

בקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה (RIA) – הצעה למודל יישומי עבור רשות האסדרה

נילי אבן-חן, אמיר זלאייט ורעות אושפיזאי*

בשנת 2021 הוחלט על הקמת רשות האסדרה בישראל, אשר אחת מתפקידיה המרכזיים הוא לבצע בקרה ולייעץ למאסדרים בממשלה על אודות תהליכי הערכת השפעות האסדרה. מאמר זה מבקש להציע מודל יישומי להפעלת סמכות זו. המודל המוצע במאמר, גובש על בסיס דיון במודלי בקרה המופעלים בארץ ובעולם: בארץ, נבחן מודל הבקרה שמפעילה עמותת רווח נקי, וכן נערכה בחינה אמפירית איכותנית של עמדות מובילי מדיניות אסדרה; בעולם, נבחנו מודלי בקרה באוסטרליה, בריטניה, הולנד ושוודיה. כמו כן, נערך דיון ביקורתי בסוגיית הביקורת השיפוטית על אסדרה, והשלכותיה של ביקורת אפשרית זו על מודל הבקרה הרצוי. המסקנות העולות מן המאמר הן כי על הרשות לאמץ מתודולוגיה מפורטת ושקופה, המחולקת לארבע קטגוריות איכות, אשר הולמת את היקף ההשפעה המשקית של האסדרה. כמו כן, עולה כי יש לעגן מסלול של היועצות מוקדמת עם הרשות, וכן לשים דגש על הכשרה טרם בקרה. בפרק הזמן שבין כתיבת טיוטת מאמר זה בשלהי 2022 ועד פרסומו, התקיימו דיונים רבים עם נציגי רשות האסדרה על ממצאי המאמר ועל התובנות העולות ממנו, ואף נשלחו טיוטות של המאמר לנציגי הרשות. ביום 10.1.2024 פרסמה רשות האסדרה את מודל הבקרה שעל בסיסו היא תגבש את חוות דעתה על שינויי אסדרה.¹ ניתן לראות כי היבטים רבים במודל שפורסם מבוססים על העקרונות שיוצגו במסגרת מאמר זה.

א. פתח דבר. ב. סמכות הבקרה של רשות האסדרה. 1. רקע – הקמת התשתית למדיניות אסדרה בישראל. 2. מודל הבקרה הקבוע בחוק. 3. שאלות המחקר. ג. מערך המחקר – מודלים של בקרה בארץ ובעולם. 1. עמותת רווח נקי. 2. רשויות אסדרה בעולם: בריטניה, אוסטרליה,

* **נילי אבן-חן**, עו"ד, מייסדת ומנכ"לית עמותת רווח נקי; **אמיר זלאייט**, עו"ד, מנהל תחום מדיניות אסדרה בעמותת רווח נקי; **רעות אושפיזאי**, רכזת רגולציה לשעבר בעמותת "רווח נקי" ובוגרת תואר ראשון בהצטיינות במשפטים ותקשורת, האוניברסיטה העברית. אנו מבקשים להודות לד"ר יובל רויטמן וד"ר יעל קריבטיילבאום על הערות ותובנות מאירות עיניים שסייעו רבות לעיצוב המאמר. כמו כן תודתנו שלוחה לעו"ד גיא מור על שיחות מלמדות, ולצוות עמותת רווח נקי על עבודה מסורה ומקצועית בגיבוש בסיס הנתונים והתובנות שעליהן מתבסס מאמר זה. תוכן המאמר על דעתנו בלבד.
¹ "מתודולוגיה וכללים להתייעצות" **רשות האסדרה** (21.1.2024) <https://did.li/aqkZH> (להלן: מסמך המתודולוגיה).

הולנד, שוודיה. ד. אופן הפעלת סמכות הבקרה – דיון ביקורתי והצגת המודל המוצע. 1. היוועצות מוקדמת על תהליכי הערכת השפעות אסדרה. 2. מתודולוגיה לבקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה. 3. זהות הגורם ברשות המבצע את הבקרה. 4. היקף הבקרה – פטורים וחריגים. 5. הכשרה לפני בקרה. 6. סיכום המודל המוצע. ה. פרסום תוצרי הבקרה בראי הביקורת השיפוטית. 1. תועלותיו ומגרעותיו של הפרסום. 2. נקודת המוצא: ביקורת שיפוטית על תוכן האסדרה, ולא על תהליך ה-RIA. 3. אסדרה שנקבעה בחקיקה ראשית. 4. אסדרה שנקבעה בחקיקת משנה. ו. סיכום. נספחים.

א. מבוא

במהלך שנת 2021, במסגרת העברת "חוק ההסדרים"², נפל דבר בישראל – האופן שבו צריכה להיקבע אסדרה נקבע לראשונה בחוק, כמו גם החלטה על הקמת רשות ייעודית שתבקר את התהליכים שמתבצעים על ידי מאסדרים. פרק זה בחוק התוכנית הכלכלית,³ שנקרא לימים "חוק עקרונות האסדרה"⁴, הוא תוצר של עבודה מקדימה במשרדי המשפטים, ראש הממשלה והאוצר,⁵ של פעילות נמרצת של חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט, ושל מעורבות ארגונית חברה אזרחית.⁶ החוק, אשר הליך חקיקתו לווה בדיונים מעמיקים,⁷ מציב עקרונות מנחים לקביעת אסדרה מיטבית, קובע את המסגרת החוקית לפעילותה של רשות האסדרה (להלן: הרשות) ומשרטט באופן כללי את הבקרה שאותה הרשות תבצע על תהליכי גיבוש אסדרה בממשלה. לצד העניינים שאותם מסדיר החוק, ובד

- 2 כינוי לחוקים שעוברים, באופן מסורתי, יחד עם חוק התקציב השנתי ומסדירים עניינים הקשורים בתקציב. ראו טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת הרווחה הישראלית" **משפט וממשל** יא 247, 252–255 (התשס"ח).
- 3 פרק ז' לחוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2021 ו-2022), התשפ"ב–2021; או חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021 (להלן: החוק).
- 4 ראו שם, ס' 16: "פרק זה יהיה 'חוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב–2021'".
- 5 ראו משרד המשפטים **דוח המלצות הצוות הבינ-משרדי לרגולציה חכמה – תוכנית לאומית למדיניות רגולציה ככלי לשיקום המשק ביציאה ממשבר הקורונה** (2021) (להלן: דוח המלצות הצוות הבינ-משרדי לרגולציה חכמה; או הדוח); וכן ראו יעל קריב-טיטלבוים, אמיר זלאייט ויובל זיגדון **חקיקת מסגרת לרגולציה: סקירה משווה** (2021).
- 6 ראו את רשימת ארגוני החברה האזרחית שהגישו ניירות עמדה בנספח א' לדוח, שם; ביניהם: רווח נקי, לובי 99, קרן ברל כצנלסון, המכון הישראלי לדמוקרטיה, פורום קהלת ועוד; כן ראו את נתוני עמותת רווח נקי ששימשו בסיס להמלצות החקיקה שם, בעמ' 32, והערות שוליים שמספרן 57, 208, 248, 273 ו-297 לדוח; להרחבה נוספת על אודות פעילות העמותה בנושא, ראו עמותת רווח נקי **דוח מסכם לשנת 2021** 68–70 (2022) <https://did.li/IgYIC> (להלן: דוח 2021).
- 7 בכפוף ללוח הזמנים הצפוף של חוקי ההסדרים. לביקורת על אודות הליכי חקיקת ההסדרים וחקיקת רפורמות משמעותיות במסגרתם כמו זו הנדונה ראו בג"ץ 10042/16 **קוטינסקי נ' כנסת ישראל**, פס' 48–50 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 6.8.2017); וכן ראו גולן, לעיל ה"ש 2.

בבד עם הליכי הקמתה של הרשות, מתעוררות שאלות רבות שיש לתת עליהן את הדעת ביחס לאופן הפעלת סמכות הבקרה של הרשות.

מאמר זה מבקש להצטרף לשיח האקדמי הראשוני שהחל בנושא,⁸ ולהציע מודל יישומי ומעשי לפעילותה של רשות האסדרה במסגרת תפקידה כגוף מייצע ומבקר את פעילות המאסדרים בממשלה.⁹

חשיבותו של המאמר, לשיטתנו, נעוצה בניסיון האמפירי רחב ההיקף שעליו הוא מבוסס, ובעיתוי כתיבתו ופרסומו – לאחר קביעת עקרונות המסגרת בחוק, ובשלבם הראשונים של הפעלתם בפועל על ידי הרשות המוסמכת. אנו סבורים כי עיצוב מושכל של אופן הפעלת סמכות הבקרה, אשר יתבסס על דיון מעמיק כמו זה שנבקש לערוך במסגרת מאמר זה, עשוי להשיא תרומה ממשית, לרשות בפרט, ולאופן שבו נקבעת אסדרה בישראל בכלל.

אם כן, במסגרת המאמר נבקש להתייחס באופן כולל לסוגיות העולות מהפעלת סמכות הבקרה של הרשות: לעיתוי הבקרה; לאופן שבו היא תיעשה (המתודולוגיה); לזהות הגורם ברשות המבצע את הבקרה; להיקף הפעלת סמכות הבקרה; וכן, בתמצית, לסמכויות הנלוות לסמכות הבקרה – סמכויות ההכשרה והייעוץ. בנוסף, נקיים דיון בסוגיית הביקורת השיפוטית על אסדרה, בהינתן חוות הדעת של הרשות. נציג את טענתנו שלפיה מודל הבקרה של הרשות בחוק עוצב בשים לב לחשש מפני ביקורת שיפוטית שעלול להיגרם כתוצאה מפרסום חוות הדעת של הרשות. מתוך כך, נבחן את הדין הקיים ביחס להיקף הביקורת השיפוטית ביחס לכל אחד מסוגי האסדרה הקיימים – חקיקה ראשית וחקיקת משנה, ונבקש להסיק מסקנות באשר למידת הפירוט הרצויה של חוות הדעת שתפורסם לציבור.

אם כך, סדר הדברים יהיה כדלקמן: ראשית, נציג בקצרה את התפתחות תחום מדיניות האסדרה בישראל, תוך התייחסות כרונולוגית החל מהחלטות הממשלה בנושא ועד לחקיקת חוק עקרונות האסדרה, לרבות התייחסות לתהליך הבקרה של הרשות הקבוע בחוק; שנית, נסקור מודלים מרכזיים לבקרה שיהוו את התשתית למודל המוצע – מודל הבקרה של עמותת רווח נקי, ומודלי הבקרה במדינות הייחוס; שלישית, נקיים דיון ביקורתי בעקרונות העולים מהמודלים שנסקרו, ועל בסיסם נגבש את מודל הבקרה המוצע; רביעית, נדון בהיקף הפרסום הרצוי לחוות הדעת של הרשות, בשים לב לביקורת השיפוטית; לבסוף נסכם.

8 ראו איריס סורוקר "קול קורא להגשת הצעות למאמרים בנושא חוק עקרונות האסדרה החדש" מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה (2022) <https://did.li/wyGIC>; המאמרים שהתקבלו צפויים להתפרסם בכתב העת מחקרי רגולציה, בכרך ייעודי.

9 ראו ס' 7(4) לחוק: "תייעץ למאסדרים לעניין האיכות של תהליכי הערכת השפעות אסדרה שביצעו, לאחר שביצעה בקרה כאמור בסעיף 21". המונחים "ייעוץ" ו"בקרה" ישמשו אותנו לסירוגין לאורך מאמר זה כאשר בשניהם נתכוון לסמכות המסורה לרשות לפי ס' 7(4).

ב. סמכות הבקרה של רשות האסדרה

1. רקע – הקמת התשתית למדיניות אסדרה בישראל

ביום 22.10.2014 התקבלה החלטת ממשלה 2118, שהייתה אבן הפינה הישראלית בתחום שנקרא "מדיניות אסדרה". במסגרת ההחלטה נקבע כי כל אסדרה חדשה תיקבע לאחר ביצוע תהליך הערכת ההשפעות של האסדרה (RIA – regulatory impact assessment; ייקרא מעתה "תהליך RIA").¹⁰ בתהליך זה, המאסדרים נדרשים לבחון לעומק את השינוי שהם מעוניינים לבצע, ובכלל זאת להגדיר מה הבעיה שהאסדרה נועדה לפתור, לגבש חלופות לפתרונה, ולהשוות ביניהן על פי מבחן עלות-תועלת. מתודולוגיה זו נועדה לסייע בשקילת כלל השיקולים הרלוונטיים, על מנת שהאסדרה שתקבע בסופו של דבר תשיג את מטרתה ותמקסם את הערך לציבור. המאסדרים נדרשים לתעד את תהליך ה-RIA בדוח הנקרא "דוח RIA" ולפרסם אותו לציבור.¹¹

בשנת 2018, בעקבות המלצות שהעביר ארגון ה-OECD לישראל, התקבלה החלטת ממשלה נוספת, שמספרה 4398, ובמסגרתה הוקם מנגנון בקרה על איכות תהליכי RIA.¹² אגף מדיניות אסדרה במשרד ראש הממשלה הוסמך לבצע בקרה על תהליכי אסדרה בעלת השפעה משקית, ואילו שאר תהליכי ה-RIA הוכפפו לבקרה של מנגנון פנים-משרדי.¹³ מלבד העובדה שסמכותו של האגף הוגבלה לאסדרה בעלת השפעה משקית בלבד, כאמור, ולא לכלל האסדרה במשק, הרי שגם ביחס לאסדרה בעלת השפעה משקית הבקרה התבצעה באופן מצומצם, ולא בהכרח יעיל. ראשית, האגף נדרש לאתר בעצמו את דוחות ה-RIA עם פרסומם לציבור, מכיוון שהמאסדרים לא נדרשו להעביר את דוחותיהם לבחינה. שנית, האגף התמקד בעצם ביצוע חובת ה-RIA, ולא באיכות התהליך. ושלישית, לא היו כל השלכות אם מאסדר לא ביצע את המוטל עליו; לא פורסמה מתודולוגיית בקרה רשמית שבאמצעותה מנתח האגף את איכות דוחות ה-RIA; ואילו חוות הדעת של האגף, אם

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

11 ראו משרד ראש הממשלה **מדריך ממשלתי – הערכת השפעות רגולציה** (2015) (להלן: מדריך RIA). יצוין כי בחודש דצמבר 2023 פרסמה רשות האסדרה גרסה עדכנית של המדריך, לאחר עבודת מטה שביצעה במהלך שנת 2023. ראו רשות האסדרה **המדריך הממשלתי לגיבוש רגולציה** (2023) <https://did.li/g09w5> (להלן: המדריך המעודכן). כתוצאה מפרסום המדריך המעודכן ביצענו אף אנו כמה התאמות בהמלצות למתודולוגיה לרשות האסדרה, כך שתשקף את הדרישות שבמדריך החדש. ראו נספח א'.

12 החלטת ממשלה זו מגדירה אסדרה בעלת השפעה משקית כאסדרה אשר מוסיפה או מפחיתה עלות רגולציה מוערכת לכלל המשק בשנה גבוהה מ-10 מיליון ש"ח ומעלה, אסדרה המשנה את מבנה השוק המפוקח או רגולציה הדורשת אישור מראש, כגון החלת חובת רישיון או היתר. יצוין כי חוק עקרונות האסדרה מגדיר אסדרה בעלת השפעה משקית בצורה שונה. ראו הגדרת "השפעה משקית" ס' 3 לחוק, וכן בעמ' 26–27 למאמר זה; וכן ראו החלטה 4398 של הממשלה ה-34 "רגולציה חכמה – יישום המלצות ארגון ה-OECD ותיקון החלטת ממשלה" (23.12.2018).

13 שם.

נכתבו, לא פורסמו לציבור, וכפועל יוצא אין דרך להעריך כמה חוות דעת נכתבו, אם בכלל, ומה היו תוצאותיהן.¹⁴

בשנת 2021 חוקק חוק עקרונות האסדרה, אשר לראשונה הגדיר בחקיקה ראשית את העקרונות המנחים לצורך גיבוש אסדרה מיטבית.¹⁵ במסגרת החוק הוקמה גם רשות האסדרה, שמשמיתה לסייע ביישום העקרונות ותהליכי העבודה שנקבעו בחוק. לשם כך, הגדיר המחוקק לרשות חמישה תפקידי ליבה: ייעוץ לממשלה בסוגיות של מדיניות אסדרה;¹⁶ ייעוץ, הכשרה וליווי למאסדרים;¹⁷ קידום תכנון, תיאום ושיתוף פעולה בין מאסדרים;¹⁸ ייעוץ ובקרה בעניין איכות תהליכי הערכת השפעות אסדרה;¹⁹ ובחינה, מדידה והערכה של אסדרה קיימת.²⁰

עם הקמת רשות האסדרה הצטרפה ישראל לרבות ממדינות העולם בכלל, וממדינות ה-OECD בפרט, אשר יש בהן גוף מרכזי המייעץ ו/או מפקח על טיוב האסדרה במדינה.²¹ עיגון בחקיקה של מודל זה, המכונה Regulatory Oversight Body (ROB) הומלץ על ידי ארגון ה-OECD כבר בשנת 2017, בדוח שפרסם לאחר ביקור בישראל.²² בסקירה המשווה שתיערך בהמשך המאמר יפורט על גופים מקבילים מסוג זה, סמכויותיהם ואופן מימושן בפועל.

נציין כי תפקיד הבקרה שניתן לרשות נחשב לאחד מהתפקידים המשמעותיים ביותר שניתנים לרשויות דומות בעולם, כאשר הוא טומן בחובו את ההנחה כי בקרה על תהליכי קביעת אסדרה מובילה לשיפור באיכות תהליכים אלו ואף לאסדרה טובה ויעילה יותר.²³

- 14 ראו דוח המלצות הצוות הבין-משרדי לרגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 34.
- 15 ראו ס' 2 לחוק; ההמלצה הראשונה בעניין זה התקבלה כבר במסגרת הוועדה לשינוי כלכלי חברתי דו"ח הוועדה (2011); ראו בעמ' 168–169 לדוח זה. עם זאת, מקור החובה לביצוע ה-RIA נותר החלטות הממשלה. נעסוק בנקודה זו בהמשך המאמר.
- 16 ראו ס' (1)7 לחוק.
- 17 שם, ס' (2)7.
- 18 שם, ס' (3)7.
- 19 שם, ס' (4)7.
- 20 שם, ס' (5)7.
- 21 ראו חקיקת מסגרת לרגולציה: סקירה משווה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 5; וכן ראו אביטל בן שלמה, שחר אבימור, קטיה קנוכלמן ויצחק קליין טיוב האסדרה בישראל (נייר מדיניות 31, פורום קהלת 2017).
- 22 ECD, STRENGTHENING CAPACITIES AND INSTITUTIONS FOR CO-ORDINATING REGULATORY POLICY AND MEASURING REGULATORY BURDENS (2017).
- 23 ראו העקרונות המנחים לקביעת "אסדרה מיטבית" כפי שהוגדרו בס' 2 לחוק; וכן כמה הגדרות מייצגות מן הספרות האקדמית בתחום: ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE & MARTIN LODGE, UNDERSTANDING REGULATION: THEORY, STRATEGY, AND PRACTICE 1–12 (2015); OECD, OECD GUIDING PRINCIPLES FOR REGULATORY QUALITY AND PERFORMANCE (2008) <https://did.li/aOkgT>; לאורך השנים חוקרים ניסו לבחון באופן אמפירי את הקשר בין הטמעה שיטתית של תהליכי RIA בעת גיבוש אסדרה חדשה לבין איכות האסדרה ושיפור בתוצאות הכלכליות של המשק, ללא הצלחה ממשית. הקושי גדל אף יותר כאשר מדובר בניסיון להעריך לא רק את עצם ההטמעה של ביצוע התהליכים וההשפעה על התוצאות הכלכליות, אלא אף את מידת האיכות שלהם. לפיכך, בהיעדר ביסוס אמפירי

כך, בקרה על תהליכי RIA היא התפקיד הנפוץ ביותר בקרב רשויות אסדרה במדינות OECD, כאשר כ-75% מרשויות האסדרה מבצעות אותו בהיקפים ובאופנים שונים.²⁴ חשיבות זו באה לידי ביטוי גם בחוק עצמו, כאשר מבין כלל הסמכויות שניתנו לרשות, זו עוגנה באופן המפורט ביותר.²⁵

2. מודל הבקרה הקבוע בחוק

כמתואר, תכליתו של מאמר זה היא להציע מודל יישומי לפעילותה של רשות האסדרה במסגרת תפקידה כגוף מייצג ומבקר את פעילות המאסדרים בממשלה. לשם כך, עלינו לעמוד על מודל הבקרה כפי שהוא נקבע בחוק וכן לאתר את הפערים הטעונים השלמה, שבהם יעסוק המודל המוצע. דבר חקיקה ראשי, מטבעו, אינו אמור לקבוע את מכלול ההיבטים הנוגעים לעבודת הרשות. החוק מתווה עקרונות כלליים, ולאחר מכן יש להוסיף ולהכניס בהם תוכן, שיהא דינמי ונתון לשינויי הזמן, באמצעות קביעת הנחיות ונהלים פנימיים. בתוכן זה נעסוק בהמשך המאמר. נפתח כעת בסמכויות שבחוק.

אם כך, חוק עקרונות האסדרה מתווה את חובת הפנייה של מאסדר לרשות מזה, ומרחב שיקול הדעת של הרשות האם לייצג, ולוחות הזמנים לשם כך, מזה. בנוסף, הוא קובע חובת פרסום של חוות הדעת, לצד חריגים לכך, וכן, את המסגרת הכללית של תוכן חוות הדעת. עוד עומד החוק על החללים המרכזיים הטעונים השלמה, וקובע כי על הרשות לפרסם הנחיות הנוגעות לאופן שבו היא תבצע את הבקרה (המתודולוגיה), להיקף הבקרה (מי פטור מבקרה ומי מחויב בה) ולאופן שבו ניתן לקיים עימה היועצות בלתי פורמלית.²⁶ וביתר פירוט: החוק קובע כי על המאסדרים המעוניינים לקדם אסדרה שלגביה יש חובה לבצע תהליך RIA לפי החלטות הממשלה בנושא,²⁷ לפנות לרשות בכתב לצורך התייעצות

מובהק לסוגיה, מקובל כי הערך המרכזי בהטמעה איכותית של תהליכי RIA מצוי בהשפעה החיובית שלה על איכות הממשל ("Governance") בהיבטים כגון שקיפות והוגנות. ראו Claire A. Dunlop & Claudio M. Radaelli, *The Politics and Economics of Regulatory Impact Assessment*, in: HANDBOOK OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT (Dunlop CA & Radaelli CM eds., 2017); בעמ' 10 וההפניות שם.

24 <https://did.li/rZMTY> (2021) OECD, OECD REGULATORY POLICY OUTLOOK 2021 (להלן: אאוטלוק 2021).

25 תפקידי הרשות מעוגנים בס' 7(2) לחוק, כאשר סמכות הבקרה מפורטת בס' 21–23 לחוק.

26 ראו שם, ס' 22(1), 22(3) ו-22(4); בחודש מאי 2023 פרסמה רשות האסדרה הנחיות לעניין אופן ההיועצות עימה מכוח הסעיף האמור. מלבד אמות מידה כלליות, ההנחיות אינן כוללות מידע בנוגע למקרים שבהם תקבע הרשות כי נפל פגם מהותי בתהליך. ראו הנחיות לעניין אופן ההתייעצות עם רשות האסדרה **רשות האסדרה** (2023) <https://did.li/ZIHaa> (להלן: הנחיות ההיועצות).

27 חובת ה-RIA עצמה לא עוגנה בחוק, אלא נשארה במעמד של החלטת ממשלה. הנימוקים העיקריים לכך היו בצורך להשאיר את החובה גמישה, על מנת לבצע התאמות בתוכן ה-RIA בקלות וכן "להבטיח שהתהליך יישאר פנים-ממשלתי ולהותיר את הבקרה עליו, ככלל, בזירה הממשלתית והציבורית ולא השיפוטית". ראו **דוח המלצות הצוות הבין-משרדי לרגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 109, וכן פרק ה' למאמר זה.

בקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה (RIA) – הצעה למודל יישומי עבור רשות האסדרה

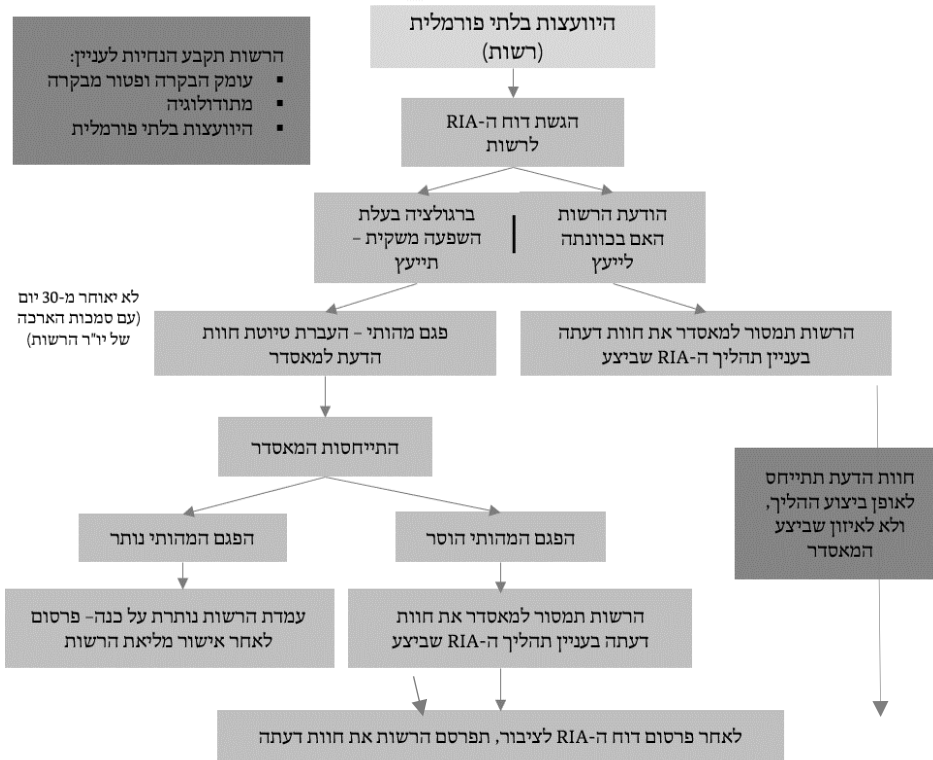
בנוגע לאיכות תהליך ה-RIA שביצעו.²⁸ לרשות עומדים 14 ימים להשיב למאסדר אם בכוונתה לייעץ לו,²⁹ ואם לא השיבה עד תום התקופה, הדבר משול להחלטתה שלא לייעץ. במקרה כזה, המאסדר יכול להתקדם בקביעת האסדרה, ללא צורך בחוות דעת מהרשות. אם הרשות מעוניינת לייעץ למאסדר, עליה להודיע על כך למאסדר ולהעביר לו את חוות דעתה בתום 30 ימים נוספים,³⁰ כאשר ליו"ר הרשות יש אפשרות להאריך את התקופה בעוד 30 ימים (עד 74 ימים בסך הכול).³¹ אם הרשות לא העבירה את חוות דעתה בתום התקופה, משול הדבר גם הפעם להחלטתה שלא לייעץ.

בתום ההיוועצות, ולאחר פרסום דוח ה-RIA לציבור על ידי המאסדר, הרשות תפרסם את חוות דעתה לציבור.³² לכלל זה יש חריג, לפיו אם בדוח ה-RIA התגלה פגם מהותי שלא תוקן על ידי המאסדר, חוות דעתה תפורסם רק לאחר שמליאת הרשות תאשר ברוב קולות שנפל פגם מהותי כאמור.³³

במבט רחב יותר, החוק כולל קביעה מפורשת כי חוות הדעת של הרשות תכלול אך ורק מסקנות בדבר תהליך ה-RIA, ולא תכלול מסקנות בנוגע לאיזון בין שיקולים ציבוריים שונים או המלצות לגבי החלופה המועדפת.³⁴ קביעה זו נועדה להתמודד עם החשש מפני התערבות של הרשות בשיקול הדעת המקצועי של המאסדר בנוגע לתוכן האסדרה.

- 28 ס' 21(א) לחוק.
- 29 למעט אסדרה בעלת השפעה משקית, שם הרשות חייבת לייעץ. ראו ס' 21(ב) לחוק.
- 30 שם, ס' 21(ג).
- 31 שם, ס' 21(ד).
- 32 שם, ס' 21(ו). בכפוף למגבלות לפי ס' 9 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.
- 33 שם, ס' 21(ז). יצוין שהמחוקק הישראלי הכריע כי במקרה שהרשות פרסמה חוות דעת המצביעה על פגם מהותי בדוח ה-RIA, לא יהיו לכך השלכות לעניין עצם היכולת של המאסדר לקדם את האסדרה (למעט השלכות עקיפות כגון מידת התמיכה בהצעת אסדרה שבתהליך הגיבוש שלה נפל פגם מהותי לדעת הרשות). ראו את האזכור של פיצול "סמכויות הקצה" של רשות האסדרה מהצעת החוק המקורית: פרוטוקול ישיבה 69 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (7.10.2021).
- 34 שם, ס' 21(ה).

תרשים 1: תהליך הבקרה כפי שהוא מוסדר בחוק



3. שאלות המחקר

חוק עקרונות האסדרה מבטא בחירה נורמטיבית מסוימת באופן עיצובה של רשות האסדרה הישראלית.³⁵ דומה כי הקושי, או האתגר המרכזי, ביחס לסמכות הבקרה של הרשות, כפי שהיא נקבעה בחוק, הוא העובדה שאין לרשות כל סמכות עודפת על המאסדרים, וחוות דעתה אינן מחייבות. דהיינו, על פניו, מאסדר יכול להמשיך לקדם את האסדרה אף אם חוות הדעת שקיבל מהרשות מצביעה על פגם מהותי.³⁶ להיעדרה של "זכות וטו" תיתכן השפעה על האופן שבו הרשות תתפס בעיני מאסדרים, והוא עלול לצמצם את היכולת שלה להוציא לפועל את מדיניותה.

35 ראו חקיקת מסגרת לרגולציה: סקירה משווה, לעיל ה"ש 5.
 36 לדיננים מקבילים במידת מה על אודות המעמד של חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לממשלה והשאלה האם ההלכה שלפיה חוות דעתו מחייבת ראוייה, ראו למשל יצחק זמיר הסמכות המינהלית ד 2409–2416 (מהדורה שנייה מורחבת, 2017).

מטבע הדברים, גוף בקרה שאינו מחזיק בסמכויות אכיפה זקוק למידה רבה יותר של שיתוף פעולה מצד הגורמים המפוקחים. שיתוף פעולה זה יכול להיווצר ככל שיש אמון במקצועיות ובכוונותיו הטובות מצד הגופים המבוקרים. לפיכך, אנו סבורים כי לאופן שבו תופעל סמכות הבקרה של הרשות תהא השפעה מכרעת על מידת ההצלחה ביצירת שיתוף הפעולה הנדרש. לצד הצורך הברור בשיתוף פעולה, יש מקום להזכיר שאסדרה שנפל בהליך גיבושה פגם מהותי לפי עמדת הרשות לא תוכל להתפרסם בטרם ייערך לגביה דיון במליאת הרשות, המורכבת מנציגים בכירים ממשרדי ראש הממשלה, האוצר והמשפטים, לצד נציגי ציבור.³⁷ עצם הדיון כשלעצמו יש בו כדי להרתיע מאסדר מלפרסם אסדרה חדשה עם דוח RIA נלווה שנפל בו פגם מהותי. ולבסוף, לפרסום עשוי להיות גם אפקט אכיפתי, במקרים שבהם נפלו מחלוקות בין המאסדר לרשות. דיון בנושא זה ייערך בפרק ה' למאמר.

בחירה נוספת שנעשתה בעת גיבוש סמכות הבקרה היא לקבוע את מעמד הרשות ותפקידיה בחוק, כאשר צפוי כי תהיה לכך השפעה על מידת הגמישות שתוקנה לה בעיצוב מנגנוני פעילותה.³⁸ גם לנושא זה תהא השפעה מסוימת על הדיון במודל המוצע, משום שהקביעות שבחוק ישרטטו את גבולות דיונו, ולא ניתן יהיה לסטות מהם.

אם כן, החוק מציב כללי מסגרת לפעולת הרשות. עם הקמת הרשות, היא צריכה לצקת בסמכויות הללו תוכן. מטרתו של מאמר זה היא לסייע בכך. לשם כך, נעסוק בכמה שאלות מרכזיות שטעונו פיתוח והשלמה ביחס למודל שבחוק, ואלו הן:

- א. כיצד תתבצע פנייה מוקדמת לרשות במהלך ביצוע תהליך הערכת השפעות האסדרה: האם יש לעגנה באופן פורמלי, במועדים מסוימים, או לאפשר למאסדרים לפנות לרשות בחופשיות בזמן הרצוי בעיניהם?
- ב. מהי המתודולוגיה שכדאי לאמץ לשם בקרה בתום ביצוע תהליך הערכת השפעות אסדרה? כיצד ניתן לוודא כי תהליך הבקרה יהיה אחיד, קוהרנטי, תואם למורכבות האסדרה, ובעל ערך עבור המאסדרים?
- ג. מהו המבנה הארגוני שמומלץ למחלקת הבקרה ברשות לאמץ – האם על הגורמים המבקרים להיות עצמאיים ובלתי תלויים, או לעבוד מול המאסדרים באופן שוטף?
- ד. באיזה היקף תופעל סמכות הבקרה – האם במקרים מסוימים ינתן פטור מבקרה? האם גופים מסוימים יוחרגו מבקרת הרשות?
- ה. כיצד הרשות תיישם את הסמכויות הנלוות לבקרה – האם עליה לתעדף הכשרה או בקרה?

37 ראו ס' 21(ז) לחוק.

38 בהקשר זה יהיה מעניין להשוות את מעמדה של הרשות, לאחר שזה יתבסס, למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, שסמכויותיו אינן מעוגנות בחוק. אולם נושא זה חורג ממסגרת דיונו. להרחבה ראו זמיר, לעיל ה"ש 36.

ג. מערך המחקר – מודלים של בקרה בארץ ובעולם

1. עמותת רווח נקי

בשנת 2021 הוקמה עמותת רווח נקי.³⁹ מבין פעולותיה בתחום המשק והחברה, העמותה מובילה פרויקט בשם "תו איכות RIA: הערכת תהליכי אסדרה".⁴⁰ הפרויקט הוקם באופן עצמאי, ללא מעורבות ממשלתית, לשם טיוב תהליכי קבלת ההחלטות הממשלתיות לגבי אסדרה חדשה. פרויקט "תו איכות RIA" הוביל ליצירת מאגר מידע שיטתי על איכות כלל תהליכי ה-RIA שבוצעו ופורסמו בישראל מאז שנת 2019. נכון לסוף שנת 2023, מדובר ב-168 תהליכים בכלל משרדי הממשלה שנותחו באופן מלא על ידי העמותה. מודל בקרה זה נבחר מכיוון שבישראל, פרט לפרויקט הבקרה של רווח נקי, לא היה עד כה גוף המבקר בצורה סדורה את כלל תהליכי ה-RIA שקודמו בממשלה.⁴¹ אומנם, כמתואר מעלה, החל משנת 2018 לאגף מדיניות אסדרה במשרד ראש הממשלה הוקנתה סמכות לבצע בקרה על תהליכי RIA של אסדרה בעלת השפעה משקית,⁴² אך בשנות פעילותו של האגף עד להקמת הרשות, סמכות זו הופעלה במקרים בודדים בלבד.⁴³ מתודולוגיית הבקרה של עמותת רווח נקי מתבססת ברובה על מודל שפורסם באתר "הרגולטור", שנבנה בהתאם למודלי בקרה מקובלים בעולם,⁴⁴ ותואם ברובו את המדריך הרשמי של ממשלת ישראל לביצוע תהליכי RIA.⁴⁵ במסגרת הפרויקט, כל דוח נבחן על ידי שניים עד שלושה אנשי מקצוע, אשר לעיתים פונים בצורה יזומה למאסדרים לשאול על סוגיות שאינן ברורות דין. בתום הבחינה תוצאות הניתוח נשלחות למאסדרים יחד עם הזמנה לשיח ומפורסמות לציבור הן באתר החקיקה הממשלתי והן באתר העמותה.⁴⁶ במידת הצורך והרצון מתקיים שיח עם המאסדרים שעשוי להוביל לשינויים בחוות הדעת

39 עמותת רווח נקי הוקמה על ידי שורה של משפטנים וכלכלנים במטרה לייעל את המשק הישראלי – להגביר את התחרות והשקיפות ולהטמיע מדיניות אסדרה חכמה. ראו באתר העמותה: <https://rnaki.org.il/>.

40 הפרויקט הוקם במסגרת עמותת צדק פיננסי. עם הקמת עמותת רווח נקי הפרויקט המשיך להתנהל במסגרתה על פי אותה מתודולוגיית עבודה.

41 למעשה אף עם הקמת הרשות לא ברור כי זו תבצע בקרה על מכלול התהליכים הללו, מכיוון שהיא כלל אינה מחויבת לכך בחוק. ראו ס' 22 לחוק; וכן את המלצתנו לעניין מתן פטורים וחריגים מבקרת הרשות בפרק ד' למאמר זה.

42 החלטת ממשלה 4398, לעיל ה"ש 12; וכן ראו פירוט בפרק ב'1 למאמר זה.

43 ראו דוח המלצות הצוות הבינמשרדי לרגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 33–34.

44 לשיטת הבקרה על תהליכי אסדרה חכמה (RIA) באתר "הרגולטור" ראו גיא מור "פרסומים מקצועיים" הרגולטור <https://bit.ly/3q1tsMj>; שיטת הבקרה שואבת השראה מכמה מקורות בינלאומיים, כמו הוראות מחייבות של נשיאי ארצות הברית, פרקטיקות הבקרה של האיחוד האירופי ופרויקט Regulatory Report Card של Mercatus Center.

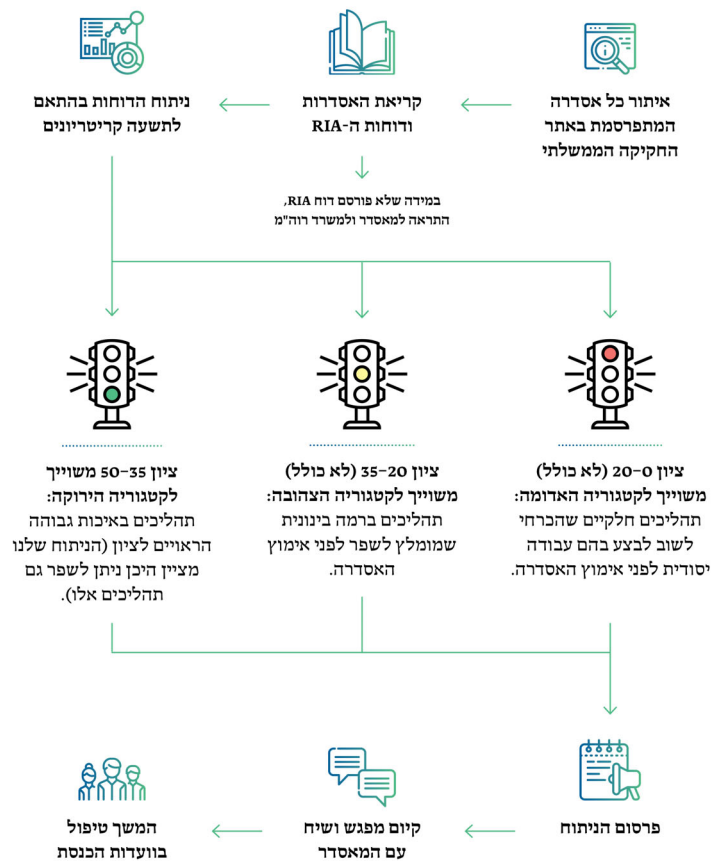
45 ראו מדריך RIA, לעיל ה"ש 11. למעט הקריטריון שעוסק בהגדרת יעדים; וראו גם במדריך המעודכן, לעיל ה"ש 11.

46 לאתר החקיקה הממשלתי ראו <https://bit.ly/3Y9k0TC>; וראו את מאגר הניתוחים הזמין באתר העמותה, לעיל ה"ש 39.

בקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה (RIA) – הצעה למודל יישומי עבור רשות האסדרה

של העמותה. בנוסף, בתום כל שנה עורכת העמותה איסוף שיטתי וניתוח מעמיק של הנתונים שנאספו, שאותו היא מציגה בדוח שנתי,⁴⁷ וכן מטמיעה את המסקנות שנאספות למתודולוגיה המופעלת בשנה שלאחר מכן.⁴⁸

תרשים 2: תהליך העבודה של העמותה במסגרת פרויקט "תו איכות RIA" נכון לסוף שנת 2022:⁴⁹



47 ראו את הדוחות השנתיים באתר העמותה, שם.

48 כך, לדוגמה, בעקבות תהליך הסקת מסקנות משנים קודמות, לצד ראינות שנערכו עם מובילי מדיניות אסדרה, נערכו כמה שינויים משמעותיים במתודולוגיה לשנת 2023. מתודולוגיה דומה אף מוצעת לרשות במסגרת מאמר זה. ראו בנספח א'.

49 תרשים זה נכון לשנת 2022. ראו את השינויים שנעשו מאז באתר העמותה: "רגולציה ותו איכות RIA" עמותת רווח נקי <https://did.li/OT45q>, ובייחוד בדוח השנתי של העמותה לשנת 2022.

יצוין כי העבודה במאמר זה, לרבות הראיונות עם מובילי מדיניות האסדרה במשרדי הממשלה, נערכה על בסיס מודל הבקרה שהפעילה העמותה עד לסוף שנת 2022. המודל עודכן מאז, בהתאם לתובנות שעלו בין היתר מעבודה זו, ועיקריו מוצגים בנספח א' למאמר. נספח זה הוא מודל הבקרה המוצע לרשות האסדרה. המודל של העמותה שהיה נהוג עד שנת 2022 יכונה מעתה מודל הבקרה של העמותה.

על מנת לבחון באופן ביקורתי את מודל הבקרה שאותו מפעילה העמותה, אספנו מידע על האופן שבו הוא נתפס בקרב גורמי המקצוע בממשלה. הדבר נעשה בשיטה איכותנית, בה ערכנו ראיונות עומק עם 15 מובילי מדיניות אסדרה בממשלה בעבר ובהווה.⁵⁰ במסגרת הראיונות, ביקשנו להעריך את מידת הבהירות של מודל הבקרה עם נמעני המרכזיים, ולבחון האם הוא מסייע בעבודתם בפועל. בנוסף, כללנו בראיונות שאלות כלליות לגבי מודל הבקרה הרצוי בעיני הגורמים המרואיינים עבור רשות האסדרה.⁵¹

הראיונות התמקדו בכמה שאלות עיקריות: ראשית, מהן התובנות המרכזיות בנוגע למתודולוגיית הבקרה של העמותה, ובפרט כיצד נתפסת מערכת הדירוג והציון הסופי תהליך RIA; שנית, האם בעיניהם ישנו ערך בהיוועצות מוקדמת עם הגוף המבקר תוך כדי תהליך ה-RIA, או שמא רק בסוף התהליך; שלישית, מה זהות הגורם שראוי בעיני המרואיינים כי יבצע את הבקרה; ורביעית, מהו היחס הראוי בין הכשרת המאסדרים והמובילים לבין בקרה על איכות עבודתם. לצד זאת, במהלך הראיון ביקשנו מהמרואיינים להתייחס באופן חופשי לסוגיות חשובות בעיניהם ביחס למודל הבקרה הראוי לרשות האסדרה.

המענה לשאלות הללו עובד לכדי תמות מרכזיות, שישולבו לאורך הדיון במודל המוצע בפרק ג.⁵²

2. רשויות אסדרה בעולם: בריטניה, אוסטרליה, הולנד, שוודיה

במטרה ללמוד מניסיונם של גורמים מובילים בעולם, בחרנו להתמקד בפעילותן של ארבע "רשויות אסדרה" (Regulatory Oversight Body) בעולם: ה-OIA באוסטרליה,⁵³ ה-RPC

50 מובילי מדיניות אסדרה הם גורמי מקצוע שיושבים בתוך משרדי הממשלה השונים ותפקידם לסייע ביישום מדיניות הממשלה כפי שזו עוגנה בהחלטות הממשלה השונות. מעמדם עוגן בהחלטת ממשלה מספר 4398, לעיל ה"ש 12, ובמרבית המקרים הם גורמי הקשר שמנהלים את השיח עם עמותת רווח נקי. הבחירה לקיים ראיונות עם מובילי מדיניות אסדרה, ולא עם המאסדרים עצמם, נבעה מתוך תפיסה שלפיה המובילים מחזיקים בתמונת הרוחב על הנעשה במשרד הרלוונטי בתחום מדיניות האסדרה, ויש להם את היכולת להעביר את התמונה האובייקטיבית לגבי הפערים הקיימים במשרד. על מנת לשמור על חסיון המרואיינים, ההפניה לאורך המסמך לדבריהם תיעשה תוך הפניה למספר הפגישה כפי שקודד על ידינו.

51 כפי שהוזכר לעיל בפתח הדברים, רבות מן ההמלצות המוצגות במאמר זה אכן אומצו בסופו של דבר על ידי רשות האסדרה במודל הבקרה שנבחר על ידה. ראו מסמך המתודולוגיה, לעיל ה"ש*.

52 סיכום הראיונות וקידוד הנתונים שמורים בידי כותבי מאמר זה.

בבריטניה, ה־ATR בהולנד וה־SBRC בשוודיה.⁵⁴ בחרנו להתמקד במדינות אלו מכמה סיבות. ראשית, מדינות אלו הן מהוותיקות ביותר לאמץ את מנגנון ה־RIA, ולהקים רשות אסדרה שתהיה אמונה על יישום מדיניות האסדרה במדינה. לכל אחת ממדינות אלו יש ניסיון של מעל עשור בבקרה על תהליכי RIA. שנית, הן מדורגות ברמה גבוהה יחסית בטבלת הדירוג של ארגון ה־OECD לעניין איכות מנגנוני הבקרה על RIA.⁵⁵ שלישית, מדינות אלו נסקרו במסגרת גיבוש הצעת החוק (בריטניה ואוסטרליה);⁵⁶ או שלכל הפחות עמדו לנגד עיניהם של מקבלי ההחלטות בעת העברת החוק בכנסת (שוודיה והולנד).⁵⁷ פעילותם של הגורמים המקצועיים הללו נתונה לשינויים עיתיים המתבססים על הניסיון הנצבר מעבודתם. על כן, שיטת המחקר שלנו התבססה על למידה מתוך מגוון מקורות: אתרי האינטרנט של הגופים הללו, והמידע הרב המובא במסגרתם, וכן ראיונות שקיימנו באופן בלתי אמצעי עם נציגים מהגופים הללו – באוסטרליה,⁵⁸ שוודיה⁵⁹ והולנד.⁶⁰ עשינו גם שימוש בספרות המתארת את פעילות הגופים הנסקרים, ככל שישנה.⁶¹ שיטת מחקר זו אפשרה לנו להביא את הנתונים בצורה מעודכנת ורלוונטית ליישום בעבודת הרשות, אך מובן כי יש לה גם חסרונות – ובראשם התבססות על התמונה כפי שהוצגה לנו מגורמי מקצוע המעורים בעבודת הרשות, ללא תיקוף מספק של דבריהם. נציין, כי בדומה לאתגרים הכלליים הקיימים בלמידה משיטות משפט זרות,⁶² גם כאן ההשוואה לרשויות אסדרה מקבילות צריכה להיעשות לצד הבנה שישנם מספר רב של גורמים שיכולים להשפיע על רמת התפקוד של כל רשות. בין גורמים אלו ניתן למנות את המבנה הארגוני, מקור הסמכות החוקי לפעילות, כמות המשאבים, ותק, מעמד מקצועי

- 53 ה־Office of Impact Assessment (OIA) שינו את שמם לקראת סוף שנת 2022. לפני כן הם נקראו Office of Best Practice Regulation (OBPR).
- 54 לאתר ה־OIA: <https://bit.ly/3q96sLb>; לאתר ה־RPC (Regulatory Policy Committee): <https://bit.ly/3QgRg9v>; לאתר ה־ATR (Adviescollege Toetsing Regeldruk): <https://bit.ly/44Ke99A>; לאתר ה־SRBC (Swedish Better Regulation Council): <https://did.li/uJbOf>.
- 55 אאוטלוק 2021, לעיל ה"ש 24. הציון של כל מדינה לעניין איכות מנגנוני ה־RIA מורכב מארבעה פרמטרים, כאשר אחד מהם הוא הרמה של מנגנוני בקרת האיכות המתקיימים במדינה. מדינות הייחוס מדורגות יחסית גבוה בפרמטר זה.
- 56 ראו חקיקת מסגרת לרגולציה: סקירה משווה, לעיל ה"ש 5.
- 57 ראו ד"ר מיכל לרר ואורלי אלמגור לוטן "גופי בקרה על רגולציה: מבט משווה ראשוני" **הכנסת, מרכז מחקר ומידע** (2021).
- 58 ראיון באמצעות פלטפורמת זום עם נציגי ה־OIA (29.11.2022); התוצרים שמורים בידי כותבי מאמר זה.
- 59 ראיון עם נציגת ה־SBRC (6.11.2022); התוצרים שמורים בידי כותבי מאמר זה.
- 60 ראיון באמצעות פלטפורמת זום עם נציגי ה־ATR (22.12.2022); התוצרים שמורים בידי כותבי מאמר זה.
- 61 ראו Dunlop & Radaelli, לעיל ה"ש 23; ראו גם OECD, CASE STUDIES OF REGWATCH EUROPE REGULATORY OVERSIGHT BODIES AND OF THE EUROPEAN UNION REGULATORY SCRUTINY BOARD (2018) <https://bit.ly/3QcQj25>.
- 62 לעניין האתגרים האמורים ראו דפנה ברק־ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מסדיים, תרבותיים ויישומיים" **דין ודברים** ד 81 (התשס"ח).

ותרבות ארגונית כללית בממשלה ומידת שיתוף הפעולה מצד מאסדרים ופוליטיקאים. עם זאת, אנו סבורים כי רבות מהשאלות שבהן עוסק מאמר זה מונחות כעת או הונחו בעבר אף לפתחן של רשויות אסדרה בעולם, וניתן לשאוב השראה רבה מהאופן שבו הגופים הנסקרים בחרו להתמודד עם סוגיות אלו. דוגמאות מתוך פעילותן של רשויות אלו ודיון ביקורתי באופן פעילותן ישולבו לאורך הדיון במודל המוצע להלן.

ד. אופן הפעלת סמכות הבקרה – דיון ביקורתי והצגת המודל המוצע

בחלק זה של המאמר, נבקש לדון באופן ביקורתי באופן הפעלת סמכות הבקרה של רשות האסדרה. כזכור, דיוננו ייעשה בתוך כללי המסגרת לפעולת הרשות שנקבעו בחוק, ותוך מענה על שאלות המחקר המבקשות לתת מענה לסוגיות שונות בלתי פתורות בחוק. בשל ריבוי שאלות המחקר, בחרנו לערוך דיון ביחס לכל שאלה בנפרד. בהתייחס לכל אחת מן השאלות, נציג את הממצאים העולים מכל אחד מהמודלים הנסקרים – מודל רווח נקי והמודלים הנבחרים מהעולם – אוסטרליה, בריטניה, הולנד ושוודיה. לאחר הדיון וגיבוש המסקנות, יוצג סיכום כולל של המודל המוצע.

1. היועצות מוקדמת על תהליכי הערכת השפעות אסדרה

כזכור, לפי חוק עקרונות האסדרה, פניית מאסדר אל הרשות מתרחשת בשלבי הסיום של הליך גיבוש האסדרה, לאחר כתיבת דוח ה-RIA, ובמרבית המקרים אף לאחר כתיבת דבר החקיקה עצמו ואישורו על ידי הלשכה המשפטית והנהלת המשרד.⁶³ לצד חובה סטטוטורית זו, החוק קובע כי הרשות תפרסם הנחיות לגבי האופן שבו מאסדרים יוכלו לפנות אליה, באופן וולונטרי, טרם פנייתם בהתאם לחובת ההיועצות הרשמית שבחוק.⁶⁴ דהיינו, החוק מניח באופן ראשוני תשתית לאפשרות קיומה של היועצות מוקדמת ובלתי פורמלית, אך אינו מטיל חובה כזו על המאסדר וכן אינו קובע עקרונות להפעלתה. על כן, נבחן את הדרכים שבהן כדאי לפתח אפשרות להיועצות מוקדמת עם הרשות – דהיינו, היועצות המוקדמת מבחינה כרונולוגית לחובת ההיועצות הסטטוטורית שנקבעה. נציג את פרקטיקות ההיועצות המוקדמת המקובלות בעולם ואת העיתוי שבו הן נוהגות, ולאחר מכן נציע מודל רצוי לשלב בקרה זה.

63 ס' 21 לחוק; החוק נוקט לשון עבר, כלומר שהליך ההיועצות הפורמלי מול הרשות ייעשה רק לאחר שהתהליך הסתיים והדוח נכתב. "מאסדר המבקש להציע או לקבוע אסדרה, שנדרש לשם קביעתה, לפי החלטות הממשלה, ביצוע תהליך הערכת השפעות אסדרה, יפנה לרשות, בכתב, לשם התייעצות עימה בעניין התהליך האמור שביצע, בצירוף הדוח שערך לגבי התהליך...". כמו כן, ניסיונה של עמותת רווח נקי מלמד שדוח ה-RIA נכתב לרוב בסוף תהליך העבודה, ופרסומו לציבור נעשה בד בבד עם טיוטת האסדרה.

64 ראו ס' 22 לחוק; וראו במסמך המתודולוגיה, לעיל ה"ש*.

(א) כיצד נעשית היוועצות מוקדמת במודלים הנסקרים?

היוועצות מוקדמת מקובלת בעולם, אך הרשויות השונות נבדלות זו מזו במידת הפורמליות של התהליך ובתכיפות שבה נעשה שימוש בפונקציית בקרה זו. נסקור להלן את העקרונות המרכזיים בכל אחד מהמודלים הנסקרים.

באוסטרליה, ה-OIA מקיים שני שלבים של היוועצות מוקדמת ופורמלית לפני ההגשה הסופית של דוח ה-RIA וכן היוועצות מוקדמת ובלתי פורמלית.⁶⁵

לעניין ההיוועצות המוקדמת הפורמלית, בשלב הראשון חובה על המאסדר לפנות לרשות ולציין מהו היקף הבעיה הפוטנציאלית, מיהם בעלי העניין הצפויים להיות מושפעים, מהו היקף ההשפעה על יחידים, עסקים או ארגונים קהילתיים, ומהי העלות או החיסכון המשוערים. ההגשה נעשית באמצעות מילוי מסמך רשמי בשלב מוקדם ככל הניתן בתהליך העבודה, וה-OIA משיבים לפנייה זו בתוך חמישה ימי עבודה. שלב מקדמי זה מחייב את כלל המאסדרים, ותכליתו לקבוע האם סוגיה מסוימת מחויבת בביצוע RIA בהתאם למדיניות הממשלה, וכן מהו היקף ועומק הניתוח הנדרשים. בשלב השני, המאסדר רשאי (אך לא חייב) לפנות ל-OIA לאחר שביצע את ארבעת השלבים הראשונים בתהליך ה-RIA.⁶⁶ הפנייה נעשית בכתב וכוללת טיוטה של מרכיבי ה-RIA שכבר בוצעו. במסגרת המענה למאסדר, ה-OIA שוקל האם היקף המידע והנתונים המפורטים בניתוח הולמים את גודל ההצעה ומורכבותה, האם המידע לצורך שיתוף הציבור מספק והאם נשקלו כל חלופות המדיניות האפשריות בנושא. שלב זה אינו חובה, ואף נראה שנעשה בו שימוש מועט יחסית (כ-8% מסך תהליכי ה-RIA בין יוני 2021–יולי 2022).⁶⁷

לעניין ההיוועצות המוקדמת הלא פורמלית, ה-OIA מלווים תהליכי RIA מקרוב באופן אינטנסיבי, ומסמכי ה-RIA נשלחים אליהם בשלבי התקדמות שונים, בין 4 ל-6 פעמים במסגרת התהליך, ולעיתים גם 10 פעמים.⁶⁸ מטרת ההיוועצות הלא פורמלית היא, בעיקרה, לעודד את המאסדרים להתייעץ באופן חופשי על דילמות שעולות להם תוך כדי תהליך העבודה, על מנת לוודא שבשלביו ההיוועצות הסופיים הם יקבלו את הדירוג הגבוה ביותר האפשרי. התייעצות זו יכולה להיעשות בכתב, בעל פה ובכל דרך שתותאם לצורכיהם של המאסדרים.⁶⁹

יצוין כי מדיניות זו אשר מעודדת היוועצות בלתי פורמלית היא חדשה יחסית. עד 2018, ה-OIA בחנו את דוח ה-RIA בשלב ההגשה הסופית בלבד. בדומה לבעיות שאותן פירטנו

65 ראו פירוט באתר ה-OIA, לעיל ה"ש 53.

66 ההיוועצות בשלב זה מתרחשת לאחר שלבי הגדרת הבעיה, נימוק מדוע יש צורך בהתערבות ממשלתית, אילו חלופות נשקלות, מהי התועלת נטו מכל חלופה ומהי התוכנית המוצעת לתהליך שיתוף הציבור. אלו ארבעת השלבים הראשונים מתוך שבעה שלבים בתהליך ה-RIA האוסטרלי.

67 OFFICE OF BEST PRACTICE REGULATION, AUSTRALIAN GOVERNMENT REGULATION IMPACT STATEMENT STATUS, 2021–2022 (2022) <https://bit.ly/3rMRrPF>

68 ראיון עם נציגי ה-OIA, לעיל ה"ש 58.

69 OFFICE OF BEST PRACTICE REGULATION, USER GUIDE TO THE AUSTRALIAN GOVERNMENT GUIDE TO REGULATORY IMPACT ANALYSIS (2023) <https://bit.ly/44F3Tzw>

לעיל, גם באוסטרליה דווח כי מדיניות זו הובילה למצב לא נוח שבו למאסדרים לא הייתה דרך להתמודד עם הביקורת לגבי התהליך הקונקרטי, מלבד להסכים איתה או לשלול אותה. לכן, בשנת 2019 ה-OIA החל עם מדיניות של דיון לא פורמלי בטיטות של הדוחות בשלבים מוקדמים. לטענת נציגי הארגון, ה-RIA הרבה יותר אפקטיבית אם מדברים עם המאסדרים בזמן שהם חושבים על הבעיות והפתרונות, ולא רק בסוף התהליך. בנוסף, למאסדרים יש תמריץ לקבל ייעוץ מה-OIA תוך כדי התהליך, מכיוון שיעוץ זה מספק להם גושפנקה מקצועית לצעדים שברצונם לקדם בפני הדרג הניהולי.⁷⁰

בבריטניה, ישנו מנגנון היועצות מוקדמת בלתי פורמלי ווולונטרי בלבד, שנעשה בו שימוש רחב, אך לא גורף. במסגרת מנגנון זה, ה-RPC מעודדים את המאסדרים לפנות בשלב מוקדם ככל האפשר להיועצות בכתב או לקיום פגישות בעל פה. ה-RPC מספקים חוות דעת כתובות לבקשת המאסדרים, שמטרתן לשפר את שלבי ההגשה הסופיים לבקרה. ניתן לקבל ייעוץ לא פורמלי כל עוד דוח ה-RIA אינו מתפרסם לציבור, אך אין הגדרה מדויקת למועד הפנייה או לאופן הפנייה ל-RPC להיועצות מוקדמת לא פורמלית.⁷¹ הנתונים מלמדים כי 40% מתהליכי ה-RIA מועברים ל-RPC לצורך היועצות מוקדמת.⁷² מעניין לציין כי בסוף שנת 2022 החלה להתבצע בחינה כוללת של מדיניות האסדרה במדינה,⁷³ ואחד הנושאים שעלו לבחינה הוא סוגיית ההיועצות המוקדמת.⁷⁴ משיתוף הציבור שנערך בנושא עולה תמיכה גורפת בהצעה לעגן את מנגנון ההיועצות המוקדמת,⁷⁵ וה-RPC אף הביעו עמדה שלפיה ההיועצות המוקדמת צריכה להיות חובה.⁷⁶

הרציונל מאחורי ההמלצה של ה-RPC הוא שהם מצאו כי קיימים פערים גדולים בנוגע לאיכות ה-RIA אם נערכה היועצות מוקדמת או לא. כך, בשנת 2021, בכל הנוגע להגדרת בעיה ובחינת חלופות, 100% מהתהליכים שביצעו היועצות מוקדמת קיבלו ציון "טוב" או "מספק", בהשוואה ל-68% מהתהליכים שלא עברו היועצות מוקדמת. ציונים גבוהים יותר היו גם בקריטריונים נוספים שה-RPC בוחן: השפעות רוחביות (81% לעומת 70%) ותוכנית בקרה והערכה בדיעבד של הצלחת האסדרה (90% לעומת 60%).

בהולנד, בשנת 2017 הוענק לראשונה ל-ATR המנדט להעניק ייעוץ מוקדם למאסדרים תוך כדי תהליך ה-RIA.⁷⁷ מנדט זה הוענק לרשות לאחר הערכה חיצונית שבוצעה בנוגע

- 70 ש.ם.
71 ראו באתר ה-RPC, לעיל ה"ש 54.
72 Stephen Gibson, *Scrutiny of Government Impact Assessments*, REGULATORY POLICY COMMITTEE BLOG, Gov.UK (Dec. 17, 2021) <https://did.li/GPRNf>.
73 DEPARTMENT OF BUSINESS, ENERGY, AND INDUSTRIAL STRATEGY, REFORMING THE FRAMEWORK FOR BETTER REGULATION (2021) <https://did.li/qEpa>.
74 ש.ם. יצוין כי בכלל סוגיה זו נבחנת גם השאלה האם היועצות מוקדמת תוכל לסייע בבחינה של חלופות שאינן אסדרה במסגרת תהליך גיבוש המדיניות. מדובר בנושא שראוי להידרש אליו, אולם הוא חורג ממסגרת מאמר זה.
75 ש.ם.
76 REGULATORY POLICY COMMITTEE, RPC RESPONSE TO THE GOVERNMENT CONSULTATION ON REFORMING THE FRAMEWORK FOR BETTER REGULATION (2021) <https://did.li/kVACN>.
77 Besluit van 17 mei 2017, Stb. 2017, 1 (Neth.), <https://bit.ly/4ejNkxy>

לתפקודה, שבמסגרתה נמצא שיש חשיבות בעירוב ה-ATR בשלב מוקדם יותר בתהליך גיבוש המדיניות כדי לסייע בבחינת חלופות, בעריכת ניתוח כמותי וכיוצא בזה.⁷⁸ לאורך השנים חלה עלייה עקבית בכמות הפניות להיוועצות מוקדמת עם ה-ATR, מ-4 פניות בחודש בממוצע עד למחצית השנייה של שנת 2017 (כניסת המנדט לתוקף), ועד ל-11 פניות בחודש בממוצע בשנת 2020.⁷⁹

בשוודיה אין כיום פרקטיקה של היוועצות מוקדמת. מאסדר מעביר את דוח ה-RIA ל-SBRC בסוף התהליך, וה-SBRC מכין חוות דעת ומפרסם אותה לציבור בסמוך לאישור מליאת הרשות ובמקביל לשליחתה למאסדר. כלומר, אין כל דיאלוג עם המאסדר לפני פרסום חוות הדעת, לא בשלב מוקדם ולא בשלב הסופי.⁸⁰ עם זאת, עמדת הארגון היא שצריך להשקיע הרבה יותר משאבים ותשומות בתמיכה תוך כדי תהליך ה-RIA, אך כרגע הדבר אינו מתאפשר בשל מחסור במשאבים. אחת ההצעות שהונחו לפתחה של הממשלה החדשה שנבחרה, נכון למועד קיום הראיון בשנת 2022, הייתה לקבל את התמיכה הדרושה בכדי להיות מעורבים בשלבים מוקדמים יותר בתהליך. לבסוף, אחת ההמלצות של הארגון לרשויות מקבילות בעולם היא להשקיע יותר משאבים בתמיכה בתהליך עצמו, ולא רק בבקרה בסוף.⁸¹

יש לציין כי באף אחת מהמדינות הנסקרות לא הוזכר, בין אם במידע שמפורסם לציבור ובין אם בשיח שהתקיים עם אנשי המקצוע מהמדינות האמורות, כי היוועצות מוקדמת כובלת את ידיו של המאסדר או של גוף הבקרה (Pre-ruling). למשל, אם גוף הבקרה והמאסדר קבעו בתחילת העבודה שמדובר בתהליך בגודל בינוני, אך בהמשך התברר כי מדובר בסוגיה מורכבת משסברו מלכתחילה, הרי שעל המאסדר מוטלת החובה להתאים את הניתוח למידע החדש שנאסף לאורך התהליך. מנגד, יש להניח שאם המאסדר פנה בשלב כלשהו בתהליך וקיבל חוות דעת ראשונית מגוף הבקרה על אודות העבודה שביצע, חוות הדעת לא תשתנה כל עוד הבסיס העובדתי לא השתנה אף הוא.

לבסוף, אין אזכור בקרב המדינות השונות שנבחנו לכך שהתייעצות מוקדמת מקצרת באופן כלשהו את הליך ההיוועצות הפורמלי בסוף התהליך. אומנם, ניתן להניח שכאשר גורמים בגוף הבקרה מכירים מקרוב את תהליך ה-RIA ואת תוצריו בשלבים מוקדמים, הרי שמשך העבודה בהכנת חוות דעת סופית יוכל להתקצר בהתאם. ואולם, הערך העיקרי מהתייעצות מוקדמת אינו נובע מקיצור כלשהו בלוחות הזמנים להתייעצות בסוף התהליך (הגם שזו תוצאה רצויה ואף סבירה כאמור). בסופו של יום, מנגנון ההיוועצות המוקדמת נועד בעיקרו לסייע למאסדרים לבצע את תפקידם על הצד הטוב ביותר, באמצעות מתן ייעוץ איכותי לאורכו של התהליך.

ATR, NAAR BETERE REGELS, LESSEN UIT 17 JAAR ACTAL (2017), 78
<https://bit.ly/3Xtw4A>

DUTCH ADVISORY BOARD ON REGULATORY BURDEN, ANNUAL REPORT 2020 (2020), 79
<https://bit.ly/3XICqvZ> (להלן: דוח שנתי הולנד).

80 ראיון עם נציגת ה-SBRC, לעיל ה"ש 59.

81 שם.

בישראל, החשיבות בהיוועצות מוקדמת עם הרשות עלה באופן בולט בראיונות שקיימנו עם מובילי מדיניות אסדרה. 13 מובילים מתוך 15 רואים בכך כלי חשוב בידי הרשות להשפיע לטובה על תהליך ה-RIA ולסייע ביצירת תרבות ארגונית חיובית בנוגע לתהליכים אלו. שני מובילים נוספים סבורים שההיוועצות המוקדמת לא צריכה להיעשות בהכרח מול הרשות, אלא ניתן להסתפק בהיוועצות עם המוביל במשרד במרבית המקרים.⁸² מודל רווח נקי אינו כולל היוועצות מוקדמת, משום שבתור ארגון חיצוני – העמותה חשופה לאסדרה, ככלל, רק לאחר פרסומה (הגם שבמקרים מסוימים מאסדרים פונים לעמותה עוד במהלך גיבוש האסדרה על מנת לקבל הכוונה). עם זאת, מנתוני רווח נקי עולה כי ארבעה מתוך חמישה משרדים שהציגו את השיפור המשמעותי ביותר בציונים של תהליכי ה-RIA ביחס לשנים קודמות שבו פעל הפרויקט נעזרו באופן אקטיבי בחוות הדעת של העמותה וקיימו דרישה עם נציגיה. בשנת 2021 ניתן לציין את משרד המשפטים (עלייה של 43% בציון הממוצע), רשות התעופה האזרחית (24%), משרד האנרגיה (24%) והמשרד להגנת הסביבה (11%).⁸³ ואילו בשנת 2022, ניתן לציין את משרד האנרגיה (עלייה של 36% נוספים) והמשרד להגנת הסביבה (13%).⁸⁴ ניתן להקיש מכך מסקנות לגבי החשיבות בשיתוף פעולה אקטיבי עם גורמי הבקרה לתהליכי RIA עתידיים, אל מול מצב שבו לא מתקיים כלל שיח בין המאסדר לבין גוף הבקרה.

אם כך, מהדיון שלעיל עולה כי בכלל המודלים קיימת, בתצורה כזו או אחרת, היוועצות מוקדמת. באשר לעיתוי הרצוי לבקרה זו, ישנן כמה פרקטיקות מקובלות.

(ב) העיתוי לבקרה מוקדמת

הפרקטיקה הראשונה גורסת שההיוועצות צריכה להיות בשלב מוקדם מאוד בתהליך, בשלב ההחלטה האם נדרש RIA ומהו היקף העבודה הנדרש,⁸⁵ בדומה למודל הנהוג באוסטרליה. הפרקטיקה השנייה גורסת כי ההיוועצות צריכה להיות בשלב ביניים, לאחר שנעשתה כבר עבודה על ידי המאסדר, כאשר השלבים המהותיים להיוועצות הם לאחר הגדרת הבעיה וגיבוש החלופות, ולפני היציאה לשיתוף ציבור.⁸⁶ הנחת העבודה היא שזהו שלב שבו נעשתה עבודה משמעותית על ידי המאסדר שתשמש כבסיס לדיון, אך מצד שני לא התקבלה כל הכרעה ויש עוד מקום לשפר את התהליך ואת בסיס המידע.

חיזוק לגישה זו קיים בנתונים מתוך פרויקט "תו איכות RIA" של עמותת רווח נקי. כך, במסגרת הדוחות השנתיים לשנים 2020 ו-2021, ביצעה העמותה ניתוח סטטיסטי לפי שיטת Principal Component Analysis (PCA) שנועד לנבא אילו קריטריונים הם בעלי ההשפעה הגבוהה ביותר על הציון הסופי של דוח RIA. במסגרת הניתוח, נמצא כי הקריטריונים

82 פגישות מס' 7 ר-8.

83 דוח 2021, לעיל ה"ש 6, בעמ' 33.

84 עמותת רווח נקי **דוח מסכם לשנת 2022** (2022) <https://did.li/ClX5q> (להלן: דוח 2022).

85 פגישה מס' 6; ראיון עם נציגי ה-OIA, לעיל ה"ש 58.

86 פגישות מס' 9 ר-4.

בקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה (RIA) –
הצעה למודל יישומי עבור רשות האסדרה

“הגדרת הבעיה”, “ניתוח הבעיה” ו”גיבוש חלופות” מנבאים בצורה הטובה ביותר את הציון הסופי בתהליך.⁸⁷ מכאן הגיעה העמותה למסקנה שהיוועצות מוקדמת עם הגוף המבקר בסמוך ולאחר ביצוע שלבים אלו יכולה להשפיע באופן משמעותי על איכות התהליך כולו.⁸⁸

הפרקטיקה השלישית גורסת כי אין טעם לקבוע שלב פורמלי להיוועצות. ראשית, משום שאיקביעת מועד קשיח מאפשרת שירותיות מצד הרשות לצרכים של המאסדרים בכל שלב בתהליך.⁸⁹ שנית, משום שתהליכי העבודה אצל חלק מהמאסדרים לא מספיק מתודולוגיים כדי לעמוד בדרישות הפורמליות של תהליך ה-RIA, או שישנם צרכים שונים לכל מאסדר בהתאם לתחום שעליו הוא מופקד. לכן, עדיף לקיים פגישות שוטפות בין המובילים והמאסדרים שיבחרו בכך לבין הרשות בהתאם לצורכיהם.⁹⁰

יצוין, כי גישות אלו אינן סותרות זו את זו, וניתן לשלב ביניהן. לדוגמה, ניתן לקבוע מועדי היוועצות פורמליים (אך לא מחייבים) בתחילת התהליך ובמהלכו (לאחר שלב גיבוש החלופות) כדי להבטיח שהדיון עם הרשות יהיה פרודוקטיבי. ה”פורמליות” במקרה זה באה לידי ביטוי בהגדרה ברורה ושקופה בנוגע לשלב הוולונטרי שבו ניתן לפנות לרשות, לאופן הפנייה, להמלצות שהמאסדר יקבל מהרשות, לתיעודף בטיפול ועוד. במקביל, ניתן לאפשר למאסדרים ומובילים לפנות באופן חופשי לרשות בכל התלבטות בנוגע לתהליכי ה-RIA שהם מקיימים. ככל שיהיה עומס פניות לרשות, היא תוכל לתעדף מאסדרים שיפנו בשלבי ההיוועצות הפורמליים.

(ג) המודל המוצע לעניין ההיוועצות המוקדמת

מסקנת הדיון היא כי חובת ההיוועצות המאוחרת, הפורמלית (דהיינו, המעוגנת בחוק) אינה מספקת לשם הבטחת תכליות הבקרה. זאת משום שתחת חובת היוועצות צרה זו, היכולת להשפיע ולשפר את התהליך המבוקר נותרת מצומצמת, מכיוון שהתהליך כבר הסתיים.⁹¹ בנוסף, מהמודלים שנסקרו עולה כי בקרה שמגיעה רק בסוף התהליך מובילה לעיתים לתסכול בקרב מקבלי ההחלטות, מאחר שהם כבר ביצעו את כל העבודה וכעת מצופה מהם “לחזור אחורה” ולשקול מחדש סוגיות שהוכרעו לפני זמן רב, במטרה לשפר את חוות

87 דוח 2021, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 55–56. לפירוט על אודות רשימת הקריטריונים במתודולוגיית הבקרה של עמותת רווח נקי עד לסוף שנת 2022 ראו בעמ’ 72–73.

88 יצוין כי בנתוני שנת 2022 חל שינוי קל בתוצאות, והקריטריונים “החלטה” ו”השוואת חלופות ובחירה” עלו מעט ונמצאים במקום השני והשלישי. אולם, אלו קריטריונים שמתייחסים לשלב מאוחר מאוד בתהליך ה-RIA, והציון בהם מתבסס למעשה על הניתוח שנערך בשלבים מוקדמים יותר, כך שנתון זה אינו משפיע באופן משמעותי על המסקנה. ראו דוח 2022, לעיל ה”ש 84.

89 פגישה מס’ 5.

90 פגישה מס’ 1.

91 פגישה מס’ 10.

הדעת של הרשות באופן מלאכותי.⁹² נתון זה חשוב במיוחד בשים לב לעובדה שבהיעדר סנקציות שביכולתה להטיל, הרשות תלויה, כאמור, בשיתוף הפעולה של המאסדרים. לפיכך, נמליץ למליאת הרשות לממש את הסמכות המוקנית לה בסעיף 22(4) לחוק, ולקבוע בהנחיות את האופן שבו מאסדרים יוכלו לפנות אליה.⁹³ עוד נמליץ על קביעת שני מועדים להיוועצות זו – טרם תחילת התהליך ובאמצע התהליך. כמו כן, נמליץ לרשות לאפשר למאסדרים לפנות אליה באופן חופשי להיוועצות בלתי פורמלית, כתלות במשאבי הרשות וברצון המשרדים.

לצד עקרונות אלו נבקש להתייחס לכמה דגשים יישומיים.

ראשית, אין מקום לפרסם לציבור את המידע שמועבר במסגרת תהליך ההיוועצות המוקדמת.

מסקנה זו נתמכת בהוראות חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998 שלפיהן רשות אינה מחויבת לפרסם לציבור מידע על אודות מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב וכן מידע על אודות דיונים פנימיים.⁹⁴ אף מובילי מדיניות האסדרה שאיתם שוחחנו הדגישו את החשיבות בסודיות תהליך ההיוועצות המוקדמת, על מנת לאפשר שיח פתוח בין המאסדרים לרשות על דילמות מקצועיות ועל פשרות הכרחיות בתהליך.⁹⁵ עם זאת, הרשות יכולה לציין בדוחות השנתיים או בחוות הדעת שלה אם מאסדר פלוני קיים עימה היוועצות מוקדמת.

שנית, יש לייצר מבנה ארגוני ברשות המבוסס על רפרנט קבוע לכל משרד לצורך ביצוע ההיוועצות המוקדמת.

למעשה, היוועצות מוקדמת כרוכה במעורבות גבוהה של עובדי הרשות בתהליך העבודה במשרד. בהתאם, מובילי מדיניות האסדרה שאיתם שוחחנו הדגישו את החשיבות של יצירת מערכת יחסים המבוססת על אמון עם המשרדים, וכן היכרות עם עולם התוכן המקצועי ועם האילוצים והמגבלות שעומדים כל משרד מתמודד.⁹⁶

לפיכך, המלצתנו היא יצירת מבנה ארגוני ברשות המבוסס על רפרנט קבוע לכל משרד על מנת שתהיה כתובת אחת ברורה לסוגיות שעומן כל משרד מתמודד.

שלישית, רצוי לתת תמריצים לביצוע היוועצות מוקדמת עם הרשות.

יש מקום להניח שלמרות היתרונות הגלומים בהיוועצות מוקדמת (שיפור התהליך, צמצום מספר חוות הדעת המצביעות על פגם מהותי), פרקטיקה זו לא תיושם באופן גורף בימיה הראשונים לפעילותה של הרשות. לצורך כך על הרשות לבסס את מעמדה כגורם מקצועי ומסייע בתהליך. בהתאם לכך, נכון לעמדתנו להעניק מעין "תמריצים" למאסדרים שיבחרו לקיים את הפרקטיקה הזו.

92 פגישות מס' 9, 15.

93 ראו ס' 22(4) לחוק.

94 ראו ס' 9 לחוק חופש המידע.

95 פגישות מס' 2 ר'3.

96 פגישות מס' 2 ר'3.

בקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה (RIA) – הצעה למודל יישומי עבור רשות האסדרה

לפיכך, נמליץ לרשות לתעדף הכנת חוות דעת לתהליכי RIA שלגביהם נערכה היוועצות מוקדמת, וכן לקבוע מועד קצר מהמועד הקבוע בחוק למסירת חוות דעתה.⁹⁷ בנוסף, הרשות תוכל להציע תמיכה של משאבים וכוח אדם בתהליכים שבהם הייתה שותפה.

2. מתודולוגיה לבקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה

מתודולוגיית הבקרה היא הליכה המקצועית של עבודת הרשות כגוף מבקר. מכאן, שמתודולוגיית הבקרה צריכה לשקף בצורה הנאמנה ביותר את איכות התהליך שביצע המאסדר, לשם הגשמת מטרות החוק – קידום אסדרה מיטבית.⁹⁸ בסעיף 7(4) לחוק עקרונות האסדרה מעוגנת סמכות הבקרה המאוחרת של הרשות – לייעץ למאסדרים לעניין איכות תהליכי הערכת השפעות האסדרה שביצעו. בסעיף 22 לחוק מוקנית למליאת הרשות סמכות לקבוע הנחיות בעניינים שונים, כאשר לענייננו רלוונטי סעיף 22(1), שלפיו הרשות תקבע את: "אמות המידה שלפיהן תבחן הרשות דוחות הערכת השפעות אסדרה".⁹⁹ בפרק זה נבקש לצקת תוכן לסעיף זה, ולהציע לרשות שיטת פעולה, דהיינו, מתודולוגיה מומלצת לטובת ביצוע הבקרה.

(א) מהן מתודולוגיות הבקרה הנהוגות במודלים הנסקרים?

נציג את מנגנוני הבקרה השונים הנהוגים במדינות הייחוס, תוך עמידה על הקווים המשותפים והמפרידים בין כל אחד מהמקומות שנסקרו.

ביחס לכל מודל נתייחס לכמה נושאים: מידת הפירוט של המתודולוגיה; אופן החלוקה לקטגוריות איכות; שיטת קביעת האיכות ומידת הסובייקטיביות שלה; ומידת הפירוט של חוות הדעת שמפורסמת לציבור. לבסוף, נציג את הממצאים בטבלה מסכמת.

באוסטרליה, ה-OIA עורך בקרה דרשלבית בסוף התהליך. בשלב הראשון הוא מעביר למאסדר טיוטה מלאה של חוות דעתו, תוך מתן אפשרות להתייחס להערות שניתנו ולתקן את הדוח בהתאם. בשלב השני, ה-RIA נשלח שוב ל-OIA על ידי המאסדר, בצירוף מכתב מגורם בכיר במשרד המאשר שה-RIA נעשה בהתאם להנחיות הממשלה בנושא. חוות הדעת המפורסמות לציבור בסוף התהליך הן תמציתיות וכוללות בדרך כלל פסקה קצרה שמסבירה את עיקרי הליקויים בתהליך. שאר החומרים מועברים ישירות למאסדר הרלוונטי, ואינם מפורסמים לציבור.¹⁰⁰

מבחינת תהליך ותוצאות הבקרה, ה-OIA מבצע הערכה שמחולקת לשני חלקים. החלק הראשון הוא איכות הניתוח, המורכב מתשעה קריטריונים מנחים לבדיקה. לדוגמה: "האם העלויות והתועלות של כל החלופות נותחו באופן ברור ואובייקטיבי". החלק השני הוא

97 ראו ס' 21(ג) ר(ד) לחוק.

98 ראו שם, ס' 1; וכן לגבי היחס בין תהליך ה-RIA והביקורת עליו לאיכות האסדרה, ראו המקורות המובאים, לעיל ה"ש 22.

99 ראו ס' 22(1) לחוק.

100 ראיון עם נציגי ה-OIA, לעיל ה"ש 58.

איכות תהליך העבודה, המורכב משישה קריטריונים מנחים לבדיקה. לדוגמה: "האם נשלח ל-OIA תקציר מנהלים של ה-RIA, המשקף בצורה טובה את האמור בדוח". הציון הסופי מושפע הן מההערכה של איכות הניתוח, הן מההערכה של איכות התהליך, אך ההערכה של איכות התהליך יכולה להוריד את הציון כלפי מטה, ולא להעלות אותו.

תוצאות הבקרה באוסטרליה מחולקות לארבע קטגוריות: "פרקטיקה לדוגמה"; "פרקטיקה טובה"; "פרקטיקה מספקת"; ו"פרקטיקה לא מספקת". אם התוצאה היא פרקטיקה שאינה מספקת, והמאסדר בוחר להמשיך בקביעת האסדרה, עליו לבצע הערכה בדיעבד של האסדרה בחלוף שנתיים מקביעתה.¹⁰¹

תשעת הקריטריונים המנחים לבדיקה, אשר עליהם מתבסס ה-OIA, אינם מפורטים ואינם כוללים שאלות משנה. מודל זה מאפשר שיקול דעת רחב יחסית לגורם שמבצע את הבקרה, וכך תיתכן הטיה בבדיקה, כתלות בסובייקט המבצע את ההערכה. בראיון שקיימנו עם נציגי ה-OIA הם התייחסו לחשש זה וצינו כי הם נותנים לו מענה בשני מישורים. ראשית, הניסיון המצטבר של הארגון וההיכרות עם תהליכים רבים מקנה, לעמדתם, סטנדרטים אחידים יותר בין הגורמים המבקרים. שנית, במסגרת תהליך הבקרה נעשית ביקורת עמיתים פנימית שמסייעת בבסיס חוות הדעת. לבסוף הם ציינו כי בימים אלו הם מפתחים מודל בקרה מפורט יותר, כדי לענות בין השאר על קושי זה.¹⁰² עוד יצוין כי ה-OIA מפרסם דוחות שנתיים עם פירוט על התהליכים שהוא ניתח בשנה החולפת.¹⁰³

בבריטניה, מתודולוגיית הבקרה של ה-RPC מורכבת משבעה קריטריונים, המחולקים ל-20 שאלות מנחות איכותניות.¹⁰⁴ בהתאם, חוות הדעת שמתפרסמות מפורטות מאוד וכוללות הערות לשיפור התהליך.¹⁰⁵

החל משנת 2020, תוצאות הבקרה מחולקות לחלקים "פורמלי" ו"בלתי פורמלי". ההיבט ה"פורמלי" מתייחס לסוגיות שה-RPC מחויב לפרסם בחוות דעתו לפי החוקים וההנחיות הרלוונטיים (העלות נטו המוטלת על עסקים והערכת ההשפעה על עסקים קטנים וזעירים), כאשר הציון בחלק זה הוא ירוק ("עובר") ואדום ("לא עובר"). לעומתו, ההיבט ה"בלתי פורמלי" מתמקד בהיבטים תהליכיים שנותנים אינדיקציה למאסדרים, לקובעי

101 User Guide to the Australian Government, לעיל ה"ש 69; מנגנון הערכה בדיעבד של אסדרה נועד לוודא שהאסדרה השיגה את מטרותיה בפועל, לאחר יישומה בשטח. ראו בעניין זה OECD, Improving Regulatory Governance: Ex Post Evaluation, in: Improving Regulatory Governance: Trends, Practices and the Way Forward (2017); <https://bit.ly/3Y9h0GT>; וכן ראו באימוץ הישראלי של מנגנון ההערכה בדיעבד ס' 24 לחוק, העוסק בבחינה תקופתית של אסדרה לאחר קביעתה.

102 ראיון עם נציגי ה-OIA, לעיל ה"ש 58.

103 ראו פירוט על אודות הדוחות התקופתיים באתר ה-OIA: OIA, Summary Reports, DEPARTMENT OF THE PRIME MINISTER AND CABINET, <https://bit.ly/4a6jwCD>.

104 ראו את פירוט הקריטריונים באתר ה-RPC: RPC, Regulatory Policy Committee: Recommendations Used When Scrutinising Impact Assessments, GOV.UK (May 29, 2014) <https://did.li/0WRCN>.

105 ראו דוגמה לחוות דעת באתר ה-RPC: RPC, Energy Prices Bill, GOV.UK (Nov. 1, 2022) <https://bit.ly/3DwRNfR>.

בקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה (RIA) – הצעה למודל יישומי עבור רשות האסדרה

מדיניות, ולציבור, לגבי איכות הרכיבים המרכזיים בתהליך ה-RIA. ארבע הסוגיות שנבחנו בחלק זה הן הגדרת בעיה וחלופות; ניתוח עלות תועלת; השפעות רוחב של האסדרה; מעקב, מדידה והערכה. הציון עבור חלק זה מחולק לארבע רמות: טוב, מספיק, חלש וחלש מאוד.¹⁰⁶

נוסף על חוות הדעת, RPC מפרסם דוחות שנתיים הכוללים נתונים על השנה שחלפה, תוצאות של סקר שנתי שנשלח למאסדרים בנוגע לרמת התפקוד של ה-RPC בעיניהם, המלצות מדיניות בנושאים שונים, מסמכי הנחיה שונים ומקרי בוחן לדוגמה מעבודתם.¹⁰⁷ **בשוודיה**, החל משנת 2015,¹⁰⁸ ה-SBRC בוחן דוחות RIA לפי 15 קריטריונים מנחים,¹⁰⁹ בהתאם להנחיית הממשלה השוודית בנושא.¹¹⁰ חוות הדעת שמתפרסמות מפורטות מאוד עם המלצות לשיפור.¹¹¹ ככלל, הבקרה של SBRC נעשית על פי קריטריונים יחסית כלליים על מנת לאפשר מרחב גמישות לניתוח תהליכי RIA שונים.

ה-SBRC קובע לגבי כל אחד מהקריטריונים אם הניתוח עמד בדרישות, ולאחר מכן משקללים הקריטריונים ונקבע האם התהליך כולו עמד בדרישות. אין נוסחה קבועה כלשהי לשקלול הקריטריונים לכדי ציון סופי, אלא הדבר נעשה על בסיס שיקול דעת ויכול להשתנות בין תהליך RIA אחד למשנהו. מודל זה זכה לביקורת, שלפיה היעדרו של מודל בקרה רשמי ושקוף עלול להוביל לפערים בין חוות דעת שונות ולפערים כתלות בהרכב המועצה של ה-SBRC.¹¹²

ה-SBRC מפרסם דוחות שנתיים המסכמים את תוצאות תהליכי הבקרה בשנה החולפת. בסוף שנת 2021 החל ה-SBRC בביצוע הערכה מקיפה לאפקטיביות של חוות הדעת שהוא מכין עבור המאסדרים, הן ברמת הצורה והן ברמת התוכן.¹¹³ נכון לסוף דצמבר 2023, טרם פורסמו תוצאות הערכה זו.

- 106 ראו הסבר על המתודולוגיה באתר ה-RPC: *RPC, RPC Launches New Opinion Templates*, Gov.UK (Jan. 5, 2021) <https://bit.ly/3KiRzgp> תהליכי ה-RIA בבריטניה בהתאם למתודולוגיה המתוארת. ראו כאן: Regulatory Policy Committee, CORPORATE REPORT (2023) <https://did.li/8P45q>.
- 107 ראו את פירוט הפרסומים באתר ה-RPC: *RPC, Publications*, Gov.UK (Apr. 12, 2019) <https://bit.ly/3q6Ne90>.
- 108 לפני 2015, מספר הקריטריונים לבחינה היה מעט מצומצם יותר. ראו SWEDISH BETTER REGULATION COUNCIL, ANNUAL REPORT (2015) <https://bit.ly/3Qg1bfm>.
- 109 SWEDISH BETTER REGULATION COUNCIL, ANNUAL REPORT (2021) <https://bit.ly/3YdxKN3> (להלן: SWEDISH ANNUAL REPORT 2021).
- 110 להנחיית הממשלה השוודית בנושא, ראו Föroordning om konsekvensutredning vid regelgivning (Svensk författningssamling [SFS] [Swedish Code of Statutes] 2007:1244) (Swed.) <https://did.li/mIBrl>.
- 111 ראו דוגמה לחוות דעת שמתפרסמת על ידי ה-SBRC: *SBRC, Yttrande över Om prövning och omprövning – en del av den gröna omställningen (SOU 2022:33)*, REGELRÅDET.SE (Sept. 14, 2022) <https://bit.ly/3Odqs7r>.
- 112 REG61 WATCH CASE STUDIES, לעיל ה"ש 61.
- 113 SWEDISH ANNUAL REPORT 2021, לעיל ה"ש 109, בעמ' 11.

בהולנד, עם הקמת ה-ATR ב-2017, שנועד לבחון בעיקר את ההשפעות הכלכליות על עסקים ולסייע למאסדרים תוך כדי תהליך גיבוש האסדרה,¹¹⁴ נקבע מודל בקרה המורכב מ-4 שאלות מנחות פורמליות בלבד. המיקוד של שאלות אלו הוא לוודא שנבחנו כל האפשרויות לפני קביעת אסדרה חדשה, ושנבחרה החלופה עם הנטל האסדרתי הנמוך ביותר (וככל שלא – האם ניתנה לכך הצדקה מספיק טובה).¹¹⁵ חוות הדעת שמפרסם ה-ATR מפורטות,¹¹⁶ כאשר ציוני הבקרה הם למעשה ארבע תוצאות אפשריות: השתיים הראשונות הן תוצאות חיוביות, "ניתן להתקדם ללא שינויים" ו"ניתן להתקדם לאחר שינויים קלים", והשתיים האחרונות הן תוצאות שליליות, "לא ניתן להתקדם ללא ביצוע שינויים משמעותיים" ו"לא ניתן להתקדם". מודל הבקרה מפרט גם דוגמאות לתרחישים שבהם יינתן כל ציון. למשל, ה-ATR קובע שלא ניתן להתקדם באחד מהמקרים הבאים: כשהבעיה לא הוגדרה; חקיקה אינה הכלי המתאים לטיפול בבעיה; לא נערכה בחינה של חלופות נוספות למדיניות; בקושי נבחנו השלכות המדיניות במונחים כמותניים או איכותניים.¹¹⁷ בדומה לרשויות האחרות שנסקרו, אף ה-ATR מפרסם דוחות שנתיים.¹¹⁸

בישראל, מודל הבקרה של העמותה הורכב מתשעה קריטריוני בדיקה קבועים, בעלי משקל שונה בציון הסופי בהתאם למידת החשיבות שלהם, כאשר הציון של כל קריטריון הורכב מציונים של כמה תתי-קריטריונים (34 תתי-קריטריונים בסך הכול). כל דוח נבחן על ידי שניים עד שלושה אנשי מקצוע. לעיתים קרובות מתקיים שיח עם המאסדר או המוביל תוך כדי כתיבת דוח הביקורת. מנגנון הניקוד קשיח יחסית ומפרט טווח ניקוד אפשרי לכל קריטריון. בנוסף, ניתן לקבוע מראש שקריטריון כלשהו לא ייכלל בציון אם הוא נמצא כלא רלוונטי בתהליך RIA מסוים.

תוצאות הניתוח כוללות ציון מספרי הנע בין 0–50, כאשר ציון בין 0 ל-20 (לא כולל) נחשב לתהליך באיכות נמוכה (קטגוריה אדומה – "לא עובר", יש לשפר את התהליך לפני קידום האסדרה); ציון בין 20 ל-35 (לא כולל) נחשב לתהליך באיכות בינונית (קטגוריה צהובה – "עובר", אך מומלץ לשפר היבטים בתהליך לפני קידום האסדרה); וציון בין 35 ל-50 נחשב באיכות גבוהה (קטגוריה ירוקה – תהליך איכותי וראוי לציון). בנוסף, תהליך ה-RIA מסווג על ידי העמותה לתהליך בעל השפעה משקית קטנה, בינונית או גדולה.¹¹⁹ תוצאות הניתוח נשלחות למאסדרים יחד עם הזמנה לשיח, כאשר ניתנת להם אפשרות

ECD, EX ANTE REGULATORY IMPACT ASSESSMENT: NETHERLANDS (2020) 114
<https://bit.ly/43MbFGs>

דוח שנתי הולנד, לעיל ה"ש 79. 115

ראו דוגמה לחוות דעת שמפרסם ה-ATR: *ATR, Implementatiewet zesde richtlijn* : *motorrijtuigenverzekering*, ATR-REGELDRUK.NL (Nov. 4, 2022) <https://bit.ly/4eheNk1> 116

דוח שנתי הולנד, לעיל ה"ש 79, בעמ' 25. 117

שם. 118

עד סוף 2022, השפעה משקית נקבעה על ידי עמותת רווח נקי על פי הקריטריונים הבאים: עלות משקית, גודל ציבור המפוקחים ואופיו, השפעה על מבנה השוק המפוקח, קביעת חובת רישוי והשפעה על התחרות. 119

לערער על התוצאות. בדומה לנהוג במדינות הייחוס, רווח נקי אף היא מעבדת את הנתונים שנאספו ומציגה את מסקנותיה בדוח אחת לשנה.¹²⁰

בראיונות עם מובילי מדיניות אסדרה בישראל, המובילים התבקשו להתייחס למודל הבקרה של רווח נקי. ככלל, הובעה תמיכה רחבה בקיומה של מתודולוגיה מפורטת ושקופה עם חלוקה לציונים וקטגוריות לפי שיטה ברורה, להבדיל ממתודולוגיה שמבוססת על שאלות מנחות כלליות והשאר שיקול דעת רחב יותר לגורם המבצע את הבקרה. כך, 13 מתוך 15 מובילים תומכים במתודולוגיה מפורטת, המאפשרת להתחקות אחר שיקול הדעת של מבצע הבחינה ומסייעת להבין כיצד ניתן להשתפר, כאשר ישנם מובילים שמשתמשים בחוות הדעת ככלי הדרכה לכל דבר ועניין.¹²¹ לצד זאת, חלק מהמובילים מציינים שיש יותר מקום להפעלת שיקול דעת בעת הבחינה, על מנת לקבוע האם קריטריון מסוים רלוונטי לתהליך ה-RIA הספציפי שנבחן ולהימנע ממיקוד בהיבטים שוליים שבסופו של דבר משפיעים על הציון הסופי.¹²² למרות התמיכה במודל מפורט, חלק מהמובילים הציעו לצמצם מעט את מספר קריטריוני המשנה, כדי לפשט ולמנוע חזרתיות.¹²³

בנוסף, במסגרת הראיונות, ככלל, הובעה תמיכה במודל הציונים שבו משתמשת העמותה.¹²⁴ במסגרת הראיונות, הוצע לחלק את קטגוריות האיכות לארבע במקום לשלוש, מאחר שחלוקה לשלוש קטגוריות בלבד מובילה לכך שקיימת שונות מאוד גדולה באיכות בתוך כל קטגוריה. לדוגמה, תהליך RIA שקיבל ציון 21 ייכלל בקטגוריה בינונית לצד תהליך שקיבל ציון של 34.¹²⁵

120 ראו בדוחות שנתיים של עמותת רווח נקי, לעיל ה"ש 6 ר84.

121 למשל פגישות מס' 3, 8, 10.

122 פגישות מס' 1, 2, 4, 5, 7, 8.

123 פגישות מס' 9, 10, 11.

124 בין המובילים, בפגישות 1, 2, 3, 5, 6, 8, 11, 13 הובעה תמיכה במודל הציונים (מעל 50%). שלוש מובילים התנגדו (פגישות 7, 14, 15), אך אחד מהם ציין שמודל הציונים יתאים בשלב מאוחר יותר, לאחר שהמאסדרים יצברו ניסיון במתודולוגיה. לארבעה מובילים נוספים לא הייתה עמדה מפורשת לעניין מודל הציונים (פגישות 4, 9, 10 ר12).

125 פגישה מס' 11.

(ב) סיכום ביניים – הצגת המתודולוגיות שנסקרו וניתוח המסקנות העולות ממנה

להלן מוצגים עיקרי הממצאים בטבלה משווה:

מידת פירוט חוות הדעת שמפורסמת	שיטת קביעת האיכות	אופן החלוקה לקטגוריות איכות	פירוט קריטריוני הבדיקה	
מצומצמת – מכתב קצר עם שורות תחתונות, ללא נימוקים.	סובייקטיבית – קטגוריות האיכות מבוססות על התרשמות הקורא, ללא קווים מנחים ברורים.	ארבע קטגוריות איכות, הקטגוריה הנמוכה ביותר היא "לא עובר".	מצומצם – 9 קריטריוני בדיקה. ¹²⁶	אוסטרליה
מפורטת – כוללת הערות לשיפור על היבטים שונים בתהליך.	סובייקטיבית – קטגוריות האיכות מבוססות על התרשמות הקורא, ללא קווים מנחים ברורים.	ציון פורמלי – בינרי (עובר או לא עובר) ציון לא פורמלי – ארבע קטגוריות איכות, מתוכן רק הקטגוריה הנמוכה ביותר היא "לא עובר".	בינוני – 20 קריטריוני בדיקה.	בריטניה
מפורטת – כוללת הערות לשיפור על היבטים שונים בתהליך.	סובייקטיבית – קטגוריות האיכות מבוססות על התרשמות הקורא, ללא קווים מנחים ברורים.	ארבע קטגוריות איכות, שתי הקטגוריות הנמוכות הן "לא עובר".	מצומצם מאוד – 4 קריטריוני בדיקה.	הולנד

126 לדברי נציגי הארגון נבחן בימים אלו מודל מפורט יותר. ראו ראיון עם נציגי ה-OIA, לעיל ה"ש 58.

מידת פירוט חוות הדעת שמפורסמת	שיטת קביעת האיכות	אופן החלוקה לקטגוריות איכות	פירוט קריטריוני הבדיקה	
מפורטת – כוללת הערות לשיפור על היבטים שונים בתהליך.	סובייקטיבית – קטגוריות האיכות מבוססות על התרשמות הקורא, ללא קווים מנחים ברורים.	בינרי – עובר או לא עובר	בינוני – 15 קריטריוני בדיקה.	שוודיה
מפורטת – כוללת הערות לשיפור על היבטים שונים בתהליך.	שיטה אחידה – מערכת ציונים לכל קריטריון שמשוקלים לכדי ציון סופי.	שלוש קטגוריות איכות	מפורט – 34 קריטריוני בדיקה	עמותת רווח נקי

מהטבלה שלעיל, כמו גם מפרק הסקירה המילולית, ניתן להסיק כמה מסקנות. ראשית, מידת הפירוט של המתודולוגיה משתנה בין המדינות שנסקרו, כאשר ניכר כי המתודולוגיה של רווח נקי היא ברמת הפירוט הגבוהה מכולן (אך אוסטרליה מפתחת בימים אלו מודל מפורט). שנית, במרבית מדינות הייחוס מערכת הדירוג מחולקת לארבע קטגוריות (בבריטניה רק המערכת הבלתי פורמלית), מלבד מודל רווח נקי שלפיו ישנן שלוש קטגוריות, ושוודיה שמקיימת מערכת בינרית של עובר או לא עובר בלבד. שלישית, שיטת קביעת הניקוד יחסית סובייקטיבית ברוב המודלים שנסקרו, ונראה שההערכה הסופית של הציון תלויה בפרמטרים גמישים, כך שאמות המידה לקביעת הציון הסופי אינן מוחלטות. לעומת זאת, רווח נקי מחזיקה במנגנון ניקוד קשיח. רביעית, בכלל המדינות מפורסמת לציבור חוות דעת מפורטת, למעט אוסטרליה.

לבסוף, ניכר כי כל המדינות מבצעות הערכה תקופתית של מודל הבקרה שלהן ועורכות שינויים בהתאם למסקנותיו, וכן מפרסמות דוחות שנתיים עם נתונים ומידע על אודות פעילותן בשנה החולפת, לרבות מידע מצרפי על אודות איכות תהליכי ה-RIA.

(ג) מתודולוגיית הבקרה המוצעת לרשות האסדרה

בפתח הדברים נציין, כי כמו כל תכנית טובה, גם כאן, נציע כי המתודולוגיה המומלצת תהא בבחינת "בסיס לשינויים". זאת, באמצעות עדכונה בהתאם לתובנות שיעלו מבחינות תקופתיות שלה אל מול תוצרי ה-RIA, ובשים לב לאופן שבו היא נתפסת בקרב קהלי היעד

השונים שלה (מאסדרים, נבחרי ציבור והציבור הרחב).¹²⁷ בחינה עתית זו חשובה נוכח הקושי הקיים במדידה והערכה של הקשר בין מתודולוגיית הבקרה לבין איכות תהליך ה-RIA,¹²⁸ אשר מצטרף לקושי הכללי בעמידה על קשר סיבתי בין תהליך RIA לאיכות האסדרה.

אם כך, נציג כעת את העקרונות הרצויים, לשיטתנו, למתודולוגיית הבקרה של רשות האסדרה, בשים לב לממצאים שהובאו לעיל.

לעניין רמת הפירוט, נמליץ לגבש מתודולוגיה עם רמת פירוט גבוהה יחסית בהתאם להתייחסות החיובית הגורפת מצד המובילים לעניין זה. כמו כן, נמליץ לאמץ שיטת ניקוד מספרי לכל סעיף, שבמסגרתה האופן שבו מתגבש הציון הסופי של תהליך ה-RIA יהיה שקוף למאסדרים ולקוראי חוות הדעת. במודל זה הוצגה כאמור תמיכה רחבה מאוד בקרב מובילי מדיניות האסדרה, והוא אף נבחן לאימוץ כיום באוסטרליה.

לעניין מערכת הדירוג, נמליץ לרשות לסווג את איכות תהליכי ה-RIA לארבע קטגוריות איכות, משום שנמצא כי הן משקפות באופן ברור את ההבדלים באיכות התהליכים. הקטגוריה הנמוכה ביותר מתוך הארבע תוגדר כפגם מהותי לפי החוק.¹²⁹ פרקטיקה זו נהוגה בעולם ונתמכת גם בהתייחסויות שהתקבלו ממובילי מדיניות האסדרה.

לעניין שיטת קביעת הניקוד, נמליץ לרשות להיצמד למנגנון קשיח יחסית, הכולל הענקת ניקוד לכל קריטריון, עד לקבלת ציון סופי לכלל התהליך. לעמדתנו, לא ניתן לדבוק במודל בקרה מפורט שלא כולל ציון מספרי, משום שזהו כלי אינפורמטיבי שמסייע הן לגורם שמגבש את חוות הדעת, הן למאסדר שמקבל את חוות הדעת, והוא מסייע לשמור על אחידות יחסית בתהליך הבקרה. באשר לבחינת הקריטריונים בפועל, נמליץ לרשות להעניק משקל שונה לכל קריטריון בניקוד הסופי בהתאם למידת החשיבות שלו לתהליך RIA איכותי,¹³⁰ למעט בקריטריונים טכניים, וכן לבחון את הרלוונטיות של כל קריטריון ניתוח בכל תהליך RIA לגופו ולערוך ניתוח חלקי במקרה הצורך.

לעניין מידת הפירוט, נמליץ לרשות לפרסם חוות דעת מפורטות, על מנת לשקף באופן המיטבי והמרבית את עמדתה בנוגע לאיכות התהליך שבוצע.¹³¹ לבסוף, נמליץ כי לפני פרסום חוות דעתה הסופית של הרשות לציבור, היא תישלח למאסדר הרלוונטי לקבלת התייחסותו.

אנו סבורים כי מודל זה מאזן בין שקיפות, ודאות, ושוויוניות בין מאסדרים, מחד גיסא, לבין גמישות שתמנע שרירותיות בהפעלת סמכות הבקרה, מאידך גיסא. בנספח א' תוצג המתודולוגיה המוצעת המלאה.

127 לצד החשיבות בבחינה תקופתית, יש לגבש בסיס נתונים מספק לצורך בחינת המתודולוגיה וכן להעניק ודאות לגורמים המבוקרים בדבר האופן שבו הם נמדדים. לפיכך, נמליץ כי שינויים מהותיים במתודולוגיה ייערכו במרווחי זמן של שלוש שנים לפחות.

128 ראו ההפניות המובאות, לעיל ה"ש 23.

129 ראו ס' 21(1) לחוק.

130 להרחבה בעניין זה, ראו נספח א.

131 להרחבה בעניין זה, ראו פרק ה.

בקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה (RIA) – הצעה למודל יישומי עבור רשות האסדרה

כעת נבקש להתייחס לסוגיה פרטנית נוספת ביחס למתודולוגיית הבקרה – התאמה בין היקף השפעות האסדרה לעומק הניתוח הנדרש.

(ד) התאמה בין היקף השפעת האסדרה לעומק הניתוח הנדרש – פרופורציונליות בבקרה

ביצוע תהליך RIA דורש זמן ומשאבים, וכך גם תהליך הבקרה עליו. משכך, יש לוודא שמשאבי המאסדרים והרשות מוקצים לתהליכי RIA באופן מושכל. על מנת להתמודד עם סוגיה זו, מקובל ברחבי מדינות ה-OECD "עקרון הפרופורציונליות", שלפיו ככל שהשפעת האסדרה על המשק גדולה יותר, כך על היקף הניתוח ורוחב המידע שעליהם תהליך ה-RIA מבוסס להיות מעמיקים יותר, ובהתאמה גם עומק הבקרה.¹³² כך למשל, באסדרה קטנה הערכת העלויות יכולה להתבסס על המידע הקיים אצל המאסדר, והערכות סבירות הנובעות ממנו, ואילו באסדרה גדולה יהיה צורך באיסוף בסיס נתונים מקיף, המתבסס, לדוגמא, על מידע הנמסר מבעלי עניין שונים.¹³³ בהתאמה, מאסדר עשוי לקבל ציון מקסימלי בסעיף הערכת עלויות, אף אם התבסס על בסיס נתונים מינימלי, במקרה שהשפעת האסדרה שאותה הוא מגבש היא קטנה, וכן להיפך.

חוק עקרונות האסדרה מתייחס בתמצית לסיווג היקף ההשפעה של האסדרה, בקובעו כי ביחס ל"אסדרה בעלת השפעה משקית" הרשות נדרשת לייעץ למאסדר, ללא שיקול דעת.¹³⁴ הרף המספרי שנקבע בחוק לעניין זה הוא מאה מיליון ש"ח, או לחלופין קביעת חובה לקבלת אישור אסדרתי שלא היה קודם לכן.¹³⁵

במילים אחרות, החוק מציב רף מינימלי לחיוב הפעלת ביקורת הרשות, אך אינו מתייחס לסוגיה הנדונה – פרופורציונליות בהליך הבקרה. לעמדתנו, קביעת אמות מידה מנחות על ידי הרשות למאסדרים ולרשות לעניין זה הכרחית על מנת למקסם את התועלת מביצוע תהליך RIA ובקרה עליו, כמתואר.

קביעת אמות מידה לעומק הליך ביצוע תהליך ה-RIA והביקורת עליו צריכות להתבסס תחילה על קביעת פרמטרים לשם סיווג השפעות האסדרה. ככלל, היקף ההשפעה של האסדרה הוא סוגיה גמישה ומתבסס על הנחות והערכות בהתאם לפרמטרים שונים. ואולם, כדי להימנע מפערים בתפיסות בין הרשות למאסדר בנוגע להיקף ההשפעה של האסדרה בשלבים מאוחרים בתהליך, רצוי שהחלטה בנושא היקף ההשפעה של האסדרה המתוכננת תיקבע במשותף בין הרשות למאסדר בשלבי ההיוועצות המוקדמת. קביעתם יכולה

132 OECD, REGULATORY IMPACT ASSESSMENT, OECD BEST PRACTICE PRINCIPLES FOR REGULATORY POLICY (2020) <https://did.li/XWDrl>. ראו גם מדריך RIA, לעיל ה"ש 11, בעמ' 14–16.

133 REGULATORY POLICY COMMITTEE, PROPORTIONALITY IN REGULATORY SUBMISSIONS – GUIDANCE (2019) <https://bit.ly/43NpR1U> (להלן: מדריך הפרופורציונליות הבריטי).

134 וזאת בשונה מאסדרה שאינה בעלת השפעה משקית, שם הרשות נדרש להודיע למאסדר בכתב האם בכוונתה לייעץ לו. ראו ס' 21(ב) לחוק.

135 ראו שם, ס' 3; אסדרה בעלת השפעה משקית היא אסדרה שעלות הציות הנובעת ממנה עולה על מאה מיליון ש"ח בשנה מסוימת, תוך אפשרות להעלות הסכום בצו של ראש הממשלה, או שהיא קובעת חובה לקבלת אישור אסדרתי שלא נדרש קודם לכן.

להשתנות בהמשך התהליך, אם יתברר שהיקף ההשפעה של האסדרה שונה ממה שהונח מלכתחילה.

מאחר שכל תהליך RIA הוא שונה במהותו, לא ניתן לקבוע כללים קונקרטיים לעניין האופן המדויק שבו תותאם הבקרה לעקרון האמור. עם זאת, ניתן להצביע על כמה כללי אצבע שלפיהם ניתן להפעיל את מודל הבקרה בהתאם לעקרון הפרופורציונליות. כך למשל, ניתן שלא לנתח חלק מהקריטריונים אם נמצא שהם אינם רלוונטיים לניתוח; להסתפק בפחות חלופות בשלב גיבוש החלופות; להסתפק בביצוע מינימלי של שיתוף הציבור. במילים אחרות, מערכת הניקוד וסיווג האיכות תישאר זהה עבור תהליכי RIA שונים בגודלם, אך יינתן שיקול דעת למחלקת הבקרה בקביעת הרף המקצועי הנדרש ביחס לקריטריונים הרלוונטיים לניתוח.

להלן אמות המידה שאנו מציעים בקשר להחלטה בדבר גודל האסדרה, המורכבות ממרכיב כמותני ומרכיב איכותני.
בהיבט הכמותני:

אסדרה גדולה: ¹³⁶ אסדרה שהעלות המשקית שלה עולה על 30 מיליון ש"ח.¹³⁷

אסדרה בינונית: אסדרה שהעלות המשקית שלה נעה בין 6–30 מיליון ש"ח.

אסדרה קטנה: אסדרה שהעלות המשקית שלה היא עד 6 מיליון ש"ח.

חשוב לציין שהמספרים אינם מוחלטים, וניתן לקבוע למשל שאסדרה בעלת עלות משקית של 10 מל"ח תיחשב לאסדרה גדולה (ולחיפך), בהתאם למרכיבים האיכותניים הנוספים שיכולים להשפיע על הסיווג (למשל, בעת קביעת אישור אסדרתי חדש שלא היה קיים בעבר כפי שדורש החוק).

בהיבט האיכותני, ניתן להתחשב במרכיבים אלו: היקף הנזק שהאסדרה נועדה למנוע; היקף האוכלוסייה המושפעת; מורכבות האסדרה; היקף השפעה פוטנציאלית (על תקציב המדינה, על הציבור, על התחרות או על רמת המחירים); אסדרה בתחום חדש או שינוי מהותי באסדרה קיימת; השפעה על מגזרים פגיעים ומוחלשים; חוסר ודאות לגבי הצלחת

¹³⁶ למען הבהירות, אסדרה גדולה אינה בהכרח "אסדרה בעלת השפעה משקית" כפי שזו מוגדרת בחוק. אסדרה בעלת השפעה משקית היא אסדרה שלגביה הרשות מחויבת להעניק ייעוץ. אסדרה גדולה, לעומת זאת, היא אסדרה שמחויבת בניתוח מעמיק, אך הרשות אינה מחויבת להעניק ייעוץ לגביה כל עוד אינה עולה על 100 מיליון ש"ח או קובעת אישור אסדרתי חדש. ¹³⁷ המספרים מבוססים בקירוב על מודל הפרופורציונליות של בריטניה, לאחר התאמות לישראל לפי גודל האוכלוסייה והתמ"ג לנפש. הנחות העבודה: (1) שער הפאונד לעומת השקל ביום ההשוואה עומד על 4.20 שקלים לפאונד. (2) אוכלוסיית אנגליה גדולה מאוכלוסיית ישראל פי 6 בקירוב (כ-54 מיליון לעומת כ-9 מיליון). (3) התמ"ג לנפש של אנגליה גבוה בכ-10% מהתמ"ג לנפש בישראל. את התוצאות המספריות עיגלנו מעט לשם הנוחות. 6.3 מיליון עוגלו ל-6 מיליון. 31.5 מיליון עוגלו ל-30 מיליון. ראו מדריך הפרופורציונליות הבריטי, לעיל ה"ש 133.

האסדרה; השפעה על מבנה השוק המפוקח; משך ההשפעה של האסדרה; והיקף המידע והנתונים שעליהם האסדרה מתבססת.¹³⁸

3. זהות הגורם ברשות המבצע את הבקרה

סוגיה נוספת שיש להתייחס אליה במסגרת הדיון בסמכות הבקרה של הרשות קשורה בזהות הגורמים המבצעים את הבקרה וכותבים את חוות הדעת. על פניו, ישנם שני דגמים כלליים אפשריים למבנה ארגוני של גורמי הבקרה: "מחלקת בקרה" עצמאית בתוך הרשות, או עירוב תחומים. לפי המודל האחרון, לכל משרד מאסדר יוצמד רפרנט קבוע, שילווה את המשרד ביחס למכלול הסמכויות הנתונות לרשות, ובכללן הכשרה, ליווי תהליכי הערכת השפעת אסדרה בזמן אמת, וכן בקרה בדיעבד על תהליכים אלו.

יש לשים לב שאין מדובר בסוגיה טכנית, כי אם בביטוי למתח בין שמירה על אובייקטיביות וניטרליות של הגורם המבקר, לבין חשיבות יצירת יחסי אמון עם הגורם המבוקר, כמו גם הצורך בפיתוח מומחיות בעולם התוכן הספציפי שבו האסדרה עוסקת. מחד גיסא, אם הרפרנט הרלוונטי המלווה את המשרד באופן שוטף יבצע גם את הבקרה בסוף התהליך, עולה חשש שמא הוא ייטה לפתח היכרות ויחסים אישיים עם המאסדר, יכיר את תהליך ה-RIA והאתגרים העולים ממנו, לרבות אילוצים שהמאסדר כפוף להם במסגרת תהליך ה-RIA, וימנע מהכנת חוות דעת נוקבת גם כאשר יש בכך צורך. בשל העובדה שחוות הדעת מתפרסמות, ועשויות לשמש ככלי משמעותי בדיון הציבורי על אודות נחיצות האסדרה, החשש – ולו מהנראות כלפי חוץ – מפני פגיעה באובייקטיביות שלהן, הוא חשש ממשי שיש לתת עליו את הדעת.

מאידך גיסא, גיבוש אסדרה כרוך לעיתים קרובות בצבירת מומחיות בעולם התוכן המקצועי הרלוונטי לתחום המאוסדר. אומנם אין ציפייה שעובדי הרשות יהיו מומחים בעולמות התוכן המאוסדרים, אך ברי כי היכולת שלהם לסייע למאסדר ללא בקיאות מינימלית במערכת המונחים המקצועית – תקטן. אף ביחס לביצוע הבקרה עצמה, על הגורם המבקר להכיר באופן בסיסי את עולם התוכן המקצועי ואת המונחים הרלוונטיים לשם מתן חוות דעת בעלת ערך למאסדר.¹³⁹ לדוגמה, במקרה שבו מאסדר בחר לערוך השוואה לתקן אירופי מסוים, ולא לתקן אמריקאי, על הגורם המבקר להכיר בקיומו של תקן אמריקאי על מנת לבקר את העובדה שלא נערכה השוואה אליו. זאת ועוד, ישנן "עלויות כניסה" לא מבוטלות בדמות זמן ומשאבים לצורך למידה מעמיקה של האסדרה ותהליך ה-RIA, קריאה וניתוח של חומרי הרקע הרלוונטיים, והבנת השיקולים שמנחים את המאסדר.¹⁴⁰ לפיכך, לרפרנט קבוע למשרד שגם עורך את הבקרה יהיה יתרון בכך שיפתח

138 ראו שם; וכן במדריך RIA, לעיל ה"ש 11.

139 פגישה מס' 15 ו-9; ראיון עם נציגי ה-OIA, לעיל ה"ש 58.

140 שם.

מומחיות בסוגיות המקצועיות שבהן המשרד עוסק, והדבר יוביל לטיוב הממשק עם המאסדרים וכן להקצאה יעילה יותר של משאבי הרשות.¹⁴¹

באוסטרליה, בעבר התקיימה הפרדה בין הגורם המבקר לבין הייעוץ למשרדים, אך מצב זה השתנה כאשר הם החלו ללוות מקרוב תהליכי RIA. לדבריהם, כאשר מקיימים כמה סבבי ייעוץ מול המשרדים לאורך תהליך ה-RIA, הרפרנט מפתח הבנה משמעותית של המדיניות המוצעת ויודע לזהות את הפערים הקיימים בתהליך, ועל כן הביקורת שלו טובה יותר.¹⁴²

בישראל, העמדה הרווחת בקרב מובילי מדיניות האסדרה היא שאין צורך בהפרדה בין הגורם שמבצע את הבקרה לבין הגורם שמטפל בשאר הנושאים מול המאסדר.¹⁴³ הנימוקים לכך בין היתר הם שרפרנט קבוע יהיה יותר קשוב לצורכי המשרד;¹⁴⁴ שהפרדה בין התפקידים תייצר בזבוז משאבים וחוסר יעילות;¹⁴⁵ שלוקח זמן לפתח מומחיות בנושאי המשרד;¹⁴⁶ שמנקודת מבטם של המאסדרים, הם יתפסו את הרשות כגוף אחד בלאו הכי,¹⁴⁷ ולפיכך מעמד הרפרנט ייפגם אם הרשות לא תדבר ב"קול אחד" – דהיינו אם חוות הדעת הסופית תעמוד בסתירה להמלצות שקיבל המאסדר מהרפרנט לאורך התהליך.¹⁴⁸

המודל המוצע – מחלקת בקרה עצמאית שנעזרת בבקרת עמיתים של רפרנטים

בשים לב לאמור, נבקש להציע מודל מעורב, שבגדרו יוקמו מחלקת בקרה עצמאית ומחלקה נוספת שתלווה את המאסדרים, שבה לכל משרד ימונה רפרנט. הרפרנטים הם אלו שיבצעו בקרת עמיתים על תוצרי מחלקת הבקרה.

במודל זה, לכל משרד יוצמד רפרנט אחראי שישמש כאיש הקשר ברשות לכל עניין, לרבות היוועצויות תוך כדי ביצוע תהליך ה-RIA, ולרבות קישור דרכיוני בין המאסדר למחלקת הבקרה. כך לכל משרד תהא כתובת אחת ברשות שתטפל בכל הסוגיות הרלוונטיות עבורו. לאחר פניית המאסדר לרפרנט, הרפרנט יפנה, במידת הצורך, למחלקת הבקרה תוך כדי ליווי תהליך ה-RIA במטרה להגיע להסכמות מתודולוגיות הנוגעות, לדוגמה, לעומק הניתוח הנדרש ולאופן הגדרת הבעיה שאותה האסדרה מבקשת לפתור, וזאת על מנת להבטיח אחידות בעמדה המקצועית של הרשות.

בהמשך, על מנת להבטיח שהמומחיות וההיכרות של הרפרנטים יובאו בחשבון בעת הכנת חוות הדעת, יוחל מנגנון נרחב של ביקורת עמיתים על כל חוות דעת שמפרסמת הרשות. כך, לאחר הכנת חוות הדעת על ידי מחלקת הבקרה, יש להעביר אותה לרפרנט

141 פגישה מס' 3.

142 ש.ס.

143 11 מובילים מתוך 15 סבורים כך, ולארבעת המובילים הנוספים לא הייתה עמדה בנושא.

144 פגישה מס' 1.

145 פגישה מס' 3.

146 פגישה מס' 9.

147 פגישה מס' 4.

148 פגישה מס' 5.

לצורך מתן דגשים מקצועיים, ולאחר מכן לאישור גורם בכיר ברשות בהתאם לרמת החשיבות של האסדרה (למשל, אסדרה קטנה באישור עמית מקביל, אסדרה בינונית באישור ממונה ואסדרה משמעותית באישור סמנכ"ל). אם מתקיימת מחלוקת מהותית על סוגיה בחוות הדעת, תינתן עדיפות לעמדתה של מחלקת הבקרה.

נציין, כי עמדה זו נתמכת בפרקטיקות המקובלות במודלים שנסקרו, שכן כל מדינות הייחוס, וכן עמותת רווח נקי, מפעילות מנגנון של ביקורת עמיתים. בבריטניה לדוגמה, כל תהליך מלווה על ידי חבר מליאה, כלכלן, ואיש מדיניות. בהמשך, נחתם התהליך על ידי מנהל המזכירות המקצועית, ומועבר לביקורת של כל חברי המליאה לפני אישור סופי.¹⁴⁹ בשוודיה, נציג ה-SBRC מקבל דוח RIA לניתוח, מעביר אותו לביקורת עמיתים פנימית, ולאחר מכן לאישור המליאה.¹⁵⁰ גם באוסטרליה, הפרקטיקה של ביקורת עמיתים מהווה מרכיב קריטי בגיבוש חוות הדעת של ה-OIA.¹⁵¹

4. היקף הבקרה – פטורים וחריגים

החוק מתייחס לשני סוגים של מקרים שבעניינם לרשות יש שיקול דעת האם לבצע בקרה או לא. ראשית, ככל שמדובר באסדרה שאינה בעלת השפעה משקית כהגדרתה בחוק, לרשות שמורה האפשרות שלא לייעץ למאסדר.¹⁵² כאן מדובר בהחלטה נקודתית שמתקבלת לאחר שהרשות קיבלה לידיה את תהליך ה-RIA הרלוונטי. שנית, נקבע כי הרשות תפרסם הנחיות לעניין המקרים שבהם, ככלל, היא תחליט שלא לייעץ למאסדר לגבי תהליך ה-RIA שביצע, או לייעץ לו בתוך פרק זמן קצר יותר, בהתאם לרשימה בלתי ממצה המנויה בחוק.¹⁵³ לשיטתנו, רצוי שהרשות תחזיק בתמונת רוחב על הנעשה בממשלה בתחום גיבוש האסדרה, בייחוד בשנים הראשונות לפעילותה. הרשות לא תוכל לעשות זאת אם פרטי אסדרה רבים לא יעברו תחת עינה הבוחנת. על כך, נקודת המוצא לעניין מדיניות הפטורים והחריגים מחובת היוועצות עם הרשות צריכה להיות, לשיטתנו, מינימלית. ואולם, לצד האמור, חשוב להבחין בין המצבים המנויים בסעיף 22(3) לחוק כסיבות אפשריות למתן פטור או הקלה מחובת ביצוע היוועצות עם הרשות, משום שבבסיס כל אחד מהם טעם שונה. על כן, נבקש כעת להתייחס לכל אחד ממצבים אלו. נציין כי בפרק הזמן שבין כתיבת מאמר זה לבין פרסומו, קיבלה הרשות החלטה בנוגע למדיניות הפטורים והחריגים מחובת RIA, אשר אימצה רובה ככולה את הגישה המובאת במאמר זה, כפי שתוצג להלן.¹⁵⁴

149 ראו פירוט על תהליך הביקורת באתר ה-RPC: RPC, The Regulatory Policy Committee, *Scrutiny Process*, Gov.UK (June 12, 2014) <https://bit.ly/43JVg5E>.

150 ראיון עם נציגת ה-SBRC, לעיל ה"ש 59.

151 ראיון עם נציגי ה-OIA, לעיל ה"ש 58.

152 ס' 21(ב) לחוק.

153 ראו שם, ס' 22(3).

154 ראו במדריך המעודכן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 34–35.

פטור בשל מומחיות מיוחדת של המאסדר: המצב הראשון הוא כאשר הרשות מצאה כי למאסדר מומחיות מיוחדת בביצוע תהליך RIA.¹⁵⁵ הרציונל לפטור או הקלה לפי סעיף זה הוא להיטיב עם מאסדרים שמיישמים את הנחיות הרשות בכך שלא יצטרכו להמתין לחוות דעתה ולנהל הליך בירוקרטי מולה, ובנוסף להקצות את משאבי הרשות לליווי מאסדרים הזקוקים לתמיכה משמעותית יותר בתהליך. ואולם, בשלב המקדמי של פעילות הרשות, אין בידיה מידע ונתונים על אודות רמת המומחיות של מאסדרים בממשלה בביצוע תהליכי RIA, ולכן נראה שלא רלוונטי לדון בפטור או הקלה לפי סעיף זה כעת. מעבר לכך, גם לאחר שהרשות תאסוף נתונים, לעמדתנו יש ערך רב בכך שגם תהליכי RIA באיכות גבוהה יעברו ניתוח על ידי הרשות ויפורסמו, שכן תהליכים אלו יוכלו להוות מודל והשראה למאסדרים נוספים. בנוסף, יש להניח שגם מאסדרים שביצעו עבודה איכותית ירצו לקבל משווא על עבודתם ולהשתפר. על כן, אם בעתיד הרשות תשקול להעניק פטור למאסדרים בעלי מומחיות, יש להשאיר את הפטור לשיקול דעתם, כך שמי שירצה לקבל משווא תהא פתוחה בפניו הדרך. בכל מקרה, רצוי שבחינת פטור זה תיעשה ביחס למאסדר לבדו, ולא למשרד בכללותו, שכן בחלק מהמשרדים פועלים כמה מאסדרים ברמת מומחיות שונה.¹⁵⁶

פטור לאסדרה שהיא הקלה רגולטורית: המצב השני נוגע למתן פטור או הקלה במקרים שבהם האסדרה בעיקרה מפחיתה נטל עודף.¹⁵⁷ הגישה העומדת מאחורי מתן פטור או הקלה במקרים אלו היא לעודד מאסדרים לטפל בנטל אסדרה עודף על ידי כך שהם יידרשו להשקיע פחות משאבים בתהליך העבודה מאשר אלו הנדרשים בהוספת נטל אסדרתי. זאת, תוך הבנה שלמאסדרים אין תמריץ מספק כיום לטפל במלאי האסדרה הקיים.¹⁵⁸ עם זאת, גם תהליכי RIA שנועדו בעיקרם להפחית נטל אסדרתי עלולים שלא להתבצע באופן אופטימלי. במקרים כאלו, ייתכן שבעקבות תהליך מעמיק היה ניתן להגיע למסקנה שיש להפחית את נטל האסדרה באופן משמעותי הרבה יותר. בנוסף, ייתכן שהפחתת הנטל תיעשה באופן דיפרנציאלי ולא הוגן, כך שההקלה תשפיע בעיקר על מפוקחים גדולים בעלי יכולת השפעה על תוכן האסדרה. לחלופין, תהליך לא מעמיק יכול להוביל לפגיעה באינטרס ציבורי משמעותי על ידי כך שהאסדרה לא תשיג את מטרותיה. בנוסף, לרשות ישנם כלים נוספים בחוק לעודד את הטיפול בנטל אסדרה עודף, כך שלא נראה שפטור או הקלה מתהליך חשיבה מעמיק הם דרך המלך לעשות זאת.

פטור לאסדרה בעלת השפעה זניחה: המצב השלישי מתייחס לאסדרה בה עלות הציות נמוכה.¹⁵⁹ בניגוד לשאר הפטורים המתוארים, אשר נקבעו לראשונה בחוק, פטור זה נקבע למעשה כבר בהחלטת ממשלה מספר 160.2118 לפי ההחלטה, אסדרה שהשפעתה על

155 ס' 22(3)(א) לחוק.

156 יצוין כי בית המשפט העליון דן בהרחבה בסוגיית המומחיות הנתונה למאסדר בהקשר של מעורבות שיפוטית בהחלטותיו. ראו דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו 4.7.2021).

157 ס' 22(3)(ב) לחוק.

158 דוח המלצות הצוות הביךמשרדי לרגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5.

159 ס' 22(3)(ג) לחוק.

160 החלטת ממשלה 2118, לעיל ה"ש 10.

המפוקחים או על אינטרסים ציבוריים אחרים היא זניחה תהיה פטורה מחובת RIA, קל וחומר גם מחובת היוועצות לגבי תהליך ה-RIA שבוצע. בנוסף, בהחלטת ממשלה מספר 4398 נקבע מנגנון משרדי שיכריע האם האסדרה הרלוונטית היא אכן בעלת השפעה זניחה.¹⁶¹ אם הוכרע שההשפעה זניחה, על המאסדר לצרף לאסדרה מסמך עם נימוקים לפטור ואת אישור השר הרלוונטי למתן הפטור ולפרסום לציבור. לעמדתנו, ראוי שפטור זה יימשך על מנת שמשאבי הרשות והמאסדרים יופנו לסוגיות המורכבות יותר, אך לצד זאת יש מקום שהרשות תקבל לידיה את מסמכי הנימוק ואף תהיה מעורבת בשלבי קבלת ההחלטה בנושא. יש לציין שהמונח "השפעה זניחה" לא הוגדר. לפיכך, לצורך החלת נורמה אחידה ויצירת ודאות בקרב המאסדרים, רצוי שהרשות תקבע מהן אמות המידה שלפיהן ייקבע האם אסדרה היא בעלת השפעה זניחה. בכל מקרה, מומלץ בראייתנו לצמצם למינימום את המקרים שבהם ייקבע שלאסדרה יש השפעה זניחה.¹⁶²

פטור לאסדרה שלגביה שיקול הדעת של המאסדר מצומצם: המצב הרביעי הוא מקרים שבהם יש שיקול דעת מצומצם למאסדר.¹⁶³ דברי ההסבר להצעת החוק מפרשים שיקול דעת מצומצם למשל כאשר מדובר באימוץ אמנה בין-לאומית שאליה ישראל מחויבת, ללא שינויים בנוסח האמנה.¹⁶⁴ כלומר, מדובר במקרים שבהם שיקול הדעת המסור למאסדר הוא אפסי ובבחינת "העתק הדבק" של התחייבויות של הממשלה מול הקהילה הבין-לאומית לתוך הדין הפנימי. לעמדתנו, ראוי שפטור זה ימשיך לחול, אך יגודר למקרים הבודדים שבהם שיקול הדעת של המאסדר אכן לא קיים בפועל. במקרים שבהם קיים שיקול דעת מצומצם למאסדר, אין מניעה שתהליך ה-RIA יהיה קטן בהיקפו בהתאם לעקרון הפרופורציונליות.

פטור שעניינו דחיפות בקידום האסדרה: המצב החמישי הוא כאשר קיימת דחיפות בקידום האסדרה.¹⁶⁵ למעשה הן החוק, הן החלטות הממשלה, קובעים מנגנונים לקידום אסדרה דחופה ללא ביצוע תהליך RIA, כאשר במקרה כאמור על האסדרה להיקבע בהוראת שעה.¹⁶⁶ לפיכך, על פניו, ככל שלא ניתן פטור על ידי השר הרלוונטי וביצוע תהליך RIA, כבר הוכרע למעשה כי אין דחיפות מיוחדת בקידום האסדרה. לצד זאת, ייתכן שבמהלך הדרך השתנו הנסיבות והסוגיה הפכה לדחופה יותר משהוערך מלכתחילה, כך שפרק זמן מקסימלי של 74 ימים המוענק לרשות להכין חוות דעת עלול להיות בעל השלכות שליליות על התחום המאוסדר. לשיטתנו, במקרים נדירים אלו על המאסדר להעביר את דוח ה-RIA

161 החלטת ממשלה 4398, לעיל ה"ש 12.

162 ראו בנספח ב' לחוות הדעת שמפרסמת העמותה את המקרים שבהם אגף מדיניות אסדרה במשרד ראש הממשלה קבע שלא תהיה חובה בביצוע תהליך RIA מלא: "ניתוח תו איכות RIA: דוח הערכת השפעות רגולציה בנושא התאמת הדרישות למעוונות יום לפעוטות המצויים בדירות מגורים" (חוות דעת של עמותת רווח נקי 11.9.2022) <https://bit.ly/44ZeFjQ>.

163 ס' 22(ג)(ד) לחוק.

164 דברי ההסבר להצעת חוק התוכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2021 ו-2022), התשפ"א–2021, ה"ח 840.

165 ס' 22(ג)(ה) לחוק.

166 החלטת ממשלה 4398, לעיל ה"ש 12, ס' 4(ג)(ה); ס' 23 לחוק.

להיוועצות עם הרשות תוך ציון שמדובר בסוגיה דחופה, והרשות תפעל לתעדף את הטיפול באסדרה מושא הפנייה ותחזיר את חוות דעתה בתוך פרק זמן קצר ככל הניתן.¹⁶⁷

פטור במצבים שבהם נעשה היוועצות מוקדמת: המצב האחרון הוא כאשר תהליך ה-RIA נעשה בליווי הרשות (היוועצות מוקדמת).¹⁶⁸ במקרים אלו, ההנחה היא שהרשות ממילא מודעת לאיכות התהליך שנעשה, ולכן אינה נדרשת בביקורת נוספת בסוף התהליך שתגזול משאבים מיותרים. ואולם, מתן פטור מחובת היוועצות במקרים אלו כרוך בקביעת מנגנון, מסורבל כשלעצמו, שיקבע מתי תהליך RIA נעשה בפועל בליווי הרשות. זאת ועוד, מכיוון שהיוועצות, מטבע הדברים, תיעשה מול גורם יחיד, פטור זה יחתור תחת הרציונל של ביקורת עמיתים. לבסוף, מתעורר קושי במצב בו המאסדר פנה להיוועצות מוקדמת עם הרשות, אך לא יישם אף אחת מהמלצותיה. לפיכך, בראייתנו, לא נכון ליתן פטור גורף במצב כזה, כי אם לקבוע שהרשות תתעדף את הטיפול בתהליכי RIA שנעשו בליווי שלה ותמסור את חוות דעתה בלוח זמנים מצומצם יותר.¹⁶⁹

לסיכום, לשיטתנו, ככלל, יש להמעיט בפטורים וחריגים למינימום. עמדה זאת אומצה כאמור על ידי רשות האסדרה, אשר מאפשרת פטור מביצוע RIA בשינויים שהשפעתם זניחה או בשינויים דחופים למניעת פגיעה ממשיכה באינטרס מוגן או בשל אירוע לאומי חריג. עם זאת, מדובר בסוגיה דינמית שעשויה להשתנות בהתאם למידע שהרשות תאסוף בשנות פעילותה הראשונות, לכן יש מקום לבחון את המדיניות המוצעת בחלוף פרק זמן מוגדר.

5. הכשרה לפני בקרה

לצד ההנחה שלפיה ניתוח של איכות תהליכי ה-RIA ופרסום חוות הדעת לציבור יהיו תמריץ לשיפור בעבודת המאסדרים, לבקרה יש תפקיד חשוב נוסף, והוא סיוע לרשות בתפקידה כמייצגת מלווה ומדריכה בענייני אסדרה.¹⁷⁰ תהליכי הבקרה שתבצע הרשות צפויים לסייע באיסוף מידע על אודות תפקוד המשרדים השונים, כאשר על בסיס אותו מידע ניתן יהיה לגבש תוכנית סיוע ולייווי למאסדרים השונים. למעשה, הקשר בין תפקיד הבקרה לתפקיד ההכשרה של הרשות עלה באופן בולט הן בשיחות שקיימנו עם נציגי הרשויות בעולם והן בשיח עם מובילי מדיניות האסדרה בישראל. על כן, נבקש להתייחס אליו כעת ולהציב עקרונות מנחים בעניין.

167 יצוין שמניסיונה של עמותת רווח נקי, פרק הזמן הכולל של 74 ימים שניתן במסגרת ס' 21 לחוק להכנת חוות דעת הוא מספק ואף למעלה מכך. במרבית המקרים, עמותת רווח נקי מכינה את חוות דעתה תוך פרק זמן של 21 יום, כולל בירור מול המוביל או המאסדר במידת הצורך. לשיטתנו, על הרשות לקבוע, ככלל, פרק זמן קצר יותר מאשר הקבוע בחוק להכנת חוות דעת. מאחר שסוגיה זו הוכרעה בחקיקה, אנו מוצאים לנכון לציין זאת בהערת אגב.

168 שם, ס' 22(ג)(1).

169 שם, ס' 21.

170 ראו שם, ס' 7(2).

תחילה, ככלל, נמליץ לרשות לתעדף הכשרה על פני בקרה. מסקנה זו נתמכת בתפיסת תפקיד הרשות בישראל, כשמרבית מובילי מדיניות האסדרה שרואיינו ציינו את הכשרת המאסדרים והתמקצעותם כמטרה מרכזית שצריכה לעמוד לנגד עיני הרשות.¹⁷¹ וזאת, באמצעות הצבת הבקרה כחלק ממארג פעילות כולל שתכליתו השפעה לטובה על עבודת המאסדרים, ולא כפעילות מנותקת העומדת בפני עצמה. אף באוסטרליה, המלצתם העיקרית של נציגי ה-OIA שאיתם קיימנו שיחה הייתה לתעדף את סוגיית ההכשרה על פני הבקרה: "Coach first, policeman second".¹⁷²

תיעוד זה יכול לבוא לידי ביטוי בכמה הקשרים. לדוגמה, לעניין הקצאת משאבים, נמליץ לרשות להשקיע יותר בליווי תהליכי ה-RIA בזמן עשייתם, ולא במתן חוות דעת רק בסוף התהליך, וכן נמליץ להשקיע בפיתוח תוכניות הכשרה וכלי הדרכה לביצוע RIA. לעניין מתודולוגיית הבקרה, נמליץ לרשות כי הרף לציון "לא עובר" במודל הבקרה יהיה יחסית נמוך בתחילה, ויעלה בהמשך, וזאת על מנת לאפשר למאסדרים לצבור מיומנות ומסוגלות לביצוע RIA, בלא תחושה מתסכלת של קבלת ציון "נכשל". אף המלצתנו לעניין המבנה הארגוני של הרשות, לפיה יהיה גורם מלווה קבוע שיהווה כתובת מקצועית בעת ביצוע תהליך ה-RIA תומכת בעיקרון זה.

מבחינה מעשית, נציע כמה כלים פרטניים להכשרה והדרכה המבוססים על מידע שתאסוף הרשות תוך כדי ביצוע הבקרה, וזאת בהתאם לרעיונות שהועלו על ידי מובילי מדיניות אסדרה בראיונות שנערכו עימם. ראשית, הוצע כי הרשות תנתח באופן תקופתי את חוות הדעת שלה, וכן תבצע פילוח של הנתונים לפי משרדים תוך מתן המלצות פרטניות.¹⁷³ שנית, הוצע כי הרשות תשתמש בכלי של איסוף של פרקטיקות מיטביות ממאסדרים (Best Practices) והפצתן בקרב רשת עמיתים מקצועית של מאסדרים ומובילי מדיניות אסדרה. לדוגמה, ניתן יהיה להפיץ דוחות RIA שקיבלו ציון גבוה ולצרף הסבר מה הוביל למתן הציון ומה ניתן ללמוד מכך לגבי תהליכים אחרים. שלישית, הוצע כי הרשות תקיים הרצאות ולמידת עמיתים לגבי תהליכי RIA בולטים, על מנת שמאסדרים ומובילים יוכלו לשתף באתגרים ובמסקנות מתהליכים שאותם ביצעו.¹⁷⁴

6. סיכום המודל המוצע

בחלק זה של המאמר התייחסנו להיבטים שונים במודל הבקרה המוצע לרשות האסדרה. התייחסנו לסוגיית המבנה הארגוני של הרשות; לממשק עם מאסדרים לאורך ביצוע תהליך ה-RIA; לממשק פנים-רשותי בכל הנוגע לגיבוש חוות דעת; למתודולוגיה הרצויה לבחינת איכות תהליכי ה-RIA; לאופן שבו תבצע הבקרה בפועל בהתאם לעקרון הפרופורציונליות; ולסוגיית הפטורים והחריגים.

171 למשל פגישות מס' 1,2,3,4,6,10.

172 ראיון עם נציגי ה-OIA, לעיל ה"ש 58.

173 ראו דוגמה בדוח 2021, לעיל ה"ש 6.

174 פגישה מס' 6.

לסיכום, נציג בקצרה את עיקרי המודל, על כל היבטיו.

בעניין מועדי ההיוועצות, יש לקיים מסלולי היוועצות מוקדמת ולא פורמלית עם הרשות טרם ההגשה של דוח ה-RIA להיוועצות פורמלית בהתאם למנגנון הקבוע בחוק. החומרים המשמשים להיוועצות המוקדמת לא יופצו לציבור. הרשות תתמרץ מאסדרים לקיים היוועצות מוקדמת באמצעות קיצור לוחות הזמנים בשלבי ההיוועצות הפורמלית.

באשר למתודולוגיית הבקרה, לעמדתנו יש לדבוק במתודולוגיה מפורטת, מבוססת ציונים, שתסייע לשמור על אחידות וקוהרנטיות בהליך הבקרה ותהיה בעלת מידע רב ככל הניתן למאסדרים, למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב. איכות תהליך ה-RIA תסווג לארבע קטגוריות איכות, כאשר הקטגוריה הנמוכה ביותר תהא שקולה לפגם מהותי בתהליך. ביצוע הבקרה בפועל ייעשה בהתאם לעקרונות הפרופורציונליות, כך שדוח המשקף תהליך RIA קטן בהיקפו ינותח באופן מקל יותר מבחינת היקף התוכן והמידע שיש לכלול בו.

בנוגע למבנה הארגוני, מחלקת הבקרה בתוך הרשות תהיה עצמאית בגיבוש חוות הדעת, אך תסתייע בביקורת עמיתים מטעם הרפרנטים המקצועיים שעובדים ישירות עם המאסדרים לצורך גיבוש חוות הדעת.

בנוגע לממשק עם מאסדרים, מומלץ שנקודת המוצא של הרשות בכלל, ומחלקת הבקרה בפרט, תהא שבקרה תיעשה לאחר שמוצו המאמצים והמשאבים לטובת הכשרה וליווי לאורך התהליך, לרבות שלבי ההיוועצות המוקדמת.

לבסוף, לכל הפחות בתחילת דרכה של הרשות, יש לפעול ככל הניתן **לצמצום פטורים וחריגים** מחובת היוועצות עימה. במקום זאת, ראוי כי הרשות תקבע סדר עדיפויות לעניין הטיפול בפניות להיוועצות כך שפניות מסוימות יקבלו מענה מהיר יותר.

ה. פרסום תוצרי הבקרה בראי הביקורת השיפוטית

1. תועלותיו ומגרעותיו של הפרסום

פרסום חוות הדעת של רשות האסדרה מהווה כלי השפעה משמעותי על תהליכי העבודה הממשלתיים. כזכור, חוק האסדרה עוצב כך שלא ניתנו לרשות כלים בעלי "שיניים" לשם עצירה של קביעת אסדרה, מלבד כלים "רכים" דוגמת העלאת הדוחות המעידים על פגם מהותי למליאת הרשות.¹⁷⁵ על כן, מתחדדת לעמדתנו החשיבות שבפרסום חוות הדעת, משום שהפרסום יסייע לציבור ולנבחרי הציבור "למלא את החלל" של חולשת רשות האסדרה. **בפן הציבורי**, הפרסום צפוי לגשר מעט על פערי המידע המובנים בין הרשות לציבור הרחב, וליתן בידי הציבור כלים להעריך את איכות תהליכי העבודה הממשלתיים. ברי כי קביעה של רשות מוסמכת כי בתהליך העבודה של גיבוש האסדרה נפל פגם מהותי, לצד פרסום דוח אשר מפרט את מהות הפגמים הללו, ייתנו כוח לציבור לקיים ביקורת

175 ס' 21(ז) לחוק.

אפקטיבית, ייתכן שלעיתים עד כדי עצירת קידום האסדרה. **בפן הפרלמנטרי**, כשעסקינן באסדרה הנקבעת בדרך של חקיקה ראשית או חקיקת משנה באישור ועדה מוועדות הכנסת, הפרסום יעניק כלים לדרג הנבחר להכריע באופן מושכל בנוגע לקידום האסדרה. כך, במקרים מסוימים, יתכן שחברי הוועדה הרלוונטית בכנסת יידרשו לקיים תהליך RIA מקיף יותר לפני קידום האסדרה.

הפרסום ישפיע אף **בפן הפנים־ממשלתי**. שרים בממשלה עשויים לדרוש ממאסדרים במשרדם לערוך שיפורים בתהליך ה־RIA בטרם יאשרו לקדם את האסדרה תחת סמכותם. בנוסף, כמתואר מעלה, חוות הדעת של הרשות חותמת תהליך של דיאלוג בין הרשות למאסדרים, שהתקיים (או לפחות אמור להתקיים) לאורך ביצוע תהליך ה־RIA. פרסום חוות הדעת צפוי להשפיע במידה רבה על טיבו והיקפו של דיאלוג זה, בין לחיוב, בין לשלילה. לדוגמה, הנכונות של מאסדר לבצע היועצות מוקדמת עם הרשות עשויה להיות קשורה בשאלה האם היועצות זו תבוא לידי ביטוי בדוח שיפורסם או במסמכים אחרים שתפרסם הרשות.

פרסום חוות הדעת הסופיות, הכוללות המלצות לשיפור תהליך ה־RIA, מעוגן בהוראות חוק האסדרה,¹⁷⁶ וכן נובע מהוראות חוק חופש המידע.¹⁷⁷ חשוב לציין כי הדיון שלהלן יעסוק בחוות דעת אלו לבדן, ולא במסמכים פנימיים שייכתבו במסגרת תהליך ההיועצות עם הרשות, שלגביהם אין חובת פרסום בהתאם להוראות חוק חופש המידע,¹⁷⁸ וכפי שצוין לעיל, איננו סבורים כי רצוי שהם יפורסמו. עם זאת, להבדיל מהשאלה הבינרית בדבר עצם הפרסום, שכאמור כבר הוכרעה בהוראות החוק, עולה השאלה בדבר היקף המידע שיפורט במסגרת חוות הדעת הסופית אשר תפורסם לציבור.

לצד המטרות החשובות, שאותן צפוי להגשים פרסום חוות דעת מפורטות, לא ניתן להתעלם מהחשש שליווה את מקבלי ההחלטות בשלבי גיבוש החוק. לפיו, פרסום חוות הדעת של רשות האסדרה על איכות תהליכי ה־RIA ישמש קבוצות אינטרס צרות לתקוף אותה בבתי המשפט, באופן שיפגע באינטרס הציבורי הרחב.¹⁷⁹

הפגיעה המתוארת אינה קשורה בהכרח להכרעה שיפוטיות כאלו או אחרות, אלא לחשש כללי מפני אפקט מצנן על פעילות הרשות. זאת משום שישנן עלויות משמעותיות לעצם ניהול תהליך השיפוטי, לדוגמה עלויות הקשורות בגיבוש תשובה לעתירה או בצווי ביניים, אשר עשויות לגרום למקבלי ההחלטות להימנע מקידום דבר האסדרה מחשש

176 ראו שם, ס' 21(ג).

177 ראו ס' 9(ב) לחוק חופש המידע, אומנם לא תהא חובה לחשוף את חוות הדעת לפני תום גיבושה, אולם ברגע שהחלטה המנהלית של הרשות על אודות הערכת תהליך ה־RIA תושלם, נראה שאין מדובר עוד על מדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב. גם הפסיקה פירשה חריג זה באופן צר, ככולל את פרק הזמן שבו המדיניות טרם הושלמה בלבד. ראו ע"מ 7024/03 גבע נ' ראש עיריית הרצליה (נבו 9.6.2006); עת"מ (מנהלי י-ם) 43828-02-17 חדו"ש נ' משרד המשפטים (נבו 1.10.2017).

178 ראו ס' 9(ב) לחוק חופש המידע.

179 פרוטוקול ישיבה 69, לעיל ה"ש 33; דוח המלצות הצוות הבין־משרדי לרגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 58–60.

להתערבות שיפוטית, אף אם זו לא תתרחש בסופו של דבר.¹⁸⁰ בעיה נוספת העולה היא כי חשש ממעורבות שיפוטית גבוהה יביא לסטייה של חוות הדעת מאמות מידה מקצועיות ואובייקטיביות.¹⁸¹ לדוגמה, ככל ששר בממשלה מעוניין בקידום אסדרה פלונית, הרשות עשויה להימנע מקביעה כי נפל פגם מהותי בהליך, משום שקביעה כזו עלולה להוביל לעצירת האסדרה על ידי בית המשפט, והרשות תחשוש מפגיעה ביחסים ארוכי הטווח עם השר.

נציין כי לדידנו, מצב שבו בקרת הרשות מביאה בטווח הארוך למעורבות שיפוטית מוגברת בהליך קביעת אסדרה מבטא, על פניו, כישלון בכינונו ועיצובו של מוסד רשות האסדרה, זאת משום שהרשות מבקשת להוות אמצעי לביקורת חלופית, בזמן אמת. בקרה חלופית מסוג זה מקובלת בהקשרים שונים, כמו לדוגמה מוסד מבקר המדינה.¹⁸² משמע, קיומה של ביקורת פנימית של הרשות אמור להוציא את הצורך בביקורת שיפוטית, למצט במקרים חריגים כמו איקיום חובת היועצות או במצבים מסוימים של חוות דעת של הרשות שמצאה כי נפל פגם מהותי. באופן אידיאלי, ככל שהרשות תצליח במטרתה – טיוב אופן קביעת האסדרה בישראל, ממילא מעורבות שיפוטית תהא נצרכת פחות.

אם כך, התועלות בפרסום חוות הדעת ברורות. לצד זאת, החשש מפני אפקט מצנן שיפגע בפעילות הרשות, גם בו אין להקל ראש. מכאן נובעות השאלות – **האם לפרסום חוות דעת מפורטת על ידי הרשות אכן תהיה השפעה על היקף הביקורת השיפוטית? ואם התשובה חיובית – האם מצב עניינים זה רצוי, או שמא עדיף לקיים את מצוות החוק באופן "רזה" ביותר, כך שחוות הדעת תכלול פרטי מידע מינימליים ותו לא? אלו השאלות שינחו את דרך הילוכנו בפרק זה.**

כדי לא להשאיר את הקורא סקרן יתר על המידה, נציין כבר בפתח הדברים כי המסקנות שיוצגו בפרק זה תומכות בפרסום חוות דעת מפורטות על ידי הרשות. זאת משום שלשיטתנו, כפי שיוסבר בהרחבה להלן, אין חשש ממשי מפני ביקורת שיפוטית על אסדרה שתתבסס על פרסום חוות הדעת ותהא לא רצויה במובן זה שתחתור תחת תכליות הפרסום. להערכתנו, במקרים המצומצמים שבהם כן תתרחש ביקורת שיפוטית כאמור, היא לא תממש את החשש מפני אפקט מצנן, וממילא – תהא רצויה.

180 על הניסיון להימנע מניהול הליך משפטי בבג"ץ ראו יואב דותן "קרם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז' 159 (התשס"ד); וראו ביחס לעלויות הגבוהות של הליך שיפוטי בהקשר האזרחי: Arthur R. Miller, *Widening the Lens: Refocusing the Litigation Cost-and-Delay Narrative*, 40 *CARDOZO L. REV.* 57 (2018).

181 לרשות אין סמכות להפעלת סנקציות, ופעולות הביקורת שלה צפויות להתבסס במידה רבה על שיתוף פעולה מצד מאסדרים. לפיכך, ההכרה והנכונות לפעילות הביקורת מצד נבחרי הציבור והמאסדרים הכרחיות לפעילותה. במקרה שה"איום" בתקיפה שיפוטית יהיה חזק מדי, פעילות הביקורת שלה עשויה שלא לשקף נאמנה את העמדה המקצועית הרצויה לאור השלכות רחב שעלולות להיות לכך. לגבי היחס בין מנגנוני ביקורת אחרים לביקורת שיפוטית ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי – משפט מינהלי דינוי** ד, פרק 32, 10–12 (2017).

182 להרחבה ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** ג, מבוא: ביקורת שיפוטית וביקורת אחרת (2014).

אם כך, מלבד הצגת הבעיה, עימה פתחנו, הדיון בסוגיית היקף הפרסום בראי סוגיית הביקורת השיפוטית יכול ללוש חלקים נוספים: החלק השני יעסוק בהצגת המסגרת המשפטית הרלוונטית, לשיטתנו, להפעלת ביקורת שיפוטית על אסדרה. מדובר בביקורת לאחר קביעת האסדרה, ולא בזמן שהאסדרה נמצאת בשלבי עיצוב, וכן ביקורת המתמקדת באסדרה עצמה, ולא בתהליך ה-RIA וחוות הדעת של הרשות. בחלק השלישי, נעסוק בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. במסגרת זאת נפרוס בתמצית את הדוקטרינות המשפטיות בדבר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית וניישמן על המקרה הנדון; נדון ברלוונטיות של איקיום חובת היוועצות של הגורם המנהלי עם הרשות כמושא לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית; וכן נדון באפשרות התקיפה של ההחלטה המנהלית להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת. לבסוף, בחלק הרביעי נעסוק בביקורת שיפוטית על חקיקת משנה. במסגרת זאת נציג את עילות המשפט המנהלי הרלוונטיות לענייננו, וניישמן; ונשרטט את המנגנונים המאזנים הקיימים בפסיקה בתי המשפט, תוך התייחסות להבדלים בין קטגוריות האיכות השונות שבהן המלצנו לרשות להשתמש בחוות הדעת שלה. נציין, כי מסגרת הדיון תהא היקף הביקורת השיפוטית על אודות דברי חקיקה שגובשו על ידי המאסדרים הכפופים לביקורת הרשות. במסגרת דיון זה, לא נתייחס כלל לתאגידיים ציבוריים אשר חבים בחובת הליך דמוי RIA מכוח החוק ואינם מחויבים להתייעץ עם הרשות.¹⁸³

2. נקודת המוצא: ביקורת שיפוטית על תוכן האסדרה, ולא על תהליך ה-RIA

דוח RIA הוא תוצר של הליך הערכת השפעות אסדרה, שנעשה בד בבד עם גיבוש אסדרה חדשה. תכליתו, בתמצית, היא לסייע למאסדר להעריך את ההשפעות הרצויות והלא רצויות של האסדרה שבכוונתו לקבוע. בהינתן זאת, עולה השאלה האם כאשר תועמד חוקיות אסדרה למבחן בבית המשפט, יידרשו בתי המשפט לביקורת עצמאית על תהליך ה-RIA, כפי שהוא משתקף בדוח, או שמא יסתפקו הם בבחינת האסדרה לגופה, מכוח המבחנים המשפטיים הקיימים. באפשרות השנייה, תהליך ה-RIA ישמש לכל היותר כאינדיקציה לאיכות הליך גיבוש האסדרה.

להערכתנו, האפשרות השנייה סבירה יותר. כך, אם וכאשר תתרחש תקיפה של האסדרה בבית המשפט, המסגרת המשפטית שבה ייעשה שימוש תהא המסגרת המשפטית הקיימת כיום, דהיינו בחינת דבר החקיקה עצמו, לאחר שחוקק, ובהתאם לדוקטרינות המשפטיות הרלוונטיות – עילות מנהליות ביחס לחקיקת משנה (חובת היוועצות, החובה להניח תשתית עובדתית, זכות טיעון, חוסר סבירות) והעילות החוקתיות ביחס לחקיקה ראשית.¹⁸⁴

183 ס' 34–35 לחוק; השאלה במקרה זה מעט שונה, מכיוון שבשונה מכלל הרגולטורים, חובת הרגולטורים הפיננסיים מוגדרת בחוק. ניתן להעריך כי תהיינה לכך השלכות לעניין הביקורת השיפוטית. ואולם, כאמור, נושא זה חורג ממסגרת מאמר זה.

184 נטע זיו "ביקורת שיפוטית פוגשת רגולציה – מיפוי מושגי ראשוני" ספר אליקים רובינשטיין 1125 (אהרן ברק, מרים מרוקביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה עורכים, 2021).

מסקנה זו נשענת על כמה אדנים. ראשית, ביקורת שיפוטית ישירה על תהליך ה-RIA אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שחובת ה-RIA אינה מעוגנת בחוק בכוונת מכוון, וכי המקור הנורמטיבי שמכוחו חובה זו יונקת את כוחה הוא החלטות הממשלה הרלוונטיות שהתקבלו לאורך השנים.¹⁸⁵ עמדה זו עולה מהדיונים שנערכו בוועדה בעת הכנת הצעת החוק,¹⁸⁶ וכן מהדוח שנכתב במשרד המשפטים אשר היווה את התשתית להצעת החוק הממשלתית.¹⁸⁷ לפי האמור שם, היעדר העיגון לחובת הליך ה-RIA בחוק נובע בעיקר מהרצון שלא לייצר עילה עצמאית לביקורת שיפוטית ביחס לאי-קיום חובת הליך ה-RIA או מהפעלת סטנדרטים שיפוטיים עצמאיים ביחס לאיכותו. מכאן, שבחינת תכליתו הסובייקטיבית של דבר החיקוק הרלוונטי מעלה בבירור כי אין מדובר בלקונה, אלא בהסדר שלילי.¹⁸⁸ ניתן להעריך כי גם בתי המשפט יפרשו זאת באופן דומה ובהתאם יימנעו מהפעלת ביקורת שיפוטית ישירה על ההליך, כאמור. חזוק נוסף לטענתנו נמצא ביחס שניתן בפסיקה לדוחות RIA טרם הקמת רשות האסדרה, שלא כלל בחינה עצמאית ומנותקת מהאסדרה שאליה הם נלווים.¹⁸⁹ יושם אל לב, כי גם לאחר חיקוק חוק עקרונות האסדרה,

185 ראו החלטות ממשלה 2118 ר-4398, לעיל ה"ש 10 ו-ה"ש 12 בהתאמה; למעשה, החלטות ממשלה נקבעות בישיבות הממשלה, וזאת בהתאם לתקנון הממשלה שנקבע על ידי חברי הממשלה הרלוונטית, מתוקף סמכותם בחוק-יסוד: הממשלה לקבוע את "סדרי ישיבותיה ועבודתה, דרכי דיוניה ואופן קבלת החלטותיה...". של הממשלה (ס' 31(1) לחוק-היסוד). ואולם למעשה, להחלטות אלו אין כל מעמד סטטוטורי מחייב והן חלות על פניו על חברי הממשלה לבדם. להרחבה ביחס לתקנון עבודת הממשלה ראו בג"ץ 6654/22 פורום קהלת נ' ראש הממשלה (נבו 13.12.2022).

186 ראו ס' 20(א) להצעת חוק התוכנית הכלכלית לשנת 2021, לעיל ה"ש 164, ודברי ההסבר הצמודים לו; ראו גם את דבריו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט חבר הכנסת גלעד קריב: "החוק נותן לממשלה את הזכות לפטור מהליכי RIA אסדרה שלא מתאימה ל-RIA. איהתאמה לתהליכי RIA, על פי הרציונל של ההצעה שלכם, זה לא קוד הכניסה או איהכניסה לעולם האסדרה. בשביל זה השארנו לממשלה את הזכות לומר שזו אסדרה שאפשר לעשות ב-RIA, זאת אסדרה שלא כדאי או אי-אפשר לעשות ב-RIA". פרוטוקול ישיבה 82 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (14.10.2021).

187 ראו דוח המלצות הצוות הביניים לרגולציה חכמה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 58-60.
188 על ההבדל בין לקונה להסדר שלילי ראו אהרן ברק פרשנות במשפט א: תורת הפרשנות הכללית 483-443 (1992).

189 ניתן לראות כמה מקרים שבהם התקיים הליך שיפוטי ביחס לדבר חקיקה רגולטורי ודוח ה-RIA הוצג כראיה למצב העובדתי או המשפטי בלבד. עם זאת, חשוב לציין שלעת עתה אין מדובר בפסיקה של בית המשפט העליון, אלא של ערכאות נמוכות יותר. כך, ראו שימוש בדוח RIA להבנת המצב המשפטי הנוהג ביחס לאחריות על הסדרת הטיפול בפסולת חקלאית: עת"מ (מנהלי ב"ש) 32473-11-19 מגן נ' המועצה האזורית אשכול (נבו 14.10.2020); ראו שימוש בדוח RIA להבנת המצב העובדתי הנוהג ביחס לפעולות האכיפה של מפקחי מנהל הבטיחות והבריאות התעסוקתית במשרד העבודה בהחלטת כב' השופט אסף הראל בהליך ת"פ (אזורי חי') 14802-04-17 מדינת ישראל – אלום רמות בע"מ (נבו 14.7.2019); ראו שימוש בדוח RIA להבנת השיקולים המשפטיים הרלוונטיים ולביסוס פרשנות מצומצמת של פקודת היעורר שמכוחה ניתן גזר הדין בהליך עפ"ג (מחוזי חי') 25581-06-20 מדינת ישראל נ' נאטור (נבו 2.8.2020), ומקרה דומה מאוחר יותר בת"פ (שלום חד') 61396-12-20 מדינת ישראל נ' ברונשטיין (נבו 3.3.2022); וכן בשולי הדברים התייחסות שאינה מהותית לתהליך

בקרה על תהליכי הערכת השפעות אסדרה (RIA) – הצעה למודל יישומי עבור רשות האסדרה

לא חל כל שינוי במצב המשפטי ביחס לעצם קיומה של חובת ה-RIA (שכאמור, מעוגנת בהחלטות ממשלה בלבד), ולשיטתנו אין סיבה כי פרסום חוות הדעת של הרשות, ללא קשר למידת הפירוט שלה, ישנה מצב זה.

שנית, דוח ה-RIA וחוות הדעת של הרשות לגביהם מסמכי המלצה לנקוט מדיניות מסוימת, ואינם מהווים כלל התנהגות מחייב כשלעצמו. לפיכך, ביקורת שיפוטית על טיבו של הליך ה-RIA אשר נשענת על חוות הדעת של הרשות מבטאת למעשה מעורבות בהחלטה שטרם התקבלה. מדיניות זו אינה רצויה מטעמים רבים, ובראשם מרחב שיקול הדעת המוקנה לגורם המוסמך שלא לקדם בסופו של יום את האסדרה או לקדם אותה תוך ביצוע שינויים.¹⁹⁰ המשפט הנוהג בהחלט משקף מוסכמה זו, כאשר נפסק במגוון רחב של הקשרים שיש לדחות על הסף עתירות מוקדמות, הן במשפט המנהלי והן במשפט החוקתי.¹⁹¹

שלישית, אין הלימה מוכחת בין איכות הליך ה-RIA לבין איכות האסדרה שהתגבשה לכדי כלל מחייב. מתודולוגיית ה-RIA מתיימרת לשקף הלך מחשבה מסוים של ניהול סיכונים בדרך שיטתית והבאתו אל הכתב, שתכליתו להוביל לאסדרה איכותית יותר. אין חולק כי מתודולוגיה זו נסמכת על ניסיון רב מהנעשה בעולם ובארץ, אך יש לה גם מגבלות. חוק עקרונות האסדרה מתייחס למגבלות אלו, בקובעו כי חוות הדעת של הרשות "לא תכלול מסקנות בדבר האיזון שביצע המאסדר במסגרת התהליך... ושהוביל לבחירה באסדרה".¹⁹² לשיטתנו, מדיניות משפטית מיטבית צריכה לשקף יחס דומה להליך ה-RIA ולדוח הביקורת על אודותיו ולהיזהר מהסקה נחרצת בין אופן ביצוע ההליך לבין האסדרה שהתקבלה והאיזון בין השיקולים שהיא משקפת.¹⁹³

מטעמים אלו, לשיטתנו, ניתן לקבוע כי בכל האמור באסדרה שלגביה קוימה חובת ההיוועצות עם הרשות – תקיפתה תתאפשר רק לאחר העברת האסדרה, ולא בזמן שהאסדרה נמצאת בשלבי עיצוב; וכן, כי הביקורת השיפוטית תתמקד באסדרה עצמה, ולא בתהליך ה-RIA. דהיינו, חוות הדעת של הרשות תשמש אינדיקציה מסוימת לאיכות האסדרה שנבחרה, אך לא תהווה עילה עצמאית לביטולה. אומנם, ניתן לצפות להתרחשות

הערכת השפעות רגולציה במסגרת החלטה שניתנה בבית המשפט העליון, שבה נדחתה בקשת ערעור על ידי השופט פוגלמן, בבר"מ 4129/17 ארואס נ' מנהל ענייני החשמל לפי חוק החשמל, התשי"ד-1954 (נבו 15.11.2017).

190 לדוגמה, סביר שייכתב דוח RIA אולם דבר החקיקה לא יקודם כלל, או שהוא יקודם תוך עריכת שינויים מהותיים.

191 תוכנה זו נתמכת בעילות הסף הקשורות בתזמון העתירה שפותחו בפסיקת בית המשפט העליון – עתירה מוקדמת, עתירה תאורטית וחוסר בשלות. ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית**, ג, פרק 52: עתירה מוקדמת (2014); וכן ברק-ארוז **משפט מינהלי דינוני**, לעיל ה"ש 181, בעמ' 354-356, 390-393, 400-412, וההפניות הרבות המובאות במקורות אלו.

192 ס' 21(ה)(2) לחוק.

193 דוגמה הממחישה סוגיה זאת ניתן למצוא במאסדר אשר בחר ברגולציה שנראית על פניו טובה, אך ביצע את תהליך ה-RIA בדיעבד לאחר קבלת ההחלטה, ללא סקירה בין-לאומית, ללא שיתוף גורמים רלוונטיים וללא כימות עלויות. סביר להניח שהביקורת על אודות תהליך ה-RIA שערך לא תהא חיובית. אולם באופן תאורטי ייתכן שהאסדרה שננקטה על ידיו מצוינת.

של תהליך הדרגתי של סינרגייה מסוימת בין מערכת העילות המנהליות והחוקתיות לבין מתודולוגיית ה-RIA (בה תהא למשל יותר ציפייה להסתמכות על נתונים).¹⁹⁴ ואולם, גם במצב זה מוקד הבחינה יוסיף להיות האסדרה עצמה, ולא טיב עמידת המאסדר בחובת ה-RIA (למעט מקרים של הפרה מוחלטת של חובת ההיוועצות).

בשולי הדברים, נציין כי מעבר לניתוח המצב המשפטי החל, ניתן היה לערוך דיון נורמטיבי בשאלה האם עילה ספציפית של אי-עמידה בחובת RIA היא רצויה. ואולם, דיון זה חורג ממסגרת מאמר זה.¹⁹⁵

כעת, נבקש לערוך דיון תיאורי באופיו – שיעסוק בבחינת הדין הקיים בקשר לסוגיה המונחת לפתחנו. דהיינו, נבקש לבחון האם או כיצד צפוי פרסום חוות דעת מפורטת על ידי הרשות להשפיע על האופן שבו בתי משפט יבצעו ביקורת שיפוטית בגדרי המסגרת הנורמטיבית הקיימת. דיון זה ייערך תחילה ביחס לחקיקה ראשית, ולאחר מכן ביחס לחקיקת משנה – דהיינו תקנות, צווים, הנחיות ושאר הוראות בנות פועל תחקתי שאינן חוקים ראשיים של הכנסת.

3. אסדרה שנקבעה בחקיקה ראשית

את הביקורת השיפוטית על אסדרה שנקבעה בחקיקה ראשית ניתן לאפיין כבעלת שני ענפים: ענף מהותי, העוסק בתוכן של דבר החקיקה, וענף פרוצדורלי, העוסק בהליך החקיקה.

במסגרת הבחינה המהותית, בית המשפט בוחן האם החוק פוגע בזכויות יסוד חוקתיות שהוכרו במשפט הישראלי, וככל שעולה כי קיימת פגיעה, עליה להיות מידתית וראויה, דהיינו לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.¹⁹⁶ מדובר במטריה שונה בתכלית מאשר תחום המומחיות של רשות האסדרה. אומנם, תיתכן לעיתים השקה מסוימת לעניין השפעת דבר החקיקה על זכויות הפרט, כמו לדוגמה אסדרה אשר מגבילה את הזכות לקניין. ואולם, אנו צופים כי בכל האמור בדינמיקה שבין המאסדר לבין הרשות, עניינים אלו צפויים להיות בשוליים.¹⁹⁷ זאת, מכיוון שגם אם סוגיית ההשפעה על זכויות נבחנה במסגרת הליך ה-RIA שביצע המאסדר, הרי שהרשות, בשונה מבית המשפט, עוסקת בבחינת איכות הליך הערכת השפעות האסדרה בלבד, ולא באיכות ההסדר שהתקבל, כאמור לעיל.¹⁹⁸ משכך, לעמדתנו,

194 ראו בעניין זה Reeve T. Bull & Jerry Ellig, *Statutory Rulemaking Considerations and Judicial Review of Regulatory Impact Analysis*, 70 ADMIN. L. REV. 873 (2018).

195 לדוגמה בה נערך דיון נורמטיבי בסוגיה ראו: Jonathan Masur & Eric Posner, *Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role*, 85 U. CHI. L. REV. 935 (2018).

196 אהרן ברק **פרשנות במשפט ג**: פרשנות חוקתית 105–118 (1994).

197 במסגרת קריטריוני הבחינה של המתודולוגיה של עמותת רווח נקי, קיים תת-קריטריון יחיד אשר מתייחס לבחינת החלופות לאור "שיקולים ציבוריים רלוונטיים", ובכללם השפעה על זכויות חוקתיות של הצדדים. עם זאת, על מנת לקבל ציון מלא על המאסדר להתייחס לזכויות אלו ותו לא, והעמותה אינה עורכת בחינה מהותית של ההתחשבות בשיקולים אלו.

198 ס' 21(ה)(2) לחוק.

היקף הפרסום הצפוי של חוות הדעת של הרשות לא ישפיע על שאלת היקף ההתערבות השיפוטית במישור המהותי.

במסגרת הבחינה הפרוצדורלית, בית המשפט בוחן את תקינות הליך החקיקה, כאשר נפסק כי רק "פגיעה קשה וניכרת בעקרון יסוד של הליך החקיקה", או "פגם היורד לשורשו של ההליך"¹⁹⁹, יצדיק את התערבותו של בית המשפט. בעניין מגדלי העופות פורטו עקרונות היסוד של הליך החקיקה: עקרון הכרעת הרוב; עקרון השוויון הפורמלי; עקרון הפומביות; ועקרון ההשתתפות, כאשר הוסבר כי עקרונות אלו חלים לגבי הליך החקיקה המתקיים בכנסת בלבד – במליאה ובוועדות הכנסת, ומוקנים לחברי הכנסת עצמם.²⁰⁰ בעניין קוטינסקי, פסק הדין הראשון והיחיד לעת עתה שבו הוכרו על בטלות דבר חקיקה ראשית של הכנסת בשל פגמים שנפלו בהליך חקיקתו,²⁰¹ בית המשפט עמד על היקפו של עקרון ההשתתפות וקבע כי "בעוד על הרשות המנהלית מוטלת חובה לקיים דיון בפועל [...] הרי שבית משפט זה יתערב בהליכי חקיקה ראשית רק כאשר נשללה מחברי הכנסת אפשרות מעשית כלשהי לקיים דיון מינימלי בהצעת החוק ולגבש עמדה מושכלת לגביה"²⁰². כלומר, בית המשפט בוחן את האפשרות לקיים דיון מינימלי בהצעת החוק, ולא האם דיון שכזה התקיים בפועל. בנוסף, וכפי שהודגש בפסק דין זה, ובהקשרים רבים נוספים, מתחם הביקורת השיפוטית על דבר חקיקה ראשית של הכנסת צר במיוחד לאור הכיבוד ההדדי בין רשויות השלטון ומעמדה של הכנסת כבית הנבחרים.²⁰³ יודגש, כי בשונה מהליך מנהלי, אין חובה על חברי הכנסת לתת זכות טיעון לגורמים רלוונטיים,²⁰⁴ או להתבסס על כמות מספקת של נתונים.²⁰⁵ כל שנדרש הוא "אפשרות מעשית (לחברי הכנסת) לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק".²⁰⁶ בעניין הנדון – בית משפט צפוי לבחון את האפשרות שעמדה בפני חברי הכנסת לגבש עמדה כאשר לאסדרה המוצעת, ולהפעיל את ביקורתו רק ככל שלא עמדה בפניהם כל אפשרות מעשית כאמור. בגדרי בחינה זו, ההליך המנהלי שנעשה עובר לגיבושה של הצעת החוק נסוג מפני הליך החקיקה בכנסת.

- 199 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, פס' 17–18 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש (2004).
- 200 שם, פס' 18–28.
- 201 עניין קוטינסקי, לעיל ה"ש 7.
- 202 שם, פס' 68–69 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 203 לדוגמה אחת מני רבות ראו שם, פס' 43–44 לפסק דינו של השופט מזוז. וכן ראו נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס **מדריך למחוקק** (2015); וגישה ביקורתית יותר המובאת במאמר זה: סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" **משפטים על אתר** יב 99 (2018).
- 204 בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 157–158 (1991).
- 205 עניין **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 199, פס' 27–29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, וכן ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** א: עקרונות יסוד 311, 729 (מהדורה שישית, 2005), וכן **מדריך למחוקק**, לעיל ה"ש 203, בעמ' 168–172.
- 206 עניין קוטינסקי, לעיל ה"ש 7, פס' 107–108 לפסק דינו של כב' השופט סולברג.

למעשה, אף התבוננות במלאכת החקיקה תומכת במסקנה זו. כך למשל, הצעת חוק יכולה להיות מוגשת בדרך של הצעת חוק פרטית, המנוסחת על ידי חברי הכנסת עצמם ומונחת על שולחן הכנסת, או בדרך של הצעת חוק ממשלתית,²⁰⁷ כאשר הצעת חוק פרטית כלל אינה כפופה לחובת עריכת הליך RIA.²⁰⁸ באשר להצעת חוק ממשלתית, נהוג כי זו מפורסמת להערות הציבור בטרם הנחתה על שולחן הכנסת ב"אתר החקיקה הממשלתי", ובמסגרת פרסום זה על המאסדר לצרף את דוח ה-RIA שערך.²⁰⁹ בנוסף, בהתאם לתקנון הכנסת, אם נכתב דוח הערכת השפעות אסדרה בקשר להצעת חוק, יש להעבירו לוועדה ולהציגו בפניה.²¹⁰ אומנם, כיום החובה הזו חלה ביחס לדוחות ה-RIA בלבד, ולא ביחס לחוות הדעת של הרשות, אולם ניתן להעריך כי כאשר הרשות תחל להפעיל את סמכות הבקרה שניתנה לה בחוק, יתוקן תקנון הכנסת על מנת לעגן חובה דומה כאמור.²¹¹ עם זאת, יצוין כי על פניו אין כל מעמד משפטי מחייב למסמכים אלו במסגרת הליך החקיקה הפורמלי, ותקנון הכנסת קובע במפורש כי "אין באמור (דהיינו, בחובת שליחת דוח ה-RIA לוועדה והצגתו בפניה) כדי למנוע הצבעה על הצעת החוק בוועדה או בכנסת" (ההבהרה אינה במקור).²¹²

אם כן, מן האמור עד כה עולה כי בשונה משאלת הסטנדרטים הרצויים להליך חקיקה מיטבי, בית המשפט, בבוחנו דבר חקיקה ראשי של הכנסת, מסתפק בבחינה של ה"גרעין הקשה" של הפעילות הפרלמנטרית בכנסת. נכון לעת הזאת, הליך ה-RIA וביקורת הרשות עליו אינם חלק מגרעין זה ואף אינם קרובים לו. צירוף נסיבות זה מלמד, לעמדתנו, כי

- 207 איתי בר-סימן טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז' 690–694 (2016).
- 208 החובה בהחלטות הממשלה האמורות חלה על המאסדר, דהיינו על הרשות המנהלית הרלוונטית אשר מגבשת נוסח תזכיר חוק. ממילא גם המקור הנורמטיבי לחובת הרשות – החלטות ממשלה – כלל אינו יכול להטיל חובות פוזיטיביות על חברי כנסת, לאור הפרדת הרשויות הקיימת. ראו **מדריך לחוקק**, לעיל ה"ש 203, בעמ' 173–180.
- 209 ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 2.3005 "טיפול בהצעות חוק ממשלתיות" (5.3.2018).
- 210 ראו ס' 84(1) לתקנון הכנסת (2015): "הכינה הממשלה דוח להערכת השפעות אסדרה (RIA – Regulatory Impact Assessment) בקשר להצעת חוק שהועברה לוועדה, יעביר השר הממונה על ביצוע החוק את הדוח לוועדה בסמוך לאחר שהצעת החוק הועברה אליה, ויציג את הדוח לפני הוועדה בעת הכנת הצעת החוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית, בעצמו או באמצעות נציגו; אין באמור כדי למנוע הצבעה על הצעת החוק בוועדה או בכנסת".
- 211 יצוין כי אנו תומכים כמובן בתיקון מסוג זה. כיום עמותת רווח נקי פועלת באופן דומה, ושולחת את דוחות הביקורת שלה לחברי ועדת הכנסת בטרם דיונים לגביהם נכתב דוח RIA והתבצע הליך ביקורת. לשתי דוגמאות מני רבות – ראו דוח ביקורת שנשלח לקראת דיון בעניין תקנות שירות התעסוקה (תשלומים ממבקש עבודה בקשר לתיווך עבודה) (הוראת שעה), התשפ"ב–2022 שהתקיים ביום 25.5.2022; ועדת העבודה והרווחה **אתר הכנסת** (22.5.2022) <https://bit.ly/3ItLRi5>; וכן מכתב שנשלח לקראת דיון בעניין הצעת תקנות התעבורה (תיקון מס' 6), התשפ"א–2021 בדבר התקנת מערכת עזר לנהג להתרעה על השארת ילדים ברכב שהתקיים ביום 24.2.2021; ועדת הכלכלה **אתר הכנסת** (24.2.2021) <https://bit.ly/3IiRskk>.
- 212 בר-סימן טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 207, בעמ' 695, וכן ראו משה אובטרובסקי ומרדכי קרמניצר **החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים** (הצעה לסדר 5, 2014).

סוגיית היקף הפרסום של חוות הדעת של הרשות לא תהא רלוונטית לעניין הביקורת השיפוטית על אסדרה שנקבעה בחקיקה ראשית.

מעבר לכך, חשוב לזכור כי חוות דעת על דוח ה-RIA שתוגש לוועדות הכנסת במסגרת העבודה על הצעות חוק עשויה לסייע לבקרה פרלמנטרית איכותית יותר,²¹³ ולקבלת החלטות מושכלות, שכן היא תעניק כלים אפקטיביים עבור הכנסת לטייב את דבר החקיקה המוצע. ניתן אף לתאר מקרים שבהם הליך הבקרה בכנסת ייעשה בצורה איכותית, ובמקרה של מחלוקת בין המאסדר לרשות, המחוקק יכריע אחרת מהמאסדר לעניין האסדרה כולה, או לפחות לעניין היבטים מסוימים בה.²¹⁴ לפיכך, לשיטתנו, האינטרס הציבורי בפרסום גובר באופן מובהק על החשש מפני ביקורת שיפוטית בכל האמור בחקיקה ראשית ותומך בפרסום בחוות דעת מפורטת.

לבסוף, נבקש להתייחס בתמצית לשתי סוגיות נוספות שעשויות לעלות בקשר לביקורת שיפוטית על הליך חקיקה ראשית: מצב שבו חובת ההיוועצות עם הרשות כלל לא קוימה; והאפשרות לתקיפת ההחלטה המנהלית להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת.

(א) אייקום חובת היוועצות בטרם הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת

בהתאם לחוק עקרונות האסדרה, על מאסדר המבקש להציע או לקבוע אסדרה שנדרש לשם קביעתה, לפי החלטות הממשלה, ביצוע תהליך הערכת השפעות אסדרה, לפנות לרשות לשם התייעצות עימה בעניין התהליך האמור.²¹⁵ דהיינו, בשונה מחובת ביצוע הליך RIA עצמה, שמקור תוקפה בהחלטות ממשלה בלבד,²¹⁶ חובת התייעצות עם הרשות בקשר להליך מהווה חובה סטטוטורית.

יושם אל לב, כי לשון החוק מטילה חובת היוועצות מפורשת על "מאסדר", ולא על המחוקק.²¹⁷ כלומר, על פניו, אף במצב שבו מדובר בהצעת חוק ממשלתית וחובת ההיוועצות עם הרשות לא קוימה כנדרש, אין כל מניעה שחברי הכנסת יצביעו על הצעת החוק והיא תהפוך לאסדרה תקפה. כידוע, דבר חקיקה ראשי הוא תוצר של בית המחוקקים בלבד וכך הוא נבחן גם על ידי בית המשפט. לעמדתנו, קשה להניח כי חובת היוועצות

213 ראו לדוגמה את השינויים המשמעותיים שנערכו בוועדה בתקנות שכחת ילדים בכנסת בעקבות דוח הביקורת של עמותת רווח נקי על תהליך ה-RIA (תיאור השינויים זמין בדוח 2021, לעיל ה"ש 6, בעמ' 32–35). על אחת כמה וכמה ההשפעה שתהא לדוח בקרה של רשות ממשלתית, בשונה מעמותה ציבורית ללא סמכות.

214 חוות דעת אדומה שניתנה על תהליך RIA ביחס לטייטה של דבר החקיקה אשר עבר שינויים משמעותיים במסגרת הדיון הפרלמנטרי עשויה שלא להיות רלוונטית במסגרת הליך שיפוטית (ככל שהפגמים אכן התרפאו).

215 ס' 21(א) לחוק.

216 למעט ביחס לתאגידים ציבוריים, שם החובה מעוגנת בחוק (אולם הם אינם כפופים לביקורת הרשות). ראו שם, ס' 34–35.

217 ראו הגדרת "מאסדר", שם, ס' 3.

דומה טוטל על המחוקק באמצעות פיתוח פסיקתי.²¹⁸ מסקנה זו נתמכת בכך שהמחוקק, ככוונת מכוון, בחר לשנות את שם החוק מ"חוק יסודות האסדרה" ל"חוק עקרונות האסדרה".²¹⁹ כעולה מהפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, שינוי זה נועד להבהיר כי אין מדובר בנורמה בעלת מעמד מעין-חוקתי.²²⁰ אומנם, חשוב לציין, כי כשעסקינן בהצעת חוק ממשלתית, ישנו תהליך הכנה של טיוטת החוק על ידי גורמי מקצוע בממשלה ולאחר מכן הצבעה בוועדת השרים לענייני חקיקה, שאישורה שם הוא תנאי להנחתה כהצעת חוק על שולחנה של הכנסת. לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לנוסח הסופי של טיוטת החוק שמועבר לוועדת השרים לענייני חקיקה יצורף אישור מאת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לכך שאין מניעה משפטית להגשת טיוטת החוק.²²¹ במצב שבו לא קוימה חובת ההיוועצות עם רשות האסדרה – ואף במצב שבו החובה קוימה, אולם הרשות הכריעה כי נפל בתהליך פגם מהותי – סביר להניח כי המשנה יציין זאת, ויתכן שאף יקבע כי ישנה מניעה משפטית להגשת טיוטת החוק. אם השרים יבחרו לקדם את הצעת החוק בהינתן הערות אלו, מובן שיש לכך משמעות. אם לא בזמן אמת, אזי בדיעבד – אם וכאשר תיתקף האסדרה בבית המשפט.²²²

לסיכום, בראייתנו, הפרשנות הסבירה העולה מלשון החוק ותכליתו היא כי חובת ההיוועצות חלה על מאסדר בלבד, והמחוקק אינו כפוף לה. אומנם, אין להתעלם מכך שהנחת תזכיר חוק על שולחן הכנסת ללא קיום חובת היוועצות (וכתוצאה מכך ללא חוות דעת של הרשות) פוגמת ביכולתם של חברי הכנסת לגבש עמדה מושכלת לגבי ההצעה המונחת בפניהם. מצב עניינים זה ודאי אינו רצוי, ולעמדתנו, ראוי כי חברי הכנסת יממשו את סמכות הביקורת הפרלמנטרית המוקנית בידיהם וידרשו מהגורמים המנהליים לבצע הליך הערכת השפעות אסדרה ולהתייעץ עם הרשות טרם המשך הדיון בהצעת החוק. מצב עניינים זה אף עשוי להשפיע על הנכונות של היעוץ המשפטי לממשלה לתמוך בקידום הצעת החוק. ואולם, מכל מקום, בהתייחס לביקורת השיפוטית על דבר החקיקה, בראייתנו קשה לטעון כי מדובר בפגם העולה כדי "חוסר יכולת מעשית לגבש עמדה בקשר להצעת החוק", כפי שתואר לעיל.

218 לכלים שבהם בית המשפט מפרש דבר חקיקה לצד דיון בגבולות הפיתוח של דוקטרינות משפטיות יצירות הפסיקה באמצעות פרשנות, ראו אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 397–434 (2003).

219 ראו הצעת חוק התוכנית הכלכלית 2021, לעיל ה"ש 164, ס' 91: "פרק זה יהיה חוק יסודות האסדרה התשפ"א–2021".

220 שם החוק שונה על מנת שלא ייתפס כ"חוק מסגרת" בעל זיקה חוקתית, בדומה לדוגמה לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985, אשר חוקי התקציב כפופים לו, אלא כחוק רגיל המסדיר את פעולת הרשות המבצעת. ראו פרוטוקול ישיבה 69, לעיל ה"ש 33, בעמ' 41–43; וראו לעניין חוק יסודות התקציב: בג"ץ 8749/13 **שפיר נ' שר האוצר**, פס" 1–3 (נבו 13.8.2017).

221 ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 209, ס' 1.

222 ראו איתן לבונטין "מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות" **משפטים** נב (טרם פורסם).

(ב) תקיפת ההחלטה להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת

אם כך, המחוקק אינו כפוף לחובת ההיוועצות של ה"מאסדר", כהגדרתו בחוק, עם הרשות. ואולם, עולה השאלה האם ניתן לתקוף את עצם החלטת הממשלה להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת – בין אם משום שתהליך ה-RIA המלווה את האסדרה נעשה ברמה נמוכה במיוחד, ובין אם בשל כך שכלל לא קוימה חובת ההיוועצות. מבט בפסיקה מלמד כי התשובה לשאלה זו חיובית. מדובר למעשה בהחלטה מנהלית, וישנם מקרים שתקפו החלטות מן הסוג הזה בעבר.²²³

מבחינת הפסיקה בהקשר זה הם מחמירים, מאחר שלא מדובר בהחלטה מנהלית רגילה. ראשית, על אף שהחלטת הממשלה להגיש הצעת חוק לכנסת היא החלטה מנהלית,²²⁴ היא קשורה באופן הדוק להליך החקיקה בכנסת.²²⁵ על כן, נקבע כי רק במקרה של "חריגה כה קיצונית ממתחם הסבירות והמידתיות הרחב הנתון לה לעניין יוזמות חקיקה" תהא הצדקה להתערבות בשיקול הדעת של הממשלה לפני סיום הליכי החקיקה, גם אם הכנסת טרם החלה לדון בהצעה.²²⁶ שנית, עתירה שעילתה היא עצם הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת היא למעשה עתירה מוקדמת,²²⁷ וזאת מן הטעם שבית המשפט בוחן את תוכנו של הליך חקיקה שהתקבל, ולא כל הצעת חוק ממשלתית מבשילה לכדי חוק בספר החוקים הישראלי, וגם אם תבשיל לכדי חוק, היא עשויה לעבור שינויים מרחיקי לכת במהלך הכנתה בוועדת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית.

עם זאת, לשיטתנו, אין לפסול התערבות שיפוטית במצב שבו הונחה הצעת חוק ממשלתית מבלי לקיים את חובת ההיוועצות. מדובר בהפרת חובה חוקית מפורשת, שייחודית להליך חקיקה זה, שמשמעותה היא כי חלק מהותי מעבודת הממשלה שצריכה להתבצע עובר להנחת ההצעה על שולחנה של הכנסת – לא בוצע.

4. אסדרה שנקבעה בחקיקת משנה

"חקיקת משנה", בייחוד בהקשר של אסדרה, מופיעה במגוון צורות. הצורה הקלסית היא בתקנות שמתקין השר או גורם מוסמך מכוח החוק, לעיתים בסמכותו הבלעדית, ולעיתים באישור ועדה מוועדות הכנסת. לצד זאת, ישנו מגוון רחב של הוראות אסדרה שנקבעות

223 ראו בג"ץ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (נבו 12.3.2010). וכן את ההתייחסות לפסק הדין האמור ב: משרד המשפטים מדריך פנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה 35 (7.7.2017) <https://did.li/JXplw>.

224 בג"ץ 2337/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 10–11 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 22.2.2022).

225 בג"ץ 10253/04 העמותה לקידום הפיזיותרפיה בישראל נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פס' 3 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס (נבו 10.1.2005).

226 בג"ץ 4302/09 לשכת עורכי הדין בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 3 ו-5 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש (נבו 9.6.2009).

227 בג"ץ 491/18 עפגין נ' שרת המשפטים, פס' 8 (נבו 8.4.2018); בג"ץ 5744/19 בן מאיר נ' ממשלת ישראל, פס' 3–5 (נבו 5.9.2019).

בנהלים, חוזרים, תנאי מחייב באישור אסדרתי, מסמכי הנחיה ואף בתכתובות דואר אלקטרוני בין המאסדרים לבין הגורמים המפוקחים (ייקראו להלן: נהלים). נהלים אלו נקבעים לעיתים באופן עצמאי על ידי מאסדרים ללא תהליכי בקרה נאותים, וחוק עקרונית האסדרה כולל אותם תחת ההגדרה של אסדרה באופן תקדימי.²²⁸

ככלל, במסגרת ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה, מקובל לערוך הבחנה בין בחינת תקינות ההליך המנהלי לבחינת תוכן ההחלטה. חלוקה זו דומה לחלוקה הנעשית בהקשר של ביקורת שיפוטית חוקתית שתוארה לעיל.

במסגרת בחינת תקינות ההליך, בית המשפט בוחן את תקינות ההליך הקודם לקבלת ההחלטה או גיבוש דבר החקיקה המנהלי על ידי הרשות.²²⁹ במסגרת זאת נבחן האם הגורם המנהלי נתן זכות טיעון לגורמים אשר עשויים להיפגע מההחלטה,²³⁰ האם בוצעה היועצות כדין,²³¹ האם הונחה תשתית עובדתית רלוונטית מספקת ביחס לאופייה של ההחלטה ומורכבותה,²³² והאם דבר החקיקה המנהלי פורסם כנדרש.²³³

יצוין כי גם אם נמצא שיש פגם באיכות ההליך המנהלי, יש להוכיח כי קיים קשר סיבתי בין קיומו לבין האסדרה שהתקבלה.²³⁴ בנוסף, במידת האפשר, בית המשפט ייטה לתת לרשות מרחב לתקן את הפגם טרם מתן סעד.²³⁵ כך לדוגמה, גם אם יימצא כי הופרה זכות הטיעון, בית המשפט צפוי לאפשר לרשות לבצע שימוע בדיעבד.²³⁶ לפיכך, למרות שניתן

228 ראו ס' 3 לחוק, ס' קטן (3) להגדרת "אסדרה"; וכן דיון על ההשפעות של מגוון צורות האסדרה השונות ב**דוח המלצות הצוות הבין-משרדי לרגולציה חכמה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 35–37; ובדוח השנתי 2021, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15–18.

229 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** א 261–262 (2010).

230 באופן עקרוני אין זכות שימוע בהליכי חקיקה והתקנת תקנות, אם כי ישנם קולות המסתייגים מהלכה זו. ראו בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 482, 718–725 וההפניות המובאות שם (2005).

231 ראו למשל בג"ץ 6644/16 **התאחדות התעשיינים בישראל – פורום טחנות הקמח נ' שר הכלכלה והתעשייה** (נבו 18.10.2017); בג"ץ 5303/16 **גרמן נ' שר הבריאות** (נבו 13.11.2018).

232 בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 414, 425 (1994); בג"ץ 7738/04 **מזרחי נ' שר הרווחה**, פס" 7 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 17.1.2007); ברק-ארז **משפט מינהלי** א, לעיל ה"ש 229, בעמ' 440.

233 חובת הפרסום מכוח ס' 6 לחוק חופש המידע; כן ראו בג"ץ 3081/95 **רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל**, פ"ד נ(2) 177 (1996).

234 ראו למשל בהקשר של הפקעת מקרקעין: "המבחן המרכזי בעניין זה נעוץ בקשר בין הפגם לבין ההחלטה: השאלה החשובה היא אם סביר להניח כי הפגם השפיע על ההחלטה, או, לשון אחר, אם סביר להניח כי לולא הפגם הייתה ההחלטה שונה באופן מהותי". בג"ץ 465/93 **טריידט ס.א. נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצל**, פ"ד מח(2) 622, 635 (1994).

235 ראו לדוגמה ע"מ 4529/15 **אורט ישראל נ' המועצה המקומית דלית אל כרמל**, פס" 16 (נבו 24.8.2015).

236 בג"ץ 2911/94 **עבדול באקי נ' קלעגי – מנכ"ל משרד הפנים**, פ"ד מח(5) 291 (1994); ובהקשר רחב יותר, בית המשפט לעיתים נוטה שלא לתת סעד מיידית במסגרת פסק דין, אלא לעקוב לאורך זמן על התקדמות הרשות בטיפול בסוגיה. מקרים אלו זכו לכינויי "עתירות

לתאר כי יינתן משקל לא מבוטל להצבעת הרשות באמצעות חוות דעתה על פגמים בהליך, אין סיבה כי הדבר יביא לבטלות של דברי חקיקה, ככל שלמאסדר תהא נכונות לתקנם.²³⁷ בנוסף, בקרת הרשות אמורה לסייע בטיוב תהליכי קביעת אסדרה, ולפיכך ניתן לתאר כי יהיו פחות מקרים שבהם אסדרה שעמדה לביקורת הרשות תיתקף בבית המשפט בשל פגמים בהליך, או לפחות כי הנכונות למעורבות שיפוטית במקרים שבהם התקיים שיח עם הרשות לעניין זה תקטן.²³⁸

במסגרת בחינת תוכן ההחלטה, בית המשפט בוחן את אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי, ובכלל זאת האם המאסדר היה במצב של ניגוד עניינים בזמן קבלת ההחלטה, האם נשקלו שיקולים זרים, והאם ההסדר שהתקבל מידתי וסביר. דהיינו, האם הוא מבטא איזון ראוי בין האינטרס הציבורי שהמעשה נועד להגשים, לבין הפגיעה בזכות הפרט, והאם האיזון שנערך בין השיקולים השונים שהובילו לגיבוש ההסדר נכלל במתחם הסבירות.²³⁹ כאן חשוב להזכיר שוב כי דוח הביקורת של הרשות אינו עוסק באיזון בין השיקולים השונים שהובילו לבחירה באסדרה שנקבעה, אלא בתהליך בלבד,²⁴⁰ ואילו בית המשפט, כאמור, אינו כבול לבחינה פרוצדורלית זו. עם זאת, בית המשפט בהחלט עשוי ללמוד מן הביקורת המובאת בחוות הדעת של הרשות לעניין מידתיות ההסדר או סבירותו. כך לדוגמה, ככל שהרשות תלמד כי לא נשקלו כמה חלופות, וכן כי לא בוצעו הערכה וכימות של תועלות האסדרה, יכול שייקבע על ידי בית המשפט ביתר קלות כי פגיעת ההסדר בזכויות הפרט אינה מוצדקת, וזאת לאור התועלת הקטנה שעשויה לצמוח ממנו. מהאמור עולה כי לכאורה, חוות דעת מפורטת של הרשות עשויה לגבש תשתית למעורבות שיפוטית נרחבת יותר בתוכנם של הסדרים מנהליים.

שמרטפות" על ידי השופט רובינשטיין; הליכים אלו מעלים קשיים, אך גם טומנים בחובם יתרונות מסוימים – ובראשם (לעיתים) הבאת הרשות לכדי טיפול בסוגיה בלא הזדקקות למתן סעד אקטיבי. ראו בג"ץ 5587/07 עוזיאל נ' מס רכוש וקרן פיצויים, פס' ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 2.3.2008); וכן ראו בג"ץ 2235/14 סנדוקה נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב (נבו 15.3.2022).

²³⁷ במצב אידיאלי, ניתן לתאר כי ביקורת הרשות דווקא תחסוך מבית המשפט את הצורך לבקרה הליכית על קביעת דבר חקיקה מנהלי. זאת מכיוון שבקרת הרשות כוללת תהליך היועצות מקדים פורמלי (במקרה של מציאת פגם מהותי – ע"פ ס' 21(ז) לחוק) או בלתי פורמלי (ראו המלצותינו בפרק ד' חלק 1 למאמר זה) שבמסגרתו ניתנת למאסדר ההזדמנות לתקן פגמים שנפלו בתהליך גיבוש האסדרה.

²³⁸ מובן שאין הדבר מחויב המציאות, משום שמאסדר עשוי שלא לתקן את הפגמים שעליהם הצביעה הרשות, וכן מכיוון שאין חפיפה מוחלטת בין פרספקטיבות הבחינה, כאמור, אך אנו כן סבורים כי יהיה בתהליך הבקרה כדי לטייב לפחות חלק ניכר מההליכים הרלוונטיים. ליחס בין מגווני בקרה פנימיים לביקורת שיפוטית חיצונית ראו ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 181, בעמ' 9–11.

²³⁹ ברק-ארז **משפט מינהלי** ב 723–769 (2010).

²⁴⁰ ס' 21(ה) לחוק.

עם זאת, לשיטתנו, וכפי שיפורט להלן, ישנם כמה מנגנונים מאזנים בפסיקת בתי המשפט אשר צפויים למתן במידה משמעותית את החשש מפני ביקורת שיפוטית נרחבת שאינה רצויה, ומביאים למסקנה כי פרסום חוות דעת מפורטת של הרשות הוא רצוי.

(א) מנגנונים מאזנים במשפט המנהלי

ראשית, הנחת יסוד בתורת המנהל הציבורי ובמשפט המנהלי היא שהרשות מומחית בתחום שהיא מופקדת עליו.²⁴¹ בהתאם, הלכה פסוקה היא כי בית המשפט לא יחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו, שלו וימעט להתערב בהחלטותיה, בייחוד במקרים שבהם מדובר בשאלות הדורשות מומחיות מיוחדת.²⁴² כאשר מדובר בשאלות של מדיניות אסדרתית, המערבות היבטים מקצועיים, מתחם הסבירות לפעולת מחוקק המשנה רחב במיוחד. נציין כי הדברים יפים במיוחד מקום שבו מדובר בחקיקת משנה שאושרה על ידי ועדה מועדות הכנסת.²⁴³ כלומר, הריסון השיפוטי הנוהג לגבי החלטות מנהליות ככלל, וחקיקת משנה העוסקת בנושאים מקצועיים בפרט, מהווים מנגנון מאזן ראשון.

שנית, מעבר למומחיות המאסדר בעולם התוכן הספציפי שבו עוסקת האסדרה שנקבעה, לרשות מוקנות סמכויות בחוק לעריכת בקרה על תהליך ה-RIA, והיא הגורם בעל המומחיות הנדרשת לעניין איכות תהליך קביעת האסדרה.²⁴⁴ בית משפט נוטה לתת משקל של ממש לעמדת הגורמים המקצועיים הרלוונטיים.²⁴⁵ לפיכך, להערכתנו, ככל שחוות דעתה של הרשות לגבי איכות התהליך חיובית, או לפחות שהרשות לא זיהתה "פגם מהותי" כהגדרתו בחוק,²⁴⁶ הרי שקשה לסבור כי בית המשפט יקבע שהפגמים שהרשות זיהתה בקביעת האסדרה עולים לכדי "פגם היורד לשורשו של עניין" אשר מצדיקים את פסילתה.²⁴⁷

241 ברק-ארז **משפט מינהלי** א, לעיל ה"ש 229, בעמ' 36; וכן איל פלג "ההליך המנהלי בצילו של שיקול-דעת" **עינוי משפט** מב 129, 152 (2019).

242 ראו למשל בג"ץ 6274/11 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר**, פס' 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 26.11.2012); בג"ץ 4675/03 **פיזור פרמצבטיקה ישראל בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות**, פס' 39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה (נבו 12.5.2011).

243 בג"ץ 7198/21 **איגוד נוחני שירותים פיננסיים (ע"ר) נ' ממשלת ישראל**, פס' 22 לפסק דינו של השופט גרוסקופף וההפניות המובאות שם (נבו 17.11.2021).

244 ס' 7 לחוק.

245 ראו ע"מ 2605/18 **עיריית חיפה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה**, פס' 90 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 28.7.2019); בג"ץ 6407/06 **דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר**, פס' 65 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 23.9.2007).

246 ראו ס' 21(ז) לחוק.

247 סוגיות מעניינות שלא נתייחס אליהן במסגרת מאמר זה הן האפשרות שבית משפט יבקש לקבל את עמדת הרשות גם בנושאים שבהם היא בחרה שלא לקיים תהליך ביקורת בהתאם לסמכותה בחוק וכן האפשרות שלפיה בית משפט יבקש מהרשות לערוך בדיקות יזומות, בדומה להתייצבות היועצת המשפטית לממשלה בהליכים משפטיים שהמדינה אינה צד להם במקרים שבהם זכות או עניין ציבורי מושפעים או כרוכים באותם הליכים. ראו ס' 21(ב), 21(ח)–21(ט) לחוק לעניין סמכויות הרשות שלא לבצע תהליך בקרה; וכן ראו ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], והשוו לס' 7 לחוק. השוו גם

לבסוף, חשוב לזכור כי בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית, תוצאות הפגם שנמצא תלויות בשיקול דעתו הרחב של בית המשפט, וכי לא במהרה יבוטל דבר חקיקה של מחוקק המשנה.²⁴⁸ כלומר, אף אם הרשות, כגוף בקרה פנים ממשלתי, מצאה כי נפל פגם מקצועי מהותי לפי אמות המידה המקצועיות שהיא קבעה, אין הכרח כי בית המשפט יקבע כי נפל פגם משפטי. ומכל מקום, אף אם ייקבע על ידי בית המשפט כי נפל פגם משפטי, אין בכך כדי לקבוע, בהכרח, כי הוא מצדיק את בטלות האסדרה.

מטעמים אלו, איננו סבורים כי הביקורת שתובא במסגרת חוות הדעת תבסס, כשלעצמה, עילה לקביעה שיפוטית כי ההסדר אינו מידתי או אינו סביר באופן קיצוני. יתרה מזו, ייתכן כי פרסום חוות דעת מפורטת של הרשות דווקא יביא למעורבות שיפוטית קטנה יותר. זאת משום שככל שרשות מקצועית אישרה את התהליך וקבעה כי הפגמים שעליהם הצביעה אינם עולים כדי פגם מהותי,²⁴⁹ הרי שבית המשפט ייטה להתערב פחות.²⁵⁰

(ב) היקף הביקורת השיפוטית כתלות בסוג הפגם שעליו הצביעה הרשות

המסקנה העולה מסקירת הדין הקיים היא כי ביחס לחקיקה ראשית, סביר שפרסום חוות הדעת של הרשות לא ישפיע על מידת הביקורת השיפוטית והנכונות של בית משפט להכריז

להתייצבות מאסדר בהליכים משפטיים, חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ונדב קליין
"המאסדר כידידו של בית המשפט" (צפוי להתפרסם 2024).
248 ברק-ארז **משפט מינהלי** ב, לעיל ה"ש 239, בעמ' 800–822.

249 דהיינו פרסמה חוות דעת ניטרלית או חיובית. יצוין בהקשר זה כי ייתכן שרצוי שבחוות דעת שמצביעות על פגמים, אך לא על פגם מהותי (כלומר שלושת הקטגוריות העליונות במתודולוגיה המוצעת במאמר זה), הרשות תכתוב במפורש כי הבעיות והכשלים שנמצאו בדוח ה-RIA מפורטים לשם הלמידה, ואין מדובר לשיטתה בפגם שיוורד לשרוש העניין. שימוש במונחים הלקוחים מעולם התוכן של המבחנים להתערבות בית המשפט בדבר חקיקה עשוי "לסמן" לבית המשפט, בייחוד לערכאות הנמוכות, כי הרשות המוסמכת אינה סבורה כי משמעות עמדתה היא פסילת דבר החקיקה, וכך לחסן במידת מה מביקורת שיפוטית שאינה רצויה. לעניין ביקורת שיפוטית על ידי ערכאות שאינן בג"ץ על דבר חקיקה ראשי או מנהלי ראו ס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, המקנה סמכות לבית משפט לדרון ולהכריע, באופן אגבי, בשאלה אינצידנטלית הנתונה לסמכות השיפוט העניינית של בית משפט אחר, ובלבד שהכרעה בשאלה זו דרושה לבירור עניין שהובא כדין לפני בית המשפט. סעיף זה מקנה למעשה סמכות לבתי משפט לדרון בתוקפו של דבר חקיקה ראשי או משני כאשר ההכרעה דרושה לצורך ההליך, ואולם תוקפה של החלטתו יחול לגביי ההליך הנדרון לבדו. הרלוונטיות של סמכות דיונית זו, המכונה "חקיפה עקיפה", לענייננו היא סוגיה הראויה לדין ופיתוח נוסף, אך חורגת ממסגרת מאמר זה. ראו בע"א 993/19 **פלוני נ' משרד הביטחון, פס' 41–44** לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 5.7.2022); רע"א 2063/16 **גליק נ' משרת ישראל** (נבו, 19.1.2017); דנ"א 1099/13 **מדינת ישראל נ' אבו פריח**, פס' 2 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז (נבו 12.4.2015).

250 ראו והשוו לעניין קשרי הגומלין שאותם מתארת ברק-ארז בין ביקורת שיפוטית לביקורת מנהלית חיצונית. ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 181, בעמ' 10–24. חשוב לסייג כי הערכה זו מתייחסת לעניין ביקורת שיפוטית על תוכן שיוצא מחוות הדעת של הרשות, ולא לעניין ביקורת שיפוטית על אסדרה אשר מתמקדת בנושאים שכלל לא נדונו בשיח מול הרשות, כמו לדוגמה קיומו של ניגוד עניינים או פגיעה בזכות שאינה קשורה להליך.

על בטלות דבר חקיקה ראשי של הכנסת. ביחס לדבר חקיקה משני, התמונה מעט יותר מורכבת. מחד גיסא, ייתכן שבית משפט יסתייע בחוות דעת מפורטת של הרשות על מנת להצביע על פגמים בתקינות ההליך המנהלי, או אף כתימוכין לפגם שנמצא בהפעלת שיקול הדעת. כלומר, שפרסום חוות הדעת צפוי להרחיב את הביקורת השיפוטית. מאידך גיסא, פסיקת בית המשפט העליון מלמדת כי ביקורת שיפוטית על חקיקה מנהלית תיעשה בריסון וצמצום, תוך מתן משקל ממשי לעמדת גורמי המקצוע – בנדון דנן, הן המאסדר והן רשות האסדרה, ותוך מתן מרחב לרשות לתקן פגמים, גם בדיעבד.

לשיטתנו, בכל האמור בקבוצה השנייה – דהיינו אסדרה שנקבעת בדרך של חקיקת משנה, התשובה לשאלת השפעת הפרסום על היקף הביקורת השיפוטית, בשים לב למגמות הנוגדות שהוצגו, תימצא באופן שבו הרשות סיווגה את תהליך קביעת האסדרה בחוות דעתה.

נקדים אחרית לראשית ונאמר כי במצב שבו חוות הדעת של הרשות העניקה לתהליך ציון "עובר" ומעלה, הרי שלשיטתנו לחוות הדעת של הרשות לא תהא השפעה ממשית על הנכונות של בית המשפט להתערב באסדרה הנתקפת. מנגד, כאשר הרשות זיהתה פגם מהותי בתהליך, ובכל זאת ההצעה התגבשה לכדי אסדרה תקפה ומחייבת, הרי שמטבע הדברים הנכונות של בית משפט לבצע ביקורת שיפוטית תגבר. במצב זה, אף ייתכן שיעשה שימוש בחוות הדעת של הרשות במסגרת התהליך השיפוטית. עם זאת, בראייתנו, ביקורת שיפוטית באותם מקרים היא רצויה, או לכל הפחות, לא נכון כי החשש ממנה יוביל לאיפרסום חוות דעת מפורטת.

ויוסבר: כאשר הרשות זיהתה פגם מקצועי מהותי בתהליך ובחרה לפרסם חוות דעת כזו והמאסדר בחר שלא לקבל את עצתה, חוות הדעת השלילית של הרשות עשויה לשמש כאינדיקציה לקיומם של פגמים משפטיים ממשיים בתהליך ואף בתוכן האסדרה. אומנם, כמקובל בהלכה הפסוקה ביחס לחובת היוועצות, הנועץ אינו מחויב לקבל את עמדת המייעץ, אלא רק לשקול אותה בנפש חפצה. אך לעיתים אייקבלת העמדה של גורם שיש עימו חובת היוועצות, במיוחד כשמדובר בגורם בעל מומחיות, עשויה לעלות כדי פגם משפטי.²⁵¹ ואולם, חשוב לזכור כי בשים לב לאופן שבו הותוותה סמכות הבקרה בחוק, מדובר יהיה במקרים מעטים.

כמתואר בהרחבה בפרק ג למאמרנו, לפי חוק עקרונות האסדרה, במקרה שבו הרשות מצאה כי נפל פגם מהותי בתהליך, טיוטת חוות הדעת של הרשות תחזור למאסדר בטרם פרסומה לציבור לשם קבלת התייחסותו.²⁵² במקרה שבו המאסדר לא שיפר את הדוח ובחר להמשיך לקדם את האסדרה כפי שהיא, ומנגד הרשות לא שינתה את עמדתה לאחר קבלת התייחסותו, תועבר ההחלטה בדבר פרסום חוות הדעת למליאת הרשות.²⁵³ בהמשך לכך, רק במקרה שבו מליאת הרשות הכריעה ברוב קולות (ללא הכרעת יושב ראש במקרה של

251 ראו עניין גרמן, לעיל ה"ש 231, וראו באופן כללי יותר על מעמד עמדתו של המאסדר בבית המשפט כגורם בעל מומחיות: אברהם-גדליה וקליין, לעיל ה"ש 247.

252 ס' 21(1) לחוק.

253 שם, ס' 21(2).

שוויון קולות) כי מדובר בפגמים מהותיים המצדיקים פרסום חוות דעת "אדומה", זו תפורסם.²⁵⁴ דהיינו, החוק קובע את קיומו של דיאלוג בין המאסדר לרשות טרם גיבוש חוות דעת המצביעה על פגמים מהותיים. מעבר לכך, גם אם התקבלה על ידי הרשות החלטה כי התהליך לוקה בפגמים מהותיים, הסמכות לפרסם את חוות הדעת מוקנית רק למליאת הרשות ברוב קולות. מטבע הדברים, הליך סבוך זה לא יקרה כדבר שבשגרה.

בנוסף, לעיתים הליך הערכת השפעות אסדרה שאיכותו ירודה במיוחד הוא אינדיקציה למחלוקת פנימית בין מאסדרים או בין גורמי המקצוע לדרג הנבחר.²⁵⁵ במקרה של מחלוקת בין האחרונים, שר שבתחום סמכותו מצויה קביעת מדיניות מסוימת יכול לקבוע אותה גם ללא הסכמת גורמי המקצוע ואף לאור חוות הדעת של הרשות שהצביעה על פגם מהותי.²⁵⁶ במקרים אלו, לשיטתנו, אין פסול בכך שהדברים יובאו להכרעת בית המשפט, ככל שהאסדרה תיתקף בהליך שיפוטי.

לסיכום, בשל הסיכויים הנמוכים לביקורת שיפוטית במרבית המצבים שתוארו לעיל, ולאור החשיבות הגבוהה שאנו רואים בפרסום חוות הדעת שעליה עמדנו בראשית פרק זה, נמליץ לרשות לפרסם חוות דעת סופית באופן מלא ומפורט. לעמדתנו, במקרים הנדירים שבהם בכל זאת חוות הדעת של הרשות תסייע בהרחבת התשתית לקיומה של ביקורת שיפוטית, מדובר בתוצאה רצויה. זאת בייחוד כאשר מדובר בחקיקה משנית בדמות נהלים והנחיות שאינה נזקקת לאישור שר, כנסת או גורם חיצוני אחר ובכך כפופה לפחות מנגנוני ביקורת מאזנים.²⁵⁷ עם זאת, לעמדתנו יש לבחון את הסוגיה אחת לכמה שנים וללמוד האם

254 ש.ס.

255 ראו לדוגמה את המחלוקת שנפלה בין שר האוצר לשר החקלאות בבג"ץ 5124/18 **תנוכה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר** (נבו 4.3.2019). יצוין כי פסק הדין המוזכר נדון בספרות לא פעם בהקשר של המונופול על ייצוג המדינה בערכאות במקרה של מחלוקת בין הגורם המקצועי ליועץ המשפטי לממשלה, אשר הדין בו חורג ממסגרת דיונו. להרחבה ראו לבונטין, לעיל ה"ש 222.

256 יצוין כי בטיוטות קודמות של חוק עקרונות האסדרה סמכות הבקרה של הרשות כללה אף "שיניים" בדמות יכולת לעצור אסדרה שהתהליך שהתבצע במסגרת קביעתה לקה בפגמים מהותיים. עם זאת, לאור התנגדויות שונות במסגרת דיוני החקיקה בוועדת החוקה של הכנסת, סמכויות אלו לא נכללו בנוסח הסופי של החוק. ראו הצעת חוק התוכנית הכלכלית לשנת 2021, לעיל ה"ש 164, ס' 21 לפרק יט, שם הוצע כי במקרים חריגים שבהם תפורסם חוות דעת מטעם מליאת הרשות המצביעה על פגם מהותי בתהליך הערכת השפעות של אסדרה שאינה חקיקה ראשית והיא בעלת השפעה משקית, לא יהיה אפשר לקדם את קביעת האסדרה, אלא בהתקיים התייעצות חוזרת ותיקון הפגם, או ככל שניתן לכך אישור הממשלה. וכן ראו לעיל את התייחסותנו לתועלת שבפרסום חוות הדעת לציבור, שצפויה להקשות, מבחינה ציבורית, על מאסדרים לקדם אסדרה שפורסמה לגביה חוות דעת שלילית. ראו את דברי היו"ר גלעד קריב בפרוטוקול ישיבה 86 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (19.10.2021): "הרי לכולנו ברור שכשתאמר הרשות שיש פגם מהותי שיוורד לשורשי הריא למול דו"ח שאומר: יכולתם בנקודה כזו או אחרת לעשות את זה יותר טוב, תבדקו אם אתם יכולים עוד לעשות את זה – יש לזה נפקות מיידית; יש לזה נפקות מיידית מבחינה משפטית, יש לזה נפקות מיידית מבחינה ציבורית".

257 עמדה זו נתמכת בתשתית המחקרית על אודות הגירעון האסדרתי שממנו סובלת המדינה המודרנית והביקורת על כך שכללים מחייבים בעלי השפעה מהותית ועמוקה על חיי האזרחים

פרסום מפורט של הפגמים במסגרת חוות הדעת מייצר אפקט מצנן שאינו רצוי, כמתואר מעלה, בהתחשב בתכליות הבקרה וחשיבות הדיאלוג בין הרשות למאסדרים.

(ג) אייקום חובת היוועצות עם הרשות (קידום אסדרה ללא תהליך RIA)

לבסוף, נתייחס למצב קצה, שבו מאסדר מקדם אסדרה מבלי לבצע כל היוועצות עם הרשות. נזכיר, כי בשונה מביצוע חובת RIA, אשר לא עוגנה בחוק בכוונת מכוון, הרי שחובת ההיוועצות מעוגנת בחוק.²⁵⁸ על פניו, ייתכנו מקרים שבהם רשות האסדרה תאתר טיטת אסדרה שפורסמה לציבור מבלי שפנו אליה להיוועצות כמאמר החוק, ותפנה למאסדר בבקשה להשלים את חובתו. במצב דברים זה, המאסדר – שייתכן כי ערך תהליך RIA או לאו – יידרש לפנות אליה להיוועצות משלימה. כלומר, חשיבותה של ההיוועצות עם הרשות טמונה גם בבקרה על כך שתהליכי ה-RIA אכן התבצעו. פגם כאמור של אייקום חובת ההיוועצות הוא הפרת חובה סטטוטורית.²⁵⁹ בתי המשפט מתייחסים לפגם זה בחומרה רבה, והוא עשוי להביא לבטלות מלאה או חלקית של האסדרה.²⁶⁰ זאת, בייחוד אם חובת ההיוועצות נקבעה בחוק, כמו בענייננו.²⁶¹ מעניין לציין, כי ברובם המוחלט של המקרים שבהם דנו בתי משפט בנושא של הפרת חובת היוועצות, הדיון נסב על השאלה האם ההיוועצות שבוצעה בדיעבד, יש בה כדי לרפא את הפגם.²⁶² לדידנו, מצב עניינים זה משקף את העובדה שעצם הגשת עתירה מהווה תמריץ ממשי לרשות לתקן את דרכיה ולקיים את ההיוועצות הנדרשת, על מנת שלא להשיב לבית משפט כי אינה מקיימת אחר הוראות החוק. עם זאת, מובן שהיוועצות מאוחרת, וודאי בהתייחס לתהליך RIA, שכל טיבו ומהותו הוא הבניית שיקול הדעת של המאסדר בזמן אמת, אינה שקולה לביצוע החובה

עשויים להיקבע ללא מעורבות ממשית של נבחרי ציבור, אשר פיתוח שלהם חורג ממסגרת דיון זה. לכמה מקורות מייצגים ראו יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 2019 (2017); יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" משפט, חברה ותרבות 425 (מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות, 2016); זיר, לעיל ה"ש 184; רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תוכנות מהספרות על 'שבי רגולטורי' פורום עיוני משפט מד 1 (התש"ף); יואב דותן "Chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד 1 (התש"ף).

258 ראו ס' 21 לחוק: "מאסדר המבקש להציע או לקבוע אסדרה, שנדרש לשם קביעתה, לפי החלטות הממשלה, ביצוע תהליך הערכת השפעות אסדרה, יפנה לרשות, בכתב, לשם התייעצות עימה בעניין התהליך האמור שביצע".

259 עיגון החובה מופיע בס' 21(א) לחוק.

260 ראו בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הרוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496 (2000), שם בוטלה החלטה בשל הפרת חובת היוועצות; עניין גרמן, לעיל ה"ש 231, פס' 21–26; ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 248.

261 בעניין טחנות הקמח, לעיל ה"ש 231, פס' 41–44, התייחס בית משפט להפרת חובת ההיוועצות בחומרה, אך ציין כי לקולה נזקפת העובדה שמדובר היה בחובה שנקבעה בהחלטת ממשלה, ולא בחוק.

262 עניין גרמן, לעיל ה"ש 231, פס' 20 וההפניות המופיעות שם.

כדין. אנו חושבים כי נכון יהיה שבתי משפט ימשיכו את המגמה הקיימת וייתחסו לפגם זה בחומרה. יחס זה ראוי – הן משום שהפגם בפני עצמו הוא משמעותי, והן לצורך "הרתעת הרבים", במובן זה שהדבר ישפיע באופן רוחבי על הנכונות של מאסדרים לקדם חקיקת משנה ללא התהליך הנדרש. הרתעה זו חשובה במיוחד בשל העובדה שכמתואר מעלה, בתי משפט אינם נוהגים לתת סעד ביחס לדברי חקיקה בשלבי עיצוב מהסיבה שמדובר בעתירה מוקדמת.

ו. סיכום

במאמר זה עסקנו באופן שבו רשות האסדרה תממש את הסמכויות המוקנות לה בחוק לעניין תפקידה כגוף מבקר ומייצע למאסדרים. מדובר בשדה מחקרי שאינו חרוש, אך השפעתו התאורטית והיישומית על האופן שבו תיקבע אסדרה בישראל רבה. מתוך התבוננות ודיון בארבעה מודלים שונים בארץ ובעולם, על יתרונותיהם וחסרונותיהם, וכן ראיונות עם מובילי מדיניות אסדרה בישראל, ביקשנו להניח מודל סדור וקוהרנטי לעבודת הבקרה של רשות האסדרה.

כך, ביחס לעיתוי הבקרה, הצגנו את היחס הרצוי בין בקרה בתום ביצוע הליך ה-RIA לבקרה במהלכו. באשר להיועצות מוקדמת, טענו כי היא אוצרת בחובה יתרונות משמעותיים והמלצנו לעגנה במסלול פורמלי ובלתי פורמלי; באשר להיועצות המאוחרת, השוינו בין מתודולוגיות בקרה שונות, ומתוך כך המלצנו לרשות לאמץ מתודולוגיה מפורטת, מבוססת על ציונים שקופים, מחולקת לארבע קטגוריות איכות, וכן הולמת את היקף ההשפעה המשקית של האסדרה. הכלי שבאמצעותו ניתן ליישם מתודולוגיה זו צורף למאמר כנספח. באשר למבנה הארגוני של הגורם המבקר, הצגנו את המתח בין אובייקטיביות וניטרליות של חוות הדעת, וכן את חשיבות ההיכרות עם עולם התוכן המקצועי שבו האסדרה עוסקת. מתוך כך, הצענו מבנה של גוף בקרה נפרד, לצד רפרנטורה משרדית שמבצעת בקרת עמיתים על חוות הדעת. באשר להיקף הפעלת סמכות הבקרה, הצגנו את נקודת המוצא שלפיה על הרשות להפעיל את סמכותה באופן רחב, ולמעט ככל הניתן במתן פטורים וחריגים למאסדרים מהליך הבקרה. בייחוד בשנות פעילותה הראשונות. עוד התייחסנו בתמצית לסמכויות הנלוות לסמכות הבקרה, וטענו כי ראוי לשים דגש על הכשרה טרם בקרה, וכן שיש לרתום את הידע הרב שייאסף בהליכי הבקרה על מנת לסייע בהכשרה האמורה.

ביחס לביקורת השיפוטית על אסדרה לאור חוות הדעת, הצגנו את נקודת המוצא שלפיה תיערך ביקורת שיפוטית על האסדרה לגופה, ולא על חוות הדעת או על דוח ה-RIA כשלעצמם. לאחר מכן חילקנו את הדיון ביחס לביקורת שיפוטית לדבר חקיקה ראשי, ולדבר חקיקה משני. טענו, כי ביחס לדבר חקיקה ראשי כלל לא ברור שלפרסום חוות הדעת של הרשות תהא השפעה על היקף הביקורת השיפוטית; ואילו ביחס לדבר חקיקה משני, פרסום חוות הדעת עשוי להביא להרחבת היקף הביקורת השיפוטית, אך רק, או בעיקר, במצבים שבהם חוות הדעת של הרשות הצביעה על פגם מהותי בתהליך ה-RIA. בראייתנו,

בשים לב למנגנונים המאזנים הקיימים בגדרי ההליך המנהלי ובפסיקת בתי המשפט – השפעה זו רצויה. עוד ערכנו הבחנה (חשובה) בין מצב שבו חובת ההיוועצות עם הרשות קוימה, למצב שבו חובת ההיוועצות כלל לא קוימה. במצב השני, כאשר עסקינן באסדרה שנקבעה בחקיקת משנה – מדובר בהפרה מובהקת של חובת היוועצות סטטוטורית, שאם לא תתוקן בדיעבד היא עשויה, בקירוב, להביא לבטלות האסדרה. לעומת זאת, ביחס לדבר חקיקה ראשי, נקודת המוצא היא כי המחוקק אינו כפוף לחובת ההיוועצות האמורה. עם זאת, התייחסנו לאפשרות תקיפתה של ההחלטה להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת וכן לקביעה אפשרית של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה כי ישנה מניעה לקידומה של הצעת החוק. בשים לב לאמור, הגענו למסקנה כי על הרשות לפרסם חוות דעת מפורטות. עם זאת, המלצנו לבחון את הסוגיה מעת לעת.

מאמר זה החל להיכתב בראשית ימיה של רשות האסדרה בשלהי 2022, בטרם החלה לפעול באופן מלא בהתאם לתפקידים המוקנים לה בחוק. בעת כתיבתו, קיימנו התייעצויות רבות עם נציגי הרשות במסגרת הליכי שיתוף ציבור פורמליים שבוצעו, וכן בהעברת המלצות מקצועיות בתחומים שונים, לרבות המלצות המבוססות על מאמר זה. בסוף שנת 2023, כאמור, פרסמה הרשות מדריך גיבוש רגולציה מעודכן, ובינואר 2024 פורסמה לראשונה בישראל מתודולוגיית בקרה רשמית שעל פיה תנתח הרשות תהליכי RIA. מאחר שמדובר במאמר בדגש יישומי, שעוסק בתחום חי ומתפתח, מטרתנו העיקרית בכתבתו הייתה להניח תשתית מקצועית לקבלת החלטות מושכלת בכל הנוגע למודל הבקרה שתפעיל רשות האסדרה. לשמחתנו, ניתן לראות הלימה, בהיבטים מרכזיים, בין מסמכי המתודולוגיה שפרסמה הרשות לבין ההמלצות המובאות במסגרת מאמר זה. נביע תקווה כי מודל העבודה שהוצג במאמר ימשיך לשמש את הרשות בצעדיה הראשונים וכי יהיה בו כדי להשיא תרומה ממשית לעבודתה גם בעתיד.

נספח א – מתודולוגיה מוצעת לרשות האסדרה

כפי שתואר לאורך המאמר, מתודולוגיית הבקרה המוצעת להלן מתבססת על תהליך מחקר השוואתי, למידה ממומחים ותובנות מעבודתה של עמותת רווח נקי.²⁶³ בטבלה שלהלן מוצגת מתודולוגיית הבקרה המוצעת. בגדרה, מנויים קריטריוני הניתוח, המחולקים לקריטריוני משנה. הציונים הניתנים בשורות המשנה הם אלו המרכיבים את הציון הכללי של הקריטריון. הניתוח עצמו מתבצע בטבלת אקסל, המנרמלת את כל הציונים של קריטריוני המשנה ל-0-5 לשם הנוחות של הבודק. אם קריטריון מסוים לא רלוונטי להליך RIA ספציפי, הציון שלו לא נכלל במסגרת הציון הסופי. הציונים הסופיים מלמדים על איכות התהליך בכללותו, והם מחולקים לארבע קטגוריות (ירוקה – מצוין; צהובה – טוב; כתומה – עובר; ואדומה – לא עובר):

מצוין	טוב	עובר	לא עובר
ציון בין 40-50	ציון בין 30-40 (לא כולל)	ציון בין 20-30 (לא כולל)	ציון בין 0-20 (לא כולל)
תהליכים ברמה מצוינת אליה יש לשאוף.	תהליכים ברמה בינונית-טובה, אך עדיין מומלץ לשפרם לפני אימוץ האסדרה.	שמומלץ מאוד לשוב לבצע בהם עבודה יסודית לפני אימוץ האסדרה.	תהליכים חלקיים מאוד שהכרחי לשוב לבצע בהם עבודה יסודית לפני אימוץ האסדרה.

²⁶³ לאור התובנות הללו, עמותת רווח נקי אימצה אף היא את המודל המוצע כאן החל משנת 2023. בשנת 2024, עם פרסומם של מדריך ה-RIA המעודכן ומסמך ההמלצות המפורטות הנלווה אליו, נוספו כמה שאלות מנחות למתודולוגיה על מנת שישקפו את השינויים שאומצו במדריך. השאלות המנחות החדשות מסומנות במתודולוגיה בצבע שונה (אפור) לשם הנוחות בהתאם למקור שממנו נלקחו.

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
			1. פתיחות ונגישות (3 נקודות)
		<p>האם טיוטת הרגולציה ודוח גיבוש הרגולציה (RIA) מפורסמים באתר הרגולטור ובאתר הרגולציה הממשלתי? כמה קל למצוא אותם? האם ישנו פירוט של כלל החומרים והמסמכים אשר שימשו את הניתוח?</p> <p>האם הנתונים, המסמכים והחומרים שעליהם הניתוח מבוסס (ומזכרים בו) מפורסמים וזמינים באינטרנט?</p> <p>האם הם מפורסמים יחד עם טיוטת הרגולציה ודוח גיבוש הרגולציה (RIA); או שצריך לפנות לרגולטור כדי לקבל את הנתונים, המסמכים ויתר החומרים?</p> <p>האם יחד עם הניתוח פורסמו קבצים או לינקים למסמכים שבהם נעשה שימוש?</p> <p>האם ניתן לאמת ולתקף את הניתוח באמצעות המידע שפורסם? ככל שהמידע חסוי או סודי, עד כמה הניתוח מבהיר לקורא שהוא מבוסס על מידע תקף?</p> <p>כמה קל למצוא באינטרנט את דוח גיבוש הרגולציה (RIA) ואת טיוטת הרגולציה?</p>	<p>(א) האם המידע והנתונים ששימשו את הניתוח נגישים? (1.5 נקודות)</p>
		<p>אם מדובר במסמך ארוך – האם יש תקציר מנהלים? האם תקציר המנהלים משקף היטב את האמור בדוח והוא ברור מספיק?</p> <p>עד כמה אדם שאינו מומחה יכול להבין את המסקנות הסופיות של הניתוח?</p>	<p>(ב) האם דוח גיבוש הרגולציה מקיף וברור לאדם מן הציבור? (1.5 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>האם הדוח מציג את הנחות המוצא שעליהן הוא מתבסס? עד כמה אדם שאינו מומחה יכול להבין את הניתוח ואיך הגיעו למסקנות?</p> <p>האם הניתוח מסביר את אופן קבלת ההחלטות ואת השיקולים או שהוא מתואר בראשי פרקים ולא מציג את תהליך החשיבה?</p> <p>האם הניתוח כתוב בעברית פשוטה ובהירה (מעט ז'רגון מקצועי, מעט ראשי תיבות, מבנה הגיוני, ניסוחים ברורים)?</p> <p>האם הניתוח מסתפק באמירות כלליות (כמו "כשל שוק", "בריאות הציבור"...)?</p> <p>האם הדוח משתמש בתרשימי זרימה, דיאגרמות וטבלאות? אם כן, נציין זאת לחיוב.</p> <p>- האם מתואר בניתוח מהו היקף ההליך ועומקו כפי שהוגדר?</p> <p><u>האם הניתוח כולל את הנספחים הבאים (לאו דווקא נחפש נספח, מספיק אם התוכן קיים לאורך הדוח):</u></p> <p>1. תיאור תהליך העבודה – מתי החלה, מי לקח בה חלק (לרבות בעלי עניין ויועצים חיצוניים), הליכי שיתוף שבוצעו, פירוט השלבים שבוצעו, ההחלטות שהתקבלו וכדומה. אם נעזרו בחברת ייעוץ – יש לציין זאת.</p> <p>2. מקורות המידע והנתונים ששימשו בתהליך (אם לא פורטו בגוף הדוח): מקורות חוקיים, דוחות, מחקרים, נתונים כמותיים, מקורות בינלאומיים, חו"ד מומחים וכדומה. יש לצרף הפניות למקורות המידע</p>	

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>(ככל שקיימים). 3. נספחים נוספים, בהתאם למידע ולניתוח שבוצע בתהליך (פירוט של כימות העלויות והתועלות, הסקירה הבינלאומית שבוצעה, הסבר של מונחים או תיאור תהליכים מקצועיים וכד').</p>	
			<p>2. הגדרת בעיה סיסטמטית וניתוח הבעיה (13 נקודות)</p>
		<p>(א) האם הניתוח כולל תיאור תוצאתי של הפגיעה? האם הניתוח מציג בעיה סיסטמטית, תופעה מוגדרת או כשל שוק שפוגע בציבור באופן שיטתי? [הדגש הוא על זיהוי בעיה "כללית" שהיא תופעה מתמשכת וחוזרת, להבדיל ממקרה פרטני ואנקדוטלי – זה יכול להיות כשל שוק (מידע איסימטרי, החצנות של סיכונים וכולי) או כשל ברגולציה (הדרישות לא מעודכנות, לא מדויקות, גורמות לתוצאה לא רצויה)] האם הבעיה הסיסטמטית כוללת תיאור של – (1) תופעה בלתי רצויה (תופעה שלילית שגורמת לפגיעה ושרוצים לצמצם), (2) פגיעה (לרווחה החברתית/לאינטרס מוגן) שהתופעה הבלתי רצויה גורמת, (3) גורמי שורש (אירועים שיוצרים באופן סיסטמטי את התופעה הבלתי רצויה)? (ב) האם הניתוח כולל הסבר למה הבעיה היא סיסטמטית ולא אנקדוטה?</p>	<p>(א) האם הניתוח מזהה כשל שוק או בעיה סיסטמטית אחרת? (6 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>האם הניתוח מסביר כיצד הבעיה מתרחשת ומדוע?</p> <p>האם ההסבר מתאר את הבעיה כתופעה חוזרת ומתמשכת?</p> <p>האם ההסבר קוהרנטי, הגיוני, לא סותר את עצמו ומתיישב עם מידע נוסף?</p> <p>(ג) האם הניתוח מגדיר את המאפיינים של הבעיה? [מתי היא מתרחשת, היכן, מי גורם לה וכולי]</p> <p>האם הניתוח מגדיר מתי הבעיה מתרחשת, היכן, מי גורם לה, מי נפגע ממנה, מה סוג הנזק וכולי? האם הניתוח מגדיר את המניע ליצירת הבעיה (רשלנות, מחסור במידע, כוח עליון, עבריינות מכוונת, ציות להוראה רגולטורית)?</p> <p>האם הניתוח מציג שרשרת אירועים של אופן התממשות הבעיה?</p> <p>האם הניתוח מציג את התרחישים השונים להתממשות הבעיה או שהוא מסתפק בתיאור כללי?</p> <p>(ד) האם הדוח מנמק מדוע צריך התערבות ממשלתית על מנת להתמודד עם הבעיה: האם היקף הנזק מצדיק התערבות ממשלתית; האם בהיעדר התערבות כזו הבעיה תיפתר/תצטמצם; האם גם בעיני הציבור הרלוונטי נדרשת התערבות ממשלתית.</p>	
		<p>האם הניתוח מציג נתונים כדי לתקף את ההסבר לבעיה הסיסטמית? (אם יש קושי באיסוף נתונים, ניתן להתבסס על הערכות) האם הנתונים אכן מבססים שמדובר בבעיה סיסטמית? עד כמה הניתוח מתבסס על נתונים, במסמכים מקצועיים</p>	<p>(ב) האם הניתוח כולל נתונים שתומכים את ההסבר לכך שהבעיה היא סיסטמית? (6 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		ומחקרים ממקורות אמינים (להבדיל מהסתמכות על כתבה עיתונאית)? האם ההשקעה באיסוף נתונים וניתוחם נעשתה בפרופורציה להיקף הסוגיה ועומקה, לחשיבות המידע ולמאמץ הנדרש להפקתו? האם ניתנו נתונים שתומכים בהערכה הראשונית בלבד (וישנה התעלמות מנתונים שלא מתיישבים איתה)?	
		האם הניתוח כולל התייחסות לאיודאות או למחסור בנתונים (מגבלות מידע) לגבי קיומה של הבעיה, היקפה או מאפייניה? האם הניתוח מתמודד עם אי-הוודאות? האם הניתוח כולל ניתוח רגישות או משתמש בטוחים כדי להעריך את מאפייני הבעיה?	(ג) האם הניתוח מתחשב באיודאות או לגבי קיומה או מאפייניה של הבעיה? (1 נקודות)
			3. גיבוש חלופות (6 נקודות)
		האם הניתוח כולל ניתוח דינמי של המצב הנוכחי וכיצד הוא יתפתח ללא שינוי של ההתערבות הממשלתית? האם הניתוח מתחשב במגמות ארוכות טווח שחלות בתחום הרלוונטי? האם הניתוח בוחן את השינויים ההיסטוריים, ולא מסתפק במידע על ההווה? האם הניתוח מנסה לצפות שינויים עתידיים? האם צפוי שינוי בתחום שעשוי להביא לשינוי רגולציה בתחום בעתיד?	(א) האם הניתוח מתייחס למצב הקיים ללא שינוי ההתערבות הממשלתית – מה יקרה בעתיד אם הרגולציה לא תשתנה ("חלופת האפס")? (1 נקודות)
		(א) האם פרט לחלופה שנבחרה בסוף, נבחנו חלופות ממשיות (לא "דחלילים")? [לבחון את עומק הניתוח וההתייחסות לחלופות שלא נבחרו] האם נבחנו מספיק חלופות,	(ב) האם הניתוח כולל בחינה של כמה חלופות אמיתיות ומגוונות לטיפול בבעיה? (2 נקודות)

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>בהתחשב בהיקף הבעיה, חשיבותה ומורכבות הנושא? האם נסקרו לפחות 3 חלופות מרכזיות (כולל חלופת האפס)? [במקרים קטנים ניתן להסתפק ב-2 חלופות (כולל חלופת האפס)].</p> <p>(ב) האם מגוון החלופות רחב (חלופות מסוגים שונים) או צר (שונות קטנה בין חלופות)?</p> <p>[רישיונות, נורמות מחייבות, רגולציה מתקדמת, כללי התנהגות/דרישות מידע, תקני תהליך/תקני ביצוע, תיקון של כשל רגולטורי/כשל שוק]</p> <p>האם נבחנו גם חלופות לא אסדרתיות (למשל: שימוש בתמריצים, מיסוי, הסברה, כלכלה התנהגותית, הקמת תשתיות פיזיות...)?</p> <p>האם נבחנו כמה חלופות לתוכן הרגולציה? [תוקף הרישיון, תוכן מפורט של ההוראות, על מי הן יחולו וכולן] האם כל החלופות מנסות להתמודד עם הבעיה באותו אופן?</p> <p>[כל החלופות מטילות חובות על אותו שחקן, או כל החלופות מתייחסות לאותו שלב בתהליך] האם כל החלופות יחולו על אותו ציבור?</p> <p>[שוני בהיקף התחולה] האם חלופות שונות מטילות את האחריות על שחקנים שונים? האם כל החלופות מוסיפות או מפחיתות רגולציה, והאם יש חלופה שמשנה את המשטר הרגולטורי לכיוון חדש?</p> <p>האם החלופות שנבחנו הן בעלות פוטנציאל גבוה לשימות?</p> <p>האם נערכו בחינה והשוואה בין חלופות גם בנוגע לתוכן המפורט של</p>	

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>החלופה הנבחרת בסוגיות בעלות השפעה משמעותית? האם אחת החלופות מבוססת על האסדרה שנבחרה כבסיס בסקירה הבינלאומית?</p>	
		<p>האם הובאו בחשבון האינטרסים והתמריצים של הקבוצה שיוצרת את הבעיה? האם הובאה בחשבון ההשפעה של השינוי הרגולטורי על הצרכנים שמקבלים שירותים ומוצרים ממי שמעורב ביצירת הבעיה או קשור לפתרון המוצע? האם הובאה בחשבון ההשפעה של השינוי הרגולטורי על העובדים שמועסקים אצל מי שמעורב ביצירת הבעיה או קשור לפתרון המוצע? האם הובא בחשבון האינטרס העקיף של הציבור הרחב? אם הובאה בחשבון ההשפעה על בעלי מקצוע שעובדים מול השחקנים בתחום? (ספקים, מומחים, רואי חשבון, יועצים)</p>	<p>(ג) האם הניתוח מתייחס לכל הגורמים שיושפעו מכל חלופה? (1 נקודות)</p>
		<p>(א) האם הניתוח מצא כי קיימים סטנדרטים בינלאומיים בנושא? האם נמצא כי הסטנדרטים הבינלאומיים הללו רלוונטיים לישראל? אם כן, האם מסקנת הניתוח היא כי יש לאמץ אותם? אם כן, האם נימקו מדוע יש לאמץ דווקא סטנדרטים אלו כתשתית? אם לא, האם הסטייה מהסטנדרטים הבינלאומיים מנומקת היטב? (ב) האם נערכה סקירה בינלאומית על פתרונות אפשריים?</p>	<p>(ד) סקירה בינלאומית ואימוץ סטנדרטים בינלאומיים (2 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>האם נבדקו פתרונות (לבעיה הזו או לבעיה דומה) שנוסו בעולם? אם כן, האם נבדקו ההשפעות שלהם?</p> <p>האם נבדקו פתרונות (לבעיה הזו או לבעיה דומה) שנבחנו (אך לא נוסו בפועל) בעולם? כמה מדינות נבחנו במסגרת הסקירה?</p> <p>האם נבדקו נתונים על אותם פתרונות? על כמה מדינות הוצגו נתונים?</p> <p>האם היקף הסקירה הבינלאומית תואם את היקף הבעיה, חשיבותה ומורכבות הנושא?</p> <p>האם הזיקות הבינלאומיות חזקות באופן ניכר מהזיקות המקומיות? אם כן, לא ניתן לדלג על שלב זה.</p> <p>האם הניתוח סוקר גם אסדרה מהעולם שהתבססו עליה בעבר במשרד, או שהתבססו עליה בעבר באסדרת התחום הרלוונטי לבעיה (על מנת להישאר עקביים ולדבוק לאותם סטנדרטים בינלאומיים)?</p> <p>האם הסקירה הבינלאומית סוקרת גם מדינות המופיעות בנספח (עמוד 113) של מסמך ההמלצות?</p>	
			4. שיתוף ציבור וגורמים ממשלתיים משיקים (5 נקודות)
		<p>האם נערך שיתוף ציבור בשלב ניתוח הבעיה [רלוונטי בייחוד, אך לא רק, כאשר אין ידע קיים או ידע חלקי מאוד אצל הרגולטור, בסוגיות חדשניות או בסוגיות מורכבות עם השפעה משקית גדולה]?</p> <p>האם נערך שיתוף ציבור כדי לגבש חלופות ולנתח את ההשפעות</p>	(א) האם נערך שיתוף ציבור בכל השלבים הקריטיים בתהליך? (2 נקודות)

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>שלהן (לרבות עלות ותועלת)? כמה מפגשים קוימו עם הציבור ובתוך איזו תקופת זמן? האם ההיקף והעומק של שיתוף הציבור תואם את היקף הבעיה, חשיבותה ומורכבות הנושא? האם שיתוף הציבור כלל את כל הקבוצות המהותיות לנושא – מושפעים מן הבעיה, עשויים להיות מושפעים מהתערבות ממשלתית, מומחים, ציבור רחב, ארגונים, עמותות (האם התקיים שיח רק עם ארגונים או גם עם בעלי העניין עצמם)? האם יש פירוט של עמדות וטענות שהועלו מן הציבור? האם העמדות והטענות התקבלו? האם הניתוח כולל לפחות תהליך שיתוף אחד עם הגורמים שמושפעים מהבעיה ומושפעים או צפויים להיות מושפעים מהאסדרה? האם יש נימוק מספק אם נבחר שלא לקיים שיתוף ציבור?</p>	
		<p>האם שולבו בתהליך גורמים מתוך המשרד שרלוונטיים לנושא? האם שולבו בתהליך גורמים ממשלתיים בעלי זיקה לנושא, לאינטרס הציבורי המוגן או לסקטור הרלוונטי?</p>	<p>(ב) האם נערך שיח עם גורמים ממשלתיים משיקים בכל השלבים הקריטיים בתהליך? (2 נקודות)</p>
		<p>האם טיוטת הדוח פורסמה לקבלת התייחסויות מהציבור לתקופה מספקת? (בסוגיה גדולה ומורכבת – לפחות 8 שבועות; בסוגיה בינונית – לפחות 4 שבועות; בסוגיה קטנה – לפחות 2 שבועות) האם טיוטת הדוח נשלחה באופן ישיר לבעלי עניין רלוונטיים מחוץ</p>	<p>(ג) האם בסיום הניתוח, טיוטת הדוח פורסמה לקבלת התייחסויות? (לפני קבלת ההחלטה ומעבר לניסוח משפטי) (1 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		לממשלה? האם טיטת הדוח הועברה לגורמים רלוונטיים בתוך הממשלה?	
			5. בחינת תועלות (4 נקודות)
		האם הניתוח מציג כמה כל חלופה תהיה אפקטיבית בטיפול בבעיה? (צמצום שלה, מניעה מוחלטת, ועד כמה הבעיה תיפתר או תצומצם) האם הניתוח מציג את האופן שבו החלופות השונות יסייעו לצמצום הנטל הבירוקרטי? האם הניתוח מסביר למה ואיך כל חלופה תביא לפתרון/צמצום הבעיה? האם הניתוח מציג נימוק משכנע להיקף האפקטיביות של החלופות? [אפקטיביות מלאה (100%) היא נדירה יחסית] האם הניתוח מתחשב באיזודאות לגבי התועלות?	(א) האם הניתוח מתייחס לרמת האפקטיביות של כל חלופה בפתרון הבעיה? (2 נקודות)
		הערה: סעיף למתקדמים. יש לבחון את רלוונטיות השאלות המנחות ביחס לכל מקרה ומקרה. האם יש התייחסות להיקפה של הבעיה ולהיקף הנזק לאחר יישום כל חלופה? האם יש התייחסות לכימות צמצום הנטל הבירוקרטי לאחר יישום כל חלופה? האם הכימות מבוסס על נתונים? מה מקורם? האם הכימות מבוסס על הערכות והנחות? מה מקורן? האם הניתוח כולל כימות של הבעיה או של הנזק שהיא יוצרת, לאחר היישום של כל אחת מן החלופות? האם הפתרון המוצע מתייחס לעלות/תועלת שולית פוחתת?	(ב) האם יש כימות של צמצום הנזק מהבעיה לאחר יישום כל חלופה? (2 נקודות)

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>אם נקבל מחצית ממה שביקשנו (בתקנים/תקציב), כיצד ייראה הפתרון? עד כמה הכימות מנומק ומבוסס על נתונים?</p>	
			6. בחינת עלויות והשפעות שליליות (4 נקודות)
		<p>האם הניתוח בוחן ביחס לכל חלופה את העלויות עבור הציבור או מנסה להעריך את היקפן (לרבות עלויות ציות, עלות בירוקרטיה קבועה ועלויות חד-פעמיות)? האם הניתוח מתייחס למורכבות בתהליכים ובדרישות? האם הניתוח מתייחס לעלויות שיגרום כתוצאה משינוי התנהגות? (למשל, העדפה של אזרחים ועסקים לפעול באופן שונה בגלל מגבלות או עלויות שהוטלו) האם הניתוח מתייחס להשפעות שליליות במישור איכות הרגולציה או המדיניות? (ודאות, בהירות, פשטות, עקביות, נוחות, צמצום עומס, צמצום סתירות וכפילויות, רגולציה עדכנית) האם הניתוח מתחשב באיודאות לגבי העלויות?</p>	<p>(א) האם הניתוח מתייחס לעלויות ולהשפעות הלא רצויות שכל חלופה תטיל על הציבור? [עלויות ציות לרגולציה, עלויות עקיפות וכולי] (1.5 נקודות)</p>
		<p>האם הניתוח מתייחס לצרכים תקציביים של הממשלה (תקציב בכסף, תקנים) שנדרשים כדי להוציא את החלופה לפועל? האם הניתוח מתייחס להיקף שעות העבודה התוספתיות של עובדי ציבור שיידרשו כפועל יוצא מכל חלופה? האם הניתוח מתייחס למשאבים הנדרשים (תקנים, תקציבים, שעות</p>	<p>(ב) האם הניתוח מתייחס לעלויות שכל חלופה תטיל על הממשלה? [תקציב תפעולי, תקנים, זמן עבודה] (1 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		עבודה) בכדי לבצע פעולות פיקוח ואכיפה שיבטיחו ציות לחלופה שמטילה רגולציה נוספת או משנה את הרגולציה? (בדגש על החלופה הנבחרת)	
		<p>האם הכימות מבוסס על נתונים? מה מקורם?</p> <p>האם הכימות מבוסס על הערכות והנחות? מה מקורן?</p> <p>האם הניתוח מתייחס לתהליך או לאדם בודד, או שהוא מתייחס לסך העלויות על המשק?</p> <p>האם הניתוח בוחן את ההשפעה של העלויות הישירות על הציבור? (למשל, התייקרות מוצרים כתוצאה מכך שהעסקים נאלצים לגלגל את עלויות הרגולציה אל הצרכנים)</p> <p>האם הניתוח כולל כימות של העלויות הישירות שהחלופה מטילה על הציבור? (ביצוע הפעולות הנדרשות כדי לעמוד בחובות הבירוקרטיות ובחובות מהותיות).</p> <p>האם בכימות הכלכלי של עלויות הציבור הישירות הניתוח בוחן מהן עלויות הציבור להוראות תחת כל חלופה, סוכם את סך עלויות הציבור עבור כל מפקח ומכפיל אותן במספר הגורמים המפוקחים בשנה?</p> <p>האם הניתוח כולל כימות של העלויות העקיפות שהחלופה מטילה על הציבור? (חסמי כניסה לשוק, הארכת זמני המתנה time to market).</p> <p>האם נעשה מאמץ סביר לכמת עלויות עקיפות? אם לא, האם ניתן הסבר מדוע המאמץ אינו סביר?</p> <p>אם לא ניתן לבצע כימות כלכלי, האם ניסו לאמוד את ההשפעות</p>	<p>(ג) האם יש כימות של העלויות שכרוכות בכל חלופה? (1.5 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		העקיפות או לתת להן ציון כמותי המבוסס על נתונים? [למשל, לקבוע שהתועלת מחלופה א' תהיה גדולה פי 2 מהתועלת מחלופה ב'] האם הניתוח מתייחס לשוקי משנה משיקים ולהשפעה של הרגולציה על המשק בכללותו?	
			7. בחינת השפעות החלופות על שיקולים ציבוריים נוספים (3 נקודות)
		האם הניתוח מתייחס לאפשרות של השפעה שונה של החלופות על עסקים קטנים ובינוניים? האם הניתוח מנסה להעריך את היקף העסקים הקטנים והבינוניים שיושפעו מהחלופות ושיעורם? האם הניתוח מצא כי קיימת אפשרות להשפעה עודפת של החלופות על עסקים קטנים ובינוניים? אם כן, האם נבחנו פתרונות להקל עליהם [למשל באמצעות פטור מהרגולציה, צמצום חובות, התאמת עלויות וכדומה]? או, בלשון המדריך הממשלתי – האם החלופות מתייחסות במידת האפשר לדיפרנציאליות? אם החלופות אינן מציעות פתרונות להקלה, האם הניתוח מסביר את הבחירה הזו בצורה משכנעת?	(א) האם הניתוח בוחן את השפעת החלופות על עסקים קטנים ובינוניים? (1 נקודות)
		האם עולה מהניתוח שצפויה הגבלה כלשהי על התחרות הענפית כתוצאה מיישום אחת החלופות [למשל, הגבלת כמות הספקים או תחום פעילותם, הגבלת יכולתם להתחרות, פגיעה בתמריצים להתחרות, הגבלת מרחב הבחירה	(ב) האם הניתוח בוחן את השפעת החלופות על קידום התחרות הענפית והפחתת יוקר המחיה? (1 נקודות)

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>והמידע של לקוחות? אם כן, האם הניתוח מנמק את הצורך בהגבלות אלו באופן משכנע?</p> <p>האם הניתוח מזהה חסמים תחרותיים קיימים? אם כן, האם הוא מנסה לטפל בהם באמצעות החלופות השונות? עד כמה הטיפול בחסמים מעמיק ותואם את היקף ההשפעה שלהם על המשק?</p>	
		<p>האם הניתוח בוחן השפעות אפשריות של החלופות על הסביבה, על חירות הפרט, על זכויות יסוד, על נגישות לשירותים ציבוריים, על הסחר הבין-לאומי, על עידוד חדשנות ועל אינטרסים ציבוריים נוספים? האם הניתוח מתייחס להשפעות של כל חלופה מרכזית על האינטרס המוגן?</p>	<p>האם הניתוח בוחן את השפעת החלופות על זכויות ואינטרסים ציבוריים נוספים? (1 נקודות)</p>
			<p>8. השוואה בין חלופות ובחירה (3 נקודות)</p>
		<p>האם הניתוח בוחן את כלל ההשפעה של כל חלופה על הציבור? האם הניתוח משווה או מדרג את החלופות לפי מבחן עלות-תועלת? האם הניתוח עורך ניתוח עלות-תועלת או ניתוח עלות אפקטיבית או ניתוח רכימשתנים? (הרחבה עמוד 90 מסמך המלצות)</p>	<p>(א) האם הניתוח בוחן כל חלופה בהיבטי עלות-תועלת? (1.5 נקודות)</p>
		<p>האם הניתוח מצביע על החלופה המועדפת מבחינת עלות-תועלת? האם מסקנת הניתוח היא שיש לבחור בחלופה המועדפת מבחינת עלות-תועלת, אשר ממקסמת את הערך לחברה? אם המסקנה היא שיש לבחור בחלופה אחרת, האם הסטייה ממבחן</p>	<p>(ב) האם הניתוח מזהה את החלופה שבסך הכול (עלות-תועלת) ממקסמת את הערך לחברה? (1.5 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>עלות-תועלת מנומקת בצורה מספקת? האם החלופה שנבחרה מציגה פתרון סיסטמטי? האם יש מקור תקציבי למשאבים הממשלתיים הנחוצים כדי להוציא את החלופה לפועל? (חשוב לשאול את השאלה הזו גם אם הניתוח לא התייחס או לא כימת צרכים אלו) האם נקבע כי תתאפשר יצירת קשר עם הרגולטור באמצעים דיגיטליים? האם הניתוח בוחר בחירה מנומקת בחלופה המועדפת בהתחשב בהשפעה על הבעיה, בתועלות, בעלויות ובסיכויי ההצלחה שלה? אם החלופה הנבחרת אינה מבוססת על אסדרה מהעולם/מבוססת על אסדרה מהעולם אך סוטה ממנה – האם הניתוח מנמק זאת? אם המאסדר הוא הדרג הנבחר (שר) והוא מחליט לסטות מההמלצה של הדרג המקצועי – האם הניתוח מציין זאת בנפרד? האם החלטת השר מנומקת? האם הניתוח מנמק את ההחלטה במקרים האלה: (1) אם הוחלט שלא להגדיר אסדרה מהעולם כבסיס; (2) אם נבחרה אסדרה שונה מזו שהתבסס עליה בעבר במשרד או בתחום הרלוונטי; (3) אם נבחרה אסדרה שלא מקובלת בעולם כסטנדרט מוביל; (4) אם נבחרו אסדרות מכמה מדינות.</p>	
			9. הגדרת יעדים (4 נקודות)
		האם הניתוח מציג מטרה ברורה	(א) האם הניתוח

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>שאותה מבקשים להשיג? האם הניתוח מגדיר את התוצאה הסופית הרצויה שתשפיע על חיי האזרחים? (פחות פקקים, יותר תעסוקה, מחירי מזון נמוכים יותר) – תמונת מצב קונקרטיה המתייחסת לשיפור במצב הקיים/צמצום הבעיה. האם הניתוח מכמת את המטרה והתוצאה הרצויה בצורה ברורה? האם הניתוח כולל יעדים מדידים שבעזרתם אפשר לבחון האם המטרה הושגה? [יעד מדיד צריך לכלול: מדד איכותני/כמותי, רף הצלחה, תדירות בדיקה, סוג הנתונים שייאספו ומקורם]. האם הניתוח מגדיר לוחות זמנים לבחינת עמידת הרגולציה ביעדים ובמטרות שהוגדרו? האם הניתוח מציג הסבר קוהרנטי שאפשר לבדוק ולמדוד לגבי האופן שבו שינוי הרגולציה ישפיע על הבעיה וישיג את המטרה הרצויה? האם הניתוח מבחין בין המשך המגמה של המצב הנוכחי (baseline) לבין השינוי העתידי? האם הוגדרו יעדים וקריטריונים המתייחסים לשני היבטים: (1) האם האסדרה השיגה את המטרות שלשמן נקבעה (בחינת אפקטיביות)? יעד לבחינת אפקטיביות עונה על כמה שאלות: - מה מודדים (פעילות/תוצאה)? - מהו המדד (מספר פצועים/אחוז פצועים מסך העובדים)? - מה היעד (הרף שאליו מכוונים)? (2) האם הבעיה עדיין קיימת ומצריכה התערבות ממשלתית (בחינת</p>	<p>כולל הגדרה ברורה של מטרות ויעדים מדידים ומועד לבחינת עמידה בהם? (2 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		צורך? אם הבעיה פסקה מלהתקיים, או אם מטרת האסדרה התבטלה/הפכה לא רלוונטית – ייתכן שהצורך באסדרה התייתר.	
		אילו סוגי עלויות ייבחנו (זמן המתנה לאישור ממשלתי, שעות עבודה, רכש של ציוד)? מאילו מקורות ייאסף המידע על העלויות? האם נקבע מועד לביצוע בחינת העלויות בדיעבד? האם מדובר בתקופה סבירה? האם הניתוח קובע מדדים לכימות העלויות וההשפעות הלא רצויות של שינוי הרגולציה? האם הניתוח מגדיר אילו נתונים ייבחנו בעתיד כדי לבדוק את ההשפעה של החלטה בפועל? האם הניתוח מגדיר אילו אינדיקטורים או משתנים ייבחנו כדי להעריך את השפעת שינוי הרגולציה? האם הניתוח מתייחס ליכולת לאסוף נתונים איכותיים וודאיים עם מינימום הטיות ועיוותים על השפעות שינוי הרגולציה?	(ב) האם הוגדרה שיטת מעקב אחר עלויות הרגולציה? (1 נקודות)
		האם הוגדרו פעולות שיינקטו אם הרגולציה לא עמדה ביעדים המדידים שהוגדרו? [דיון בכנסת, בחינה מחדש של הרגולציה, ביטול הרגולציה] האם יש התייחסות לדרגות שונות של אי-עמידה ביעדים? [פעולות שונות שיינקטו עבור סטיה של 10%, 50%, 100%]	(ג) האם הוגדרה שיטת פעולה אם הרגולציה לא עמדה ביעדיה? (1 נקודות)
			10. החלטה (5 נקודות)
		הערה: לשים לב שהבחינה היא של טיוטת הרגולציה, ולא דוח	(א) האם טיוטת הרגולציה גובשה

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>ה-RIA. האם מטיוטת הרגולציה עולה שהיא מבוססת על הניתוח של הבעיה השיטתית ושל התועלות והעלויות מהחלופות?</p> <p>על איזה חלק מטיוטת הרגולציה הניתוח השפיע? (האם רק חלק קטן מבוסס על הניתוח או שכל הרגולציה מבוססת על הניתוח; האם הניתוח השפיע רק על חלק מן הסוגיות שהרגולציה מעוררת או רק על ההחלטה העקרונית לבצע שינוי או על כלל הסוגיות וההחלטות שהתקבלו)</p>	<p>בהסתמך על הניתוח? (3 נקודות)</p>
		<p>האם טיוטת הרגולציה אימצה את החלופה המועדפת מבחינת עלות-תועלת אשר ממקסמת את הערך לחברה?</p> <p>אם טיוטת הרגולציה אימצה חלופה אחרת, האם הסטייה ממבחן עלות-תועלת מנומקת בצורה מספקת? האם טיוטת האסדרה בחרה בחירה מנומקת בחלופה המועדפת בהתחשב בהשפעה על הבעיה, בתועלות, בעלויות ובסיכויי ההצלחה שלה?</p>	<p>(ב) האם מקבל ההחלטות בחר בחלופה שממקסמת את הערך לחברה או נימק מדוע בחר בחלופה אחרת? (1 נקודות)</p>
		<p>האם בטיוטת הרגולציה נקבע מועד שבו הרגולציה תיבחן מחדש? (האם מדובר בתקופה סבירה או ארוכה מאוד?)</p> <p>האם טיוטת הרגולציה כוללת מנגנון פקיעת תוקף אוטומטי (sunset clause) שמצריך תהליך גיבוש מחדש בתום התקופה? (האם מדובר בתקופה סבירה או ארוכה מאוד?)</p> <p>האם טיוטת הרגולציה כוללת תקופת פיילוט מוגדרת עם מדדים להארכתו?</p>	<p>(ג) האם נקבעו יעדים מדידים ומנגנון מחייב לבחינת ההשפעות בפועל של הרגולציה ולבחינת ההצלחה של הרגולציה בהשגת מטרתיה? (1 נקודות)</p>

ניקוד	התייחסות מילולית	שאלות מנחות לבדיקה	קריטריון
		<p>האם באסדרה בעלת השפעה משקית מועד הבחינה מחדש נקבע ל-5 שנים לכל היותר?</p> <p>האם באסדרה ללא השפעה משקית מועד הבחינה מחדש נקבע ל-10 שנים לכל היותר?</p>	
			<p>סה"כ (עד 50 נקודות)</p>

נספח ב' – ראיונות עם מובילי מדיניות אסדרה

במהלך החודשים אוקטובר ונובמבר 2022 קיימנו 15 ראיונות עם מובילי מדיניות אסדרה במשרדי הממשלה השונים בעבר ובהווה: ראש הממשלה, תחבורה, בריאות, הגנת הסביבה, עבודה, משפטים, חקלאות ופיתוח הכפר, אנרגיה, ביטחון לאומי, משטרת ישראל, רשות התעופה האזרחית והרשות הארצית לכבאות ולהצלה.

הראיונות נערכו במתכונת של שאלות מנחות, לצד שיחה פתוחה. ישנן שאלות אשר לא נענו על ידי חלק מהמובילים. בנוסף, ישנן תשובות שניתנו על ידי חלקם אשר שיקפו עמדה מורכבת ולא בינרית.

את התובנות מהראיונות ריכזנו בטבלה מסכמת המתייחסת לכמה היבטים: מתודולוגיית הבקרה עצמה; עמדת המובילים לגבי המנגנון של היועצות מוקדמת עם הרשות; מערכת הדירוג והציון של תהליכי RIA; אופן ההנגשה של חוות הדעת; מיהו הגורם ברשות שרצוי שיבצע את הבקרה; וכן שאלה שעוסקת בקשר בין בקרה לבין הכשרה מקצועית. במקרים שבהם ניתנה תשובה מעורפלת ולא חד-משמעית שלא הובהרה מאוחר יותר על ידי המוביל הרלוונטי, לא כללנו אותה בסיכום המידע הסופי. התשובות שהתקבלו מהמובילים שולבו לאורך המאמר במקומות הרלוונטיים. הראיונות מוספרו מ'1 עד 15 לפי הסדר הכרונולוגי של קיומם. הערות השוליים מפנות למספרי הראיונות.

- להלן השאלות המנחות שנשלחו למרואיינים מראש ושעליהן התבססה השיחה:
1. איך מתקבלת הבקרה של רווח נקי אצלך במשרד? מה עובד? מה פחות עובד?
 2. איך מאסדרים מתייחסים לחוות הדעת של העמותה? האם זה נתפס ככלי עזר או כ"מכה על האף" שאין בה ערך לתהליך?
 3. האם את/ה כמוביל מדיניות אסדרה מתחשב בהערות העמותה במסגרת הליווי של המאסדרים? האם יש סתירות בין ההנחיות שלך כמוביל לבין חוות הדעת של רווח נקי?
 4. האם ההערות של רווח נקי ברורות? האם ברור בעקבותיהן מה צריך לשפר בתהליך הבא? ככל שלא, כיצד ניתן להפוך את חוות הדעת של רווח נקי לברורה, נגישה וישימה יותר? (למשל – קיצור חוות הדעת, צמצום מספר הסעיפים אליהם מתייחסים בחוות הדעת).
 5. מערכת הדירוג והציון – האם היא ברורה? האם היא הוגנת? כיצד היית משפר אותה?
 6. איך מאסדרים מתייחסים לציון שהם מקבלים?
 7. מודל הבקרה של רשות האסדרה: האם יש שינויים שצריכים להיעשות בין מודל הבקרה שמפעילה רווח נקי למודל הבקרה שתפעיל הרשות? (מבחינת המתודולוגיה, מבחינת תהליך העבודה ועוד). אילו שינויים לדעתך?
 8. אם הייתה אפשרות לקיים היועצות מקדימה ולא פורמלית עם הרשות לאורך ה-RIA לפני מתן חוות הדעת הפורמלית, האם תשתמש בה? מה יכול לעודד את המשרד לעשות בכך שימוש?

נספח ג' – מתודולוגיית הבקרה שאימצה רשות האסדרה

כפי שצוין לאורך המאמר, בין מועד תחילת כתיבת נייר זה בשלהי שנת 2022 למועד פרסומו, רשות האסדרה פרסמה כמה מסמכים הנוגעים להמלצות שהצגנו. בין מסמכים אלו ניתן למנות את מסמך ההנחיות לעניין אופן ההיוועצות עם רשות האסדרה שפורסם בחודש מאי 2023 (להלן: מסמך ההנחיות);²⁶⁴ המדריך הממשלתי המעודכן לגיבוש אסדרה שפורסם בדצמבר 2023 (להלן: המדריך המעודכן);²⁶⁵ והעיקרי שבהם שפורסם בינואר 2024 – מתודולוגיית הבקרה הרשמית של רשות האסדרה (להלן: מתודולוגיית הבקרה הרשמית).²⁶⁶

נציין, שרשות האסדרה מתייחסת למתודולוגיה זו כמודל ניסיוני ומתכוונת לקיים הליך שיתוף והתייעצות לגביה בחודש מאי 2024, לאחר שייצבר ניסיון במתודולוגיה ובתוצריה.²⁶⁷ לפיכך, אנו רואים בפרסום עבודתנו כמצע נוסף לדיונים עתידיים בנושא הן בטווח הקרוב והן בפרספקטיבה של זמן. נעמוד כעת על נקודות הדמיון וההבדלים העיקריים בין ההמלצות במאמר לבין מדיניות הרשות נכון לינואר 2024.

היוועצות מוקדמת עם רשות האסדרה: נכון להיום לא קיים מנגנון פורמלי להיוועצות מוקדמת עם חטיבת הבקרה ברשות האסדרה בדומה להצעתנו בפרק ד.1. מסמך ההנחיות אומנם ממליץ למאסדרים לפנות לרשות האסדרה לצורך הסתייעות מקדימה בשלבי הגדרת הבעיה, אך מגביל זאת למקרים מורכבים, מבלי להתייחס לאופן שבו הדבר יתבצע בפועל. **מתודולוגיית הבקרה:** מסמך מתודולוגיית הבקרה הרשמית משקף במידה רבה את המתודולוגיה המוצעת במאמר זה.

סיווג לקטגוריות איכות: בדומה להצעה במאמר, איכות התהליך מחולקת לארבע קטגוריות איכות (ירוק, צהוב, כתום ואדום). כל קריטריון בפני עצמו מסווג גם הוא לאחת מארבע קטגוריות איכות. קטגוריית איכות אדומה של כל תהליך ה-RIA מהווה פגם מהותי לפי החוק.²⁶⁸ לצד זאת, בשונה מההצעה במאמר, לפי המתודולוגיה הרשמית ישנם קריטריונים ספציפיים בתהליך שיכולים להצביע על פגם מהותי בתהליך כולו, אם הם סווגו בקטגוריית איכות אדומה. הניקוד הפנימי בין קטגוריות האיכות מעט שונה, כאשר הנפקות המרכזית נוגעת לכך שהקטגוריה של פגם מהותי במתודולוגיית הבקרה הרשמית מעט יותר מצומצמת.

מידת פירוט המתודולוגיה: מדובר במתודולוגיה מפורטת המחולקת לשמונה קריטריונים מרכזיים ו-26 קריטריוני משנה, בעוד במאמר מוצעת חלוקה ל-10 קריטריונים ו-28 קריטריוני משנה. בדומה להצעה במאמר, כל קריטריון וקריטריון משנה מקבלים ניקוד

264 הנחיות ההיוועצות, לעיל ה"ש 26.

265 המדריך המעודכן, לעיל ה"ש 11.

266 מסמך המתודולוגיה, לעיל ה"ש *.

267 ראו במכתב שפורסם לצד מסמך המתודולוגיה, לעיל ה"ש 1.

268 ס' 21(ז) לחוק.

שונה בהתאם למידת החשיבות המיוחסת להם. הניקוד הפנימי של כל קריטריון וקריטריון משנה שונה במעט לעומת הניקוד המוצע במאמר.

מידת פירוט חוות הדעת: חוות הדעת שמפרסמת הרשות הן מפורטות בדומה להמלצה במאמר וכוללות דף תקציר עם עיקרי המסקנות לצד פירוט מלא.²⁶⁹

עקרון הפרופורציונליות: הן המדריך המעודכן והן מתודולוגיית הבקרה הרשמית אימצו את עקרון הפרופורציונליות המוצע במאמר זה באופן מקיף, המחייב את המאסדרים לשקול את היקף ועומק התהליך בשלב גיבוש האסדרה ואת חטיבת הבקרה ברשות האסדרה להתחשב בכך בעת ביצוע הניתוח. הרשות אינה נוקטת בשלב זה סיווג של גודל התהליך לפי פרמטרים כמותיים, אלא על בסיס קריטריונים איכותניים בלבד, כגון מורכבות הסוגיה, חומרת הבעיה והיקף שיקול הדעת שיש למקבל ההחלטות.

הגורם המבצע את הבקרה ברשות: ההמלצה במאמר זה בדבר הפרדת חטיבת הבקרה משאר חטיבות הרשות התקבלה, כך שהחטיבה מתנהלת באופן עצמאי. מאחר שרשות האסדרה עוד בשלבי איוש כוח אדם, אין בשלב זה מעורבות של רפרנט משרדי כבודק נוסף בעת גיבוש חוות הדעת.

שימוש בפטורים וחריגים: במדריך המעודכן ובדומה להמלצתנו כפי שהוזכר לעיל בפרק ד.4. נקבעו שלושה פטורים בלבד. הראשון הוא פטור לאסדרה שהשפעתה זניחה, השני הוא פטור מטעמי דחיפות והשלישי הוא פטור עקב אירוע לאומי חריג (למעשה מדובר בהיבט נוסף של פטור מטעמי דחיפות).

הכשרה לפני בקרה: בדומה להמלצה במאמר זה, נראה מפרסומי הרשות כי מושקע מאמץ ניכר בהכשרות בתוך הממשלה, הן למובילי מדיניות האסדרה והן למאסדרים.

269 ראו למשל "תקנות כלי היריה (תוקפם של רישיונות) (הוראת שעה), התשפ"ד–2024" (חוות דעת של רשות האסדרה (21.1.2024) <https://bit.ly/3uD2ahz>