישירה על ידי השוק. כדי לבצע הערכה זו בצורה מהימנה, יש לחשב ערכים כספיים הן למגוון העלויות המוטלות על הכפופים לחוק או עלויות

127 Catherine M. Sharkey, *AI for Retrospective Review*, 8 BELMONT L. REV. J. 374 (2021) המאמר מתאר את הבדיקה שבוצעה על ידי מערכת של אינטליגנציה מלאכותית על רגולציה של משרד הבריאות והשירותים החברתיים (NHS). עיקר הבדיקה בדיעבד של המערכות הייתה של בחינת הטקסט הרגולטורי ותיקון של שגיאות איות ודקדוק, אולם הבדיקה באמצעות המערכת של האינטליגנציה המלאכותית גם תיקנה הפניות שגויות לדברי רגולציה אחרים. ודאי, ככל שיתפתחו מערכות אינטליגנציה מלאכותית, הן יאפשרו לבצע בדיקות פרוצדורליות בצורה מקיפה יותר ויוכלו עם הזמן להחליף כוח אדם אנושי. אולם, בדיקות אלה מגיעות עם סיכונים ומגבלות שלא זה המקום לדון בהם.

128 Winston Harrington, *Grading Estimates of the Benefits and Costs of Federal Regulation*, 1.44RFF J. (2006).

עקיפות של הרגולציה המוטלות על הציבור הרחב והן למגוון התועלות של הרגולציה בהגנה על הציבור או על קבוצות מסוימות ממנו.

למשל, רגולציה של זיהום אוויר שמנעה 100 מקרי מוות בשנה, אך עלתה לתעשייה המזהמת יותר משווי החיים שאובדנם נמנע, אם תיבחן במבחן של הערכת יעילות, ייתכן מאוד שיומליץ על ביטולה. במקרים אחרים, רגולציה שעלותה גבוהה מבחינת התעשיות הרלוונטיות, אך יש בה כדי למנוע מוות של אלף אנשים בשנה, עשויה לעבור בהצלחה את מבחן היעילות ככל שיימצא שהעלות שלה קטנה מהתועלת (מניעת אובדן חיים) שהיא השיגה.

כפי שעולה מהדברים, גישת הערכת יעילות מחייבת לעיתים קרובות שימוש במודלים כלכליים ותמחרים (עלויות ותועלות) סטטיסטיים נתונים במחלוקת שבאמצעותם מבוצעת כימות של ההשפעה של הרגולציה.<sup>129</sup> גישה זו מניחה שגם אם יש לרגולציה מטרה ציבורית שמוצגת כראויה, העלויות הכרוכות בהשגת המטרה עלולות להיות כאלה שאינן ניתנות להצדקה במונחים כלכליים. גישת הערכה זו מוצגת לעיתים קרובות ככזו הפועלת לפי מודל מדעי. אולם, ברור שיש בצורת הערכה זו שימוש בהנחות שיש קושי לבסס אותן מדעית והן מגלמות תפיסה ערכית מובהקת כמו מהו הערך של חיי אדם או הערך לקיצור תוחלת חייו.<sup>130</sup> הערכה בדיעבד המבוססת על גישה של יעילות יכולה לכלול התייחסות לכמה רכיבי עלות, המחושבים באמצעות מתודולוגיות שונות.<sup>131</sup> רכיב עלות אחד הוא עלויות הציות לרגולציה (compliance costs). אלה הן העלויות אשר הכפופים לחוק נדרשים להוציא על מנת לעמוד בדרישות שמציבה הרגולציה. רכיב שני הוא בחינת העלות האלטרנטיבית (opportunity costs). אלה הן עלויות שהיו יכולות להיות אם הייתה נבחרת חלופה אחרת של מדיניות או שהיה נעשה שימוש אחר בתקציבים שעמדו לרשות הרגולטורים.<sup>132</sup> זוהי השוואה בין עלות חלופת המדיניות שנבחרה והתגבשה לרגולציה לבין חלופות אפשריות אחרות שהיה ניתן לבחור בהן. רכיב שלישי הוא בחינת עלויות נוספות כגון עלויות עקיפות (למשל השפעות חיצוניות שליליות). מדובר בעלויות שאינן מוטלות ישירות על הכפופים לחוק ועשויות "להתגלגל" לכתפי גורמים שלישיים.<sup>133</sup> למשל, כאשר רגולציה מחייבת רישיון עסק למתן שירות, הירידה בתחרותיות במתן השירות והעלייה במחירי השירות כתוצאה מכך יכולות להיחשב כעלויות עקיפות.

נוסף על בחינת העלויות, מבוצעת גם בחינת תועלות. התועלת נמדדת במונחים של ביטוי שוקי ישיר או עקיף ביחס לקבוצה מסוימת או לציבור הרחב. למשל, בחינת רגולציה של תוכניות בריאות במונחים של שיפור בבריאות של אנשים (שווי הארכת תוחלת חיים) או בחינת

Kenneth J. Arrow et al., *Is There a Role for Benefit-Cost Analysis in Environmental, Health, and Safety Regulation?*, 272 SCIENCE 221-222 (1996).

Harrington, *לעיל ה"ש* 128.

Randall Lutter, *Regulatory Policy: What Role for Retrospective Analysis and Review?*, 4 BENEFIT-COST ANALYSIS J. 1, 17 (2013).

Michael Greenstone, *Effective Regulation through Credible Cost-Benefit Analysis: The Opportunity Costs of Superfund*, in EDWARD J. BALLEISEN & DAVID A. MOSS, GOVERNMENT AND MARKETS: TOWARD A NEW THEORY OF REGULATION 52, (2009).

Arrow, *לעיל ה"ש* 129.

התועלת של רגולציה של בטיחות בעבודה במונחים של הקטנת תאונות במקום העבודה ומניעת אובדן ימי עבודה הן בחינה ישירה.<sup>134</sup> מדדים של שווי ימי עבודה או שווי הארכת תוחלת חיים נעשים באמצעות ייחוס ערך שוקי לחיי אדם או לתוחלת חיים באופן סטטיסטי ובדרך של אומדן. בחינת התועלת שברגולציה שתפחית את זיהום האוויר והמים באתר פסולת באמצעות בחינת ההשפעה של צמצום הזיהום על מחירי הבתים הסמוכים לאתר הפסולת היא בחינה באמצעות ייחוס שווי שוק עקיף (אין בוחנים את השווי של מניעת הזיהום באופן ישיר).<sup>135</sup>

בחינת התועלות (והעלויות) יכולה להתמקד באוכלוסייה מסוימת ובאופן שבו התועלות מפוזרות בין אוכלוסיות שונות. למשל, ניתן לבחון תועלת של רגולציה לתפקוד של עסקים קטנים<sup>136</sup> או האופן שבו רגולציה מועילה לאוכלוסיות מיוחדות. ניתן לבחון את חלוקת התועלות של הרגולציה בין אוכלוסיות בסיכון לעומת אוכלוסיות "רגילות", אוכלוסיות בעלות מאפיינים מסוימים (מגדר או גזע מסוים למשל) או בין אזורים גאוגרפיים (מרכז מול פריפריה למשל).<sup>137</sup> ישנן אוכלוסיות מוחלשות יחסית, שהתועלת של רגולציה מגינה כלפיהן עשויה להיות גבוהה יותר בשל מצבן החלש מלכתחילה והקושי שלהן להגן על עצמן. זאת, על פי העיקרון של תועלת שולית עולה ביחס לאוכלוסייה ענייה בהשוואה לתועלת שולית פוחתת ביחס לאוכלוסייה חזקה. מובן, כי הערכות יעילות רבות המבוצעות אינן מתחשבות בשיקולים חלוקתיים, ובכך מבצעות חישוב חסר של השפעת העלויות והתועלות.

הנסיבות שבהן נעשה שימוש בגישה של עלות-תועלת בבחינת בדיעבד הן מגוונות. בארצות הברית השימוש בגישה זו מפותח ביותר. לעיתים קרובות מיושמת גישה זו בתוכניות עבודה להפחתת הנטל הרגולטורי וצמצום היקף הרגולציה ומורכבותה. נטען שבשנות התשעים בארצות הברית היישום של גישת היעילות הביא להפחתה בדרישות הבירוקרטיה ופישוט הליכים בירוקרטיים. נטען גם שעומס הרגולציה (מבחינת היקף החקיקה הפדרלית) פחת. אומנם ההיקף הכתוב של הרגולציה הוא מדד טכני, אך היו שטענו שהפחתת ההיקף מעידה על הפחתת הנטל הרגולטורי.<sup>138</sup>

ישנם כמה קשיים העומדים בדרכם של רגולטורים ליישם הערכה בדיעבד המתבססת על בחינת יעילות. פעמים רבות אין נגישות מספקת לנתונים הנדרשים לביצוע הניתוח בשיטתיות, שכן נתונים אלה עלולים לחייב איסוף כמות גדולה של מידע וניתוח מקדים.<sup>139</sup> לבעיה זו נלווה המחסור בזמן ובמשאבים והמומחיות הנדרשת של הרשויות הרגולטוריות. קיים גם קושי הנובע מכך שלעיתים דברי חקיקה שונים משפיעים על תחום מסוים באופן שמקשה לאמוד את התועלת של רגולציה ספציפית.<sup>140</sup> הדבר דורש בחינה של כמה רגולציות במקביל. הביקורת

134 ש.ם.

135 Greenstone, לעיל ה"ש 132.

136 ס' 610 ל-RFA, לעיל ה"ש 40.

137 Greenstone, לעיל ה"ש 132.

138 Lutter, לעיל ה"ש 131.

139 ש.ם.

140 Harrington, לעיל ה"ש 128.

שמושמת על הגישה נובעת מכך שהיא מעניקה יתרון להערכת עלויות שיש להן שווי שוקי ישיר ונוטה להערכת חסר לעלויות (או תועלות) שאין להן שווי שוקי ישיר.<sup>141</sup> במילים אחרות, גישה זו מתקשה לתת ביטוי הולם לערכים שקשה לאמוד אותם במודל כלכלי טהור כגון צדק חלוקתי, שוויון וזכויות אדם, או פגיעה במגוון המינים ועוד. כמו כן, גישה זו נשענת על "הנחות" סטטיסטיות על שווי חיי אדם ובכך עושה רדוקציה כלכלית לערכים (חיי אדם או בריאות) שיש רבים שאינם מוכנים להסכים שניתן להקריבם תמורת סכום, גדול ככל שיהיה. גישה זו גם אינה מדעית או ניטרלית מבחינה מוסרית כפי שנוטים להציגה, שכן ייחוס שווים כספיים לערכים כמו חיים או בריאות וחירות האדם, או עושר ומגוון המינים הביולוגי, מחייב התבססות על תשתית ערכית מסוימת, ואינו ניטרלי מבחינה מוסרית.

### 3. הערכת מועילות (אפקטיביות)

הערכת מועילות מבקשת לתת מענה על השאלה האם הרגולציה השיגה את יעדיה והאם יישומה הביא לתוצאות הרצויות בעת אימוצה.<sup>142</sup> הערכת מועילות בוחנת בדיעבד באיזו מידה הרגולציה פועלת כפי שמקבלי ההחלטות העריכו ובאיזו מידה התוצאות שהתקבלו הן אלה שכוונו אליהן.<sup>143</sup> בחינה זו מכונה לעיתים גם התאמה למטרה (fit for purpose). אף יותר משיטות הערכה אחרות, הערכת אפקטיביות נועדה לקדם שיפור ותיקון הרגולציה כך שתוביל להגשמה טובה יותר של הכוונות העומדות ביסודה, תוך מניעת בירוקרטיה עודפת וביטול רגולציה מיותרת שאינה פועלת.<sup>144</sup> הגישה למעשה בודקת עד כמה הרגולציה עדיין משרתת את האינטרס הציבורי.<sup>145</sup>

הגישה של בחינת מועילות היא גישה מעורבת המאפשרת שילוב בין כמה תפיסות ומתודולוגיות שונות. היא נשענת על תפיסת מדיניות מלמעלה למטה. תוצאות של הרגולציה נבחנות ביחס ליעדים שהוצבו בראשית הדרך על ידי מעצבי הרגולציה, ככל שהוצבו באופן ברור. אם לא הוגדרו מטרות ברורות, נדרשים הרגולטורים להגדירן בדיעבד.<sup>146</sup> הגישה גם בוחנת אם בעיית המדיניות כפי שהוגדרה מלכתחילה נפתרה.

מועילות יכולה להיבחן בדרכים כמותניות או איכותניות. בחינה כמותנית תחייב איסוף נתונים על התוצאה וכן איסוף נתונים נוספים (משתנים מתערבים או מתווכים). למשל, אם מטרת הרגולציה הנבחנת היא הפחתת מספר התאונות שבהן מעורבים קורקינטים, הבחינה תחייב איסוף נתונים הנוגעים לתוצאה (מספר הנפגעים בתאונות קורקינט במדרכות על פני תקופה מאז נכנסה לתוקף הרגולציה) וכן נתונים נוספים (כמות המשתמשים בקורקינטים,

Winston Harrington, Richard D. Morgenstern & Peter Nelson, *On the Accuracy of* 141  
*Regulatory Cost Estimates*, 19 POL'Y. ANALYSIS MGMT. J. 297, (2000)

De Vrieze, לעיל ה"ש 37. 142

OECD GG 2021, לעיל ה"ש 66. 143

Griglio, לעיל ה"ש 36. 144

OECD GG 2021, לעיל ה"ש 66. 145

אור קרסין "יישום אפקטיבי של מדיניות סביבתית: עידוד הציות ויעול האכיפה" מכון ירושלים  
לחקר ישראל: המרכז למדיניות סביבתית 39, 15, 16 (התק"ט). 146

מכירות הקורקינטים וגיל המשתמשים). מגוון הנתונים יוכנסו למודל הבוחן את הקשר ההסתברותי (קורלציה) בין הרגולציה הנבחנת (המחייבת רישום קורקינטים ואוסרת על שימוש בהם עד גיל מסוים) לבין התוצאה. בחינה איכותנית לעומת זאת תוכל להסתמך גם היא על איסוף נתונים, אך הניתוח יתבצע ללא מידול ותוך שימוש בכלים נוספים, כגון ראיונות השוואת הרגולציה למקובל בעולם, השפעה על אוכלוסיות שונות ועמדת מושאי הרגולציה כלפיה.

בחינת מועילות עשויה להתבסס על בחינה מולטי־קריטריונית (multi criteria analysis).<sup>147</sup> בחינה מולטי־קריטריונית יכולה להשתמש בקריטריון מוביל אחד או יותר לבחינה. למשל, האם הרגולציה מקדמת תחרותיות, מסייעת לעסקים קטנים, מקדמת חדשנות או יש לה תוצאות הוגנות ושוויוניות. כל אחד מהקריטריונים הללו יחייב בדיקה ואיסוף נתונים שונים, כאשר אפשר לבחון גם את כולם במקביל ולהסיק מסקנות לגבי השגת הקריטריונים יחד (בשקלול שייקבע) או לחוד.

בחינת מועילות שמה דגש על כשלי יישום ותוצאות בלתי מכוונות. תוצאות שאינן מכוונות עשויות לנבוע מגורמים שונים, ובין השאר שינויים טכנולוגיים שלא נצפו מראש, נסיבות כלכליות וחברתיות שהשתנו ואינטראקציה בין רגולציות שונות שיצרה השפעה בלתי רצויה. בחינת אפקטיביות יכולה גם לבחון האם נעשה שימוש בכלי הרגולטורי המינימלי תוך הימנעות מנטל עודף בגדר less but better.<sup>148</sup> המשמעות היא בחינת שימוש באמצעי המינימלי הנדרש לצורך השגת המטרות שהוצבו על ידי מקבלי ההחלטות. כלומר, נבחן אם הרגולציה נתפרה במידה הצרה ביותר הנדרשת לצורך הגשמת היעדים.

שימוש בהערכת מועילות בדיעבד הוא אפשרי כאשר מטרות הרגולציה נקבעו מראש באופן מדיד וכאשר נאספים נתונים על היישום מרגע החלת הרגולציה. כאשר המטרות לא נקבעו מראש או כאשר אין איסוף נתונים על היישום, קשה מאוד לקיים הערכת אפקטיביות בעלת משמעות. לכן, ראינו כי ההנחיה באנגלייה היא להתחיל לאסוף נתונים על אודות הרגולציה מיד עם החלתה. הערכת אפקטיביות, ובמיוחד הערכת אפקטיביות במתודולוגיה כמותית, מחייבת איסוף נתונים על פני רצף זמן ויישום מיומנויות סטטיסטיות, המחייבות תשתית ומשאבים מספקים אצל הרגולטור. מובן שזמינות זו אינה נתונה בכל מצב.

יש לציין כי קיימים תחומים שבהם עלול להתעורר קושי לבצע בדיקת אפקטיביות לנוכח קיומם של גורמים רבים המשפיעים על התוצאות הנמדדות, באופן שמקשה לבודד את ההשפעה של תוכנית הרגולציה עצמה. הדבר אופייני במיוחד לסוגים מסוימים של רגולציה. כך למשל קושי כזה עשוי להתעורר ברגולציה הנוגעת להסדרת תחומים כמו שוק ההון, יוקר מחיה, בריאות או תקשורת. לדוגמה, ברפורמה שנועדה להגדיל תחרות או להסדיר כשל שוק של ריכוזיות המוביל לעליית מחירים, בחינה בדיעבד שמבקשת לבחון את מידת ההשפעה של הרגולציה עצמה נדרשת לבודד את ההשפעה של משתנים אחרים. לרוב בחינה כזו דורשת מחקר אקונומטרי שמבודד השפעה של משתנים שאינם קשורים בתוכנית האסדרה שעשויים

Bruno E. Carvalho & R.C. Marques & O.C. Netto, *Regulatory Impact Assessment (RIA): an Ex-Post Analysis of Water Services by the Legal Review in Portugal*, 32 EUR. WATER RESOURCES ASSOCIATION. INT'L. J. 675, (2018).

148 Griglio, לעיל ה"ש 36.

להשפיע על המחירים. מחקר מסוג זה עשוי לקחת זמן ממושך ולהיות כרוך במשאבים משמעותיים.

לצד הקשיים ביישומה, הערכת מועילות מספקת נקודת מבט מערכתית ומאפשרת לסגור את מחזור החיים הרגולטורי. ההערכה בדיעבד מאפשרת לבחון הנחות יסוד והשערות שהיוו חלק מה-RIA, ואם אלה התממשו ובאיזו מידה. לכן, לעיתים קרובות הערכת מועילות מתבססת, כנקודת מוצא, על הערכת הרגולציה מלכתחילה שקדמה לה. כאשר מבצעים אותה כהלכה ניתן להסיק ממנה תובנות שיאפשרו לשפר את תהליכי הערכת הרגולציה מלכתחילה.

#### 4. הערכה השתתפותית (דמוקרטית)

הערכת רגולציה העושה שימוש בכלים השתתפותיים משלבת לעיתים קרובות את הגישות הקודמות שנסקרו ומתקיימת במקביל אליהן או במשולב איתן. הערכה השתתפותית בדיעבד עושה שימוש בדרכים שונות בתובנות של הכפופים לחוק, בעלי עניין והציבור הרחב ביחס להיבטים שונים של עיצוב הרגולציה ויישומה. ניתן לטעון שהכלים ההשתתפותיים התפתחו לאורה של ההתעצמות של המדינה הרגולטורית, המעניקה סמכויות רבות לביצוע חקיקת משנה לרגולטורים עצמאיים שלא נבחרו ובשל כך סובלים "מגירעון דמוקרטי".<sup>149</sup> על מנת לחזק את הלגיטימציה של המדיניות הרגולטורית, שרובה כאמור אינה נקבעת על ידי גופים נבחרים, התפתחו מנגנונים שונים המאפשרים לשקף את עמדות הציבור הרחב וקבוצות אינטרס בהערכת האופן שבו רגולציה מעוצבת, מיושמת ונאכפת.<sup>150</sup> השתתפות בהליכי הערכה בדיעבד מאפשרת שיקוף של עמדות של בעלי עניין ושיפור של התגובתיות (responsiveness) של מקבלי ההחלטות והממשל.<sup>151</sup> גישה זו מתיישבת גם עם תאוריות של יישום מדיניות מלמטה למעלה, המייחסות השפעה רבה ל"לקוחות" של הרגולציה ולבעלי עניין אחרים ביישום של מדיניות רגולטורית.

ישנם מגוון גורמים שאותם ניתן לשתף בתהליכי ההערכה ברמות ובהיבטים שונים. באופן טבעי מושאי הרגולציה, קרי, הכפופים לחוק, הם גורמים שעומדים על לבחון את עומס הנטל הרגולטורי, את מידת נכונותם לציית או לשתף פעולה עם הרגולציה או שביעות רצונם משיירות כלשהו (למשל הענקת רישיון). שיתוף מסוג זה מזכה את הרגולטורים בתובנות של הכפופים לחוק, שהם תמיד בעלי אינטרס מובהק כזה או אחר ומעוניינים בנסיבות מסוימות בהפחתת הרגולציה או ביטולה (כאשר היא מטילה עליהם נטלים ועומסים בירוקרטיים) או דווקא בחיזוקה (למשל בנסיבות שהיא מספקת להם הגנה מפני תחרות).

ניתן גם לשתף שחקנים נוספים, שאינם מושאי הרגולציה הישירים, למשל הציבור הרחב, כאשר רגולציה מוטלת רק על חלקים קטנים מתוך הציבור. תובנות של הציבור הרחב ישקפו

Giandomenico Majone, *From Regulatory State to a Democratic Default*, 52 COMMON MKT. 149 (2014).STUD. J. 1216

Mercy B. DeMenno, *Technocracy, Democracy, and Public Policy: An Evaluation of Public Participation in Retrospective Regulatory Review*, 13 REGUL. & GOVERNANCE 362, (2019)

שם. 151

עמדה פלורליסטית יותר ומנותקת יותר מאינטרסים אישיים ויכולות לסייע להעריך האם הרגולציה אכן מסייעת במקסום הרווחה החברתית.

בחלק מתהליכי השיתוף ניתן לשלב הערכת עמיתים או מומחים מקצועיים, אשר יכולים לספק נקודת מבט ביקורתית ומקצועית על תהליכי היישום והאכיפה. דרישה להתייעצות עם אנשי מקצוע, אנשי אקדמיה ומומחים בתחום מבטיחה שההערכה תטמיע את הידוע בחזית המחקר ואת הראיות והידע המדעי הקיימים לגבי מדיניות מהסוג העומד לבחינה.<sup>152</sup> הדבר יכול לסייע בביסוס הערכת הרגולציה על עובדות ונתונים, במקום שימת דגש על עמדות פוליטיות ואינטרסים כלכליים.<sup>153</sup>

סוג כזה של הערכה השתתפותית מתקיים כיום לעיתים במסגרת משרד מבקר המדינה. בעת שמבקר המדינה בוחן פעולות של הממשל ומכין דו"ח ביקורת, נערכים לעיתים שולחן עגול או ראיונות וסקרים שבהם משתתפים בעלי עניין שונים ונציגי ארגוני חברה אזרחית הנוגעים לנושא. אלה מביעים עמדות בנוגע לפעולות של משרדי הממשלה והרשויות בתחום המבוקר. כך למשל משרד מבקר המדינה קיים הליך לשיתוף ציבור לעניין דו"ח שגובש בנושא טיפול בקשישים סיעודיים.<sup>154</sup> שיתוף הציבור נעשה באמצעות ראיונות וקבוצות מיקוד. השתתפו בתהליך הן אנשים מקרב הציבור הרחב והן מומחים ואנשי אקדמיה. הליך השיתוף המובנה כלל בניית תוכנית שיתוף פרטנית בהליך ההערכה, ביצוע סקר מקוון, מפגש עם קבוצות מיקוד של קהל הקצה, מפגשים עם מומחים וכן ראיונות עומק. הליך שיתוף הציבור בהערכת המדיניות בדיעבד נועד להשמיע את קולם של לקוחות הרגולציה שהם הקשישים הסיעודיים ובני משפחותיהם ובנוסף מומחים בתחום. הליכי שיתוף ציבור במסגרת הערכת מדיניות בוחנים לעיתים גם את מידת הציות ושיתוף הפעולה של הלקוחות עם הרגולציה. כך למשל נעשה שיתוף ציבור בהערכת מדיניות של ביצוע חיסונים נגד וירוס הפפילומה בשנת 2015, כאשר נבחנו עמדות הציבור במסגרת סקרים וראיונות שנעשו בקרב משפחות וכן מנהלי בתי ספר.<sup>155</sup>

יתרונות הגישה ההשתתפותית טמונים בעובדה שמושאי הרגולציה הם במקרים רבים בעלי ידיעות מיוחדות על האופן שבו הרגולציה פועלת למעשה וחשופים מקרוב לדרכי השפעתה. במילים אחרות, הערכה השתתפותית יכולה לגשר על האסימטריה במידע הקיימת בין הרגולטורים לבין מושאי הרגולציה.<sup>156</sup> שיתוף של מושאי הרגולציה את הרגולטורים בתוכנות המתגבשות בחשיפה מקרוב לרגולציה יכול לסייע באופן ממשי לרגולטורים לשפר את הרגולציה, להקטין נטלים לא נדרשים ולהבחין במקרים שבהם לרגולציה השפעות בלתי מכוונות או שהיא נעדרת אפקטיביות בשל היווצרות חורים ברשת הכיסוי (loop holes)

152 Jasanoff, לעיל ה"ש 116.

153 ש.ם.

154 "תוכנית מבקר המדינה: שיתוף הציבור בנושא קשישים סיעודיים" שיתופים: בית לקולקטיב אימפקט [bit.ly/3R0OMwo](http://bit.ly/3R0OMwo).

155 "תוכנית: שיתוף הציבור בנושא חיסון נגד נגיף הפפילומה" שיתופים: בית לקולקטיב אימפקט [bit.ly/44w1xSI](http://bit.ly/44w1xSI).

156 Nabaz Nawzad Abdulla & Mohd Abdul Rahman, *The Use of Deliberative Democracy in Public Policy Making Process*, 5 PUB. POL'Y. & ADMIN. RSCH. J. 221, (2015)



הרגולטורית. יתרון נוסף קשור לעובדה שתהליכי שיתוף עשויים לחזק את הלגיטימציה הדרושה לרגולטורים ולהפחית את החשש לחסר דמוקרטי. יש בכוחם של תהליכים אלה לשפר את התקשורת עם מושאי הרגולציה ולהקטין את הנתק שעלול להיווצר בין הרגולטורים לכפופים לחוק.<sup>157</sup> חסרונות הגישה ההשתתפותית טמונים, כפי שכבר ציינו, בהיעדר האובייקטיביות של עמדות מושאי הרגולציה, בהטיות ובאינטרסים השונים המנחים את מרבית בעלי העניין. שיטה זו, אם אינה מבוצעת כיאות, עלולה להגביר את החשש לשבי של מבצעי ההערכה תוך השפעת יתר של בעלי אינטרסים חזקים והשתקת קולם של הציבור הרחב או קבוצות בלתי מאורגנות. לפיכך, עיצוב תהליכי הערכה בדיעבד השתתפותיים חייב להביא בחשבון שיקולים אלה ולקבוע אמות מידע מהירות ושקופות לקביעת זהות המשתתפים, משך הזמן המוקדש להיוועצות עימם והליך השיתוף עצמו, על מנת לא להעניק יתרון בלתי הוגן לקבוצה מסוימת. כמו כן, גישה זו אינה יכולה לעמוד בפני עצמה או להחליף הערכות אחרות המבוססות על נתונים בלתי תלויים. בשל מגבלותיה הרבות היא יכולה לכל היותר להוות נדבך נוסף בהערכת רגולציה כוללת.

### ה. קווי מתאר לביצוע הערכה רגולציה בדיעבד בישראל

המודל הרגולטורי המוצע הוא מודל משולב, מרובד וכולל רכיבים מהגישות השונות שנסקרו בחלק הקודם של מאמר זה. המודל מערב גופים שונים בביצוע ההערכה ומתייחס למועד ביצוע ההערכה, לסוג הרגולציה שצריכה לעבור הערכה ומעל לכל לסוג ההערכה שיש לבצע בכל מקרה ומקרה. המודל מתבסס על הפרשנות שהוצגה לדרישות חוק האסדרה לעיל (חלק 2) ומבקש לתת מענה לאותם היבטים שזוהו ככאלה שיש לגביהם חוסר בהירות. בכך מבקש המודל המוצע, על יסוד החקיקה, מתוך התחשבות בתכליתה ובהתבסס על ההשוואה הבינ-לאומית שביצענו, למלא את החוסרים וההיבטים העמומים בחוק האסדרה. בכוונתנו להציג מודל קוהרנטי (ראו תרשים 1) שיהיה בכוחו לסייע לרשות האסדרה ולרגולטורים לאמץ תהליכי הערכה סדורים, שקופים וודאיים. אנו סבורות שאימוץ מודל שכזה להערכת רגולציה בדיעבד הוא חיוני להשלמת מחזור החיים של המדיניות הרגולטורית ועל מנת לממש את שאיפת המחוקק להביא לשיפור ממשי באיכות הרגולציה בישראל.

בשלב הראשון, מוצע כי כלל הרגולציה (גם כזו שגובשה בחקיקה ראשית), חדשה או קיימת (על פי הגדרות החוק), תיבחן במשקפיים של הערכה בדיעבד פרוצדורלית פוסט-חקיקתית. לגבי רגולציה חדשה, שלב זה יתבצע על ידי הרגולטור כעבור עשר שנים או חמש שנים (במקרה של רגולציה בעלת השפעה משקית), על פי דרישות החוק. במקרה של רגולציה קיימת, רשות האסדרה תבצע את הבחינה על פי תוכנית עבודה שתביא לכיסוי כלל צבר הרגולציה תוך עשר שנים. בחינת רגולציה מההיבט הפוסט-חקיקתי יכול שתחזור על עצמה כל עשר שנים לאורך חיי הרגולציה כדי לבדוק את מידת הרלוונטיות והעדכניות שלה. בהקשר זה

157 Majone, לעיל ה"ש 149.



ייבחן האם הבעיה הציבורית שעומדת ברקע קביעת הרגולציה עדיין שרירה וקיימת והאם כלי המדיניות שנעשה בהם שימוש רלוונטיים לאור המציאות שהשתנתה. יש היגיון לעשות שימוש בהערכה פרוצדורלית פוסט-חקיקתית ביחס לכל סוגי הרגולציה, חדשה וישנה כאחד, היות שצורת ההערכה זו היא הפחות אינטנסיבית מבחינת המאמץ והמשאבים הנדרשים. כפי שראינו, אין זה סביר שרגולציה חדשה שעברה ממילא הערכה מלכתחילה (RIA) תיבחן תמיד ולאחר תקופה לא ארוכה בבחינת מועילות, ואילו צבר הרגולציה הקיים לא ייבחן כלל או ימתין שנים רבות ביותר לבחינה. לכן, ההצעה לקיים בחינה של צבר הרגולציה הקיים במשקפים פרוצדורליות תסייע "לנקות" את מכלול הרגולציה הקיימת מחקיקה ראשית שלא זכתה לתקנות שיישמו אותה, מכללים שאינם נאכפים משום שאין גופי אכיפה המסוגלים לאכוף אותם או מתקנות והנחיות שהתיישנו ואינן עומדות בסטנדרטים בין-לאומיים מקובלים או שאינן תואמות לתנאים חדשים שהתפתחו. הערכה פרוצדורלית, גם אם לא תביא לביטול הרגולציה, יכולה להאיץ תהליכים לעדכונה או ליצירת המנגנונים הנדרשים ליישומה.

בשלב השני, אנו מציעות לעשות שימוש בהערכה השתתפותית (דמוקרטית) שתבוצע על ידי רשות האסדרה, כחלק מתהליך גיבוש תוכנית העבודה השנתית שלה להערכת רגולציה. סעיף 26(ג)(1) לחוק האסדרה קובע בראש רשימת השיקולים לעיצוב תוכנית העבודה לבחינת צבר הרגולציה הקיים – כי זו תתבסס על "מידע שעלה משיתוף הציבור". לפיכך, מוצע כי תפותח פלטפורמה אחודה, נגישה ודיגיטלית לביצוע הערכה השתתפותית. זו תאפשר לציבור הרחב ולקבוצות בעלי עניין להעיר באופן שוטף ומתמשך על רגולציה קיימת ולהביא לידיעת רגולטורים ורשות האסדרה ליקויים ביישום ובאכיפה, בירוקרטיה עודפת ומסורבלת וסתירה או חפיפה בין דרישות רגולטוריות שונות. המידע שיתווסף באמצעות פלטפורמה זו צריך להיות מנותח תדיר ולהיות מועבר הן לרשות הרגולטורית הרלוונטית והן לרשות האסדרה. במקרים שבהם המידע הנאסף באמצעות הפלטפורמה מעלה תלונות רבות על רגולציה כלשהי, ניתן להוסיף ולבחון את הרגולציה באמצעות סקרים ממוקדים המופנים אל הכפופים לחוק או אל ציבורים מושפעים. זאת, על מנת לטייב ולהרחיב את המידע המצוי בידי הרגולטור לצורכי הערכה.

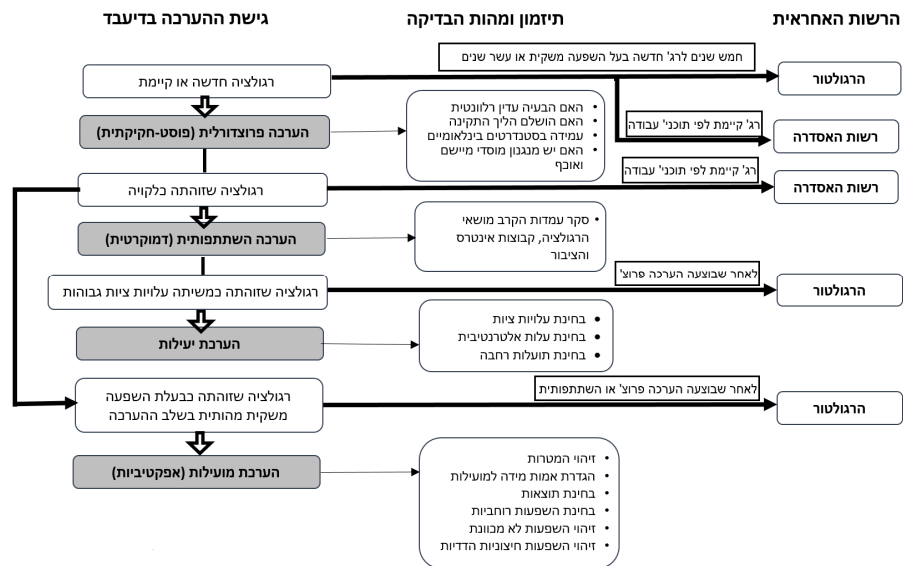
רגולציה שזוהתה כמשיתה עלויות ציות גבוהות בהערכה השתתפותית (בהתאם לשיקול המתווה בסעיף 26(ג)(6) לחוק האסדרה) תועבר לרגולטור המקצועי הנוגע בדבר לביצוע הערכת יעילות. במסגרת זו ייבחנו כלל עלויות הציות לרגולציה כולל עלויות אכיפתה. לצד זאת תיבחן תועלת הרגולציה במובן הרחב. לאחר מכן ייערך חשבון עלות-תועלת וייבדק האם הרגולציה מגלמת עודף יחסי עלות-תועלת חיוביים. בשלב זה ובמקרים מתאימים, בהם עלה מתוך הערכה השתתפותית צורך, ניתן לבחון נטל רגולטורי עודף של דבר הרגולציה. כך ייתכן שדבר רגולציה מסוים כולל עלויות והוצאות שניתן לצמצם על ידי טיוב הרגולציה והפחתת עלויות מיותרות שאינן מועילות. במסגרת זו תיבחן העלות האלטרנטיבית כך שייבחנו חלופות אפשריות למדיניות וייבדקו העלות והתועלת של החלופות אל מול העלות והתועלת הקיימות. רגולציה אשר בשלב של הערכה פרוצדורלית פוסט-חקיקתית או בשלב של הערכה השתתפותית זוהתה כבעלת השפעה משקית מהותית ביותר, תועבר על ידי הרגולטור או על ידי

רשות האסדרה לבחינת מועילות שתבוצע על ידי הרגולטור המקצועי. נוסף על ההגדרה הקיימת בחוק האסדרה ל"רגולציה בעלת השפעה משקית"<sup>158</sup> אנו מציעות שהקביעה באשר לקיומה של השפעה מהותית ביותר תתחשב בכמה שיקולים שאינם נוגעים רק לעלויות הציות. ישנם כמה תבחינים שמצדיקים לדעתנו העברת רגולציה להערכת מועילות שהיא בחינה מורכבת ויקרה. אלה הם: רגולציה של בעיות סבוכות רב-קודקודיות, רגולציה של בעיות דינמיות, רגולציה שחלף זמן רב מאז שעודכנה, רגולציה בתחום שבו יש התפתחויות טכנולוגיות תכופות ורגולציות בעלות השפעה מהותית ורוחבית על סוגיות ליבה. רגולציות שיש להן השפעה על סוגיות ליבה עשויות להיות כאלה שנוגעות לנושאים שבמחלוקת ציבורית, למשל רגולציה שנוגעת לקנבסיס או הימורים. סוגיות ליבה עשויות להיות גם כאלה שיש להן נגיעה לנושאים שבגדר פרורוגטיבה מדינתית או להספקת שירותים חיוניים, למשל רגולציה הנוגעת לסוגיות של בטי סוהר וכליאה או ביטחון ובריאות – לדוגמה רגולציה הנוגעת לחיסונים או ציוד רפואי למצבים אקוטיים.

רגולציה שעוסקת בבעיות סבוכות או בעיות רב-קודקודיות כורכת לרוב כמה תחומי מדיניות ונושאים שונים שיש להם השפעה על מגוון תחומי חיים. בעיות סבוכות מסוג זה כוללות לרוב כמה דברי רגולציה שמסדירים יחד תחום מסוים, ובמקרים כאלה החשש לחפיפה או סתירה בין רגולציות גובר מאוד. סוג שני של רגולציה שעשוי להיחשב מהותי, וככזה יצדיק הערכת מועילות, הוא רגולציה המטפלת בבעיות מדיניות דינמיות. זוהי רגולציה שהסביבה שבה היא מיושמת נמצאת בשינוי תדיר, ומסיבות אלה ייתכן מאוד שהיא תתיישן במהירות ותהפוך לבלתי רלוונטית. מצבים כאלה עשויים להתעורר במקרים של אסדרת טכנולוגיות מתקדמות שהן בעלות השפעה חברתית מהותית. לבסוף, רגולציה המשפיעה באופן מהותי ורוחבי על סוגיות ליבה גם היא רגולציה שעונה על הקריטריון המהותי ביותר המצדיק הערכת אפקטיביות. סוגיות כאלה עשויות להיות סוגיות כלכליות (כגון יציבות כלכלית), ביטחוניות (כגון שמירה על השלום או הביטחון של כלל הציבור), חברתיות (כגון שוויון חברתי) או סביבתיות (כגון זיהום מסכן חיים או ההתחממות הגלובלית). ברור הוא שבחינת קיומם של כל אחד מהקריטריונים הללו מותירה מקום רב לשיקול דעת. לפיכך, קריטריונים אלה מותירים מרחב לממשלה (כפי שמורה חוק האסדרה) וגם לכנסת להיות מעורבות בקביעת סדרי עדיפויות לביצוע בחינת מועילות בדיעבד של רגולציה וצורת הערכה.

158 ס' 2 לחוק האסדרה קובע כי רגולציה בעלת השפעה משקית היא רגולציה שמתקיים לגביה אחד התנאים הבאים: "(1) הרשות קבעה כי חלק העלויות הישירות מתוך עלות הציות הנובע ממנה עולה על מאה מיליון שקלים חדשים בשנה, או על סכום חד פעמי כאמור, או על סכום אחר שקבע ראש הממשלה בצו ושלא יפחת ממאה מיליון שקלים חדשים; (2) היא קובעת חובה לקבלת אישור אסדרתי, שלא נדרש קודם לכן".

תרשים 1 : מודל להערכת רגולציה בדיעבד בישראל



1. סיכום

הערכת רגולציה בדיעבד היא חוליה חיונית במחזור החיים הרגולטורי. עם זאת, זוהי חוליה שעד לשנים האחרונות נדחקה לשולי העשייה הרגולטורית במרבית המדינות המתועשות. גם במדינות שבהן נעשו רפורמות להטמעת שימוש בהערכת רגולציה, מרבית תשומת הלב הופנתה להערכה מלכתחילה, והערכה בדיעבד זכתה למקום משני בלבד. בישראל, על אף הרטוריקה החלקית שנשמעה בהחלטות ממשלה שונות, הערכה בדיעבד כלל לא זכתה ליישום ואף לא להתייחסות משמעותית וזאת עד לחקיקת חוק האסדרה.

בשנים האחרונות, כמה מדינות, חלקן נסקרו במחקר זה, עיגנו בחקיקה חובת ביצוע הליך הערכה בדיעבד. לצד זאת, גיבשו תהליכי עבודה מרשימים ליישומה ביחס לצבר האסדרה הקיים. תהליכים אלה משקפים הטמעה של גישת הרגולציה החכמה אשר מתייחסת למחזור החיים הרגולטורי ולתהליכי הלמידה שנדרשים במדיניות הרגולטורית. במסגרת זו RIA, שהיא שלב מוקדם במחזור החיים, קשורה בקשר הדוק להערכה בדיעבד, שהיא שלב מתקדם במחזור החיים. קשר זה נוצר באמצעות הגדרה מלכתחילה של המטרות אשר לעומתן ניתן יהיה לבחון את הרגולציה בדיעבד ובחינה האם ההנחות שהונחו בהערכה מלכתחילה אכן התממשו כשהן נבדקות בדיעבד. מהיבט זה ההערכה בדיעבד היא קריטית לרציונליות של מדיניות רגולטורית. עם חקיקתו של חוק האסדרה בשנת 2021 עולה ביתר שאת השאלה הטמעתם של תהליכי הערכה בדיעבד בישראל. מחקר זה ביקש להציג את הגישות השונות הקיימות בהקשר זה. מתוך המחקר ההשוואתי שבוצע, זוהו ואופיינו ארבע גישות: גישת הערכה פרוצדורלית

(פוסט-חקיקתית), גישת יעילות (עלות-תועלת), גישת מועילות (אפקטיביות) וגישה השתתפותית (דמוקרטית). לכל אחת מהגישות הללו יש יתרונות וחסרונות ונסיבות שבהן מתאים יותר (או פחות) ליישמה.

הניתוח שבוצע במסגרת המחקר העלה שחוק האסדרה הותיר היבטים מהותיים של הערכה בדיעבד בלתי פתורים. לכן, מעבר לאפיון הגישות להערכה בדיעבד כפי שעלו מתוך המחקר ההשוואתי, ביקשנו במאמר זה לשרטט קווים לדמותו של מודל הערכה בדיעבד שניתן לאמץ בישראל. המודל שהוצע מתייחס לגישות השונות (מהות הבחינה), אך אינו מזניח היבטים יסודיים אחרים (מה ייבחן, על ידי מי ומתי), תוך שהוא מפנים את התנאים הקיימים בחוק האסדרה. אנו מקוות שהמודל שהוצע יתרום לשיפור היעילות ויבהיר את הצורך והמועילות של המדיניות הרגולטורית במגוון תחומים, יסייע בשיפור הרציונליות של תהליך ההערכה בדיעבד בישראל ויסייע לפוגג את העמימות הקיימת בחוק בהקשר זה.