



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

רגולציה – הרשות המפקחת

אורי ארבל-גנץ

בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן

נייר עמדה 37

ירושלים, אדר ב' התשס"ג, מרס 2003

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על-ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי-ביצוע ואנשי אקדמיה ועל-ידי פרסום מחקרו.

עורך ראשי: אורי דרומי
ראש מינהל מחלקת פרסומים: עדנה גרניט
עורכת הספרייה: יעל מושיוב
עריכת לשון: רעיה כהן
רכז הפקה: נדב שטכמן
עיצוב גרפי: רון הרן
סודר ונדפס בתשס"ג ב'ארט פלוס', ירושלים
מס"ב 9-48-7091-965-ISBN
© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה
Copyright by The Israel Democracy Institute
Printed in Israel 2003

פרופ' דוד נחמיאס החוג למדע המדינה ומדיניות ציבורית באוניברסיטת תל-אביב; עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

פרופ' ידידיה צ' שטרן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן; עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

אורי ארבל-גנץ דוקטורנט בתכנית למדיניות ציבורית באוניברסיטת תל-אביב ועוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה. המובא בנייר העמדה מבוסס בחלקו על המחקר האקדמי שהמחבר עורך.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

| | |
|-----|---|
| 5 | מבוא |
| 9 | פרק ראשון: רגולציה – הרקע התאורטי |
| 9 | התערבותה של המדינה בחיי הפרט והחברה |
| 13 | ‘רגולציה’ – מהי? |
| 15 | ההצדקה הנורמטיבית לרגולציה |
| 35 | ההצדקה הפוזיטיביסטית לרגולציה |
| 42 | פרק שני: רגולציה – הרקע ההיסטורי |
| 42 | ארצות-הברית |
| 46 | בריטניה |
| 52 | פרק שלישי: רגולציה – כיצד היא מתבצעת? |
| 57 | מי מעצב ומיישם את הרגולציה – מבט מוסדי |
| 66 | פרק רביעי: הרגולציה בישראל |
| 66 | רקע כללי |
| 69 | מוסדות הרגולציה |
| 74 | מתחם הסמכות ומרחב שיקול הדעת של הרגולטור |
| 78 | מקומה של הפרשנות בשיקול הדעת הרגולטורי |
| | פרק חמישי: רגולציה ורגולטורים – הצעות למיון נורמטיבי |
| 83 | ופוזיטיביסטי |
| 83 | מיון מוסדי |
| 95 | מיון על-פי תכלית הרגולציה |
| 96 | מיון על-פי האינטרס של הרגולטור |
| 107 | מיון על-פי גישת רשתות מדיניות |

| | |
|-----|----------------------------------|
| 124 | פרק שישי: רגולציה – נקודות לדיון |
| 128 | שאלות נורמטיביות |
| 129 | סיכום |
| 131 | מקורות |
| 150 | English Summary |

מבוא

לידה, מוות, חינוך, דת, מגורים, השכלה גבוהה, מקצוע, תעסוקה, שכר עבודה, נישואין, גירושין, לידה – מחזור חייו של אדם במדינה המודרנית עובר בין התחנות השונות. אחד מתעכב בתחנה אחת, אחר דווקא בשנייה, שלישי מדלג ביניהן בסדר כרונולוגי שונה במעט.

לאורכה של הדרך מבקש לו אדם אוויר נקי לנשימה; מי שתייה; מזון; בריאות ותרופות; ביטחון והגנה; בטיחות; זכויות קניין; מרחב מחיה; ומעל הכול – את הזכות לבחור היכן להיות, מה לעשות, מתי, בשיתוף עם מי, לכמה זמן ובאיזה אופן.

מרבית בני-האדם פוסעים בהן – בתחנות החיים – והם לא לבד. לעתים הם מלווים בבני משפחה קרובים, פעמים בחברים, ולפעמים הם מבקשים להסתייע במורים, במפקדים או בשותפים, שהרי קשה לדמיין פלוני הנוסע במרחבי חייו והוא לבדו. תמיד תהא עמו זו המלווה אותו בדרכו. גם כאשר אינו מודע למקומה; גם כאשר אינו מעוניין בנוכחותה. כמוה כבת משפחה או חברה קרובה. והיא תמיד מלווה אותו – ואת יתר הבריות – בדרכם. המדינה.

מימי ראשיתה, מאז התכנסו בני האדם לכונן ביניהם מסגרת משותפת של חיים זה לצדו של זה, הייתה המדינה – בהגדרתה הפשטנית ביותר – מערכת של הגבלות והיתרים מזה וסמכות אכיפתם מזה; מסגרת חוקתית שנטלו על עצמם מי שמבקשים להשתייך אליה. לא היה בה – בימדינה – אופי קונסטיטוציוני אחד ואחיד, לא בהשוואה בין מדינה למדינה, קל וחומר לא בהשוואה בין תקופה לתקופה. מערכת החוקים והתקנות אשר התירו התנהגות אחת ושללו התנהגות אחרת הושפעה מגורמים רבים ובהם אידאולוגיה, דת, התפתחות מדעית ופילוסופית, מלחמות, טכנולוגיה, כלכלה וכו'. אלה הביאו לידי שונות גדולה ממקום למקום, בהסדרים שבין המנגנון הממשלי (המחוקק, המבצע והשופט) ובין האזרחים הכפופים לו.

בעת הזו אין למעשה תחום שנותר חסין מהתערבותה של המדינה. בכל צעד ומעש של הפרט יש למדינה נגיעה כלשהי – היא מתירה, היא מונעת והיא אוסרת. המדינה מווסתת את פעולותיה של החברה ומפקחת עליהן וכן על מעשיו של הפרט, על הארגונים הפרטיים הפועלים בתחומה, על העמותות הוולונטריות, על הארגונים הציבוריים ועל כל מה שביניהם.

תופעת הרגולציה השלטונית (ויסות, תקינה, פיקוח, הסדרה = Regulation) אינה שונה ממדינה למדינה רק בהיקפה, אלא גם בדרך עיצובה ובאופן יישומה. באחדות מהמדינות אחראיות לה ועדות ממשליות עצמאיות; באחרות דואגות לה סוכנויות מעין-עצמאיות; ויש מדינות בהן המנגנון השלטוני-ביוורקרטי מטפל בה. כך או אחרת, הרגולציה היא לב לבה של העשייה השלטונית בעיצוב המדיניות הציבורית, ביישומה ובהערכתה. יתרה מכך, המאבק הפוליטי על סדר היום הציבורי ועל הקצאת המשאבים לחברה גורם לדינמיות תמידית בתחומי התערבותה של הרגולציה ובמידת ההתערבות. כך נמצא תחומים שהמדינה שלטה בהם לחלוטין לפני שני עשורים, ואילו היום השליטה והפיקוח נתונים בידי ארגונים פרטיים; ומנגד, תחומים שבהם לא הייתה למדינה יד בעבר, ואילו היום הפיקוח והוויסות עמוקים למדי. בראשית ימיה של הרגולציה ראו בה תופעה כלכלית ומכשיר כלכלי גרידא. הן הרגולטורים הן החוקרים באו מהדיסציפלינה הכלכלית, ומכאן שהפרמטרים לבחינת האפקטיביות והיעילות של הרגולציה אופיינו במשוואות כלכליות. למעלה מחצי מאה חלפה בטרם החלו להישמע גם קולות הטוענים כי לרגולציה כמכשיר מדיניות יש גם פנים אחרות, פנים שאין בהן כדי להביא כדי יעילות כלכלית בהכרח, אלא יש בהן להביא כדי 'יעילות' מוסרית, חברתית ונורמטיבית.

תהליכי הרגולציה, עיצובם ואופן יישומם – באלה עוסק נייר העמדה שלפניכם. בראשיתו נגדיר את המונח רגולציה ונעמוד על ההצדקה הנורמטיבית והפוזיטיביסטיית לפעילותה הרגולטורית של המדינה; לאחר מכן נבחן את הרקע ההיסטורי להיווצרותה ולהתפתחותה הממשלית של הרגולציה בארה"ב ובבריטניה; נציג את המנגנון המוסדי הרגולטורי בשתי המדינות – ארה"ב ובבריטניה; נציג את הרגולציה בישראל; ולבסוף נציע לקורא תבניות ניתוח העשויות לשמש אותו בבואו לבחון רגולציה כמדיניות ציבורית; ונתבונן על מקרים ואירועים מהמדיניות הרגולטורית בישראל.

מאחר שהרגולציה משולבת בחיינו – החל בלידה וכלה במוות – ראוי כי תיבחן ותיחקר אשר להצדקה המהותית לקיומה, לדרכי היווצרותה, להתפתחותה ולהשפעתה במקומותינו. מפליא שהמחקר בישראל בעניין זה אינו מקיף. ברכה לעמלנו תהיה, אם הצגת הנושא כאן תפתח בדיון מעמיק יותר הן בכלי התקשורת הן בחדרי הממשל ותתרום להעלאת הדברים לסדר היום הציבורי. לדעתנו, לימוד הרגולציה של הממשל בישראל עשוי לתרום לעיסוקם של אנשי האקדמיה כחוקרים, ליועצי הממשל כמעצבי מדיניות, לנבחרי הציבור כקובעי מדיניות ולעובדי הציבור כמיישמי המדיניות.

אנו מודים לכל מי שנרתם למסע וניאות להתראיין, לחוות דעה, להעיר
על שאלותינו ומסקנותינו ולהאירן. ועם כל זאת, כל המובא בהמשך הוא
באחריותנו בלבד.

1 רגולציה – הרקע התאורטי

התערבותה של המדינה בחיי הפרט והחברה

צורכי הכלל מרובים, והם הולכים ומתרבים. עמם מתרבות והולכות גם הסמכויות המינהליות. הן נפוצות כמעט בכל התחומים. המינהל הציבורי מלווה את האדם בכל יום בחייו, משעה שהוא קם ממיטתו, שעה אחר שעה. החשמל שהוא מדליק, הרדיו לו הוא מאזין, המים בהם הוא מתרחץ, הלחם שהוא אוכל, בית הספר אליו הוא שולח את ילדיו, המכונית הממתינה לו ברחוב, הכביש בו הוא נוסע – על כל אחד מאלה, ועל מוצרים ושירותים אחרים המלווים אותו בשגרת יומו, טבוע תו של המינהל הציבורי: הוא המספק אותו, או מפקח על ייצורו, או קובע את מחירו, או מחייב אותו ברישיון, או מטיל עליו מס, או מסדיר אותו בדרך אחרת...¹

תמורות רבות חלו בתפקידיה של המדינה² במאה האחרונה לאלף השני; תחילה הייתה שלטון המאפשר לפרט את החירות המרבית בניהול ענייניו האישיים,³ אחר כך נעשתה לריבון המאמץ לתחמו את רוב פונקציות הייצור והאספקה של כלל המוצרים והשירותים לחברה⁴ ולבסוף שילבה בין השניים על-ידי תהליכי הפרטה ופיקוח על ענפים שונים.⁵ למרות השינויים בתפקודה, בכל אחת מתצורותיה אלו הצרה המדינה את זכויותיו של הפרט בהגבילה את המתחם הנתון לו להגשים את זכויותיו; לעתים מני ופעמים מקצתי. הנחה מובלעת היא כי אין באפשרותן של חברה או מדינה להתקיים בלי שיהיה מי שאמון על המתרחש בהן; היא ההסדר אשר יהא, חברה צריכה להתקיים תחת גבולות של מותר ואסור, של סדרי עדיפויות, של טוב ורע, של צדק, מוסר, כלכלה, מסחר, דת, חוק ומנגנונים המאפשרים שינויים

- 1 ראו יי זמיר, "הסמכות המינהלית", **משפט וממשל א'** (תשנ"ב), 81.
- 2 לענייננו נדון, כפי שיוסבר בהמשך, במדינה הדמוקרטית בלבד, שהריבונות בה מבוססת דרך קבע על רצון העם.
- 3 ראו דוגמה לגישת 'המדינה המתירנית' (laissez-faire) ח' ברקאי, **אדם סמית באספקלריה של ימינו**, 1995, עמ' 64-71; השו גם עם Gates, J., 2000, **Democracy at Risk**, Massachusetts, pp. 27-36.
- 4 ראו דוגמה לגישת 'מדינת הרווחה', א' דורון, **מדינת הרווחה בעידן של תמורות**, 1992; ובקצרה א' דורון, "מדינת הרווחה בישראל – התפתחויות בשנות ה-80 וה-90" בתוך ד' נחמיאס וג' מנחם (עורכים), **המדיניות הציבורית בישראל**, 1999, עמ' 436-474.
- 5 ראו גישת המדינה המינהלית, יי זמיר, **הסמכות המינהלית א'**, 1996, עמ' 32.

שלהם במעשה החקיקה, המשפט או הבוררות. אלא שלא די בכך. אין ריבונותו של העם בעלת-תוקף, אם אין המנגנונים המוסדיים האמורים מאפשרים להגדיר הגדרה חוקית חוזרת ונשנית את מקומו של הפרט ביחס למקומה של החברה, את מקומה של החברה ביחס למקומה של המדינה ואת מקומו של הפרט ביחס לזה של המדינה. אפשר לפשט ולומר, כי מהותו של השלטון אינה מתמצית בסוגיית מקור סמכותו אלא טמונה גם במידת החופש של הפרט ושל החברה ביחס לאי-החופש שלהם. לסוגיה זו נדרשו הוגים רבים שהגדירו איש לתפיסתו הן את מקומה של המדינה בחיי הפרט הן את מקומו של הפרט בקיומה של המדינה. כך, לדוגמה, הובס מציין:

הדרך היחידה להקים כוח משותף כזה, שיהא ביכולתו להגן עליהם מפני פלישת זרים ומפני קיפוח זכויות הדדי... – הדרך היחידה לכך היא, שימסרו את כל כוחם ועוצם-ידם לאדם אחד או לכנסת אנשים אחת, שתוכל לצמצם את כל רצונותיהם, על-ידי הצבעה ברוב קולות, כדי רצון אחד;... ובכך יבטלו כולם את כל רצונותיהם מפני רצונו ומשפטיהם יהיה משפטו.⁶

וזו התייחסותו של לוק:

החוק המפורש הראשון והיסודי הנקבע בכל קהילה הוא הקמת הרשות המחוקקת...אף במלוא היקפה מוגבלת סמכות המחוקקים כדי טובת-הכלל של החברה. סמכות זו תכלית יחידה לפניה והיא שמירה על קיומם של בני אדם, ועל כן אי-אפשר בשום פנים שתהא זכאית להשמיד את הנתינים, לשעבדם או לרוששם במתכוון...הרשות המחוקקת או העליונה אינה זכאית ליטול לעצמה את הסמכות למשול על-ידי צווים שרירותיים חדשים לבקרים, אלא חייבת לעשות משפט, ולפסוק בנוגע לזכויותיו של הנתין על-פי חוקים קבועים שניתנה הכרזה עליהם...⁷

ועוד שם:

הרשות העליונה אינה זכאית לקחת משום אדם חלק כל-שהוא מקניינו שלא בהסכמתו.⁸

6 ת' הובס, **לווייתן**, תשנ"ג, עמ' 165.

7 ג' לוק, **על הממשל המדיני**, תשנ"ב, עמ' 100-103.

8 ראו **שם**, עמ' 104.

ולאותו עניין התייחס מונטסקיה:

אמת היא שבדמוקרטיה העם דומה כעושה ככל העולה על דעתו; אך החירות המדינית אינה מושתתת על עשיית כל איש כלבבו. במדינה, דהיינו בחברה בעלת חוקים, החירות אינה יכולה להיות מוגדרת אלא כיכולת לעשות את מה שראוי לרצות ולא להיות אנוס לעשות את מה שראוי לא לרצות. ... החירות היא הזכות לעשות כל מה שהחוקים מרשים.⁹

המעבר מאידאולוגיה אחת לרעותה – מהמדינה המתירנית למדינת הרווחה או למדינה המפקחת – משקף את החיפוש המתמשך של הפרט ושל הכלל אחר יחסי מדינה-חברה שיש בהם כדי להביא לידי רווחה מרבית לרובה של האוכלוסייה וביעילות הגדולה ביותר. אין הפרט והכלל נפרדים זה מזה, ואין בראשון מבלי האחרון או באחרון מבלי הראשון. בתווך, המדינה נדרשת לקבוע ולאזן את מידת הוויתור של האחד ביחס למידת הוויתור של האחר, איש ורצונותיו, איש ומאווייו, איש ומטרותיו. האינטרסים של הפרטים בחברה אינם משלימים, אינם חופפים ואינם שווים; שיקוף נאמן יותר למציאות יהיה אם נאמר כי על-פי רוב פלוני ואלמוני ניצבים מזה ומזה ובאמתחתם דווקא אינטרסים מנוגדים המבקשים להגשים עצמם לאורה של תכלית פלמונית. יש והאינטרסים מופיעים בתחום אחד ויש שבתחום אחר, ולמעשה הם נמצאים בכל התחומים כולם: בריאות, איכות הסביבה, חינוך, דת, תחבורה, מזון, משפחה, קניין, השכלה, פנאי, תרבות, מדע, ספורט, אופנה, תקשורת, פרסום, עיסוק, ביטוי, התאגדות, צדק, מוסר, חופש, חובות, זכויות, ואין סיפא לרשימה. התערבותה של המדינה באלה כבורר במחלוקת, כשופט בדין או כקובע סדרי-עדיפויות בין מספר חלופות אינה באה מכוח עצמה ובלא הגבלה; חזקה עליה שתקום מתוך מסגרת נורמטיבית מובחנת המשקפת את דרך הבחירה בין האינטרסים המתחרים זה מול זה על הבכורה:

לעתים קרובות חלים בנסיבותיו של עניין נתון, מספר ערכים מקובלים. כל קושי אינו מתעורר אם ערכים אלה מובילים כולם למסקנה אחת. ... אך לעתים קרובות מובילים הערכים המקובלים לכיוונים שונים ומנוגדים. לא פעם נמצא כי בצד עיקרון, מצוי הניגוד לאותו עיקרון, ולצד התיזה מצויה האנטי-תיזה. ... אכן, ערכיה המקובלים של השיטה צועדים לא פעם זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו. ... כך למשל, הערכים של ביטחון המדינה והסדר הציבורי וביטחון הציבור עשויים להתחרות

9 ראו הברון דה-מונטסקיה, **רוח החוקים**, 1998, עמ' 146.

עם חופש הביטוי, חופש התהלוכה, חופש הפולחן והדת וחופש המידע. ... לעתים נקודת האיזון ברורה ופשוטה. אין שתי אפשרויות. ... (אך) לעתים קרובות קו הגבול בין העקרונות המתחרים על הבכורה, אינו ברור כלל ועיקר. קו הגבול עשוי לנוע בין נקודות מספר.¹⁰

בבסיסה הנורמטיבי של התערבות המדינה הדמוקרטית בחיי אזרחיה ניצבת ריבונותם של האזרחים עצמם על מדינתם דרך נציגיהם הנבחרים. משמע, אלה האחרונים אינם אלא שלוחיהם של אלה הראשונים. שליחות זו מחייבת את השלטון – על כל רשויותיו וזרועותיו – בנאמנות לריבון. צריך שהשלטון יעמוד כמגנו של האינטרס הציבורי בכל מעש ממעשיו, שאם לא כן – בטל תוקפו המוסרי של השלטון, אולי אף החוקי, באין תכלית אחרת הראויה לו. השלטון אינו מוסמך לפעול לטובת עצמו או לטובת אחר זולת הציבור שהסמיך אותו ושעליו הוא מופקד. אין בידי השלטון קניין אלא כדי לקיים באמצעותו את האינטרס הציבורי; אין בידי חופש ביטוי אלא כדי לבטא את האינטרס הציבורי; אין בידי כוח וסמכות אלא כדי להגשים את האינטרס הציבורי. אשר על-כן, החקיקה צריכה שתבטא בפועלה את טובתו של הציבור; השפיטה צריך שתפסוק לאור טובתו של הציבור; וכך אכיפה וביצוע צריכים שיבואו כדי שמירתו של הציבור;¹¹ וכל אלה כולם – חזקה שיבואו במסגרת החוק. השלטון אינו יכול לפעול מחוץ למסגרת החוק. כל פעולה מפעולותיו וכל מעשה ממעשיו – הגם כאשר מגשימים את האינטרס הציבורי – צריך שיעמדו בדי אמותיו של החוק:

[ש]ההגבלות – שאין להימנע לחלוטין מלהטילן על חירות הפרט, כדי שחירות זו לא תהיה עשויה לפגוע בחירות הזולת או באינטרסים של החברה – צריכות להיקבע על-ידי החוק... ההלכה הצפונה בעיקרון זה מלמדת כי זכויותיו של הפרט אינן ניתנות להגבלה או לשלילה על-יד פקיד או שר רק מפני שהם חושבים – ואפילו בצדק – שיש בזה משום תועלת

10 א' ברק, **שיקול דעת שיפוטי**, 1989, עמ' 101-102.

11 ראו בג"צ 142/70 **בנימין שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עוה"ד**, פ"ד כה (1) 325: "לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות"; ראו גם בג"צ 669/86 **יעקב רובין נ' מנחם ברגר**, פ"ד מא (1) 73: "איש ציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס של הציבור הוא פועל."

למדינה. עליהם לשכנע את בית המחוקקים, כי יש הכרח או צורך בהגבלות האלה, ורק לאחר שהמחוקק נותן להם את הגושפנקא שלו, רשאים הם לבצע אותן.¹²

במשטר הדמוקרטי, אליבא דדוקטרינה של הפרדת הרשויות – זו המחוקקת, זו המבצעת וזו השופטת – נהוג להכליל ולומר כי המדיניות הציבורית מתוכננת ונקבעת בקרב מקבלי ההחלטות הנבחרים אבל מיישמים אותה אנשי המינהל הציבורי. אך למינהל הציבורי, מעצם טבעו, יש חלק חשוב גם בהליכי עיצוב המדיניות והערכתה ולא רק ביישומה כאמור, ועקב כך מעורבותה של המדינה בחייו של הפרט באה לידי ביטוי גם – ואולי בעיקר – דרך פעולותיו. האקטיביזם של המינהל הציבורי שקול להיקף צמצומה של החירות הפרטית, משמע במקום שזה הראשון מתקדם, חזקה כי השנייה נסוגה. אין במקומותינו תחום, שאפשר שהמינהל הציבורי ינקוט בו פעולה וזכויותיו של הפרט תיוותרנה בעינן, ולא תכורסמנה ולו בשוליהן:

...על המינהל הציבורי כולו ניתן לומר כי הוא מלווה את האדם, לא רק באירועים מיוחדים, אלא גם בשגרת חייו, דבר יום ביומו. משעה שאדם קם משנתו, החשמל שהוא מדליק, הרדיו לו הוא מאזין, המים בהם הוא מתרחץ, הלחם שהוא אוכל, בית הספר אליו הוא שולח את ילדיו, המכונית הממתינה לו ברחוב, רישיון הנהיגה ורישיון הרכב, הכביש עליו הוא נוסע: כל אלה, ועוד מצרכים ושירותים רבים, המשמשים כל אדם בכל יום, נושאים חותם של המינהל הציבורי. הוא המספק אותם, או מפקח על ייצורם, קובע את מחירם, או מחייב אותם ברישיון, או מטיל עליהם מס, או מסדיר אותם בדרך אחרת.¹³

צדם הביצועי של הצווים והפעולות של המינהל הציבורי משמעו 'כרסום' בזכויות הפרט, והם-הם הרגולציה המנהלית, נשוא התייחסותנו להלן.

‘רגולציה’ – מהי?

המינוח העברי לרגולציה מתאר אקטיביזם של ויסות, הסדרה, פיקוח או תקינה, לאו-דווקא של השלטון. בהקשרה הממשלי, הרגולציה מצביעה על

12 בג"צ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399.

13 י"זמיר, 1996, הערה 5 לעיל, עמ' 32.

פעולה של השלטון – בדרך כלשהי – המסדירה את הפעילות שנעשית בתחומי סמכותו ומרותו. בהתבוננות **המרחיבה** מגדירים רגולציה: "החוקים והתקנות המשליטים סדר ביחסי החליפין של סחורות ושירותים".¹⁴

אלא שהגדרה זו אינה מבחינה בין רשות שלטונית אחת לאחרת, והיא רואה בכולן זרועות רגולטוריות. מכאן, שכל פעולה שלטונית, בעודה מצמצמת את חירותו של הפרט גם כאשר היא מרחיבה את חירותו של פרט אחר, היא בהכרח רגולציה על הפרט ו/או על החברה. כך, חקיקה של בית המחוקקים היא רגולציה; פסיקה של בית המשפט היא רגולציה; סירובו של הנשיא לחתום על כתב חנינה לאסיר גם היא רגולציה.

בהתבוננות **מצמצמת** מגדירים רגולציה כ"תהליך או פעילות שבהם רשות שלטונית אקזקוטיבית (ביצועית) דורשת, מונעת או אוסרת פעילות או התנהגות מסוימת של הפרט ו/או של מוסדות וארגונים, ועושה זאת באופן מינהלי מתמשך".¹⁵ הגדרה זו מתמקדת ברשות המבצעת ו/או בבאי כוחה ובאופן בו באה הפעילות לידי ביטוי ("דורשת, מונעת או אוסרת פעילות או התנהגות"), אך נעדרת ציון התכלית של הפעולה, כפי שאוזכרה בהגדרה המרחיבה לרגולציה ("השלטת סדר ביחסי החליפין").

בהיות שתי ההגדרות חסרות, נבקש ליטול מזו ומזו ולהציע – ולו לדיוננו כאן – הגדרה לרגולציה: **הסדרת יחסי חליפין של ערכים בחברה על-ידי סמכות שלטונית ביצועית; שבאמצעות תקנות, הנחיות, הוראות או צווים מינהליים; דורשת, מאשרת, מונעת או אוסרת פעילות או התנהגות של הפרט ו/או של ארגונים בחברה.**¹⁶

14 Moran, M. and B. Wood, 1993, **State, Regulation and the Medical Profession**, p. 17.

15 ראו Reagan, M.D., 1987, **Regulation: The Politics of Policy**, p. 15 שם מצטט המחבר את הגדרתם הדומה של Liltan and Nordhaus: "Governmental legislation or agency rules, having force of law issued for altering or controlling the manner in which private and public enterprises conduct their operations."

16 כדי לנסח את את הגדרת הרגולציה בחרנו במושגים משתי ההגדרות הנ"ל שיכלו את מטרתה של הרגולציה (הסדרת יחסי החליפין של ערכים בחברה), את השחקן הרלוונטי המבצע (סמכות שלטונית ביצועית), את האופן שהיא מעוצבת בו (הליך מנהלי או פעילות מנהלית מתמשכים), את המשמעות הפרוצדורלית (דורשת, מאשרת, מונעת או אוסרת פעילות או התנהגות) ואת האוכלוסייה המוסדרת (פרט ו/או ארגונים בחברה). במידה רבה חופפת מהות הגדרתנו זו את הגדרתו התמציתית של סלזניק (Selznick, 1985): "[Regulation is a]... sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community."

הגדרה זו לרגולציה נעדרת התייחסות לפעילות יצרנית של הממשלה. ואכן, אין הרגולציה מכוונת לייצור, להעסקה, לשיווק, למכירה וכו', אף כי גם אותם עושות זרועותיה המינהליות של הממשלה. תמיכה בראיתנו זו אפשר למצוא גם בהבחנה המשפטית בין 'המינהל הישיר' – מינהל שבו הממשלה עוסקת ביבוא וביצוא של סחורות, בייצור תעשייתי, בהפקת חומרי גלם מאוצרות הטבע, בבניית בתי-ספר ובתי-חולים, בבניית ערים וסלילת כבישים ובאספקת שירותים לאזרחיה ולתושביה של המדינה – ובין 'המינהל העקיף' – מינהל שבו הממשלה מתערבת בחייה של החברה דרך אקטים 'מרשימים' כגון רישיונות לעסוק במקצוע, לנהוג ולצוד, ודרך אקטים 'מחייבים' כגון איסורי בנייה בשטח פלמוני, בדיקות תקינות לרכב מדי זמן וכו'.¹⁷ אם כך, עולה השאלה: מכוח איזו סמכות הממשלה רשאית להגביל שחקנים ו/או פעילויות?

ההצדקה הנורמטיבית לרגולציה

פעולה מנהלית להשגת האינטרס הציבורי

בבואנו לבחון את מקומה של הרגולציה בחייה של חברה במדינתה, חזקה עלינו לעמוד על האופי הפרוצדורלי של המשטר ועל המהות הערכית המאפשרת את פעולותיו השלטוניות. לשון אחר, עלינו למצוא מהו הצידוק החוקתי והנורמטיבי שבזכותו עיצבה ויישמה אחת מזרועות השלטון מדיניות ציבורית.¹⁸

המחשבה המדינית בארה"ב של אמריקה, לדוגמה, ערב כינון הממשל הפדרלי והכרזת העצמאות (1776) גרסה, כי בני האדם נולדו עם זכויות, שאסור ואי-אפשר לשלול אותן מהם. זכויות אלה – הקיימות במצבו הטבעי של האדם – קודמות במהותן למקומו של ממשל אזרחי. האדם בן-חורין עם היוולדו, ומשום כך הוא זכאי לחיים, לחירות ולאפשרות לרדוף אחר

17 ראו ה' קלינגהופר, **משפט מינהלי**, 1957, עמ' 111-114. המחבר מציג את ההסכמה להבחנה זו במשפט הגרמני, הצרפתי ואף האנגלי.

18 משטרים שאינם דמוקרטיים לא יהיו נדבך לדיונו, משום שהם מטילים בספק את שאלת החירות של הפרט ושל החברה. במשטרים האלה הריבונות המהותית נתונה בידי של השליט ולא בידי האזרחים, וקיומה של המדינה אינו מעוגן בהכרח במערכת פרוצדורלית הכפופה לריבונות מאויייה ובחירותיה של החברה.

האושר. מכאן שהפעלתה של סמכות אכיפה על-ידי ממשלות כלפי בני-אדם תהא מוצדקת אך ורק מתוך הסכמתם של האזרחים עצמם. ביטוי לכך נמצא בפסקת הפתיח לחוקה האמריקנית:

אנו, בני ארצות הברית, בבקשנו ליצור ברית מושלמת יותר, לכוונן משפט, להבטיח שקט מבית, לעשות להגנת הציבור, לטפח את רווחת הכלל ולקיים את ברכות החירות, לנו ולדורות הבאים אחרינו, מתקינים וקובעים את החוקה הזאת לארצות הברית של אמריקה.¹⁹

מאחר שהדמוקרטיה הליברלית מושתתת ביסודה על ריבונותו של הפרט – האדון לדרכו, לבחירותיו ולגורלו – בחירתו החופשית של האזרח והסמכות שהוא מאציל לשלטון הן שמסמיכות את השלטון ומחייבות אותו להחליט על פעולות ולבצען בעבור האזרח.

כיוון שכך, יהיה מבחנו של השלטון בשני מישורים:

הראשון הוא התכלית שבבסיס הפעולה השלטונית. השלטון מחויב לשלוט בעבור הנשלטים ולא בעבור עצמו. כל שיעשו מנהיגיה של המדינה – לטובתו של הציבור יעשו ולמענו. המדיניות הציבורית משקפת את המטרות השלטוניות ואת ההחלטות שמתקבלות לאורן, והיא צריכה לעמוד במבחן 'טובת הציבור'. כל מטרה שהציבה הממשלה וכל החלטה ממשלית יידחו מטעמים חוקתיים, אם אין בהן כדי לקדם את האינטרס הציבורי.²⁰

המבחן השני הוא התהליך בו מעוצבת המדיניות הציבורית ומיושמת הלכה למעשה. אין די בהיות התכלית למדיניות ראויה וכשרה לקידום טובתו של הציבור, חזקה עליה שתהא מעוצבת ומיושמת באמצעים כשרים. עיצוב המדיניות והוצאתה מן הכוח אל הפועל אינו יכול להיעשות מחוץ למסגרותיו של החוק וכן לא מחוץ למסגרותיה של האתיקה הציבורית. הממשלה היא 'נאמן הציבור', ולכן היא נדרשת לפעול במתחם של חוקיות (הרשות המחוקקת היא שהקנתה לה חוקיות זו) ולשמור על סולם הערכים (החברה היא שהקנתה סולם ערכי זה). במילים אחרות – לא רק מבחן הכוונה

19 צ"ה פריציט, **החוקה האמריקאית**, 1992, עמ' 147. לעניין זה אפשר למצוא התייחסות קודמת במגילת הזכויות של מסצ'וסטס. נאמר שם כי "הגוף הפוליטי נוצר על-ידי ההתאגדות מרצון של פרטים; זוהי אמנה חברתית בה מסכים העם כולו עם כל אזרח, וכל אזרח ואזרח מסכים עם כל העם כולו, שעל כולם יחולו חוקים מסוימים, לתועלת הכלל." (שם, עמ' 9).

20 ראו הערה 11 לעיל.

יכריע אם פעולה שלטונית חוקתית אם לאו או אם חוקית אם לאו; אלא גם מבחן המעשה:

...כשניגש המחוקק לייסוד מדינה עליו לדעת, שלאזרחיה חשובים לא רק החיים עצמם, אלא מוסריותם.²¹

וגם:

רשויות המינהל ינהגו בטוהר המידות; שרירות לב, משוא פנים ויחס של איפה ואיפה מקומם לא יכירם במוסדות המינהל ובתחומי פעולתם; רשויות המינהל יקפידו על קיום מינהל תקין וינהגו בחיסכון וביעילות; רשויות המינהל לא ינהגו בנוקשות יתרה ולא ינקטו צעדים חמורים מאלה הדרושים בנסיבות.²²

אלא ששני יסודות אלה, התכלית שבבסיס המדיניות הציבורית וההליך שהיא מעוצבת ומיושמת באמצעותו, אסור שיהיו חשופים רק לעיניהן של שלוש הרשויות בשלטון. בהיות הדמוקרטיה מבוססת על ריבונותו של העם, היא מחייבת שנבחריה ועובדיה ישתפו את האזרחים בהחלטותיהם ובמעשיהם בשיתוף שכמוהו כדו-שיח בין השולחים (האזרחים) ובין שלוחיהם (הנבחרים; הממונים). בהחלפת המסרים והדעות, אלה יזונו מאלה ואלה יזונו מאלה. הדיאלוג בין נושא הסמכות ובין מקור הכוח שלה מבטא את המהות הדמוקרטית. מהות זו אינה באה לידי ביטוי ברגע חולף, אלא באשרור תמידי של הלגיטימציה הלגלית למשול. לנציגות האוחזת בהגה השלטון דרושה תמיכתו של הציבור בכל אשר תלך, בכל אשר תפנה. אם-לאו, ימיה ספורים.

הלגיטימציה הציבורית מחייבת את רשויות השלטון לעמוד בשלושה עקרונות מרכזיים:

21 אפלטון. ראו נ' שפיגל, **תולדות האתיקה העתיקה**, תשמ"ה, עמ' 106-107.
22 י' זמיר (עורך), **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, 1993, עמ' 15, שם מובא מהצעתו של פרופ' קלינגהופר ליחוק סדרי המינהל, 1982. על התהליך שבגופו מתקבלות ההחלטות של רשויות השלטון נתנו דעתן גם ועדות החקירה הממלכתיות שנדרשו לכך, בהן ועדת אגרנט לבחינת האירועים שקדמו למלחמת יום הכיפורים, ועדת קֶהן לבחינת האירועים שקדמו לטבח במחנות הפליטים סברה ושתילה, ועדת בייסקי לבחינת האירועים שהביאו לוויסות מניות הבנקים, ועדת שמגר לעניין הטבח במערת המכפלה וועדת שמגר (ב') לעניין רצח ראש הממשלה יצחק רבין. ועדות החקירה, בשונה מכל גוף מוסמך אחר, נדרשות לתת דעתן לעניינים הנדונים דווקא מההיבטים ציבוריים ולא רק מההיבטים החוקיים.

הראשון – **השקיפות** של התהליך הממשלי. דמוקרטיה אינה סבלנית ואינה סובלנית לאורך זמן כלפי החלטות שבחדרי החדרים, כלפי מטרות נסתרות או כלפי מעשים סמויים. אם יש שכאלה, אזי צריכה שתקום להם תכלית ראויה וחוקית. אמנם לאזרח הריבון אין היכולת, הזמן והמשאבים להיות שותף לתהליכים של קבלת ההחלטות השלטוניות, ומאידך גם המינהל הציבורי לא יעשה את עבודתו ביעילות אם יהיו האזרחים שותפים-מתערבים כמעשה יום-ביומו, אך דווקא משום כך חובתה של הממשלה לחשוף את המטרות, את ההליכים, את האינטרסים, את הדעות, את נושאי-התפקיד המעורבים ואת בעלי העניין המשפיעים על קבלת ההחלטות. לשון אחר, עקרון השקיפות מחייב לחשוף את הדרך ואת אלה שצעדו בה עד לעיצובה ויישומה של המדיניות הציבורית. ולא רק הממשלה נדרשת לעניין השקיפות; גם על המינהל הציבורי מוטלת החובה לחשוף את הדרכים שבהן הוא מיישם את המדיניות הציבורית. השקיפות תפקידה להבטיח, כי הציבור – אם רצונו בכך – יכול יהיה לדעת את שבידי הרשות הציבורית, לראותו ולקראו למען ישכיל להכריע באיזו דרך רצוי שתלך החברה. הדעה הסובייקטיבית באשר לדרכה הנכונה של המדינה מושפעת מהמידע שבידי האזרח. בעבור פלוני חשובות הליכותיו של נבחר הציבור, בעבור אלמוני חשובות דעותיו של נבחר הציבור ובעבור פלמוני דווקא מעשיו. השקיפות בהליכות, בדעות ובמעשים היא מנשמת אפה של דמוקרטיה מתוקנת המבקשת לבסס את ההכרעה השלטונית על העדפותיו ומאווייו של הציבור. השקיפות התפקודית של נבחרי הציבור ושל עובדי הציבור אינה בגדר רשות העומדת לזכותם אלא חובה שצריך לעמוד בה:

החלפה חופשית ולא מוכתבת של מידע, דעות והשקפות, תוך ניסיון לשכנוע הדדי, היא תנאי חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי, המבוסס על שלטונו של העם, על ידי העם, למען העם. רק בדרך זו ניתן להבטיח, כי כל יחיד בחברה יקבל את מירב הנתונים הדרושים לו לשם קבלת החלטות בעניין משטר ושלטון. זרימה חופשית של דעות מאפשרות שינוי סדיר במבנה הכוחות המקיים את השלטון.²³

23 בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) (השופט א' ברק, 274). ראו גם בג"צ 1/81 ויקי שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (3) (הנשיא שמגר, 378) שם נאמר: "שיטת הממשלה הדמוקרטית ניזונה מכך – ואף תלויה בכך – שמן הציבור ואליו תהיה זרימה חופשית של מידע, אשר נסב על הנושאים המרכזיים, המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט. על כן יש הרואים בזרימה החופשית של המידע מעין מפתח לפעולתה של המערכת הדמוקרטית כולה..."

ואכן, לעניין השקיפות, מצמצם חוק-יסוד: הממשלה (התשנ"ב) את העניינים שבהם מותר שתהיה עלטה על החלטות הממשלה:

הדיונים וההחלטות של הממשלה ושל ועדות השרים בעניינים הבאים הם סודיים וגילויים ופרסומם אסור: (1) ביטחון המדינה; (2) יחסי חוץ של המדינה; (3) סוג עניינים אחר שהממשלה ראתה את סודיותו כחיונית למדינה והכריזה עליו בצו; (4) עניין שהממשלה החליטה לשמרו בסוד, ובלבד שגילוי ופרסומו של עניין כזה אינו אסור על מי שידע על ההחלטה.²⁴

השקיפות אינה יוצאת כדי חובתה בעת שהמידע מונח במלואו לעיני הציבור; על רשויות השלטון לאפשר נגישות קלה, ברורה ומסודרת אל כל אשר נמצא במשמורתן. מסמך ממשלתי שאינו מנוסח כהלכה ואין בו כדי להסביר לאדם הסביר את שבתוכנו – אין בו שקיפות גם אם יוצג לעיני כול בכיכר העיר; על אותו משקל, ארכיב שאין בו סדר המאפשר התמצאות אין בו שקיפות גם אם יהא פתוח לעיונו של הציבור. רוצה לומר: השקיפות מחייבת במעשה ולא רק בהלכה. הדבר עולה מגישתו של בית המשפט:

לאחר שהפכתי והפכתי בתקציב המשרד לענייני דתות, כמין צפנת פענח, כדי להשיב על השאלה איזה סכום הוקצה לבתי עלמין יהודיים ואיזה סכום לבתי עלמין אחרים, חשתי שאני הולך לאיבוד בין הסעיפים ובין המספרים. מרוב סעיפים לא רואים את התשובה. בגלל המבנה והפיזור של הסעיפים אפשר לטעון כך, כמו העותרת, ואפשר לטעון כך, כמו המשרד, ותשבי יתרץ קושיות ובעיות.²⁵

24 ראו שם, סעיף 44 (א). הסעיף בשלמותו מופיע גם בחוק-יסוד: הממשלה, תשכ"ח (ס. 28(א)); ואף בחוק-יסוד: הממשלה, תשס"א (ס. 35(א)). חשוב לציין כי הסעיף אינו מגדיר אילו עניינים מחובתה של הממשלה לפרסם, אלא מגדיר, על דרך השלילה, את המיעוט שחובת הסודיות חלה עליו. משמע, כל שאין תכולתו בסעיף זה, חזקה עליו שיהיה חשוף וגלוי לעיני הציבור. השוו בג"צ 36/51, פ"ד ה 1553, שם עסק בעיקרון זה השופט ויתקון באמרו: "מועצה... היקף סמכויותיה מוגדר לפי החוק, וכל דבר החורג מדי אמותיו של החוק בטל ומבוטל הוא... בבואנו לשקול אם דבר מסוים חורג מסמכויות המועצה אם לא, המבחן אינו אם פקודת העיריות אוסרת את הדבר, בפירוש או מכלל לא, אלא אם הדבר מותר לפיה. לשון אחרת, לא די שהדבר אינו אסור; הוא צריך להיות מותר כדי להיות כשר בעיני החוק." כך או כך, חובת ההוכחה בדבר סודיותו של עניין פלמוני מוטלת על הממשלה.

25 בג"צ 1113/99 **עדאללה נ' השר לענייני דתות**, תקדין עליון, כרך 2000 (2) תש"ס/תשס"א, עמ' 413, 420.

העיקרון השני הוא עקרון **האחריותיות** (accountability²⁶) של השלטון. להבדיל מעקרון השקיפות המחייב את השלטון "להרים מסך" מעל החלטותיו, הליכי קבלתן והתכלית שבבסיסן, עקרון האחריותיות מטיל על השלטון את החובה למסור מיזמתו את המידע שברשותו לציבור:

In its simplest form accountability means the requirement of a public organization or perhaps an individual to render an account to some other organization and to explain its actions. This can be as uncomplicated as having to present an annual report, or it may be as politically charged as a minister fighting for his or her political life in Question Time in Parliament. Further, the accounting may be financial or administrative, or about the policy decisions that were made.²⁷

מתן דין-וחשבון על-ידי רשויות השלטון מחזק את הזיקה בין ריבונותו התיאורטית של האזרח ובין ריבונותו המעשית, שהרי אין בידי לדרוש דרך קבע, לרדוף, לחפש, לרצות ולתור אחר המידע החיוני לו; חזקה על רשויות הממשל לספק מיזמתן את המידע החיוני לאזרח:

הזכות לקבל מידע וזכות העיון... הן זכויות משפטיות... המטילות על הרשות שבידה המידע חובה לפעול. החובה המוטלת על הרשות היא חובה אקטיבית לספק את המידע המבוקש... לחיותה של הזכות חייבת הרשות הציבורית לפעול באופן פואיטיבי. הזכות לקבל מידע ציבורי תקום לפרט רק אם על הרשות הציבורית תהא מוטלת חובה לפעולה.²⁸

26 המונח accountability מתורגם לעברית: "נשיאה באחריות ואחריות לדיווח" מטעמים של ניסוח בחרנו לתרגם accountability במילה אחת ו**בחיבורנו** זה נכנה אותה 'אחריותיות'.

27 Peters, G. B., 2001, **The Politics Of Bureaucracy**, p. 300; השו גם עם Light, P. C., 1993, **Monitoring government: Inspectors General and the Search for Accountability**, pp. 13-15: "...to be accountable is to report, explain, give reason, and to submit to an outside or external judgement. The role of oversight is primarily detection of error and the enforcement of negative sanctions."

28 ז' סגל, **זכות הציבור לדעת באור חוק חופש המידע**, 2000, עמ' 11-12.

אליבא דבית המשפט, העברת המידע מאלה הפועלים בשמו של הציבור אל הציבור עצמו כמוה כערך מרכזי בחברה הדמוקרטית:

על בסיס מידע זה יוכל הציבור לגבש לעצמו עמדה באשר לנבחריו, ובאשר לעמדותיו הפוליטיות ותפקודם בבית הנבחרים. רק על רקע מידע זה יוכל הציבור להכריע ביום הבחירות לשבט או לחסד. ורק על בסיס מידע זה תוכל להתקיים החלפת דעות חופשית בין בחירות לבחירות.²⁹

עקרון האחריותיות דן בשני אפיקים של מידע. האחד הוא האפיק האינפורמטיבי. הוא מציג לציבור את מכלול הנתונים והעובדות על משקל ימי עשה מה, מתי, איך. אפיק זה של מידע אינו נתון לפרשנות, ולכאורה אין בו הבעת דעה סובייקטיבית של מוסר האינפורמציה. המידע נמסר לציבור כמות-שהוא, על-פניו, למען יפיק ממנו הציבור את פרשנותו ואת דעתו.

האפיק השני הוא אפיק המידע ההסברתי. איש הציבור מספק באמצעותו את ההצדקה התכליתית למעשים, להחלטות, להליכים, לדעות, לאמירות וכיוצא באלו. בסוג זה של מידע יש משום סובייקטיביות מעצם הגדרתו, מאחר שהוא מידע נלווה למידע העובדתי. בקשר בין השניים, האפיק האינפורמטיבי משמש בסיס לאפיק ההסברתי. יתרה מזו, המידע העובדתי חיוני לציבור בבואו לדרוש מנציגיו ומשלוחיו את המידע ההסברי-פרשני. האחריותיות באפיק העובדתי יכולה לעבור לציבור דרך מסמכים רשמיים, פרוטוקולים, דוחות סטטיסטיים, פרסום ברשומות ועוד כהנה וכהנה; ובאפיק ההסברתי-פרשני יכולה לעבור בראיונות בתקשורת, במאמרי הסבר, או במענה לשאלתה בבית הנבחרים (בייצוג השר הממונה).

עקרון האחריותיות אינו אחיד בכל אשר יפנה איש הציבור, אי אפשר שיהיה כזה ולו מההיבט המעשי. בהתרחב מקומו של המינהל הציבורי אין באפשרותו של נושא תפקיד ציבורי לדווח לציבור כל שעשה, החליט, נמנע מלהחליט או נמנע מלבצע. מאות החלטות ומעשים פרוסים לפתחו מדי יום ביומו במילוי תפקידו. בבואו לדרוש מפלוני לדווח דיווח מלא על כל מעשה ומעשה שלו, כאילו מנענו ממנו למלא תפקידו; מכאן, שמידת האחריותיות עולה ככל שעולה חשיבותו של העניין הנדון. האינטרס הציבורי מחייב את ראובן בתפקידו הציבורי להפעיל שיקול דעתו לעניין זה, ולקבוע מה ידווח לציבור, באיזו קדימות ובאיזה אופן. החלטתו זו כמוה ככל החלטה מנהלית אחרת, וגם בצדה מונחת בפני הציבור האפשרות – שלא לומר החובה –

29 בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, מד (3), 353 בפסק דינו של השופט ברק.

לבוא נגד ראובן בביקורת על החלטתו לדווח או לא; מוקדם או מאוחר; באופן כזה או באופן אחר.

המונח *accountability* אין משמעו 'דיווח' או 'נשיאה באחריות' גרידא, אלא **האחריות הממוקדת לעניין מתן דין וחשבון**. לאחריות זו אופי של מילוי חובה כלפי הציבור מטעם מי שהוסמך לעשות כן בשמו, אך גם אופי מניעתי על משקל אמצעי נגד שימוש בסמכות שלטונית שלא לטובת הציבור. דוגמה אחת לעניין זה היא גישתו של בית המשפט לאחריותיות של נבחר הציבור באשר להסכמים הקואליציוניים הנחתמים על-ידם:

חובת הגילוי תצמצם עשיית הסכמים שהנפש היפה – גם זו הפוליטית – סולדת מהם, ותמנע העמדת תניות ותנאים שיש בהם משום שחיתות פוליטית, משום הליכה בדרך לא דרך הגורסת שהמטרה מקדשת את כל האמצעים, יהיו אשר יהיו מבחינת תרבותם הפוליטית, המוסרית והחברתית הנלוזה והקלוקלת. פרסומם של הסכמים פוליטיים יש בו כדי למנוע מהצדדים להסכם לעשות בסתר מה שהיו מתביישים לעשות בגלוי, לעיני העדה והציבור...³⁰

שני העקרונות גם יחד – השקיפות מזה והאחריותיות מזה – אין בלתם לקיומה של דמוקרטיה השתתפותית.³¹ העם-הריבון אכן מעורב בהליכי קבלת החלטות, משפיע בהעדפותיו על ההכרעות המדיניות והחברתיות ומקיים למעשה – ולא רק להלכה – את חירותו לקבוע את גורלו שלו.

העיקרון השלישי שעל רשויות השלטון לעמוד בו הוא **נשיאה באחריות ציבורית**. עיקרון בסיסי הוא שלכל מעשה והחלטה של הממשלה, לכל ביצוע או כוונה לביצוע, לכל אי-עשייה או כוונה לאי-עשייה יהיה אחראי בפני החוק ובפני הציבור.³² האחריות הפלילית, החוקתית והמנהלית בדרך-כלל

30 בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', מה (1) 749.

31 ראו סגל, 2000, הערה 28 לעיל, פסקה 305, עמ' 254-255.

32 ראו Peters, 2001, הערה 27 לעיל, עמ' 301: "Responsibility is [when]..."

bureaucracies have to follow their own internal compasses based on ethical standards and their training as part of the public service. In addition, civil servants must be obedient to the law, both to general laws about how to administer public policies and more specific laws defining their programs. The civil servants must then make some decisions of their own about the legality and the appropriateness of their behaviour."

ברורה ומוגדרת, אבל האחריות הציבורית לוטה בערפל. יש הרואים בה שייכת לתחום האתיקה; יש הכוללים אותה במגרשה של האסתטיקה הציבורית. כך או כך, בהיותו 'נאמן הציבור' נדרש הממשל לנורמות שלטוניות לפיהן בעל התפקיד נוטל תחת כנפיו אחריות לכל שנעשה או לא נעשה בנסגרת סמכותו. האחריות הציבורית של נושא משרה נגזרת מעצם הסמכויות הניתנות לו מכוח החוק, אך לא רק לשון החוק מגדירה את תחומה:

העדר כל חוק חרות בעניינים שונים איננו פוטר את האדם... מלתת את הדין מבחינה ציבורית על מעשיו או מחדליו המצביעים על חוסר יעילות מצדו, על העדר תשומת לב ראויה לתפקידיו, ועל מעשים שנעשו בפזיזות, ברשלנות, בחוסר תבונה ומתוך אי ראיית הנולד, כאשר על-פי כישוריו של האדם הממלא תפקיד מסוים והתכונות האישיות הנדרשות ממנו במילוי תפקידו היה עליו לראות את הנולד.³³

האחריות הציבורית של נושא המשרה יכולה להיות אישית ויכולה להיות מיניסטרטאלית.³⁴ האחריות האישית מחייבת את נושא התפקיד בכל מעשה או מחדל שהיה אמון עליהם ישירות או אישית. למשל, ההחלטה של נגיד בנק ישראל להעלות את הריבית תחייב אותו באחריות אישית לתוצאותיה של המדיניות מאחר שזו בסמכותו הבלעדית. אין מוסמך להחלטה זו למעט נגיד הבנק, ומכאן שהאחריות לה היא שלו, ושלו בלבד. מאידך, מחדל שעשה מנהל מחלקה תחת שרביטו של המפקח על הבנקים עשוי לחייב את נגיד הבנק באחריות מיניסטרטאלית, מאחר שהמחדל נעשה בסמכות זוטרה שהפיקוח של נגיד הבנק עליה נעשה בעקיפין. זו גם זו, האחריות האישית והאחריות המיניסטרטאלית,³⁵ אינן ברורות מאליהן, ולרוב פניהן חתומות.

33 **דוח ועדת החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בבירות – התשמ"ג**, ירושלים 1983, עמ' 76-77, ס. 80 (סייפא).

34 ראו לעניין האחריות הציבורית, גבולותיה ומקומה במדרג המשפטי הישראלי באי ארבל-גנץ, **האחריות הציבורית בוועדות חקירה – הגשר בין האתיקה והמשפט**, 2001.

35 ראו Peters, 2001, הערה 27 לעיל, עמ' 315: "In parliamentary regimes the conventions are typically that a minister is responsible to parliament for what occurs within his or her ministry. Thus, in principle, he or she is required to answer for the behaviour of the public servants within the ministry whether or not that public servant was following ministerial orders or simply exercising legitimate discretion." השוו גם הערה 34 לעיל.

במקומותינו לא נהוגה נורמה שלטונית שלפיה איש ציבור יישא באחריותו המיניסטריאלית, קל וחומר האישית.³⁶

רגולציה, ככל פעולה שלטונית אחרת, צריכה להיבחן לפי התכלית מזה והפרוצדורה מזה; בראשונה כמו באחרונה נדרשים להתקיים עקרון השקיפות, האחריות והנשיאה באחריות.

אך בעצם הווייתה – מהי תכליתה של הרגולציה המנהלית?

המחשבה הליברלית בבסיסה מבקשת לשמור על חופש הפרט. אין בכך כדי לפסול את קיומה של המדינה: מקומה של המדינה עולה מתוך המטרה לשמור על חירויות הפרט. דווקא האנרכיה, היעדר הסדרים חוקתיים כלשהם, היא המסכנת את מקומו של הפרט בחברה, משם שהיא מבטיחה כי רק החזק שורד. שאיפתו של הליברלים המודרני להבטיח מקסימום של חופש לפרט במינימום הגבלות הדרושות לשם קיומה של המדינה.

ואולם, עולה השאלה האם משנתו של הליברלים פסה ממקומותינו שעה שהחלה המדינה לקבל עליה את המשימות לתכנן, לייצר ולפקח על מעשים או התנהגויות של הפרט ושל החברה.

מלחמות, טכנולוגיה, כלכלה, גידול הילודה, מחלות ומגפות – כל אלה עשו את חייו של האזרח במדינתו מורכבים יותר ויותר. נדרשה ממנו מידה רבה של הגבלה עצמית כדי שלא לחדור לתחום זולתו; אלא שהפיקוח העצמי יהא על-פי רוב סובייקטיבי ויתמקד באינטרס הפרטי ולא בציבורי. יתרה מזאת, הגדרת האינטרס הציבורי היא עצמה משימה סבוכה ודורשת ריכוז הדעות בידי סמכות אחת, היא למעשה השלטון.

גיבוש המדיניות הציבורית על-ידי רשויות השלטון והגשמת המטרות שבבסיסה אינה עוד עניין של מה בכך. אוכלוסייה בת מאות מיליונים של אזרחים מחייבת שליטה באמצעות מערכת מיומנת של בעלי תפקידים המצוידים בסמכויות מתאימות לכך. הביטחון האישי והחשש מתוקף זר היוו את העילה הראשונה להתארגנותם של אנשים במסגרת מדינית, אבל המאה התשע-עשרה ובעיקר המאה העשרים יצקו תוכן חדש לעניין זה.

36 ראו לדוגמא ח' כהן, **המשפט**, ירושלים 1996, עמ' 347-348: "במובן הציבורי ובפני קהל הבוחרים לכנסת, הממשלה כולה אחראית לכל מעשה או מחדל באחד ממשרדיה... [אך] אצלנו אין זה מקובל ששר יתפטר או יפוטר מהממשלה בשל פגמים שנתגלו במשרדו – יהיו אשר יהיו; רק להלכה נושאת הממשלה באחריותה בפני נכנסת, ורק להלכה היא נותנת את הדין בפני קהל הבוחרים, כפי שבדמוקרטיה מתוקנת היא הייתה צריכה לתתו."

לא רק צבא פולש עשוי לסכן את חירותו של הפרט. גם שכן פלוני החומד את הרכוש, את האדמה ואולי את הממון של זולתו עלול לסכן את חירותו של אדם ואפילו פעילותו או אי-פעילותו של אותו פלוני נעדרת כוונת זדון, יש בה כדי לגזול מפרטיותו של אדם. אם תתפשט האש שהדליק אחד לחימום ביתו, היא עשויה לכלות גם את ביתו של האחר. נהיגה פרועה של זה יש בה כדי לפגוע באחר; אשפה שישליך הראשון תזהם גם את סביבתו של האחרון.

המדיניות הציבורית התפתחה מתחום של הרשאה לתחום של חיוב. בראשית דרכה עסקה הממשלה במתן רישיונות לפעילות פלמונית (עיסוק במקצוע; נקיטת מעשה) אבל בהמשך הרחיבה עיסוקה גם לחיוב במעשה (למידה בבית-ספר; בטיחות). זאת לצד מדיניות ציבורית 'ביצועית' שבמסגרתה הממשלה מייבאת סחורות ולא רק מאפשרת לפרט לייבא; היא מייצרת מוצרים ושירותים ולא רק מחייבת או מאפשרת לפרט לעשות כן.

תיקון כשלי השוק – ההצדקה הכלכלית לרגולציה

...We should consider the technical justifications for regulating that may be given by a government that is assumed to be acting in pursuit of the public interest. Many of the rationales for regulating can be described as instances of market failure. Regulation in such cases is argued to be justified because the uncontrolled market place will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest. In some sectors or circumstances there may also be market-absence – there may be no effective market – because, for example, households cannot buy clean air or peace and quiet in their localities.³⁷

37 ראו ב- Baldwin, R. and M. Cave, 1999, **Understanding Regulation**, p. 9
להרחבה ראו שם, עמ' 14: "One precondition for the efficient of fair allocation of resources in a market is equal bargaining power. If bargaining power is unequal, regulation may be justified in order to protect certain interests."
השוו גם ל- Oigus, A. I., 1994, **Regulation – Legal Form and Economic Theory**, ch.3, pp. 29-46
; השוו גם ל- Breyer, S., 1994, **Regulation and its reform**, ch.1, pp. 16-29
יש הרואים 'כשל-שוק' גם כמצב שבו המשפט הפרטי – באמצעות החוזים – אינו מספק הגנה לחלש אל מול החזק, משמע לפרט בבואו מול

ההצדקה להתערבות רגולטורית של המדינה נעוצה מימים בקיומם של כשלי שוק – המצבים שבהם כוחות השוק אינם מביאים לידי אופטימיזציה את פוטנציאל העבודה בחברה ואת פוטנציאל העסקה והייצור בחברה. אלה הם המצבים שהאיוון בין חירותו של החלש ובין יכולת השתלטותו של החזק הופר בהם. אם יש עודף של ביקוש על-פני היצע, יאמיר וילך מחירו של המוצר; אם השוק מציג עודף של היצע על פני הביקוש, ידעך וילך מחירו של המוצר.

התחרות החופשית מושתתת על התפיסה, שאם שני ספקים או יותר מספקים מוצר או שירות – ייהנה הלקוח ממחיר נמוך יחסית למחיר שהיה דורש ספק יחיד. הרצון של כל אחד מהספקים להיות זה המספק את המוצר יחייב אותו להציעו במחיר נמוך מהמחיר שיציע מתחרהו. המחיר המינימלי יהיה מחיר השווה למחיר העלות של הייצור ועוד רווח מסוים, לעתים אף ללא רווח כלל.

כך, אם ראובן מייצר מעיל בעלות של 50 ש"ח ושמעון מייצר את המעיל בעלות של 55 ש"ח, אזי המחיר המינימלי שיציע הראשון למכירה יהיה 50 + הרווח (לראובן) > 55 + הרווח (לשמעון).

התחרות בין הספקים היא שתביא אותם לנסות למכור את המוצר במחיר נמוך מזה של המתחרים, אך במקסימום רווח אפשרי – אם תנאים אלה – של מספר רב של ספקים ומספר רב של לקוחות – מופרים, ייווצר ניצול של האחד את השני. התחרות לא תהיה מאוזנת ותביא לידי השתלטות של החזק על החלש. המקרים האלה סותרים במהותם את יסודותיה של הדמוקרטיה. זו רוצה להבטיח את זכויותיהם של כלל אזרחיה, החזקים והחלשים כאחד. כאשר נמנעה המדינה מלהתערב בתיקון כשלי השוק מצאה החברה את עצמה מתמודדת עם קרבנותיה של התחרות החופשית; החזק מגן רק על עצמו ובד בבד מנצל את החלש ורומס אותו.

הפירמה. אם אין שוויון במעמד הצדדים לחוזה או אם דיני החוזים אינם מגנים כראוי על זכויות הטבעי של הפרט, אזי נוצר כשל-תחרות, וזה מצדיק את התערבותה של המדינה לצורך תיקונו. לדוגמה ראו ס' דויטש, **דיני הגנת הצרכן**, 2001, עמ' 48-49: "חופש החוזים מרכיב משני אלמנטים יסודיים: החופש לבחור את המתקשר השני והחופש לעצב את תוכן החוזה. החופש לעצב את תוכן החוזה אינו קיים ברוב העסקאות הצרכניות. בשל תנאים כלכליים וחברתיים הרי שברוב החוזים הצרכניים מצטמצם חופש הבחירה לחופש שלא להתקשר כלל, כיוון שאין לצרכן הבודד יכולת להשפיע על תוכן החוזה. תנאי העסקה מוכתבים על-ידי היצרנים והספקים ויכולתו של צרכן לשנות את תנאיה מצומצמים ביותר."

הדברים באו לידי ביטוי מסוף המאה התשע-עשרה ועד מחציתה של המאה העשרים (ובמדינות העולם השלישי עד ימינו אלה): הייתה עבודת; ילדים, זקנים וחולים הועסקו בשעות עבודה ארוכות, בלי אוכל ושתייה ובשכר כמעט אפסי; תוצר הלוואי של מפעלים יצרניים היה הרס סביבתי ואקולוגי בלתי-הפיך; ראינו מחלות ומוטציות שהתפתחו בשל שימוש בחומרי גלם רעילים. מצאנו פשיטות-רגל של עסקים קטנים עקב האימפריאליזם של העסקים הגדולים. ידענו גנבה וניצול רעיונות מהפכניים של פלוני על-ידי מאן-דבעי, מבלי שהממציא יזכה להכרה או לגמול.

כשל שוק אחד שלתיקונו נדרשת המדינה הוא **המונופול** – פירמה אחת היא השולטת הבלעדית בייצור מוצר או שירות, במכירתו ובאספקתו, ולמעשה מבטלת את תנאיה של התחרות. כל עוד יהיה ביקוש, יעלה בידיה של הפירמה לקבוע כל מחיר שתחפוץ בו.

מצב דומה יתרחש גם כאשר יחברו שתיים או יותר פירמות (קרטל) ויבחרו לקבוע בעת ובעונה אחת מחירים גבוהים מאלה שהיו נקבעים אילו היו ממשיכות ומתחרות ביניהן. התוצאה אז היא העדר תחרות וניצול מעמדו של הלקוח. הוא נפגע בעיקר אם המוצר או השירות חיוניים בעבורו לקיים את חייו הבסיסיים ביותר, קרי מזון בסיסי, בריאות, קורת גג וכו'.

כשל שוק שני הוא **א-סימטריה** במידע – העדר מידע שלם בידי הלקוחות ובידי היצרנים. הזכרנו קודם לכן את חשיבותו של המידע לקבלת החלטות. בהעדר מידע כזה עשויה ההחלטה שתתקבל להוביל לתוצאות או לתפוקות לא-רצויות במקרה הטוב, ולתוצאות הרסניות ומסוכנות במקרה הגרוע: צרכן המבקש לקנות תרופה מסוימת ואינו יודע כי יש לתרופה זו תחליף זול יותר, ירכוש את היקרה מהשתיים ויבזבז את כספו. אך אותו צרכן, אילו לא ידע מה מכילה התרופה שקנה ולאילו מחלות היא מיועדת לתת מזור, עשוי היה להזיק לעצמו בנטילתה. האינטרס של הצרכן הוא לדעת כל אשר קשור בקניית התרופה המסוימת – מה היא מכילה, לאילו מחלות היא מיועדת, למשך כמה זמן יהא השימוש בה אפקטיבי ולא-מזיק, אילו הן התרופות הדומות לה בהשפעתן, מה הן מכילות וכו'.

מאידיך גיסא היצרן שואף למכור את התרופה ולכן יבקש למנוע את המידע שמבקש ממנו הצרכן. אם יידע הצרכן שיש תרופות נוספות בשוק, אפשר שיעדיף לרכוש אותן. אם ימצא כי התרופה מכילה חומר שהוא רגיש לו, לא ירכוש אותה. כלומר, ניגוד האינטרסים בין הצרכן ליצרן ובין הלקוח

לספק, מביא להסתרת מידע מצדו של זה ולבזבוז המשאבים באיתור המידע מצדו של זה.

ההשפעות החיצוניות מייצור או מהפקה של מוצר או שירות הן כשל שוק שלישי. נניח שחברה פלמונית מספקת חיסון ייחודי למגפה כלשהי. כחלק מתהליך הייצור של החברה הוא הפקת חומר כימי שבו היא משתמשת בנסיוב. חומר כימי נוסף – תוצר הלוואי של הייצור – מושלך לאשפה. הצטברותו של חומר הלוואי דורשת את סילוקו מהמפעל אחת לשבוע, ואכן החברה מפנה את הפסולת פעם בשבוע לשטח פתוח המרוחק עשרות קילומטרים ממקום מושבה. אלא שפסולת זו מתרכבת באוויר הפתוח ויש לה השפעה שלילית על בריאותו ועל איכות חייו של מי שגר סמוך לאתר הסילוק. הוא עלול לשאוף מלוא ריאותיו מהחומר הרעיל ולפתח וירוסים רעילים. הווירוסים עשויים להתפשט ולעבור מאיש לרעהו, עד כדי מגפה. אם כן נשאל, האם לא נתנה הפירמה היצרנית דעתה לכך? אולי לא, אך סביר יותר להניח שכן. אם כך, מדוע אינה משליכה את הפסולת במקום מרוחק עוד יותר ממקום יישוב? התשובה היא שהעלות הכרוכה בכך גבוהה מדי בעבורה.

דוגמה אחרת בעניין זה מצביעה על השפעות חיצוניות חיוביות לייצור או לאספקה של שירות לצרכן. נניח כי משפחה עשירה מאוד מבקשת להבטיח את חווילתה מפני שודדים פוטנציאליים. לשם כך תרכוש את שירותיה של חברת אבטחה מכובדת, וזו תציב עשרים שומרים חמושים סביב מבצרה של המשפחה. השומרים יסתובבו ויתורו אחר פורצים וגנבים ויאירו בפנסיהם פינות נסתרות וקרנות רחוב חשוכות. אין כל ספק כי המשפחות הדרות בשכנות לחווילה המבוצרת יניחו גם הן את ראשיהן על מצעיהן בבטחה יתרה. ההשפעה של האבטחה בבית הסמוך מרתיעה את הפוחזים מלנסות מזלם גם במתחם הקרוב. אם כך מדוע לא ישתתפו הדיירים השכנים בעלויות האבטחה, שהרי גם הם יוצאים נשכרים ממנה?

כשל שוק רביעי ממקד את ההתבוננות ב**זכויות הקניין** של הפרט: פלוני בונה ביתו על גבעה שקטה, יבוא אלמוני וידרוש גם הוא להקים אחוזתו באותו מקום בדיוק. זה מכאן והאחר מכאן, ובעוד שניים אוחזין ומתווכחים על הזכות לנטוע משכנם במקום, שלישי עולה ומתחיל ביישור השטח לגידול ירקות. מי יזכה בנחלה? זה שתפס ראשון בקרקע? או שמא החזק מהשלושה? ונדמייך כי אנו יושבים בחדרנו בשעת לילה מאוחרת. השקט בחוץ מאפשר לנו להתרכז בנבכי רעיונותינו, ולפתע נצעק בקול "מצאנו": הנה עלתה במוחנו המצאה מהפכנית שתבטיח לנו עושר גדול. נמהר לספר על אודותיה לחבר

קרוב, והוא לא יסתיר מאתנו את התרגשותו. יחלפו רק ימים מספר ובעודנו מגייסים משקיעים שיירתמו לפיתוח הרעיון, ניתקל בכותרת גדולה בעיתון המבשרת על פיתוח ההמצאה המהפכנית, מעוטרת בתמונתו של החבר הטוב. האם אין בכך גנבה של הרעיון שהגיננו? כיצד נדע לתבוע את המגיע לנו? האם אכן אנו זכאים לתמורה כלשהי, ואם כן, מהי התמורה? כוחות השוק אינם יודעים בהכרח להסדיר את השמירה על זכויות הקניין, ובכך הם מביאים לידי בזבוז המשאבים על-ידי הפרט בעשותו הכול כדי להבטיח את הזכויות על קניינו.

עניינו של כשל השוק האחרון הוא **מוצרים ציבוריים** – מוצרים או שירותים שהשימוש בהם על-ידי אחד אינו מגביל את שימושיהם של האחרים ואף אינו גורע מהם. המוצרים האלה אינם ניתנים להגבלה או לחלוקה, לכן השוק אינו מייצר אותם. הוא יעשה זאת רק אם יוכל להרוויח מכך. נניח כי פלוני מעוניין בהקמתו של מגדלור על חוף הים כדי למכור את שירותיו לכלי השיט החולפים. יש לקוחות פוטנציאליים רבים למוצר, אבל פלוני יתקשה לגבות מהם את התשלום, מאחר שהאור המוטל מן המגדלור אינו ניתן להגבלה, קרי אינו ניתן לשימוש של אלמוני בלבד. ממילא יבחינו בו גם לקוחות אחרים. יתרה מכך, אם ישתמש כלי-שיט אחד באורו של המגדלור, לא יגרע הדבר מאום מכלי-שיט אחר. מדוע אפוא יסכים מי מהלקוחות הפוטנציאליים לשלם תמורת מוצר או שירות שיקבל גם אם לא ישלם? ייצור המוצרים הציבוריים כגון כבישים (שאינם כבישי אגרה), אוויר נקי, ביטחון ואיכות הסביבה אינו כדאי לזים פרטי, משום שהמוצרים מסופקים לכול בלי הגבלה. הוא לא יסלול כביש, אם אין תשואה בצד המעשה; ארגון לא ישמור על איכות הסביבה (פעולה הכרוכה בעלות כלשהי) אם אין בכך רווח כלכלי.

כשלי השוק מונעים מלמצות את פוטנציאל המשאבים בחברה ומביאים לידי ניצולם הלא-יעיל. אם אין סמכות על-תחרותית שאינה שחקן מן המניין (היצרנים והספקים מזה והלקוחות והצרכנים מזה), יימשך שיווי-משקל תחרותי ולא יביא למרב התועלות בחברה. התערבותה של הרגולציה המנהלית בתחרות כופה 'חוקי משחק' המגבילים את כוחם של השחקנים ומונעים מהם שליטה בלעדית בתחרות. במבט נורמטיבי, האינטרס הציבורי מחייב להשכין סדר ויציבות במגרש התחרות. אם לא יעשה כן, ישרדו במגרש רק 'השחקנים החזקים'. משום כך חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 קובע הגדרות להתאגדויות עסקיות אסורות ולשליטה אסורה בענף; חוק הפטנטים התשכ"ז-1967 מסדיר את תהליך הרישום להימצאות ולהסדרת

זכויות הקניין המתאימות; חוק רישוי עסקים (תחנות מעבר לפסולת) התשנ"ח-1998, מחייב עסקים לפנות פסולת ייצור לפי תקן; חוק סימון המחירים מחייב את הספקים ברשתות השיווק להטביע תו מחיר על כל יחידת מוצר כדי שידע הצרכן מחירו של מוצר; בכל אלה נדרשה הרגולציה כדי לתקן אחד או יותר מכשלי השוק וכדי לחייב את השחקנים להתחרות שיש בה הגבלות וכללים.

צדק חלוקתי³⁸ – הרגולציה החברתית

שמירתם של ערכים כגון צדק, מוסר, אושר, חירות ורווחה הוא ממד שאין בו יסוד למטרות כלכליות, אך יש בו כדי להצדיק את הרגולציה. ערכים אלה ניצבים בבסיסה של החברה הדמוקרטית, ובשם ולמענם הציבור בוחר במובילי המדיניות החברתית. שמירה על זכויות היסוד של הפרט המוקנות לו על-פי חוקה או חוק (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק יסוד: חופש העיסוק) מחייבת את רשויות השלטון לאסור על החברה ועל הפרט התנהגויות ומעשים שיש בהם משום פגיעה בזכויות או לדרוש התנהגות ומעשים החיוניים לקיומן של הזכויות האלה. כך הרשות המבצעת מחייבת את מי שברצונו להפגין ולבטא את דעתו (בשם חופש הביטוי או חופש ההתארגנות) לקבל היתר מבעוד מועד מהמשטרה. כך גם, הזכות לביטחון מצדיקה את הפגיעה בזכות הפרטיות, ואנו חווים זאת בכניסה לקניון או לקולנוע, עת איש האבטחה מפשפש בכליניו ובמיטלטלניו.

תקנות התעבורה מצמצמות את הזכות לנוע בחופשיות ובלא הגבלה; חיוב ברישיון לעסוק בעריכת-דין, ברפואה, בראיית-חשבון ובכיוצא בהם מגביל את הזכות לעסוק בכל אשר תאוה נפשנו:

Allocative efficiency attempts to maximize welfare but is not concerned with the distribution of that welfare among individuals or groups within society. Regulation may be used to redistribute wealth or to transfer resources to victims of misfortune.³⁹

38 המינוח באנגלית – Distributional Justice. ראו ניתוח רחב לגורמים הגורעים מהצדק החברתי בישראל והמחייבים 'צדק חלוקתי' של המדינה במי מאוטנר, 'צדק חלוקתי בישראל', בתוך מי מאוטנר (עורך), **צדק חלוקתי בישראל**, 2000, עמ' 30-48.

39 ראו Baldwin and Cave, הערה 37 לעיל, שם, עמ' 14.

המינהל הציבורי, בהסתמך על גישת 'האינטרס הציבורי', נדרש לשקף בהחלטותיו את הנורמטיביות החברתית אשר לחלוקת הצדק. הדברים אינם רשות או זכות, כי אם חובה חוקתית המוטלת על פקידי הציבור ומשמשת בסיס לשיקול הדעת שניתן להם מכוח המחוקק. תקנות למניעת עישון במקומות ציבוריים, תקנות לעניין שעות עבודה ומנוחה, פיקוח על שוויון הזדמנויות, תקנות אנטי-גזעניות, קידום מעמדה של האישה, הענקת תנאים מועדפים לנזקקים וכיוצא באלה אינם אלא פניה של הרגולציה-החברתית המכוונת לתקן את אי-הצדק ואת אי-העושר החברתי. ולא זו בלבד. יש מקומות שהרשויות מעמידות בהם בספק את הרציונליות בשיקול דעתו של הפרט ומחייבות אותו לציית לרציונליות המנהלית. ההצדקה הנורמטיבית לכך אינה נשענת על טעמים כלכליים אלא נועדה לשמור על 'האינטרס הציבורי'.

Distrust of individuals' rationality or wisdom may also underpin another rationale for regulation – paternalism. As a matter of policy society may decide to overrule individuals' preferences on some issues and regulate.⁴⁰

בקביעתן של הרשויות, כי חובה על נהגים ברכב לחגור עצמם בחגורת בטיחות בעת נהיגה, אין משום צדק חלוקתי אלא הבעת אי-אמון בחופש הבחירה הרציונלית של הנהג: אף-על-פי שהוא יודע את היתרונות שבחגירת חגורה, הוא בוחר לעתים שלא לחגור אותה. בהטלת החובה מחייבת הרשות את האזרח לציית לשיקול **דעתה** הרציונלי, במקום לשיקול דעתו הלא-רציונלי של הנהג.

לכאורה האזרח רשאי לטעון כלפי הרשות המנהלית כי אין בסמכותה – מן ההיבט הנורמטיבי – להתערב באחריותו לחייו-שלו; אם בוחר הוא להסתכן בנהיגה שאינה בטיחותית בעבור עצמו, רשאי הוא לעשות כן. בפועל, רשויות המינהל מחליפות את שיקול דעתו של הפרט בשיקול דעתן הן, את הרציונליות של הפרט ברציונליות שלהן ואת ניסיונו של הפרט בניסיון הן. הרגולציה החברתית אינה אפוא אלא פניה של הנורמטיביות החברתית, שעוצבו ויושמו במדיניות. אין היא מוסמכת לקבוע את מדרג הערכים החברתי, אך חזקה עליה שתציית לו ותשקף אותו בהחלטותיה. כך לא תבקש הרגולציה החברתית לצמצם את זכויותיו של החלש, אם החברה

40 ראו שם, שם.

גורסת כי ראוי לתמוך בו. המדיניות לא תהא חוקית, אם לא תחתור הרגולציה להרחיב את השוויון בין קבוצת ציבור הבאות לפנייה.⁴¹ מן ההיבט הנורמטיבי, על-אף ההבחנה הזאת, רגולציה יכולה להיות מעוגנת בכמה גורמים, בהם כלכליים וחברתיים כאחד. יתרה מזאת, הרגולטור נדרש לאזן בין משקלן של הנסיבות הכלכליות ובין משקלן של הנסיבות החברתיות:⁴²

There are... a number of well-recognized reasons commonly given for regulating. It should be stressed, however. That in any one sector or industry the case for regulating may well be based not on a single but on a combination of rationales.⁴³

ובמקום אחר:

Many existing regulatory programs rest upon not one but several different rationales. Thus, for example, one might favor regulation of workplace safety for several reasons. ... This is a spillover rationale. Or one might believe that the worker does not know enough about the risks or consequences of accidents, so that he will fail to insist upon adequate safety expenditures. This to argue that there is an informational defect in the market. Or one might feel that the worker is too poor or too weak to bargain for the safety he needs – that he

41 לדוגמה בעניין זה ראו בג"צ 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד יט (3) 365. ועדת הבחירות לכנסת השישית – הרשות הרגולטורית לענין אישור רשימות למועמדות לכנסת, רשות המוסמכת לפי חוק הבחירות לכנסת, התשכ"ט-1969 – פסלה את רשימת הסוציאליסטים בנימוק שהרשימה שוללת במצעה את קיומה ואת שלמותה של מדינת ישראל. הסוגיה הגיעה לדיון בביהמ"ש, מפני שיוזמי הרשימה טענו כי ועדת הבחירות חרגה מהסמכות המוקנית לה בחוק – לפסול רשימה רק מטעמים טכניים (המפורטים בחוק) ולא מטעמי אידאולוגיה. ביהמ"ש דחה את העתירה (שופטי הרוב – הנשיא אגרנט והשופט זוסמן; בדעת מיעוט השופט ח' כהן) בטענה כי הוועדה פירשה נכונה את תכלית סמכותה. לענייננו, ועדת הבחירות הרי היא רגולטור, והיא נתנה ביטוי לפי שיקול דעתה לערכים הבסיסיים של החברה שהסמיכה אותה. כאן נתנה ביטוח לערך של 'דמוקרטיה מתגוננת', דמוקרטיה המחויבת לשמור על עצמה מפני מי שקורא לחסלה. משמע, כל אקט מינהלי-רגולטורי צריך שבסיסו יהלום את פניה הנורמטיביים של החברה.

42 ראו להלן בפרק הדין במתחם הסמכות, שיקול הדעת והפרשנות בתפקידו של רגולטור.
43 ראו Baldwin and Cave (לעיל), עמ' 16.

has unequal bargaining power. Finally, one might claim that the workers are simply incapable of understanding their likely future feelings about accidents that hurt them. If regulation is an effort to give them what they 'really' want, a paternalistic rationale is at work. The importance of distinguishing rationales lies in the extent to which different rationales may suggest different remedies.⁴⁴

כאמור, לא זו בלבד שגורמים רבים עשויים להשפיע על שיקול דעתו של הרגולטור, אלא שהבאתם בחשבון היא מלאכת-מחשבת סובייקטיבית של הרגולטור. תפיסתו את שורש הבעיה והגדרתה בהתאם הם שיביאו לידי עיצוב הפתרונות האפשריים, ובהמשך – לבחירה ברגולציה המועדפת.⁴⁵

רגולציה והפרטה

תכליתו של הצדק החלוקתי היא להביא לידי מרב הרווחה לאזרח. 'צדקי' עצמו יכול להיות מטרה, אך מהבחינה החברתית נהוג לראות בו אמצעי לרווחתו של הפרט ודרך להשיג את רווחתה של החברה כולה. במחציתה השנייה של המאה העשרים נעה הדמוקרטיה המערבית בין שני אב-טיפוסים שונים של יחסי גומלין בין המדינה לחברה: 'מדינת רווחה' ו'מדיניות רווחה'. לפי התפיסה של 'מדינת רווחה', המדינה היא הבעלים של כלל שירותי הרווחה והיא גם יצרנית וספקית בלעדית של השירותים האלה; לפי התפיסה של 'מדיניות רווחה', המדינה אחראית לאספקתם של כלל שירותי הרווחה, ובמסגרת תפקידה זה היא מפקחת על כל היצרנים והספקים של שירותי הרווחה. ההבחנה בין שני טיפוסים המדינה מבדילה בדרך כלל בין משק 'מולאם' לבין משק 'מופרט' או תחרותי. המעבר מהראשון לאחרון משמעו העברת הבעלות על השירותים והמוצרים השונים לידי יצרנים וספקים פרטיים, ומכאן המונח 'הפרטה'.⁴⁶

44 ראו Breyer, הערה 37 לעיל, עמ' 34.

45 התפיסה האישית של נושא בתפקיד היא בסיס לשיקול דעתו. המסגרת (frame) שמבעדה הוא צופה אל המציאות מכתובה את הגדרותיו לסוגיות ואת אופן התייחסותו אליהן. ראו להלן בפרק הדן בשיקול דעתו של הרגולטור; וראו גם לדוגמה ב-Schon, D. and M. Rein, 1994, **Frame Reflection – Toward the Resolution of Intractable Policy Controversies.**

46 ראו לעניין טיפולוגיות של הפרטה ביי כ"ץ, **הפרטה בישראל ובעולם**, 1997. המחבר מצביע על אפיונים שונים ובהם בקרה, תשלום, אספקה, ייצור, ניהול, תקצוב, תקנות,

אלא שהעברת הבעלות מהסקטור הציבורי לסקטור הפרטי אינה בהכרח העברת האחריות לייצור או לאספקה של המוצר:

הממשל הוא שאמור לדאוג – בשם הפרט – שענייני הפרט לא ייפגעו כאשר, למשל, ניקיון הרחובות מתבצע בידי קבלנים פרטיים; או שמפרט ייצור הטנקים המיועדים לביטחון החברה יעמוד בתקנים המתאימים; או שהמסרים שמעבירה התקשורת האלקטרונית שמפעילים אותה גורמים פרטיים, ישודרו מתוך רגישות לכבודם של ציבורים שונים. לשם כך מפעיל הממשל לצד ההפרטה מנגנוני ויסות... בכל מקרה, כאשר נוצר הצורך, יכול הממשל כגוף היחיד שיש לו הסמכות הלגיטימית לאכוף אמצעי כפייה על הגופים האחרים במדינה, להתערב במעשיה של חברה פרטית. לפיכך לעולם תהיה ההפרטה, גם כשהיא מגובה באידיאולוגיה חברתית אוהדת, מצב או מדיניות על תנאי.⁴⁷

למעשה, העברה של בעלות על ייצור או על אספקה של שירות או מוצר מסוים מהמדינה לשחקן פרטי אינה יכולה להיעשות בפעולה חד-פעמית על משקל ייפוי-כוח לא-חוזר. גם כוחות השוק המקבלים למשמורתם את הבעלות על השירות או על המוצר החדש צריכים לפעול לפי חוקים או תקנות כדי להסדיר את מאבק הכוחות שביניהם. אחרת, באין דין ודיין, איש הישר בעיניו יעשה, וסוף-דבר כי הפרט הוא שייפגע מקיומה של התחרות. ההסדרה של תנאי הייצור והאספקה החדשים היא הרגולציה של הרשות המבצעת על כוחות השוק.

עם ביצוע ההפרטה ומיסוד תקנות רגולטוריות פועל השוק במתחם חדש, אבל מתחם זה אינו קבוע, קשיח או יציב. נהפוך הוא – נקל לצפות שינויים בתקנות, בהגבלים ובתנאי הוויסות שהרשות או המשרד הרגולטוריים מטילים על השחקנים. אפשר שהרגולציה תהדק את הפיקוח ואפשר שתשחרר ממנו. כך או כך ייעשה לפי הנסיבות הכלכליות, הביטחוניות, הטכנולוגיות, החברתיות, האקולוגיות והפוליטיות. שחרור הענף או הארגון מעולָה של הרגולציה ברמה זו או אחרת מכונה 'דה-רגולציה'. הממשל ממשיך ומסדיר את תנאי השוק, אך הוא עושה זאת על-ידי תקינת כללים מקלים,

בעלות. "ההפרטה מייצגת נסיגה – עיונית ומעשית כאחת – מנטייתו הטבעית של כל ממשל, דמוקרטי ולא דמוקרטי, להתערב בנעשה במשק." (בהקדמה מאת ג' דורון, שם, עמ' 11).

47 שם, עמ' 13.

משחררים.⁴⁸ למשל, אם בעבר היה אדם זקוק לאישור של רשויות הצבא כדי לצאת את גבולות המדינה, היום הוא אינו זקוק לו. הרשות הרגולטורית עשויה לשנות את כללי ההגבלה וההסדרה מבלי שתקל בהם. יש באפשרותה להחליף רישיון אחד במשנהו; הגבלה אחת באחרת; בכך היא משנה את מתחם הפעילות – קרי את תנאי ההסדרה – אך אינה מצמצמת בהם. שינוי שכזה מכונה 'רה-רגולציה' – רגולציה מחודשת או נרדפת.

במעבר משוק סוציאליסטי, שוק שהמדינה מלאימה, לשוק קפיטליסטי, שוק שיש בו פעילות תחרותית חופשית, תנקוט המדינה פעילות של הפרטה; בד-בבד תנהיג רגולציה. עם התנהלות השוק אפשר שישתנו התנאים ויחייבו רה-רגולציה או אף דה-רגולציה. כל שינוי לכיוון ההפוך, קרי, מדה-רגולציה לרגולציה ולהלאמה, מקדם את המדינה מכלכלת שוק לכלכלה סוציאליסטית.⁴⁹

ההצדקה הפוזיטיביסטית לרגולציה

התשובה לשאלה "מדוע הממשל צריך לבצע רגולציה" אחת היא – טובתו של הציבור. ההתערבות הממשלתית בדרך זו או אחרת של פיקוח, ויסות ותקינה, חייבת לעמוד במבחן האינטרס הציבורי. והאינטרס הציבורי מחייב, ולו גם משיקולי עלות, לשמור על בריאותו, חינוכו, ביטחונו, רווחתו והכנסתו של כל הנמנה עם שורותיה של החברה. אם לא תטפל החברה בחלשים, לא תשאיר בידיהם בררה אלא לעשות כל שביכולתם – כחוק ואף שלא כחוק – כדי לשרוד. בכך מנבאת החברה לעצמה עתיד קשה ועשיר בפשע, בהידרדרות הערכים, במוסר ירוד, בבזבוז משאבים יקרים ואולי אף בכיליון עצמי.

ואכן, קיומם של כשלי השוק מחד וגישת הרווחה מאידך מצביעים על הצמתים בהתנהלותם של החברה והמשק שבהם יש צורך בפוסק-על, מעין

48 את המונח 'שחרור' (relief) טבע המועמד לנשיאות ארה"ב, רונלד רייגן. לטענתו, "למינהל הציבורי הפדרלי אין כל בעיה. המינהל הציבורי הוא הבעיה." מסע הבחירות לנשיאות לווה בקריאה להקל את מידת מעורבותו של הסקטור הציבורי בחיי הפרט ובכלכלה האמריקנית על-ידי שחרור מעולו של זה. ראו Reagan, M. D., הערה 15 לעיל.

49 ראו לעניין ההגדרות כאמור ב- Button, K. and D. Swann, 1989, **The Age of Regulatory Reform**, pp. 11-12.

בורר המכריע מי לשבט ומי לחסד; מי ייתן למי, כמה, איך ומתי. השמירה על זכותם של הספקים הקטנים להתחרות; אספקה סימטרית של מידע ללקוחות וליצרנים; צמצום ההשפעות החיצוניות השליליות ותגמול ההשפעות החיצוניות החיוביות; ההגדרה והשמירה על זכויות הקניין; ייצור ואספקה או שמירה על שירותים ציבוריים – כל אלה אינם מתרחשים מעצם קיומה של התחרות החופשית. כמוהם גם החינוך, הבריאות, הביטחון והרווחה אינם תולדה של יש מאין. נהפוך הוא – הם נשחקים, נדחקים, נהרסים ומושחתים מכוח עצמתם של השחקנים הכלכליים בשוק.

המדיניות הרגולטורית, כמו כל מדיניות ציבורית אחרת, חייבת לדאוג לחירותו של הפרט ובד בבד לשמור על זכויותיה של החברה סביב לו. המאבק הציבורי על איוש כס השלטון הוא המאבק על סדר ההעדפות החברתי ועל הקצאת המשאבים הנלווים לו. תהא זהותו של השלטון אשר תהא, הוא מחויב להשכין סדר חברתי בין כלל הרבדים, הפרטים, הקבוצות, הדתות, העדות, האידאולוגיות והמקצועות הדרים בכפיפה אחת, זה לצדו של זה, תחת הריבונות החוקתית המשותפת לכולן. הסדרת היחסים הבין-חברתיים מוגבלת במשאבים שעומדים לרשותה, ולכן היא מיטיבה עם האחד ומרעה עם האחר. אחד יקבל הטבות במס או הקלות ברכישת דירה ואילו האחר יידרש לשלם תשלום גבוה יותר מאותו מס או בקניית אותה דירה. קביעת הפרמטרים לזכאותו של פלוני ליחס מועדף על פניו של פלמוני – בהסתמך על מצבו הפיזי, התעסוקתי, המשפחתי וכו' – היא תורת המדיניות הציבורית כולה על רגל אחת. כל עוד תהא התורה מבוססת על שיקולים של יטובת הציבור, תשכון בה חוקיות. דווקא השמירה על ערכי היסוד של הדמוקרטיה – שוויון, חירות וצדק – היא שמחייבת לא-פעם להעדיף פרט על פני אחר:

Equal treatment can and often does mean, especially in the welfare state, treatment by a differentiating rule which yields a greater residual equality between the subjects.⁵⁰

התשובה לשאלה "מדוע הממשל מבצע רגולציה, פנים רבות לה.

50 בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 11, דבריו של Prof. J. Stone. השופט ברק והציטוט מדבריו של Prof. J. Stone.

התאוריה הפלורליסטית וקבוצות אינטרס

על-פי התאוריה הפלורליסטית והדיון בה בקבוצות אינטרס,⁵¹ הרגולציה משקפת את התוצר של יחסי הגומלין בין קבוצות בחברה ובין אשיות השלטון. אם יושמה רגולציה, משמע קבוצת אינטרס הצליחה לנצל את כוחה היחסי אל מול רשות השלטון במקום ובזמן נתונים כדי לקדם את האינטרס שלה-עצמה. לפי גישה זו, הרגולציה אינה מצמצמת את כוחה של קבוצת האינטרס או פוגעת בו אלא מטילה עליו את ההגבלה הרעה-במיעוטה, שתשמש איזון מול לחץ של קבוצות אינטרס מתחרות. האינטרס הציבורי אינו בא לידי הגדרה או ביטוי כלשהו במאבקן של קבוצות האינטרס על הקצאת הערכים מטעם השלטון. השלטון חותר לייצב שיווי-משקל רק בין הקבוצות בעלות העניין בנושא פלמוני, ואילו הציבור שאינו מאוגד – אין ביכולתו להשפיע כלל על תהליכי העיצוב והיישום של המדיניות הציבורית. כיוון שכך, אין כל הכרח להביא את טיעוניו במכלול השיקולים הרגולטוריים:

Interest group theorists see regulatory developments as the products of relationships between different groups and between such groups and the state. Such theorists generally... not seeing regulatory behaviour as imbued with public-spiritedness but as a competition for power.⁵²

הגישה המוסדית

הגישה המוסדית⁵³ רואה ברגולציה תוצר של מערכת בין-מוסדית של רשויות

51 לגישת הקבוצות ברגולציה ראו לדוגמה Mitnick, B., 1980, **The Political Economy of Regulation**; Newman, O., 1980, **The Challenge of Corporatism**; Francis, J., 1993, **The Politics of Regulation**; Bernstein, H. M., 1955, **Regulating Business by Independent Commission**; Hancher, L. & M. Moran (eds.), 1989, **Capitalism, Culture and Regulation**.

52 ראו שם, עמ' 21.

53 לגישה המוסדית ראו לדוגמה Powell, W. and P. Di-Magio (eds.), 1991, **The New Institutionalism in Organizational Analysis**; Black, J., 1997, "New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis: Institutional Approaches to Regulatory Decision-Making" in **Law and Policy**, vol. 53; March, J. and J. Olsen, 1984, "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life" in **Am. Political Science Rev.**, vol. 78, p. 734; Levy, B. and P. T. Spiller, 1996, **Regulations, Institutions and Commitment**, Cambridge.

השלטון. היא מתמקדת ביחסי הגומלין שבין הרשויות, בחוקים, בתקנות ובהוראות המזוינות את יחסי הגומלין וכן בכל מוסד וארגון פנימה – לכלליו, תרבותו הארגונית ותוצרי המדיניות שלו. אין הכוונה שהמוסד השלטוני הוא הקובע את המדיניות אלא שהפרט, מקבל ההחלטות, תלוי בשיקול-דעתו במסגרת המוסדית בה הוא משרת ובמסגרת הבין-מוסדית אליה משתייך הארגון. כך, הרציונל בהחלטתו של הפרט הוא משתנה התלוי במבנה המוסדי, וההחלטה הרגולטורית משקפת את שיווי-המשקל של המערכת המוסדית כולה:

Institutionalist theorists centre on the notion that institutional structure and arrangements, as well as social processes, significantly shape regulation. ... Individual actors are seen by institutionalists as influenced by rules as well as organizational and social settings, rather than as pure rationale choice maximizers...⁵⁴

גישת האינטרס הפרטי

גישת האינטרס הפרטי⁵⁵ (הקלסית) מתמקדת בפרט המקבל את ההחלטה: הרגולציה בידי הרגולטור היא אמצעי להשיג את האינטרסים האישיים שלו ולקדם במקום לקדם את האינטרסים של המערכת, של הציבור ושל קבוצות לחץ שונות. עיצוב הרגולציה ויישומה ייטיבו עם האוכלוסייה או ירעו עמה לפי הרווח האישי שיפיק מכך הרגולטור.

מתוך גישה זו יש המגדירים כי הרגולטור אינו אלא 'שבוי' (captured) בידי הפירמות שעל הסדרתן הוא אמון. שאיפתו לקדם את האינטרס האישי

54 שם, עמ' 27. לגישה המוסדית רובד-משני; לפי רובד זה, מדיניות ציבורית של רגולציה משקפת את 'בעיית-הסוכן' – בעייתם של ביורוקרטים בכירים: הם נדרשים לאזן בין האינטרסים הפוליטיים של הממונים עליהם ובין האינטרסים של הציבור במסגרתו הפורמלית והבלתי-פורמלית של השלטון.

55 לגישת האינטרס הפרטי (private interest; public choice) ראו לדוגמה ב-, Oigus A., 1994, **Regulation – Legal Form and Economic Theory**; Dunleavy, P., 1991, **Democracy, Bureaucracy and Public Choice**; Wilson, J. Q., 1980, **The Politics of Regulation**; Niskanen, W. A., 1971, **Bureaucracy and Representative Government**, Chicago ולעניין תאוריית השבוי ראו Paltzman, S., 1976, "Towards a More General Theory of Regulation" in **Journal of Law and Economics**, vol. 19, p. 211.

שלו תגרום לו לשחרר לפתחן של הפירמות החזקות ולהשתמש בכוחן, ובעונה אחת גם לנצל את סמכותו הפורמלית. הרגולטור יבטא ברגולציה את מרב התועלת הרצויה **לפירמה** פלמונית או לענף אלמוני. דוגמה לכך היא שאיפתו של הרגולטור להפוך עם סיום תפקידו הציבורי שכיר במשרה בכירה באחת מהפירמות שהוא אמון עליהן בהווה. בכוונת מכוון ייטיב הרגולטור עם הפירמה או הפירמות על-מנת שאלה תשבנה לו כגמולו ותעסקנה אותו בבוא היום. לטענת החוקרים, אחת מן התופעות השכיחות המעידה על האינטרס האישי של הרגולטור היא 'הדלת-המסתובבת': עם סיום כהונתם הציבורית פונים רגולטורים-לשעבר לסקטור הפרטי. שם הם זוכים למשרות ניהול בכירות בפירמות שקודם לכן היו אחראים לפיקוח עליהן.⁵⁶

אחרים רואים ברגולטור שבוי דווקא בידי הפוליטיקאים הממנים אותו: להם הוא נדרש בנאמנותו הבלתי-פורמלית, והם מצפים ממנו לקדם בהחלטותיו את האינטרסים האלקטורליים שלהם.⁵⁷ כך או כך – אם הרגולטור משרת את האינטרס שלו-עצמו, את האינטרס של הפירמה או את האינטרס של הפוליטיקאי הממנה – הרגולציה אינה משקפת את האינטרס הציבורי, וזה אינו יוצא נשכר ממנה.⁵⁸ ראוי לציין, כי גישת האינטרס-הפרטי הקלסית רואה ברגולטור מקבל-החלטות אקטיבי ומי ששולט בפיקוח על הענף, ואילו אנשי גישת השבוי רואים ברגולטור מקבל-החלטות פסיבי ומי שהאינטרס הפרטי שלו עושה אותו נשלט בידי הנשלטים. אמנם תפקידו להסדיר את פעילותם, אבל יוצא שפעילותם היא המסדירה את פעילותו:

...Where there was a failure of competition, or the existence of monopoly, there would be monopoly profit which the legislature would give the regulator the power to dispose of. The regulated industry thus would have an incentive to

56 ראו ממצאים על רגולטורים שפנו לסקטור הפרטי בין בתום כהונתם בין במהלכה (לאחר התפטרות), ב- Eckert, R. D., 1981, "The Life Cycle of Regulatory Commissioners" in **Journal of Law and Economics**, vol. 24, pp. 113-120.

57 Spiler, P. T., 1990, "Politicians, Interest Groups and Regulators: A Multiple-Principals Agency Theory of Regulation, or Let Them be Bribed" in **Journal of Law and Economics**, vol. 33, pp. 65-101.

58 ראו לדוגמה רגולציה שהיטיבה עם חברות התעופה בארה"ב אבל שהציבור יצא נפסד Olson, C. V. and J. M. Trapani, 1981, "Who Has Benefited from Regulation of the Airline Industry?" in **Journal of Law and Economics**, vol. 24, pp. 75-93.

influence the regulator so as to benefit from a 'regulatory rent' and there would be a market for regulation.⁵⁹

הגישה האידאולוגית

הגישה האידאולוגית⁶⁰ לרגולציה גורסת כי מידת ההתערבות של רשויות השלטון בחיי הפרט והחברה אינה תוצר של מאבק בין קבוצות אינטרס או תוצרי האינטרס הפרטי של הבירוקרטים, אלא היא משקפת את התפיסה האידאולוגית-רעיונית של הרגולטור אשר ליחסי-הגומלין בין החברה ובין המדינה. כך מציינים כי הן בתקופת הנשיאות של רונלד רייגן בארה"ב והן בתקופת כהונתה של מרגרט תאצ'ר באנגליה, נקטו הרשויות במדיניות הקלה בהגבלות – דה-רגולציה – מכוח השקפת עולמם של המנהיגים. לא קבוצות האינטרס החברתיות, לא הפירמות העסקיות ולא רווחיהם האישיים של מי מהמדינאים הכתיבו את משטרי ההקלה, אלא האידאולוגיה הפנימית של המנהיג כי למדינה אסור להיות רכיב אינהרנטי מדי בחיי הפרט:

We are the most regulated society this nation has ever seen, and we are paying for it not only in the coin of the realm, but also in the greater loss of freedom than any of us realize. We have moved a great distance from the system that originated in this country, a system based on the ultimate in individual freedom consistent with an orderly society.⁶¹

59 ראו Paltzman (לעיל), עמ' 22.

60 לגישה האידאולוגית ראו לדוגמה ב- Harris, R. A. and S.M. Milks, 1996, **The Politics of Regulatory Change**; Hall, P. A., 1993, "Policy Paradigms, Social Learning and the State: The Case of Economic Policy-Making in Britain" in **Comparative Politics**, vol. 25.

61 בשנת 1975, כשהוא עדיין מושל, הציג רונלד רייגן את תפיסת עולמו בנוגע להתערבותו הרגולטורית של הממשל הפדרלי בארה"ב. גישתו זו יושמה עם היבחרו לנשיא ביישום מדיניות דה-רגולטורית. ראו Harris and Milks, הערה 60 לעיל, עמ' 12, ובעמ' 5: "At his inauguration in 1980 Ronald Reagan declared, 'Government is not the solution to our problems, government is the problem.' That single sentence succinctly captured the essence of what has come to be known as the Reagan revolution. ... nothing more clearly reflected this revolution in public policy than the vigor with which the president and many of his advisors set about deregulating the economy." האידאולוגיה לרגולציה ומדגימים במחקרם את המדיניות הדה-רגולטורית שאפיינה את תקופת הכהונה של רייגן בבית הלבן. ראו שם, פרקים 1-3.

כל אחת מגישות אלה לרגולציה אינה מתיימרת לתת מענה בלעדי לשאלה "מדוע מבצעים רגולציה?" אלא לספק נדבך לתשובה המלאה. זו, ככל הנראה, משובצת ברכיביהן של כלל הגישות, וברבדיה השונים יש מניעים שונים, שחקנים שונים, יחסי-גומלין דינמיים בין השחקנים ובין הרגולטור והשקפות-עולם דומיננטיות יותר ופחות. עם-זאת, ההבחנה בין התאוריות מאפשרת לחוקר ליטול איזו מהגישות ולנסות להסביר בעזרתה פן אחד של הסוגיה כולה.

2

רגולציה – הרקע ההיסטורי

ארצות-הברית⁶²

בשנת 1887 השתמשו בפעם הראשונה במונח 'רגולציה' כדי לבטא מדיניות אקטיבית של הממשל. אמנם הגבלות ופיקוח על פעילויות כלכליות קמו עוד קודם לכן, אך לא ראו בהן מדיניות מובדלת או מאופיינת בשונה מיתר פעולותיו של הממשל הפדרלי בארצות הברית.⁶³

כאשר מונתה הוועדה הרגולטורית להסדרי המסחר הבין-מדינתי (The Interstate Commerce Commission) הייתה בכך משום הצהרה של הממשל הפדרלי אשר לתהליך חדש של פיקוח שלטוני: לא עוד עשרות ומאות של פקידים ומקבלי החלטות מבוזרים בין משרדי ממשל מסועפים, אלא מקור סמכות אחד האמון על עיצוב המדיניות ועל יישומה בתחום מוגדר וממוקד. המטרה הייתה לאחד את כל הפונקציות השלטוניות שעשו עד אז במלאכה, כל אחת ממשרד-האם הפדרלי או של המדינה ומנקודת מבט שונה (תחבורה, אוצר, מסחר, פנים, משפטים, תכנון ותשתיות וכן הלאה) למרכז החלטה בר-סמכא שכל תפקידו יהיה לקבוע את 'תנאי המשחק' בענף הרכבות וההיסעים. בתהליך קבלת ההחלטות הישן השתתפו מקבלי ההחלטות בכל מדינה רלוונטית, מקבלי ההחלטות בממשל הפדרלי וממשקי התיאום והחיכוך שביניהם. בערוצי התקשורת של סוף המאה התשע-עשרה

62 בהמשך סקירה היסטורית לעניין התפתחותה של הרגולציה בארה"ב ובבריטניה. הבחירה בשתי המדינות האלה נעשתה משום שהן משמשות דוגמה להתפתחותה של תופעת הרגולציה במדיניות הציבורית המודרנית בייצגן את המדינות הדמוקרטיות המערביות בשתי היבשות הגדולות ובהיותן החלוצות בתחום הרגולציה. יתר המדינות באו בעקבותיהן. להרחבה בהתפתחות ההיסטורית: לרגולציה **בקנדה** (החל בשנות החמישים של המאה העשרים) ראו לדוגמה, Button, K. and D. Swann, 1989, עמ' 49-77; לרגולציה **באוסטרליה** (שהתפתחה במחצית המאה העשרים וצומצמה החל משנות השמונים ואילך) ראו לדוגמה **שם**, עמ' 104-123; לרגולציה **ביפן** (שהחלה בד-בבד עם הפרטה זוחלת משנת 1959) ראו לדוגמה **שם**, עמ' 124-138 וגם ב- Boyer, R. and Y. Saillrad, (eds.), 2002, **Regulation Theory – The State of the Art**, pp. 260-266; לרגולציה במדינות **סקנדינביה** ראו לדוגמה **שם**, עמ' 254-259; לרגולציה במדינות בעלות משטר סוציאליסטי **במזרח אירופה** ובדגש על **בריה"מ/רוסיה** ראו לדוגמה **שם**, עמ' 267-279; לרגולציה **באמריקה הלטינית** ראו לדוגמה **שם**, עמ' 280-287.

63 לעיון בהתפתחות הרגולציה בארה"ב ראו גם ב- Mckie, J.W., 1989, pp. 27-45 וגם ב- Reagan, M. D., 1987, pp. 14-18.

הייתה המלאכה כמעט בלתי-אפשרית, וההחלטות נתקבלו לאורך זמן רב למדי. הדבר הקשה על גיבוש המדיניות ועל יישומה מהלכה למעשה.

תמונת מצב זו לא הייתה ייחודית למגזר ההסעות והמסחר ברכבות, אלא שיקפה את הקשיים של השלטון בכל תחומי החיים. שירות הרכבות היה אמצעי כמעט בלעדי לניידות הן של הפרט הן של התעשייה ולכן הגדיר אותו הממשל הפדרלי 'שירות חיוני' מהמעלה הראשונה. הגדרה זו חייבה את השלטון למסד תהליך התערבות יעיל יותר, זמין ומרוכז. פיתוח הענף על-ידי מתן אדמות ליזמים בתמורה לפיתוח קווי הרכבת הביא עד מהרה לריבוי העושים במלאכה. נוסף על-כך, חציית הגבולות שבין המדינות והמחוזות חייבה הסדרה של הענף, כדי שלא יתגלע בזבוז משאבים, שכן בזבוז כזה מנוגד הן לאינטרס של הנוסעים הן לאינטרס של המסיעים.

בהמשך פיקחה הוועדה על האספקה והמסחר במוצרים חיוניים נוספים: חשמל, תקשורת טלפונית, מערכות הביוב והמים והפצת הגז. רק ב-1975 עבר הפיקוח אל 'הוועדה הפדרלית לאנרגיה' (The Federal Power Commission). תשע שנים אחר כך שינתה הוועדה את שמה ל'הוועדה הפדרלית הרגולטורית לאנרגיה' (The Federal Energy Regulatory Commission) והמשיכה לפקח על כל אותם מוצרים.

שנת 1927 הביאה עמה את הפיקוח על שידורי הרדיו, וב-1933 נוסדה "הוועדה הפדרלית לתקשורת" (The Federal Communication Commission). ועדה זו הסדירה את ערוצי השידור לכל אחד מהמשתמשים ברשת התדרים המוגבלת, כמו אולפני הטלוויזיה והרדיו ורשויות הצבא (לשידורי הרדיו ולמכשירי הקשר).

המפולת בבורסת המניות ב-1929 חייבה את הממשל הפדרלי וגם את המדינות עצמן לשנות את מדיניות הפיקוח על הבנקים. עד אז נהגו לספק ביטוח פיננסי לבנקים המסחריים (Federal Deposit Insurance Corporation) למען יזכו באמונו של הציבור המשקיע בהם את כספו. אלא שנפילת הבורסה והספקולציות באשר לניהול לא-הולם של הבנקים עצמם הביאו לידי הקמתה של (Securities and Exchange Commission – SEC). ועדה זו החלה לפקח על תעריפי המסחר של הבנקים, על ההסדרים לניהול החשבונות של הלקוחות, על תקנות של שקיפות בהשקעות של הבנק וכיוצא באלה. הוועדה ראתה לה למטרה ראשונה במעלה להחזיר את הלקוחות אל המערכת הבנקאית. לשם כך פרסמה את הכללים החדשים שקבעה ואת עצם סמכותה לפקח על הפעילות הפיננסית של הבנקים ולווסתה.

הוועדה הרגולטורית להסדרת חוקי הסחר ופיקוח על התחרות החופשית

(The Federal Trade Commission) נוסדה ב-1934 במטרה להבטיח שמידע יופץ ויפורסם פרסום נאות ואמין, כדי שהציבור ידע לכלכל נכונה את צעדיו בבואו לרכוש מוצרים מהיצרן.

הרגולציה על תובלה במשאיות החלה ב-1935 בסדרה של תקנות פדרליות (The Motor Carrier Act) במטרה למנוע היווצרות קרטלים השולטים שליטה לא-תחרותית בשוק ופוגעים בכך בענף כולו. חסמי הכניסה לענף לצד הפיקוח על המחירים שבדק את טיב המטען, את זמן המשלוח ואת אורכה של הנסיעה הצליחו לייצב את התחרות בין המובילים ה'קטנים' ליגדולים.

בשנת 1938 נוסדה 'המועצה לתעופה אזרחית' (The Civil Aeronautics Board). היא הוסמכה לקבוע את תנאי הכניסה לתחרות בענף ואת תחום התעריפים לנוסעים. ראשיתו של הפיקוח הייתה בתוך המדינות, אך עד מהרה נדרשה התערבותו של הממשל הפדרלי. חציית הגבולות בין מדינה למדינה התאפשרה בתחילה עקב הסדרים פנימיים ועצמאיים בין המדינות, אך עם התרחבות קווי התעופה והגידול בביקוש של הנוסעים לא נותר אלא לקבוע סטנדרטים אחידים לכל המתחרים. תחילה היה הענף פתוח לכול, אך מעתה היה נתון לפיקוח של הוועדה הפדרלית ולתמיכה מסבסדת מטעם הממשל. הפיקוח במתכונתו הכלכלית נמשך עד שנת 1978. אז החלה הוועדה בפעולות דה-רגולטוריות (Deregulation) כדי לפתוח את הענף לתחרות מוגברת.

כבר ב-1906 נתן הממשל הפדרלי דעתו לסוגיית הפיקוח על המזון והתרופות, אך רק בראשית שנות השבעים הוקם המשרד לפיקוח על מזון ותרופות (Food and Drug Administration). תחילה חייב את היצרנים לפרסם את תכולתו של המוצר, רכיביו השונים והמינון של כל רכיב ורכיב; בהמשך קבע שורה של איסורים על שימוש ברכיבים מסוימים. בד בבד פרסם המשרד רשימה של תרופות מוכרות ומורשות לשימוש, חומרים מסוכנים לאוכלוסיות שונות וכו', במטרה לתת תהודה רבתי למידע שהיצרנים בחרו לחשוף רק בשולי המוצר, אם בכלל, אבל הייתה בו חשיבות מן המדרגה הראשונה.

ב-1972 נוסדה 'הוועדה לבטיחות במוצרי הצריכה' (The Consumer Product Safety Commission). הוועדה הטילה הגבלי-בטיחות על יצרני הצעצועים, הרהיטים, הציוד המשרדי, מכשירי החשמל הביתיים ומוצרים אחרים. היא חיזקה את הזיקה שבין אחריות היצרן לבטיחותו של הלקוח. עד אז רק בית המשפט אמר את דברי הפרשנות שלו בעניין.

הוועדה לא הוסמכה לטפל ביצרני הרכב ובבטיחות בתחבורה, ולשם כך נוסד 'המשרד הלאומי לבטיחות בדרכים' (The National Highway Traffic Safety Administration). המשרד קבע סטנדרטים לבטיחות ברכב. היצרנים נדרשו לעמוד בתקן בטיחות של הגלגלים, המושבים וחגורות הנוסעים, העיצוב הפנימי של הרכב, מערכת הנעילה של הדלתות, המערכות המכניות ומערכות החשמל. בשנת 1977, לדוגמה, הורתה הוועדה להוריד מהכבישים כ-10 מיליון (!) כלי רכב מסיבות שונות. כיום הוועדה מחייבת את היצרנים לאבזר את הרכב בשתי כריות אוויר מלפנים ואף בוחנת את האפשרות (הטכנית) לחייב התקנתן גם במושבים האחוריים. מנגנון בטיחות כזה מייקר את הייצור בכאלף דולר לכל רכב.

בסוף שנות החמישים ובראשיתן של שנות השישים העלו כלכלנים בפעם הראשונה את סוגיית השמירה על איכות הסביבה. הם בחנו את ההשפעות החיצוניות של ייצור, מסחר, תחבורה וכיוצא באלה, וידעו לקבוע את העלויות הכלכליות של איכות סביבה ברמה מסוימת. אלא שמהמחצית השנייה של שנות השישים החלה התנועה הגדולה של 'ילדי הפרחים'. תנועות חברתיות לשמירה על הטבע, סוציולוגים, אקולוגים, ביולוגים וחוקרים רפואיים – כולם כאחד יצאו נגד ההשפעה של התעשייה על איכות הסביבה וטענו כי להרס הסביבתי אין 'פיצוי' כלכלי ולכן אין להסתפק ברגולציה כלכלית. הממשל הפדרלי נענה אט-אט לקריאות החברתיות והחל ליזום חקיקה בקונגרס כדי לשמור על הסביבה. עשרות חוקים יצאו תחת ידי המחוקקים בתוך שנים מעטות, עד אשר ב-1970 נוסדה הוועדה לשמירה על איכות הסביבה (The Environmental Protection Agency). זו הרחיבה את הפיקוח על התעשיינים החל במיקום המפעל, דרך תקן ייצור וכלה בתהליכי האריזה והשילוח.

זכויות האדם באו לפתחו של הממשל בראשית שנות השישים, בפעילותה של התנועה החברתית למען זכויות האדם. ב-1964 נוסדה 'הוועדה לשוויון הזדמנויות בעבודה' (The Equal Employment Opportunity Commission). היא קבעה תקנות לשמירה על זכויות העובד בעניין זה. במפתיע לא הורחבה סמכותה של הוועדה. כל תכליתה הייתה ועודנה לדאוג לשוויון הזדמנויות בעבודה, והיא נמנעת מלעסוק גם ביתר התחומים סביב זכויות העובד. באלה הפעילה הממשלה הפדרלית בארצות-הברית את סמכותה הרגולטורית מבלי שכוונה לשם כך ועדה עצמאית. תקנים להעסקת עובדים (בהם שעות העבודה, תנאי העבודה, שכר מינימום, ביטוח וכו') ותנאי הפרישה

והפנסיה נקבעו בחקיקה בבית הנבחרים, ואכיפתם נעשתה דרך בתי המשפט.⁶⁴

לסיכום, התפתחותה של הרגולציה בארצות-הברית לאורך השנים – בד בבד עם ההתפתחויות הטכנולוגיות, הכלכליות והדמוגרפיות – אינה רק בהיקף פועלה אלא גם באופי פועלה. מראשיתה ועד למחצית המאה העשרים ראו בה רגולציה כלכלית, רגולציה שנועדה לפתור את כשלי השוק כדי להשיג אופטימיזציה בניצול משאבי הייצור והעבודה בענפים השונים – תעשייה, מסחר או שירותים. החל בשנות החמישים התעוררה גם הרגולציה החברתית. מטרתה הייתה להגן על ערכים חברתיים ועל זכויות הפרט בתעסוקה, בצרכנות, בבטיחות ובאיכות הסביבה. באלה גם באלה המגמה היא לרכז בידי הרשויות הרגולטוריות סמכויות ביצוע ולכנס תחת פיקוחן שווקים וענפים מתפתחים והולכים. להוציא את תקופת ממשלו של הנשיא רונלד רייגן – רייגן אשר פעל לצמצום המעורבות של המדינה בחיי הפרט והחברה – התרחבה הרגולציה בארצות-הברית והעמיקה בכל תחומי החיים.

בריטניה

המדיניות הרגולטורית עוצבה ויושמה בפעם הראשונה בשנת 1844 בתקנה מטעם הממשלה (The Regulation of Railways Act). גם כאן, כפי שמצאנו בארצות-הברית, החל הממשל להסדיר את תחבורת הרכבות – עורק ראשי לתובלה מסחרית ולנסיעה פרטית ברחבי המדינה. אלא שמלבד הפן הכלכלי של הרגולציה, כגון שחברה המרוויחה יותר מעשרה אחוזים בשנה תשלם מסים גבוהים יותר ומחיר-גג לכרטיס נסיעה שהוא פונקציה של המרחק – קבעה הממשלה הבריטית גם סטנדרטים 'סוציאליים'. האחריות לבטיחותם של הנוסעים הוטלה על החברות המובילות והן נדרשו לעמוד בתקנים מפורטים.

יתרה מכך, בסעיף 6 לתקנה הרגולטורית חויבו החברות להקצות לפחות קרון אחד בכל יום להסעתם של בני המעמד הנמוך בממלכה, ולאפשר להם לעלות ולרדת בכל התחנות בדרך. כמו-כן נקבע כי ילדים מתחת לגיל שלוש לא ישלמו דמי-נסיעה.

64 גם החלטתה של ועדה רגולטורית כלשהי נתונה לביקורתו של בית המשפט בארה"ב. ראו לעניין זה בהרחבה בפרק 3 להלן.

אכיפתן של התקנות החדשות הוטל על 'פקחי הרכבות'. הם נבחרו מקרב המהנדסים ולא מבין העובדים לשעבר או בהווה בחברות הרכבות, למען לא יהיה ניגוד אינטרסים בין המפקחים למפוקחים.

חמישים שנה לאחר מכן, בהמשך לתקנה הרגולטורית הראשונה, מינתה הממשלה את הוועדה לתחבורה במסילות ובתעלות (The Railway and Canal Commission), כדי שתפקח על התרחבותן של ענף הרכבות ותמנע ממנו לתפוס את מקומה של התחבורה בתעלות המים. הוועדה לא אפשרה להעלות מחירים לנסיעה ברכבות בלי שתיתן קודם את אישורה וכן אסרה על מיזוג או התאגדות בין שתיים או יותר מחברות הרכבת. החשש של הממשל מפני 'קרטל רכבות' הנחה את הרגולטורים לנקוט צעדים תקנוניים נגד ענף אחד ולטובתו של הענף השני.

מלחמת העולם הראשונה טרפה את הקלפים והשיבה את הענף לימים הראשונים של התפתחות חסרת ודאות. חברות הרכבת נפגעו אנושות והתקשו לגייס משאבים לתיקון הנזקים. העלויות הקבועות הגבוהות ולצדן ההתפתחות המשגשגת והולכת בהסעה באוטובוסים ובמכוניות איימו שהתובלה על גבי מסילות הברזל תקרוס לחלוטין. הממשלה, באמצעותה של הוועדה הרגולטורית, נקראה לשחרר את הרסן ולאפשר לענף להחלים מפצעי המלחמה.

המדיניות החדשה צמצמה את השוק וחיבה את כלל החברות להתמזג לארבע קבוצות, בתקווה שבכוחות משותפים יעלה בידן לצאת מהמשבר הכלכלי.

יותר מעשור לאחר מלחמת העולם עדיין ניכרו בבריטניה אותות הקרבות והנזקים. ההתאוששות של הענף הישן (הרכבות) מחד וההתפתחות של התחבורה החדשה (אוטובוסים, מכוניות, תעופה) מאידך הביאו את הממשלה לקבוע סדרה של תקנות רגולטוריות. התקנות האלה עמדו בתוקפן עד לרבע האחרון של המאה העשרים.

התקנה לעניין התחבורה בכבישים בשנת 1930 (The Road Traffic Act) הציבה סטנדרטים של בטיחות באחריות המסיעים, הנפיקה רישיונות להסעה המסחרית והגבילה את תעריף הנסיעה המותר.

ב-1933 פורסמה 'התקנה לכבישים ולמסילות הברזל' (The Roads and Rails Act). התקנה קבעה חסמי כניסה לענף. בעשר השנים הבאות הוחלה גם על התחבורה בתעופה (1938) ועל התחבורה בתעלות מים פנים-ארציות (1940).

עם תום מלחמת העולם השנייה צעדה בריטניה אל הבחירות ואל ממשלת

ה'יעבודה' (Labor). ממשלה זו התחייבה לרפא במהרה את מכאוביה של המדינה. לפי האידאולוגיה החדשה, רק הלאמה של רוב התעשיות והשווקים במשק תאפשר לחזור בתוך זמן קצר לתפוקה מלאה ולהשיב לפסי הייצור והתעסוקה את מאות אלפי המובטלים.

בשנים 1945 עד 1950 הלאימו המחוקקים את כל ענפי התחבורה בים, ביבשה ובאוויר; את תעשיות הפחם; את הפלדה ואת תשתיות האנרגיה. תעשיות שלא הולאמו (לרוב תעשיות קטנות ומקומיות) נדרשו להעתיק מקומן לאזורים שהממשלה הקצתה לכך (The Town and Country Planning Act).

מאז ובמשך שלושה עשורים חלו שינויים מעטים בהיקף ההלאמה במשק. ממשלות הישמרנים (שנות החמישים) השיבו חלק מהתעשיות לידיים פרטיות (תחבורה, פלדה) וממשלות היעבודה (שנות השישים) הלאימו אותן מחדש. למרות זאת נשארו כמה מהעסקים, מהשווקים ומהתעשיות בידיים פרטיות, והמדינה הסדירה אותם בתקנות כלכליות (מחירים, חסמי סף, מונופולים). דוגמה לכך היא הפיקוח על שוק הטלוויזיה הפרטית מאז 1954 (The Television Act).

אך בשנות ההלאמה התפתחה והעמיקה הרגולציה גם בהיבט הסוציאלי. התייחסותו המגוננת של השלטון אל הצרכן, שהחלה כבר במאה התשע-עשרה התרחבה והלכה מאז שנות החמישים. התקנה בעניין אוכל ותרופות (The Food and Drug Act 1955) הייתה הראשונה בגל הסוציאלי החדש. הגדילה לעשות 'התקנה בעניין הגנת הצרכן' (The Consumer Protection Act 1961). היא הסמיכה את השר הרלוונטי לחייב יצרנים וספקים לפרסם מידע לציבור ובו תכולתם של המוצרים, הרכבם המדויק ומשקלם וכן אסרה על שיווק ומכירה של כל מוצר שיש חשש שישפיע על בריאותו של הציבור.

איכות השירות לציבור נעשתה גם היא תחום שהממשל פיקח עליו ומושא להסדרה מחודשת. רופאים, אופטיקאים, ארכיטקטים, רופאי-שיניים, עורכי דין – כל אלה נדרשו לעמוד בתקנים של שירות מקצועי לציבור. לא עוד שירות שכל בעל מקצוע קובע לבדו ולעצמו את שיטות העבודה המתאימות לו בו, אלא אחידות מקצועית.

התקנות לעניין השכירות והרכישה של שירותים ומוצרים (The Hire-Purchase Act 1938) ולעניין המסחר (The Trade Descriptions Act 1968) מהוות גם הן אספקלריה לתפיסתו של הממשל הבריטי את מקומו בחיי החברה והפרט. השמירה על זכויות הצרכן לצד הבטחת רווחיו של

הספק היו לליבת השילוב בין ההלאמה הכמעט-מלאה של המשק ובין הרגולציה הסוציאלית.

תוצרי הלוואי של הייצור התעשייתי – קרי ההשפעות החיצוניות שלו – זכו גם הם לרגולציה מאז שנת 1956, עם פרסומה של התקנה לאוויר נקי (The Clean Air Act). זו חייבה את המפעלים, אלה שבבעלותה של המדינה ואלה שבבעלות פרטית, לעמוד בתקנים של 'אוויר נקי'. לשם כך חויבו להשתמש במסננים, בחומרי-גלם רעילים פחות וכו'.

במבט רחב אפשר לומר כי הבעלות של הממשלה על אמצעי הייצור המרכזיים במדינה⁶⁵ נמשכה בבריטניה עד סוף שנות השבעים, ערב ממשלתה של מרגרט תאצ'ר. אז החלו נשמעים הקולות שעד מהרה היו לקונסנזוס כי צריך להפריט את התעשיות במשק ולתחום גבול בין הסקטור הפרטי (שלמעשה היה קיים רק בתעשיות היקטנות, המקומיות) ובין הסקטור הציבורי, כך שחלקו של הראשון יעלה על חלקו של האחרון. הוויכוח במערכת הפוליטית וגם בקרב הציבור עסק בשאלה היכן יהיה הגבול.

המדיניות התאצ'ריסטית החדשה החלה בהפרטתן של התעשיות והחברות הממשלתיות-לאומיות. חלק בלתי-נפרד מהתהליך של העברת הבעלות לידיים פרטיות היה הדרישה מהממשלה לפקח על ההסדרים המתגבשים של המסחר, הייצור, השיווק, המכירה וההעסקה. לאורך שלושה עשורים היו כל אלה תוצר של אידאולוגיה שלטונית, ומעתה נפתחו לשוק החופשי. כדי למנוע היווצרות אנרכיה הוכפף המנגנון האדמיניסטרטיבי שעסק בהפרטה ובהסדרה של המשק לסמכותו של 'הממונה על הרגולציה' (The Director General of Regulation). מכאן ואילך היה כל ענף נתון לרגולטור אחד.

בשנים 1979 עד 1987 הפריטה ממשלת תאצ'ר יותר משלושים חברות ממגוון רחב של ענפים – ייצור סוכר, ייצור ואספקה של כבלים וחיווט חשמלי, ייצור מסילות ברזל, רכבות, פלדה, כימיקלים, נפט, שידורי רדיו, גז, מכוניות,

65 הלאמה של כל אמצעי הייצור פירושה שהמדינה היא יצרן ולא רק מפקח-על. זו נקודת הקיצון של הרגולציה, שהרי בנקודה זו אין אחר – מלבד המדינה – הקובע את כללי המסחר בענף, את התעריפים, את שכר העבודה, את תקנות הבטיחות, את חווי העבודה, את מקום הייצור וכו'. התחרות אינה חופשית עוד, וכל שפועל ומתקיים אינו אלא בין זרוע אחת של המדינה לזרועה השנייה. התחרות בין חברת הסעות פלוניית לבין חברת הסעות פלמונית משוללת תכלית, אם שתיהן בבעלות אחת. ההלאמה בבסיסה, כמוה כמונופול מוחלט של המדינה.

ספנות, אוטובוסים, תעופה וחקלאות. לכל ענף ותעשייה שהופרטו מיסדה הממשלה ועדה רגולטורית לפיקוח על הסטנדרטיזציה בתחום:⁶⁶ הוועדה לפיקוח על ייצור ואספקה של הגז (OFGAS – Office of Gas), הוועדה לפיקוח על הטלוקומוניקציה (OFTEL – Office of Telecommunication) ואחרות.

הרגולציה בבריטניה התפתחה לאטה ממחצית המאה התשע-עשרה ועד מחצית המאה העשרים. עם תום מלחמת העולם, עת הלאימו הממשלות את רוב רובו של המשק, פיקח הממשל – להלכה ולמעשה – על פעילותו שלו, על הייצור שהיה בבעלותו, על המסחר שהיה בבעלותו ועל הבנקאות שהייתה בבעלותו. בשנים האלה התפתחה הרגולציה החברתית והביאה לידי עיגון הזכויות של הפרט בתעסוקה, בצרכנות ובבטיחות. בתקופה השלישית, עם כינון ממשלת תאציר, התפתחה הרגולציה במלוא עוזה, הן בהיקף הן ברפורמה המוסדית.⁶⁷ המונח 'תאציריזם' שאפיין את התקופה מתאר יותר מכול את הפרטות של המשק האנגלי ואת התרחבותה של הרגולציה הממשלית לא רק בהיקפן העצום אלא גם – ואולי בעיקר – בפרק הזמן הקצר יחסית שנדרש כדי להשלים את המהפכה במדיניות הציבורית.

רקע היסטורי – סיכום

אפיון הרגולציה כטיפוס (type) מובחן במדיניות ציבורית מחייב אותנו להתבונן על התופעה בכמה מישורים, בהם גם מן ההיבט ההיסטורי. הסקירה בשתי המדינות מצביעה על האירועים שהביאו להתפתחותה של הרגולציה כמדיניות, ויש בה כדי ללמד על תוקפו של הניתוח התאורטי שהצגנו קודם לכן. לאורך מאה וחמישים השנים מאז הולדתה של הרגולציה היא באה לתת מענה לשני אפיקים חסרים – הכלכלי והחברתי. התפתחותה הייתה פועל יוצא של השתכללות החיים, התקדמות הטכנולוגיה ומיסוד דפוסים ניהוליים וארגוניים מורכבים; ולמעשה, התקדמה הרגולציה והסתעפה ביחס ישר להסתעפות חייה של החברה. המסחר הנרחב, המקצועות החדשים, תנאי התעסוקה, היווצרותם של מעמדות חדשים וקבוצות חדשות בחברה – כל אלה הביאו את המדינה לידי התערבות פעילה ביותר ויותר תחומים שמשמעותם חדירה לתוך חייה של החברה ולביתו של הפרט.

66 על הגדרתו של המונח 'הפרטה' וכן על הקשר בין מדיניות ההפרטה ובין המדיניות הרגולטורית ראו בהרחבה בפרק 3 בהמשך.

67 ראו להלן, פרק 3.

עם זאת, ראוי להבחין בהבדלים היישומיים-מוסדיים של הרגולציה. המנגנון הרגולטורי בכל המדינות נועד למטרה אחת, אך כל מדינה מעצבת את המנגנון הרגולטורי שלה לשיטתה היא. כיצד מתבצעת הרגולציה? על כך בהמשך.

3 רגולציה – כיצד היא מתבצעת?

הגדרנו את המונח ועמדנו על הגישות השונות להצדקה המהותית לרגולציה מחד ועל ההסברים ליישומה בפועל מאידך; כמו-כן בחנו את התפתחותה של הרגולציה בארצות-הברית ובאנגליה מנקודת המבט ההיסטורית. אך כיצד המדיניות הרגולטורית נקבעת? מי הוא זה הקובע את הרגולציה? נבקש לבחון מהו האקטיביזם הרגולטורי ומהו המנגנון האופרטיבי המאפשר את יישומו.

במהותה, המדיניות הרגולטורית מוסתת פעילות או התנהגות כלשהי. ייקל עלינו להדגים זאת באמצעות צינור מים רחב המעביר כמות גדולה של מים. נניח כי במרחק קילומטרים אחדים מנקודת המוצא צריך להשקות שדה גידולים. ההשקיה מחייבת כמות מים קטנה בלבד. האם נציף את השדה ונטביע את היבולים? פתרון אפשרי הוא לחבר לצינור הראשי צינור צר יותר. פתרון שני הוא למקם ברז שיאפשר זרימת המים לפרקים. כך או כך, זרימת המים בצינור מנקודה כלשהי ואילך, תקטן ביחס לזרימת המים עד לנקודה זו. באיזו מהדרכים נבחר? התשובה תלויה בחסרונות, ביתרונות, בהשלכות ובעלויות של כל אחת מהן. הדרך הראשונה מבטיחה זליפה תמידית של מים. אין בה צורך במי שיפקח על הזרימה, אין חשש מכשל טכנולוגי, העלות נמוכה יחסית; הדרך השנייה מאפשרת שליטה על כמות המים הזורמת, מחייבת מי שיפעיל את מנגנון השליטה, מחייבת תחזוק של הברז עקב שחיקה צפויה בטכנולוגיה, עלותה גבוהה יחסית.

הרגולציה המנהלית פועלת כך.

נהגים בכלי הרכב מגיעים לצומת מכמה כיוונים, וכולם מעוניינים לחצות אותו במהרה ולהמשיך בדרכם. ואולם, אם יעברו בו כולם בעת ובעונה אחת, הסבירות לתאונה ולנפגעים גבוהה. הרמזור או התמרור בצומת הם שקובעים מי יעבור ומתי, הם המווסתים את הפעילות התחבורתית בזמן ובמקום נתונים. נשליך מצומת הכבישים לצומת החברתי: כמה אנשים וארגונים שונים ('הנהגים בכלי הרכב') מבקשים להשתמש במשאב כלשהו (לחצות את הצומת)? בזמן נתון. הרגולציה היא המנגנון המסדיר ומווסת את מימוש האינטרסים של כל אחד מהשחקנים ב'צומת' מסוים.

לדוגמה, ההחלטה מי ינהג בכלי הרכב הנוסעים בכבישים וחוצים את הצמתים תהא החלטה רגולטורית. האם כל אדם, בכל גיל, עם מגבלות או בלעדיהן יכול להיכנס לרכבו ולהפעילו? התשובה היא שאם אותו אדם

עושה זאת במגרש החניה הפרטי שלו, אזי אדון הוא לגורלו. אך בשעה שהוא מבקש להגיע אל בית פלמוני המרוחק מביתו, בעל כורחו הוא עשוי להיעשות אדון לגורלם של כל אלה השותפים לו בדרכו או חוצים אותה. כיוון שכך, המדינה מבקשת לבחון מי כשיר לנהוג, מי יודע לנהוג ומי שומר על חיי זולתו שעה שהוא נוהג. שיעורי הנהיגה, מבחן התאוריה, המבחן המעשי, שנת ההתניה ('נהג חדש') – תכליתם לפקח על הציבור המבקש לנהוג בכבישים. תקנות התעבורה הן המסדירות את התנועה בדרכים של כל מי שהמדינה מצאה אותם ראויים להשתמש בדרכיה.

מי יספק לאדוני או לגברתי את הדלק למכוניתם? באיזו עלות ובאיזו איכות? היכן תמוקמנה תחנות הדלק? כל אלה נתונים לוויסות ולפיקוח של המדינה. פירושה של השאלה "מי יספק" היא מה זהותם של הספקים שיתחרו ביניהם על האספקה. אם לא תהיה תחרות יציע הספק היחיד את מרכולתו במחיר גבוה מאוד. מאידך, בתחרות רחבה שאין סוף לספקים בה יירשמו הפסדים או תרד איכות המוצר.

השאלה "באיזו איכות" מכוונת למוצר שלא יכיל חומרים רעילים המסכנים את בריאותו או את בטיחותו של הציבור. השאלה "היכן תמוקמנה התחנות" עניינה בסוגיה מה הם המקומות שטובתו של הציבור לא תיפגע בהם. תחנת הדלק הממוקמת במרכזו של מושב שקט עשויה להפר את שלוות חיי התושבים. מאידך, תחנה הממוקמת בקצה דרך נידחת, כמוה כתחנה שאינה קיימת כלל. העניינים האלה מחייבים את התערבותה של המדינה כפוסק, בורר וגוזר, שמא האנרכיה תחת כוחות השוק תגבה קרבנות כלכליים, קרבנות ארגוניים וקרבנות חיים.

הממשלה מתקינה תקנות הקובעות סף של מחירים לצרכן, איכות מוצר נדרשת, חומרים שמתר להשתמש בהם בתנאים מסוימים ומקומות המותרים למסחר במוצר כלשהו. בכך היא מווסתת לא רק את פעילותם הכלכלית של הספקים והצרכנים, אלא גם את מידת הסיכון שייטול עליו הציבור בבואו לסחור במוצר.

יש דרכים רבות ומגוונות לווסת את הפעילות הכלכלית, הפרטית והארגונית ולפקח עליה במטרה לתת מענה לכשלי השוק. אין בהן אחידות ואין בהן משום מוסכמה ש"כך צריך לעשות במקרה מסוים." נקל לומר בעניינה של הרגולציה שכל מקרה לגופו. אף-על-פי-כן אפשר להצביע על הדרכים העומדות לפני מקבלי ההחלטות.

אם הממשלה מבקשת להגביל את כוחו של **מונופול** קיים, היא תקבע מחירי מקסימום למוצר, תטיל מס גבוה על המכירה, תטיל הגבלה על

התשוואה, תחייב למכור לכלל האוכלוסייה (גם לקבוצות שאין בהן כדאיות כלכלית), תסבסד את המכירה לצרכן ותעניק תמריצים למשקיעים חדשים להיכנס לענף ולהתחרות במונופול – כל אלה משמעם הגבלת השליטה של המונופול על הענף והדמיית תנאי תחרות בכפייה.⁶⁸

דוגמה לכך היא קואופרטיב 'אגד'. הקואופרטיב נתון לפיקוחה של הממשלה בקביעת מחירי הנסיעה; הוא מחויב לקווי נסיעה לכלל האזורים בארץ, גם לאלה שאינם מבטיחים נוסעים רבים; והתשלום של הנוסע בו מסובסד. כך מבטיחה הממשלה את רווחת הנוסעים מחד (מוצר איכותי במחיר לא גבוה יחסית) ומאפשרת ליצרן להמשיך לספק את המוצר ולצבור מכך רווחים.

הממשלה מפקחת על **ההשפעות החיצוניות** של ייצור המוצר: היא קובעת תקנים מחייבים ודאגת לתשלום פיצוי לנפגעים. זיהום הסביבה בעשן או בשפכים ייעשה רק ברמה המותרת ובמקומות המורשים לכך. ארובה של בית-אוכל פלמוני תתנשא מעל הבית הגבוה ביותר השוכן בקרבתה ברדיוס כלשהו. כך מובטח כי הריח והעשן העולים מצליית הבשר במסעדה הקרובה לא יחדור בהכרח לסלון דירתה של גברת הגרה בסמוך. כמו-כן יידרש בעל מסעדה להתקין מסננים העומדים בתקן קבוע כדי להקטין את רמת הזיהום באוויר. זאת ועוד, המסים על בעל המסעדה יהיו בשיעור שיאפשר לרשויות לפצות את הנפגעים מזיהום האוויר.

למפעלים יצרניים קובעת הממשלה רמה מותרת לזיהום הסביבה. כל חריגה מהרמה המותרת יש בה כדי לחייב לשלם קנס או אף לסגור את המפעל. השפכים יופנו – באחריותו של היצרן – למקומות שהרשות קבעה כי הם מיועדים לכך (נחל, מזבלה וכו').

לצורך פיקוח על **אי-הסימטריה במידע** מתקנת הממשלה תקנות המחייבות את היצרנים לפרסם על כל מוצר ומוצר את תכולתו ואת מחירו.⁶⁹ נוסף על כך הרשות יכולה לפרסם או לספק בעצמה את המידע הרלוונטי

68 ראו חוק ההגבלים העסקיים, 1959, שם נקבע כי 'הממונה על ההגבלים העסקיים' הוא האמון על הרשאתם של המונופולים ועל ויסות כוחם. החוק מעניק לממונה סמכויות רבות לאכיפה, ובהן הסמכות לערוך חיפוש, להחרים מסמכים, לחקור וכיוצא באלו. על החלטותיו של הממונה על ההגבלים אפשר לערער לבית הדין להגבלים עסקיים שבבית המשפט המחוזי.

69 כך למשל הסדירה הכנסת את פרסום המחיר על גבי כל מוצר לגופו, את החיוב לפרסם את הסכנות הכרוכות בשימוש במוצר כגון סיגריות ואף את חובתן של רשויות הציבור להנפיק לציבור את המידע שהוא מבקש (חוק-יסוד: חופש המידע).

לדעתה לציבור הצרכנים. לעתים קרובות רכישת המידע מוטלת על הציבור לא פחות משפרסומו מוטל על היצרן. דוגמה לכך היא החובה המוטלת על הציבור לדעת את החוק. אי הידיעה של החוק אינה פוטרת מקיומו, משמע – אל לו לאלמוני לסור ממסגרת החוק בטענה "לא ידעתי" או "לא ידעו אותי".

השמירה על **זכויות הקניין** נתונה גם היא לפיקוח מתמיד של הרשות השלטונית. כך למשל אדם שהמציא פטנט ימהר וירשום אותו במוסד השלטוני המתאים, ובכך יבטיח שלא ישתמש בפטנט כל גורם אחר בלי רשותו.⁷⁰ בהוצאת ספר יצוין בבירור מהו השימוש המותר לקונה עם רכישתו את הספר. הרשות מחייבת את הוצאת הספרים לפרסם את כל פרטי המחבר וההוצאה, לבל יטעה מישהו לחשוב כי הוא הבעלים על הספר.

את **המוצרים הציבוריים** ייצר או יסבסד על פי רוב הממשל. סלילת הכבישים, נטיעת העצים, מים, ביטחון – כל אלה יסופקו לציבור רק בפיקוח של הממשלה, במטרה למנוע את השתלטותו של מי שיבקש להרוויח מייצורם. הבעלות הפרטית על המוצר הציבורי בהכרח תכרוך את אספקתו בתשלום, ומכאן שתשלול מהציבור את השימוש הציבורי, שימוש שאין בו הגבלה, אין בו מניעה, אין בו תשלום ואין בו אפליה.

את השימוש בתדרי רדיו וטלוויזיה – מוצרים ציבוריים – מווסת משרד התקשורת.⁷¹ הזיכיון לספקים ניתן במשורה וקובע אמות מידה בכל הקשור בשידור, בתכנים, בעלויות, באספקה לאוכלוסייה וכו'. כך גם ניצול שמי המדינה – מוצר ציבורי כמובן – לקווי התעופה האזרחית ייעשה רק באישור וברישיון מתאים מטעם משרד התחבורה.

חשוב לחזור ולציין כי לא האספקה הציבורית של מוצר פלמוני היא שמגדירה אותו 'מוצר ציבורי', אלא 'אופיו הציבורי' מגדירו כך. משום כך גם חברות האבטחה הפרטיות מחויבות בתקנים של המשרד לביטחון פנים בהעסקה, בתעריפים ובנהלים. ביטחון, גם אם חברות כלכליות שעניינן רווח מספקות אותו, בכל זאת הוא מוצר ציבורי.

אלא שלא רק כשלי שוק, כפי שכבר ציינו, משמשים גורם למדיניות רגולטורית של הממשלה.

שיווק תרופות, לדוגמה, נעשה רק ברישיון מתאים מטעם משרד הבריאות. גידול חיות מחמד נעשה בהתאם לדרישות של משרד הבריאות (מספר, רישוי).

70 ראו לדוגמה בחוק הפטנטים, התשכ"ז-1968.

71 על רגולציית התדרים אמון אגף הספקטרום שבמשרד התקשורת.

העיסוק במקצועות עריכת-דין, ראיית-חשבון, רפואה, פסיכולוגיה אפשרי רק אם עומדים בתקנים מחייבים של הרשות השלטונית ומקבלים רישיון מתאים. אלה הם נשואי 'הרגולציה הסוציאלית' (בשונה מנשואי 'הרגולציה הכלכלית', כאמור למעלה בעניין כשלי השוק). הרגולציה הסוציאלית מסדירה את התחומים שמעניינה של החברה להסדירם למען תובטח רווחתה. לא כשל השוק מחייב להסמיך עורך-דין רק לאחר שהשכיל ולמד, שהרי השוק יכול היה 'לסבול' עורך-דין שלמד את רזי המקצוע בכוחות עצמו ('אוטודידקט'), אם היה ממלא את תפקידו באפקטיביות וביעילות בציות לתנאי השוק. האינטרס של החברה הוא שמחייב את ההסמכה והבחינה הפורמלית כדי שתהא סטנדרטיזציה פורמלית לעניין העיסוק בעריכת-דין. לא כל מאן-דהוא יכול לייצג את האינטרסים של שולחיו רק מאחר שהוא עצמו טוען ליכולתו לעשות כן. הנזק שעלול להיגרם אם הלה ייכשל בתפקידו עשוי לחייב עשרות מונים – בסופה של דרך – את משאביה של החברה. רבים עשויים להיפגע מייצוג משפטי לא מלומד או לא מקצועי דיו בהעדר כל רשות מפקחת, מבקרת ובוחנת. הרגולציה מבקשת להסדיר את התנאים לעיסוק במקצוע, משמע, לקבוע סף שממנו תחל התחרות בשוק עריכת הדין. חשוב שהציבור ידע כי המתחרים בשוק זה עמדו בהצלחה בבחינת הסף. האבחנה בין הרגולציה 'הכלכלית' לבין אחותה 'הסוציאלית' אינה אלא תולדה של מאבקים חברתיים רבים בארה"ב ובאירופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, ובעיקר מאז שנות השישים והשבעים.⁷² כיום קשה להבחין בין השתיים, מאחר שגם הפעילויות שבראשיתן ראו בהן פעולות 'סוציאליות', לדוגמה – רישוי בעלי-חיים, תרופות, מזון וכד', היום רואים בהן 'כלכליות' – יצירי כפיהם של כשלי השוק. ההבחנה הייתה נשכחת זה מכבר אילולא הביאה בצדה מנגנונים מוסדיים שונים לעיצובה וליישומה של כל אחת מהן.

הרגולציה – פנים רבות לה. ברצותה, היא עוטה על פניה חסמים לכניסה או ליציאה מענף כלשהו; לעתים היא מגדירה מה הם כללי ההתמודדות בתחרות; פעמים אחרות היא עוסקת במבנה השוק התחרותי למוסדותיו וארגונו השונים; לא אחת היא עומדת על הגדרת הסמכות לשלוט בענף; יש שהיא פונה להגביל את המחירים, השכר ותנאי העבודה; וניכרת נוכחותה גם סביב איכות המוצר והשירות או הבטיחות בייצור עצמו.

72 ראו פרק 2 לעיל.

אם נבקש לאפיין את דרך הוויסות, הפיקוח והשליטה של הממשל על כלל הפעילויות שהזכרנו ודומיהן, נבחין בין פעילות 'מרשה' ובין פעילות 'מחייבת'.⁷³ הראשונה מספקת לפרט או לקבוצה את ההיתר לעסוק בפעילות כלשהי, ואילו השנייה מורה לו לעשות פעילות מסוימת. האקטים המרשים אינם בהכרח נחלתו של כל אדם. אלה יחייבו מפגש בין הפרט ובין הממשל רק אם פלוני חפץ לעשות מעשה שדורש קבלת רשות. לעומתם, האקטים המחייבים ימצאו מושבם בכל מקום שעשה פלוני פעולה שבחובה. האקט המרשה יתיר לפלוני לנהוג את רכבו, אם הוא מעוניין בכך (לאחר שיעמוד בדרישות המתאימות), ואילו האקט המחייב ידרוש ממנו לשמור על השקט בדירתו לאחר הצות.

מי שעוסק בפעילות כלכלית כלשהי במסגרת השוק החופשי נזקק לאקטים המרשים. הם מאפשרים לו להתחרות רק לאחר שיעמוד, כיתר השחקנים, בתקנים שנקבעו לענף מראש. האקטים המחייבים הם נחלתו של כל מי שמבקש להימנות עם החברה בכללותה. הם מחייבים אותו לשמור על זכויותיהם של האחרים ובה בעת הם שומרים על זכויותיו שלו.

מי מעצב ומיישם את הרגולציה – מבט מוסדי

בכל אחת מהמדינות הדמוקרטיות המערביות נבחין במדיניות רגולטורית העוסקת ברישוי עסקים, במיסוי דיפרנציאלי, בסבסוד, בקנסות, תקנים, תקנות וכיוצא באלה; אלא שתהליך העיצוב של הרגולציה, תהליך קבלת ההחלטות של המוסד השלטוני הרלוונטי, שונה ממדינה אחת לרעותה. רוצה לומר: אפיונו של הרגולטור שונה ממדינה למדינה.

רגולטור – מיהו?

בהגדרתנו רגולציה אין כל אבחנה באשר לזהותה של 'הסמכות השלטונית', ומן הסתם היא מקיפה את כלל ההיבטים הארגוניים כגון מוסדות, בעלי תפקידים, מקורות סמכות וכיוצא באלה. כלומר, באנו לצמצם ויצאנו מרחיבים. על משקל מחוקק העוסק בחקיקה; שופט העוסק בשפיטה; ומבקר העוסק בביקורת; אזי רגולטור יהא זה העוסק ברגולציה. נבחין את הרגולטור

73 ראו ה' קלינגהופר, הערה 17 לעיל, עמ' 112. האקטים המחייבים יכולים להיות על משקל צווי 'עשה' או על משקל צווי 'אל תעשה'.

כ"רשות, ועדה, מועצה או יחיד, שתפקידם עיצוב וביצוע רגולציה [כהגדרתה לעיל] ואין בידם סמכות זולת הסמכויות העומדות להם לביצוע הרגולציה.⁷⁴

שר בממשלה מוסמך להתקין תקנות, שמגבילות ו/או מסדירות התנהגות או פעילות של פרט או של ארגון. שר הביטחון, לדוגמה, מוסמך לקבוע תקנות לעניין דרישות הגיוס לצבא; שר התחבורה קובע תקנות תעבורה; שר העבודה והרווחה מתקין תקנות לעניין בטיחות בעבודה; ושר המסחר והתעשייה קובע תקנות לעניין מכס ויבוא. ולא רק שרים מחזיקים סמכויות רגולציה בידם: נגיד הבנק המרכזי מוסמך לקבוע שערי ריבית למסחר הבנקאי; היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לקבוע כללים להגשת כתב אישום; ראשי רשויות מקומיות רשאים להתקין תקנות בשטח הרשות המוניציפלית. במסגרת סמכותם קובעים אלה כללים ותקנות המגבילים את חירותו של הפרט. לשיטתנו, אמנם יש בידיהם סמכויות רגולטוריות אך אין לראות בהם רגולטורים; רגולציה היא רק אחת מהאפשרויות העומדות בפניהם לטיפול בעניין שבסמכותם. יש להבחין אותם מזה, שכל תפקידו מוגדר לשם עשיית רגולציה. בעבורו קבעה המדינה, כי דרך הטיפול בעניין פלמוני תהא באמצעות רגולציה; לשם כך יש מי שאמון על הרגולציה לאותו עניין. המפקח על הבנקים ממונה על הסדרת פעילותם וויסות כוחם של הבנקים; הממונה על הביטוח וההון אמון על הסדרת תחום הביטוח, פעילותן של חברות הביטוח, רישוי והסמכה של סוכני ביטוח פיקוח ואישור תכניות ביטוח; הממונה על ההגבלים העסקיים אמון על הבטחת התחרות ומניעת התאגדותם של ארגונים לקרטל ו/או התפתחותם למונופול השולטים באופן בלעדי בענף מסחרי אלמוני. לכל אחד מאלה – המפקח על הבנקים, הממונה על הביטוח וההון, והממונה על ההגבלים העסקיים – אמנם סמכויות רבות בהן אף עיכוב אדם והחרמת רכוש, אך אלה אינן נתונות להם אלא לשם הרגולציה ואכיפתה.

74 הגדרה זו אינה נמצאת בספרות הבין-לאומית, מאחר ששם – כפי שמוסבר להלן בפרק הדין באפיון המוסדות הרגולטוריים בארה"ב ובאנגליה – הדין ברגולציה מובחן מדיון במדיניות ציבורית בכללותה. רגולטורים (Regulators) מובחנים מעצם הגדרת תפקידם: הם עומדים בראש יחידות רגולטוריות שונות, על אפיון המוסדי. את ההגדרה כאן הצענו על-בסיס ההגדרה לרגולציה לעיל, הערה 16 והכתוב הנלווה לה. ראו לדוגמה ב-Sparrow, M. K., 2000, **The Regulatory Craft**, שם עוסק המחבר בפרקטיקה הניהולית של הרגולטור אך אינו עומד על ההגדרה מיהו הרגולטור, ייתכן כי לאור המבנה המוסדי בארה"ב הוא אינו רואה בכך כל צורך – הרגולציה מעוצבת ומיושמת ברשויות רגולטוריות מובחנות וזהותן אינה נעלמת.

רגולטור בארצות הברית

בארצות-הברית נתונה הסמכות לתכנן, לעצב וליישם את המדיניות הרגולטורית הכלכלית בידי ועדות עצמאיות (Independent Regulatory Commissions – IRC) או מעין-עצמאיות (Quasi-Independent).⁷⁵ הסיבה לכך היסטורית בעיקרה: הוועדה הראשונה להסדרת מחירי התובלה ברכבות נוסדה בשנת 1887, במטרה לאגד את כל הסמכויות הפדרליות שהיו פיזורות בידי כמה פונקציות שלטוניות לידי בר-סמכא אחד. תהליך הפיקוח של הממשל הפדרלי בסוף המאה התשע-עשרה לא היה דבר של מה בכך. הטכנולוגיה והתקשורת לא אפשרו העברה מהירה של מסרים, דעות או החלטות, וכאשר החלטה לעניין ויסות המסחר ברכבות עמדה לדיון, נדרש תיאום פדרלי בין משרדי האוצר, התחבורה, המסחר והפנים; ולא די בכך – גם המדינות העצמאיות נדרשו להחלטה בשיתוף המשרדים הממשליים הרלוונטיים בכל אחת מהן. הרשימה ארוכה, והתיאום האדמיניסטרטיבי והחוקתי היה מורכב ביותר. ההכרח לאחד את הסמכויות הביא לידי מינוי הוועדה הרגולטורית, אך מדוע בחרו המדינאים לנתק אותה מכפיפותה למנגנון הנשיאותי הפדרלי?

החלטה רגולטורית לעניין כלכלי כלשהו משמעה השפעה ישירה על העלויות של הייצור וכמובן על הרווחים מכך. מכאן, שבעלי ההון יבקשו לכפות את האינטרס הפרטי שלהם (הוא הרווח) על האינטרס החברתי (הוא הרווחה). הזיקה הסמויה האפשרית בין בעלי השררה והסמכות הפוליטית ובין בעלי ההון והשררה הכלכלית הרתיעה את אנשי הממשל אז. האפשרות כי השלטון ייקנה בכסף או בכל הבטחה כספית של בעלי הרכבות היא שעיצבה את המבנה המוסדי של הוועדה הרגולטורית – המבוססת על עצמאות מן הרשות המבצעת. הקונגרס הוא שיפקח ויהיה אמון על פעילותה; לפניו תיתן הוועדה את הדין להחלטותיה; בחקיקת המליאה יוגדר מתחם הפעילות. הסמכות הנתונה לרשות המבצעת, קרי לנשיא ארצות-הברית, היא למנות את הוועדה, למנות את יושב הראש שלה ולהדיח אותו.

סמכות נוספת הייתה בידי הנשיא, לקבוע את מסגרת התקציב לפעילותה של הוועדה הרגולטורית. שמונה עשורים, עד שנות השבעים, נותרה הכפיפות המנהלית במתכונתה זו, עד שהפקיע הקונגרס גם סמכות זו מידי הנשיא.

⁷⁵ ראו פרק 1 לעיל, בדיון לעניין הטעמים וההצדקה לרגולציה. 'הרגולציה הכלכלית' היא זו המבקשת לתקן כשלי שוק מטעמים של חוסר יעילות בתחרות. 'הרגולציה החברתית' ('סוציאלית' בלעז) היא זו הקמה משיקולים ערכיים כאמור שם.

פרשת ווטרגייט העצימה את החששות מריכוזיות היתר שבידי הנשיא, וקביעת התקציב לוועדות הרגולטוריות – כל אחת לעצמה וכולן יחד – נתונה מאז לקונגרס.

הממשל הפדרלי מינה יותר מעשר ועדות רגולטוריות לענייני מסחר וכלכלה שונים: רכבות ותחבורה, תעופה, תקשורת, בנקאות ופיננסים, אנרגייה, דיג ודגה, הגבלים עסקיים, צרכנות – כל אלה הן זרועות אקס-טריטוריאלי של הרשות המבצעת האמריקנית. אין להן מחויבות לממשל בהחלטותיהן ואין עליהן החובה לתאם את פעילותן עם מי מבאי הכוח של הנשיא. בהגדרתן, נתונה אחריותן לפעול למען טובתו של הציבור ולשמירה על האינטרס שלו.

העצמאות המוסדית, הפוליטית והתקציבית נדרשת לרגולטור בבואו להכריע בהחלטות שאינן עולות בקנה אחד עם המדיניות הפדרלית הנשיאותית. אך לא די בכך: הוועדה היא מוסד ממשלי עצמאי שאינו כפוף להיררכייה ענפה ואין בו סבך ביורוקרטי. תהליך קבלת ההחלטות של הוועדה חשוף לציבור יותר מהמדיניות הפדרלית הנשיאותית. הציבור הוא בעל עניין מהמעלה הראשונה, יותר מכל פירמה הנתונה לפיקוחה של הוועדה, ולכן הוא זקוק לשקיפות מרבית בהחלטות הרגולטור אך לא פחות מכך בדרך קבלת ההחלטות.

בוועדות הרגולטוריות חמישה או שבעה חברים. הם ממונים על בסיס מקצועיותם וניסיונם הרלוונטי לתחום עניינה של הוועדה. שיוכם הפוליטי של החברים נבחן כדי שלעולם יהיה ייצוג לשתי המפלגות. אמנם האחת תהיה בעלת רוב עקב המספר האי-זוגי של החברים, אך הרוב יהיה של חבר אחד בלבד. כל חבר ועדה ממונה למספר השנים השווה למספר החברים בוועדה – בוועדה בת חמישה חברים יכהן כל אחד חמש שנים ובוועדה בת שבעה חברים יכהן כל חבר שבע שנים.⁷⁶ סיום הכהונה נעשה בהדרגה – בכל שנה מתחלף חבר אחד.

התהליך הרגולטורי הוא דו-שלבי. השלב הראשון מבוסס על חוות דעתם של אנשי המקצוע המכהנים בוועדה. אלה רשאים לזמן לדיניהם מומחים נוספים על משקל עדים ולהיוועץ בכל נושא משרה בממשל ובכל בעל עניין הרלוונטי לדעתם. בתום ההיוועצות וההתדיינות חברי הוועדה מחליטים על בסיס תמיכת הרוב. בשלב השני מתאפשר שימוע לכל בעל עסק אשר עתיד

76 להוציא את ה-Federal Reserve Board. שם מכהנים שבעת החברים ארבע-עשרה שנים כל אחד.

להיות מושפע מהחלטתה של הוועדה. הוא רשאי לטעון נגד החלטה, להציג נתונים רלוונטיים ולהציע חלופה משלו. בתום השימוע חברי הוועדה מפרסמים את החלטתם, קרי את הרגולציה לסעיפיה, על תיקוניה השונים. החלטה זו נתונה לביקורתו של בית המשפט הפדרלי. רשאי לעתור אליו מי שרואה עצמו בעל עניין בהחלטה.

עבודתה של הוועדה אינה תקופתית, אלא רציפה. התהליך הרגולטורי – ההתייעצויות והדיונים, השימוע, הכרעת בית-המשפט – כל אלה חוזרים ונשנים, ולא פעם סובבים סעיף מסוים מכלל התכנית או ניסוח של תת-סעיף זה או אחר. הרגולציה אינה רגע חולף של הכרעה, אלא התפתחות דינמית ששותפים לה הרגולטורים מזה, בעל העסק מזה והציבור מזה. מכאן שהעצמאות הרגולטורית אין בה כדי לפשט את התהליך ואין בה כדי לפסוח על פני הביורוקרטיה המוסדית. לראיה – הדרך שהרגולטור צועד בה מרגע שהוא נדרש להכרעה בעניין כלשהו ועד לרגע ההכרעה עצמו ארוכה, מסועפת ורבת שלבים ותחנות ביניים. אך עצמאותה מאפשרת לתהליך כולו להיות נגיש לציבור, הן לאזרח הן לבעל העסק, שקוף וחשוף לביקורתו.

הרגולציה הסוציאלית דומה בתהליך גיבושה לאחותה הכלכלית, אך שונה במבנה הארגוני והמוסדי – היא אינה עצמאית בשיוכה המוסדי. כל מה שהגדרתו היא 'עניין חברתי' נתון לסמכותן של ועדות רגולטוריות. הן זהות בהרכבן לוועדות הכלכליות, אלא שכל אחת מהן כפופה למשרד הממשלתי הרלוונטי. זיהום אוויר, איכות המים, תרופות, אפליה גזעית ומגדרית, בטיחות בדרכים, תנאי עבודה, פסולת מזהמת, שמירה על בעלי חיים וצמחים וניקיון הסביבה – כולם יטופלו במסגרת ועדות הסמך המעין-עצמאיות. ועדות אלו קמו ומונו במחצית השנייה של המאה העשרים, והן נדרשו לטפל בעניינים שכביכול אין בהם כל ממד רווחי או עסקי. המייסדים גרסו שאין צורך בהפרדה המוסדית, מאחר שהחשש מזיקה בין הון לשלטון אין לה מקום כאן. במבט לאחור נקל לומר כי טעו, שהרי העניינים החברתיים יש בהם השפעה על הכלכלה, כשם שלכלכלה יש השפעה ניכרת על העניינים החברתיים.

מספר דגשים להבדלים המהותיים והארגוניים המבחינים בין הוועדות הכלכליות ובין הוועדות החברתיות: (1) הוועדות הכלכליות מטפלות בשוק תחרותי לאורכו – כל ענף לגופו וכל פירמה לעניינה; הוועדות החברתיות חוצות לרוחבם של כלל הענפים והשווקים – על זיהום האוויר, על המים, על בעלי החיים ועל הפסולת הכימית יפקחו בכל ארגון בלא זיקה למטרתו, למוצריו, או לתפוקותיו ויאכפו את התקנות. (2) לוועדות הכלכליות (העצמאיות) רמת שקיפות גבוהה אך חובת אחריותיות (accountability)

מטושטשת ורפויה; הוועדות החברתיות (המשרדיות) הן בעלות רמת שקיפות נמוכה עקב הסבך וההייררכיה הביורוקרטיים, אך הן בעלות חובת אחריותיות ברורה יותר. (3) הוועדות הכלכליות פועלות מבלי לתאם את החלטותיהן עם המדיניות הכלכלית של הנשיא; ואילו הוועדות החברתיות כפופות בהחלטותיהן למדיניות הציבורית הפדרלית. (4) כל אחת מהוועדות הכלכליות אינה עקבית בהכרח בהחלטותיה, קל וחומר אינה עקבית במה שקשור בהחלטות של הוועדות הכלכליות המקבילות; הוועדות החברתיות עקביות בהחלטותיהן ומתאמות זו למקבילתה, בהיותן נסמכות על המדיניות הציבורית הנשיאותית.

הוועדות הרגולטוריות, אלה גם אלה, אינן חפות כלל ועיקר מביקורתן של הציבור. טענה אחת היא נגד העלות הגבוהה הדרושה לאחזקת המבנה המוסדי המסועף שלהן. לא רק שהממשל המקומי כפוף למחוז, וזה כפוף למדינה, והמדינה כפופה לממשל הפדרלי – אלא שהממשל הפדרלי מבוזר ומפוזר לתתי-מוסדות ולוועדות מוועדות שונות.⁷⁷ הטענה השנייה היא נגד אי-התאום בין כלל הוועדות הרגולטוריות, הן הכלכליות הן החברתיות. חוסר ההלימה בהחלטות מגדיל את הכאוס החברתי והכלכלי ולא מצמצם אותו. הן הארגונים השונים הן האזרח נדרשים להשקיע משאבים לא-מבוטלים כדי לעקוב אחר רצף ההחלטות הרגולטוריות של עשרות הוועדות ואחר הקצב שהן מתקבלות בו. הטענה השלישית עוסקת בעצמאותן של הוועדות הכלכליות וברמה הנמוכה של הדיווחיות בהן. אלה מגבירות את אי-הוודאות הכלכלית, ויש בכך כדי להביא לידי ביבוז גדול של משאבים יקרים. הטענה הרביעית היא כי הרגולטורים אינם באמת עצמאיים, אלא פוסקים על-פי האינטרס של הממשל או גרוע מכך על-פי האינטרס של הפירמה, כיוון שהרגולטור מעוניין בתפקיד עתידי, בין בממשל ובין באחת הפירמות הנתונות לפיקוחו, ומשום כך אין כל שמירה על האינטרס הציבורי. הטענה החמישית היא כי השרים הממונים מווסתים את פעולתם של

77 הרגולציה שאנו עוסקים בה כאן היא הרגולציה הפדרלית, אך חשוב לזכור כי ארגון פלמוני בארה"ב אינו כפוף לה בלבד, אלא גם לעוד רמות של רגולציה – המקומית והמדינתית. המבנה של הוועדות הפדרליות המתואר למעלה, הכלכליות מזה והחברתיות מזה, משועתק לרוב המדינות בארה"ב. כך, האזרח או הארגון כפוף לרגולציה של הרשות המקומית, וזו אוסרת עליו למשל לנהוג ברכב לאחר שעות מסוימות; הוא כפוף גם לרגולציה של המדינה, וזו מחייבת אותו לנהוג חגור ברצועת הבטיחות בכבישים בין-עירוניים; ועוד הוא כפוף לרגולציה הפדרלית, וזו מחייבת אותו לנהוג על-פי תקנות התעבורה שהיא קובעת. סדר הכפיפות של האזרח הוא תמיד מן הבכיר אל הזוטר, משמע מהפדרלי למקומי. הרגולציה הפדרלית היא העליונה, ואין למדינה או לשלטון המקומי הסמכות להטיל דה-רגולציה נגדית.

הרגולטורים המשרדיים ומפקחים עליה, ואולם על הרגולטורים העצמאיים יש רק ביקורת ופיקוח רופפים מצד הקונגרס, לעתים גם בבתי-המשפט (ביקורת שיפוטית). אין רגולציה ממשית על הרגולטורים, ומכאן שהממשל הפדרלי מוחזק בידיהם של מעטים (הרגולטורים) בעלי סמכות, כוח ולגיטימציה.

המצדדים במבנה הקיים גורסים כי ביזור הכוח ועצמאות הוועדות הן מנשמת אפה של הדמוקרטיה, במיוחד בעידן ההיפר-טכנולוגי והגלובלי שאנו נתונים בו כיום. הכפפת הסמכות הרגולטורית בעניינים כלכליים לממשל, כמוה כתחילת הסוף של חופש הפרט. אמת – הם משיבים – הזיקה בין הרגולטורים ובין שולחיהם-לקוחותיהם מביאה לא פעם לידי החלטה שאינטרס הפירמה או השלטון בצדה, אך זו הרעה במיעוטה. כל קשר ישיר בין הרגולטורים ובין הממשל יביא לידי סיאוב גדול מכך ואולי אף לידי טשטוש מוחלט של הגבולות בין ההון ובין הפוליטיקה. לסיום, הכפיפות של הוועדות לבית המשפט הפדרלי מבטיחה כי האינטרס הציבורי יישמר על-אף הזיקה בין הרגולטור ובין הממשל מחד והשוק מאידך.

אפיון המערכת הרגולטורית בארצות-הברית מצביע על שני משתנים מרכזיים: (1) הפרוצדורה הנוקשה – התהליך הרגולטורי מעוגן בחקיקה מתאימה, בתקנות ובגיבוי של בית המשפט הפדרלי. אין ולא תהיה סטייה מההוראות החקוקות, לא על-ידי הרגולטור ולא על-ידי הממשל; (2) ההפרדה המוסדית בין הוועדות העצמאיות מחד ובין הוועדות המשרדיות מאידך – נוכחנו בשמרנות מוסדית המחייבת את הרגולציה הסוציאלית להיות כפופה למדיניות הציבורית הנשיאותית, ואילו הרגולציה הכלכלית מחייבת שתישמר עצמאותה. השינויים של המודרנה במאה העשרים מטשטשים את ההפרדה בין השניים (גם לרגולציה הסוציאלית יש היבטים כלכליים ולהפך). אבל הם לא הביאו לידי שינויים דומים גם בהפרדה המוסדית לעניין הרגולציה.

רגולטור בבריטניה

בבריטניה, עם גל ההפרטה של סוף שנות השבעים וראשית שנות השמונים, חלה רפורמה מבנית בתהליכי הפיקוח של הממשל על הפעילות הכלכלית. ההפרטה לא הייתה מנת חלקן של התעשיות והשירותים בלבד, אלא גם של המנגנון הרגולטורי.

ככל שמדיניות זו של העברת השליטה, הבעלות והייצור מהסקטור הציבורי לסקטור הפרטי תפחה והלכה, רבו והלכו התקנות הרגולטוריות.

הפיקוח של הממשל נדרש בצמתים שהוא עצמו שלט והחזיק בהם קודם לכן, ועתה שלטו בהם בעלי העסקים הפרטיים. הסמכות לפקח על התעשיות והשירותים ולהסדיר את פעולתם הועברה ליחידות-סמך במשרדים הממשלתיים (סוכנויות = agencies); כל סוכנות מונתה להיות אחראית לרגולציה בתחום או בענף מסוים. בראש כל סוכנות רגולטורית מכהן ממונה (Director General of Regulation – DGR). הממונה כפוף למדיניות הרגולטורית של השר או של הממשלה כולה. למעשה, ביקשה הממשלה לייעל את ההליך הרגולטורי ומיקדה אותו ביחידה ביורוקרטית שאינה כפופה למיניסטרוניון כולו, כי אם ישירות למנהל הבכיר וממנו לשר הממונה.

הגישה הבריטית רואה ברגולציה 'חוזה בין הממשל ובין החברות העסקיות':⁷⁸ הממשלה פועלת מכוח אמונו של הציבור, ומכאן שהיא מייצגת את האינטרס הציבורי, ואילו הפירמות פועלות לשמירה על האינטרס העסקי העצמי. הסוכנויות הרגולטוריות נדרשות לגבש מדיניות רגולטורית ולעשות למען מרב שיתוף הפעולה עם נציגי המגזר העסקי. הפרלמנט לא הכתיב בחקיקה את התהליך הרגולטורי לפרטיו אלא בחר להשאיר זאת לרגולטורים עצמם. הם אלה שפועלים כדי לנסח 'חוזה' משותף עם הפירמות שמפקחים עליהן, כל מקרה לגופו, כל ענף לעניינו. כך נעשתה הרגולציה בבריטניה תהליך גמיש. הוא מתהווה ומשתנה בעקבות משא-ומתן בין באי כוח הממשלה (בשם הציבור ורווחתו) מזה ובין באי כוח הפירמות (בשם עצמן ורווחיהן) מזה.

על-אף שהחלטות הרגולטוריות נתונות לביקורת בית המשפט, בבריטניה בית המשפט כמעט אינו נדרש לכך: החברות העסקיות ממעיטות לעתור נגד שותפיהן דה-פקטו לגיבוש מתחם הפעילות העסקית. הממשלה הבריטית כוננה ועדה עליונה, Monopolies and Mergers Commission (בשנת 1999 שונה שמה של הוועדה ל-Competition Commission). ועדה זו עוסקת בבוררות בין המשרדים הרגולטוריים ובין הפירמות. מסקנותיה של הוועדה הבוררת משמשות חוות-דעת מייצגת לראש הממשלה, והוא רשאי לאמץ ולכפות אותן על הצדדים או לדחות אותן.

הביקורת על התהליך הרגולטורי בבריטניה יוצאת בראש ובראשונה נגד אי-הפורמליות שבו. בהעדר חקיקה מפורטת, הגמישות מאפשרת לקבל החלטות בהסכמה בין הממשל ובין הארגונים וממעטה את מספר העתירות לבית המשפט, אך היא אינה מבטיחה שיישמר האינטרס הציבורי. נהפוך

Bishop, M., J. Kay and C. Mayer, 1995, **The Regulatory Challenge**, p. 6. 78

הוא – הרגולטור נתון ללחצים מצד הפירמות, ובצירוף האינטרס האישי ייטה להיטיב עם בעלי העסקים ולא עם הציבור.

שנית, מבחינה אתית, ראוי שהרגולטור יפרסם את מסקנותיו הרגולטוריות לצד הסיבות למסקנות אלו. החקיקה בעבר לא דרשה כן, והציבור לא יכול היה לדעת מה היו מניעיו של הרגולטור – ולו מניעיו הפורמליים – בפסיקותיו לשבטו של האחד ולחסדו של האחר.

שלישית, המבקרים טוענים כי ההחלטות הרגולטוריות והרגולטורים עצמם חייבים להיות נתונים גם למרותו בפועל של בית המשפט. בית המשפט עשוי לחזק את אמונו של הציבור בניקיון כפיהם של הרגולטורים ובפעלם למען שמירה על האינטרס הציבורי. את זאת לא יכולה לספק – מעצם הגדרתה – הוועדה הבוררת. הוועדה מייעצת לראש הממשלה, ולכן האינטרס לנגד עיני החברים בה הוא של הממונה עליהם, ולא-דווקא של הציבור בכללותו.

המבקרים טוענים עוד כי הסוכנויות הרגולטוריות במתכונתן זו אינן אלא זרוע של הסקטור הפרטי בהייררכיה הממשלית, תחת שיהיו זרועו של הממשל בסקטור הפרטי.

בסוף העשור הקודם קיבל הפרלמנט אחדות מהטענות וחייב את הרגולטורים לחשוף את מניעי ההחלטה מחד. כמו כן אפשר למי שרואה עצמו נפגע מההחלטה – בעל-עסק או אזרח מהשורה – לעתור לבית-המשפט בטרם תיושם ההחלטה.⁷⁹

המתכונת הנהוגה בבריטניה ייחודית ומעניינת משום שהיא מבוססת על גישה של משא-ומתן בין הממשל, האזרחים והשחקנים הנתונים לפיקוח. מלכתחילה גורסת הממשלה, כי רגולציה טומנת בחובה מרוויחים ומפסידים; הטבה עם האחד היא הרעה עם האחר. כיוון שכך, צריך ליעל את ההליך הרגולטורי: ההחלטה של הרגולטור צריכה לשקף ככל האפשר את הפשרה המקובלת על הצדדים כולם. מובן כי ההחלטה הסופית והחוקית נתונה בידיו של הרגולטור ובידיו בלבד, אך דרך המשא-ומתן מביאה את הממשלה הבריטית לחסוך מהמשק כולו התנגדויות ומאבקים ארוכי שנים עם כל החלטה רגולטורית.

⁷⁹ ראו, 1997, “Organization for Economic Co-Operation and Development”, in *Managing Across Levels of Government*, pp. 400-401.

הרגולציה בישראל

רקע כללי

בתקופת שלטון המנדט הבריטי בארץ-ישראל פעלו שני מנגנונים מנהליים מקבילים – המנדטורי והיהודי-יישובי. עם הקמת המדינה נתקבצו השניים למצע אחד, ומצע זה שימש בסיסו של המינהל הציבורי. אבל פיצול הסמכויות, התפקידים, הכפיפויות והתרבויות בין שני המנגנונים גיבושם לידי מנגנון ביורוקרטי-מינהלי יחיד ואחיד החריפו את חבלי הלידה ואת קשיי ההסתגלות של המינהל הציבורי במדינה שעד אז הייתה 'בדרך' ומאז עלתה 'על הדרך'.⁸⁰ מימי בראשית של העצמאות בישראל עוצב המינהל הציבורי ונוסד להיות הממונה הכמעט מוחלט על הפעילות הכלכלית והחברתית במשק. שירותי החינוך, הבריאות, התקשורת, התחבורה, הרווחה, התעסוקה והפיננסים היו נתונים במידה זו אחרת לשליטתו של המינהל. רובו ככולו אויֵש בתומכיה של המפלגה הדומיננטית – מפא"י. זו החזיקה בכל מוקדי ההשפעה הכלכליים והחברתיים לא רק בסקטור הציבורי (מעצם הנהגתה בשלטון) אלא גם בסקטור הפרטי. תהליך ביסוסו של המשק היה מובנה בתהליך ביסוסה של המדינה בארצה. המינהל הציבורי נדרש להנהיג את עצמאות המדינה במישורים המעשיים, קרי בהקמת מפעלים, בהתקנת תשתיות, בהבטחת תעסוקה, בבניין הארץ, בכינון מוסדות מנהליים ובמיסוד נהלים. מציאות זו הביאה לידי אסימטריה בהייררכיה הביורוקרטית מחד, ולחוסר אחידות פנימי בין משרדי המינהל השונים מאידך. רשויות הפיקוח, המובנות במנגנון המנהלי קיבלו אפיונים שונים במשרדים השונים.⁸¹

80 ראו א' כפיר וי' ראובני, **המינהל הציבורי בישראל לקראת שנות ה-2000**, 1998, פרקים א-ב.

81 ראו לדוגמה **שם**, פרק ג, עמ' 44: "הסיבה העיקרית לעיוות המבנה של משרדי הממשלה, נעוצה קרוב לודאי בחוסר החשיבות שייחס ראש הממשלה [דוד בן-גוריון – אא"ג] למנהל הממשלתי האזרחי (להבדיל מהמערכת הביטחונית-צבאית). כן היא נבעה מנכונותו להשלים עם דרישות וגחמות אישיות ומפלגתיות על-מנת לזכות בשקט קואליציוני." זאת ועוד, המשרות במינהל הציבורי אוישו על-פי הזיקה הפוליטית של המועמד ולא על-פי ההכשרה המקצועית בהכרח. ראו י' גל-נור, **ראשיתה של הדמוקרטיה בישראל**, 1985, עמ' 184: "חלוקת המשרות הבכירות במינהל הציבורי החדש שיקפה את הקואליציות המפלגתיות הקודמות ואת המדרגים של הסוכנות היהודית והוועד הלאומי."

שלושה עשורים חלפו בטרם פינתה מפלגת העבודה (לצורותיה השונות) את השלטון והעבירה את ההנהגה לליכוד, בראשותו של מנחם בגין. לאחר שהוביל את מפלגתו ל'מהפך' במאי 1977, נדרש בגין "לארגן" את השלטון מחדש לא רק במשרדי הממשלה (מינויי השרים), אלא גם ברוב המשרדים של המינהל הציבורי. בתקופת ההגמוניה של מפלגת העבודה/מערך/מפא"י הייתה המעורבות של המינהל הציבורי במשק כולו מוחלטת:

מידת המעורבות של הביורוקרטיה הממלכתית במשק הישראלי ניתנת לתיאור במונחים של מעגלים קונצנטריים: במעגל המרכזי – המגזר הממלכתי של המשק והשירותים – המעורבות היא מרבית... המעגל השני – הוא של המשק, המנהל והשירותים הציבוריים הלא-ממלכתיים כדוגמת אלה של הסוכנות היהודית וההסתדרות הכללית של הביורוקרטיה הממלכתית יש השפעה עליהם באמצעות הסדרים קורפורטיסטיים. המעגל השלישי הוא של המגזר הפרטי במשק והשירותים המסופקים על-ידי יזמים פרטיים. מגזר זה אינו מנוהל על-ידי הביורוקרטיה הממלכתית או הציבורית אך נזקק לשירותיהם וכפוף לחוקים ותקנות שהביורוקרטיה הממלכתית ממונה על אכיפתם.⁸²

תהליכי הפרטה של הסקטור הציבורי בישראל החלו בשנות השמונים,⁸³ והם נמשכים – להלכה ולמעשה – עד היום. 160 חברות ממשלתיות, שהיו רשומות בשנת 1982, הצטמצמו ל-105 בשנת 2002. עם זאת, החברות הגדולות ביותר, בהן חברת החשמל, 'בזק', התעשיות הביטחוניות, 'אל-על', בתי הזיקוק, 'מקורות', טרם הופרטו.

לא בכדי פתחנו את נייר העמדה בתיאור תחנות חייו של אדם – שבכולן נוכחת המדינה. בישראל אין תחום שבו הממשל נעדר או פסיבי. הליכי הפרטה אינם מפשרים על נסיגתה של המדינה ממעורבותה בחיי הפרט, אלא על שינוי המעמד. המינהל הציבורי עוסק היום בהרשאה ובחיוב, בתקינה ובפיקוח, בוויסות ובהסדרה של שירותים ומוצרים, ואילו בעבר עסק בעיקר

82 ד' הורוביץ ומ' ליסק, **מצוקות באוטופיה**, 1990, עמ' 210.

83 ראו ש' אקשטיין, ב' זילברפרב וש' רוזביץ, **הפרטת חברות בישראל ובעולם**, 1998, עמ' 156: "...אנו מבחינים בארבע תקופות: (1) תקופת טרום הפרטה – התקופה שעד למהפך הפוליטי במאי 1977; (2) התקופה הראשונה: ניצני הפרטה – למן העשור המתחיל במאי 1977 והמסתיים ב-1985; (3) התקופה השנייה: התקופה המינוורית – שראשיתה לאחר עריכת התכנית לעיצוב המשק והיא מתבצעת בשנים 1986-1990; (4) התקופה השלישית: ההאצה בהפרטה – בין השנים 1991 ועד 1995."

בייצור ובאספקה שלהם. מוצרים על המדף במרכול נתונים לפיקוח; העיסוק במקצוע דורש הסמכה ורישיון לעיסוק בחתימת המדינה; החינוך מסופק על-פי סדר יומה של הממשלה; ערוצי הרדיו והטלוויזיה מוגבלים ברישיון מטעם; התכנים המתפרסמים נתונים לצנזורה; העישון מותר במקומות צדדיים בלבד, גם בתוך העסק הפרטי שלך; טיסותיה של חברת התעופה הילאומית מוגבלות לימי חול; נישואין וגירושין ייעשו ברישיון ועל-ידי בא-כוחה של המדינה; ועוד ועוד – הרשימה ארוכה לעיפה. המינהל הציבורי, מימי ראשיתו, ייצר מוצרים וסיפק שירותים, קבע את כללי הייצור והאספקה שלו עצמו ופיקח על דרך היישום.

הרגולציה בישראל – כמו במדינות רבות בעולם – התפתחה והתרחבה עם הליכי ההפרטה ועם העמקת התחרות במשק. הסדרת כללי המשחק קיבלה משנה תוקף עם כניסתם של שחקנים חדשים – פרטיים – לענפים שעד אז היו נחלתה הבלעדית של המדינה. כל זמן שהמדינה החזיקה בידה את רוב אמצעי הייצור, היא לא הקפידה לפקח על זרועותיה שלה. אך עם פתיחת השוק למתחרים נדרש פיקוח מוסדר. דוגמה אחת לכך אפשר למצוא בתחום הפיקוח על ההגבלים העסקיים: הפיקוח אמנם עוגן בחקיקה כבר בשנת 1959, אך כלל לא נאכף. הפיקוח דה-פקטו על ההגבלים העסקיים – מניעה של מונופולין, קרטליזציה או הסדרים כובלים – החל לצמוח עם חקיקת חוק ההגבלים העסקיים בשנת 1988.

מן ההיבט הפורמלי – יעילות, אפקטיביות, רווחה חברתית וחופש עיסוק הם שעמדו בבסיסן של החלטות להעביר לארגונים פרטיים את האחריות לייצור ולאספקה של שירותים רבים. אך הם גם אלה, לצד החשש מהיווצרות מונופולים או משחיקה של זכויות הקניין, שחייבו את המדינה להמשיך לפקח יותר ככל שההפרטה חודרת לעומק רב יותר.⁸⁴

84 ראו בג"צ 1869/95 **חברה להובלת דלק בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד מט 559(5), דבריו של השופט טירקל: "בבסיס מדיניות של פיקוח ממשלתי בתחום מסוים עומדת השאיפה שהתחרות החופשית תעלה את רמת הרווחה החברתית... ההנחה היא שהתוצאה המושגת במשטר של פיקוח מרכזי יעילה פחות מן התוצאה של שוק תחרותי. להנחה זו יש, כמובן, תוקף רק בתנאי שוק המאפשרים תחרות חופשית אמיתית. כאשר גם אחרי הסרת הפיקוח המרכזי נותרת שליטה של גוף פרטי בשוק, קיימת בידי היכולת לגרוף את כל רווחי התחרות ולשפר את מצבו על חשבון המתחרים והצרכנים. תוצאה כזו מוטל על הרשות למנוע." ועוד, בבג"צ 7852/98 **ערוצי זהב ושות' ואח' נ' שרת התקשורת**, דבריה של השופטת דורנר: "...בנסיבות מסוימות רגולציה של שוק היא הכרחית לפתיחתו לתחרות... ואכן, הטלת מגבלות על גורמים מבוססים בשוק, בעלי מעמד מונופוליסטי בו, לצורך יצירת תחרות חופשית מקובלת בעולם... גם בישראל אישר בית המשפט את התערבות הרשות המנהלית בתנאי השוק לצורך פתיחתו לתחרות."

מוסדות הרגולציה

יסודותיה של הרגולציה נבנו טיפין-טיפין, בכל פעם שבה נפתח תחום פלוני לתחרות. העברת הזכות לאספקתו של המוצר או השירות מהסקטור הציבורי (כמונופול) אל הסקטור הפרטי חייבה את המדינה לפקח על ירחי ההסתגלות ועל אופן המסחר החדש. בניגוד למה שתואר לעיל על ההתפתחות בארה"ב ובבריטניה, בישראל לא עוצבה מדיניות רגולטורית כוללת, קל וחומר מבנה מוסדי אחיד ועקבי. אפשר שזו הסיבה לגיוון הרב בין הפונקציות המנהליות המחזיקות בסמכויות הרגולציה בישראל. פעמים מחזיק בהן השר האחראי, פעמים רשות משרדית הכפופה לשר, פעמים רשות מעין-עצמאית (כפופה חלקית לשר) ופעמים רשות עצמאית (רשות שאינה כפופה לשר).

כך לדוגמה, על הרגולציה התקשורתית אמון משרד התקשורת. משך שני עשורים אישרה המדינה רק לרשות השידור⁸⁵ להפיק שידורים בטלוויזיה. לעתים אף הפעילה המדינה רגולציה על שידורי הצבע (!), וכלל האזרחים נאלצו לצפות בתכניות בשני צבעים בלבד – שחור ולבן. כיום, למעלה מעשור מאז נפתח הענף לתחרות, הערוצים המסחריים, חברות הכבלים והלוויין מגישים שידורי טלוויזיה לצד רשות השידור הממלכתית. ועל-אף שבשידורי טלוויזיה עסקינן, כל חברה מפוקחת על-ידי רגולטור שונה: 'המועצה לשידורי טלוויזיה בכבלים ובלוויין' הממונה על-ידי שר התקשורת, היא הרגולטור הישיר של חברות הכבלים והלוויין לענייני תוכן, היקף שידורים, תעריפים. 'הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו' היא הרגולטור המוסמך להסדיר את פעילותם של הערוצים המסחריים, בהם הערוץ השני וערוץ 10 בטלוויזיה וערוצי הרדיו האזוריים.⁸⁵ הזיכיונות לשידור, תנאי השידור, השעות, התכנים – כל אלה נתונים לפיקוח של מועצת הרשות, וזו כפופה להחלטות הממשלה. שידורי הרדיו של התחנות הציבוריות (קול ישראל, קול ישראל בערבית) ושידורי הטלוויזיה של הערוץ הראשון כפופים להסדרה על-ידי 'רשות השידור', הכפופה גם היא לשר התקשורת (לאחרונה הועברה האחריות לשר אחר בממשלה מטעמים קואליציוניים שונים) ולמדיניות הממשלה. לצד שלושת הרגולטורים האחרונים משמש גם ראש-המטה הכללי בצה"ל

85 וזאת על-אף השוני המהותי והמוסדי בין שני הערוצים: ערוץ 2 הוא ערוץ 'יבשתי', קרי ניתן לקליטה ארצית; ערוץ 10 הוא ערוץ כבלים, הניתן לקליטה רק באמצעות הטלוויזיה בכבלים או בלוויין. בניגוד ליתר הערוצים המשודרים בכבלים ובלוויין, ערוץ 10 נתון לרגולציה של הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

כרגולטור, בהיותו האחראי העליון על שידוריה של תחנת הרדיו הצבאית 'גלי צה"ל'.

ועוד לרגולציה בתקשורת נמנה את ה'אגף הספקטרום' במשרד התקשורת, האמון על הקצאת התדרים לכלל אמצעי התקשורת האלקטרונית ועל הסדרת התחום, ואילו ה'אגף לפיקוח על הבזק והדואר' אחראי על הפיקוח וההסדרה של תחום הטלקומוניקציה והחברות הפרטיות העוסקות בכך.

'רשות הדואר', כיחידת סמך במשרד התקשורת, מספקת את התקשורת 'הישנה' – מכתבים וחבילות – והיא גם המפקחת עליה. הרשות מפקחת גם על פעילותו של בנק הדואר, הנותן שירותי סילוקין למערכות גבייה שונות וכן שירותי העברת כספים.

ולא נחתום את ענייני התקשורת בטרם נייחד מקומה ונזכיר את הרגולציה העליונה על פרסום תכנים בכלל אמצעי התקשורת – האלקטרוניים ושאינם אלקטרוניים – והיא הצנזורה הצבאית הראשית.

הסמכות הרגולטורית לרכבות, לנמלים ולשדות התעופה נתונה בידי רשות ממשלתית. 'רשות הנמלים והרכבות' ו'רשות שדות התעופה' הן שקובעות את תנאי הפעילות, את רמת תקני הבטיחות, את סף התעריפים, את הגבלי הכניסה לענף, והן כפופות במישרין לשר התחבורה. השר אמון גם על הרגולציה בתחומי התחבורה האחרים, שלא באמצעות רשות סמך, כגון מוניות ואוטובוסים. לרגולציה בתחבורה הפרטית, משמע לרישיון הרכב והנהיגה של כל אזרח, אחראית יחידת סמך משרדית, 'רשות הרישוי'.

אם אלמוני רוצה לייסד חברה או שותפות עסקית, עליו לעמוד בתקנות שקבע רשם החברות. הרשם כפוף לשר המשפטים, הממנה אותו. סמכות הרגולציה של הרשם היא מכוח חוק החברות, התשנ"ט-1999 ומכוח פקודת החברות, התשמ"ג-1983. הוא עוסק ברישום חברות, בשינוי שם ובשינוי רישום ההון. אלמוני המבקש לכנות את החברה החדשה שהקים בשם פלמוני, נדרש לאישורו של הרשם-הרגולטור.

לאחר שהצליח אלמוני זה במשימתו אצל רשם החברות, הוא נתון לרגולציה של הממונה על ההגבלים העסקיים. הממונה עומד בראש 'הרשות להגבלים עסקיים', האחראית להסדיר את התחרות במשק הישראלי וזאת מכוח חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. הרשות הרגולטורית אמנם כפופה מנהלית לשר התעשייה והמסחר, אך פעולתה עצמאית, והממונה אינו נדרש לתאם מדיניותו עם זו של הממשלה או של המשרד הממשלתי הממונה. למעשה, הרשות להגבלים עסקיים פועלת כרשות מעין-עצמאית. החברות הממשלתיות נתונות לרגולציה של 'רשות החברות הממשלתיות'

שבמשרד ראש הממשלה. זו ממונה מכוח חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975, ובהגדרתה אמונה על הקמת חברות, פירוקן ומיזוגן, על מבנה ההון של כל חברה, על הנחיה בענייני שכר, מינוי ונושאי משרה ועל הכנת החברות להפרטה. היה ומבקשת הממשלה לבצע מדיניות זו, הרשות מעורבת גם בהליכי הפרטה של חברות ממשלתיות.⁸⁶

הרגולציה על הפעילות המוניטרית הבנקאית בישראל מסורה למפקח על הבנקים: הסדרת הכללים למסחר הבנקאי, תעריפי העמלות ללקוח, כללי האתיקה המקצועית הרשאת הפעילות בכללותה וכל היוצא מכך – כולם נתונים למרותו. המפקח על הבנקים, ולא נגיד בנק ישראל הממונה עליו, הוא הרגולטור. המפקח מתאים להגדרתנו ל'רגולטור' משום שהוא מופקד על פעילות רגולטורית בלבד,⁸⁷ ואילו נגיד בנק ישראל ממלא פונקציות נוספות על הרגולציה.⁸⁸ בנוסף על בנק ישראל, על הבנקים למשכנתאות מפקח גם אגף האכלוס במשרד הבינוי והשיכון.

כמו בעניין הפיננסים, כך גם בעניין הרגולציה על הקרקעות במדינה: הסמכויות היו מבוזרות בידי גורמים ממשלתיים אחדים, ובשנים 61-1960 רוכזו בידי רשות רגולטורית אחת – מינהל מקרקעי ישראל.⁸⁹ הממשלה היא הממנה את 'מועצת מקרקעי ישראל', וזו את מנהל מינהל מקרקעי ישראל. המנהל כפוף לשר. תפקידי המועצה לפי חוק הם לקבוע את המדיניות הקרקעית שהמינהל יפעל לפיה ולפקח על פעולותיו.⁹⁰

אם יזם זקוק לקרקע דווקא לשם פיתוח התיירות, יהיה נתון לרגולציה של 'האגף לכלכלה, השקעות ותקציבי' במשרד התיירות. אגף זה יכתוב את התנאים והסטנדרטים להקצאת הקרקע בתנאים מיוחדים ובלי מכרז.⁹¹

86 ראו **תקציב המדינה, הצעה לשנת 2002**, ירושלים, חוברת ג, 70.

87 ראו הערה 74 לעיל והכיתוב הנלווה.

88 ראו ההגדרות הרגולטוריות של הנגיד, כפי שעולות מסעיף 3 לחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954: "תפקידיו של הבנק יהיו לנהל, להסדיר ולכוון את מערכת המטבע וכן להסדיר ולכוון את מערכת האשראי והבנקאות בישראל, בהתאם למדיניותה הכלכלית של הממשלה ולהוראות חוק זה"; אך ראו תפקידו הנוסף של הנגיד, כפי שמוגדר בסעיף 9 (ב): " הנגיד ישמש יועץ לממשלה בענייני מטבע ובעניינים כלכליים אחרים."

89 ראו חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, התשי"ד-1960; בחוק מקרקעי ישראל, התשי"ד-1960; בחוק מינהל מקרקעי ישראל, התשי"ד-1960 וכן אמנה בין מדינת ישראל (משרד האוצר) ובין ההסתדרות הציונית העולמית (הקרן הקיימת לישראל), תשכ"ב-1961.

90 ראו סעיף 2(ב) לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התשי"ד-1960. נקבע שם כי "מנהל המינהל כפוף במישרין לשר."

91 תקנות רגולטוריות בענייני הקרקע שעיצב משרד התיירות דווקא, גובשו במסמך 'תמ"א 12 – תכנית מתאר ארצית לתיירות ונופש'. את המדיניות תכנן משרד התיירות בשיתוף

אך פלוני המעוניין לרכוש קרקע לשימושו הפרטי, עדיין כפוף לתקנות של מינהל מקרקעי ישראל. אובד עצות יפנה וייעזר במתווך מקרקעין מורשה. זה כפוף לרגולציה של ירשם המתווכים, והרשם כפוף לשר המשפטים – מי שאחראי להסדיר את התיווך ואת הרישוי לעסוק במקצוע. אם יהיה פלוני זה מעוניין לבחון את שוויה של הקרקע, יבקש את חוות דעתו של שמאי מקרקעין. השמאי כפוף לרגולציה של מועצת שמאי המקרקעין. את המועצה ממנה הממשלה, בהמלצתו של שר המשפטים. מכהנים בה חמישה חברי ממשלה וארבעה שמאים.

ואם נאה הקרקע בעיני פלוני והוא חפץ לקנותה, יחפש הלוואה למימון הרכישה. בעת קבלת משכנתה יפגוש את ירשם המשכונות. הרשם מכהן בתפקידו במסגרת משרד המשפטים ואמון על הסדרת הקשרים בין הנושים לחייבים.

לאחר שרכש את הקרקע, יידרש פלוני לשלם מס. הרגולטור מטעם משרד האוצר, באגף למס ההכנסה ומיסוי מקרקעין, קובע את המיסוי על המקרקעין.

אך לא על המקרקעין לבדם יחיה אדם. השמירה על האוויר, הקרקע ומקורות המים וכן פיקוח על הרעש הנגרם בעת בנייה – כל אלה נתונים לתקנות רגולטוריות של המשרד לאיכות הסביבה. מפקחי המשרד – 32 במספר – מוסמכים לפקח על כל פעילות של הפרט או של חברה או של עסק שיש בהן כדי לפגוע באיכות הסביבה או לסכנה. יחידה של המשרד קובעת תקני זיהום מותרים בכל תחום. את התקנים לרעש ולזיהום במפעלים קובע גם משרד התעשייה והמסחר באמצעות אגף התקינה בימכון התקנים הישראלי.

כמוכן, גם הליכי הבנייה נתונים לפיקוח ישיר של המדינה. האגף לתכנון והנדסה במשרד הבינוי והשיכון קובע סטנדרטים לזמן הבנייה ותקנות לאיכות החומרים. לעומת זאת, את התקנות לבטיחות בזמן העבודה אוכל האגף לפיקוח על הבטיחות בעבודה במשרד העבודה והרווחה, וחוקי העבודה (גם בהם יש רכיבים בענייני בטיחות) הם מעניינו של האגף לאכיפת חוקי עבודה באותו משרד.

רישוי ופיקוח על שירותי הבריאות בישראל נתונים לסמכותו הרגולטורית של משרד הבריאות. גם רישוי הייצור וכן ייצור או שיווק של תרופות ומזון

מינהל מקרקעי ישראל, ראו **תקציב המדינה, הצעה לשנת 2002**, ירושלים, חוברת כג, עמ' 42.

הם בסמכות משרד הבריאות. אך השאלה היא – מזון ותרופות למי? אם בבעלי חיים עסקינן, אזי הסמכות לרגולציה נתונה למחלקה לשירותים וטרינריים במשרד החקלאות. זו גם המחלקה האמונה על הרגולציה בעניין יבוא ויצוא של בעלי חיים. מחלקה שכנה לה באותו משרד – יחידת המחירים והאספקה – אחראית לרישוי היבוא החקלאי ולפיקוח עליו, והיא המוסמכת לקבוע את מחירי התוצרת החקלאית ולהנפיק את האשרות המתאימות לסיטונאים. היבוא והיצוא של יתר המוצרים כפוף לוויסות ולפיקוח של משרד התעשייה והמסחר דווקא, ומשרד זה אמון גם על תקנות נוספות בעניין מלאכת המסחר.

הסחר בחיות-בר נתון לפיקוחה ולתיקונה של חטיבת הפיקוח ברשות (העצמאית) לטבע ולגנים. לרשות זו הסמכות לפקח גם על ישחי המדינה והשטחים הפתוחים שאינם תחת פיקוחו של מינהל מקרקעי ישראל. פיקוח וויסות משק הדלק והגז נתונים לאחריותו של השר לתשתיות לאומיות. רישוי החברות, רף התעריפים, טיב המוצר ואיכות השירות – כל אלה נקבעים על-פי התקנות של 'מינהל הדלק' במשרד התשתיות. 'מינהל החשמל' באותו משרד אמון על רישוי יצרני חשמל פרטיים, רישוי גנרטורים ואישור חיבור מבנים חדשים לרשת החשמל הארצית. להבדיל מזה 'הרשות לשירותים ציבוריים' – חשמל עוסקת בפיקוח על מחירי החשמל, בטיב המוצר ובאיכות השירות שחברת החשמל מספקת. הממשלה ממנה אותה, והיא פועלת כרשות רגולטורית עצמאית.

החינוך נתון לרגולציה של שר החינוך, וזו נעשית ביחידות המשרדיות השונות. ימי הלימודים ושעות הלימודים, תכנית הלימודים, תכניות ההעשרה, תשלומים שונים, אתיקה – כל אלה מעניינו של המשרד. משסיים נער את חוק לימודיו והוא פונה לרכוש השכלה גבוהה, יהיה נתון לפיקוח והסדרה של המועצה להשכלה גבוהה. המועצה פועלת מכוח חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958. נשיא המדינה ממנה אותה,⁹² והיא "...רשאית להכיר במוסד פלוני מוסד להשכלה גבוהה על יסוד כללים שנקבעו על ידיה להכרה במוסדות להשכלה גבוהה, או בסוגים מהם, בנוסף לדרישת רמה מדעית נאותה, ובלבד שכללים אלה לא יגבילו חופש הדעה והמצפון." המועצה להשכלה גבוהה פועלת כרשות רגולטורית עצמאית: היא מנותקת מכל גורם מוסדי ממשלתי ואינה תלויה לענייניה במדיניות הממשלה.⁹³

92 ראו סעיף 2 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958.

93 החלטתה של המועצה הכיר במוסד מוסד אקדמי או לא לעשות כן טעונה אישור הממשלה (סעיף 10 לחוק). והיה והממשלה חלוקה בדעתה בעניין החלטת המועצה –

מושאים נוספים לוויסות ולפיקוח, אחרונים לדיוננו כאן, הם דרכי ההסמכה באחדים מתחומי העיסוק המקצועיים של האזרח, ואופן העיסוק בהם. גם על אחדים מהם יש רגולציה ממשלתית: על המהנדסים – רגולציה של משרד העבודה והרווחה; על המתווכים והחוקרים הפרטיים – רגולציה של משרד המשפטים; על השמאים, עורכי הדין ורואי החשבון – רגולציה של מועצות פרופסיונליות ברישוי ובפיקוח משרד המשפטים; על הרוקחים, הרופאים והאחיות – רגולציה של משרד הבריאות; על הפסיכולוגים – רגולציה של מועצה בפיקוח משרד הבריאות; על העובדים הסוציאליים – רגולציה של מועצה בפיקוח שר העבודה והרווחה; על הרופאים הווטרינרים – רגולציה של משרד החקלאות; על המורים – רגולציה של משרד החינוך; על המודדים – רגולציה של 'המרכז למיפוי ישראל' במשרד הבינוי והשיכון; על טכנאי התחבורה (עובדי מוסך), טכנאי החשמל, מתקני הגז ומפעילי העגורנים – רגולציה של מחלקת הבחינות במשרד העבודה והרווחה. ספנות ועיסוק בדיג נעשים ברישיון אגף הדיג במשרד החקלאות; הפעלת מעונות יום – באישור המחלקה למוסדות ציבור במשרד העבודה והרווחה; וכל העולים החדשים נדרשים לאשרור תעודות ההסמכה והמקצוע במשרד העלייה והקליטה ובתיאום עם משרדי הממשלה הרלוונטיים.

מתחם הסמכות ומרחב שיקול הדעת של הרגולטור

From the perspective of legal rights advocates, the single most important problem presented by all public agencies... can be summed up in the word **discretion**. Discretion is the opposite of fixed, clearly defined, and precisely stated eligibility rules and conditions. Discretion gives officials choices. ... Discretion, however, is a matter of degree that manifests itself under varying circumstances. In some

היא רשאית להחזיר את העניין לדיון חוזר במליאת המועצה. החלטתה השנייה של זו תהא סופית והממשלה לא תוכל לשנותה (סעיף 11 לחוק). יו"ר המועצה יהיה שר החינוך (סעיף 6 לחוק). שאלה שראוי לבחון היא אם מינוי המועצה על-ידי נשיא המדינה ואי-כפיפותה ההיררכית לממשלה מבטאת את עצמאותה של המועצה או שמא כהונתו של שר החינוך כיו"ר והאישור של הממשלה להחלטות המועצה (בערכאה הראשונה) מצביעות דווקא על אי-עצמאותה דה-פקטו של המועצה.

programs, rules are clear-cut and the choices allowed officials are minimal. However, such programs are relatively rare. In most programs... officials are allowed great latitude in imposing conditions as part of the price for delivery of social services.⁹⁴

רגולציה, מעצם הגדרתה, באה חוצץ בין האינטרס הציבורי ובין האינטרס של הפירמה או הענף שעל הסדרתו היא אמונה. אם ברגולציה 'כלכלית' עסקינן ואם ברגולציה 'סוציאלית', הרגולטור נדרש לאזן בין קבוצות או 'שחקנים' שונים, בין אינטרסים המנוגדים זה לזה, והכול במסגרת ההגבלות שהחוק מטיל עליו. לכאורה, ככל רשות מנהלית, גם לרגולטור אין שיקול דעת בלתי-מוגבל. כל סמכות הקמה ועולה בהסתמך על מדרג הסמכויות הדמוקרטית – שהעם הוא הריבון בו ומסמך את נבחריו לנהל בשמו ובעבורו את ענייני המדינה – נתונה למגבלות החוק וסרה לביקורתו של בית המשפט. מהו אם כן מתחם הסמכות ומהו שיקול הדעת הרגולטורי?
התכלית לרגולציה, כאמור, היא השמירה על האינטרס הציבורי: האינטרס הציבורי לרווחה חברתית; האינטרס הציבורי לשוויון זכויות; האינטרס הציבורי לחופש העיסוק; האינטרס הציבורי ליעילות תפעולית; האינטרס הציבורי לצדק. מבחינה נורמטיבית נדרש הרגולטור לפסוק בהחלטותיו נגד כל פעילות או היתר, איסור או צו-מניעה, הנוגדים בקיומם את מימושו של האינטרס הציבורי. כך מתפקידו של בנק ישראל:

לנהל, להסדיר ולכוון את מערכת המטבע וכן לכוון ולהסדיר את מערכת האשראי והבנקאות בישראל, בהתאם למדיניות הכלכלית של הממשלה...⁹⁵

אף על פי שלשון החוק אינה קובעת כי ההסדרה והפיקוח ייעשו לטובת הציבור, אין ספק בעניין זהותו של המוטב לפעילותו של הבנק ישראל: הציבור ואיש לא זולתו.
הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו אמונה על:

...קיום שידורים ופיקוח עליהם, וזאת בתחומי הלימוד, החינוך, הבידור

94 Handler, J. F., 1979, **Protecting the Social Service Client: Legal and Structural Controls on Official Discretion**, pp. 7-8.

95 סעיף 2 (ב) לחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954.

והמידע בנושאי מדיניות, חברה, כלכלה, משק, תרבות, מדע, אומנות וספורט.⁹⁶

לא זאת בלבד, מטרת ההקמה של רשות מפקחת מצוינת נכוחה:

קידום היצירה העברית; טיפוח אזרחות טובה וחזק ערכי הדמוקרטיה וההומניזם; מתן ביטוי למורשת היהודית וערכיה ולערכי הציונות; מתן ביטוי לתרבות העמים, ליצירה האנושית ולערכי הציוויליזציה לדורותיה; קיום שידורים בשפה הערבית לצרכיה של האוכלוסייה הדוברת ערבית, ולקידום ההבנה והשלום עם המדינות השכנות בהתאם למגמות היסוד של המדינה; מתן ביטוי מתאים למגוון התרבותי של החברה הישראלית ולהשקפות השונות הרווחות בציבור; שידור מהימן, הוגן ומאוזן; קיום שידורים להקניית השכלה לכל הציבור ולאוכלוסיות מוגדרות; קיום שידורים בשפות זרות לעולים חדשים ולתיירים; למנוע שידורים אסורים לפי חוק זה.⁹⁷

השמירה על האינטרס הציבורי מחייבת להעניק סמכויות שונות לרשויות הפיקוח השונות, ואלה יאכפו את הוראות החוק באמצעותן. כך לדוגמה, לסמכותו של המפקח על הבנקים נתונים:

...הפיקוח הכללי וביקורת על כל תאגיד בנקאי ותהא לו או לבאים מטעמו הסמכות לדרוש מתאגיד בנקאי וכן מדירקטור, מעובד או מרואה החשבון של תאגיד בנקאי, למסור לו ידיעות מסמכים שבידיהם הנוגעים לעסקי התאגיד הבנקאי וכל תאגיד שבשליטתו, או לאפשר לו לעיין בכל מסמך כאמור, להעתיקו או לצלמו; נדרשה ידיעה המאוחסנת במחשב, תומצא הידיעה בדרך שתידרש.⁹⁸

בדומה למפקח על הבנקים, המפקח על הביטוח וההון מוסמך לקבוע תנאים להנפקת רישיון מבטח; לחייב בהוכחת חוסן כלכלי; למנוע כהונתו של פלוני בתפקיד פלמוני בחברת ביטוח; להגביל פעילותו של המבטח לתחומים מסוימים או לציבור לקוחות מובחן; להסמך או שלא להסמך את ראובן או שמעון כסוכני ביטוח; לקבוע מבחני הסמכה ולשנותם חזר

96 סעיף 5 (א) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התשי"ן-1990.

97 סעיף 5 (ב) (10-1) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התשי"ן-1990.

98 סעיף 5 (א) לפקודת הבנקאות, 1941 (המפקח על הבנקים וסמכויותיו).

ושנה; לחייב חברה בתשלומי פיקדון ובביטוח על הפוליסות שמכרה; לבטל רישיון מבטח ועוד כהנה וכהנה.⁹⁹ לשם כך המפקח על הביטוח רשאי:

או מי שהוא הסמיך לכך... לדרוש מכל מבטח וסוכן ביטוח, ומכל דירקטור או מנהל עסקים שלהם, למסור לו כל ידיעה ומסמך הנוגעים לעסקי הביטוח שבטיפולו, לרבות דינים וחשבונות סטטיסטיים ואקטואריים, ולהראות לו או לנציגו כל פנקס, חשבון, תעודה או מסמך אחר שברשותו...¹⁰⁰

הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו מוסמכת לקבוע את לוח השידורים העונתי ולחלק את אזורי השידור לזכיינים שונים. בסמכותה לקבוע מועדי שידורים וכן כללים בדבר סוג השידורים, נושאי השידור, תכנים ורמה; היא מוסמכת להכריז שסוג שידורים מסוים אסור; לצנזר תכניות, נושאים וסוגים של פרסומות ולקבוע את מספר התכניות והיחס הכמותי ביניהן; היא מנסה להתאים לאוכלוסיות שונות תכניות שונות; והיד עוד נטויה.¹⁰¹

הרגולטור, מעצם תכלית תפקידו, אמור לאזן את חוסר-האיזון ביחסים החוזיים שבין ציבור הצרכנים והלקוחות (של הבנקים, של חברות הביטוח, של חברת החשמל, של זכייניות השידורים בטלוויזיה וברדיו, וכיוצא באלה) ובין החברות עצמן. בהיעדר פיקוח רגולטורי עשויה החברה למצוא עצמה מול שוקת שבורה ואת המדינה המתירנית (laissez faire) קורסת תחת חוסר השוויון ונטל הקרבנות של התחרות החופשית.¹⁰² אם-כך, הרי שהפרשנות התכליתית של בית המשפט רואה ברגולטור בא כוח הממשלה, המוסמך בשם האינטרס וטובת הציבור להגביל את חופש החוזים של הפירמה מזה ושל הציבור מזה ולפגוע באיזו מזכויותיו המוקנית לו מכללי הצדק הטבעי ומחוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק. ודוק, ראינו כי הסמכויות המוקנות לרגולטורים הן על-פי רוב סמכויות נרחבות, ובהן אף הסמכות לחקור, לעצור ולחקור. יתרה מכך, לרגולטור נתון שיקול דעת

99 ראו פרקים ג-ד לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981.

100 שם, סעיף 50 (א).

101 ראו סעיף 24 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.

102 ראו לעניין התערבות הרגולטור בחופש החוזים בבג"צ 7721/96 **איגוד שמאי הביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח**, בפסק דינו של השופט זמיר "אם ההתמודדות נערכת בזירה של חופש החוזים, ורק החברה והצרכן נמצאים בזירה, אין לצרכן סיכוי סביר בהתמודדות. חופש החוזים, במצב כזה, הוא לעתים קרובות חופש של החברה להכתוב תנאים לצרכן. התוצאה הצפויה היא לא רק פגיעה בצרכן כפרט, אלא בסופו של חשבון גם פגיעה בציבור כולו: הציבור נאלץ לצרוך שירותים ומצרכים ברמה נמוכה יותר ובמחירים גבוהים יותר מן הראוי והאפשרי."

נרחב אם להפעיל את סמכותו, איזו מסמכויותיו להפעיל, באיזו מידה, נגד מי ומתי.

המפקח על הביטוח וההון מוסמך להנפיק רישיון מבטח לחברה או אגודה שיתופית. הוא רשאי לעשות כן:

לפי שיקול דעתו ולאחר התייעצות בוועדה (המייצעת – א"ג).¹⁰³

ובמקום אחר:

המפקח רשאי לדרוש מן המבקש נתונים ומסמכים נוספים ככל הדרוש לדעתו לשם דיון בבקשה.¹⁰⁴

מהו, אם כן, שיקול דעתו זה של הרגולטור שלפיו יקבע בעד הנפקת רישיון לפלוני ונגד הנפקת רישיון לאלמוני? החוק אמנם מציין כמה פרמטרים שעל המפקח חלה החובה להביאם בחשבון, אך אלה באים כלשון תוספת לנתונים אחרים, שאין סימן או רמז בתוכם, תכליתם ומתחם הקרבה שלהם להחלטה הנדונה.¹⁰⁵

מקומה של הפרשנות בשיקול הדעת הרגולטורי

Administrative discretion begins with the enabling legislation, that is, the basic statutes that establish a given program and authorize the exercise of power. If the statute establishes fixed, clearly defined criteria for the exercise of agency choices, then discretion is narrowed. In the social services ...statutory criteria are vague, ill-defined, ambiguous, **and subject to conflicting and competing interpretations**; the statutes are replete with phrases such as "achieving or maintaining self-sufficiency; preserving, rehabilitating or reuniting families; preventing or reducing

103 סעיף 15 (א) לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981.

104 שם, סעיף 16 (ג). על אותו משקל מציין סעיף 21 (ב) כי "הפיקודן יוחזר למבטח אם הוכח **להנחת דעתו של המפקח** כי המבטח לא החל בניהול עסקי ביטוח..."; בסעיף 27 (א) "המפקח רשאי, **לפי שיקול דעתו**, לתת לתושב ישראלי שמלאו לו שמונה עשרה שנים רישיון סוכן מתמחה..." (ההדגשה שלי – א"ג).

105 ראו שם סעיף 16 (א): "בקשה לרישיון מבטח תוגש בטופס שקבע לכך המפקח ותכלול גם את הנתונים הבאים..." (ההדגשה שלי – א"ג).

inappropriate institutional care”; and “reduction or prevention of dependency.” Vague language in the statutes, the administrative rules, or the guidelines creates a downward-flow of discretion... Initially, the supervising agency interprets the statutory language and issues its interpretations in the form of regulations. The drafting and promulgating of such regulations is an exercise of discretion; the agency is making interpretive choices. Not un-expectedly the regulations are also often vague, so lower-level officials in turn have to make choices as to the meaning of the regulations. The process continues down through the administrative structure, until the lowest field officer interprets rules and guidelines for specific cases.¹⁰⁶

הדבר המנחה את שיקול הדעת של הרגולטור הוא כאמור שמירה וקידום של האינטרס הציבורי. זה נמסר לו, על-פי רוב, מכוח החקיקה הראשית של הכנסת. מטרתה להגדיר את מתחם שיקול הדעת והיא משאירה את דרך יישום ההחלטות לרשות המנהלית, ובענייננו כאן – לרגולטור. לכאורה, נדמה, כי אכן שיקול הדעת הנורמטיבי של הרגולטור מתוחם בחקיקה, גבולותיו ברורים ומובחנים, והאינטרס הציבורי הוא שמפעילו. אך בחינה של תהליך הרגולציה מעלה את השאלה כיצד נקבע מהו 'האינטרס הציבורי'? כיצד יכול ועשוי הרגולטור, מי שמופקד על שמירת האינטרס הציבורי, לפרש את מושגי החקיקה? נסביר ונדגים להלן.

שיקול דעתו של המפקח על הביטוח נתון לו לשם השגת טובתו של ציבור המבוטחים, כמו שנאמר:

טעמים שבטובת ציבור המבוטחים מצדיקים ביטול רישיון.¹⁰⁷

106 Handler (לעיל, הערה 94), שם, עמ' 8-9.

107 סעיף 22 (א7)) לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981. ועל אותו משקל סעיף 29 (ג) "היה המפקח סבור שנסיבות העניין וטובת הציבור מחייבים זאת, רשאי הוא להתלות רישיון סוכן..."; סעיף 36 (ג), " המפקח רשאי, **מטעמים מיוחדים שיפרט**, להטיל על מבטח פלוני **לתקופה מסוימת** הגבלות נוספות על אלה שנקבעו בתקנות..."; ובסעיף 42 (ג) "המפקח רשאי, **מטעמים שיירשמו**, לפטור מבטח מחובת הגשת דו"ח..."; ובסעיף 63 (ב) ובסעיף 64 (ב) "המפקח רשאי, **אם ראה בכך כדי להבטיח את ענייני המבוטחים**..."; ובסעיף 68 (ב) "היה המפקח סבור בנסיבות העניין שטובת הציבור מחייבת עשיית פעולה..." (ההדגשה שלי – א"ג).

כך גם הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו מפקחת על השידורים מתוך מגמה: טפח אזרחות טובה ולחזוק ערכי הדמוקרטיה וההומניזם.¹⁰⁸

החוק מסמך את הרשות להעניק זיכיון לשידור או למנעו,¹⁰⁹ לקדם או לפסול שידור, לחייב או לאסור שידור פלמוני ולו בשל היותו, על-פי שיקול דעת הרשות, הולם או סותר את רוח האמור. כך גם אשר לימתן ביטוי למורשת היהודית,¹¹⁰ נדמה כי הדברים האלה תוחמים את שיקול דעתה של הרשות, אלא שיש בהם כדי להרחיב ולא כדי לצמצם. אין המחוקק מגדיר מהי המורשת היהודית ומהו ביטוי ראוי למורשת זו, וכך פרשנותו הבלעדית של הרגולטור היא שמיטיבה או מרעה אתם. ההגבלות בלשון החוק נוסח:

מתן ביטוי לתרבות העמים, ליצירה האנושית ולערכי הציוויליזציה לדורותיה; למתן ביטוי מתאים למגוון התרבותי של החברה הישראלית ולהשקפות השונות הרווחות בציבור;¹¹¹

להלכה יש בחוק הכול ולמעשה יש בו אך מעט. שיקול דעת הרשות נתון למגבלות כמעט-מטפוריות, הפתוחות לפרשנותו של מי מחברי הרשות, וחזקה עליו שייצוק לתוך ההגדרה את השקפת עולמו, את תפיסותיו המוסריות, החברתיות, התרבותיות, הפילוסופיות ואף הפוליטיות. המחוקק הקפיד להגדיר את הפרופיל הנדרש לחבר המועצה, כדי שזה יידע להפעיל את שיקול דעתו נאמנה לציבור. הוא קובע כי:

חברי המועצה יהיו אנשי ציבור בעלי רקע תרבותי הולם, ניסיון וידע בתחומי התמחותם וניסיון והבנה למצב החברתי בישראל; בעת המינוי ישקף הרכב המועצה, במידת האפשר, את מגוון הדעות הרווחות בציבור.¹¹²

108 סעיף 5 (ב) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.
 109 שם, סעיף 37 (א8, 1) "המועצה רשאית לבטל זיכיון, להגבילו או לצמצמו אם... בעל הזיכיון לא קיים חוק זה או תקנות או כללים לפיו, שחומרת הפרתם מצדיקה, לדעת המועצה, ביטול הזיכיון, הגבלתו או צמצומו; ... (ו/או) טובת הציבור מחייבת זאת לדעת שני שלישים לפחות מחברי המועצה" (ההדגשה שלי – א"ג).

110 שם, שם.
 111 שם, שם. בסעיף 24 (א) לשון החוק כי "המועצה...תקבע כללים בכל הנוגע לשידורים, לביצועם ולפיקוח עליהם, ככל הנראה דרוש להגשמת מטרות חוק זה..." (ההדגשה שלי – א"ג).

112 שם, סעיף 7 (ב, ג). ובסעיף 47 (א) כי "בעל זיכיון יבטיח כי בשידור בענייני היום שלתוכנו יש משמעות ציבורית, יהיה ביטוי נאות לדעות שונות הרווחות בציבור."

אך האם יש בכך כדי להגדיר נאמנה את הכישורים הדרושים לחבר המועצה? האם פרופסור מכובד מהאקדמיה שאין ספק אשר לידע ולניסיון שבאמתחתו, ואולי אף להבנת המצב החברתי בישראל, מייצג בהכרח ירקע תרבותי הולם? היש מדד לבחון אם הרקע התרבותי שלו אכן הולם? ואם כן – את מי הוא הולם; עד כמה הולם; ומהו המדד לקבוע ניסיון וידע בתחומי התמחות? האם אוטודידקט לענייני משפטים וחברה ראוי פחות מדוקטור לענייני תרבות? ומהו המדד להצביע על 'מתן הביטוי' ה**ראוי** של מגוון הדעות הרווחות בציבור? מיהו המוסמך לנעול את הרשימה התאורטית שמגוון הדעות הרווחות בציבור מפורט בה? ומיהו הציבור, שאת דעותיו הרווחות יש לבטא – האם רק אזרחי המדינה או שמא גם תושביה? האם 300 אלף העובדים הזרים הנשכרים ומשתכרים וקונים במתקניה של החברה בישראל נמנים גם הם עם ה'ציבור' וגם דעתם היא חלק מ'מגוון הדעות הרווחות'? האם שיקוף הדעות כפי שצריך לעלות ב'הרכב המועצה' מחייב נציג של כל זרם (לדוגמה – הומו או לסבית ישקפו את הדעות הרווחות במגזר ההומו-לסבי; מובטל ייצג מובטלים; אישה תייצג נשים; גמלאי ייצג גמלאים) או שמא יכול מי שאינו נמנה עם קבוצה פלמונית לשקף בהצבעותיו גם את דעתן של קבוצות אלו ואחרות?

אין לאלה התייחסות של המחקר, וספק אם הוא יכול לתת לכך דעתו. באין לשון החוק יכולה לספק מענה והגדרה לכל מקרה ולכל תופעה שתבוא לפני מי שמוענקת לו סמכות מנהלית כלשהי, מקומו של שיקול הדעת עולה, ובבסיסו – שאלת הפרשנות. לא פרשנותו של האחד כפרשנותו של האחר, כשם שלא דרכו של אחד כדרכו של אחר. יהא הרגולטור נאמן לציבור ככל שיהא, יהיה מודע ויודע את רזי תפקידו וסמכויותיו ככל שיהיה, יעמוד לפניו ניסיונו ככל שיעמוד – אין באלה כדי לצמצם את מקומה של הפרשנות כי אם להרחיבה. הרגולטור יחליט על בסיס נאמנותו לציבור, בהסתמך על החוקים והתקנות המקיפים אותו ובהתבססו על כל כובד ניסיונו, אבל מבעד למסגרת הפרשנות הסובייקטיבית שלו, דרך השקפת עולמו ובתוך מרחב תפיסתו.¹¹³ אמנם אין באלה כדי לפסול כהונתו של

113 ראו א' ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה ב'**, עמ' 44-45: "חוק הוא יצירה תכליתית. יש בו מסר. מסר זה אינו פועל בנו כשלעצמנו, הוא חייב להיקלט בנו. קליטת המסר משמעותה פרשנותו. בני הציבור אליו מכוון המסר החקיקתי יבצעו אותו מתוך נאמנות לחוק, אך הם יעשו כן באופן שבו הם הבינו אותו. מבחינתם הם אין מסר אחר." וראו לעניין מקומן של התפיסות האישיות והשפעתן על קבלת ההחלטה בכלל ובמדיניות ציבורית בפרט ב-Schon and Rein (1994), הערה 45 לעיל, לדוגמה בעמ'

רגולטור, שהרי אין אנו מצביעים על תופעה ייחודית כי אם כללית, על משקל אקסיומה: כך דרכו של אדם ואין ביכולתו אחרת; אך כיוון שכך – ועל זאת אנו מצביעים – היות אדם יחיד מחזיק בידיו סמכויות רבות כל כך **שעצם הפעלתן נתונה לפרשנותו הבלעדית את לשון החקיקה**, ייתכן ומחייבת לאזן פרשנות זו בביקורת של הציבור.

לסיכום, בסמכויותיו של רגולטור אפשר להבחין בין **מתחם הסמכות** – מתחם המגדיר את הסמכות הפורמלית המואצלת לרגולטור מכוח חיקוק: אפשר שסמכותו תהא רחבה (לדוגמה – הממונה על ההגבלים העסקיים, הרשאי להנחות את כל הארגונים במשק אשר לאפשרותם להתאגד ולשלוט בשוק) ואפשר שסמכותו תהא צרה (לדוגמה – מועצת הלול, האמונה על הענף בלבד); בין **מתחם שיקול הדעת** – מתחם המגדיר את האלטרנטיבות השונות העומדות לרשותו של הרגולטור ואת חופש הבחירה ביניהן בתוך מתחם הסמכות; ובין **מתחם הפרשנות** – מתחם הנגזר ממידת המיקוד או ההכללה שלשון החוק נוקטת. נדמה כי לרוב הרגולטורים בישראל סמכויות רבות, אך בעיקר שיקול-דעת רחב ומתחם פרשנות ניכר.

“We see policy positions as resting on underlying structures of belief, 23 perception and appreciation, which we call *frames*. We see policy controversies as disputes in which the contending parties hold conflicting frames. ...parties’ conflicting frames determine what counts as a fact and what arguments are taken to be relevant and compelling. Moreover, the frames that shape policy positions and underlie controversy are usually tacit...”

רגולציה ורגולטורים – הצעות למיון נורמטיבי ופוזיטיביסטי

הרגולציה מעוצבת ומיושמת בעירוב גורמים ממשליים רבים, נתונה בידי אחד או רבים, כפופה לרשות זו או אחרת ונדרשת לענות על מבחן נורמטיבי שלא-פעם שונה מתכלית פוזיטיביסטית סמויה. כדי לבחון מדיניות-רגולציה נציע להלן מדדים מספר לאפיון ואבחון.

מיון מוסדי

ההנחה שבבסיס הניתוח המוסדי היא, כי למאפיינים הארגוניים יש השפעה ישירה וניכרת על דרך קבלת ההחלטות בארגון וממנה גם על התפוקות הארגוניות.

א. כפיפות – נבחן את **הכפיפות המנהלית** [לאיזה מנגנון מנהלי כפוף הרגולטור ובאיזו מידה]; את **הכפיפות למדיניות** [לאיזו מדיניות כפוף הרגולטור ובאיזו מידה]; ואת **מספר בעלי-התפקיד המחזיקים בסמכות הרגולציה** [האם יחיד או צוות]. בהסתמך על המדדים האלה, נמיון את הסמכויות לרגולציה בישראל:

- 1. רגולטורים משרדיים** הם עובדי המשרד הממשלתי המחזיקים בידיהם את הסמכויות הרגולטוריות בכפיפות מלאה לשר הממונה; לדוגמה: אגף הספקטרום והאגף לפיקוח על הבזק והדואר במשרד התקשורת; אגף הרישוי במשרד התחבורה; רשם החברות, רשם המתווכים ורשם המשכונות במשרד המשפטים; האגף לכלכלה, השקעות ותקציב במשרד התיירות; יחידת הפיקוח במשרד לאיכות הסביבה; אגף התקינה במשרד התעשייה והמסחר; מחלקת שירותים וטרינריים והיחידה למחירים ואספקה במשרד החקלאות; הצנזור הצבאי בצה"ל; האגף לתכנון והנדסה במשרד הבינוי והשיכון; האגף לפיקוח על בטיחות בעבודה במשרד העבודה והרווחה והממונה על הביטוח וההון במשרד האוצר.
- 2. יחידות סמך תלויות** המחזיקות בידיהן סמכויות רגולטוריות וכפופות למשרד ממשלתי או לממשלה הן בהייררכיה המוסדית-מנהלית הן בביצוע המדיניות. מכהנים בהן לרוב הן נציגי המשרד הממשלתי הן נציגי הציבור והן אנשי מקצוע בתחום. לדוגמה: הרשות השנייה לטלוויזיה

ורדיו, רשות השידור ורשות הדואר בכפוף לשר התקשורת; רשות הנמלים והרכבות, רשות שדות התעופה בכפוף לשר התחבורה; רשות החברות הממשלתיות בכפוף לראש הממשלה; המפקח על הבנקים (כפוף לנגיד בנק ישראל) בכפוף לממשלה; מינהל מקרקעי ישראל בכפוף לשר הבינוי והשיכון; מינהל הדלק ומינהל החשמל בכפוף לשר התשתיות.

3. יחידות סמך מעין עצמאיות הן רשויות רגולטוריות הכפופות למשרד ממשלתי או לממשלה מבחינה מוסדית-מנהלית אך אינן כפופות למדיניות הדרג המדיני. על-פי רוב הבסיס לכהונה באלה מקצועי ולא שיוך פוליטי. לדוגמה: הממונה על ההגבלים העסקיים בכפיפות מנהלית לשר התעשייה והמסחר.

4. רשויות עצמאיות הן רשויות שאינן כפופות למדיניות הממשלה או למי מזרועותיה מהבחינה המוסדית; לרוב מכהנים בהן נציגי ציבור, אנשי מקצוע ולעתים גם נציגי השלטון. לדוגמה: 'הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל', 'הרשות לשירותים ציבוריים – מים וביוב', 'הרשות לשירותים ציבוריים – טבע וגנים' ו'המועצה להשכלה גבוהה'.

5. מועצות פרופסיונליות הן מועצות שקיבלו את ההיתר מהמשרד הממשלתי הממונה, לרגולציה עצמית לעניין המקצוע האמור ומכהנים בהן נציגי הפרופסיה ונציגי השלטון. הן נתונות לפיקוח של משרד ממשלתי אך אינן כפופות לו מבחינה הייררכית מוסדית. דוגמאות לאלה: לשכת רואי החשבון, לשכת עורכי הדין,¹¹⁴ מועצת שמאי המקרקעין – בזיכיון ובפיקוח משרד המשפטים, מועצת הפסיכולוגים בפיקוח משרד הבריאות, מועצת העובדים הסוציאליים בפיקוח משרד העבודה והרווחה.

ב. מינוי – נבחן את דרך המינוי של הרגולטור לתפקידו. בחינה זו מצביעה על מידת התלות האפשרית של בעל התפקיד ברמה הממנה ומאפשרת לחוקר לבחון את מי משרתות תפוקותיו של הרגולטור. שאלת המינוי מבקשת לשלול או לאשש את האפשרות שרגולטור פלוני ישרת את מי שמינה אותו

114 ראו כדוגמה לרגולציה פרופסיונלית בחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, ס' 1-2: "מוקמת בזה לשכת עורכי הדין, שתאגד את עורכי הדין בישראל ותשקוד על רמתו וטהרו של מקצוע עריכת-הדין; הלשכה – תרשום מתמחים, תפקח על התמחותם ותבחנם; תסמיד עורכי דין על-ידי קבלתם חברי הלשכה; תקיים שיפוט משמעתית לחבריה ולמתמחים, הכל בהתאם לחוק זה"; ראו דוגמאות נוספות גם בחוק שמאי המקרקעין, התשכ"ב-1962; חוק המהנדסים והאדריכלים, התשי"ח-1958; חוק המודדים (מקצוע המדידה), התשמ"ב-1982; חוק רואי החשבון, התשט"ו-1955; חוק הרוקחים (נוסח חדש), התשמ"א-1981.

ולא את הציבור שלמענו הוא אמור לפעול. כמו-כן, אפיון זהותו של הדרג הממנה ויחסי הגומלין בינו ובין הממונה הוא בסיס למבחן נורמטיבי ואמפירי לעמידתו של הרגולטור בעקרונות האחריותיות (accountability) והנשיאה באחריות (responsibility).

על-פי מיון זה, מינוי הרגולטורים בישראל אפשר שייעשה:

1. על-ידי שר או יותר בממשלה – דוגמת מינויים של המפקח על הביטוח וההון,¹¹⁵ של החברים והיו"ר של הרשות לניירות ערך¹¹⁶ ושל חברי מועצת הלול.¹¹⁷
2. על-ידי שר בממשלה אך בהתייעצות עם ועדה מוועדות הכנסת – דוגמת מינוי המועצה למוצרי פירות וירקות.¹¹⁸
3. על-ידי הממשלה במליאתה – דוגמת מינוי נציב המים¹¹⁹ ומנהל מינהל מקרקעי ישראל.¹²⁰
4. על-ידי הממשלה במליאתה, אך לאחר המלצה של שר פלוני – דוגמת מינוי הממונה על ההגבלים העסקיים,¹²¹ מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו¹²² ומועצת הרשות לפיקוח חקלאי.¹²³

115 ראו סי' 2 לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981: "שר האוצר ימנה מפקח על הביטוח מקרב עובדי המדינה."

116 ראו סי' 3א, ב לחוק ניירות-ערך, התשכ"ח-1968: "הרשות תהיה מורכבת מחברים שימנה שר האוצר...; שר האוצר ימנה אחד מחברי הרשות ליושב-ראש הרשות ואחד מהם למשנה ליושב-ראש."

117 ראו סי' 5 לחוק המועצה לענף הלול [ייצור ושיווק] התשכ"ד-1963: "השרים [החקלאות והמסחר והתעשייה – אא"ג] יקבעו את מספר חברי המועצה, שלא יפחת מארבעים ולא יעלה על חמישים, בהם נציגי הממשלה, נציגי ההסתדרות הציונית העולמית ונציגי הציבור."

118 ראו סי' 2א לחוק המועצות למוצרי פירות וירקות [ייצור וייצוא] התשל"ג-1973: "רשאי השר, בהתייעצות עם ועדת הכלכלה של הכנסת, לכונן בצו, שיפורסם ברשומות, מועצות למוצרי פירות וירקות..."

119 ראו סי' 138 לחוק המים, התשי"ט-1959: "הממשלה תמנה נציב מים."

120 ראו סי' 2ב לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ד-1960: "הממשלה תמנה מנהל המינהל."

121 ראו סי' 4א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988: "הממשלה תמנה, לפי הצעת השר, ממונה על הגבלים עסקיים."

122 ראו סי' 7א לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990: "הממשלה תמנה, לפי המלצת השר לאחר שהתייעץ עם ארגונים של סופרים, מורים ואמנים, המוסדות להשכלה גבוהה, האקדמיה ללשון העברית, האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים ועם גופים ציבוריים אחרים מועצה בת חמישה עשר חברים, ומביניהם את יושב ראש המועצה."

123 ראו סי' 7א לחוק הרשות לפיקוח חקלאי, התשמ"ח-1988: "לרשות תהיה מועצה של שניים-עשר חברים שימנה השר [החקלאות – אא"ג], והם: נציג של כל אחת מחמש

5. על-ידי הממשלה במליאתה, אך לאחר המלצתם של מספר שרים – דוגמת מינוי המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין¹²⁴ ומינוי הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל.¹²⁵
6. על-ידי עובד המדינה שהוסמך לכך – דוגמת מינוי המפקח על הבנקים.¹²⁶
7. על-ידי נשיא המדינה – דוגמת מינוי המועצה להשכלה גבוהה.¹²⁷

ג. הפרדת רשויות – נבחן את מידת ההפרדה בין הרשויות השלטוניות

ובין הרשות הרגולטורית. ההנחה בבסיס דוקטרינת 'הפרדת הרשויות' היא שאת הפונקציות המרכזיות של השלטון – חיקוק, ביצוע ושיפוט – צריך לבזר לשלוש רשויות. כל אחת מהן תופקד על פונקציה אחת. מונופול של אחת הרשויות על יתר הסמכויות, או לשון אחר, אחיזה של בעל-סמכא אחד בכל פונקציות השלטון, כמוהו ככרוניקה ידועה מראש של רמיסת החירות של הפרט וסיאוב מערכות השלטון.

הברון דה-מונטסקיה מציין בחיבורו 'רוח החוקים' כי לא הגדרתו של השלטון היא המעניקה את החירות לפרט, אלא אופיו של הממשל. כך הן בדמוקרטיה, המושתתת על ריבונותו של העם, והן באריסטוקרטיה המושתתת על ריבונות האליטה, אין הכרח שהחירות תישמר אם השלטון

המועצות החקלאיות; שני נציגים של השר מבין עובדי משרדו, נציג של שר המשטרה, נציג של שר התעשייה והמסחר ונציג של היועץ המשפטי לממשלה, שיתמנו שלושתם מבין עובדי המדינה, וכן שני נציגי ארגונים שלדעת השר הם ארגונים חקלאיים יציגים; השר ימנה את אחד מנציגיו ליושב ראש המועצה ואת נציגו השני למלא מקום היושב ראש."

124 ראו ס' 6 (א-ב) לחוק הבזק, התשמ"ב-1982 (תיקונים התשמ"ו, התשנ"ח): "הממשלה תמנה מועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין; במועצה יהיו שלושה-עשר חברים שיציע השר [התקשורת – אא"ג] לממשלה, והם: ששה נציגי הממשלה שהם עובדי המדינה ובהם אחד לפי המלצת שר החינוך, אחד לפי המלצת שר המשפטים, אחד לפי המלצת שר האוצר ושלושה לפי המלצת שר התקשורת; שבעה נציגי ציבור ובהם שניים שהמליץ עליהם השלטון המקומי, שניים המייצגים לדעת השר את הצרכנים, אחד המייצג לדעת השר את האמנים והיוצרים בישראל ושניים שהם נציגי גופים בתחום החינוך והתרבות שהמליץ עליהם שר החינוך."

125 ראו ס' 22 לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996: "הרשות תהיה מורכבת מחמישה חברים שמינתה הממשלה, לפי הצעת השרים" [התשתיות, האוצר – אא"ג].

126 ראו ס' 5 לפקודת הבנקאות, 1941: "הנגיד [בנק ישראל – אא"ג] רשאי למנות מפקח על הבנקים, ומשנתמנה יהי עובד בנק ישראל ובידיו יהיו הפיקוח על הכללים והביקורת על כל תאגיד בנקאי..."

127 ראו ס' 2 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958: "מוקמת בזאת מועצה להשכלה גבוהה שחבריה יתמנו על-ידי נשיא המדינה", ובס' 4: "חברי המועצה יוצעו לנשיא המדינה על-ידי הממשלה."

מנצל את ריבונותו בדרך שאין בה לשרת אלא אותו עצמו. יצר השלטון רע מנעוריו – אומר המחבר – ועל-כן צריך לצמצם ככל האפשר את האפשרות שהשלטון יסרח על-ידי כינון שלטון של איש אין בו מונופול על הכוח. אשר על-כן צריך שתקום הפרדה בין רשויות השלטון:

כאשר הרשות המחוקקת והרשות המבצעת נמצאות ביחד בידי אדם אחד או בידי גוף שיפוטי אחד, אין כלל חירות; שכן אפשר לחשוש שאותו מונרך או אותו סנאט יכונן חוקים טירניים ויבצע אותם באופן טירני. ואין חירות גם כאשר הרשות השופטת אינה נפרדת מהרשות המחוקקת והמבצעת. אם היא חוברת לרשות המחוקקת, הרי שהשופט הוא המחוקק וחייהם וחירותם של האזרחים יהיו נתונים לשרירותו. ואילו חברה לרשות המבצעת, כי אז יהיה בידי השופט כוח של נוגש. הכול יאבד אם שלוש רשויות לה... תימצאנה בידי איש אחד או בידי גוף אחד, אם של אריסטוקרטים ואם של העם.¹²⁸

האבות המייסדים של ארה"ב אימצו את דוקטרינת הפרדת הרשויות וראו בה מנגנון אופטימלי – ולא אידאלי – לקבלת ההחלטות המייצגות את האינטרס הציבורי המבוזר בחברה. בני-אדם מתאגדים באמצעות קבוצות האינטרס לשם השגת מבוקשם. אין בהתאגדויות האלה משום רעה חולה של החברה, כי אם הכרח מבורך שיש למצוא את הדרך המוסדית לנתבו למדיניות ציבורית פורמלית. בהגותם טענו המייסדים כי הקונפליקטים החברתיים אינם מאיימים על קיומה של החברה אלא מפעילים אותה, והם שעשויים להשביח את ההחלטות המדיניות של נציגי החברה. הפתרון לדמוקרטיה 'רעה', כפי שהם ראו אותה, המשמשת את בית הנבחרים לבדו ונעשית פופוליסטית, אינו טמון בנטילת הריבונות מהעם אלא בכינון הסדרים מוסדיים המנטרלים זה את כוחו של האחר ומפקחים זה על זה.¹²⁹

128 הברון דה-מונטסקיה, הערה 9 לעיל, פרק שישי, עמ' 164.
129 ראו המילטון, מדיסון וגיי, **הפדרליסט**, 2001, פרקים כ"ד-כ"ה. השוו גם לא' גוטפלד, "עקרון הפרדת הרשויות ותביעת מרברי נ' מדיסון," בתוך א' גוטפלד (עורך), **הדמוקרטיה האמריקנית – הממשי, המדומה והכוזב**, 2002, עמ' 310. "מניחי היסוד לדמוקרטיה האמריקנית לא טיפחו אשליות רבות באשר למין האנושי. כמו תומס הובס הם האמינו שיצר האדם רע מנעוריו, שריבונות נובעת מהסכסוך בין הנשלטים, ושאחת ממטרות הממשל העיקריות היא להגן על האזרחים מהנזקים שהם עלולים לגרום לעצמם. אך בניגוד להובס, הם לא בטחו בסמכות מוחלטת אלא בממשל מוגבל... ההפרדה בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת ולרשות השופטת היוותה מחסום בפני אגירת כוח וסמכות בלתי מוגבלים בידי הממשל, והיא נועדה למנוע עריצות. זה היה המכשיר לריסון חלקי הממשל והסמכות השונים ולאזון ביניהם."

- האפיון על-פי דוקטרינת הפרדת הרשויות יעמוד על שלושה מדדים:
1. המישור הפונקציונלי – אבחנה בין שלושת התפקידים של השלטון: חיקוק, ביצוע ושיפוט.
 2. המישור המוסדי – כל אחת מהפונקציות השלטוניות תימסר לסמכותו של מוסד או רשות נפרדים.
 3. המישור הפרסונלי – לא יחזיק בעל תפקיד ביותר מפונקציה שלטונית אחת.

מיפוייה של הפרדת הרשויות ביחסי הגומלין בין גורם ממשלי אחד למשנהו עשויה להצביע מחד על מקום מעורבותם האפשרי של שיקולים זרים בשיקול הדעת המנהלי; מאידך היא עשויה להצביע על ערוצי הבקרה והביקורת שתכליתם למנוע מעורבותם של השיקולים האלה בהליך המנהלי או לפחות לצמצם את השפעתם האפשרית. הדמוקרטיה המודרנית מבוססת על עקרון הפרדת הרשויות. הן מכוונות, כל מדינה לשיטתה, מערכת של איזונים ובלמים. מערכת זו מונעת מרשות אחת למשול בדמוקרטיה כשליטה יחידה.

גם ישראל, כמו יתר המדינות הדמוקרטיות, עיצבה את הפרדת הרשויות בדרכה הייחודית. היא הקימה את שלוש הרשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת – וביניהן כוננה חקיקה היוצרת תלות הדדית בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת ואי-תלות (יחסית) של הרשות השופטת. מערכת האיזונים והבלמים בישראל, בין בשנות הדמוקרטיה הפרלמנטרית שלה¹³⁰ ובין בשנות הדמוקרטיה הנשיאותית שלה,¹³¹ נתנה כוח רב בידיה של הרשות המבצעת:

130 ראו חוק-יסוד: הממשלה, התשכ"ח-1968. בדמוקרטיה פרלמנטרית הרשות המחוקקת היא המעניקה את הסמכות והלגיטימציה לרשות המבצעת בפועלה. אם אין אמון של הכנסת בממשלה, הממשלה חדלה לכהן. הציבור אינו בוחר את ראש הממשלה במישרין; הוא נבחר מהיותו העומד בראש המפלגה שקיבלה את המנדט מנשיא המדינה להקים קואליציה.

131 ראו חוק-יסוד: הממשלה, התשנ"ב-1992 (חוק הבחירה הישירה). בשנות תקפותו של החוק היו שכינו את הדמוקרטיה הישראלית 'נשיאותית', על משקל יצור-כלאיים השואב משני טיפוסים משטר מוכרים: מאפיינים מדמוקרטיה פרלמנטרית (כגון: כהונתה של הממשלה מכוח אמונה של הכנסת; הסמכות להדיח את ראש הממשלה מתפקידו; הסמכות להדיח שר מתפקידו; מינוי שרים המחייב אישור הכנסת) ומאפיינים מדמוקרטיה נשיאותית (כגון הבחירה הישירה של ראש הממשלה על-ידי הציבור בבחירות כלליות; האחריות של השרים בפני ראש הממשלה).

...[ש]מרכזת בידה כוח עצום, מעבר למקובל בדמוקרטיה אחרות ולא רק בתחום הביצוע. יש לה סמכויות מופלגות גם בתחום החקיקה, הן מבחינת הכמות והן מבחינת המהות. מבחינת הכמות, החקיקה היוצאת מתחת ידי הממשלה, במתכונת של חקיקת משנה, רבה עשרות מונים מן החקיקה הראשית היוצאת מתחת ידי הכנסת... מבחינת המהות, חקיקת המשנה אינה עוסקת רק בביצוע הסדרים שנקבעו בחקיקה הראשית, אלא קובעת גם הסדרים ראשוניים בתחומים שונים... יש לרשות המבצעת גם סמכויות נרחבות בתחום השפיטה: עשרות בתי-דין מינהליים, המתמנים על-ידי שרים ופועלים מחוץ למערכת של בתי המשפט, דנים ומכריעים בסכסוכים...¹³²

רשויות הרגולציה – בישראל וכן בארצות-הברית ובבריטניה – כונו כזרועות פיקוח; במישור הנורמטיבי התעוררה השאלה אם מכוח הגדרתן זו תפקידן לפקח בדרך של חיקוקים, לפקח בדרך של אכיפה [ליישם חקיקה] או שמא לפקח בדרך של שפיטה. שאלה זו אינה משמשת עניין למחקר בספרות. הספרות רואה ברשויות הרגולטוריות את זרועה של הרשות המבצעת, גם אם הפיקוח עליהן נתון דווקא בידי המחוקק.¹³³ אם הרשות הרגולטורית מפקחת כרשות מחוקקת, אם כרשות מבצעת ואם כרשות שופטת, דוקטרינת 'הפרדת הרשויות' מחייבת כי תהא בידה רק סמכות שלטונית אחת.

שעה שהנורמות הנקבעות במסגרת סמכויותיו של הרגולטור נעשות מקיפות יותר בתכולתן ובמהותן, עולה חשיבות השאלה על אודות ריבונותו של הציבור – כיצד זו באה לידי ביטוי בהחלטותיו של הרגולטור? אם אין לחברה יכולת ממשית לפקח, לבקר או להשפיע על שיקול דעתו של הרגולטור – מאחר שאינו זה העומד לבחירה ואינו מקיים משאלי-עם – הוא כפוף לפיקוחן של רשויות השלטון במישרין או בעקיפין ומידת עצמאותו ומדרגו ההיררכי (למי כפוף ובאיזה אופן) מותנים. כיוון שכך אין ריבונותו של העם באה לידי ביטוי בהחלטות הרגולציה, כי אם (אולי) דווקא 'בריבונותן' של קבוצות לחץ בעלות-עניין:

...ההחלטות המתקבלות ביחס לפיקוח על תעשיות, תמיכה בהן וכדומה צריכות להיות חלק מתהליך דמוקרטי של קבלת החלטות, ולא להתקבל

132 י' זמיר, 1996, הערה 5 לעיל, עמ' 67-68.

133 דוגמת הזיקה של הוועדות העצמאיות בארה"ב לנשיא (הממנה את יושב הראש) ולקונגרס (המפקח על פעולתן). ראו לעיל, פרק 3.

באופן ביורוקרטי, הנשלט על-ידי קבוצות אינטרסים מאורגנות הלוחצות על-פי רוב להורדת הסטנדרטים הרגולטיביים (בעיקר של תעשיינים ומעבידים).¹³⁴

לעניין אפיון סמכויות החקיקה, הביצוע והשיפוט – אין מבחננו עומד על כותרת הסמכות המצויה בידי הרגולטור; שהרי אין המחוקק תוחם סמכותו של הרגולטור תחת כותרת 'סמכות חקיקה', 'סמכות ביצוע' או 'סמכות שיפוט'. עם זאת, המחוקק מגדיר את סמכויותיו של הרגולטור באופן שמבחינה **פונקציונלית** יש בהן הבחנה בין חקיקה, ביצוע ושיפוט. הניתוח על בסיס גישת 'הפרדת-הרשויות' מבקש למקד את הסמכויות האלה ולהדגים את ההבדל הפונקציונלי ביניהן לאור ההנחה המקופלת בבסיסה של הגישה ש"כאשר הרשות המחוקקת והרשות המבצעת נמצאות ביחד בידי אדם אחד או בידי גוף שיפוטי אחד, אין כלל חירות."¹³⁵

אם המחוקק קובע כי רגולטור פלוני "רשאי לקבוע כללים/הוראות לעניין..." מבחינה פונקציונלית הדבר משול לסמכותה של הכנסת לקבוע כללים בעצם מעשה החקיקה; אם המחוקק קובע כי רגולטור פלוני "רשאי לבצע חיפוש, להעתיק, להחרים ולדרוש כל מסמך או ציוד אחר..." הדבר משול לסמכותה של הרשות המבצעת לאכוף דבר חקיקה; אם המחוקק קובע כי רגולטור פלוני רשאי "להטיל חיוב כספי על בעל זיכיון ו/או לשלול ממנו זיכיון בגין כל הפרה של..." הדבר משול לסמכותו של בית המשפט להטיל קנס או כל עונש על נאשם בגין הפרה של חוק.

מבחן **הפרדת הרשויות** צריך למפות את מכלול הסמכויות שהרגולטור מחזיק בהן לבדו. בישראל, תלם זה מצביע על סמכויות נרחבות הנתונות בידיהם של רבים מהרגולטורים. כך לדוגמא, **סמכויות ביצוע** מסורות בידי הממונה על ההגבלים העסקיים:

- "הממונה או מי שהסמיך לכך מבין עובדי המדינה, רשאי, אם יש לו יסוד סביר להניח שהדבר דרוש כדי להבטיח את ביצועו של חוק זה או למנוע עבירה על הוראותיו – (1) להיכנס לכל מקום שבו מתנהל עסק ולערוך בו חיפוש...; (2) לתפוס כל חפץ... שיש לו יסוד סביר להניח כי הוא עשוי לשמש ראיה במשפט על עבירה כאמור."¹³⁶

134 ראו ד' ברק-ארז, תשס"א, עמ' 375-376.

135 ראו הברון דה-מונטסקיה, הערה 9 לעיל, שם.

136 חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, סי' 45 (א).

- "התעורר חשד לביצוע עבירה לפי חוק זה... רשאי הממונה, או מי שהוא הסמיך לכך, לחקור כל אדם הקשור לעבירה מעבירות כאמור, או שעשויות להיות לו ידיעות הנוגעות להן, ולדרוש מכל אדם כאמור להתייצב בפניו לשם חקירה כאמור, להתלוות אליו לחקירה ולמסור לו כל פרט, מסמך וידיעה הנוגעים לאותה עבירה..."¹³⁷
- "כל אדם חייב, לפי דרישתו של הממונה, או מי שהוא הסמיך לכך מבין עובדי המדינה, למסור לו את הידיעות, המסמכים, הפנקסים, ושאר התעודות שלדעת הממונה יש בהם כדי להבטיח או להקל את ביצועו של חוק זה."¹³⁸

ומאידך, נתונות בידי הממונה גם סמכויות, שמשמעותן הפונקציונלית אינה אלא **שיפוט/מעין-שיפוט**:

- "הממונה רשאי לקבוע כי פטור המוענק בכללי פטור הסוג לא יחול על הסדר כובל מסוים..."¹³⁹
- "הממונה רשאי – (1) לדרוש בכתב מבעל מונופולין המתכוון להתקשר עם לקוחות או ספקים על-פי חוזה אחיד... כי יגיש בקשה לאשור החוזה... (2) לדרוש מבעל מונופולין המייצר או מייבא נכס או נותן שירות שהמפרט שלו נקבע כתקן... כי לא ייצר, לא ייבא ולא ימכור את הנכס או לא יתן את השירות אלא אם כן התאימו לדרישות התקן."¹⁴⁰
- "הממונה רשאי לקבוע אם – (1) הסדר או הסדר שצדדים מבקשים להגיע אליו, הינו הסדר כובל; (2) קו פעולה שאיגוד עסקי קבע או המליץ עליו, או מבקש לקבוע או להמליץ עליו, שהינו הסדר כובל; (3) במיזוג חברות מתקיימים תנאי סעיף 17; (4) קבוצת ריכוז היא בעל מונופולין; (5) בעל מונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק."¹⁴¹

המפקח על הבנקים מחזיק בידי סמכויות **ביצוע**:

- "...ותהא לו או לבאים מטעמו הסמכות לדרוש מתאגיד בנקאי וכן מדירקטור, מעובד או מרואה החשבון של תאגיד בנקאי, למסור לו ידיעות ומסמכים שבידיהם הנוגעים לעסקי התאגיד הבנקאי וכל תאגיד

137 שם, ס' 46 (א).

138 שם, ס' 46 (ב).

139 שם, ס' 15 (ז).

140 שם, ס' 27 (א).

141 שם, ס' 43 (א).

שבשליטתו, או לאפשר לו לעיין בכל מסמך כאמור, להעתיקו או לצלמו; נדרשה ידיעה המאוחסנת במחשב, תומצא הידיעה בדרך שתידרש.¹⁴²

ומאידך, הוא מחזיק גם בסמכויות שבפועל הן **סמכויות מעין-שיפוטיות**:

- "היה המפקח סבור, לאחר תום התקופה שפירש בהודעה... שתאגיד בנקאי לא תיקן את הפגמים שעליהם הודיעו לו ... או לא מנע פגיעתם, או היה סבור, לאחר שנתן הזדמנות לתאגיד הבנקאי להשמיע את או להגיש הערותיו והשגותיו, שיש צורך לנקוט אמצעים... רשאי הוא, לאחר התייעצות בוועדת הרישיונות – (1) להורות לתאגיד בנקאי שיימנע מסוגי-פעולות שפורשו באותה הוראה...; (2) לאסור על חלוקת דיבידנד או רווחים לבעלי מניותיו של התאגיד הבנקאי ועל מתן הטבות לחברי הדירקטוריון, למנהלים ולבעלי זכות חתימה של התאגיד הבנקאי; (3) להתלות או להגביל סמכותו של חבר דירקטוריון, מנהל עסקים או בעל זכות חתימה."¹⁴³

המיפוי לפי הדוקטרינה של הפרדת הרשויות מצביע על רגולטורים שבמסגרת המוסדית-הפנימית מפרידים בין פונקציות חיקוק לפונקציות ביצוע ושיפוט. כך לדוגמה, מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו מחזיקה בידיה סמכויות שמשמעותן הפונקציונלית היא חיקוק:

- "המועצה... תתווה את קווי פעולתה של הרשות; תפקח באופן שוטף על ביצוע השידורים בידי בעלי הזיכיונות, ועל קיום השירותים שהם נותנים; תדון בהצעת תקציב של הרשות לכל שנת כספים שהגיש לה המנהל ותאשרו כפי שהוצע לה או בשינויים שתמצא לנכון; תמנה על-פי המלצת המנהל את נציגי הרשות במועצת המנהלים של החברה; תקבע את לוח המשדרים העונתיים של בעלי זיכיונות לפי הצעה שהגיש לה המנהל; תקבע, באישור השר, את האזורים לזיכיון לשידורי רדיו...; תדון בדנינים וחשבונות שמבקר הרשות יגיש לה ותקבע מסקנותיה; תקבל לפי דרישתה דינים וחשבונות מהמנהל ומוועדות המשנה...; תגיש לשר כל דין וחשבון שיידרש; תדון ותחליט בכל עניין אחר שייראה לה דרוש לביצוע תפקידיה;¹⁴⁴

142 ראו פקודת הבנקאות, 1941, סי' 10(1).

143 שם, סי' 8.

144 ראו בחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התשי"ן-1990, סי' 23.

- "המועצה, ביוזמתה או לפי דרישת השר, תקבע כללים בכל הנוגע לשידורים, לביצועם ולפיקוח עליהם, ככל הנראה לה דרוש להגשמת מטרות חוק זה, לרבות בדבר (1) סוגי השידורים, נושאים, תכניהם, אופיים ורמתם, בין בדרך כלל ובין לעניין מסוים; (2) שידורים אסורים...; (3) מועדי השידורים; (4) הדרכים והמועדים למסירת מידע מוקדם לרשות אודות תכניות השידורים ותוכנם; (5) תכניות שלשידורן נדרש אישור מוקדם מראש הרשות...; (6) נושאים, סגנונם, תוכנם, היקפם ועיתוים של שידורי פרסומת...; (7) תכניות ותשדירים שמהם חייב בעל הזיכיון לשמר העתקים מוקלטים, לרבות אופן השימור ותקופתו; (8) מספר התכניות והיחס הכמותי ביניהן, לפי אלה: (א) סוגי התכניות; (ב) אוכלוסיית היעד אליה מכוונת התוכנית; (ג) הפקות מקומיות... או תכניות אחרות; (9) הפקות מקומיות קניות או הפקות עצמיות של בעל הזיכיון; (ה) שידורים עברית ובשפות אחרות; ..."¹⁴⁵

מועצת הרשות השנייה משולה לגוף המחוקק והיא מסמיכה את הגוף המבצע ומאצילה לו סמכויות שבפועל הן סמכויות ביצוע:

- "המועצה תמנה, על-פי המלצת השר ובאישור הממשלה את המנהל הכללי של הרשות";¹⁴⁶
- "המנהל אחראי לניהול השוטף של ענייני הרשות ותפקידיו, בין היתר, יהיו: (1) להכין לחלוקת יחידות השידור בין בעלי זיכיון לשידורי טלוויזיה ולהגישה לאישור המועצה; (2) לדרוש ולקבל מבעל זיכיון את הצעתו ללוח משדריו, להכין לוח משדרים לכלל השידורים ולהגישו לאישור המועצה בצירוף המלצותיו; (3) לפקח על-כך שבעלי הזיכיון יקיימו את השידורים לפי הוראות חוק זה...; (4) להכין את הצעת התקציב של הרשות לכל שנת כספים ולהגישה למועצה לאישור...; (5) להגיש למועצה

145 ש"ס, ס' 24 (א).

146 ש"ס, ס' 25. לעניין הפרדת הרשויות ראוי להדגיש כאן כי ראש 'הרשות המבצעת' של הרשות השנייה מכהן מכוח מינויה של 'הרשות המחוקקת' של הרשות השנייה. לקיום קשר התלות השווה גם ס' 28 (ב) הקובע כי "המנהל יפעל לפי החלטות המועצה והנחיותיה"; השווה גם ס' 26 (ב), הפורט תרחישים לסיום מוקדם של כהונת המנהל והקובע בסעיף קטן (3) כי "המועצה, ברוב של שני שלישים מחבריה, החליטה, בהחלטה מנומקת, להעבירו מתפקידו". אפשר לקשור בהקבלה ליחסי-הגומלין בין הכנסת לבין ראש הממשלה כפי שעולה מחוק-יסוד: הממשלה, התשנ"ב, ס' 27(א), הקובע כי "הכנסת רשאית, ברוב של שמונים חבריה [שני שלישים מחברי הרשות המחוקקת – אאי"ג] להעביר את ראש הממשלה מכהונתו."

דין וחשבון שנתי על פעולות הרשות ופעולות בעלי הזיכיון...; (6) ליעץ לבעלי הזיכיון בכל הנוגע לקיום השידורים; (7) לקיים במועדים שייקבעו סקרי צפייה והאזנה לשידורים..."¹⁴⁷

● "לצורך פיקוח על ביצוען של הוראות חוק זה, התקנות והכללים שלפיו ותנאי הזיכיון, רשאי נציג שהרשות הסמיכה אותו לכך להיכנס לכל מיתקן, משרד, אולפן או תחנת שידור המשמשים בעל זיכיון לצרכי הפעלת שידורים או ניהולם לפי העניין; הנציג רשאי לעיין ולבדוק כל מסמך, רשימה, ספר חשבונות, פנקס, מאגר מידע ממוחשב או הקלטה ולהעתיקם בכל דרך שתיראה לו, ובלבד שהעתיקה כאמור תהא מותרת לצרכי פיקוח בלבד; בעל הזיכיון או נציגו לעניין זה חייב... למסור כל מידע שברשותו או שבשליטתו, הדרוש לנציג לשם פיקוח כאמור..."¹⁴⁸

והנה הרשות אוחזת בידה גם סמכויות שבפועל יש להן משמעות של

סמכויות מעין שיפוטיות:

● "המועצה רשאית לבטל זיכיון, להגבילו או לצמצמו אם מצאה כי נתקיים אחד מהתנאים הבאים, ובלבד שנתנה לבעל הזיכיון הזדמנות נאותה להשמיע לפנייה את טענותיו: (1) בעל הזיכיון לא קיים הוראות חוק זה או תקנות או כללים לפיו, שחומרת הפרתם מצדיקה, לדעת המועצה, ביטול הזיכיון, הגבלתו או צמצומו; ... (3) בעל הזיכיון לא גילה לוועדת המכרזים מידע שנדרש לגלותו או שמסר לה מידע לא נכון; ... (8) טובת הציבור מחייבת זאת, לדעת שני שלישים לפחות מחברי המועצה..."¹⁴⁹

● "הרשות רשאית ליטול, במועדים שתקבע, מבעל זיכיון שהפר בשידוריו כלל מכללי המועצה או הוראה שניתנה לפיהם או ששידר שידורים אסורים, זמני שידור כלהלן: (1) עבור כל דקה של שידור תוך הפרה – דקה אחת של שידור פרסומת או עשר דקות של שידור אחר...; (2) עבור שידור תוך הפרה שארכו פחות מדקה – עד דקה של תשדיר פרסומת..."¹⁵⁰

147 שם, סי' 28 (א).

148 שם, סי' 108.

149 שם, סי' 37 (א).

150 שם, סי' 49 (א).

מיון על-פי תכלית הרגולציה

כפי שציינו בפרק הראשון, ההצדקה הנורמטיבית למדינה להתערב בחיי אזרחיה ובמסגרת זו ליישם רגולציה יכולה להיות בשני מישורים – תיקון כשלי שוק והשגתו של צדק-חלוקתי.

המיון התכליתי נועד לבחון איזו מההצדקות האמורות, אם בכלל, היא מטרתה של רשות רגולטורית פלונית, בהגדרה ובאיזה אופן הרגולציה משרתת את מטרתה. מיון זה הוא לחם חוקם של כלכלנים, חוקרי ביצועים ומבקרים. הם מבקשים לבחון אם הרגולציה היא היא המנגנון האפקטיבי והיעיל ביותר לפתור בעיות או להסדיר פעילות מסוימת.

במסגרת מיון תכליתי זה, ראוי לבחון אם עיסוקו של הרגולטור שייך לקטגוריות האלה:

1. רגולציה כלכלית – פיקוח על מונופול; פיקוח ופיצוי על השפעות חיצוניות; פיקוח והקצאה של מוצר ציבורי (מתכלה ושאינו מתכלה); פיקוח על זכויות-קניין והבטחתן; פיקוח על הפצה מלאה של מידע והבטחתה;
2. רגולציה חברתית – הבטחת ערך התחרות החופשית; שיקולים של צדק חלוקתי; הקצאת המוצר החברתי רווחה; שמירה מפני סיכונים (תקני בטיחות); הגנת הצרכן (הגנה על חופש החוזים של השחקן החלש אל מול השחקן החזק).

ההבחנה בין קטגוריות הרגולציה מצביעה על ערב רב של טיפוסים רגולטוריים. לא פעם הם עונים על כמה צרכים (שתיים או יותר מטרות). אפשר שרגולטור הנדרש לפקח על הפצת המידע לצורך תיקון כשל שוק יווסת את פעילות החברות גם כדי להשיג צדק חלוקתי או רווחה חברתית. לדוגמה:

המפקח על הבנקים והממונה על הביטוח וההון – כל אחד מהם מפקח על הפצת המידע שבידי הגופים המפקחים (תיקון כשל שוק) וגם מגן על הצרכן (צדק חלוקתי); הרשות לניירות ערך מפקחת על גילוי נאות והפצת מידע במהלך המסחר (תיקון כשל שוק), מגנה על הצרכן (צדק חלוקתי), אך גם שומרת על קיום תחרות מעצם ההכרה של המדינה בערך התחרות החופשית; הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו מפקחת על התחרות בין הזכייניות מעצם ההכרה של המדינה בתחרות חופשית, מפקחת על השימוש במוצר ציבורי מוגבל (תיקון כשל שוק) ומפקחת על האופן שבו הזכייניות מגשימות

ומקדמות ערכים חברתיים (רגולציה חברתית); מועצת מקרקעי ישראל מפקחת על הקרקעות בשל היותן מוצר ציבורי מוגבל (תיקון כשל שוק), מבקרת את ההשפעות החיצוניות העולות מהשימוש בו (תיקון כשל שוק) ופועלת להקצאה שוויונית וצודקת של הקרקעות (רגולציה חברתית); מינהל המזון שבמשרד הבריאות פועל להפיץ מידע מושלם על-ידי היצרנים והספקים של המזון (תיקון כשל שוק) אך גם מחייב בתקני בטיחות, בהליכי הייצור ובמוצרים עצמם כדי למנוע איום על בריאות הציבור (רגולציה חברתית).

מיון על-פי האינטרס של הרגולטור

בדיוננו בעניין ההצדקה הפוזיטיביסטית לרגולציה עמדנו על גישת האינטרס הפרטי. לפי גישה זו הרגולטור אינו פועל לשרת את האינטרס הציבורי (כנדרש ממנו מבחינה נורמטיבית) אלא דווקא את האינטרס הפרטי שלו עצמו או את האינטרס של הפירמה שהוא מפקח עליה (יתאוריית השבויו). לית מאן דפליג, כי האינטרס הציבורי והאינטרס הפרטי לא פעם סותרים זה את זה: הראשון אינו מכיר במקבל החלטה כבעל אינטרס המשפיע על ההחלטה; ואילו השני מכיר באינטרס של מקבל החלטה קודם שהוא מכיר באינטרס הציבורי. מכאן, שזיהוי מגמה בהחלטותיו של הרגולטור ובמדיניות הרגולטורית אותה הוא מוביל, עשוי להצביע על האינטרס אותו הוא מבקש לשרת בהחלטותיו. אלא שגם אם רצונו לשרת בהחלטותיו את האינטרס הפרטי (שלו עצמו או של הפירמה) יקשה עליו הדבר, שהרי הרגולטור חשוף לעיניהם הבוחנות של הציבור, של המחוקק ושל בית המשפט; אלה עשויים לצאת נגד החלטתו כל אימת שידמה להם כי האינטרס הציבורי אינו עומד בבסיסה של המדיניות הרגולטורית. אם כך, כיצד ישרת את האינטרס הפרטי מבלי שיביא על עצמו ביקורת רחבה בשם הפגיעה באינטרס הציבורי? יהא על הרגולטור למצוא את האלטרנטיבה המשרתת את האינטרס הפרטי מבין כלל האלטרנטיבות העומדות במבחן האינטרס הציבורי. האם ייתכן כי ההחלטה של הרגולטור תהא מבוססת על האינטרס הציבורי ועל האינטרס הפרטי גם יחד?

את הגשר הרעיוני בין האינטרס הפרטי לבין האינטרס הציבורי אפשר למצוא בתאוריית הצללים הפוליטיים.¹⁵¹

151 ראו י' סמואל, המשחק הפוליטי – עוצמה והשפעה בארגונים, 2002, עמ' 17-24.

ההתנהגות הארגונית [של כל פעלן בארגון – אא"ג] משקפת בו בזמן שתי נטיות מנוגדות לכאורה: הנטייה לציית לתכתיבי הארגון והנטייה התועלתנית לניצול הזדמנויות לשם הפקת רווח אישי. ניתן לתמצת רעיון זה באמצעות... חוק החשבון הפוליטי: כל אימת שפעלן ארגוני נדרש או רשאי לבחור בין כמה פעולות חלופיות המיועדות לבצע את משימות הארגון ולקדם את מטרותיו – אותו פעלן יבחר בחלופה המשרתת ביותר את המטרות שלו עצמו. חוק זה מנבא שפעלנים ארגוניים ... יעשו אמנם את המוטל עליהם, אך יפעלו בדרך המשתלמת להם ביותר. זאת היא אפוא התנהגות מיטבית בשביל הפעלן, אך לאו דווקא בשביל הארגון.¹⁵²

פישוט של רעיון הצללים הפוליטיים הוא שמקבל החלטה – הפעלן הארגוני – מבסס בחירתו לאחר ששקל את האינטרס הארגוני מחד ואת האינטרס האישי מאידך.

על-פי גשה זו, רגולטור מקבל החלטתו בשלושה שלבים: הראשון, תיחום מעגל האלטרנטיבות מנקודת מבטו של האינטרס הציבורי; השני, תיחום מעגל האלטרנטיבות מנקודת מבטו של הרגולטור; השלישי, חפיפתם של שני המעגלים ובחירת האלטרנטיבה הכדאית ביותר מבחינתו של הרגולטור, אשר תעמוד במבחן האינטרס הציבורי.¹⁵³ כל אלטרנטיבה, שאמנם רצויה

152 שם, עמ' 23.

153 המודל המוצע מתבסס על מודל קוגניטיבי של פרופ' ד' זכאי (Zakay, 1984). מודל זה עוסק בהחלטה של היחיד לבחור באלטרנטיבה פלונית או שלא לבחור בה, אם אין לה אלטרנטיבה מתחרה. זו החלטה דיכוטומית, והיא מקנה לבחור שתי אפשרויות – לבחור באלטרנטיבה או שלא לבחור בה. המצבים האלה שכיחים בחיי היום-יום של הפרט, דוגמת הצרכן במרכול הנדרש להחליט אם לקנות מוצר פלמוני הדרוש לו או שלא לקנותו, אם אין מוצר חלופי או מתחרה בר-השוואה. המחבר גורס כי במצבי ההחלטה האלה הבחור מציב אלטרנטיבת השוואה סובייקטיבית. זו 'אלטרנטיבה אידאלית' (Ideal Alternative, להלן: IA) אשר אינה נמצא וביחס אליה הבחור בוחר את האלטרנטיבה שלפניו. המרחק בין האלטרנטיבה הממשית ובין האידאלית אינו אלא מרחק פסיכולוגי הנקבע לפי שקלול רכיבים רבים, איש איש ורכיביו; מחליט-מחליט ושקלוליו. ככל שהמרחק הפסיכולוגי גדל, קטן הסיכוי שהאלטרנטיבה הממשית (היחידה) תיבחר. אם המרחק הפסיכולוגי שווה לאפס, משמע האלטרנטיבה הממשית זהה לאלטרנטיבה האידאלית, תיבחר האלטרנטיבה הממשית בלי כל ספק.

מנגד, מציב המחליט עצמו את נקודת הגבול, שלאחריה לא תיבחר האלטרנטיבה שלפניו, גם בהיותה היחידה ואין בלתה. נקודת הגבול נקבעת, כמובן, באופן סובייקטיבי על-ידי המחליט, תוך שהוא משקלל את כלל המרכיבים הרלוונטיים בעבורו. נקודה זו מכונה: Critical Point (להלן: CP). להרחבה למודל של זכאי, ראו Zakay, D., 1984, "To Choose or Not to Choose: On Choice Strategy in Face of Single Alternative" in *American Journal of Psychology*, vol. 97, No. 3, pp. 373-389.

מבחינתו של הרגולטור אך חורגת מנקודת הגבול של האינטרס הציבורי – לא תיבחר.

נציג דוגמה היפותטית לביאור: לפני הממונה על ההגבלים העסקיים מוצגים נתונים המראים שחברת 'גלית' היא בעלת שליטה של יותר מ-50% בענף השוקולד, הסוכריות, החטיפים המלוחים והנס-קפה. עליו לקבל החלטה בעניין ההגבלות האפשריות על פעילותה של החברה. בשוק השוקולד יש ליגלית' שלושה מתחרים ראויים (מבחינת חוסנם הכלכלי); בשוק הקפה יש לה חמישה מתחרים; ואילו בשוק הסוכריות ובשוק החטיפים המלוחים, אין ליגלית' מתחרים איכותיים וראויים.

האינטרס הציבורי הוא להגביר את התחרות בכל הענפים, למען תקטן השליטה הבלעדית של חברת 'גלית'. צמצום כוחו של המונופול יגרום ליתר יעילות במיזמי פוטנציאל העבודה וניצול המשאבים בקרב הציבור; האינטרס הפרטי של הרגולטור – לקדם את האינטרס של חברת 'גלית' – שואף לקבע את מעמדה המונופוליסטי של חברת 'גלית'.

קיומו של האינטרס הציבורי **מחייב** את הרגולטור לנקוט צעד מעשי ולצמצם את המונופול; קיומו של האינטרס הפרטי ישפיע על **מידת הרגולציה ועל היקפה**. הרגולטור, בשירותו את האינטרס הציבורי, ינקוט צעדים שיש בהם כדי לצמצם את כוחו של המונופול. למשל, הוא יגדיר מחיר מקסימום למוצרים וסטנדרטים של איכות ויחייב את החברה לספק את המוצרים גם באזורים מרוחקים ודלי-אוכלוסין שבהם הרווחיות ליצרן ולספק אינה גבוהה; אך מבין סך האפשרויות יבחר בזו הפוגעת פחות באינטרס של הפירמה.

ניתוח אירוע רגולציה לפי גישת האינטרס הפרטי

פסק-הדין בבג"צ 7721/96 – איגוד השמאים נ' המפקחת על הביטוח: בשנת 1994 פנה איגוד שמאי הביטוח בישראל למפקחת על הביטוח וההון בבקשה לפעול לשם שינוי ההסדר הקיים בין חברות הביטוח ובין השמאים לעניין השמאות של רכב הניזוק בתאונה. לפי ההסדר הקיים, שמאות הרכב הניזוק היא תנאי מוקדם והכרחי לתשלום תגמול למבוטח על-ידי חברת הביטוח. היא נעשית על-פי רוב על-ידי שמאי הבית של חברות הביטוח.

לטענת האיגוד, ההסדר דנן פוגע בשמאים שאינם שמאי הבית (להלן: שמאי החוץ) ופוגע במבוטחים, מאחר ששמאי הבית עשויים להטות את גובה השומה כלפי מטה ולשרת בכך את האינטרסים של חברות הביטוח. לפיכך ביקשו הפונים שהמפקחת תאסור על חברות הביטוח את הנוהג מן

העבר להסתייע בשמאי-בית לצורך שומת נזק שנגרם לרכב או להתערב בבחירת השמאי על-ידי המבוטח.

כעבור חודשים אחדים העבירה המפקחת על הביטוח לחברות הביטוח שתי דרישות לביצוע: האחת, שחברת הביטוח תמסור לכל מבוטח, לפי בקשתו, את השומה שהכין שמאי הבית; השנייה, שחברת הביטוח תציין בכל פוליסה של ביטוח רכב את זכותו של המבוטח לקבל – על חשבונו – שומה נגדית של שמאי-חוץ. אם מתעוררת מחלוקת בין השמאים, תעבור ההכרעה לוועדת ערר במשרד התחבורה. להנחייתה זו של המפקחת הזדעק איגוד השמאים בטענה שההסדר המוצע אך מקבע את מעמדן של חברות הביטוח ומתמרץ את השמאים לבוא בקשרי שכר עם חברות הביטוח. לראיה, מתוך 256 שמאים רשומים, החברות מעסיקות 126, ומגמה זו גוברת והולכת. כמו-כן חברות הביטוח מציעות למבוטחים לוותר על זכותם להסתייע בשמאי-חוץ, ובתמורה תזל הפרמיה לתשלום, יופחת שיעור ההשתתפות העצמית, תורחב יריעת הכיסוי של הפוליסה וכדומה.

הצעה נוספת הועלתה מטעם המפקחת על הביטוח, לפי הצעה זו שמאי-בית יוגדר גם מי שיותר מ-15% מעסקיו מתנהלים עם חברת הביטוח; חברות הביטוח (כל אחת כשלעצמה) תחויבנה להכין רשימה ובה מספר סביר של שמאי-חוץ. המבוטח יוכל לבחור ממנה שמאי בעת הצורך (מחלוקת עם שמאי הבית) על חשבון חברת הביטוח; יימנע מתן הטבות והנחות למבוטח עקב בחירת שמאי מסוים.

להצעה זו סירבו חברות הביטוח.

נוסח חדש להצעה חייב את חברות הביטוח לפרסם רשימה של שמאים, לפחות מחציתה שמאי-חוץ. המבוטח יוכל לבחור ממנה כל שמאי כראות עיניו וחברת הביטוח תישא במלוא עלות הכנת השומה. גם להצעה זו התנגדו הצדדים.

אפשרות נוספת לפתרון שהעלתה המפקחת על הביטוח היא להציע למבוטח אחד משני מסלולים: בראשון, כדי לערער על השומה של חברת הביטוח, הוא רשאי לבחור שמאי-חוץ מתוך הרשימה שהכינה חברת הביטוח. עלות השומה תתחלק חלוקה שווה בין חברת הביטוח לבין המבוטח. השומה של שמאי-החוץ תחייב את שני הצדדים. במסלול השני המבוטח רשאי לבחור כל שמאי שירצה, גם מחוץ לרשימה של חברת הביטוח, ובתנאי שישא לבדו בעלות השומה. אם השומה לא תהיה מקובלת על חברת הביטוח, יוכל המבוטח להפנות את המחלוקת להכרעה של ועדת הערר במשרד התחבורה.

אם תחליט הוועדה לקבל את השומה של השמאי שבחר המבוטח, תחזיר חברת הביטוח למבוטח את מלוא עלות השומה.
גם להסדר זה התנגדו הצדדים, כל צד מטעמיו.
בית המשפט עמד על הסכנה המבנית והסכנה החברתית העולות מתפקידו של הרגולטור, לאמור:

הפיקוח מחייב קשר שוטף בין המפקחת על הביטוח מצד אחד לבין יתר הגורמים בתחום הביטוח, ובעיקר חברות הביטוח והמבטחים, מצד שני. אולם ציבור המבוטחים... אינו מאורגן. הוא אינו מקיים קשר, כציבור, עם המפקחת. הצרכים שלו וההשפעה שלו כציבור עשויים לבוא לידי ביטוי בדרך עקיפה, כגון, באמצעות תלונות אישיות של מבוטחים כנגד חברות ביטוח. אך הדעת נותנת שאין זו דרך יעילה. לעומת זאת, חברות הביטוח... הן גופים חזקים מבחינה כלכלית, מאורגנים היטב, לחוד וביחד, המנוהלים על-ידי מקצוענים. הן מקיימות קשר שוטף עם המפקחת על הביטוח... במצב זה מתעורר חשש כי יופר האיזון הראוי שבין השמירה על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח לבין הפיקוח על תכניות הביטוח, והתכלית של הגנה על המבוטחים תיפגע. אכן, תופעה ידועה היא במדינות רבות שמוסדות פיקוח ממלכתיים בתחומים שונים מפתחים יחסי קרבה עם הגופים המפוקחים עד כדי פגיעה בתכלית הפיקוח.¹⁵⁴

על-כן העלה בית המשפט ספק אשר למקומו של ההסדר שהציעה המפקחת על הביטוח, באמרו:

לדעתו של בית המשפט, ספק אם הסדר שכבר הוצע על-ידי המפקחת הוא ההסדר הראוי בנסיבות המקרה... הספק התעורר, קודם כל,

154 בג"צ איגוד השמאים (לעיל) שם, פסקה 29. ראו גם בג"צ 3577/93 הפניקס הישראלי נ' מוריאנו, פ"ד מח (4) 70. שם נדונה השאלה אם מבוטח של רכב רשאי לקבל מחברת הביטוח, במקרה של תאונה, גם פיצוי בעבור ירידת ערך הרכב. חברת הביטוח סירבה לשלם פיצוי זה. בית המשפט המחוזי פסק לטובת המבוטח. מיד לאחר מתן פסק-הדין קבע שר האוצר (הממונה על המפקח על הביטוח) בתקנות כי חברות הביטוח אינן מחויבות בפיצוי בעבור ירידת ערך הרכב במקרה של תאונה. על-אף תקנה זו פסק בית המשפט העליון, בערעורה של חברת הביטוח, לטובת המבוטח, לאמור: "חברות הביטוח נהנות מזכויות יתר מסוימות במשפטנו... עניין זה מעורר כמובן שאלות של קיום השוויון בחוק ולפני החוק, והוסיף: "משמעות הדברים היא כי מתקין התקנות, קרי הממשלה, קיבלה בתחום נוסף עמדה אשר מייטיבה עם חברות הביטוח ומרעה עם האזרח המבוטח."

בעקבות השינויים המהותיים שנקבעו על-ידי המפקחת... בהסדר שהוצע על-ידי תחילה... עם זאת, לגוף השינויים, לא תמיד ברור מה הטעם שגרם לשינוי זה או אחר, ואם השינוי עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, ולכן מתעורר ספק לגבי ההסדר המוצע באופן כללי... על המפקחת היה להנחות עצמה, בקביעת הסדר, לפי התכלית של חוק הפיקוח. האם המפקחת הנחתה עצמה לפי תכלית זאת? התשובה אינה נקייה מספק.¹⁵⁵

לשון-אחר, בית המשפט קובע כי ההסדר שהמפקחת על הביטוח מציעה משרת את האינטרסים של חברות הביטוח יתרה על האינטרסים של השמאים ושל הציבור בכללותו. ודי לחכימא ברמיזא – המפקחת על הביטוח מנעה מלהכריע בהסדר אחר, בהיותו מיטיב עם הציבור ומערער את השליטה הבלעדית של החברות לביטוח.

ניתוח האירוע באמצעות המודל המוצע

לצורך הניתוח נמקד את האלטרנטיבות השונות שהוצעו ונגדיר את המשתנים בבסיסן:¹⁵⁶

1. Y – מי בוחר בשמאי: האם המבוטח בוחר; האם חברת הביטוח בוחרת; האם למי מהצדדים יש זכות ערעור על בחירתו של הצד האחר; האם המבוטח יישא בעלות השומה; האם חברת הביטוח תישא בעלות השומה.
2. X – מרחב הבחירה בשמאים: האם מתוך רשימה סגורה; האם מתוך רישום משרד התחבורה; האם שמאי-בית; האם שמאי-חוץ.

נציג את האלטרנטיבות כפי שהוצגו לעיל וכפי שאפשר להסיק מהאינטרסים של כל אחד מהצדדים (ראו תרשים עמ' 106-107 להלן):

IAa – אלטרנטיבה אידאלית לשמאים – המבוטח יבחר את השמאי כראות עיניו, מתוך רשימה בלתי-תלויה; חברת הביטוח תישא בעלות השומה; הערכת השמאי תחייב את הצדדים.

IAc – אלטרנטיבה אידאלית לחברות הביטוח – את השומה עורך שמאי-הבית של חברת הביטוח, במימון המבוטח; הערכת השמאי מחייבת את הצדדים.

CPa – גבול קריטי של השמאים – המבוטח הוא שיבחר בשמאי

155 בג"צ איגוד השמאים, פסקאות 23 (סייפא); 24 (ריישא, סייפא).

156 יש מקום לאפיין את הפונקציה המתמטית המגדירה את המשתנה, קרי את היחס בין רכיבי המשתנה. בהצעה זו בחרתי שלא לעמוד על-כך, אלא להציג את הרעיון התאורטי.

מתוך רשימה של שמאי הבית של חברת הביטוח; המבוטח יישא בעלות השומה, והוא גם רשאי לערער לוועדה במשרד התחבורה.
CPC – גבול קריטי של חברות הביטוח – חברת הביטוח היא שתבחר בשמאי מתוך רשימה בלתי-תלויה; חברת הביטוח תישא בעלות, והיא גם רשאית לערער לוועדה במשרד התחבורה.

אלטרנטיבה T הנהוגה ערב פניית השמאים למפקחת – שמאי הבית

של חברת הביטוח עורך את השומה; המבוטח רשאי לבקש שומה אחרת משמאי-חוץ על חשבון; המבוטח רשאי לפנות לוועדת ערר במשרד התחבורה.
אלטרנטיבה א – חברת הביטוח תמסור לכל מבוטח, לפי בקשתו, את השומה שהכין שמאי הבית ותציין בכל פוליסה של ביטוח רכב את זכותו של המבוטח לקבל – על חשבון – שומה נגדית של שמאי-חוץ; והיה ומתעוררת מחלוקת בין השמאים, תעבור ההכרעה לוועדת ערר במשרד התחבורה.

אלטרנטיבה ב – שמאי-בית יוגדר מי שלמעלה מ-15% מעסקיו מתנהלים עם חברת הביטוח; חברת הביטוח תכין רשימה ובה מספר סביר של שמאי-חוץ. המבוטח יוכל לבחור ממנה שמאי בעת הצורך (מחלוקת עם שמאי הבית) על חשבון חברת הביטוח;

אלטרנטיבה ג – חברת הביטוח תפרסם רשימה של שמאים, לפחות מחציתה שמאי-חוץ; המבוטח יוכל לבחור ממנה כל שמאי כראות עיניו; חברת הביטוח תישא במלוא עלות הכנת השומה.

אלטרנטיבה ד – המבוטח רשאי לבחור, לצורך ערעור על השומה של חברת הביטוח, שמאי-חוץ מתוך הרשימה שהכינה חברת הביטוח. עלות השומה תתחלק חלוקה שווה בין חברת הביטוח לבין המבוטח. השומה של שמאי החוץ תחייב את שני הצדדים.

אלטרנטיבה ה – המבוטח רשאי לבחור כל שמאי שירצה, גם מחוץ לרשימה של חברת הביטוח, ובתנאי שיישא לבדו בעלות השומה. אם לא תהיה השומה מקובלת על חברת הביטוח, יוכל המבוטח להפנות את המחלוקת להכרעת ועדת הערר במשרד התחבורה. אם תחליט הוועדה לקבל את השומה של השמאי שבחר המבוטח, תחזיר חברת הביטוח למבוטח את מלוא עלות השומה.

מפת הבחירה של הרגולטור – המשיקה בין מחויבותו לאינטרס הציבורי ובין רצונו לקדם את האינטרס הפרטי שלו-עצמו (קרי, קידום האינטרס של חברת הביטוח) – ממחישה את הנטייה לקבוע הסדר המיטיב עם האינטרס הפרטי. אלטרנטיבות א, ב, ג, ד ממוקמות במתחם האינטרסים של חברות

הביטוח, רובן (א, ב, ד) רחוקות דיין מנקודת הגבול (CP) של חברות הביטוח. רק שלוש אלטרנטיבות – ג, ד, ה – ממוקמות במתחם הבחירה של השמאים, אחת מהן – אלטרנטיבה ה – ממוקמת מחוץ לנקודת הגבול של חברות הביטוח וקרובה לנקודת ה-IA של השמאים (להלן, האינטרס הציבורי). ההסדר הנהוג ערב פניית השמאים למפקחת – T – נמצא במתחם הבחירה של חברות הביטוח, קרוב מיתר האלטרנטיבות ל-IA של חברות הביטוח.

מסקנות מניתוח האירוע

ההסדר הנהוג ערב הפנייה למפקחת משרת את האינטרסים של חברות הביטוח. המבוטחים אינם יודעים את הזכויות שהחוק מקנה להם (לקבל שומה נוספת, גם אם על חשבונם; לפנות לוועדת ערר) ונאלצים על-פי רוב לקבל את השומה שערך שמאי הבית מטעם חברת הביטוח. הרגולטור, כפי שאכן קבע בית המשפט בפסק הדין, מחויב לקבוע הסדר שייטיב עם ציבור המבוטחים. למעשה, כל החלטה מאלה שהציעה המפקחת יש בה כדי לשפר את מצבו של המבוטח ביחס למצבו ערב הפנייה למפקחת. עם זאת, לא יעלה על הדעת – מבחינה ציבורית – כי הרגולטור ייטיב אך מעט עם הציבור ויקבע הסדר על-פי אלטרנטיבות א, ב ואפילו CPc; שהרי מבחינתו של הציבור יש אלטרנטיבות טובות יותר.

מאידך, קשה לראות כיצד הרגולטור מיטיב עד למקסימום עם הציבור וקובע הסדר על בסיס אלטרנטיבה ה. זו ממוקמת מעבר לנקודת הגבול של חברות הביטוח (CPc).

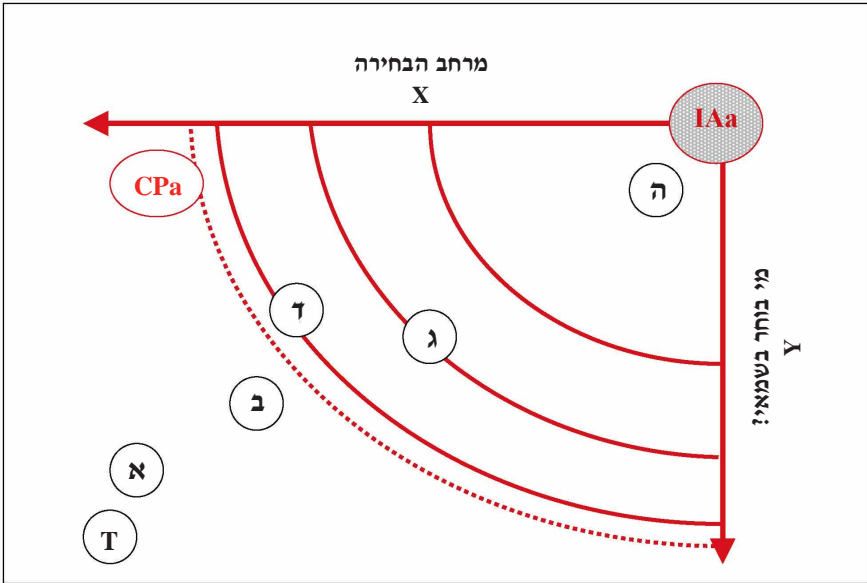
הבחירה תהיה אפוא בין אלטרנטיבות ג ו-ד. שתיהן ממוקמות במרכז מפת-הבחירה המשותפת לשני הצדדים. בהסתמך על תאוריית 'הצללים הפוליטיים', נדמה כי המפקחת תבחר באלטרנטיבה הקרובה מהשתיים ל-IA של חברות הביטוח, קרי אלטרנטיבה ד (או כל הסדר הממוקם קרוב לנקודה זו).

ואכן, בהודעתו מיום 22 ביולי 2002 לא הרחיק המפקח על הביטוח מהאלטרנטיבה הנ"ל.¹⁵⁷ על-פי ההסדר, המבוטח רשאי לבחור בשמאי בעצמו,

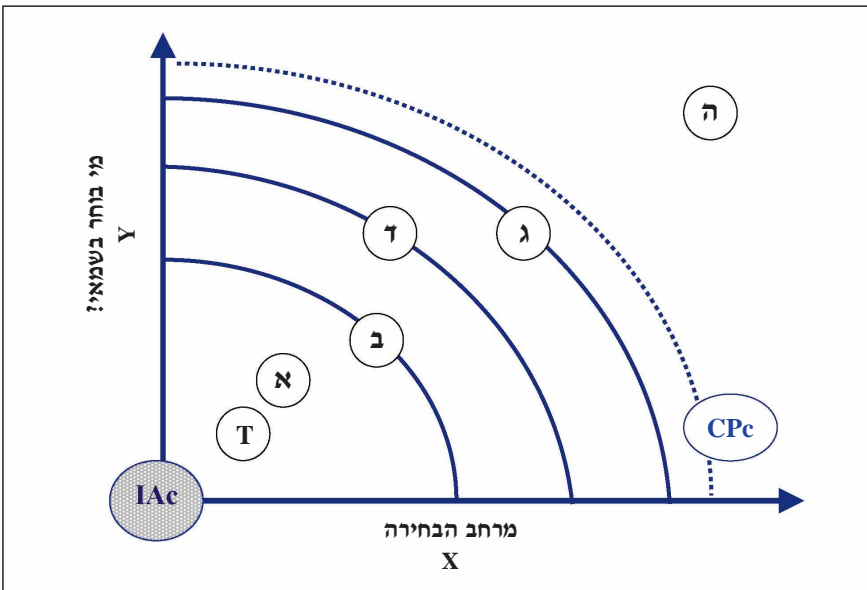
157 מאז ניתן פסק הדין (7.9.2000) המחייב את המפקחת על הביטוח לקבוע הסדר חדש בתוך שישה חודשים, ועד קביעת ההסדר ביום המצוין מעלה סיימה המפקחת על הביטוח (הגב' ציפי סמט) את תפקידה; במקומה מונה מר אייל בן-שלוש, והוא שקבע את ההסדר החדש. ראו ב' ברק, "הסדר השמאים: עדיין לא סוף פסוק", **בידיעות אחרונות**, 27.6.2002.

ובלבד שתהא הבחירה מתוך רשימה שהכינה חברת הביטוח. השמאים ברשימה לא יהיו שכירים של חברות הביטוח, והיקף פעילותם עם חברת הביטוח לא יעלה על 25%. יתרה מזאת, חברת הביטוח רשאית אחת לשנה "לפתוח" את הרשימה ולמחוק ממנה כל שמאי לפי שיקול דעתה.

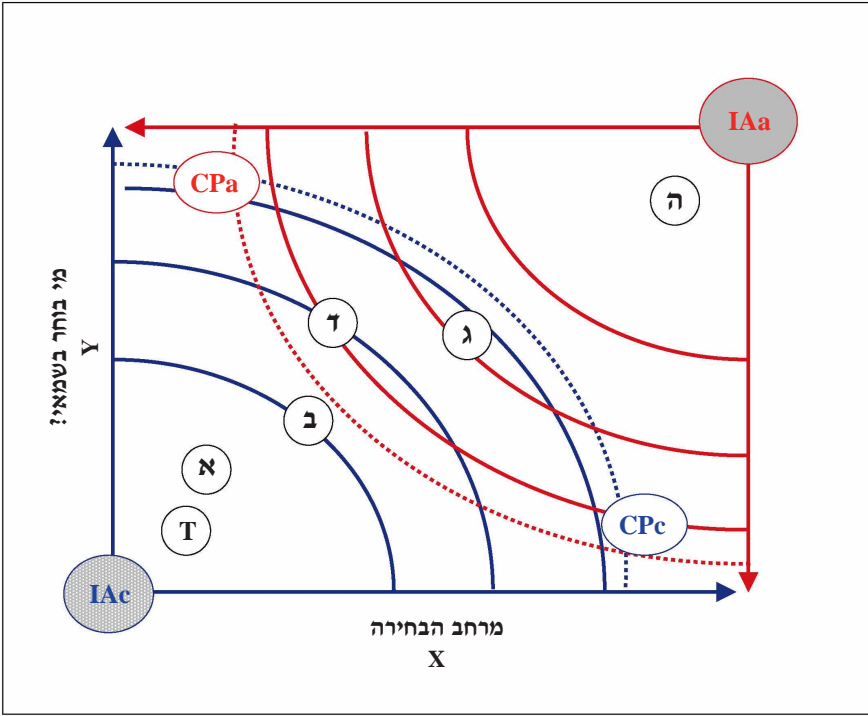
נקל לראות כי ההסדר מיטיב רק לכאורה עם הציבור: הבחירה בשמאי מסורה מעתה למבוטח, אבל היא אינה אלא פנים אחרות להסדר הנהוג כיום. כל עת שחברת הביטוח שולטת לבדה ברשימה, יהיו השמאים מעוניינים לרצות את חברת הביטוח ולקבוע שומה המשרתת את האינטרסים הכלכליים של המבטח ולא של המבוטח. שמאי שלאורך זמן יקבע שומות גבוהות מדי לשיטתה של חברת הביטוח, עלול למצוא עצמו מן הסתם מחוץ לרשימת המומלצים של אותה חברה.



תרשים 1: העדפות השמאים



תרשים 2: העדפות חברות הביטוח



תרשים 3: העדפות השמאים וחברות הביטוח – מבט משולב

מיון על-פי גישת רשתות מדיניות

גישה זו מבקשת לגשר בין הגישה המוסדית, המתמקדת בשחקני המדינה, ובין הגישה הפלורליסטית, המתמקדת בקבוצות האינטרס. לפי גישה זו עיצוב המדיניות הציבורית אינו אלא תוצר של יחסי הגומלין שבין פקידי הממשל ובין נציגי קבוצות האינטרס הרלוונטיות לעניין המדיניות. התאוריה בוחנת את האופן ששחקנים ממשליים (מהסקטור הציבורי) חולקים את המשאבים עם שחקנים חוץ-ממשליים (מהסקטור הפרטי או מהסקטור השלישי) ואיזו תבנית של יחסים נוצרת בין השחקנים:

...All actors or potential actors with a direct or indirect interest in a policy area or function who share a common policy focus and who, with varying degree of influence shape policy outcomes over the long run.¹⁵⁸

וגם:

...It is a concept which provides a link between the micro-level of analysis, which deals with the role of interests and government in relation to particular policy decisions, and the macro-level of analysis, which is concerned with broader questions concerning the distribution of power within contemporary society. Network analysis emphasizes continuity in the relations between interest groups and government departments...¹⁵⁹

גישת הרשתות מציעה הסבר בדבר האופן שמשותפי הרשת מובילים לחצים לשינוי מדיניות או שימורה. לעניין הרגולציה, ההשערה היא כי בקרבה בין הרגולטור מזה ונציגי הפירמות והארגונים מזה יש כדי ליצור רשת לא-פורמלית של יחסי-גומלין. בהשפעתה, בעזרתה או במסגרתה של רשת זו

Coleman, W. D. and G. Skogstad, "Policy Communities and Policy Networks: A Structural Approach" in Coleman, W. D. and G. Skogstad, 1990, **Policy Communities and Public Policy in Canada**, p. 25.
Rhodes, R. A.W. and D. Marsh, "Policy Networks in British Politics" in 159
Rhodes, R. A.W. and D. Marsh (eds.), 1992, **Policy Networks in British Government**, p. 1.

הרגולטור מעצב את המדיניות הרגולטורית. הרשת קיימת לשם קבלת החלטות שישקפו את הצרכים והאינטרסים של השותפים בה ויענו עליהם. פרימן (Freeman) אפיין את הזיקה בין אופייה של הרשת ובין הליכי קבלת ההחלטות ועיצוב המדיניות:

...The pattern of interactions of participants, or actors, involved in making decisions in a special area of public policy. ...although there are obviously other types of sub-system, the type which concerns us here is found in an immediate setting formed by an executive bureau and congressional committees, with special interest groups intimately attached.¹⁶⁰

אבחון רשתות המדיניות והאינטרסים שהן פועלות לקידום עשוי להציג תיאור והסבר להתפתחותה של מדיניות ציבורית בתחום האמור, בין מדיניות פורמלית ומוצהרת ובין מדיניות לא-פורמלית המתבצעת דה-פקטו. כך לדוגמה, אשר למדיניות המים, התברר כי רשת המדיניות היא אחד הגורמים שבלמו הליכים ושינויים שחברי הרשת לא רצו בהם ולעומת זאת קידמו את האינטרסים הפרטיים של השחקנים:

...רשתות מדיניות כמערכות של יחסים הדדיים מהוות גורמי תיווך חשובים המשפיעים על התמדת פרדיגמות מדיניות ושינון, במיוחד בנסיבות של יחסים פוליטיים משתנים בין המשתתפים. רשתות מדיניות הן המספקות סיפורים סיבתיים ההופכים לחלק מפרדיגמות המדיניות ומשמרות רעיונות ביחס לסוג המדיניות המתאים, גם לנוכח עדויות מערערות.¹⁶¹

רשת המים כמוה כרשת-רגולציה: השחקן הממשלי המרכזי הוא הרגולטור לעניין המים – נציב המים – ומטבע פעולתה עוסקת הרשת ברגולציה או בדה-רגולציה על משק המים בישראל.

בהיות הרגולציה מקור סמכות רבת השפעה על פעילותם הכלכלית של שחקנים חוץ-ממשליים, ובהיות הרגולטור מחזיק בשיקול דעת רחב, בחינת המדיניות הרגולטורית מבעד לעיני גישת ה'רשתות' נראית מתבקשת מאליה. כך, חקר מדיניות המים מציג את מקומו של הרגולטור – נציב המים –

160 שם, שם, עמ' 5.

161 ג' מנחם, "מדיניות המים בישראל", 1999 (הערה 4 לעיל), עמ' 58.

במערכת יחסי-הגומלין עם השחקנים בעלי-ההשפעה בתחום, ועל השפעת יחסי-הגומלין על עיצוב המדיניות הציבורית-רגולטורית ויישומה. האבחנה והניתוח של רשתות המדיניות מבוססים על מיפוי המשתנים האלה:

1. מספר השחקנים ברשת;
2. זהות השחקנים – ממשליים, חוץ-ממשליים על אפיונם הפנימי (כלכלי, חברתי, צבאי וכו');;
3. גבולות הרשת – האם הם פתוחים וחדירים או קשים למעבר פנימה וחוץ;
4. בסיס ההשתתפות ברשת – האם מתוך כפייה של שחקן כלשהו או מתוך רצון חופשי;
5. שכיחות הפעילות ברשת – האם היא תכופה או מתקיימת לעתים רחוקות;
6. רמת המיסוד ברשת – האם היא גבוהה, בינונית או נמוכה;
7. חלוקת הכוח בין השחקנים ברשת – האם יש למי מהשחקנים אוטונומיה או שמא התלות בין השחקנים גבוהה.

שקלול המשתנים ממוין למספר טיפוסים-אב של רשתות מדיניות:¹⁶² רשת מדינתית (Statism-Pantouflag); רשת מדינתית שבויה (Captured-Statism); רשת קליינטיסטית (Clientelism); רשת מדינתית קורפורטיסטית (State Corporatism); רשת קבוצות לחץ (Pressure Pluralism); רשת נושא (Issue Networks).

162 ראו Van Waarden, F., 1992, "Dimensions and Types of Policy Networks" in **European Journal of Political Research**, vol. 21, pp. 29-52 לעניין טיפולוגיות נוספות לרשתות ראו Pross, A. P., 1986, **Group Politics and Public Policy**; Wilks, S. and M. Wright (eds.), 1987, **Comparative Government-Industry Relations**, לעניין רשתות בין-מדינות ראו Coleman, W. D. and A. Perl, 1999, "International Policy Environments and Policy Network Analysis" in **Political Studies** XLVII, pp. 691-709 לעניין רגולציה בין-לאומית ורשתות בין-לאומיות ראו Vogel, D., 1998, "The Globalization of Pharmaceutical Regulation" in **Governance**, vol. 11. No. 1, pp. 3-22.

ניתוחי אירועי רגולציה לפי גישת רשתות המדיניות

ויסות מניות הבנקים (דוח ועדת בייסקי)

כללי

ביום 16 באוקטובר 1983 נסגרה הבורסה לניירות ערך בתל-אביב והמסחר בה הופסק. משך חודשים קודם לכן, משעה שגבר ההיצע של משקיעים למכור את המניות הבנקאיות, טיפחו הבנקים המסחריים את שערי המניות האמורות ובד בבד יצרו ביקוש מלאכותי.¹⁶³ קליטת המניות על ידם, קרי מענה להיצע של המשקיעים, חייבה את הבנקים להזרים סכומים עצומים של כסף. משאזלו המשאבים איים משבר חמור על המערכת הבנקאית ועל שוק ההון כולו. הבורסה לניירות ערך נפתחה למסחר מחדש לאחר 18 ימים. בפרק זמן זה גיבשה הממשלה הסדר עם הבנקים המסחריים, ובו קיבלה עליה התחייבויות כספיות (ערבויות) מרחיקות לכת לטווח ארוך – 6.9 מיליארד דולר (!) בקירוב. אמנם הסדר זה מנע קריסה מוחלטת של המערכת הבנקאית בישראל ואתה של המשק כולו, אך הוא תבע מחיר גבוה מהאזרחים משלמי המסים; עול ההתחייבות הכספית הונח במישרין על כתפיהם. שש שנים פעלו הבנקים – כולם כאחד – כדי ליצור לעצמם רווחים בשוק ההון, ולשם כך הסתירו מידע מכלל לקוחותיהם, רימו וסיכנו אותם. המשבר באוקטובר '83 לא היה בלתי-צפוי. הסיכון היה ידוע לכל מי שידו נגעה בכך ולכל מי שהיה בקי ברזיו של שוק ההון, אנשי המערכת הציבורית המפקחת. ביום 31 בדצמבר 1984 פורסם דוח מבקר המדינה והעלה אחדים מן הגורמים למשבר, אך אשר לאחריות למשבר ציין המבקר בעמוד 101:

הגופים המבוקרים שפעולותיהם ומחדליהם נדונו בדו"ח זה הם משרד האוצר – בנק ישראל על שתי מערכתיו הסטטוטוריות העיקריות שהן נגיד הבנק והמפקח על הבנקים, והרשות לניירות ערך. עם כל חומרתה של הביקורת על גופים אלה, אין מטרתו של דו"ח זה לתת תשובה ממצה על השאלה, מי הם האחראים למשבר הבנקים ומהי מידת אחריותו של כל אחד ואחד? על שאלה זו ניתן להשיב רק לאחר חקירה, שדו"ח זה אינו מתיימר לבוא במקומה.

163 ראו **ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים – דין וחשבון**, ירושלים 1986 [להלן, דוח בייסקי], עמ' 2. הבנקים הם: (1) בנק לאומי לישראל, (2) בנק איגוד לישראל, (3) בנק הפועלים, (4) בנק דיסקונט לישראל וחברת האם שלו, אי-די-בי, חברה לאחזקות בנקאיות בע"מ, (5) בנק המזרחי המאוחד, (6) בנק למימון ולסחר, (7) בנק כללי.

בעקבות הממצאים האלה קיבלה ועדת ביקורת המדינה של הכנסת החלטה, בתוקף סמכותה לפי סעיף 14(ב) לחוק מבקר המדינה-התשי"ח-1958:164

על הקמת ועדת חקירה, אשר תחקור את כל העובדות והגורמים שהביאו לויסות המניות הבנקאיות, מתחילת הויסות, ולמשבר במניות אלה שאירע בחודש אוקטובר 1983. החקירה האמורה תיקח בחשבון את דו"ח הביקורת שנערך על נושא זה על ידי מבקר המדינה והמלצותיו. הוועדה תסיק מסקנות ותמליץ את המלצותיה בנושא החקירה.¹⁶⁵

הוועדה, בראשות הד"ר משה בייסקי, הגישה דוח מסכם לוועדה לביקורת המדינה באפריל 1986.¹⁶⁶

הרגולטור – המפקח על הבנקים

הבנקים הם שאחראים לוויסות לפי הוועדה: הם שיזמו, הם שהובילו, הם שדאגו להסוות. עם זאת, לא עליהם לבדם רובצת האחריות, שהרי לא היו יכולים לבצע את הוויסות לאורך שנים לולא זכו לשיתוף פעולה אקטיבי או פסיבי מהממונים על מניעת תרחישים שכאלה.

164 סעיף 14(ב) לחוק מבקר המדינה קובע כי "העלתה הביקורת ליקויים או פגיעות הנראים למבקר ראויים לדיון הוועדה קודם המצאת הדין וחשבון על פי סעיפים 15 ו-20 – בשל זיקתם לבעיה עקרונית, או לשם שמירה על טוהר המידות או מסיבה אחרת – ימציא המבקר לוועדה דין-וחשבון נפרד; ואם עשה כן – רשאית הוועדה, מיזמתה היא או על פי הצעת המבקר, להחליט על מינוי ועדת חקירה; החליטה הוועדה כאמור, ימנה נשיא בית המשפט העליון ועדת חקירה שתחקור בענין; על ועדת החקירה יחולו הוראות חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, בשינויים המחויבים." ; ראו גם בג"צ 390/85, **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים**, פ"ד לט (4), סי' 11 (ב), לעניין סמכותה של ועדת חקירה שהוקמה מכוח החלטתה של הוועדה לביקורת המדינה בכנסת ולא מכוח החלטת ממשלה: "מכל הבחינות הללו, הדו"ח הנפרד והדיון בוועדה לענייני הביקורת אינם אלא בגדר השלב המפעיל, מה שמכונה בלע"ז 'TRIGGER-ACTION'; משהונע הגלגל וההחלטה בדבר המנוי של ועדת חקירה נפלה, קמה וניצבת ועדה לפי החוק מתשכ"ט, במלוא אונה וכוחה הרגילים, כמוגדר בחוק ואין כמעט מאומה בינה לבין ועדת חקירה שנתמנתה על ידי הממשלה לפי סעיף 1 לחוק, פרט לשוני בין הגורמים הממנים ובין הגורמים שיקבלו את הדו"ח והוראות לוואי משניות כיוצא באלה, ככל שהדבר עולה ממטבע הלשון 'בשינויים המחויבים'."

165 דוח בייסקי, נספח ב.

166 להבדיל מוועדות החקירה האחרות שכוננו עד כה בישראל והגישו את הדוח לממשלה, ועדת בייסקי הגישה את הדוח המסכם לגוף שמינה אותה, וזו הוועדה לביקורת המדינה של הכנסת.

המפקח על הבנקים, מתוקף תפקידו, אמון על שמירת היציבות של המערכת הבנקאית ועל מניעת עברות על חוקי המסחר הבנקאיים. מחויבותו של המפקח היא לשמור על האינטרס הציבורי קודם שמירת האינטרסים של הבנקים:

מבחינת הסמכויות החוקיות וחלוקת התפקידים חולשות המחלקות השונות [תחת המפקח על הבנקים – אא"ג]... על כל מגוון הפעילויות של הבנקים: ...ביצוע ביקורות בבנקים המסחריים בענייני ניירות ערך ותכניות חיסכון, פעולות מטבע חוץ, אשראי ובטחונות, ניהול תקין; מעקב על התפתחות הבנקים;... פיקוח על מילוי הוראות החוק; קבלה ובדיקה של דיווחים מאת הבנקים בכל שטחי פעולותיהם...¹⁶⁷

הוויסות של המניות בבנקים המסחריים החל במהלך שנת 1977; לדבריו של המפקח על הבנקים,¹⁶⁸ "ב-1978 נדלקו אצלו נורות אדומות" ועם זאת:

...מבחינת הפיקוח על הבנקים הוא ראה גם צד חיובי בוויסות, כיוון שהוא מאפשר לבנקים לגייס כספים כדי לשפר את הלימות ההון שלהם, נושא שהטריד אותו מאד, על-אף שהבנקים לא פנו אליו בנושא.¹⁶⁹

קשריו של המפקח על הבנקים עם הבנקים המסחריים היו עניין שבשגרה. בפגישותיו עם המנהלים לא ראו עניין חריג, והן אף היו מחויבות מעצם תפקידו. במהלך כהונתו, היא תקופת הוויסות, נפגש המפקח פעמים רבות עם ראשי הבנקים המסחריים, ואין כל ספק שידע את הנעשה. יתר על כן, הוא הקפיד שלא למנוע מהבנקים להמשיך ולנהל את עסקי המניות ניהול לא-חוקי, אפילו לא מן ההיבט הפורמלי – הגיבוי שנתן הרגולטור למערכת הבנקאית בכללותה ולכל אחד מהבנקים בפרט, היה מוחלט:

...[הנגיד] החליט להימנע מכל פעולה בתחום הסדרת נושא ה"ויסות" מתוך חשש לזעזועים בבורסה. עם זאת יצוין כי מר מסר [המפקח על הבנקים – אא"ג] טען... כי כוונת הדברים היא להימנעות מכל פעולה גלויה (להבדיל מפעולות שאינן גלויות)¹⁷⁰

167 דוח בייסקי, עמ' 241, סי' 18.3.

168 בשנים 1977-1982 כיהן בתפקיד המפקח על הבנקים מר עודד מסר; אחריו מונתה לתפקיד הגב' גליה מאור.

169 שם, עמ' 243, סי' 18.6 (סייפא).

170 שם, עמ' 32, סי' 2.22.

ועדת בייסקי מצביעה על הפער בין הידיעה של הרגולטור את המתרחש לבין הפעולות הפורמליות והפעולות הלא-פורמליות שנקט. אם צריך להבדיל, כפי שהוועדה טוענת, בין פעולותיו של הרגולטור ברובד הפורמלי לפעולותיו ברובד הלא-פורמלי, וברובד הראשון גיבה הרגולטור את פעולות הוויסות של הבנקים – לא נותר לנו אלא להסיק, כי ברובד הסמוי, הלא-פורמלי, ניסה המפקח למנוע את המשכה של הפעילות הלא-חוקית. לשון אחר – הרגולטור לא רק שידע את העובדות לאשורן אלא אף ידע להסיק את השפעתן המסוכנת על המשק, ולמרות זאת – ובניגוד לאינטרס הציבורי שהוא הוא תכלית תפקידו – העניק גיבוי גורף לוויסות ונמנע מלצאת בגלוי נגד הבנקים. במהלך שנת 1979 הצטבר חומר רב בבנק ישראל בכל הקשור בוויסות המניית, אבל הדבר לא הביא את המפקח על הבנקים לנקוט פעולות מניעה כלשהן. גם פגישות חוזרות ונשנות של המפקח עם ראשי הבורסה במהלך אותה השנה לא גרמו לשינוי במדיניות הפורמלית של מחלקת הפיקוח ובתקנות הרגולטוריות על הבנקים ועל פעולותיהם. במרס 1980 דן דירקטוריון הבורסה בעניין הוויסות; המפקח על הבנקים נכח בדיון. הדיון הסתיים בלא כל תוצאות.¹⁷¹ ביוני של אותה שנה, בפגישה נוספת עם ראשי הבורסה, הם טענו לפני המפקח על הבנקים כי "הוויסות פורץ כל גדר... וחיוני להסדיר את הטיפול במניות הבנקים...".¹⁷² ושוב – דבר לא נעשה. ביום 6 באוגוסט 1980 נערכה פגישה בין המפקח על הבנקים ובין ראשי הבנקים. ראשי הבנקים עמדו בתוקף על המשך פעילות הוויסות והביעו את התנגדותם הנמרצת להתערבות המפקחים בתחום זה. לטענתם, ההתערבות של גורמי הפיקוח, ובראשם המפקח על הבנקים, עשויה להביא לידי התמוטטות השוק ולידי התרוששות המשקיעים. הגדילו ועשו הבנקאים בתביעתם מהמפקח על הבנקים לדרוש מהרשות לניירות ערך שתבטל את הנחייתה בדבר חובת הפרסום של מידע בתשקיפים על אודות ויסות השערים. באותה ישיבה השיגו הצדדים הסכמה שלא ייעשו פעולות מניעה מצד רשויות הפיקוח (המפקח על הבנקים, הממונה על שוק ההון, יו"ר דירקטוריון הבורסה); הבנקים לא נדרשו להפסיק ולווסת, ולמעשה – כלל הנוכחים קיבלו את עמדת הבנקאים במלואה.¹⁷² בפברואר 1981 התבטאה הוועדה על אודות דעתו והתנהגותו של המפקח על הבנקים במילים אלו: "ההשלמה עם הנעשה, ואימוץ ההשקפה כי זהו נושא אשר שומר נפשו ירחק".¹⁷³

171 ראו שם, עמ' 45, ס' 2.38.

172 ראו שם, עמ' 33-34, ס' 2.24.

173 שם, שם.

המפקחת על הבנקים, גליה מאור, לא פעלה בדרך השונה מזו של קודמה בתפקיד. גם היא לא יצאה בגלוי נגד הוויסות וזאת בניגוד לפעולותיה הסמויות:

בפגישה שהתקיימה... בין גב' גליה מאור לבין מר דוד גולן מדנות הביעה גב' מאור התנגדות ל"ויסות". ואכן בעקבות זאת... לא הצטרף הבנק הבינלאומי למעגל המווסתים. כמו כן מנעה גב' מאור בעד בנק לאומי מלהבטיח תשואה צמודה למשקיעים בקרן ... מן הטעם שהדבר יגרור את הבנק לתמיכה בתעודות בקרן זו.¹⁷⁴

אשר לפעילות הרגולטור, הוועדה מסכמת את בדיקתה ומציינת: "בתקופת כהונתו [של מר מסר – אא"ג.] לא הופעלו על-ידו כהלכה סמכויות פיקוח על מעשיהם של הבנקים..."; ואשר לגב' מאור הוועדה מציינת כי "בתקופת כהונתה... לא חלו שינויים של ממש בפעילות הפיקוח על הבנקים בנושא הויסות ולא הופעל פיקוח סמכותי על מעשיהם החריגים של הבנקים."¹⁷⁵

הרשת

ויסות מניית הבנקים נולד לשרת מטרה אחת – הגדלת הרווחים וצמצום אי-הוודאות של הבנקים בסביבת שוק ההון. מבחינה אמפירית, קל וחומר מבחינה נורמטיבית, אין רווח לשחקן אחר זולת הבנקים, ומכאן שיישום מדיניות שיש בה כדי לתמוך או לקדם את ויסות המניות מקדם את מטרתם של הבנקים. מקבלי ההחלטות לא יכולים היו לבאר ולהסביר, להצדיק ולנמק את עשייתם, אלא בתכלית הני"ל, וזו עצמה אינה לגיטימית במבט נורמטיבי וחוקי על פעילות המערכת המוסדית-ממשלית; המערכת הזאת צריכה לעצב וליישם מדיניות המיטיבה עם כלל הציבור. נקל אפוא להבחין כי לא המניעים הנורמטיביים הם שהניעו את מקבלי ההחלטות, כי אם מניעים צרים אחרים. אף-על-פי שהמפקח על הבנקים הוא הרגולטור, והוא הגורם הממשלי הממונה ישירות על הבנקים ופעולותיהם (יותר מהנגיד; יותר מהממונה על הביטוח וההון; יותר מיו"ר הבורסה; יותר משר האוצר וממנכ"ל משרדו), הוא לא היה שחקן הממשל היחיד שהיה מקושר לאירועי

174 שם, עמ' 47, ס' 2.40 (סייפא); 2.41.

175 שם, עמ' 355, ס' 23.4 (י; יא).

הוויסות. כמוהו היו מקושרים גם נגיד בנק ישראל, הממונה על המפקח על הבנקים; משרד האוצר – השר, המנכ"ל, הממונה על שוק ההון והביטוח, הממונה על אגף התקציבים ויו"ר דירקטוריון הבורסה. לדוגמה:

תופעת הויסות הייתה ידועה בציבור הרחב ואין לנו ספק כי השר והמנכ"ל היו מודעים לה. הדעת נותנת שהיו גם מודעים לפחות לחלק מהשלכותיה השליליות בתחום המקרו-כלכלי, וכי מכל מקום חייבים היו להיות מודעים לכך.¹⁷⁶

וכך גם לאחר חילופי-גברי במשרד האוצר:

מר ארידור ומנכ"ל משרדו, פרופ' סדן, העידו כי הם, כקודמיהם, היו מודעים לתופעת הויסות, אך לא ראו בה בעיה המחייבת התערבות האוצר.¹⁷⁷

למעשה, רשת המדיניות שאפשרה את קיומו של הוויסות תקופה ארוכה כל-כך, בין במעשה מכוון ובין במחדל של אי-מניעה, עשירה בשחקנים ממשליים וחוף-ממשליים. מדוח הוועדה עולה שכולם ידעו על המתרחש,¹⁷⁸ כולם היו מעורבים, כולם יכולים היו למנוע ולא עשו כן, כולם חרגו מתפקידיהם הפורמליים. הבנקאים, ראשי האוצר, המפקחים על הבנקים, ראשי הבורסה, הממונה על ההון, כלכלנים ויועצים חיצוניים – כולם קיימו מפגשים סדירים ולעתים קרובות בפורומים משתנים, ובכל הפגישות כולן, ובלי יוצא מן הכלל, נדונה סוגיית הוויסות; ועם כל זאת לא נעשה דבר. הוויסות נמשך יותר משש שנים והביא לידי התמוטטות המשק כולו:

...עולה, כי ראשי האוצר לא פעלו במשך כל השנים למילוי חובותיהם הבסיסיות בנושא הויסות. שני שרי אוצר, שני מנכ"לים, הממונה על שוק ההון עמדו מנגד כאשר ההשפעות המצטברות של הויסות על המשק הלכו והחמירו...;

...הסתבר כי מה שכונה בהגדרה הכוללת ויסות, איננו אלא מערכת רבת הסתעפויות והשלכות שפיתחו הבנקים ואשר הביאה לטיפוח מלאכותי של שערי מניותיהם. ...האמצעים שהופעלו על-ידי הבנקים במסגרת הויסות ולקידומו... השתרעו על חלק נכבד משטחי פעולותיהם ולעתים

176 שם, עמ' 292, סי' 19.4.

177 שם, עמ' 293, סי' 19.4 (סייפא).

178 שם, עמ' 349, פרק המסקנות.

קרובות הופעלו תוך ניצול מעמדם בתחום הפיננסי, ובמצבים של ניגוד אינטרסים חריפים.¹⁷⁹

ניתוח המשתנים התאורטיים

- מספר השחקנים: כשלושה-עשר. ראשי הבנקים (כשבעה שחקנים); המפקח על הבנקים; נגיד בנק ישראל; שר האוצר; מנכ"ל משרד האוצר; הממונה על הביטוח וההון; יו"ר דירקטוריון הבורסה;
- זהות השחקנים: מחצית השחקנים הם שחקני-ממשל; מחצית השחקנים מהסקטור הפרטי;
- גבולות הרשת: סגורים. לאורכה של התקופה כולה לא יצאו שחקנים מהרשת, ואחרים לא נכנסו אליה. מתוקף תפקידם של כלל השחקנים – כולם היו בגדר חברי-קבע ברשת.
- בסיס ההשתתפות: וולונטרי. אף שחקן לא כפה על האחר להשתתף ברשת, אלא אם נגדיר את התפקיד הפורמלי של הרגולטור כמוסד כפייה המחייב את השחקנים להיות חלק מהרשת. נראה שהקביעה, כי ההשתתפות ברשת הייתה וולונטרית אכן מתאימה, מאחר שכל אחד מהשחקנים – הן הממשליים הן הפרטיים – יכולים היו בכל רגע נתון לצאת אל מחוץ לרשת ולעשות מעשה שיגביל את המשך פעולתה. לא כולם היו שחקנים פעילים ברשת, אך באירוע שהתפתח, אי-העשייה הייתה לעשייה מספקת להמשך פעילותה של הרשת.
- שכיחות הפעילות: גבוהה מאוד. חברי הרשת נפגשו בהרכבים שונים ופעמים רבות אף בהרכב המורחב והמלא. במפגשים נדונה הסוגיה המרכזית שקיימה את הרשת בתקופה הנבחנת. לא הייתה כל פעילות אחרת שיהתחרתה; בוויסות ושיכולה הייתה לשמש עילה למפגש; כל הפעילות כולה, של כלל השחקנים, נסובה סביב עניין קידום הוויסות או אי-מניעתו. המפגשים אירעו מדי שבוע בשבוע, לעתים אף בתכיפות גבוהה יותר, ואפשרו לחברים ברשת לשמור על קשר יציב ועדכני ביניהם.
- מיסוד הדפוסים: מהבחינה הפורמלית – בינוני; הרשת, על-אף שהייתה גלויה לעין-כול, לא הייתה קיימת במובנה החוקי-פורמלי. עם זאת המפגשים בין חברי הרשת בהחלט היו מעוגנים במסגרת התפקיד של השחקנים הממשליים. מהבחינה הלא-פורמלית – גבוה; ערוצי ההתקשרות, תכיפות המפגשים, התביעות ההדדיות – כל אלה מעידים על קשר

179 שם, עמ' 306, ס' 9.13; עמ' 348, ס' 23.1.

הדוק בין חברי הרשת ועל מיסוד לא-פורמלי של יחסי-הגומלין בתוך הרשת-פנימה.

- חלוקת הכוח ברשת: מהבחינה הפורמלית – בידי השחקנים הממשליים; לא בכל ניתוח אפשר להצביע על קיומה של רשת שחבר בה מקבץ בכיר כל-כך של שחקנים ממשליים, החל בשר האוצר, עבור במנכ"ל משרדו ונגיד הבנק וכלה בשלושה רגולטורים: המפקח על הבנקים, הממונה על הביטוח וההון, יו"ר הרשות לניירות ערך. אין ספק כי ברמה החוקית של הרשת – שחקני הממשל החזיקו בידם את כל הסמכויות הדרושות לניווט נורמטיבי של הבנקאים ושל הפעילות הפיננסית במשק. ואולם מהבחינה הלא-פורמלית, נדמה כי הבנקאים הם שהובילו את הרשת אל עבר מטרתם הפיננסית ובניגוד לאינטרס הציבורי. הרגולטורים, כמו שחקני הממשל האחרים, משכו ידיהם וגרסו כי 'שומר נפשו ירחק'. ככל הנראה, הבנקאים ראו עצמם בני-חורין **לדרוש** מראשי המשק לבטל הנחיות של מינהל תקין (שקיפות ודיווח) שהקשו עליהם להמשיך ולפעול בדרכם המושחתת. הפער הקוטבי בין האוטונומיה הגבוהה בידי הממשל ברובד הפורמלי לבין האוטונומיה הגבוהה בידי הבנקאים ברובד הלא-פורמלי היא שמסבירה יותר מכול את התנהלותו של הוויסות לאורך שש שנים.

הרגולציה על הקרקעות

כמו המים, גם הקרקעות בישראל מהוות מוצר ציבורי מתכלה. המשאב עצמו נתון ברובו המכריע בבעלותה של המדינה,¹⁸⁰ והשימוש בו מוגבל למגורים, לחקלאות, לתעשייה ולביטחון (אימונים צבאיים). התחרות על הקצאת משאב הקרקע כמוה כימשחק סכום-אפס: רווחיו של האחד אינם אלא הפסדיו של האחר. לצורך הקצאת הקרקעות פוננה מכוח החוק מועצת מקרקעי ישראל. המועצה אמונה על עיצוב המדיניות הרגולטורית, ובראשה מכהן שר הבינוי והשיכון. מינהל מקרקעי ישראל מבצע את המדיניות ואת מלאכת ניהול ההקצאה.

180 תשעים ושלושה אחוזים מהקרקע במדינת ישראל נתונים לבעלותה של המדינה. לשם השוואה – הממשל הפדרלי מחזיק בבעלות על כשליש משטחה הריבוני של ארה"ב; ראו ד' ברק-ארז, "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי" בתוך מ' מאוטנר (עורך), **צדק חלוקתי בישראל**, 2000, עמ' 203-219.

בג"צ 244/00 שיח חדש נ' מינהל מקרקעי ישראל

כללי

קרקע חקלאית נמסרת לחוכריה לצורכי חקלאות ולכל הצרכים הנלווים לכך, כגון הקמת מבנים למגורי מתיישבים ולצורכיהם החקלאיים. על החוכר מוטלת חובת עיבוד הקרקע, ובהתחשב במטרות השימוש בקרקע נקבעו גם דמי החכירה. לאורך השנים מצאה מדיניות זו ביטויה בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל, החל בהחלטתה מס' 1, מיום 17.5.65. החלטה זו קבעה כי קרקע חקלאית תימסר למתיישבים בדרך של חכירה בלבד, לצורך עיבוד הקרקע ולמגורים בה. עוד קבעה ההחלטה כי ייעודה של הקרקע לא ישונה, אלא במקרים יוצאים מן הכלל. דמי החכירה השנתיים ששילמו החקלאים בעבור הזכויות בקרקע עמדו – בערכים של שנת 2000 – על סך של 600 ₪ לשנה. ההחלטה הני"ל של מועצת מקרקעי ישראל (להלן, המועצה), מס' 1, קבעה עוד כי בחוזי החכירה של הקרקע יצוינו אחוזי הפיצוי לחקלאים במקרים שבהם ישונה ייעוד הקרקע. החל בראשית שנות התשעים קיבלה המועצה החלטות אחדות שהיו מנוגדות בתוכנן למדיניות המועצה, ובראשן שלוש ההחלטות האלה: החלטה מס' 717 מיום 20.6.95 אפשרה ליישובים חקלאיים המעוניינים לפתח אזורי תעשייה בחלקים מן הקרקע שחכרו מן המינהל לעשות זאת; החלטה 727 ביקשה להגדיל את מלאי הקרקעות העומד לבנייה למגורים ולצורך כך הבטיחה טובות הנאה כלכליות לחוכרים אשר ישיבו למינהל את הקרקע החקלאית לשם שינוי ייעודה. גובה הפיצוי לחקלאים יחושב על-פי ערך הקרקע **לאחר** שינוי ייעודה; החלטה 737 עסקה בהרחבה למגורים ביישובים חקלאיים, אם ההרחבה ושינוי הייעוד נעשים ביזמת האגודה השיתופית. ההחלטה נותנת ליישובים החקלאיים הטבה כלכלית בדמות הפחתת דמי חכירה ומאפשרת לבני המקום או למומלצים אחרים שהאגודה בחרה לפי צרכיה, לחכור בלי מכרז את המגרשים שהורחבו.¹⁸¹

181 ראו בג"צ 244/00 שיח חדש נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם) – להלן: בג"צ הקרקעות; פסקאות 1-9. נציין כי בשל חשיבות העניין ישבו בדין שבעה שופטים, ובראש ההרכב ישב הנשיא אהרון ברק. פסק הדין הוא מעטו של השופט תאודור אור.

הרגולטור – מועצת מקרקעי ישראל

הממשלה תמנה מועצת מקרקעי ישראל שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל [מקרקעי ישראל – אא"ג], תפקח על פעולות המינהל ותאשר הצעת תקציבו שייקבע בחוק.¹⁸²

הקצאת הקרקעות במדינת ישראל נתונה בידי מינהל מקרקעי ישראל, והוא כפוף להחלטותיה של המועצה. הראשון מוציא לפועל את מדיניותה של השנייה. נציין כאן כי לעניין הקרקעות חוקקה הכנסת חקיקה 'עצלנית', קרי המעיטה בפרטים והעבירה, להלכה ולמעשה, את מלאכת היצירה של הסדרים 'ראשוניים' לידי הרגולטור על הקרקעות. מכאן אנו למדים כי למועצת מקרקעי ישראל סמכויות לא-מוגבלות באשר למדיניות ההקצאה של הקרקעות, כל עוד זו מעוצבת בהגיונות, ביעילות, בשוויון ועל-פי כללי המינהל התקין.¹⁸³ לפי בית-המשפט, המקרקעין הם משאב חשוב וחיוני ביותר לקיומה של חברה במדינתה, ויש להם יתר חשיבות במדינת ישראל, משום שגבולותיה צרים, צפיפות האוכלוסין בה גבוהה והיא ארץ קולטת עולים. ועל-כן:

על המדינה ועל העוסקים מטעמה על מקרקעיה לפעול בשיקול דעת זהיר בכל הנוגע ליותר זכויות בקרקע, ולדאוג לעתודות קרקע מספיקות לצרכים השונים בעתיד.... נדרשת מדיניות קרקעית שקולה ומאוזנת הלוקחת בחשבון את כל השיקולים האלה... שיקול נוסף אשר ראוי שיהיה לנגד עיני מועצת מקרקעי ישראל הוא, שהענקת זכויות חכירה על-פי התנאים המקובלים במינהל פירושה הענקת זכויות לפרק זמן ארוך ביותר.¹⁸⁴

ועוד:

המינהל משמש נאמנו של הציבור בנהלו את מקרקעי המדינה. עליו לנהלם תוך שמירה על אינטרס הציבור בהם, לרבות שמירה על המקרקעין לתועלת הציבור כולו, כולל הצורך להימנע ממתן טובות הנאה בלתי

182 חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, ס' 3.

183 ראו בג"צ הקרקעות, פסקות 1-6; השו"ג ד' ברק-ארז, "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת אינטרסים" בעיוני משפט א (תשנ"ח); וגם בד' ברק-ארז, "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי" בתוך מי מאוטנר, 2000.

184 שם, פסי' 36-37.

מוצדקות במקרקעין לאחרים. כנדרש מכל גוף מינהלי, על המינהל לפעול בהגינות על-פי שיקולים ענייניים ובשוויון, תוך מתן הזדמנויות שוות לכלל הציבור. אחת התכליות הכלליות של כל גוף מינהלי היא לנהוג בשוויון. כך גם בקביעת מדיניות הקצאת קרקעות ויישומה. מתן קרקע לאחד מונע אותה מאחרים, ושאלת סדר העדיפויות צצה ועולה בכל חריפותה. טענות להפלייה קיימות בין מגזרים שונים בציבור, כמו גם בין יחידים וקבוצות באותו מגזר. השאלה המתעוררת לא אחת היא, אם מדובר בהפלייה או בהבחנה מותרת.¹⁸⁵

ובלתי נפרד מעניין זה:

דברים אלה מעלים אל פני השטח את הערך של הגשמת צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין על ידי מינהל מקרקעי ישראל. עניינו של ערך זה בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים. החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מנהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים.¹⁸⁶

הרשת

בית המשפט פוסל את שלוש ההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל – 717; 727; 737; – בתואנת 'אי-סבירות', קרי כל ההחלטות הפלו לטובה קבוצה אחת מובחנת לעומת יתר הקבוצות במדינת ישראל ואפשרו לה בלעדיות על הקרקעות וקניית רווחים רבים מעתה ונכמעט) עד עולם. בית המשפט אינו טוען בריש-גלי כי שיקולים זרים הם שעמדו לנגד עיניה של מועצת מקרקעי ישראל בהתוויית המדיניות, אך הוא מצביע על ניגודי עניינים אפשריים:

סעיף 4 לחוק מינהל מקרקעי ישראל קובע, כי המועצה תמנה 18-24 חברים אשר ימונו על-ידי הממשלה. יוצא, שחלק מחברי המועצה עשויים להיות, ... בעלי תפקידים במיגזר החקלאי, הגם שהם בעלי

185 שם, פסי' 38.

186 שם, פסי' 39. ראוי להסב את תשומת לב הקורא, כי חריג למדי שבית המשפט אינו מקפיד להבחין בניסוחיו בין מועצת מקרקעי ישראל לבין מינהל מקרקעי ישראל. יש והוא מזכיר את שני הגופים כרשות אחת, ויש והוא מערב בין סמכויותיהם. בית המשפט, על-אף ההבחנה שהוא יודע לעשות בין עיצוב מדיניות ליישומה, רואה במועצה ובמינהל רשות שלטונית-מנהלית אחת.

אינטרסים בכל הנוגע לקרקעות שבבעלות המדינה שייעודן חקלאי.¹⁸⁷

כמו כן, בית המשפט מצביע על העדר שיקולים ראויים של נאמנות לכלל הציבור ושל הקצאה שבבסיסה ערכי הצדק-החלוקתי. נדמה כי בית המשפט מצביע על שתי רמות של הטיה בהליך מנהלי: האחת נובעת מהייעוד הרב שזוכים לו מי שיש בחזקתם אינטרסים חקלאיים; השנייה, מקורה בכוח הרב שיש לקבוצת האינטרס של החקלאים. כוח זה משפיע על שיקול דעתה של מועצת מקרקעי ישראל.

בית המשפט תמה, מה לה למועצה כי תפלה קבוצה אחת באוכלוסייה לעומת יתר הקבוצות?

נדמה כי הנחת יסוד של בית המשפט היא, כי אם קבלת ההחלטות הפוזיטיביסטית סתה כל כך מהדרך הנורמטיבית, אזי קמו כוחות אינטרסנטיים והשפיעו על החלטתה. לא בכדי אוזכר ניגוד האינטרסים של אחדים מחברי המועצה; לא במקרה אוזכרה השתלשלות עיצוב המדיניות לאורך שנות התשעים; לא לחינם עמד בית המשפט על משקלם של החקלאים בחברה כיום, מבלי שחסך את ציון משקלם ההיסטורי. נראה שבית המשפט מצביע על מדיניות של רגולציה על הקרקעות של רוב הקבוצות בחברה ודה-רגולציה על הקרקעות של קבוצת החקלאים.

ניתוח המשתנים התאורטיים

- מספר השחקנים: מצומצם מאוד. למעשה, אפשר להצביע על שני שחקנים – מועצת מקרקעי ישראל וקבוצת-האינטרס של החקלאים.¹⁸⁸

187 שם, פסי' 3. עוד קובע הסעיף 4 לחוק כי "במועצה יכהנו השר [שר הבינוי והשיכון – אא"ג], שיהיה היושב-ראש...". מחצית מחברי המועצה יהיו מטעם הממשלה ומחציתם יהיו מטעם קק"ל ועל-פי הצעתה. לפחות מחצית מהחברים מטעם הממשלה יהיו עובדי מדינה, בעלי תפקידים בכירים במשרדי הממשלה הנוגעים בדבר, ויתרתם יהיו אנשי אקדמיה ונציגי ציבור. החברים מטעם קק"ל יהיו חברי דירקטוריון, עובדי קק"ל או אנשי אקדמיה. חברי המועצה שאינם בעלי תפקיד בשירות המדינה או בקק"ל לא יעלו במספרם על שליש מחברי המועצה.

188 על-פי תאוריית הקבוצות או לפי 'מודל שיווי המשקל', המדיניות מתקבלת במקום שקבוצה אחת בעלת כוח רב מזה של קבוצה או קבוצות אחרות, ועל כן היא המשפיעה על עיצוב המדיניות. המציאות עד לפסק דין זה מצביעה על העדר קבוצות מתחרות בקבוצת החקלאים; פסק הדין עצמו מצביע על שינוי שיווי המשקל – מעצם התגבשותן של קבוצות אינטרס מתחרות – ועל שינוי בסטטוס-קוו בהקצאת הקרקעות. מועצת מקרקעי ישראל אינה יכולה מעתה להיות מושפעת רק מהחקלאים, ותושפע גם מיתר הקבוצות הפועלות להשפיע עליה. לתאוריית הקבוצות והמודל האמור, ראו בהרחבה - Dye, T., 1992, *Understanding Public Policy*, Prentice Hall, ch. 2

- זהות השחקנים: שחקן ממשלי – מועצת מקרקעי ישראל; שחקן פרטי – הלובי החקלאי.¹⁸⁹
- גבולות הרשת: סגורים. הרשת אינטימית וסגורה למי שאינו נמנה עם נציגי החקלאים. אין קבוצות מתחרות לקבוצה דומיננטית זו בכל הקשור בהחלטותיה של המועצה.
- בסיס ההשתתפות: וולונטרי. המועצה אינה כופה על החקלאים השתתפות ברשת; החקלאים שואפים להשפיע ככל האפשר על החלטות המועצה. כיוון שכך, יש ניסיון להחדיר נציגים פורמליים למועצה, ובד בבד להשפיע על המליאה כולה בלחץ מבחוץ.
- שכיחות הפעילות: לא ידועה. אפשר לשער כי יש קשר רציף וקבוע בין הלובי החקלאי לבין המועצה. שכיחותו המעשית נקבעת לפי צרכי השחקנים. יש המצביעים על פעילות אינטנסיבית של הרשת בכל עת שהכנסת מתקרבת לחקיקה רלוונטית ללובי החקלאי.¹⁹⁰
- מיסוד הדפוסים: הרשת הרגולטורית הזאת אינה פורמלית על-אף היותה בולטת לעיניו של בית המשפט. קשה לקבוע את מידת המיסוד של הרשת, אבל אפשר להעריך כי היא בינונית ואולי גבוהה. מאחר שאת המועצה מייצגים אנשי הלובי החקלאי ומאחר שכוחה של הקבוצה החקלאית רב, הרי שהלחץ שהיא מפעילה אינו שולי לשיקוליה של המועצה בהחלטותיה. אם שמים לב למשך יישום המדיניות המיטיבה עם קבוצת האינטרס, אין ספק כי ערוצי ההתקשרות בינה לבין חברי המועצה אינם סמויים ולא נעשו דרך-אגב. בית המשפט מציין כי המדיניות המפלה החלה משתרשת בראשית שנות התשעים; הפסיקה באה במחציתה של שנת 2002. עשר שנים לכל הפחות יישמה מועצת מקרקעי ישראל מדיניות מפלה לטובת קבוצה אחת לעומת יתר הקבוצות. ובעוד יתר הקבוצות שותקות – הגבירה הקבוצה המועדפת את קולה.
- חלוקת הכוח ברשת: מפוצלת. לשחקן הממשלי יש הסמכות החוקית-פורמלית לקבל החלטות אוטונומיות לחלוטין. נדגיש כי בית המשפט הכיר בסמכותו של הרגולטור – המועצה – לקבל החלטות בגדר 'הסדרים ראשוניים', עמדה שיש בה אף כדי לחזק את האוטונומיה של

189 בפסק הדין עושה בית המשפט מקשה אחת מן היחלקאים, 'הקיבוצים' וה'מושבים'. לענייננו, נתייחס לקבוצת הלובי החקלאי, ונציין כי יש בה מושבים חקלאיים אך בעיקר קיבוצים.

190 ראו א' קדר וא' יפתחאל, "הקרקעות החקלאיות בישראל לקראת סוף האלף" בתוך מ' מאוטנר, 2000.

השחקן הממשלי. על-אף זאת, המועצה מקבלת זה שנים ארוכות החלטות שיש בהן כדי להיטיב רק עם הקבוצה האחת, החקלאים, ולהרע עם הקבוצות האחרות. אין לנו אלא להסיק, כי אילו לא היו החקלאים בעלי כוח ועצמה נגד המועצה, לא היו ההחלטות מוטות הטיה גורפת וקיצונית כל כך. לשון אחר – האוטונומיה הפורמלית של השחקן הממשלי מבוזרת באופן בלתי-פורמלי אל השחקן הפרטי.

אפשר לכנות את הרשת הרגולטורית לעניין הקרקעות 'רשת קליינטיסית'. השחקן הממשלי מוותר על האוטונומיה החוקית-פורמלית הנתונה לו לטובת קבוצת-לחץ חוץ-ממשלית, וזו עושה כל שביכולתה להטות את החלטותיו של הממשל כדי לקדם את ענייניה הצרים. נשוב ונציין את יתר החשיבות שבית המשפט מייחס לסוגיית הקרקעות בישראל, בשל חסרונו במקומותינו. אשר על-כן המועצה צריכה לתת דעתה לשני עניינים מרכזיים הנובעים מהחלטותיה – הקצאה של קרקע אינה לטווח קצר, אלא בדרך כלל היא לטווח הארוך; והנתינה לפלוני משמעה גריעה מאלמוני. הרשת הפועלת בזהות מוחלטת עם האינטרס של הלובי החקלאי עיצבה ויישמה מדיניות המקצה קרקעות בהיקפים נרחבים לחקלאים, ובמקום שהיא מונעת זאת מהם, היא ממהרת ומפצה אותם פיצוי חסר תקדים ולא-שוויוני בעליל.

פעולתה של רשת קליינטיסית היא פעולת יחידה אינטימית: אין חודר אליה או יוצא ממנה, והחלטותיה משקפות בראש ובראשונה את רצון השחקנים. כיוון שכך, צריך שיקום שחקן מתחרה בעל כוח רב בטרם יעלה בידי מישהו להשפיע השפעה שונה על החלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל. ימים יגידו, אך נדמה כי בית המשפט העניק מיוקרתו ומכוחו לקבוצות המתחרות, למען יהא בידן להשפיע מעתה ואילך על הקצאה שונה של הקרקעות בישראל.

6

רגולציה – נקודות לדין

- השונות בין טיפוס הרגולציה – הכפיפות של הרגולטור למדיניות המשרד, השר, הממשלה או הכנסת עשויה להשפיע על מידת השקיפות של הליכי הרגולציה. מהידע והמחקר הנצבר הן בארה"ב הן בבריטניה בעניין זה עולה כי עצמאות מוסדית רחבה של הרגולטור עשויה להביא לידי שקיפות רבה יותר. אי-התלות של הרגולטור בהייררכייה ביורוקרטית מסועפת חושפת את פעולתו ביתר בהירות וממקדת את ההתבוננות הציבורית בעל-סמכא אחד מובחן, הוא הרשות הרגולטורית. לראיה, פעולתם של המפקח על הבנקים, המפקח על הביטוח ושוק ההון, הממונה על ההגבלים העסקיים, הרשות השנייה, מינהל מקרקעי ישראל חשופה לביקורתו של הציבור יותר מפעולתו של המפקח על המשקלות, המידות והסטנדרטים במשרד התעשייה והמסחר או מנהל יחידת המחירים והאספקה במשרד החקלאות.
- האחראיות (accountability) – לשיטתנו, האחראיות היא משורשיה הנורמטיביים של הדמוקרטיה. משום כך צריך שתהיה נחלתם של כלל הגופים והמוסדות הממשליים, לאפיוניהם, כפיפותם וסמכויותיהם השונות. הרגולציה היא פעולה ממשלית המצמצמת את חירות הפרט והחברה, ומעצם הגדרתה פוגעת בזכויות יסוד שלהם, וחזקה עליה שתהא מהראשונות להתהדר ברמה גבוהה של אחראיות. פירוש הדבר אינו פרסום החלטות ותו-לא, כי אם גם פרסום המניעים להחלטה, האילוצים, הספקות והאינטרסים שעמדו לנגד עיני רגולטור פלוני בבואו להכריע בסוגיה פלמונית. לעניין זה חשובה אי-תלותו של הרגולטור: רגולטור פנים-משרדי כפוף לרמות ארגוניות רבות ומסועפות, ולכן יתקשה לדאוג שהחלטותיו יצופו מעל פני הים הביורוקרטי, קל וחומר – הליך עיצובן. לעומתו, רגולטור בלתי-תלוי ושאינו כפוף לרמות פיקוח משרדיות יכול להעלות את החלטותיו על סדר היום הציבורי, והן תקבלנה את הבולטות והחשיפה הראויות למשקלן הערכי-נורמטיבי.
- הנשיאה באחריות תלויה בשלושה משתנים: ההייררכיה הארגונית, הכפיפות הארגונית ומתחם הסמכויות. הראשון קובע את מידתה והיקפה של האחראיות המיניסטריאלית של נושא התפקיד – ככל שתפקידו רם יותר, תגבר אחראיותו. השני קובע את הסמכות שלפניה אחראי הרגולטור – ראש הממשלה, הממשלה כולה, נשיא המדינה, הכנסת או המנהל הישיר, מנהל אגף, מנכ"ל משרד וכו'. השלישי מגדיר את תחום העיסוק ואת הנגזרות

ממנו – האם הרגולטור אמון על תחום צר המשפיע על קבוצה מצומצמת יחסית באוכלוסייה (לשכת המודדים) או שמא על תחום רחב המשפיע על קבוצות רחבות או אף על כלל האוכלוסייה (כגון המפקח על הבנקים)? האם הרגולטור אמון על ענף (רגולציה אנכית, כגון הממונה על הביטוח וההון) או שמא על תחום פעילות והתנהגות (רגולציה אופקית, כגון הממונה על ההגבלים העסקיים)? לשיטתנו, הנשיאה באחריות כמוה כהכרתו של הרגולטור מאין בא (מהי התכלית של תפקידו), לאן הוא הולך (מה הם היעדים והמטרות שעליו להשיג), ולפני מי עליו לתת את הדין (מי הממונה שהוא כפוף לו); אם מקומו של הרגולטור בראש הפירמידה הארגונית, סביר שמתוקף אחריותו יצטרך לדווח לבכירי הממשל; ולמעשה, הדבר דומה לדיווח לציבור. ואם מקומו בתחתית המבנה הארגוני – אחריותו תחייב אותו לדווח לרמה הממונה עליו, וזיקתו לציבור רופפת יותר. האחריות הציבורית עומדת ביחס ישר להיקף סמכותו של הרגולטור ולעומק השפעתו על הציבור, ולכן משקלה הסגולי של האחריות בתפקידם של רגולטורים שונים אינו שווה. על בסיס מתווה זה נציג לדוגמה את אחריותו של המפקח על הבנקים לעומת אחריותו של הממונה על הביטוח וההון – הראשון מדווח מתוקף אחריותו לנגיד בנק ישראל, ואילו השני לשר; האין שני הרגולטורים חופפים בהיקף סמכותם ועומק השפעתם על המשק והחברה בישראל? האין מקומן של חברות הביטוח של היום שקול למקומם של הבנקים?

● ההליך הרגולטורי ועיגונו בחקיקה – ראינו כי בארה"ב ובבריטניה עסק המחוקק ברגולציה. החקיקה בישראל אינה עושה כן. אין כוונתנו לסמכויות הרגולטוריות של כל אחד מהרגולטורים (אלה מעוגנות בחקיקה או בחקיקת משנה, ראו סימוכין בהערותינו לעיל), אלא לעצם ההליך של הפעלת שיקול הדעת על-ידי הרגולטור ודרך בחירתו בין חלופות. לעניין זה אמנם נדרש לא פעם בית המשפט. הוא קבע את תוקפה וחוקיותה של החלטה רגולטורית בשקללו את טובת הציבור, תום הלב, מתחם הסבירות, מבחן הפגיעה הפחותה, מבחן היחסיות. שיקול הדעת והסמכות שניתנו לרגולטור לביצוע תפקידו נגזרים מהפסיקה יותר משהם נגזרים מן החקיקה או מחקיקת המשנה. כך קבע בית המשפט לעניין הפעלת שיקול הדעת:

שיקול דעת סובייקטיבי אינו שיקול דעת מוחלט. אין הוא מעניק לבעליו כוח לבחור בכל חלופה הנראית לו, סובייקטיבית, כראויה. שיקול דעת סובייקטיבי הוא שיקול דעת מוגבל. כמו כל שיקול דעת אחר הוא חייב לקיים את הדרישות הבאות: ראשית, הוא חייב להיות מופעל בתוך דל"ת

האמות של החוק המסמיך; שנית מחשבתו הסובייקטיבית של בעל הסמכות חייבת להיות מכוונת להגשמת אמות המידה האובייקטיביות, אשר קובעות את התנאים להפעלת הסמכות; שלישית, הבחירה בין האופציות החוקיות השונות העומדות בפני בעל הסמכות צריכה להיות בתום לב, ללא שרירות, מתוך שקילת השיקולים הרלוונטיים בלבד ומתוך סבירות; רביעית, ההכרעה בין האפשרויות השונות צריכה לבסס עצמה על הערכת סבירות ועל עובדות, שנקבעו על-יסוד ממצאים משכנעים, מהימנים, שאינם מותירים מקום לספקות, ועל הערכות סבירות.¹⁹¹

ובמקום אחר קבע לעניין מבחן המידתיות:

המידתיות במשפטנו נקבעת על-פי שלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה מורה, כי על הפעולה להיות מתאימה להשגת תכליתה. מבחן הפגיעה הפחותה מחייב לנקוט באמצעי שמידת פגיעתו בזכות היא הפחותה. ואילו מבחן המשנה השלישי, מבחן היחסיות, קובע כי פעולה הפוגעת בזכות תוכל להינקט רק אם היחס בין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת הוא סביר.¹⁹²

ובמקום אחר, לעניין הסבירות:

סבירות אינה מושג פיזי או מטפיזי. מושג הסבירות הוא מושג נורמטיבי. סבירות משמעותה שקילת כל השיקולים הרלוונטיים, ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה. הסבירות אינה עניין פרסונלי. היא עניין מהותי. לא סבירותו של מקבל ההחלטה עושה את החלטתו לסבירה, אלא סבירותה של ההחלטה עושה את המקבל אותה לאדם סביר. סבירותה של ההחלטה נקבעת על-פי המשקל הפנימי הראוי שניתן לגורמים העיקריים המעצבים אותה.¹⁹³

191 בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617, דבריו של השופט ברק.

192 בג"צ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, דבריה של השופטת דורנר.

193 בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485, שם מפנה השופט ברק לדבריו של השופט מק'קורמיק: "What justifies resort to the requirement of reasonableness is the existence of a plurality of factors requiring to be evaluated in respect of their relevance to common focus of concern. Unreasonableness consists in ignoring some relevant factor or factors, in treating as relevant what ought to be ignored. Alternatively, it may involve some gross distortion of the relative values of different factors, even though different people can come to different evaluations each of which falls within the range of reasonable opinions in the matter in hand."

הפרוצדורה הרגולטורית כפופה למבחן שקבע בית המשפט בפסיקותיו; אין המחוקק הישראלי רואה בה מדיניות מובחנת, בעלת אפיונים ייחודיים, המחייבת התייחסותו הפרטית והפרטנית. בהיעדרה של חקיקה כזאת עולה מקומה של הפרשנות האישית של הרגולטור אשר לאופן קבלת ההחלטות שלו-עצמו. נשאלת השאלה אם חקיקה ראשית, שתגדיר קווים לעיצוב מדיניות רגולטורית עשויה לתרום ליעילותו של ההליך, לחידוד השקיפות, להגברת הדיווחיות ולהעצמת האחריות של הרגולטורים השונים.

● ביזור הסמכויות הרגולטוריות נפוץ במקומותינו, ולא פעם הוא מביא לסמיכות תפקודית. כך ראינו, לדוגמה, כי רישוי תרופות ומזון נעשה בשני משרדים שונים: משרד הבריאות מטפל במוצרים המיועדים לאדם ומשרד החקלאות מטפל במוצרים המיועדים לבעלי חיים; ואולי אין כל קשר בין השניים, ולכן ביזור שכזה מוצדק? שאלה דומה עולה בעניין היבוא והיצוא, הפיקוח על הקרקעות במדינה ועוד. מעבר לעלויות הרבות שמחייבות הפרדת סמכויות שכזו, התיאום בין הגורמים נעשה גם הוא הליך בירוקרטי ארוך ומייגע. נניח שצריך לסלול דרך חדשה מיישוב א' ליישוב שכן ב'. לפי תכנונו של מהנדס, היא חוצה אדמות מדינה (בפיקוח של מינהל מקרקעי ישראל) וגן לאומי (בפיקוח הרשות לטבע וגנים). מי יהיה הגורם המתאם? כיצד ייעשה התיאום? כמה עולה התיאום הבין-ארגוני? שאלות דומות עולות במה שקשור בתקנות לעניין סחר בבעלי חיים (בסמכות משרד החקלאות) וסחר בחיות בר (בסמכות חטיבת הפיקוח ברשות הטבע והגנים) וכן הלאה. הרגולציה מחייבת תיאום בין נושאי תפקידים רבים. נדמה כי הקמת הרשויות הרגולטוריות העצמאיות – 'הרשות למוצרים ציבוריים' – חשמל; 'הרשות למוצרים ציבוריים' – מים וביוב; 'הרשות לטבע וגנים' מסמנת תחילתה של רפורמה במינהל הרגולטורי בישראל. ראוי לבחון את מקומה המוסדי של הרגולציה בישראל לפי השינויים הרבים המתרחשים בעת הזאת, ובהם תמורות טכנולוגיות וגם תמורות חברתיות, משפטיות, כלכליות, אורבניות, מדעיות ואחרות המתרחשות לא רק בתחומה של המדינה פנימה, אלא אף במרחבה הגלובלי.

שאלות נורמטיביות

1. באילו תחומים יש לקיים פיקוח מטעם המדינה, קרי רגולציה חיצונית, ואילו תחומים ראוי ורצוי להשאיר בפיקוח עצמי, קרי רגולציה פנימית?
2. מהו מנגנון הבקרה הרצוי לפיקוח על רשויות הרגולציה? האם יש מקום לבזר את הפיקוח על הרשות המפקחת או שמא לרכז אותה בידי סמכות בודדת (דוגמת הממונה על הרגולציה בבריטניה)?
3. לאור מקומה של פרשנות סובייקטיבית בתהליך קבלת ההחלטות ולאור משקלן של קבוצות בעלות עניין – האם רצוי להפקיד את סמכות הרגולציה בתחום מסוים בידי רגולטור יחיד, דוגמת המפקח על הבנקים, הממונה על ההגבלים העסקיים והממונה על הביטוח וההון או להפקידה בידי צוות אנשים (רשות, מועצה, ועדה, מינהל וכיוצא באלה), דוגמת מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו או מועצת מקרקעי ישראל, למען יקום ייצוג של אינטרסים מבוזרים?
4. מהי מידת ההפרדה הרצויה בין הרשות הרגולטורית ובין רשויות שלטון אחרות ובאיזה אופן תעשה? האם הפרדה מוסדית ופונקציונלית מספקת או שומה עלינו לקבוע גם הפרדה פרסונלית, קרי – רגולטור לא יכהן בתפקיד נוסף?
5. מהי מידת הביזור וההבחנה הרצויה בין המוסדות הרגולטוריים – האם, לדוגמה, צריך לאחד את הרגולציה בתחום התקשורת האלקטרונית בידי רשות מרכזית אחת או להמשיך ולהחזיקה מפוצלת בין הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, מועצת הכבלים והלוויין, ורשות השידור?

סיכום

רגולציה המתהווה ממכלול החלטות של הממשל עלתה לסדר היום החל באמצע המאה התשע-עשרה. אנגליה וארה"ב – כל אחת בדרכה להתמודד עם התמורות והשינויים הגאוגרפיים, הכלכליים, הטכנולוגיים, החברתיים, הנורמטיביים והסביבתיים – מיסדו את ההליך הרגולטורי ביחידות מובחנות והמופקדות על עניינים אלו. הראשונה מינתה ועדות משרדיות; השנייה מינתה ועדות עצמאיות ומעין-עצמאיות; אך אלה גם אלה עסקו בעיצוב מדיניות שתכליתה לקדם את עניינו של הציבור אבל יש בה כדי להגביל את חירותו ואת זכויותיו. תכלית חשובה זו חייבה את מעצבי המינהל הציבורי לייחד פונקציות ממשליות למימושה, והציבור הכיר וידע את גבולות הסמכות של הפונקציות האלה, את מתחם פעולתן ואת אחריותן. אין בכך כדי לצמצם את הביקורת על המוסדות הרגולטוריים או על החלטה כלשהי מהחלטותיהם, אך הדבר בהחלט ממקד את הביקורת בכתובת ממשלית מובחנת.

למינהל הציבורי בישראל ניתן תפקיד של ריבון-על המעורב בחיי היום-יום של האזרח כמעט בכל אשר יפנה. המדינה הייתה הבעלים של הייצור כמעט בכל תחומי החיים – החל מכלכלה, דרך תעשייה, עבור בתקשורת וכלה ברווחה ובחינוך. מכאן שהפיקוח והוויסות היו כפניה של ההלאמה ולא כאמצעי להסדיר את כוחות השוק החופשי. רק בשנים האחרונות החלה מסתמנת מגמה של הפרטת השירותים והמוצרים לידי הסקטור הפרטי, ובד בבד שינתה הרגולציה פניה למכשיר של ויסות ופיקוח על הסקטורים הפועלים במשק – הציבורי, הפרטי והשלישי. אלא שהשינוי לא עוצב ויושם ברפורמה מקיפה, ולצעדיו היה מראה תוספתי (אינקרימנטלי) למציאות האתמול. שינוי הוביל לשינוי, והמינהל הציבורי – בלהט העשייה – לא פעל בהלימה בין הפונקציות השונות תחתיו. התפתחות זו יצרה שונות גדולה בין הרגולטורים הציבוריים בהיקף סמכויותיהם ובכפיפותם הארגונית. הטיפולוגיה של הרגולטורים בישראל מתארת את עומקה של השונות ומסבירה את ההשלכות כשם שהצגנו לעיל. אין בכך כדי לומר 'כך צריך' או 'כך אסור'; אך יש בזאת להאיר את מאפייניה של הרגולציה בישראל. לאור תכליתה הראויה מכול (טובתו של הציבור) של הרגולציה ועל בסיס היותה מרכזית כל-כך בחיי הפרט ובחיה של החברה, ראוי לראות בדיון הציבורי ברגולציה דיון במדיניות; כאלה הם הדיונים גם ב'אחיה' של הרגולציה – נושאי החוץ, הביטחון, המוניטריות והרווחה. רק דיון שכזה, חד וממוקד, עשוי להביא לידי שינויים מוסדיים, ארגוניים, בין-ארגוניים וחקיקתיים

אשר בין היתר יביאו להגברת השקיפות, הדיווחיות והאחריות. הרגולציה מכתיבה את התנהלות אורח החיים של האזרח במדינתו, שהפכה פניה ממדינה מנהלית למדינה רגולטורית; ממדינה יצרנית למדינה מפקחת. מטרתה של חוברת זו להציג את יסודותיה של המדיניות הרגולטורית על מאפייניה ודרכים אפשריות לניתוח. פנים רבות לה, לרגולציה, והנה פתחנו במסע ארוך בנפתוליה. אנו מקווים, כי הציבור יירתם למסע וישמיע קולו באשר לאופיה של הרגולציה הרצויה לישראל בעתיד לבוא.



מקורות

- ארבל-גנץ, א', **האחריות הציבורית בוועדות חקירה – הגשר בין האתיקה והמשפט**, חיבור לשם קבלת התואר 'מוסמך במדיניות ציבורית', אוניברסיטת תל-אביב, 2001.
- אקשטיין, ש', ב' זילברפרב ושי' רוזביץ, **הפרטת חברות בישראל ובעולם**, רמת-גן, אוניברסיטת בר-אילן, 1998.
- ברזיס, ע' וא' וייס, "האם דרושה תקופת צינון לעובדי ציבור?" **רבעון לכלכלה**, 2 (1998), עמ' 397-409.
- ברכה, ב', **המשפט המינהלי**, ירושלים, נבו, 1996.
- ברק, א', "החוקה הכלכלית של ישראל", בתוך א' ברק (עורך), **מבחר כתבים (א')**, ירושלים, נבו, 2000, עמ' 485-507.
- ברק, א', **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (ב')**, ירושלים, נבו, 1993.
- ברק, א', **שיקול דעת שיפוטי**, תל-אביב, פפירוס, 1989.
- ברקאי, ח', **אדם סמית באספקלריה של ימינו**, תל-אביב, האוניברסיטה הפתוחה, 1995.
- ברק-ארז, ד', "האתגר הדמוקרטי של המשפט הישראלי", **עיוני משפט** (כד), אוניברסיטת תל-אביב, תשס"א.
- ברק-ארז, ד', "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי", בתוך מ' מאוטנר (עורך), **צדק חלוקתי בישראל**, תל-אביב, רמות – אוניברסיטת תל-אביב, 2000.
- ברק-ארז, ד', "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת אינטרסים", **עיוני משפט** (כא), אוניברסיטת תל-אביב, התשנ"ח.
- גוטפלד, א', "עקרון הפרדת הרשויות ותביעת מרברי נ' מדיסון", בתוך א' גוטפלד (עורך), **הדמוקרטיה האמריקנית – הממשי, המדומה והכוזב**, לוד, זמורה ביתן, 2002, עמ' 310-329.
- גל-נור, י', **ראשיתה של הדמוקרטיה בישראל**, תל-אביב, עם-עובד, 1985.
- דויטש, ס', **דיני הגנת הצרכן**, תל-אביב, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2001.
- דורון, א', "מדינת הרווחה בישראל – התפתחויות בשנות ה-80 וה-90" בתוך ד' נחמיאס וג' מנחם (עורכים), **המדיניות הציבורית בישראל**, ירושלים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999, עמ' 436-474.

- דורון, א', **מדינת הרווחה בעידן של תמורות**, ירושלים, מאגנס, 1992.
- הובס, ת' **לויתן** (תרגום: יי אור), ירושלים, מאגנס, התשנ"ג.
- הורוביץ, ד' ומי' ליסק, **מצוקות באוטופיה**, תל-אביב, עם-עובד, 1990.
- המילטון, א', ג' מדיסון וג' גיי, **הפדרליסט** (תרגום: א' אמיר), ירושלים, שלם, התשס"ב.
- הר-זהב, ר', **המשפט המינהלי הישראלי**, ירושלים, שנהב הוצאה לאור, 1996.
- זמיר, יי, **הסמכות המינהלית**, ירושלים, נבו, 1996.
- זמיר, יי, (עורך), **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, ירושלים, האוניברסיטה העברית, 1993.
- זמיר, יי, "הסמכות המינהלית", **משפט וממשל** (א'), התשנ"ב.
- כהן, ח', **המשפט**, ירושלים, מוסד ביאליק, 1996.
- כ"ץ, יי, **הפרטה בישראל ובעולם**, תל-אביב, הוצאת פקר, 1997.
- כפיר, א' ויי' ראובני, **המנהל הציבורי בישראל לקראת שנות ה-2000**, תל-אביב, צ'ריקובר, 1998.
- לוי-פאור, ד', "יותר תחרות יותר רגולציה: מהפכת התקשורת בישראל ותפקיד המדינה", **פוליטיקה**, 4 (דצמבר 1999), עמ' 27-44.
- לוק, ג', **על הממשל המדיני**, ירושלים, מאגנס, התשנ"ב.
- מאוטנר, מ', "צדק חלוקתי בישראל", בתוך מ' מאוטנר (עורך), **צדק חלוקתי בישראל** תל-אביב, רמות – אוניברסיטת תל-אביב, 2000, עמ' 30-48.
- מונטסקיה, ברון, **על רוח החוקים** (תרגום: עידו בסוק), ירושלים, מאגנס, 1998.
- מנחם, ג', "מדיניות המים בישראל", בתוך ד' נחמיאס וג' מנחם (עורכים), **המדיניות הציבורית בישראל**, ירושלים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999.
- נחמיאס, ד' וא' סנד, "משילות ומדיניות ציבורית", בתוך ד' נחמיאס וג' מנחם (עורכים), **המדיניות הציבורית בישראל**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, 1999.
- סגל, ז', **זכות הציבור לדעת באור חוק חופש המידע**, תל-אביב, לשכת עורכי הדין, 2000.
- סמואל, יי, **המשחק הפוליטי – עוצמה והשפעה בארגונים**, חיפה, אוניברסיטת חיפה וזמורה ביתן, 2002.

- פריציט, צ"ה, **החוקה האמריקאית** (תרגום: א' חשביה), תל-אביב, זמורה ביתן, 1992.
- קדר, א' וא' יפתחאל, "הקרקות החקלאיות בישראל לקראת סוף האלף", בתוך מ' מאוטנר (עורך), **צדק חלוקתי בישראל**, תל-אביב, רמות – אוניברסיטת תל-אביב, 2000.
- קלינגהופר, ה', **משפט מינהלי**, ירושלים, האוניברסיטה העברית, 1957.
- שפיגל, נ', **תולדות האתיקה העתיקה** (אפלטון) ירושלים, מאגנס, התשמ"ה.
- ששון, ד"מ, **דיני ביטוח**, ירושלים, נבו, התשמ"ט.

דוחות

- **תקציב המדינה**, הצעה לשנת 2002, מדינת ישראל, ירושלים.
- **תקציב המדינה**, הצעה לשנת 2001, מדינת ישראל, ירושלים.
- **תקציב המדינה**, הצעה לשנת 2000, מדינת ישראל, ירושלים.
- **תקציב המדינה**, הצעה לשנת 1999, מדינת ישראל, ירושלים.
- **זוח ועדת החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בבירות התשמ"ג**, ירושלים, 1983.
- **ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים – דין וחשבון**, ירושלים, 1986.

חקיקה

- חוק-יסוד: הממשלה, התשס"א-2001.
- חוק-יסוד: חופש העיסוק התשנ"ב-1992.
- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992.
- חוק-יסוד: הממשלה, התשנ"ב-1992.
- חוק-יסוד: הממשלה, התשכ"ח-1968.
- חוק-יסוד: השפיטה, התשמ"ד-1984.
- חוק-יסוד: משק המדינה, התשל"ה-1975.
- חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.
- חוק-יסוד: הכנסת, התשי"ח-1958.
- חוק הבזק (שידורי טלוויזיה באמצעות לוויין), התשנ"ט-1999.
- חוק הבזק (הליכים ותנאים למתן רישיון לשידורי לוויין), התשנ"ח-1998.
- חוק רישוי עסקים (תחנות מעבר לפסולת), התשנ"ח-1998.
- חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996.

- חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.
- חוק הרשות לפיקוח חקלאי, התשמ"ח-1988.
- חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.
- חוק הבזק (הפיקוח על פעולותיו של בעל רישיון), התשמ"ו-1986.
- חוק המודדים (מקצוע המדידה), התשמ"ב-1982.
- חוק הבזק, התשמ"ב-1982.
- חוק הרוקחים (נוסח חדש), התשמ"א-1981.
- חוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981.
- פקודת החינוך [נוסח חדש], התשל"ח-1978.
- חוק המועצות למוצרי פירות וירקות [ייצור ויצוא], התשל"ג-1973.
- חוק הבחירות לכנסת, התשכ"ט-1969.
- חוק ניירות-ערך, התשכ"ח-1968.
- חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.
- חוק המועצה לענף הלול [ייצור ושיווק], התשכ"ד-1963.
- חוק שמאי מקרקעין, התשכ"ב-1962.
- אמנה בין מדינת ישראל (משרד האוצר) ובין ההסתדרות הציונית העולמית (הקרן הקיימת לישראל), התשכ"ב-1961.
- חוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.
- חוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.
- חוק המים, התשי"ט-1959.
- חוק המהנדסים והאדריכלים, התשי"ח-1958.
- חוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958.
- חוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958.
- חוק רואי החשבון, התשט"ו-1955.
- חוק בנק ישראל, התשי"ד-1954.
- חוק לימוד חובה, התשי"ט-1949.
- פקודת הבנקאות, 1941.

פסיקה

- בג"צ 244/00 שיח חדש נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם).
- בג"צ 1113/99 עדאללה נ' השר לענייני זנות, עליון, כרך 2000 (2), התש"ס/התשס"א, 413.
- בג"צ 7852/98 ערוצי זהב ושות' ואח' נ' שרת התקשורת תקדין-עליון, 99 (3).

- בג"צ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח נ' המפקח על הביטוח (טרם פורסם).
- בג"צ 1869/95 חברה להובלת דלק בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מט (5) 559.
- בג"צ 5575/1994 מהדרין נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט (3) 133.
- בג"צ 6176/93 אליקים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מח (2) 158.
- ברע"א 3577/93 הפניקס הישראלי נ' מוריאו פ"ד מח (4) 70.
- בג"צ 707/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (2) 774.
- בג"צ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו (2) 793.
- בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', מה (1) 749.
- בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, מד (3), 353.
- בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485.
- בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617.
- בג"צ 669/86 יעקב רובין נ' מנחם ברגר, פ"ד מא (1) 73.
- בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 274.
- בג"צ 390/85 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים, פ"ד לט (4).
- בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 11.
- בג"צ 1/81 ויקי שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (3) 378.
- בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כה 325 (1).
- בג"צ 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד יט (3) 365.
- בג"צ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399.
- Anderson, D. D., 1981, **Regulatory Politics and Electric Utilities**, Boston: Auburn House.
- Ayres, I. and J. Braithwaite, 1992, **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**, Oxford: Oxford University Press.
- Averch, H. and L. Johnson, 1962, "Behaviour of the Firm Under Regulatory Constraint" in **American Economic Review**, vol. 52, No. 5, p. 1053-1069.

- Bailey, E., 1973, **Economic Theory of Regulatory Constraint**, Lexington, MA: Lexington Books.
- Baldwin, R. and M. Cave, 1999, **Understanding Regulation**, Oxford: Oxford University Press.
- Ball, H., 1984, **Controlling Regulatory Sprawl: Presidential Strategies from Nixon to Reagan**, Westport, CT: Greenwood Publishing Group.
- Bardach, E. and R.A. Kagan, 1982, **Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness**, Philadelphia: Temple University.
- Baumol, W. and A. Klevorick, 1970, "Input Choices and Rate-of-Return Regulation: An Overview of the Discussion", **Bell Journal of Economic and Management Science**, vol. 1. No. 1, p. 162-190.
- Beesley, M. E. (ed.), 1997, **Privatization, Regulation and Deregulation**, London: Routledge.
- Bernstein, H. M., 1955, **Regulating Business by Independent Commission**, NY: Princeton University Press.
- Bishop, M., J. Kay and C. Mayer, 1995, **The Regulatory Challenge**, Oxford: Oxford University Press.
- Black, J., 1997, "New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis: Institutional Approaches to Regulatory Decision-Making", **Law and Policy**, vol.19, p. 53.
- Boyer, R. and Y. Saillrad (eds.), 2002, **Regulation Theory – The State of the Art**, London: Routledge.
- Breyer, S., 1994, **Regulation and its Reform**, 6th ed., Cambridge: Harvard University Press.
- Breyer, S. G. and R. B. Stewart, 1979, **Administrative Law and Regulatory Policy**, Boston: Aspen Law & Business.
- Button, K. and D. Swann, 1989, **The Age of Regulatory Reform**, Oxford: Oxford University Press.
- Coleman, W. D. and A. Perl, 1999, "International Policy Environments and Policy Network Analysis" **Political Studies XLVII**, pp. 691-709.

- Coleman, W. D., 1996, **Financial Services, Globalization and Domestic Policy Change**, NY: St. Martin Press.
- Coleman, W. D. and G. Skogstad, “Policy Communities and Policy Networks: A Structural Approach” in Coleman, W. D. and G. Skogstad, 1990, **Policy Communities and Public Policy in Canada**, Toronto: Copp Clark Pitman.
- Cushman, R., 1941, **The Independent Regulatory Commissions**, NY: Hippocrene Books.
- Craig, P. P., 1994, **Administrative Law**, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell LTD.
- Das, S., 1980, “On the Effect of Rate-of-Return Regulation Under Uncertainty”, **American Economic Review**, vol. 70, No. 3, pp. 456-460.
- Dunleavy, P., 1991, **Democracy, Bureaucracy and Public Choice**, London.
- Dye, T., 1992, **Understanding Public Policy**, New Jersey: Prentice Hall.
- Eckert, R. D., 1981, “The Life Cycle of Regulatory Commissioners”, **Journal of Law & Economics**, vol. 24, pp. 113-120.
- Francis, J., 1993, **The Politics of Regulation**, Oxford: Oxford University Press.
- Friendly, H., 1962, **The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards**, Cambridge: Harvard University Press.
- Gates, J., 2000, **Democracy at Risk**, Massachusetts: Presses Publishing.
- Grossly, W. T. Jr., 1979, “A Test of the Revolving Door Hypothesis at the FCC”, **American Journal of Political Science** 23 (November), pp. 665-683.
- Graham, J. M. and V. H. Kramer, 1976, **Appointments to the Regulatory Agencies**, Washington D.C.
- Hall, P. A., 1993, “Policy Paradigms, Social Learning and the State: The Case of Economic Policy-Making in Britain”, **Comparative Politics**, vol. 25.

- Hancher, L. and M. Moran (eds.), 1989, **Capitalism, Culture and Economic Regulation**, Oxford: Oxford University Press.
- Handler, J. F., 1979, **Protecting the Social Service Client: Legal and Structural Controls on Official Discretion**, Academic Press.
- Harlow, C. and R. Rawlings, 1997, 2nd ed., **Law and Administration**, London: Butterworth and Company.
- Harris, R. A. and S. M. Milks, 1996, **The Politics of Regulatory Change**, 2nd ed., NY: Oxford University Press.
- Hershkowitz, A. and E. Salerni, 1987, **Garbage Management in Japan: Leading the Way**, NY: Inform.
- Hohn, A., 1994, "Negotiation and Accommodation in Expert Medical Risk Assessment and Regulation: An Analysis of Benoxprofen Case", **Policy Science** 27, pp. 53-76.
- Kelman, S., 1980, "Occupational Safety and Health Administration" in J.Q. Wilson (ed.), **The Politics of Regulation**, NY, pp. 236-266.
- Laumann, E. O. and D. Knoke, 1987, **The Organizational State: Social Choice in National Policy Domain**, Wisconsin: The University of Wisconsin Press.
- Levy, B. and P. T. Spiller, 1996, **Regulations, Institutions and Commitment**, Cambridge: Cambridge University Press.
- Light, P. C., 1993, **Monitoring Government: Inspectors General and the Search for Accountability**, Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- March, J. and J. Olsen, 1984, "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life", **Am. Political Science Rev.**, vol. 78, p. 734.
- Mckie, James W., 1989, **The Ends and Means of Regulation**, Washington D.C.: Brookings Institution.
- Mitnick, B., 1980, **The Political Economy of Regulation**, NY: Columbia University Press.
- Moe, T., 1980, **The Organization of Interests**, Chicago: University of Chicago Press.

- Moran, M. and B. Wood, 1993, **State, Regulation and the Medical Profession**, Philadelphia: Open University Press.
- Nachmias, D., A. Arian and R. Amir, 2001, **Executive Governance in Israel**, New York: Palgrave Global Publishing.
- Nachmias, D., 1991, “Israel Bureaucratic Elite: Social Structure and Patronage”, **Public Administration Review** (Sep./Oct.).
- Nachmias, D. and D. H. Rosenbloom, 1978, **Bureaucratic Culture: Citizens and Administrators in Israel**, NY: St. Martin’s Press.
- Newman, O., 1980, **The Challenge of Corporatism**, London.
- Niskanen, W. A., 1971, **Bureaucracy and Representative Government**, Chicago: Aldine, Atherton.
- Ogus, A. I., 1994, **Regulation – Legal Form and Economic Theory**, Oxford: Clarendon Press.
- Olson, C. V. and J. M. Trapani, 1981, “Who Has Benefited from Regulation of the Airline Industry?”, **Journal of Law & Economics**, vol. 24, pp. 75-93.
- O’nell, K., 2000, **Waste Trading Among Rich Nations – Building A New Theory of Environmental Regulation**, Massachusetts: MIT Press.
- O’nell, K., 1997, “Regulations as Arbiters of Risks: Great Britain, Germany and the Hazardous Waste Trade in Western Europe”, **International Studies Quarterly** 41.4, pp. 687-718.
- Peltzman, S., 1976, “Towards a More General Theory of Regulation”, **Journal of Law and Economics**, vol. 19, p. 211.
- Peters, G. B., 2001, **The Politics Of Bureaucracy**, London: Routledge.
- Powell, W. and P. Di-Magio (eds.), 1991, **The New Institutionalism in Organizational Analysis**, Chicago: University of Chicago Press.
- Pross, A. P., 1986, **Group Politics and Public Policy**, Toronto: Oxford University Press.

- Quirk, P. J., 1981, **Industry Influence in Federal Regulatory Agencies**, Princeton: Princeton University Press.
- Reagan, M. D., 1987, **Regulation: The Politics of Policy**, Boston: Little Brown and Company.
- Rhodes, R. A. W. and D. Marsh, "Policy Networks in British Politics", in Rhodes, R. A. W. and D. Marsh (eds.), 1992, **Policy Networks in British Government**, Oxford: Oxford University Press.
- Rose-Ackerman, S., 1994, "Consensus Versus Incentives: A Skeptical Look at Regulatory Negotiation", **Duke Law Journal**, 43, p. 1206.
- Sand, P. H., 1990, **Lessons Learned in Global Environmental Governance**, Washington: World Resources Institute.
- Sappington, D. and D. Sibley, 1988, "Regulating Without Cost Information: The Incremental Surplus Subsidy Scheme", **International Economic Review**, vol. 29, (2), pp. 297-306.
- Schon, D. and M. Rein, 1994, **Frame Reflection – Toward the Resolution of Intractable Policy Controversies**, NY: Preus.
- Scruggs, L. A., 1999, "Institutions and Environmental Performance in Seventeen Western Democracies", **British Journal of Political Science** 29.1, pp. 1-31.
- Selznick, P. "Focusing Organisational Research on Regulation" in Noll, R. (ed.), 1985, **Regulatory Policy and Social Sciences**, Berkeley: University of California Press.
- Shover, N., D.A. Clelland and J. Lynxwiler, 1986, **Enforcement or Negotiation? Constructing a Regulatory Bureaucracy**, N.Y.: State University of New York Press.
- Sparrow, M. K., 2000, **The Regulatory Craft: Controlling Risks, Solving Problems and Managing Compliance**, Washington D.C.: Brookings Institution Press.
- Spiler, P. T., 1990, "Politicians, Interest Groups and Regulators: A Multiple-Principals Agency Theory of

- Regulation, or Let Them be Bribeed”, **Journal of Law & Economics**, vol. 33, pp. 65-101.
- Swann, D., “The Regulatory Scene: An Overview” in Button, K. and D. Swann (eds.), 1989, **The Age of Regulatory Reform**, Oxford: Clarendon Press.
 - Train, K. E., 1995, **Optimal Regulation**, Massachusetts: MIT Press.
 - Truman, D. B., 1951, **The Governmental Process**, NY: Knopf.
 - Van Waarden, F., 1992, “Dimensions and Types of Policy Networks”, **European Journal of Political Research**, vol. 21, pp. 29-52.
 - Vogel, D., 1998, “The Globalization of Pharmaceutical Regulation”, **Governance**, vol. 11(1), pp. 3-22.
 - Weaver, P. H., 1978, “Regulation, Social Policy and Class Conflict” in Argyris, C. (ed.), **Regulating Business**, San-Francisco: Institute for Contemporary Studies, pp. 193-216.
 - Weimer, D. L. and A. Vining, 1992, **Policy Analysis**, New-Jersey: Prentice Hall.
 - Weingast, B. R. and M. J. Moran, 1982, “The Myth of Runaway Bureaucracy: The Case of the FTC”, **Regulation** (May-June), p. 33.
 - Wilks, S. and M. Wright (eds.), 1987, **Comparative Government-Industry Relations**, Oxford: Clarendon Press.
 - Wilson, J. Q., 1980, **The Politics of Regulation**, N.Y..
 - Zakay, D., 1984, “To Choose or Not to Choose: On Choice Strategy in Face of Single Alternative”, **American Journal of Psychology**, vol. 97, (3), pp. 373-389.
 - **R. v. Sec. Of State for the Environment. Ex p. Brent London Borough Council** [1983] 3 All E.R., pp. 355-356.
 - **British Oxygen Co. v. Board of Trade** [1971] A.C., p. 631.
 - **H. Lavender & Sons v. Minister of Housing & Local Government** [1970] 3 All E.R., p. 880.
 - **The King v. Port of London, Ex p. Kynoch Limited**, [1919] 1 K.B., p. 176.

ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

- **רפורמה בשידור הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגב' רחל לאל
- **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי
- **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**
פרופ' אביעזר רביצקי
- **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני
- **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **הסתה, לא המרדה**
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים
- **בנק ישראל: סמכות ואחריות**
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי
- **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום: א. החרדים בישראל**
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי
- **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **חופש העיסוק**
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן
- **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**
גדעון רהט ונטע שר-הדר

- **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (הופיע גם בערבית)
- **100 הימים הראשונים**
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה
- **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר
- **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין
- **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**
פרופ' ידידה צ' שטרן
- **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**
איל ינון ויוסי דוד
- **משאל-עם: מיתוס ומציאות**
דנה בלאנדר וגדעון רהט
- **השסע החברתי-כלכלי בישראל**
איריס גרבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביזון
- **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**
פרופ' ידידה צ' שטרן
- **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות
- **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס
- **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגב' חני קומנשטר

- **דגמים של שיתוף אזרחים**
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן
- **הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
- **אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל**
- **אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה**
- **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד**
- **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001 – 2002**
- **מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית.**
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **חקיקה פרטית**
דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס
- **הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002**
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
- **איום ביטחוני ומשבר כלכלי**
- **הגלובליזציה**
- **מדיניות הפנסיה**
- **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002-2003**
- **רגולציה – הרשות המפקחת**
אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן
- **الصدع العربي اليهودي في إسرائيل: مميزات وتحديات**
الاستاذ عصام أبو ريا البروفيسورة روت جيبزون

English Publications of The Israel Democracy Institute

- **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**
By Professor Aviezer Ravitzky
- **State, Law, and Halakha: Part One – Civil Leadership as Halakhic Authority**
By Professor Yedidia Z. Stern
- **Incitement, Not Sedition**
By Professor Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim

**אפשר לרכוש את ניירות העמדה
במכון הישראלי לדמוקרטיה**
ת"ד 4482, ירושלים 91044
טלפון: 02-5392888, 1-800-202222
פקס: 02-5631122

design and manner of implementation. First, we define the term “regulation” and discuss the normative and positivist justification for the state’s regulatory activity. Then we examine the historical background to the creation and development of governmental regulation in the United States and Britain; we present the institutional regulatory apparatus in both countries. Finally, we present regulation in Israel, and suggest analytical frameworks that may serve it when it considers regulation as public policy. To that end, we examine a number of instances of regulatory policy in Israel.

Our work will be rewarded if this presentation deepens public debate on the subject, both in the media and in the halls of government, and puts these issues on the public agenda. We believe that studying governmental regulation in Israel may contribute to the work of academics as researchers, to government advisers as policy designers, to elected officials as policymakers and to public servants as implementers of policy.

not elect regulators; for the most part, it is not aware of their work and therefore also does not criticize them. Only very rarely does it have the possibility of influencing their decisions through the machinery of the bureaucracy, but the public is regularly influenced by the regulators' decisions, which affect all spheres of life.

While in many states regulation is commonly discussed, in Israel it is only recently that politicians, bureaucrats and individual members of the public have begun to discuss regulatory issues from both the normative and empirical aspects. But this discussion is still nascent. Thus far, no systematic mapping of regulatory institutions in Israel has been conducted, and regulatory policy has not been studied using public policy indicators. Of the few studies in the field that do exist, nearly all examine regulation in Israel through economic indicators.

In this study, we conducted a preliminary classification of the various regulators in Israel. We found a multitude of regulatory institutions that differ from each other in a host of indices, such as the identity of the responsible echelon, legal standing and organizational affiliation, and the processes of designing and implementing policy. We also found that the overwhelming majority of regulators are granted broad authority, and that they have almost unlimited discretion. This is also true regarding the leeway granted to the regulator: the latter may, and is permitted to, design regulation according to its worldview, usually without real oversight by the courts or internal comptrollers. As the legislation is currently worded, almost any regulatory decision may, on the face of it, be legal and proper. It merely has to demonstrate that it does not deviate from the realm of reasonability, that it does not grossly discriminate against one group or another, and that it does not unnecessarily harm the rights of individuals or of organizations on behalf of a worthy goal.

This position paper addresses the regulatory processes, their

interest, it is easy to discern the great gap that exists between the level of normative analysis and the level of positivist analysis.

Despite being commonplace in democratic states around the world, regulation assumes different forms, depending on the state, not only in its scope but also in the way it is designed and in the manner in which it is implemented. In some states, independent commissions were established that are responsible for designing and implementing regulatory policy; in others, regulation is placed in the hands of quasi-independent agencies; and there are states in which the bureaucratic ministry is responsible for its design and implementation. The institutional differences on one hand, and the broad scope of regulation and decentralization of enforcement authorities on the other, make it necessary to define a uniform basis for analysis that will enable us to take a comparative look at the regulatory machinery. To that end, we drew a distinction between regulators and others possessing regulatory powers. A regulator is **an authority, committee, council or individual whose function is to design and implement regulation** [as defined above] **and who does not have any other authority except for the authority at its disposal to design and implement the regulation.** In contrast, it is possible that regulatory authority in a specific sphere will remain in the hands of a government minister. This is not to say that the minister is the same as a regulator; the minister performs a large number of tasks, possesses a range of authorities and employs a variety of policy instruments, including regulatory ordinances. A regulator does not employ policy instruments except for regulation, holds no authority except regulation, and has no tasks except for regulation.

This position paper derives from this distinction. Regulators are appointed public servants who hold broad and comprehensive authority, the use of which means impinging on the rights of the individual to some degree. The public does

Thus, there are spheres that two decades ago were completely controlled by the state, which today are the province of private organizations. On the other hand, there are spheres that in the past saw no state involvement, in which regulation is currently fairly deep-seated and comprehensive.

When it began, regulation was viewed as being no more than an economic tool for balancing market forces. Both regulators and researchers came from the discipline of economics; the parameters for examining the effectiveness and efficiency of regulation were therefore characterized mainly by economic equations. More than half a century passed before regulation took shape as an instrument also of social, moral and even ideological policy. In doing so, it went from being a means for achieving economic efficiency to being a means for achieving principled and normative effectiveness in a broad range of spheres.

Today it is customary to justify regulation, from a normative standpoint, according to the advancement of the public interest through correcting market failures on one hand (economic regulation) and ensuring the distribution of justice on the other (social regulation).

This is not the case when we examine the justification for the existence of regulation from the empirical standpoint. On this plane, there are a number of theories that seek to present alternative explanations for the existence of regulatory policy: the influence of interest groups; the influence of ideology on the relations between the state and society; the influence of policy networks on designing regulation; institutional influences; and, of course, the influence of the personal interests of the regulators themselves—who seek to promote their interests through the administrative power they possess. All of the positivist approaches minimize the influence, if any, of the public interest over designing regulation. While the normative objective of regulation is to promote and preserve the public

Summary

REGULATION

Ever since human beings first came together to establish a framework for communal living, the state, from its inception, has been a system of restrictions and allowances on one hand and authority to enforce them on the other. The system of laws and regulations, which permitted one behavior and forbade another, was influenced by many factors, including ideology, religion, scientific and philosophic development, wars, technology, economics, etc. These factors have led to great differences between states in the arrangements between the governing apparatus (the legislative, executive and judicial branches), and the citizens subject to it.

Today, at the dawn of the third millennium, there is in fact no area of life impervious to state intervention. In one way or another, the state affects every facet of the individual's life—sometimes permitting, sometimes preventing and sometimes prohibiting his actions. The state regulates society's activities and the individual's actions, as it does those of the private, public and voluntary organizations operating within its territory. For the most part, this is administrative regulation, which we define as follows: **the control of the interchange of values in society by an executive governing authority, which through guidelines, instructions or administrative orders requires, approves, prevents or prohibits activity or behavior by the individual and/or by organizations in society.**

Regulation is at the heart of governmental activity in designing, implementing and evaluating public policy. Moreover, the political struggle over the public agenda and over the allocation of resources in society causes constant dynamism in the spheres and degree of intervention through regulation.

