

# מדברים על רגולציה: על המושג "רגולציה" ומקומו במשפט הישראלי

איילת הוכמן,  
אלון חספר  
ודן לרגמן\*

מאמר זה בוחן את המושג "רגולציה" ואת אופני השימוש בו בשיח המשפטי הישראלי. המאמר נפתח בהצגת הגישות התאורטיות המתמודדות עם המושג וממשיך בניתוח איכותי של הפסיקה הישראלית שבה הופיע. ניתוח הפסיקה חושף את תוכנו המגוון ואת חשיבותו המתעצמת של המושג בעבודתם של בתי המשפט בישראל. מתוך שלל פסקי הדין שבהם השתמשו השופטים במושג "רגולציה" עולות שלוש מגמות מרכזיות: ראשית, זיהוי הרגולציה עם המדינה ועם פעולות המתבצעות על ידה, ובה בעת זיהויה עם גורמים לא-מדינתיים; שנית, התגברות התפיסה הרואה ברגולציה לא רק התערבות נקודתית כי אם תנאי בסיסי וחלק מרשת עבה של כללים המבססים ומאפשרים את פעילות השוק; שלישית, עלייה בעיסוק של בית המשפט ביחסים שבינו לבין הרגולטור והגורם המאוסדר, תוך יצירה של חלוקת עבודה בין בית המשפט לבין הרגולטור. במבט רחב יותר נטען במאמר כי בתי המשפט הולכים ותופסים את עצמם כחלק אינטגרלי מהמערכת הרגולטורית. מתוך תובנות אלו המאמר פותח פתח לדיון עתידי בחשיבות המושג כחלק מתורת משפט ובצורך הגובר לשלבו במסגרת של מחשבה משפטית תאורטית.

## מבוא

כרך זה בסדרת **משפט, חברה ותרבות** עוסק ברגולציה. נושא זה נמצא במקדח תשומת הלב הציבורית וההתעסקות בו מרובה; גם בתחום המשפט יש עיסוק רב ברגולציה – בכתיבה האקדמית, כפי שאפשר לראות גם בכרך זה, בדברי חקיקה, במסמכים שלטוניים ובפסקי דין. למושג "רגולציה" משמעויות שונות בתחומים שונים, ואף בתוך השיח המשפטי אפשר לזהות בקשר אליו גישות שונות ומשמעויות מרובות. חרף מגוון נקודות המבט לרגולציה – ואולי דווקא בשל – יש מקום לבירור עקרוני ומעמיק בשאלה "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על רגולציה?": האם יש בידנינו הגדרה ברורה למושג זה? האם הובהרו די צורכם ההקשרים שבהם המושג עשוי להופיע והצורות שבהן משתמשים בו? כדי להבין את מושג הרגולציה עלינו לפצוח בתהליך המשגה. במסגרת זו עלינו להפוך את תהליך המשגה לבעיה עיונית הדורשת פתרון – ולהודות בכך שאין לנו מושג למה אנחנו

\* איילת הוכמן היא עוזרת משפטית לכבוד השופט צבי זילברטל בבית המשפט העליון. אלון חספר הוא תלמיד לתואר שני בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. דן לרגמן הוא עורך-דין במשרד ארדינסט, בן-נתן, טולידאנו ושות', ותלמיד לתואר שני בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. תודה לישי בלנק, לרועי קרייטנר, לדוד לוי-פאור, למיכאל בירנהק, לתמר קריכלי-כץ וליובל רויטמן על הערותיהם המועילות.

מתכוונים כשאנחנו מדברים על רגולציה. בשלב השני, שבו נבקש לאתר את משמעות המושג "רגולציה", עלינו להבחין בינו לבין מושגים אחרים ולעקוב אחר הקשרים שנוצרים וניתקים בינו לבין מונחים אחרים.<sup>1</sup> תהליך ההמשגה הוא תהליך אטי הכרוך בהתעכבות ובשאלת שאלות; במובן זה, המאמץ להמשיג את הרגולציה כרוך בהפרעה לשיח היומיומי והמקובל.<sup>2</sup>

אנו ניגשים לתהליך ההמשגה בניסיון להבין כיצד הוא מתבטא – ומתבצע – בפסיקה בתי המשפט הישראליים. בחינת הדרכים שבהן המושג מחלחל בשיח המשפטי ומתקבע בתודעה המשפטית מאפשרת "לדבר על רגולציה", ולכל הפחות להקל עלינו לעשות זאת. קריאה שיטתית של ההתייחסויות של בתי המשפט למושג הרגולציה מאפשרת לא רק ליצור מפה מושגית אלא גם לזהות מגמות ותהליכים הקשורים לרגולציה. כך, גם מאמר זה נהפך לחלק מתהליך ההמשגה. לצורך הבדיקה קראנו את כלל החלטות של בתי המשפט הישראליים, על כלל ערכאותיהם,<sup>3</sup> שבהם הופיע המונח "רגולציה" (על הטיותיו) עד שנת 2014.<sup>4</sup> מדובר ב-1,202 פסקי דין והחלטות, לרבות הכרעות וגזרי דין. בבדיקה זו עלה שיש עלייה עקבית בשימוש במונח "רגולציה". בשלוש השנים שבין 2012 ל-2014 הופיע המונח 608 פעם – מעט יותר מ-50% מסך כל המופעים של המונח. הגידול במספר האזכורים בשלוש השנים האחרונות חורג מהגידול במספר התיקים שנדונו ובמספר פסקי הדין שניתנו באותן שנים בהשוואה לשנים קודמות.<sup>5</sup> יצוין, כי במחקר זה נבדקו פסקי דין עד שנת

- 1 עדי אופיר "מושג" מפתח 4, 85, 87 (2011) (להלן: אופיר, מושג).
- 2 שם, בעמ' 88.
- 3 כלומר: בית המשפט העליון, בתי המשפט המחוזיים, בתי המשפט השלום, בית הדין הארצי לעבודה ובתי הדין האזוריים לעבודה. נכללו גם החלטות של בתי דין ייעודיים כמו בית דין להגבלים עסקיים ובית דין למים.
- 4 הבדיקה נערכה בשלהי 2013 ובתחילת 2014, באמצעות שאילתות במאגר "נבו" לגבי תוכן פסקי הדין והחלטות שפורסמו בו. בשלב הראשוני נעשו השאילתות לגבי כלל החלטות המפורסמות במאגר (כולל, למשל, החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים והרשות הציבורית חשמל), אך החלטות אלו – כמו גם כתבי טענות ופרוטוקולים – הושמטו משלב הניתוח. השאילתות נעשו בחתך תקופתי לגבי המונחים "רגולציה", "רגולטור" ו"רגולטיבי" (מורפולוגי ללא מילים נרדפות); בשל מגבלות המאגר נעשתה שאילתת השלמה בנוגע למונח "אסדרה" (מורפולוגי ללא מילים נרדפות). בשלב הניתוח של פסקי הדין והחלטות התברר שחלק מפסקי הדין הופיעו במאגר כמה פעמים. הנתונים הכמותיים המוצגים כוללים כפילות זו, אך יש לציין שכמות הכפילויות זניחה (פחות מ-1 ל-50 פסקי דין). הנתונים השלמים נמצאים בידי המחברים וכל טעות או השמטה – באחריותם. יש לציין שהנגישות לפסיקה בערכאות הנמוכות עד שנות האלפיים מוגבלת, שכן מרבית החלטות לא פורסמו ולא הוכנסו למאגרי המידע הממוחשבים.
- 5 מספר התיקים הנפתחים ונסגרים כל שנה במערכת השופטת נותר יציב פחות או יותר (נסגר/נפתחו לשנה: 2006: 705330/728674, 2009: 655567/668270, 2012: 738716/700451. הנתונים נלקחו מתוך הרשות השופטת בישראל דין וחשבון לשנת 2012 לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 29-30 (2013). לעומת זאת, מספר החלטות ופסקי הדין שניתנו ופורסמו במאגר "נבו" השתנה במידה ניכרת במשך השנים. כך, למשל, נעשו 81,716 פרסומים בשנת 2006; 170,252 פרסומים בשנת 2009; 616,173 פרסומים בשנת 2011 ו-322,967

2014 בלבד, אך גם בשנת 2015 המשיכה עלייה עקבית זו. שאילתה משלימה שנערכה לאחר סיום כתיבת המאמר, בינואר 2016, כאשר לשנת 2015, תאמה את הממצאים ואת המגמה הצפויה: נמצאו 237 פסקי דין והחלטות שעמדו בהגדרות השאילתה. השימוש הגובר במונח מחדד את הצורך לעמוד על משמעויותיו בשיח המשפטי.

בחינת המושג בפסיקה הישראלית מעלה בעינינו כמה תובנות עיקריות. ראשית, בצד הזיהוי הכללי של רגולציה עם פעולות מסוימות של המדינה, מתחזקת בבתי המשפט תפיסה שמשייכת רגולציה גם לפעולות של שחקנים שאינם בהכרח מדינתיים. שנית, שתי גישות מתחרות בבית המשפט לגבי תפקיד הרגולציה בנוגע לפעילויות השוק והחברה: הראשונה רואה ברגולציה התערבות נקודתית וחריגה מהכלל; השנייה רואה ברגולציה תנאי בסיסי וחלק מרשת עבה של כללים המבססים ומאפשרים פעילויות של פרטים ושל גופים. לדעתנו, גישה שנייה זו הולכת ומתחזקת בתפיסת בתי המשפט את מושג הרגולציה. שלישית, ולאורם של שני היטעונים הקודמים, אנו סבורים כי בית המשפט נדרש ליחסים שבינו לבין הרגולטור. בית המשפט נדרש לכך באמצעות ניתוח היחסים שבין הרגולטור לבין הגורם שהוא מאסדר, תוך שהוא עורך חלוקת עבודה בינו לבין הרגולטור ותוהה על אודות מעמדו שלו במשחק הרגולטורי, כך שבית המשפט תופס את עצמו כחלק מהרשת הרגולטורית או מהמערך הרגולטורי. בית המשפט יוצק תוכן במונחים משפטיים קיימים בהקשר של יחסים רגולטוריים, בוחן את מהותם ובודק כיצד ומתי ראוי כי יתערב בהם.

לדעתנו, מניתוח הפסיקה עולה כי מושג הרגולציה נהפך לחשוב יותר בשיח המשפטי לא רק מבחינה כמותית, במספר הופעותיו ההולך וגדל בשנים האחרונות, אלא גם מבחינה מהותית. בסיטואציות רבות ומגוונות בתי המשפט משתמשים במונח "רגולציה" בבואם לתאר ולנתח תופעות שונות זו מזו; נוסף על כך, המונח נהפך למשמעותי בתפיסה של בתי המשפט את עבודתם ואת גבולות התערבותם. במובן זה, מושג הרגולציה הוא רכיב בתאוריה של המשפט שטרם מוצתה חקירתו ועדיין אין לגביו "תורת משפט" סדורה. מטרתנו במאמר אינה למלא חלל זה; כל שנבקש הוא להצביע ולתאר את אבני הבניין הקיימות בשדה המשפטי שעל בסיסן אפשר "לדבר על רגולציה".

כרקע לבדיקה זו של הפסיקה הישראלית אנו מציגים בקצרה את השיח האקדמי הכללי על אודות רגולציה ואת המופעים של המושג אצל תאורטיקנים שביקשו להגדירו. התשתית התאורטית הזו תאפשר לנו להאיר תבניות בשימוש במונח בשיח המשפטי, ולהבין את המגמות הקשורות להופעתו.

---

בשנת 2013. תנודתיות זו נצפתה גם בחתך של פסקי דין בלבד. בשל התנודתיות בכמות הפרסומים קשה לזהות מגמות שנתיות, אך השוואה בין קבוצות שנים מבהירה את העלייה החדה – אחוז האזכורים מכמות הפרסומים בשנים 2012-2014 כפול מאחוז דומה בשנים 2004-2011 (וגדול מכל קבוצת שנים או שנה יחידה).

## א. רגולציה בספרות האקדמית

איך מתחילים לדבר על רגולציה? איך בוחנים מהו מושג? את השאלה על אודות מושג הרגולציה אפשר לפרק לכמה שאלות-משנה כגון מהי רגולציה, האם יש בידינו הגדרה אנליטית למושג, מה רגולציה עושה, מה תפקיד הרגולציה בחברה, מה ראוי שהוא יהיה, איך נהוג לדבר על רגולציה ועוד.<sup>6</sup> בפרק זה נבקש להציג מעין רשת מושגית תאורטית – המבוססת על הכתיבה האקדמית בתחום – שתאפשר למקם את ממצאינו מהפסיקה במרחב שיש בו "נקודות ציון"; למקם את מושג הרגולציה ביחס למושגים אחרים ולהאיר תופעות מסוימות באמצעות נקודות המבט של תאורטיקנים על אודות רגולציה. אין מדובר במיפוי ממצה של הכתיבה בנושא, אלא בהצגה בקווים כלליים של היבטים חשובים, לדעתנו, בכתיבה על אודות רגולציה, במטרה לאפשר התייחסות, השוואה ודיאלוג עם ממצאינו בפסיקה.

אפשר למקם את המופעים של מושג הרגולציה בספרות האקדמית על מנעד שבקצה אחד שלו נמצאת הגדרה שלפיה "הכול הוא רגולציה" ובקצהו האחר – הגדרה הקובעת רשימה סגורה של מאפיינים.<sup>7</sup> נהוג למקם בקצה זה של המנעד את הגדרתו המפורסמת של פיליפ סלזניק (Selznick),<sup>8</sup> שלפיה רגולציה היא: (1) פעילות (2) מכוונת וממושכת (3) שנעשית על ידי גוף מנהלי (4) לשם השגת מטרות (5) בעלות ערך.<sup>9</sup> גם בכתיבה הישראלית המשפטית יש כמה דוגמאות לתפיסה זו של הרגולציה. כך, למשל, בכתיבתו של אורי ארבל-גנץ, רגולציה מוגדרת כ"הסדרת יחסי חליפין של ערכים בחברה על-ידי סמכות שלטונית ביצועית; באמצעות תקנות, הנחיות, הוראות או צווים מנהליים; דורשת, מאשרת, מונעת או אוסרת פעילות או התנהגות של הפרט ו/או של ארגונים בחברה". ארבל-גנץ

6 לשיטת המשגה זו, הנעזרת בשלוש שאלות-המשנה, ראו Julia Black, *Critical Reflections on Regulation*, 27 AJLP 1, 5 (2002) (להלן: Black).

7 Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge, *Introduction: Regulation – The Field and the Developing Agenda*, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 3, 12 (Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge eds., 2010). משמעות "הכול הוא רגולציה" היא שכל מעשה שמטרתו השפעה על אופן פעולתו של אחר הוא מעשה "רגולטיבי".

8 Philip Selznick, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in REGULATORY POLICY AND THE SOCIAL SCIENCES 363, 363-4 (Roger G. Noll ed., 1985) (להלן: Selznick).

9 "Sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community". חלקה האחרון של ההגדרה נשכח לעתים, אך הוא זה שמאפשר לסלזניק לטעון כי מרבית המתרחש במשפט הפלילי אינו רגולציה, שכן הפעילות המוסדרת נתפסת כחסרת ערך "חיובי" ומטרת ההסדרה היא מיגור התופעה ולא המשך קיומה. לרגולציה אמביולנטית בנוגע לתחום המוסדר ראו מאמרה של הילה שמיר בכרך זה: הילה שמיר "גישות פמיניסטיות לרגולציה של הזנות: מבט אוהד על הפער שבין המשפט עלי ספר לבין המשפט בפעולה" 121 מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות (ישי בלנק, רועי קרייטנר ורוד לוי-פאור עורכים, 2016).

עצמו מזהה את הגדרתו כדומה לזו של סלזניק.<sup>10</sup> דוגמה נוספת, גם אם מצומצמת יותר, מופיעה בכתיבתה של שרון ידין, שלדירה רגולציה היא:

פעילות שיטתית הנעשית בידי גוף מנהלי ברשות המבצעת של המדינה, העוסק בגיבוש ובהוצאה לפועל של מדיניות להכוונת שווקים, המקדמת אינטרס ציבורי, חברתי או כלכלי, כלפי גופים הפועלים בשוק או בסקטור מסוים, באמצעות נורמות משפטיות כופות או וולונטריות לצד הפעלתם של מערכי פיקוח לציות ויישומם של מנגנוני אכיפה.<sup>11</sup>

הגדרה זו של ידין היא הצעה אופרטיבית המכוונת לשימוש בחקיקה הישראלית בעקבות הצורך שהיא מזהה ביצירת הרמוניה בהגדרה בדברי חקיקה שונים.<sup>12</sup>

הגדרה אחרת לרגולציה היא תיוגה כפונקציה – תפקיד – של המדינה. תאודור לואי (Loui) מגדיר רגולציה כאחד משלושה סוגים עיקריים של תפקידי המדינה המודרנית,<sup>13</sup> עם הקצאה (Distribution) והקצאה-מחדש (Re-distribution). על פי לואי, רגולציה מאופיינת בתהליך פוליטי וציבורי של קבלת החלטות התואם את המודל הפלורליסטי (קבלת החלטות על ידי לחץ של קבוצות בעלי עניין); תהליך זה שונה מהתהליך הפוליטי המאפיין את שני התפקידים האחרים של המדינה (הקצאה והקצאה מחדש). ריצ'רד פוזנר (Posner) מבצע "חיתוך" שונה מזה של לואי כשהוא מבחין בין שתי דרכים לניהול החברה:<sup>14</sup> רגולציה – המתבצעת על ידי סוכנויות (Regulation), ושיפוט – המתבצע על ידי בתי משפט (Litigation). לשיטתו, ההבחנה בין השתיים נעשית באמצעות ארבעה

- 10 אורי ארבל-גנגן רגולציה – הרשות המפקחת 14 (2003).
- 11 שרון ידין "מהי רגולציה? הצעה להגדרה בעקבות מופעים שונים של המונח בחקיקה הישראלית" חוקים בקצרה 6, 9 (2014).
- 12 השוו להתייחסות למושג הרגולציה בטיוטה ל"מדריך ממשלתי לתורת הערכת השפעת רגולציה" שהוציא משרד ראש הממשלה להתייחסות הציבור, על פי החלטת ממשלה 4027 מיום 25.12.2011. במילון המונחים במדריך ההגדרה לרגולציה היא "כללי התנהגות כופים במסגרת פעילות כלכלית או חברתית ברי אכיפה על ידי רשות מינהלית מוסמכת לפי דין, לרבות חקיקה, חקיקת משנה, צווים, וכן הוראות מינהל ליישום חקיקה או חקיקת משנה". ראו משרד ראש הממשלה מדריך ממשלתי לתורת ההערכה של השפעת רגולציה (2013) [www.pmo.gov.il/policyplanning/Regulation/Documents/RIA.pdf](http://www.pmo.gov.il/policyplanning/Regulation/Documents/RIA.pdf). לדיון במדריך ראו בכרך זה יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 425 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016).
- 13 Theodore Lowi, *American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory*, 16 WORLD POL. 677, 690-1 (1964) (להלן: Lowi) לואי אינו היחיד הנוקט הבחנה זו; ראו JAMES Q. WILSON, *THE POLITICS OF REGULATION* (1980). כמו כן, הבחנה זו היא אחד השורשים להבחנותיו של מיונה בנוגע למעבר באירופה מהמדינה ה"פוזיטיבית" למדינה ה"רגולטורית"; ראו דיון בהמשך עמוד זה. כן ראו Giandomenico Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, 17 J. PUB. POL'Y 139 (1997) (להלן: Majone).
- 14 פוזנר מכנה זאת "Two forms of regulation", אך להבנתנו מדובר בכינוי כללי לשיטות ניהול החברה. ראו Richard Posner, *Regulation (Agencies) Versus Litigation (Courts): An*

צירים: (1) פעולה מלכתחילה (אקס אנטה) לעומת פעולה בדעיבה (אקס פוסט); (2) שימוש בכללים לעומת שימוש בעקרונות; (3) מומחיות נושאית לעומת מומחיות משפטית כללית; (4) אכיפה ציבורית לעומת אכיפה פרטית. פוזנר טוען כי ארבעת הצירים הללו מגולמים במוסדות שונים – שהם סוכנויות רגולציה – לעומת מערכת בתי המשפט.<sup>15</sup> פוזנר אמנם מודה שמרבית שיטות הממשל אינן מושתתות על רגולציה או על ליטיגציה טהורה, וכי תמהיל כלשהו מתקיים כמעט בכל שיטת ממשל, אך הבחנה תאורטית זו מאפשרת לזהות מוסדות שאופיים רגולטורי יותר או פחות.

בעת האחרונה התחזקה גישה המזהה את הרגולציה כשיטה מארגנת חדשה למדינה באמצעות מושג "המדינה הרגולטורית".<sup>16</sup> גישה זו יוצרת קשר עמוק בין מושג הרגולציה למושג המדינה, קשר המאיר את משמעותם של מושגים אלו באור חדש. על פי ג'יאנדומניקו מיונה (Majone), "המדינה הרגולטורית" ניצבת כרגם מדינת אל מול "המדינה הפוזיטיבית": המדינה הפוזיטיבית מספקת ישירות את צרכיה העיקריים של החברה (תחבורה, חינוך, בריאות, תשתיות) ואילו המדינה הרגולטורית מפריטה ומפקחת.<sup>17</sup> מיונה מבחין בין שלושה סוגים של מדיניות כלכלית: חלוקה מחדש (מיסוי והקצאה), ניהול מאקרו-כלכלי (מדיניות מוניטרית, דיני עבודה) ורגולציה של שווקים.<sup>18</sup> על פי מיונה, כלל המדינות נוקטות ומשתמשות בשלושת סוגי המדיניות, אך בעוצמה שונה. מרכזיותה של מדיניות מסוימת בפעולתה של מדינה מאפשרת לראותה כפוזיטיבית או כרגולטורית. מובן שבכך תפסתו של מיונה מסתמכת על הבחנותיו של לואי שאוזכרו לעיל.<sup>19</sup>

*Analytical Framework, in REGULATION VS. LITIGATION: PERSPECTIVES FROM ECONOMICS AND LAW II* (Daniel P. Kessler ed., 2010)

15 ראוי לציין שלהבחנה זו שורשים היסטוריים בהתפתחות המדינה האמריקנית מ"ממשל בידי שופטים" לממשל אדמיניסטרטיבי פדרלי מפותח ומוסוּף. ראו William E. Forbath, *Politics, State Building, and the Courts, 1870-1920, in Cambridge History of Law in America: Volume II The Long Nineteenth Century* 643 (Michael Grossberg & Christopher Tomlins eds., 2007).

16 מיונה היה הראשון להתמקד במושג זה; ראו Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17 W. Eur. Pol. 77 (1994); דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית: ממושג רזה וחד-ממדי למושג עבה ורבה-ממדי" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 23 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016) (להלן: לוי-פאור). כפי שלוי-פאור מראה במאמרו בכרך זה, המושג הופיע בכתיבה האמריקנית החל בסוף המאה התשע-עשרה, אך לפני מיונה לא הוקדש מאמץ ישיר לגיבוש מושג המדינה הרגולטורית בצורה עצמאית.

17 את כתיבתו של מיונה ראוי לקרוא על רקע השינויים באנגליה ובאירופה בשנות השבעים והשמונים של המאה הקודמת, שבהן שינתה המדינה האירופית את אופן פעולותיה העיקריות ממיסוי והוצאה לקביעת נורמות התנהגות ואכיפתן. מובן שהמדינה הרגולטורית לא חייבת להפריט – זה רק אחד הדפוסים שלה; היא יכולה לפקח על פעילות שהתפתחה כפרטית. אנו מודים ליובל רויטמן על תובנה זו.

18 Majone, לעיל ה"ש 13, בעמ' 141.

19 Lowi, לעיל ה"ש 13.

מושג המדינה הרגולטורית וזיהוי הרגולציה כשיטת ממשל הובילו לפרץ של כתיבה בנושא. נכון להיום, שיאה של כתיבה זו הוא תפיסתו של דוד לוי-פאור (Levi Faur) את המדינה הרגולטורית כמושג פולימורפי הכולל דגמי משטר שונים, שבבסיסם מדינה המשתמשת בקביעת כללים ובפיקוח ואכיפה, במישרין או בעקיפין.<sup>20</sup> לוי-פאור מחליף את ההגדרה הקלאסית של מקס ובר (Weber) – שלפיה המדינה היא בעלת המונופולין על האלימות – להגדרה רחבה יותר של המדינה – כבעלת המונופולין על הרגולציה או לפחות על האפשרות לרגולציה. הגדרה זו מאפשרת להשתמש במושג כבסיס לשינויים ולהבחנות בין דגמים של המדינה הרגולטורית ולהימנע מיצירת קשר הכרחי בין המדינה הרגולטורית לתוכן נורמטיבי ספציפי או למהלך היסטורי שרירותי. מובן כי גם גישות אלו נדרשות להגדרה "סגורה" של רגולציה. מיונה מתבסס על הגדרתו של לואי שהוצגה לעיל, ולוי-פאור מתבסס על הגדרתו שלו עצמו:

The ex-ante bureaucratic legalization of prescriptive rules and the monitoring and enforcement of these rules by social, business, and political actors on other social, business, and political actors.<sup>21</sup>

על אף הקשר העמוק בין המושגים "רגולציה" ו"מדינה", מכלל ההגדרות שהוצגו עד כה עולה כי המושגים אינם כרוכים זה בזה בצורה מוחלטת. בדומה לתיאורו של מיונה את המעבר ממדינה פוזיטיבית למדינה רגולטורית, התגברו בעשורים האחרונים קולות הכופרים בתפיסה המדינתית (Statist) של הרגולציה. אפשר לקשר שינויים אלו לכתיבה בנושאי גלובליזציה<sup>22</sup> וממשליות,<sup>23</sup> המדגישים את תפקידם המרכזי של תאגידים רב-

20 נקודות ציון חשובות של הכתיבה בנושא הם דגמי המדינה הרגולטורית של מורן, ראו Michael Moran, *Understanding the Regulatory State*, 32 BRIT. J. POL. SCI. 391 (2002) והמדינה הרגולטורית החדשה של בירת'ווייט, ראו John Braithwaite, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, 40 BRIT. J. CRIMINOLOGY, 222 (2000). המדינה הרגולטורית החדשה מקושרת ישירות לתפיסת הממשליות, ראו Orly Lobel, *The Renew Legal Contempemporary Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004). (להלן: Lobel).

21 David Levi-Faur, *Regulation and Regulatory Governance*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 6 (David Levi-Faur ed., 2011).

22 ראו, למשל, Rene Urueña, *GAL and the Domestic Regulatory State: Challenges from the South*, in GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW 52 (Sabino Cassese et. al. eds., 3rd edition, 2012).

23 לדיון מורכב ורחב בהנגדה של רגולציה לתפיסה של ממשליות ראו Lobel, לעיל ה"ש 20. ראוי לציין כי בדומה לכתיבה אחרת, המחלקת את ההיסטוריה לתקופות, גם לגישה זו יש נטייה להתעלם ממקרים שאינם תואמים את החלוקה הדיכוטומית לתקופות מוגדרות. כך, למשל, בחינת השנים הראשונות של נציבות הסחר הבין-מדינתי (Interstate Commerce Commission) האמריקנית, הנחשבת לסוכנות הרגולטורית העצמאית הראשונה, מגלה כי פעילותה כללה לא רק קביעה של כללי פעולה ואכיפת הפרתם אלא שלל פעולות שהיום אפשר לזהותן כמאפיינות את גישת הממשליות. ראו, למשל, GABRIEL KOLKO, RAILROADS AND REGULATION: 1877-1916 (1965).

לאומיים ברגולציה על-לאומית, בתר-לאומית<sup>24</sup> או עצמאית לחלוטין מהמדינה,<sup>25</sup> וכן את מרכזיותם של סטנדרטים ו"חוק רך", כלומר: חוק שאינו כופה.<sup>26</sup> כתיבתה של ג'וליה בלאק (Black) היא אחד מאותם קולות. בלאק שואפת להבין את הרגולציה באופן מבוזר. לדעתה, הקושי להגדיר את הרגולציה כקשורה באופן אינהרנטי למדינה נובע מחמישה גורמים מרכזיים. ראשית, יש להבין שלאף שחקן רגולטורי אין את כלל הידע הדרוש כדי לפתור בעיות דינמיות ומורכבות;<sup>27</sup> שנית, יש להביא בחשבון כי המדינה נעדרת מונופולין על הפעלת הכוח המבוזר בין גורמים בחברה. ביזור זה גורם לכך שרגולציה מתרחשת באתרים רבים ועל ידי גורמים שונים, ולא בלעדית על ידי גורמים מדינתיים עבור גורמים פרטיים;<sup>28</sup> שלישית, האוטונומיה של שחקנים ומערכות היא כזו שהתנהגותם משתנה תדיר ובצורה שאינה תמיד צפויה; רביעית, יש תלות הדדית ואינטראקציה מורכבת בין השחקנים בשדה הרגולטורי; חמישית, ההבחנה בין הציבורי לפרטי מיטשטשת כך שיש דינמיות רבה בתפקיד, במעמד ובתפיסה החברתית של ארגונים. גם בלאק נדרשת להגדרה – אך לכזו שהיא גמישה דיה כדי לענות על הצרכים שתוארו:

Regulation is the sustained and focused attempt to alter the behavior of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behavior-modification.<sup>29</sup>

הגדרה זו מתכתבת ישירות עם הגדרתו של סלזניק, אך מתוך ניסיון להעניק לה גמישות ובכך להרחיק אותה מהקצה הנוקשה והפורמליסטי של מנעד ההגדרות. לא רק גישות חדשות דוגמת גישתה של בלאק מגדירות רגולציה באופן לא ממצה. מעטים הכותבים בנושא המתיימרים לתפיסה מונוליתית-חד-משמעית של המושג. כך, למשל, רבים מצטטים את הגדרתו של סלזניק שהבאנו לעיל, אך מרביטים – וכך גם אנחנו

24 מדובר ביחסים המתקיימים בזירה בינלאומית אך לא שוררים בהכרח בין מדינות כמו, למשל, קשר בין מדינה לארגון.

25 מוסדות רגולטוריים על-לאומיים כגון האיחוד האירופי; מוסדות בתר-לאומיים כגון התאחדויות ספורט, ארגוני סחר וכיוצא באלה.

26 בנושא זה ראו ריאיון עם עו"ד יעל אלמוג "תקינה חשבונאית בין-לאומית: על רגולציה בין-לאומית וולונטרית" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 473 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016); דורון אבני "עשר מידות טובות לרגולציה" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 87 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016).

27 לא רק כפעור מידע בין תעשייה לרגולטור (התעשייה תמיד יודעת על עצמה יותר משהרגולטור יודע עליה), אלא כבעיה רדיקלית בהרכבה של מבנה הידע. בלאק מתבססת על תאוריית מערכות (Systems Theory) ועל יישומה בנוגע למערכות של ממשל; ראו GUNTHER TEUBNER, LAW AS AN AUTOPOEITIC SYSTEM (1993). לדיון בנושאי א-סימטריה של מידע ברגולציה ראו Jean- Jacques Laffot, *The New Economics of Regulation Ten Years After*, 62 *ECONOMETRICA* 507, 510 (1994).

28 Black, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6. ראו גם ג'וליה בלאק "מחשבות ביקורתיות על רגולציה" רגולציה המיגור השלישי 39 (ניסן לימור עורך, 2010).

29 Black, לעיל ה"ש 6, בעמ' 26.



– משימים את חלקו הראשון של המשפט: "In its central meaning [...]". גם סלזניק – שתפיסתו היא נקודת המוצא של דיונונו – מגדיר ביודעין את הרגולציה באופן לא ממצה: סלזניק מציג רק את המשמעות המרכזית והשימוש העיקרי של המושג. גם לפי גישתו ייתכנו צורות והגדרות מגוונות של רגולציה. תנועה זו, שבין הגדרה ממצה לבין ניסיון לעמוד על עושרו התוכני של מושג הרגולציה נמצאת, אם כן, עוד בראשיתה של הספרות העוסקת ברגולציה.

עד כה יצרנו תשתית מושגית מהכתיבה הספרותית האקדמית על אודות רגולציה. תשתית זו תשמש אותנו כשנפנה בפרק הבא לשיח המשפטי, בזירה המרכזית שבה הוא מקבל ביטוי – פסיקת בתי המשפט. תשתית זו תאפשר לנו להבין את השימושים שעושים בתי המשפט במושג כחלק מתפיסות תאורטיות רחבות יותר הנוגעות ליחסים שבין המדינה, השוק והחברה, לקשור בין שימושים שונים ולסמן בפסיקה מגמות ותהליכים הקשורים אליהם. מן העבר השני, התשתית המושגית הקיימת תעזור לנו להבין היכן פסיקת בתי המשפט מוסיפה לבנים חדשות ל"קיר" המושגי – מה התוספת הייחודית של הפסיקה להבנה התאורטית על אודות רגולציה, ואיך הטענת המושג בתוכן התאורטי והנורמטיבי מעצבת את הדוקטרינה המשפטית ואת התפיסה המוסדית המשפטית.

## ב. מדברים על רגולציה בפסיקה הישראלית

1. הגישות המתחרות: רגולציה "מדינתית" ורגולציה "מבוזרת"

(א) רגולציה מדינתית תלת-ראשית: יצירת כללים, אכיפה ופיקוח

הגישה המרכזית והרווחת שאפשר לזהות בפסיקה למושג הרגולציה דומה לזו שבספרות, המזהה רגולציה עם שלוש פעולות שהמדינה מבצעת: קביעת כללים, פיקוח על העמידה בהם ואכיפתם. בעניין פורת<sup>30</sup> השתמשה השופטת וסרקרוג במונח "רגולציה שלטונית" וציינה כי בנקיטת מדיניות של הפרטה "המדינה מותירה בידה את ההסדרה של המערכות הפרטיות האלה, במונח של ויסות, תקינה, פיקוח והסדרה".<sup>31</sup> ברבים מפסקי הדין שבהם הופיע המונח "רגולציה" הופיעו סוגי פעילות אלו כמוזיהים אתו או כקשורים אליו, וכן כקשורים לפעילות מדינתית כלשהי. עם זאת, לא תמיד מתייחסים לרגולציה כמכלול של פעילויות אלא כפעילות מדינתית אחת, אף שאין זיהוי מובהק של המונח עם פעילות מדינתית מסוימת אחת.

בפסקי דין רבים כוון השימוש במונח "רגולציה" לפעילות של חקיקה – כלומר: לקביעת נורמה – אולם בפסקי דין שונים התייחסו לרגולציה כנורמה

30 בר"ע (מחוזי חי') 979/06 פורת נ' ועדת הערר על פי חוק כביש האגרה (כביש ארצי לישראל) (פורסם בנבו, 27.8.2008) (להלן: עניין פורת); ראו גם ע"א 5365/11 אקו"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.9.2013) (להלן: עניין אקו"ם). בעניין זה התייחס השופט רובינשטיין לרגולציה גם כחקיקה וגם כפעולה של הרשות המנהלית.

31 עניין פורת, לעיל ה"ש 30, בפס' 33 לפסק הדין (ההדגשה הוספה).

במדרג נורמטיבי שונה: לעתים הייתה ההתייחסות לחקיקה ראשית,<sup>32</sup> לעתים לחקיקת-משנה<sup>33</sup> ולעתים למערך החקיקתי הכולל, דהיינו: חקיקה ראשית וחקיקת-משנה גם יחד.<sup>34</sup> נראה שאי-אפשר לזהות תפיסה אחידה בנוגע למדרג החקיקתי הספציפי שאליו הפסיקה מתייחסת כמונח "רגולציה", ודומה שמשמשים בו ביחס להליך חקיקתי כלשהו. כך, למשל, בפרשת חוק האזרחות<sup>35</sup> התייחס השופט מלצר לרגולטור כמחוקק ולשיקולי

- 32 עת"מ (מינהליים י-ם) 36091-05-11 שריד נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות אגף הרישוי למקצועות רפואיים (פורסם בנבו, 14.5.2012); עת"מ (מינהליים ת"א) 38130-05-11 מדינת ישראל משרד הבטחון אגף השיקום נ' סגל (פורסם בנבו, 8.8.2012); עת"מ (מינהליים ת"א) 49281-12-10 קצין התגמולים-משרד הבטחון-אגף השיקום נ' לנצמן (פורסם בנבו, 8.8.2012); ת"א (שלום ת"א) 52752-04 פרידמן נ' משתלת חישתיל בע"מ (פורסם בנבו, 12.12.2013); ת"א (מחוזי מר") 7302-11-09 (חסוי) נ' מויאל (פורסם בנבו, 17.3.2013); ע"א 2606/06 שפורן נ' תורג'מן (פורסם בנבו, 5.11.2010); ע"פ (מחוזי ת"א) 72013/05 חברת החרשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.12.2006), שם מציינים כי תכלית חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו היא רגולציה והסדרה של תחום השידור הפומבי לציבור הרחב; תנ"ג (מחוזי מר") 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ, חברה ציבורית (פורסם בנבו, 8.4.2013), שבו הביא השופט גרוסקופף מדרבירה של חביב-סגל לגבי סעיף 270 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, שבהם היא מתייחסת אליו כ"רגולציה"; בג"ץ 5893/12 הורוביץ נ' מדינת ישראל – שרת החקלאות ופיתוח הכפר (10.12.2013); עפ"ג (מחוזי מר") 10478-03-10 מקווה ישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2010).
- 33 ת"א (שלום ת"א) 33849-05 בוזגלו נ' מגורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2010). פסק הדין מתייחס לרגולציה כתקנות וקורא להן "הדין הרגולטיבי". ראו גם בג"ץ 9161/07 אשכולות חברת כוח אדם בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 11.7.2012); תא"מ (שלום ת"א) 15929/06 בורדין נ' הכשרת הישוב חב' לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 19.7.2013); עע"מ 8020/06 מוניות אסף פנינת השרון בע"מ נ' שר התחבורה (פורסם בנבו, 11.12.2006); ת"א (שלום נת") 18809-06-11 איינס נ' המועצה המקומית כפר יונה, 8 (פורסם בנבו, 19.6.2011), שבו נקבע כי נקודת האיזון בין הצורך בכידוד כלב לרצון הבעלים "צריכה להיעשות על ידי גורמים מקצועיים מתאימים ולהביא להסדר שבדין (במילים אחרות: רגולציה, בדרך כלל בתקנות)" (ההדגשה במקור). במקרה אחד אף התייחסו לרגולציה כהנחיות מנהליות: ת"א (מחוזי י-ם) 8089/06 מריה נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2009). יש לציין כי יש רגולטורים שכלל אין בסמכותם להתקין תקנות ולכן אפשר להניח שכוחם מתמצה בקביעת הנחיות מנהליות ומתן הוראות מנהל בלבד.
- 34 ת"א (מחוזי ת"א) 2292/00 ש.ח. מהנדסים ויועצים בע"מ נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 22.1.2009) (להלן: עניין ש.ח. מהנדסים ויועצים); ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מגורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.2.2006) (להלן: עניין עיריית חיפה).
- 35 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).

המחוקק כ"שיקולי הרשות הרגולטורית".<sup>36</sup> לעומת זאת, בעניין ממין<sup>37</sup> התייחס השופט מלצר – כשבחן חקיקת משנה רלוונטית – ל"מודל שיקבע הרגולטור".<sup>38</sup> במשפט המנהלי מקובל לסווג את פעולות המנהל לפעולות חקיקה, ביצוע ושיפוט.<sup>39</sup> על כן לא מפתיע שנוסף על אפיון של מעשי חקיקה כרגולציה, אפשר לזהות שימוש במונח "רגולציה" גם כשמתכוונים לביצוע של נורמה, בשונה מקביעתה.<sup>40</sup> עם זאת, הפסיקה לא עוסקת בהבחנה בין שני סוגי הפעילות הביצועית – האכיפה והפיקוח. דומה שבית המשפט מתייחס פעמים רבות לפעילויות של פיקוח כשהוא מדבר על רגולציה. במקרים רבים מדובר בפיקוח של המדינה על גופים פרטיים הפועלים בתחומים ובאופנים שהיו משויכים, באופן מסורתי לפחות, למדינה. בעניין פורת<sup>41</sup> שאוזכר לעיל התייחסה השופטת וסרקרוג לרגולציה כחלק מהליך הפרטת שירותים "שאינן חלוק כי היא [המדינה] אמורה לספק לתושביה". בעניין האגודה לזכויות האזרח<sup>42</sup> התייחס בית המשפט לרגולציה כהגבלות וכאמצעי פיקוח של המדינה על בית חולים. בדומה, גופים המפקחים על פעילות פרטית הם גופים שבית המשפט מתייחס אליהם כרגולטורים, דוגמת המפקח על הביטוח.<sup>43</sup>

- 36 שם, בפס' 55-56 לפסק דינו של השופט מלצר.
- 37 רע"א 779/06 קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ נ' ממין (פורסם בנבו, 28.8.2012).
- 38 שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט מלצר.
- 39 בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1503-1506 (1958); ראו גם דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 83-95 (2010).
- 40 בדומה לכך ראו עניין גלאון, לעיל ה"ש 35, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש. השופטת ביניש ציינה כי החוק יכול להביא לשימוש במנגנונים רגולטוריים מרחיבים, ומכאן שלרעתה מנגנון רגולטורי חורג מקביעת כללים. לפסקי דין נוספים המבחינים בין חקיקה לרגולציה ראו גם בג"ץ 2030/12 הדר נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון, פס' 22 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 26.2.2013) (להלן: עניין הדר); ה"פ (מחוזי ת"א) 30950-12-08 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 28.1.2013).
- 41 עניין פורת, לעיל ה"ש 30.
- 42 בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2012); ראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 4375/02 סנוול ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – מינהל הדלק, פס' 22-23 לפסק דינו של השופט יעקובי (פורסם בנבו, 22.10.2013); ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1576-08 סקרינפיקס בע"מ נ' אראר סאט גלובל קומיוניקיישנס נטוורק בע"מ (פורסם בנבו, 13.4.2011); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי), בו התייחסו לרגולציה על שוק התקשורת כפיקוח והגבלה ואף בצורתה הקיצונית כ"צנזורה"; פסק דין מכונן שבו הוזכרה הרגולציה כפיקוח הוא בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: פרשת בתי הסוהר). בפסק הדין צוין כי מודל ההפעלה שנבחר מבוסס על המודל האנגלי המתאפיין בגישה רגולטורית, שלפיה פעילות הזכייין הפרטי מפקחת על ידי מפקחים מטעם המדינה הנמצאים בתוך בית הסוהר. אולם, המלה "רגולציה" הופיעה פעמים מעטות בפסק הדין, דבר שהוליד ביקורת: ראו: הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית הסוהר הפרטי" עיוני משפט לה 747 (2013).
- 43 ע"א 9300/05 מדינת ישראל המפקח על הביטוח נ' קוסקוסי (פורסם בנבו, 18.2.2007) (להלן: עניין קוסקוסי). לזהות הרגולציה עם גופים מפקחים ראו גם ע"א 7276/07 כונס

יש לציין, כי המונח "רגולציה" מופיע בפסיקה בהקשר של פיקוח בשני מצבים: פיקוח רחב במובן של קביעת מדיניות ופיקוח יומיומי. מעניין לציין כי כפילות זו בולטת בעיקר בפסקי דין בתחום דיני הנזיקין, שבהם אחריות המדינה מצטמצמת כשמדובר בפיקוח "רחב"<sup>44</sup> ומתרחבת כשמדובר בפיקוח "יומיומי" (כתלות במידת הקרבה של המדינה למזיק ולנזק).<sup>45</sup> מלבד זהות בין רגולציה לבין פעילות של פיקוח אפשר למצוא בפסיקה גם זיהוי של רגולציה עם פעילות שלטונית, הכוללת מטבעה הן אכיפה והן פיקוח על נורמות. בהקשר זה נעשה שימוש במונחים "רגולציה"<sup>46</sup> ו"רגולטור"<sup>47</sup> כשמתייחסים לפעילות שאפשר

- הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה בע"מ נ' אשורנס גנרל דה פרנס (פורסם בנבו, 28.8.2012) (להלן: עניין אשורנס); עניין הדר, לעיל ה"ש 40, פסק דינו של השופט רובינשטיין.
- 44 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994) (להלן: עניין לוי), שבו קבע הנשיא שמגר שכאשר מדובר בעניינים בעלי אופי חברתי, פוליטי או כלכלי יש לרשות שיקול דעת רחב שבית המשפט לא ייטה להתערב בו.
- 45 ת"א (שלום י-ם) 13573-06 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו, 9.8.2010) (להלן: עניין נטו), שבו צוין כי הנתבעת היא גוף מנהלי שהופקדו בידיו סמכויות פיקוח ורגולציה היוצרות חובה – ואם נרצה: קרבה – של הרשות כלפי התובעת. בפסק הדין אף מזכירים את עניין ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 134 (1985) שבו נאמר: "לא רק שקיום סמכות סטטוטורית אין בו כדי להעניק חסינות או לשלול אחריות וחובה, אלא דווקא קיומה של הסמכות הסטטוטורית הוא המשמש אבן מסד ותשתית, עליה נבנית חובת הזהירות המושגית". אמנם, גם במקרה זה מצטטים את עניין לוי, לעיל ה"ש 44, ואת חריג שיקול הדעת, אולם גם את ההסתייגות ממנו בעניין ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד סכ(1) 803 (2007). ראו גם ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (פורסם בנבו, 14.12.2006) (להלן: עניין מימוני); ת"א (שלום י-ם) 7154-07 מרקאר נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 11.10.2010) (להלן: עניין מרקאר): "דבר קיומה של חובת זהירות מושגית בנסיבות מהסוג שעל הפרק אינו בספק. הנתבעת נושאת באחריות להחלטותיה, ועל פי עולם המושגים הרווח לאחרונה, אין כל קושי לראות בה כ'רגולטור', בכל הקשור להסדרת תחומי העיסוק הרלוונטיים. פשיטא, שנושאת הנתבעת, למעשה, כמו כל רגולטור אחר, באחריות כלפי כל מי שנפגע מהקפדת יתר, המונעת ממנו להתפרנס, שלא כחוק".
- 46 בג"ץ 266/68 עיריית פתח-תקווה נ' שר החקלאות, כב(2) 824, 832 (1968) (להלן: עניין עיריית פתח-תקווה), שם נכתב בפסק דינו של השופט כהן: "ישנם דברים אשר מטבעם עניין הם למעשה מינהל והסדר (ריגולציה)" ומתייחסים אליהם כדברים "סידוריים (רגולטיביים)"; ראו גם ה"פ (מחוזי ת"א) 768/04 גולדשטיין אבי נ' מנהל השירותים הווטרניריים (פורסם בנבו, 18.4.2005); בג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 10.5.2006); ע"ש (מחוזי י-ם) 413/07 איציק בן-עטר נ' הועדה לרישוי חוקרים פרטיים (פורסם בנבו, 1.3.2007).
- 47 עת"מ (מינהליים ת"א) 18731-07-12 לדיאנסקי נ' עיריית תל אביב (פורסם בנבו, 12.11.2013); תא"מ (שלום קריית גת) 9601-11-10 סוכנות נהורה א.ד. בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2013); וכן בר"מ 6045/11 ה. שטרן ישראל (תכשירים ואבני חן ישראל בע"מ) נ' רשות שדות תעופה בישראל (פורסם בנבו, 25.8.2011);

לסווג כביצועית. במובן זה הרגולציה יוצרת שינוי מושגי: בתי המשפט כבר לא מדברים על פעולה "מנהלית" ביצועית אלא על פעולה "רגולטורית". כך, בתי המשפט מכנים בעקביות גופים ציבוריים כ"רגולטורים" בתחומם – משרד התקשורת,<sup>48</sup> משרד החינוך,<sup>49</sup> משרד הפנים,<sup>50</sup> משרד התחבורה<sup>51</sup> והממונה על ההגבלים העסקיים.<sup>52</sup> ככלל, כשגוף מזהה כגוף שלטוני שחלות עליו חובות ציבוריות, מתקיים זיהוי של הגוף כ"רגולטור".<sup>53</sup> אם כן, בהקשר של ביצוע שלטוני, הגופים מזהים כרגולטורים והחלטותיהם – כהחלטות רגולטוריות.<sup>54</sup> מדובר בתפיסה מקצועית יותר ומבוזרת יותר של המדינה, הרואה כל אחד

- בג"ץ 1527/06 התנועה להגינות שלטונית נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 9.6.2009) (להלן: עניין התנועה להגינות שלטונית); ת"פ (שלום קריית גת) 649/09 מדינת ישראל – המשרד להגנת הסביבה נ' אבו יחיאל חב' לבניין בע"מ (פורסם בנבו, 7.12.2010).
- 48 ראו, לדוגמה, בש"א (מחוזי י-ם) 685/98 חברת גלוב-קול בע"מ נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 6.8.1998) (להלן: עניין גלוב-קול); בג"ץ 11421/04 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת (פורסם בנבו, 27.3.2007) (להלן: עניין בזק).
- 49 עת"מ (מינהליים י-ם) 385/06 ענת ילזרוב נ' משרד החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 17.5.2006) (להלן: עניין ילזרוב).
- 50 ראו, למשל, בג"ץ 4886/06 עיריית באר שבע נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.1.2007) (להלן: עניין עיריית באר שבע).
- 51 עניין התנועה להגינות שלטונית, לעיל ה"ש 47.
- 52 ראו, למשל, ה"ע (הגבלים עסקיים) 469/98 דלק חברת הדלק הישראלית נ' תחנת דלק באר יעקב (פורסם בנבו, 25.3.2001) (להלן: עניין דלק באר יעקב); ה"פ (מחוזי י-ם) 36014-12-10 קניאל תעשיות אריזה בע"מ נ' הרשות להגבלים עסקיים, פס' 6 לחוות דעתו של חבר בית הדין סמיר (פורסם בנבו, 10.6.2012) (להלן: עניין קניאל); ע"א 2082/09 יורוקום די.בי. אס בע"מ נ' בזק חברת התקשורת הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 20.8.2009) (להלן: עניין יורוקום).
- 53 ראו ס"ע (אזורי חי') 46839-03-10 פרל – המועצה הדתית חיפה (פורסם בנבו, 12.1.2011). במקרה זה ראו ברבנות רגולטור ומשום כך חלים עליה כללי המשפט המנהלי ובהם חובת שימוע שהופרה; במקרה אחר ראו במועצות הדתיות רגולטור וכפפו גם אותן לכללי המשפט המנהלי: ס"ע (אזורי נצ') 48701-06-11 בן עזרא – המועצה הדתית האזורית גולן (פורסם בנבו, 13.9.2012); פ"ה (אזורי חי') 22932-07-12 פרל – המועצה הדתית חיפה (פורסם בנבו, 13.9.2012); במקום אחר נקבע שהמועצות עצמן נתונות לרגולציה על ידי המדינה, אך זו אינה מעבירה של רכ במועצה הדתית. ראו ס"ע (אזורי חי') 11818-02-09 ביטון – המועצה הדתית חדרה (29.10.2013). ראו גם ע"ע (ארצי) 751/05 מדינת ישראל-משרד הדתות – עמאר (פורסם בנבו, 25.10.2006); ראו גם לילך ליטור, הדרה בר-מור וגילה מנחם "בית המשפט ובית הדין לעבודה כשחקנים רגולטורים בעידן הפרטה" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 349 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ורוד לוי-פאור עורכים, 2016), שבו נטען כי בבתי הדין לעבודה יש נטייה לפסיקה בעלת מאפיינים "רגולטוריים" יותר מאשר בערכאות הרגילות.
- 54 בג"ץ 5872/07 איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (פורסם בנבו, 27.10.2010); ס"ק (אזורי חי') 15413-07-13 חברת חשמל לישראל בע"מ –

מהגופים הללו כ"רגולטור" נפרד העוסק בפעילות "ביצועית". בהמשך לכך, אותו גוף נתפס כמקצועי יותר וכבעל עדיפות בביצוע הסדרה בתחום מסוים (להבדיל, למשל, מבית המשפט).

לדעתנו, מן האמור לעיל עולה שבית המשפט הישראלי נוטה לזהות רגולציה עם שלוש פעילויות שלטוניות: יצירת כללים, פיקוח עליהם ואכיפתם או ביצועם. כפי שראינו עד כה, בית המשפט מזהה את הרגולציה עם המדינה, כשהיא קובעת נורמות וכשהיא מבצעת אותן, מתוך תפיסה מבוזרת ומקצועית יותר של הגופים המדינתיים העוסקים בכך. חריגה לכך פעילות מעין-שיפוטית, שזיהויה עם רגולציה חלש יותר, בשונה מהזיהוי של סוגי פעילויות אחרים. אנו סבורים שאפשר לזהות – במיוחד בעת האחרונה – שימוש במונח "רגולציה" בצורה שמקצינה את החלוקה המבוזרת גם לגופים שאינם מדינתיים.

### (ב) תפיסה מבוזרת של רגולציה: הסדרת התנהגות על-ידי גורמים פרטיים

עניין פלוניתי הוא אחד המקרים בפסיקה המספק נקודת מבט מבוזרת כזו על מושג הרגולציה. במקרה זה נדונה בקשה להסרת צו איסור פרסום בפרשה שבה נחשד מטפל בביצוע מעשים מגונים.<sup>55</sup> המונח "רגולציה" הופיע בפסק הדין כדי להסביר שחופש הביטוי באינטרנט אינו מוחלט, ושמנהלי הקהילות הווירטואליות משמשים בפועל רגולטורים על התכנים המפורסמים בפלטפורמות שהם מנהלים, והם מפקחים על התכנים ומתאימים אותם כך שיעמדו בתנאי החוק. בניגוד למקרים שהזכרנו עד כה, במקרה זה השתמש בית המשפט במונח "רגולציה" כדי לאפיין הסדרת התנהגות על ידי גורמים פרטיים. היכולת של פרטים מסוימים ברשת להסדיר באמצעות פיקוח את פעולותיהם והתבטאויותיהם של גולשים אחרים היא שמסמנת את הראשונים כ"רגולטורים", כלומר: הרגולציה נתפסה בפרשה זו כמאפיין המסמן גורמים המגבילים, מפקחים ומעצבים את תוכני ההתנהגויות של פרטים אחרים: הפרטים ה"רגולטורים" אינם שייכים למגזר הציבורי ועדיין הם נתפסים כבעלי סמכות מסדירה על פרטים אחרים. בהקשר זה הרגולציה מקבלת את מובנה הרחב ביותר כהסדרת התנהגות במרחב על ידי גורמים מבוזרים.<sup>56</sup>

זירה נוספת ומרכזית שבה המונח "רגולציה" מזוהה עם גורמים פרטיים היא תחום התובענות הייצוגיות. נתח ניכר מפסקי הדין ומהחלטות שבהם אוזכר המונח "רגולציה" (162 מקרים) עסקו בתובענות ייצוגיות. חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 קבע הסדרים חדשים להגשה ולניהול של תובענות ייצוגיות, ואיחד את ההסדרים שהתקיימו לפניו להסדר כולל ואחיד.<sup>57</sup> החוק קובע הסדר משפטי ייחודי, שבאמצעותו תובע יחיד יכול לייצג קבוצה גדולה של פרטים אף בלי לקבל את אישורם – אך בכפוף לאישור בית

הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 17.9.2013). במקרה זה עלה המונח בקשר לשאלה אם שביתה היא פוליטית או לגיטימית כשמתייחסים למדינה ולהחלטותיה כהחלטת הרגולטור.

55 ע"פ 8225/12 פלונית (קטינה) נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.2.2013).

56 Black, לעיל ה"ש 6.

57 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 132, 131 (2007).

המשפט. מדובר בכלי המותאם למציאות שבה ההליך המשפטי משפיע במישרין לא רק על הצדדים להליך אלא גם על צדדים שלישיים; הפרטי והציבורי "מתערבבים" זה בזה והפרט ניצב אל מול שחקנים חוזרים. התובענה הייצוגית מאפשרת לתובע לקבל פיצוי עבור עוול שנגרם לו גם כשתוחלת הנזק האישי שלו קטנה מהעלויות הכרוכות בהליך. נוסף על כך, התובענה הייצוגית מאפשרת לרתום את האינטרס הפרטי של הפיצוי לטובת הכלל: באמצעות התובענה הייצוגית הפרט – שהוא בדרך כלל גם בעל המידע הרלוונטי להפרה – יכול להביא לאכיפה, להרתעה ולפתרון של כשלי שוק; כולן תכליות ציבוריות וצרכניות העומדות, לפי בית המשפט, ביסודם של הסדרים רגולטוריים שונים.<sup>58</sup> אכן, כבר בניסוח החוק יש התייחסויות לא מעטות לרגולטור, הדומות לתוכנו של המושג התלת-ראשי שראינו עד כה בפסיקה – כגוף שלטוני או מעין-שלטוני שאחריותו כוללת יצירת כללים, פיקוח על יישומם ואכיפתם.

החוק קובע רשימת תחומים שבהם אפשר להגיש תובענות ייצוגיות. כל התחומים הללו נתונים לרגולציה של המדינה: חלקם נתונים לרגולציה פיננסית כגון מבטחים ותאגידים בנקאיים, חלקם נתונים לרגולציה סביבתית כגון מפעלים מזהמים וחלקם נתונים לרגולציה צרכנית כגון גופי תקשורת ומפרסמים.<sup>59</sup> אם כן, החוק מגביל את התובענה הייצוגית לפעילות הנתונה לרגולציה. עם זאת, החוק מחריג במפורש את האפשרות לתבוע רגולטור. ס' 3(א) לחוק קובע, בין היתר: "לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי".<sup>60</sup> החוק עצמו מזהה את סמכויות המדינה שאי-אפשר לתבוע בגינן כהגדרה המסורתית של רגולציה: הסדרה, פיקוח ואכיפה.<sup>61</sup> במילים אחרות, הוא מאפשר לתבוע גופים הנתונים לרגולציה אך לא באופן התוקף את הרגולטור. למרות חלל זה – ולמעשה, אולי בעקבותיו – בית המשפט לוקח על עצמו את תפקיד הפיקוח על הרגולטורים באמצעות התובענה הייצוגית. אף שתובענות ייצוגיות אינן מוגשות לרוב נגד רגולטורים, הן מאפשרות לבית המשפט לערב אותם בהליך, לשמוע את דעתם, לכוון את התנהגותם ובעת הצורך להעביר עליהם ביקורת. ההסדר החוקי מזמין את הרגולטור להשתתף בהליך כדי לקבל מידע רב יותר ולייעל את ההליך. סעיף 15 לחוק קובע שבית המשפט רשאי להתיר השתתפות בדיונים לרשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין שבו התובענה הייצוגית עוסקת.<sup>62</sup> לעתים בית המשפט אף נדרש

58 ראו, למשל, ת"א (מחוזי מר') 1817-08-07 יוחנן נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2011). התפיסה של רגולציה כהתערבות ותיקון של כשלי שוק מזכירה גם את גישתו של השופט כהן בפסק הדין הראשון (המשמעותי) בעניין רגולציה, שנגע להתערבות נקודתית בשוק המזון. ראו עניין עיריית פתח תקווה, לעיל ה"ש 46.

59 ס' 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 2054, וכן התוספת השנייה לחוק.  
60 לעניין זה ראו, למשל, בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 29.8.2011); ת"א (מחוזי נצ') 24822-12-10 פלג הגליל חברה האזורית למים וביוב בע"מ נ' אלפסי (פורסם בנבו, 14.10.2012).

61 ראו Sleznick לעיל ה"ש 8.

62 ת"צ (מחוזי ת"א) 2133-09 גמזו נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 10.1.2011); ת"צ (מחוזי י-ם) 30919-04-10 עברת נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו,

ליידע את הרגולטור על ההתפתחות בהליך, כלומר: החוק מורה לבית המשפט לשתף את הרגולטור בנעשה. תקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות<sup>63</sup> קובעת כי באישור הסתלקות מתובענה ייצוגית לפי סעיף 16 לחוק<sup>64</sup> יש לשלוח הודעה על הסתלקות לרגולטור.<sup>65</sup> מעניין לראות כי בתי המשפט, באמצעות פרשנות, השאירו לעצמם שיקול דעת כך שנקבע שבית המשפט אינו חייב לפעול לפי תקנה זו בכל מקרה ומקרה, אלא על פי שיקול הדעת המסור לו בסעיף 25 לחוק.<sup>66</sup> כך, בתי המשפט אמנם משתמשים בידע ובמקצועיות של הרגולטור, אך משאירים לעצמם גמישות לפקח על פעולתם של אלה באמצעות התובענה הייצוגית. החזרה על מונח הרגולציה בתחום התובענות הייצוגיות משרטטת אותו כמוקד חדש של פעילות רגולטורית, כך שהמציאות שעליה הוא חולש היא "מציאות רגולטורית". התובענה

24.11.2013), שבו נכתב כי עמדת הרגולטור רלוונטית גם בהיבט המקצועי-פיקוחי וגם כמי שאמון על האינטרס הציבורי; ת"צ (מחוזי ת"א) 27699-07-10 אגרט נ' דלק מוטורס בע"מ (פורסם בנבו, 24.2.2011), שבו התייחסו הן לעובדה שיש לשמוע את עמדת הרגולטור מבחינה עניינית והן לטעם של סיום אפקטיבי ויעיל של התובענה. יש לציין שלא מדובר בטענת סף, ואפשר לשמוע את עמדת הרגולטור גם בשלב מאוחר לאישור התובענה, לפי שיקול הדעת של בית המשפט; ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 61339-10-10 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' גנים (פורסם בנבו, 5.8.2011). יש לציין שבכמה מקרים נראה שעמדת הרגולטור אינה בלעדית או מכרעת; ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1004/02 הרשקוביץ נ' סנואי ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.8.2005) (להלן: עניין הרשקוביץ); ת"צ (מחוזי ת"א) 38194-07-10 ספיר נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 15.9.2011). במקרה זה צוין שעמדתו של הרגולטור לעניין לגיטימיות הפעולה של פלאפון אינה אלא נתון אחד מני רבים.

63 תקנות תובענות ייצוגיות התש"ע-2010, ק"ת 6915.

64 ת"צ (מחוזי ת"א) 6677-09-11 אביגל נ' 013 נטוויז'ן בע"מ (פורסם בנבו, 21.10.2012); ת"צ (מחוזי חי') 1318-02-13 דוידוביץ נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 12.11.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 8971-04-11 פינץ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 14.4.2013).

65 התקנה אינה נוקטת לשון זו אלא מפנה לתקנה 3(ב), המורה לשלוח הודעה על בקשה לאישור לגופים המפורטים בתקנה. גופים אלו הם: הממונה על הגנת הצרכן, המפקח על הביטוח, המפקח על הבנקים, הממונה על ההגבלים העסקיים, רשות ניירות ערך, המשרד להגנת הסביבה, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והממונה הראשי על יחסי עבודה. ראו תקנה 3(א) ו-3(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 63. בית המשפט מתייחס באופן עקבי לגופים אלו כ"רגולטור" ולפעילות שהם מבצעים (על פי רוב: פיקוח ואכיפה) כ"רגולציה". בפסקי הדין הנוגעים להסתלקות נקט בית המשפט לשון זו באופן עקבי ביחס לתקנה 11(ב); ראו, למשל, ת"צ (מחוזי י-ם) 41272-05-10 נזאר טנוס נ' מאפיית אנג'ל (פורסם בנבו, 16.6.2011); ת"צ (מחוזי מר') 24356-04-10 הר-עוז נ' כלל בריאות חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2010).

66 ת"צ (מחוזי ת"א) 1539/09 מופקדי נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 10.2.2011). לפסקי דין נוספים המקבלים גישה זו ראו ת"צ (שלום פ"ת) 41142-01-12 ורד נ' ש.א.מ. מרכז הגז בע"מ (פורסם בנבו, 3.1.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 518-01-11 אוהיון נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ (פורסם בנבו, 21.6.2011). וכן ת"צ (מחוזי ת"א) 13675-03-09 מישורי נ' דקלה חברה לבטוח בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.2010).



הייצוגית היא מעין-רגולציה, משום שהפרט מבצע פעולות "רגולטוריות" ואף בית המשפט הוא סוג של "רגולטור", בפיקוחו באמצעות הכלי המשפטי על רגולטורים בשוק. על שני ההיבטים של המציאות הרגולטורית ועל בית המשפט כרגולטור נעמוד בהרחבה בפרקים הבאים. לענייננו, מלבד זיהוי של גופים כרגולטוריים, מעניין לראות כי בית המשפט תופס את התובע הייצוגי כרגולטור. בעניין נתן צוין כי התובע נוטל על עצמו לא פעם את תפקיד הרגולטור ומבצע את תפקידן של הרשויות, וכי יש להביא זאת בחשבון באיוון שיש לערוך בכחינת קיום העילה האישית לפי החוק.<sup>67</sup> הסיבה שבגינה בתי המשפט תופסים את הפרט כרגולטור נעוצה כבר במטרתו הכפולה של הכלי המשפטי המיוחד הזה: ראשית, פיצוי הנפגעים; שנית, הגנה על האינטרס הציבורי וסיוע באכיפת החוק – מטרה הכוללת הרתעה של מזיקים פוטנציאליים וגם ענישה של מזיקים קיימים.<sup>68</sup> ככל שתופסים את התכלית הציבורית כדומיננטית יותר בכלי התובענה הייצוגית, כך אפשר לומר שמדובר בכלי אכיפה בעל אופי רגולטורי יותר. יש מתח אינהרנטי בין שתי התכליות, והעובדה ששתיהן מופיעות בהסדר החוקי מזמינה את בית המשפט ליישב את המתח ולדון ביחס בין התכלית הפרטית המוכרת לו בסכסוך בין שני צדדים לבין תכלית אכיפת החוק העשויה להכניס אל הדיון את הרגולטור. אמנם, המתח בין תכליות פרטיות לציבוריות אינו חדש למשפט, אך לדעתנו ההתייחסות המפורשת לתכליות אלו בהסדר החוקי, והקישור המפורש של ההסדר לסוגיות רגולטוריות, מאיר את המתח באור חדש. למעשה, ההתייחסות למתח בין הפרטי והציבורי בהקשר של התובענות הייצוגיות מזכיר את המתח שנדון בספרות העוסקת ברגולציה בין ה"רגולטורי" ל"משפטי", במובן של ההתדיינות המשפטית (litigation). כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסיקה, התובענה הייצוגית נמצאת על התפר בין השניים, והיא עשויה למלא תכליות שונות ככל שאנו מייחסים אותה לפעילות "רגולטורית" או "משפטית". דוגמה לכך אפשר למצוא בעניין תומר,<sup>69</sup> שבו ציינה השופטת פלפל את הקשר ההדוק בין השימוש בתובענות ייצוגיות לפעולת הרגולטור ועמדה על ההבדלים ביניהן באופן הפעולה ובמוטיבציות לפעולה. היא הדגישה כי פנייה לרגולטור אינה מיתרת את ההליך המשפטי; לשיטתה, לשם קידום מיטבי של האינטרס הפרטי והציבורי, על שני הכלים הללו לפעול במשולב:

67 ת"צ (מחוזי ת"א) 31111-01-10 נתן נ' טבע – אלטמן שותפות כללית (פורסם בנבו, 31.10.2007) (להלן: עניין נתן). החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית ומטרת האכיפה שהיא משרתת מופיעות לא פעם בפסקי דין; ראו, למשל, ב"ש"א (מחוזי ת"א) 15403/07 קרן נ' שירביט חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 16.4.2008), שם ציינה השופטת פלפל כי התובעת יכולה לתרום להתנהלות חברת הביטוח לפי הוראות הרגולטור.

68 סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגיות סיכום ביניים ומבט לעתיד" שערי משפט 9, 21-22 (2005); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד (נז) (3) 220 (2003).

69 ת"א (מחוזי ת"א) 2474/02 תומר נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ (פורסם בנבו, 27.5.2004). אף על פי שהצדדים מעלים טענות שלפיהן קיום רגולציה או פנייה לרגולטור צריכים למנוע דיון בתובענה הייצוגית, טענות אלו נדחות או שאינן מקבלות התייחסות מבת המשפט. ראו גם ת"צ (מחוזי ת"א) 1756-09 שליידר נ' חברת חשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 17.4.2013).

בהרבה תחומים יש רגולטורים. תפקידם מוגדר בדין, ועליהם למלאו. ביהמ"ש לא אמור להסתפק בכך שהרגולטור ימלא את תפקידו, אלא במקרה מתאים הוא גם מפקח עליו [...] חלק ניכר מתפקיד הרגולטור הינו בעל גוון מעין פלילי [...] זו אינה מטרת ההליך האזרחי. האזרח בא להתריע על עוול, הוא אכן מעוניין שהמעוול לא יעשה זאת להבא [...] אבל בד בבד הוא גם מעוניין בהשבת העושר הפרטי שנגזל ממנו ע"י המעוול, דבר שבו הרגולטור עשוי שלא לטפל ככלל. בנוסף יש מקרים בהם הרגולטור מסדיר את הנושא לגבי העתיד, ולא מטפל בנוקי העבר שכבר נגרמו.<sup>70</sup>

תפיסה זו מחדדת את המתח שתואר לעיל ומגדירה את התובענה הייצוגית כיצור כלאיים: כלי משפטי-רגולטורי. התובנה העולה מקריאת דבריה של השופטת פלפל היא שאף שהתובענה הייצוגית עונה על תכליות שגם הרגולטור מבקש להשיג, היא עושה זאת באופן שאינו משחזר אחד לאחד את פעולת הרגולטור אלא משנה את כיוון הפעולה, בדגש על השוני במוטיבציות שלה. לדעתנו, התפיסה הרגולטורית שעליה מתבסס הסדר התובענה הייצוגית – כפי שעולה מפסקי הדין ומדבריה של השופטת פלפל, כמו גם מהסדר החוקי עצמו – מתרחקת מהגישה המזהה את הרגולציה בלעדית עם המדינה. לדעתנו, זהו ביטוי לתפיסה של רגולציה מבוזרת שבה הפרט – התובע הייצוגי – הוא מעין רגולטור, והשיקולים שבית המשפט צריך לבחון במטריה המשפטית הם, בין השאר, שיקולים רגולטוריים. אנו סבורים שביזור זה לא רק מתייחס לפרט כרגולטור, אלא גם לבית המשפט כבעל תפקידים רגולטוריים. כפי שראינו בתחום התובענות הייצוגיות, בית המשפט לוקח על עצמו תפקיד של פיקוח על הרגולטור, אך גם בתחומים אחרים אפשר לראות כי בית המשפט עומד על היחס בינו לבין גופים רגולטוריים והסמכויות הנתונות לכל אחד מהם. הגישה המבוזרת לרגולציה – שאפשר לזהות באכיפה הפרטית – היא חלק מתפיסה רחבה יותר, הרואה רגולציה כחלק מהבסיס המאפשר את פעילות השוק. בהקשר זה, ה"ביזור" מתבטא לא רק במיחות הגורם המבצע את הרגולציה – המדינה או גורמים פרטיים, אלא גם באופן שבו היא נתפסת – כהתערבות נקודתית בשוק או כחלק מרשת עבה של כללים המאפשרים את תפקודו. בכך יעסוק הפרק הבא.

70 תפיסה זו עולה גם בפסקי דין נוספים; ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2405-04 בן עמי נ' הדר בע"מ – חברה לבטוח, עמ' 3 לפסק דינו של השופט אלטוביה (פורסם בנבו, 27.4.2011): "אין בידי לקבל כי מכשיר התובענה הייצוגית הוא מכשיר אכיפה חלופי לרגולטור. מדובר בשני מכשירים מקבילים. [...] לעיתים רכיב הדאגה הצרכנית של הרגולטור יהא קטן מרכיבים אחרים, למשל בטחון המדינה, איכות הסביבה או קופת המדינה". ראו גם ת"צ (מחוזי מר') 53368-02-11 ניצנים עיצוב גנים בע"מ נ' חברת סנוול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 8.12.2013). במקרים אחרים הדגיש בית המשפט את תכלית האכיפה, אך עדיין ראה בבית המשפט זירה נוספת לקיומה של אכיפה זו: ת"צ (מחוזי ת"א) 1745/09 פישמן נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 14.10.2012); ת"צ (מחוזי מר') 28079-04-10 צדקני נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 12.2.2012); ת"צ (מינהליים ת"א) 38647-12-09 חצור נ' עיריית אור יהודה (פורסם בנבו, 16.1.2013); ת"א (מחוזי ת"א) 1545/08 אלפסי נ' סופר פארם ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 22.8.2010); ראו גם בש"א (מחוזי ת"א) 30602/07 מדינת ישראל – רשות המסים נ' גבע (פורסם בנבו, 2.4.2009).

## 2. התערבות נקודתית או רשת עבה של כללים?

### (א) רגולציה כ"התערבות נקודתית"

תפיסה חשובה העולה מהפסיקה רואה ברגולציה התערבות נקודתית בפעילות השוק. לפי תפיסה זו, המדינה (ולא גורמים אחרים) מבצעת רגולציה כשהיא "מתקנת" את מה שהיא מזהה ככשלים נקודתיים בשוק. לפי תפיסה זו, פעולתה של המדינה כרגולטור מוגבלת לפעילות צרה וממוקדת, המתערבת בהתנהגות פרטית קודמת שהייתה מתרחשת – בכפוף ל"כשלים" מסוימים – באותה דרך גם ללא רגולציה.

פסק הדין הראשון שבו צוין המונח "רגולציה" מהווה ביטוי לתפיסה זו. היה זה פסק דין של השופט כהן משנת 1968, שעסק בצמצום מספרם של בתי המטבחים במדינה ככוונה להוזיל את מחירי הבשר.<sup>71</sup> בפסק הדין הסביר השופט כהן כי "ישנם דברים אשר מטבעם עניין הם למעשה מינהל והסדר (ריגולציה) [...] – ומנה בהם את אופן הובלתם של דברי מאפה, איסור ייבוא של חומץ, שימוש בענבים לתעשיית הכוהל ושימוש בצבע מאכל בתעשיית הנקניקים."<sup>72</sup> השופט כהן אף הצביע על כך שהמאפיין המשותף להסדרים אלו הוא היותם "רגולטיביים", אך חשוב מכך – הם לא היוו "רפורמה שלמה בממד ארצי גדול וחשוב של מסחר או תעשייה", שכן זו האחרונה צריכה להיעשות בחקיקה ראשית.<sup>73</sup> אמירה זו מחדדת את תפיסתו של השופט כהן ככזו המוציאה מתחום מושג הרגולציה את ההסדרים בעלי ההיקף הארצי והכולל, ומגבילה את תחולתו רק לסוגיות נקודתיות הנוגעות בחיי הכלכלה והמסחר. ההסדרים שציין השופט כהן היו כולם בשוק המזון<sup>74</sup> ובכולם התערבה המדינה בצורות הייצור או ההובלה המותרות בשל מאפיינים ייחודיים המצדיקים את התערבות המדינה. כאמור, פסק דין זה – הראשון שבו נעשה שימוש במונח הרגולציה – מייצג גישה המזהה בין רגולציה לבין התערבות נקודתית במשק ומבחינה בין מעשה רגולטורי לבין הסדר ראשוני. היחס להבחנה זו בשיח המשפטי שלאחר פסק דין זה שנוי במחלוקת: מצד אחד, במשך השנים טשטש בית המשפט הבחנה זו במידה מסוימת; מנגד, אפשר לראות כי הוא השתמש בהגדרה זו, לעתים אף בצורה ישירה, באמצעות הסתמכות על פסק הדין.<sup>75</sup>

71 עניין עיריית פתח-תקווה, לעיל ה"ש 46. לציון זה של מונח הרגולציה קדם ציון בפסק דינו של השופט רווח בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בשנת 1961. השופט רווח השתמש במונח "רגולטור" באופן טכני, כשם של חלק ממערכת הגז שהתקין התובע. הדבר תואם את ההגדרה המילונית של רגולטור – וסת של מכונה – אך אינו נוגע לשימוש שבו אנו עוסקים. אין בפסיקה הרבה מופעים טכניים דומים; ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1581/58 וליאנו נ' "סופרגו" חברה ישראלית להפצת גז בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.1961).

72 עניין עיריית פתח-תקווה, לעיל ה"ש 46 בעמ' 832 לפסק דינו של השופט כהן.

73 שם, בעמ' 833-832 לפסק דינו של השופט כהן.

74 השופט כהן ציין ספציפית את הדוגמאות הללו משום שמדובר בסוגיות שעלו בפסקי דין שבהם דן בית המשפט בעבר.

75 כך, למשל, בבג"ץ 2740/96 שנס' נ' המפקח על היהלומים, שר המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481 (1997) ביקר השופט חשין את הסמכות הרחבה של שרי הממשלה להתקין תקנות באופן

ההבחנה של השופט כהן בין מעשה חקיקה למעשה רגולטורי מופיעה גם בפסקי דיין אחרים שבהם אפשר ללמוד מאמירות השופטים כי לחקיקה ולרגולציה תכליות שונות. כך, למשל, בבג"ץ המפקד הלאומי<sup>76</sup> הסבירה השופטת נאור כי שוק התקשורת הוא שוק דינמי וכי אי-אפשר להסדירו בצורה מפורשת ופרטנית בחקיקה ראשית. מאמירה זו אפשר ללמוד כי לרגולטור, כרשות מנהלית, ניתן מתחם שיקול דעת לפעול להסדרת השוק – אך גם כי סמכותו בתחום אחריותו מוגבלת: האחריות לקביעת הערכים שינחו את פעולת הרגולטור ייקבעו בחקיקה ראשית, שהיא מעשה שונה מהמעשה הרגולטורי. תפיסה זו מנוגדת לעמדות שקישרו בין רגולציה לחקיקה ראשית כפי שראינו, למשל, בעמדתו של השופט מלצר בפרשת חוק האזרחות שהוזכרה לעיל. דבריה של השופטת נאור אמנם מתרחקים במידה מסוימת מדבריו של השופט כהן, אך הם מהדהדים את ההתייחסות לרגולטור כבעל מתחם פעולה מוגבל וכפועל נקודתית בקביעת כללים מנהליים ובאכיפתם, להבדיל מיצירת מדיניות או שיטת ממשל כללית.

ההתייחסות למעשה הרגולטורי כמעשה בעל נקודת מבט "צרה" אינה מוגבלת רק לסוג המעשה המכונה בפי בית המשפט "רגולטורי". תיחום הגבול בין הרגולטור לשחקנים הפרטיים מבטא תפיסה עמוקה בנוגע ליחסי המדינה והשוק. כפי שראינו בפרק הקודם, תפיסה רווחת בבית המשפט נוטה לזהות בין הרגולטור למדינה ובין פעולותיו לפעולות המנהל הציבורי. במובן זה, תפיסת המעשה הרגולטורי כהתערבות נקודתית מייצגת את המתח המוכר בין הפרטי לציבורי, והיא רואה בהתערבות הרגולטורית חריג לכללי המשפט הפרטי. כך, למשל, בעניין פרוז'נסקי הסביר השופט דנציגר כי ערך השוויון המחייב גופים ציבוריים הוא חריג למשפט הפרטי, המוחל כאשר "קיים פער משמעותי בין הצדדים או כאשר לאחד הצדדים מעמד מעין ציבורי"<sup>77</sup>. השופט דנציגר הוסיף כי גם אם רגולציה מחילה על גופים פרטיים רבים את עקרון השוויון, עדיין מדובר בחריג לעקרון החירות הנהוג במשפט הפרטי. כך כתב השופט דנציגר בפסק הדין: "ער אני לכך כי ההבחנה בין פרטי לציבורי אינה פשוטה כלל ועיקר, אך קושי זה אינו צריך לשנות מן הכלל הבסיסי, לפיו בהקשרים מסחריים כלל של חירות הוא בעל מעמד בכורה, ואילו השוויון הוא חריג לך"<sup>78</sup>.

מדובר באמירה המבהירה את התפיסה של רגולציה כהתערבות. על פי תפיסה זו, עולמה של הרגולציה הוא עולם המשפט הציבורי, והוא חריג לעקרונות המשפט הפרטי המבנים התקשוריות פרטיות בין צדדים. במובן זה, השוק מורכב מצדדים פרטיים המנהלים חליפין עסקיים והפעילות הרגולטורית – לרבות החלת כללים מתחום המשפט הציבורי – היא חריג לכלל הנהוג בו. דוגמה נוספת להתערבות רגולטורית בשוק, כפותרת כשלי שוק בהתקשוריות פרטיות, אפשר לראות גם בעניין שלום, שבו הסביר השופט רביד כי

שמחזק את קווי הדמיון שלהן לחקיקה ראשית, והפנה לציטוט המדויק של השופט כהן בעניין

עיריית פתח תקווה, לעיל ה"ש 46.

76 עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 42.

77 רע"א 8821/09 פרוז'נסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס' 19 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנוב, 16.11.2011).

78 שם, בפס' 36 לפסק דינו של השופט דנציגר.

רגולציה ממשלתית בשוק ההלוואות נדרשת במצבים של חוסר שוויון המוביל לקיפוח הצד המוחלש ולניצול חולשתו הכלכלית-חברתית.<sup>79</sup> דוגמה אחרת לתפיסת הרגולטור כמתערב הייתה בעניין נטבילינג, שבו חוזה בין צדדים כלל סעיף שאפשר את ביטול החוזה אם ניתנה לכך הוראה מרשות מוסמכת. אף על פי כן קבע בית המשפט כי לרגולטור אין כל מעמד להתערב בחוזה שאינו צד לו ולהורות לצד לחוזה להפר את התחייבויותיו; כלומר: על אף יכולתו של הרגולטור להורות על הצורך בביטול החוזה, עדיין נדרש הצד לבצע את הפעולה המשפטית של הביטול. אפשר לשער כי אם צד ימשיך בחוזה הוא יהיה חשוף לסנקציות מצד הרגולטור, אולם הדבר לא נדון בפסק הדין.<sup>80</sup> ממקרה זה אפשר ללמוד כי על אף קיומו של רגולטור ועל אף קיומם של יחסי רגולציה בינו לבין צד מאוסדר, אלו אינם משפיעים במישרין על התחייבויותיהם של צדדים חוזיים.

התפיסה שתוארה לעיל רואה רגולציה כהתערבות נקודתית, בניגוד לרפורמה כוללת ולקביעת מדיניות נרחבת. באופן עמוק יותר, תפיסה זו רואה את עקרונות המשפט הפרטי – ובראשם עקרון החירות – כמצב היסודי והמהותי של השחקנים הפועלים בשוק. כל החלה של נורמה חיצונית לעקרונות אלה היא אירוע חריג. חשוב מכך: החלה זו אינה משנה את אופיו של השוק כשוק פרטי שאפשר להבחין בינו לבין עולם הנורמות, האינטרסים והתכליות הציבוריים. תפיסה זו משמרת את ההבחנה בין הנורמות הציבוריות המעוניינות להגביל את השוק לבין השוק עצמו, שיתקיים גם אם לא תתקיים כל רגולציה ביחס אליו. אין הכוונה לכך שהשוק יכול להתקיים ללא מדינה בכלל; אך מרגע שהמדינה והשוק קיימים – היחס ביניהם הוא של מובחנות, הדורש מהמדינה להצדיק את עצמה כשהיא מתערבת בשוק הפרטי.

### (ב) רגולציה כרשת עבה של כללים

לעומת התפיסה המתוארת לעיל אפשר לזהות בפסיקת בתי המשפט הישראליים את התחזקותה של גישה מנוגדת. כפי שראינו בפרק הקודם, הפסיקה הישראלית מתייחסת למעשה הרגולטורי כפעילות נורמטיבית הקובעת כללים – חקיקה ראשית או חקיקת-משנה – המיועדים לכלל הציבור או לקבוצה מסוימת בו, לפי העניין.<sup>81</sup> בה בעת, בנתח משמעותי מהפסיקה בית המשפט מתייחס ליותר ויותר גופים שלטוניים – מרביתם חלק מהרשות המבצעת, ולעתים אף לרשות המחוקקת – כאל רגולטורים.<sup>82</sup> התייחסות זו מרחיבה את מתחם ההגדרה של המעשה הרגולטורי ומרחיקה אותה מתפיסתו של השופט

79 ה"פ (מחוזי י-ם) 4032/05 בנק הפועלים בע"מ נ' זכריה שלום, פס' 47 לפסק דינו של השופט רביד (פורסם בנבו, 4.4.2006).

80 ת"א (שלום ת"א) 14407/05 נטבילינג בע"מ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת (פורסם בנבו, 1.6.2005).

81 עניין ש.ח. מהנדרסים ויועצים, לעיל ה"ש 34; עניין עיריית חיפה, לעיל ה"ש 34.

82 גופים כגון משרד התקשורת, משרד החינוך, משרד הפנים, משרד התחבורה, הממונה על ההגבלים העסקיים והמפקח על ביטוח. ראו, לדוגמה, עניין גלוב-קול, לעיל ה"ש 48; עניין בזק, לעיל ה"ש 48; עניין ילזרוב, לעיל ה"ש 49; עניין עיריית באר שבע, לעיל ה"ש 50; עניין התנועה להגנינות שלטונית, לעיל ה"ש 47; עניין דלק באר יעקב, לעיל ה"ש 52; עניין קניאל, לעיל ה"ש 52; עניין יורוקום, לעיל ה"ש 52; עניין קוסקוסי, לעיל ה"ש 43. לזהות

כהן בעניין עיריית פתח תקווה, שכן היא רואה גורמים רבים כרגולטורים ומעשי חקיקה רבים – כולל מעשי חקיקה ראשית – כרגולציה. ככל שההתייחסות למעשה הרגולטורי היא כאל מעשה בעל תחולה רחבה יותר, הן בשל סיווג המעשה והן בשל זהות המבצע, כך קשה יותר לראות בו התערבות נקודתית.

התפיסה של ריבוי רגולטורים והרחבת התפיסה של המעשה הרגולטורי מביאות להבנה של תרחישים רבים יותר כמצבים "רגולטוריים". חיכוכים בין שחקנים בשוק המגיעים לפתחו של בית המשפט מאופיינים כרגולטוריים, הן בשל התנגדותם של גורמים מסוימים לכללים שהרגולטורים קובעים והן בשל הסתמכות על כללים אלה בהתנהלות של אותם גורמים כלפי צדדים שלישיים. כאשר סוגיות אלו עולות בפסיקה, אפשר לראות שהיחסים הרגולטוריים נתפסים כעניין יומיומי ומתמשך, להבדיל מהתערבות נקודתית חד-פעמית של הרגולטור במעשיו של גורם מאוסדר. תפיסה זו מוצאת ביטוי, למשל, במקרים של עברות המכונות "עברות רגולטוריות" – עברות שיש אמצעים חלופיים (מנהליים ואזרחיים) למימוש תכליותיהן.<sup>83</sup> בדונו בעברות אלו בית המשפט נדרש להכריע בחרגה מהנורמות שקבעו הרגולטורים.<sup>84</sup> בסיטואציה זו יש הנחה שהרגולטור מעורב בהליך הרבה לפני שהוא מגיע לפתחו של בית המשפט – בקובעו את הנורמות ובאוכפו את הסטייה מהן. במובן זה, בית המשפט מבין את הרגולציה כמצב מתמשך ואף מכונן של מערכת היחסים בין הצדדים שהובאה לפתחו. כך, למשל, במקרים מסוימים הושפעה חומרת העונש מאיכות האכיפה הרגולטורית: אכיפה מצומצמת ורשלנית לאורך זמן עשויה הייתה להוביל להפחתת עונשם של נאשמים שהיו כפופים לרגולציה.<sup>85</sup> אותה הנחה של מעורבות מתמשכת באה לידי

הרגולציה עם גופים מפקחים ראו גם עניין אשורנס, לעיל ה"ש 43; עניין הדר, לעיל ה"ש 40, בפסק דינו של השופט רובינשטיין.

83 הע"ז (אזורי ת"א) 3610-02-11 מדינת ישראל – חבקין (פורסם בנבו, 16.10.2012). במקרה זה תוארו עברות אלו כעברות "של תקנת הציבור" שאינן מצדיקות את הכתם הכרוך בהרשעה פלילית. ראו גם בג"ץ 93/06 ד.נ. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (פורסם בנבו, 2.8.2011). מדובר בהסדרים פליליים שאינם קבועים בחוק העונשין, התשל"ז-1977, שנועדו לאכיפה של הסדרים מנהליים מסוימים על ידי הרתעה, מטעמי יעילות שלטונית. ראו גם את הדיון לגבי עברות הקבועות בתקנות הגז, ע"פ (מחוזי חי') 25432-04-13 אובק גז בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.2013).

84 רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי (פורסם בנבו, 10.9.2013). ראו גם (אזורי ת"א) 5687-01-11 מדינת ישראל – עמית (פורסם בנבו, 21.8.2011), שבו נדרש בית המשפט לגינוי שגינה בית המשפט העליון את השימוש הנרחב בדיון הפלילי לאכיפת כללי רגולציה, במקרה זה בתחום דיני העבודה. ראו לעניין זה גם את רע"פ 8487/11 חברת נמלי ישראל – פיתוח ונכסים בע"מ נ' מדינת ישראל – המשרד להגנת הסביבה (פורסם בנבו, 23.10.2012); הע"ז (אזורי ת"א) 47645-12-10 מדינת ישראל – סלוצקי (פורסם בנבו, 8.4.2012); הע"ז (אזורי ת"א) 47851-07-11 מדינת ישראל – ארז (פורסם בנבו, 16.6.2013); הע"ז (מחוזי ת"א) 5709-01-11 מדינת ישראל – דנוס (פורסם בנבו, 8.4.2012); ת"פ (אזורי ת"א) 53570-07-11 מדינת ישראל – חוות הכלבים בכפר הירוק (2006) בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2013).

85 ראו עוד: ע"פ (מחוזי י-ם) 8218/04 זבולון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.7.2004); ת"ת (תעבורה י-ם) 9485/03 לשכת תביעות ירושלים נ' זבולון (פורסם בנבו, 2.12.2003), שבו

ביטוי גם בפסקי דין נזיקיים שעסקו במקרים שבהם היה מעורב רגולטור. כפי שצינו בפרק הקודם, הפיקוח הרגולטורי מופיע בפסיקה בשתי צורות: כפיקוח "רחב", במובן של קביעת מדיניות, וכפיקוח "יומיומי", שבו הרגולטור הוא גורם המעורב בצורה מתמשכת ושגרתית בהתנהלותם של הגורמים שעליהם הוא מפקח. כדיני הנזיקין, כשמדובר בפיקוח הרחב, יש נטייה להימנע מהטלת האחריות הנזיקית על הרגולטור, כפי שאפשר לראות, למשל, בעניין לוי.<sup>86</sup>

בניגוד לכך, בית המשפט נוטה להרחיב את מתחם האחריות הנזיקית של הרגולטור שביצע פעולות שנתפסות כפיקוח יומיומי. כך, למשל, בעניין נטו קבע בית המשפט כי סמכויות הפיקוח והרגולציה שהופקדו בידי הנתבעת "יוצרות חובה, ואם נרצה – קרבה, של הרשות כלפי התובעת".<sup>87</sup> בעניין מימוני הסביר השופט ברק כי אם העירייה כלל לא השתמשה בכלים המנהליים שעמדו לרשותה כדי למנוע סכנות לשלום הציבור, היא הפרה את חובת הזהירות המוטלת עליה כלפי התובע.<sup>88</sup> הקו הנמתח בין עניין נטו לעניין מימוני מצביע על הנחת מעורבותם העמוקה של רגולטורים בהתנהלות הגורמים שעליהם הם אמונים, באופן שוטף ויומיומי, להבדיל מהתערבות נקודתית ואף מקביעת מדיניות כללית. הנחה זו באה לידי ביטוי גם בפסקי דין שבהם העניק בית המשפט חיסיון לחומרים שהועברו בין גופים לרגולטורים האמונים עליהם. הנימוקים שניתנו לחיסיון הדגישו כי מידע שגורם מאוסדר מעביר לרגולטור לצורכי הרגולציה צריך להיות נתון תחת חיסיון כדי להבטיח את המשך שיתוף הפעולה ביניהם.<sup>89</sup> בית המשפט מתייחס לפיקוח היומיומי באופן שמניח יחסים מתמשכים, שגרתיים וקרובים בין הרגולטור לגורמים שתחת אחריותו.

הרגולציה של התחבורה הציבורית באמצעות רישיונות עמדה ברקע האישום הפלילי בגין הפעלת קו של תחבורה ציבורית ללא רישיון. במקרים אחרים, הרגולציה על שוק ההון ומשטר תאגדי מסוים מוסברים כרקע לקיומן של עברות כלכליות. ראו ת"פ (שלום ת"א) 3902/05 מדינת ישראל נ' פלדמן (פורסם בנבו, 20.3.2006); ת"פ (מחוזי ת"א) 40213/05 מדינת ישראל נ' טולדנו (פורסם בנבו, 13.3.2007); ת"פ (מחוזי ת"א) 4202/09 מדינת ישראל נ' רכט (פורסם בנבו, 20.2.2011); ע"ש (מחוזי ת"א) 1015/08 נבון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.5.2009) (להלן: עניין נבון). במקרים שבהם הרגולציה בתחום מסוים הצביעה על האינטרס הציבורי בו, המגביר את חומרת העברה, ראו גם ת"פ (שלום י-ם) 1724-09 מדינת ישראל נ' גו אלאסקאא בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2011). ראו ת"פ (אזורי י-ם) 158/05 משרד התמ"ת מחלקה משפטית – בוריס (פורסם בנבו, 2.11.2008); ת"פ (שלום כ"ס) 2464-09 משרד התשתיות הלאומיות ת"א נ' גו (2004) נ.ג. בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.2013); עע"מ 4436/02 תשעים הכרוכים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה – המחלקה לרישוי עסקים פ"ד נח (3) 782, 908-808. (2004), שבו תוארה הרגולציה ככזו המבקשת להגן על 'צרכני' ההימורים מפני עושיק, ניצול והטעיה על ידי מפעילי ההימורים.

86 עניין לוי, לעיל ה"ש 44.

87 עניין נטו, לעיל ה"ש 45; ראו גם את עניין מרקיאיר, לעיל ה"ש 45.

88 עניין מימוני, לעיל ה"ש 45.

89 ראו רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54 (1995) (להלן: עניין אזולאי); תנ"ג (מחוזי ת"א) 21785-02-11 בן עמי נ' מנורה ממבטחים החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2011) (להלן: עניין בן עמי); ת"א (שלום ת"א) 13823/08 מנורה מבטחים ביטוח בע"מ נ' נופר (פורסם בנבו, 16.11.2011) (להלן: עניין נופר); ס"ע (אזורי ת"א) 10-33009

הנחות אלה באשר למעורבות הגוברת של הרגולטור מתחדדות כפליים במקרים שבהם בית המשפט עצמו מחליט לפנות לרגולטור כדי להפעיל את שיקול דעתו השיפוטי. אפשר לראות את צורות הפנייה של בית המשפט אל הרגולטור ככאלה שמניחות כי קרבה שוררת בין הרגולטור לבין הגורם המאוסדר תחת אחריותו. דוגמה לכך אפשר לראות בעניין בן עמי,<sup>90</sup> שם פנה בית המשפט לרשות ניירות ערך לקבלת עמדתה באשר להסכם פשרה בתביעה נגזרת. הצדדים התנגדו לפנייה זו בטענה שהמחוקק במפורש לא נתן מקום לרשות בהסדר הפשרה כפי שעשה בחוק תובענות ייצוגיות.<sup>91</sup> השופט ככוב קבע שבית המשפט רשאי היה לפנות לרשות, ועמד על החשיבות של עמדתה המקצועית, המסייעת לבית המשפט בקביעתו כמעין "זרוע ארוכה שלו". כך כתב השופט ככוב:

אמנם, עמדתה של הרשות אינה מחייבת את בית המשפט, אך היא מהווה, במקרים מסוג זה, מעין "זרוע ארוכה" המאפשרת לבית המשפט לבחון מהותית את סבירותו של הסכם פשרה מתגבש. לעניין יש חשיבות מבחינה מקצועית וכלכלית – הואיל שבשורות הרשות נמצאים בעלי מקצוע [...] המסוגלים לסייע לבית המשפט לבחון את סבירות ההסדר [...] אחד מתפקידיה העיקריים של הרשות הוא לומר את דברה בשם של אותם בעלי מניות שהיא אמונה על האינטרסים שלהם מכוח חוק ניירות ערך – בעלי המניות מקרב הציבור.<sup>92</sup>

בית המשפט פנה לרגולטור גם במקרים שבהם זיהה "חלל רגולטורי" בתחום מסוים הטעון הסדרה. בסדרה של מקרים, בתחומים שונים, קרא בית המשפט לרגולטור לפעול לתיקון או להשלמה של חקיקה מסוימת<sup>93</sup> ואף לפעול בדרכים

- 
- 11 אלבום – המועצה הרתית כפר סבא (פורסם בנבו, 26.5.2013) (להלן: עניין אלבום); רע"א 8943/06 יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 18.11.2009) (להלן: עניין יוחנן).
- 90 עניין בן עמי, לעיל ה"ש 89.
- 91 לדיון בהסדר החוקי של תובענות ייצוגיות ראו פרק ג.1 (ב) למאמר זה. בעניין בן עמי, לעיל ה"ש 89, טענו הצדדים, בין השאר, כי מאחר שמדובר בתביעה נגזרת לפי חוק החברות, התשנ"ט-1999, רשות ניירות ערך אינה הרשות המתאימה לחוות את דעתה במסגרת ההליך.
- 92 עניין בן עמי, לעיל ה"ש 89, פס' 76-77.
- 93 בעניין פונדקאות חו"ל ראו את תמ"ש (משפחה ת"א) 12-07-21170 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 3.2.2013). להרחבה ראו גם את מאמרו של צבי טריגר בספר זה: צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפיריון בישראל" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 269 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016); בקביעת תכנים של מושגים משפטיים בענייני ביטוח ראו ת"א (שלום ת"א) 05-56064 פלד נ' מגרל חברה לבטוח, פסק דינה של השופטת הניג (פורסם בנבו, 15.6.2010) (להלן: עניין פלד). השופטת הניג הציגה עמדה דומה גם בת"א (שלום ת"א) 05-57220 גל נ' אמסלם (פורסם בנבו, 20.8.2010) (להלן: עניין אמסלם). לקריאה דומה לרבנות הראשית – לקבוע קריטריונים ברורים בדבר צוותי עבודה ופיקוח – ראו ע"ע (ארצי) 467/08 פימה פאק פרימוזה טריידינג בע"מ – ש.י.ל.ה. שירותי קירור ואחסנה בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2010); ראו גם צ"ו (אזורי נצ') 1312/10 סאלח – המועצה המקומית משהד (פורסם בנבו, 20.6.2011); ע"ע (ארצי) 10/61 נגאר – המועצה המקומית כעביה טבאש חג'אג'דה (פורסם בנבו, 10.11.2010) (להלן: עניין נגאר).



אחרות.<sup>94</sup> קריאות אלו של בתי המשפט מצביעות על תפיסה שלפיה אי-קיומה של פעילות רגולטורית הוא חריג לכלל, שהוא קיום רגולציה. במקרים אחרים הפנה בית המשפט את הצדדים לרגולטור שהוא הגורם המתאים יותר לפתור את הסכסוך ביניהם.<sup>95</sup> חשוב לציין כי גם פנייה זו מבטאת תפיסה של מציאות "רגולטורית" יותר, שבה פועלים רגולטורים האמונים על הסדרה שוטפת של תחומים והמציאות הנורמטיבית היא מצב של פעילות רגולטורית ולא של היעדר רגולציה. כאשר בית המשפט נתקל בחלל כזה, הוא קורא לרגולטור לתקן את מה שנתפס בעיניו כמצב חריג.

מעבר לתפיסה של מציאות רגולטורית, בא לידי ביטוי גם הדיון בכרירת הדין במשפט הבין-לאומי הפרטי. בתחום זה, כאשר בית המשפט מבקש לקבוע על פי אלו דינים יכריע, יש חשיבות למאטריה הספציפית שבה עוסקים ולשאלת הרגולציה המופעלת באותו תחום במדינות המתחרות. קיומה של רגולציה בתחום מסוים עשוי להשפיע על בחירת המבחן לכרירת הדינים. כך, למשל, בעניין קו לעובד, שבו נדונה כרירת הדין ביני עבודה, עלתה השאלה אם די לאמץ את מבחן כרירת הדין בחוזים – מבחן מרב הזיקות – או שדיני העבודה הם מאטריה ייחודית שיש לבחון באופן שונה.<sup>96</sup> השופט ריבלין הסביר כי ברוב מדינות העולם מתקיימת "רגולציה של יחסי עובד מעביד", ושלזו "נודעת, השפעה ממשית וחשובה" ההופכת את תחום יחסי העבודה לתחום שבו "יש להתאים את כללי כרירת הדין שיחולו לעניין יחסי עבודה למאטריה של הדין המהותי בתחום זה" זאת בניגוד לתחום החוזי "הכללי" בו יש רגולציה פחותה.<sup>97</sup> כלומר, כלל כרירת הדינים צריך לשים דגש על המדינה בעלת האינטרס הרגולטורי העדיף על התחום, או המקרה הספציפי הנדון, בשל ריבוי הרגולציה וחשיבותה בתחום זה של דיני עבודה.

הדיון הנוסף בעניין יובינר הוא דוגמה נוספת לנקודה זו, בהקשר של דיני הנוזיקין.<sup>98</sup> כרירת הדין ביני הנוזיקין לפי הלכה זו היא דין מקום העוולה. אחת ההצדקות המובאות

---

שבו קרא בית הדין למשרד הפנים להפעיל בעתיד את סמכותו כדי למנוע מצבים של שימוש לקוי בכספי פנסיה של גמלאים.

94 ראו בעניין הדר, לעיל ה"ש 40, שבו הציעה השופטת דפנה ברק-ארו לממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון לשקול פעילות ציבורית מגוונת יותר כגון העלאת המודעות הציבורית.

95 כך, למשל, קרא בית הדין הארצי לעבודה לכל הצדדים, לרבות הרגולטור, לפתור את בעיית התקציבים לתשלום השכר במועצות הדתיות. ראו בס"ק (ארצי) 10/06 התאחדות התעשיינים בישראל – הסתדרות הכללית החדשה (פורסם בנבו, 20.12.2006). בהקשר של דיני עבודה ופתרון בעיות על ידי הרגולטור ראו גם את ס"ק (ארצי) 7/07 מדינת ישראל משרד הפנים ומשרד האוצר – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 26.7.2007).

96 בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, סב(3) 264 (2007).

97 שם, בפס' 19-22 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין; פסק הדין מצטט את ה-  
restatement האמריקני, הקובע שיקולים הקשורים לדין המהותי היכולים להשפיע על כרירת הדין, ס' 6(e), בהם "the relevant policies" של הפורום ושל מדינות מעוניינות נוספות.

98 דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר, פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 25.10.2011) (להלן: עניין יובינר). בדיון זה אישר המשנה לנשיאה ריבלין את ההלכה שקבע באשר לכרירת הדין בנוזיקין בפרשת ע"א 1432/03 ינון יצור ושיוק מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (1.9.2004) (להלן: עניין ינון).

לכך בעניין יובינר היא ש"המדינה בה אירעה העוולה היא בעלת התמריץ הגדול ביותר להסדיר את ההתנהגות העוולתית בתוך גבולותיה, שכן היא בעלת ה־comparative regulatory advantage. רגולציה זו נעשית במסגרת הנורמטיבית הכוללת של אותה מדינה – בדרך בה משתלבת החקיקה הנזיקית במארג חוקים כולל".<sup>99</sup>

בשני המקרים – קו לעובד ויובינר – נקבע כלל ברירת דינים התואם את האינטרס של המדינה בעלת האינטרס הרגולטורי. זאת, בניגוד לעניין ינון, שבו נדחתה מכול וכול גישת האינטרס,<sup>100</sup> הבוחנת את ברירת הדין על פי האינטרסים של המדינות המעורבות. שני פסקי הדין, קו לעובד ויובינר, מתייחסים לאינטרס רגולטורי להבדיל מאינטרס כללי, אף על פי שהשוני בין שני האינטרסים ובין משמעויותיהם מבחינת ברירת הדין לא נדונו במפורש. אף שבאופן כללי נדחה הרעיון של קביעת כלל ברירת דין לפי אינטרס, נראה כי האינטרס הרגולטורי קיבל מעמד שונה. נראה כי קיום רגולציה הוא בעל חשיבות לברירת הדין במובן זה שתחולתה – משמעויותיה ו"צפופה" יותר בתחום מסוים – מקבלת משקל בעת יישום כלל של ברירת דין, כך שאם יש למדינה אינטרס רגולטורי גדול יותר במקרה מסוים ייתכן שיש לדון בו על פי דיניה.<sup>101</sup>

אפשר לראות כי הפסיקה המזהה את המציאות כ"רגולטורית" משתמשת בקיומה של רגולציה להחלת כללים משפטיים. בכמה פסקי דין אפשר לראות שקיומה – או היעדרה – של רגולציה משפיע על ציפיות הפרטים הנתונים בסכסוך. למשל, בתביעת רשלנות של אשה נגד יצרנית של מכונות שיוזף<sup>102</sup> הוסבר כי בהיעדר רגולציה מתאימה היצרנית לא יכולה הייתה לצפות את התקיימותו של הסיכון.<sup>103</sup> בעניין ענר, שבו נדונה תובענה ייצוגית,

99 עניין יובינר, לעיל ה"ש 98, בפס' 18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

100 עניין ינון, לעיל ה"ש 98.

101 המונח "רגולציה" הופיע בשני פסקי דין נוספים שעסקו במשפט בינלאומי פרטי בבתי משפט מחוזיים, אולם אזכור המונח לא נגע בשאלת ברירת הדין. בת"א (מחוזי ת"א) 34740-05-12 פוזונסקי נ' סובריין נכסים בע"מ, (פורסם בנבו, 17.1.2013). צוינה העובדה שבעלת הדין הייתה כפופה לרגולציה ישראלית בשאלת הפורום הנאות לעניין סמכות בית המשפט.

מדובר בשיקול נוסף מבין מרב הזיקות הנבחנות בשלב הפורום הנאות; ראו ע"א 2705/91 אבר-ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח-ים בע"מ פ"ד מח(1) 554 (1993).

102 ת"א (שלום חי) 19171-07 סטפליוק נ' לייף אנד פיטנס בע"מ (פורסם בנבו, 8.12.2013) (להלן: עניין סטפליוק). יש לציין כי התביעה התבססה, בין השאר, על חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980, ס"ח 964.

103 שם, בעמ' 13: "לא הייתה רגולציה בארץ באותה תקופה ולא הוכח בכל דרך שהובא לידיעתה מידע מחו"ל אודות סיכון בעצם השימוש. ואם אין צפיות, אין התרשלות". ראו גם ת"ק (תביעות קטנות חי) 38439-10-12 הוט מובייל בע"מ (פורסם בנבו, 19.12.2012), ואת ת"א (שלום ת"א) 44987/05 קרן נ' משרד החינוך והתרבות, פס' 55 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.1.2013). ראו גם ת"א (מחוזי חי) 972/00 עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ (פורסם בנבו, 17.6.2013); ת"א (שלום חי) 18005/07 עזבון המנוח שטרנשוט משה ז"ל נ' איתנית מוצרי בניה בע"מ (פורסם בנבו, 11.4.2012); ת"א (מחוזי מרכז) 54389-11-10 ד' (קטיץ) נ' עצמלה רהיטים לילדים בע"מ (פורסם בנבו, 9.5.2012); ת"א (מחוזי מר') 35017-03-10 אמור נ' אבן קיסר שדות ים בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2013); ת"א (מחוזי ב"ש) 1069/07 לדיני נ' תרכובות ברום בע"מ (פורסם בנבו, 9.1.2013).

קבעה השופטת פלפל כי מאחר שהתובע יכול להניח שהחברה פועלת על פי הוראות הדין ושהרגולטור מפקח לפי הוראות הדין, נוצרה הסתמכות על אחת האפשרויות הללו, ובא-יקיומן נוצר נזק.<sup>104</sup> במקרה אחר, שבו עלתה טענה ביחס לנטלי ההוכחה המוטלים על הצדדים,<sup>105</sup> הסביר בית המשפט שכאשר הרגולטור – באותו עניין, רשות ניירות ערך – לא מצא פגם בגילוי המידע, כלומר: לא מצא שיש צורך בגילוי נוסף, טענה לפגם כזה מצריכה מידת הוכחה גדולה מצד הטוען לכך.

השפעת קיומה של רגולציה על ציפיות הצדדים באה לידי ביטוי גם בפסיקה מתחום דיני החוזים. בעניין סונול, שבו נדון הסכם שכירות מוגנת של מקרקעין,<sup>106</sup> נטען שסונול זיהמה את הקרקע במזיד, דבר שהיווה עילה לפינוי הן לפי הסכם השכירות והן לפי חוק הגנת הדייר.<sup>107</sup> בית המשפט קבע כי הנזק נגרם מחוסר ידע ומרגולציה שאינה מתאימה ועל כן נגרם שלא במזיד ולא התקיימה הפרה.<sup>108</sup> גם כאן, לדעת בית המשפט, השפיעה היעדרה של רגולציה "מתאימה" על ציפיות הצדדים והוביל להסרת האחריות מכתפי מי שנטען כי הפר את החוזה. אגב הדברים ביקר בית המשפט בעקיפין את הרגולטור על שלא ביצע מלאכתו נאמנה. במקרה אחר נדחו הטענות שתניה מסוימת בחוזה היא תניה מקפחת בחוזה אחיד ושיש לאסור על קיומו של חוזה הלוואה בשל הסיכון הכרוך בו, משום שאלו היו נתונים להתערבות הרגולטור והוא בחר שלא לעשות כן.<sup>109</sup> הנחת מעורבותו היומיומית של הרגולטור בתחום אחריותו באה לידי ביטוי בפסיקה מסוג זה, המתייחסת להיעדר ההתערבות של הרגולטור בסוגיה ספציפית כמעשה מכוון. בית המשפט למעשה משתמש במציאות הרגולטורית כדי להבין את מערך הזכויות, החובות והציפיות של הצדדים גם במובן של פרשנות חוזה. בעניין שדמון, שעסק בחוזה בין לקוח לבנק, הדגיש בית המשפט שהוראות הרגולטור לבנק לא בהכרח מהוות הגנה מפני כל תביעה חוזית, אך בצד זאת השתמש בהוראות הרגולטור כדי למלא בתוכן סטנדרטים לפרשנות החוזה ולהבנתו.<sup>110</sup>

אפשר לראות את ביטוייה של גישה זו גם בהתייחסות הגוברת לרגולציה בתחום התובענות הייצוגיות שנבחן בפרק הקודם, שבו המדינה אינה בהכרח צד להליך אך בית המשפט עדיין רואה את ההסדר המשפטי כהסדר שפועל במציאות רגולטורית המשפיעה על שיקוליו בעת הכרעתו. למשל, בשלב אישור התובענה הייצוגית על ידי בית המשפט בהתאם לסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, קיומה של רגולציה אינטנסיבית יכול להוות

104 ת"א (מחוזי ת"א) 1980/04 ענר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2007) (להלן: עניין ענר).

105 עניין הרשקוביץ, לעיל ה"ש 62.

106 ת"א (שלום ת"א) 25161-03-10 גורי נ' סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 22.10.2013).

107 [נוסח משולב] התשל"ב-1972, ס"ח 668.

108 למקרה נוסף שבו קיומה של רגולציה מנע טענה של הפרת חוזה ראו תא"מ (שלום י-ם) 27824-04-12 מעיינות א. גד בע"מ נ' סא.ד.ר. חברה לעבודות בנין בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2013).

109 ת"א (שלום ראשל"צ) 5337/04 אסתר נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 16.7.2012).

110 ת"א (שלום י-ם) 61353-01-12 שדמון נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (פורסם בנבו, 16.9.2013).

שיקול נגד אישור התובענה כייצוגית,<sup>111</sup> והיעדר אכיפה של תקן מצד הרגולטור עשויה להיות שיקול בעד אישורה.<sup>112</sup> גם בבחינת העילה האישית הנדרשת לפי סעיף 4(א) לחוק רגולציה יכולה להיות שיקול, כפי שאפשר לראות בעניין ענר שנזכר לעיל. בעניין זה התקיימה עילת תביעה אישית בשל העובדה שהתובע הייצוגי הסתמך על כך שהחברה הנתונה לרגולציה, והרגולטור עצמו, ממלאים אחר הוראות הדין, ובשל כך התקשר עם החברה.<sup>113</sup> במקרה אחר נאמר כי יש להביא בחשבון במסגרת האיוונים בבחינת העילה האישית את העובדה שהתובע הייצוגי נוטל לעצמו את תפקידי הרגולטור.<sup>114</sup>

חשיבותה של רגולציה בבחינת הציפיות והכוונות של צדדים לסכסוך, הביטוי של האינטרס הרגולטורי כברירת הדין והפנייה של בית המשפט לרגולטור כגורם מקצועי ובמקרים של חלל רגולטורי מבטאים תפיסה רחבה יותר, שבה אי-אפשר לנתח את כללי המשפט הפרטי בלי להיזקק למערך צפוף של רגולציה – לרשת עבה של כללים האופפת ומכוננת כל התקשרות פרטית. מעורבותו הרבה של הרגולטור לפני ההליך המשפטי ובמהלכו – הן במקרים שבהם הוא צד להליך והן במקרים שבהם הוא מוזמן להליך על ידי הצדדים או על ידי בית המשפט – מבססים את המסקנה שבית המשפט לא רואה ברגולציה התערבות נקודתית; להפך: בכמות הולכת וגדלה של פסקי דין בית המשפט מתייחס לפעולת הרגולטור – לרגולציה – כדבר שגרתני, נהוג ושכיח, המאפשר ומעצב את פעילותם של פרטים, ואילו אי-התקיימותה של רגולציה נתפסת כמצב חריג הדרוש תיקון מידי.

לפי גישה זו, שאותה אנו מכנים "גישת הרשת העבה", היחסים בין הפרטים ואפשרויות הפעולה שלהם אינם מוכתבים או מעוצבים רק על ידי הכללים הצורניים של המשפט הפרטי, אלא מושפעים במידה ניכרת גם מרשת עבה של כללים ושל שחקנים מוסדיים. לפי תפיסה זו של רגולציה, אין שוק הקודם לרגולציה ואי-אפשר להבחין בצורה ברורה וחד-משמעית בין קיומו של השוק לרגולציה החלה עליו. כך, בעוד שמנקודת המבט של התערבות נקודתית כל פעולה של הרגולטור דורשת הצדקה כגון קיום של כשל שוק או של אינטרס ציבורי פרטי וייחודי, מנקודת המבט של הרשת העבה הרגולציה אינה דורשת הצדקה שכן היא המצב הנהוג והנורמלי. הרגולציה נהפכת להיות הכלל.

גישה זו הולכת וגוברת ככל שהמדינה משתמשת יותר ויותר בגופים רגולטוריים כדי לכוון ולמלא תוכן את פעילות הפרטים. זאת, הן כתוצאה מנסיגת המדינה מאספקת שירותים בעצמה לטובת רגולציה על פעילות פרטית והן כביטוי לטשטוש ההפרדה בין הפרטי לציבורי. כפועל יוצא מכך, הרגולטור מופיע ברקע של הסכסוך המשפטי במידה הולכת וגדלה, והמשפט נאלץ לשאול שאלות על מיקומו של מושג הרגולציה בתורת המשפט ובהבנה המשפטית – הן באמצעות פרשנות של כללים קיימים ואולי אף ביצירת

111 ת"צ (מחוזי מ"ר) 22553-07-10 שער נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (פורסם בנבו, 18.12.2011).

112 ת"צ (מחוזי חי') 38449-04-11 שטיין נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ (פורסם בנבו, 2.1.2013).

113 עניין ענר, לעיל ה"ש 104.

114 עניין נתן, לעיל ה"ש 67.

כלים משפטיים חדשים. במצב זה, הרגולציה לא נמצאת רק כצד להליך אלא גם מתערבת בו, מכוננת אותו או סובבת אותו.<sup>115</sup> במציאות זו, ולאור גישה זו, בית המשפט מתחיל לשאול את עצמו שאלות על מיקומו במציאות רגולטורית זו. כיצד הוא מבין את מקומו במציאות הזו ופועל בה? כיצד, אם בכלל, הוא מנסח את חלוקת העבודה בינו לבין הרגולטור? את השאלות הללו ואת הופעתן בפסיקה נבחן בפרק הבא.

### 3. בתי המשפט והרגולטור: חלוקת עבודה ותפיסה מוסדית

עם הטענת המושג "רגולציה" בתפיסות רחבות יותר, הרואות בו רקע ובסיס לפעילות הפרטים בשוק, בתי המשפט מבינים שהם פועלים במציאות רגולטורית. במציאות זו פועלים רגולטורים רבים יותר, חלה עליה רגולציה מורכבת ועשירה יותר, ויותר פעולות בה נתפסות כרגולטריות באופיין או לפחות כקשורות ברגולציה. הבנה זו מובילה את בית המשפט לנסח את חלוקת העבודה בינו לבין הרגולטור. אמנם, שאלת תפקידיו של בית המשפט ביחס למוסדות אחרים – בעיקר ביחס למוסדות השלטון – אינה חדשה בשיח המשפטי; עם זאת, המציאות שבה גופים ופרטים רבים יותר נתפסים כרגולטורים על ידי בית המשפט מאירה את השאלה המוסדית באור חדש, משום שהיא מניעה את בית המשפט לעורר את שאלת מקומו ותפקידיו ביחס ליותר ויותר גופים ופרטים, סיטואציות והליכים. הבחנה מוסדית זו מאפשרת לבית המשפט להצדיק את התערבותו בפעולותיהם של הרגולטורים, וזו באה לידי ביטוי בעיקר כפיקוח על אופן פעולתו של הרגולטור ועל הרגולציה, אך גם בחשיבה על אודות יכולתו של בית המשפט להיעזר ברגולטור וביתרונותיו בהליך המשפטי.

#### (א) חלוקת העבודה בין הרגולטור לבית המשפט

מסקירת הפסיקה עולה כי המלאכה הראשונית שבית המשפט מבצע במציאות הרגולטורית שתוארה עד כה היא בחינה מחודשת של גבולות סמכותו לביקורת שיפוטית על רגולטורים. בחינה זו של הגבול המפריד בין עבודת בית המשפט לבין עבודת הרגולטור באה לידי ביטוי בכמה דרכים, והיא קשורה במידה רבה להבנתו של בית המשפט את מושג הרגולציה. למשל, הבנה של רגולציה כפיקוח מאפשרת להבחין בין סוגים של פיקוח ולגזור מהבחנות אלו את מידת ההתערבות השיפוטית. גם הבנת הרגולציה כקביעת כללים משפיעה, בין היתר, על מידת ההתערבות השיפוטית ועל המקרים שבהם יאות בית המשפט להתערב בפעולה רגולטורית.

דרך אחת שבה בית המשפט תוחם את גבולות התערבותו נעשית באמצעות הבחנתו בין רגולציה כפיקוח רחב לבין רגולציה כפיקוח יומיומי או כ"ביצוע". כאשר בתי המשפט מתייחסים לרגולציה כאל מעשה של פיקוח רחב – התוויית מדיניות כללית בתחום מסוים – הם מעניקים לשיקול הרעת המנהלי מרחב תמרון ואף תופסים את פעילות הרגולטור כ"לא שפיטה", או כשפיטה פחות. זאת, משום שהיא נתפסת כפעילות מעין־חקיקתית: היא

115 HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 10-67 (1994).

פונה כלפי קהל לא מסוים וקובעת מערך של זכויות וחובות. במקרים אלה יפחתו הסיכויים להתערבות ישירה ואפקטיבית של בית המשפט בפעילות הרגולטור.

שתי הדוגמאות הבולטות להיבט זה כבר נסקרו לעיל, מנקודת מבט שונה. דוגמה ראשונה לכך היא האופן שבו בית המשפט נוטה להימנע מהטלת אחריות נזיקית על רגולטור שפעילותו אופיינית כפיקוח רחב.<sup>116</sup> כך, למשל, היה בעניין בראון,<sup>117</sup> שבו נתבע מלון שגרם לנזק ועמו נתבעו גם המדינה ומשרד הבריאות כרגולטורים. בית המשפט דחה את התביעה נגדם (ולא נגד המלון) משום שתפקידם הוא "פיקוח-על". בית המשפט הכיר באפשרות להטיל חבות על המדינה כמפקחת, אולם קבע שככלל אין להפוך את המדינה למעוול בצוותא בכל תיק שבו נמצא כי הופרה חובה על ידי מעוול ישיר. המדינה אינה מעין-מבטחת שאמורה לחלוק בסיכונים מכוח תפקידיה הרגולטוריים או מכוח סמכויות פיקוח-העל שלה בכל מקרה ומקרה.<sup>118</sup>

אפשר לראות בריבוי הקריאות לרגולטור להסדיר פעילות מסוימת כביטוי נוסף לתיחום זה. זאת, משום שקריאות אלו מפנות את הצדדים לסכסוך לגורם שמחוץ לכותלי בית המשפט כדי לקבל פתרון מהותי יותר לבעיה שהובילה אותם לבית המשפט מלכתחילה. קריאות אלו מדגימות את מגבלותיו – ולעתים אף את חוסר נכונותו – של בית המשפט לפעול בתחום או במקרה מסוים. כך, למשל, בעניין פלוני, הבהיר השופט שילה כי ה"חלל" הרגולטורי השורר ביחס להליכי פונדקאות בחוץ לארץ מחליש את ההגנה על זכויותיהן של הפונדקאיות וקרא לרגולטור לפעול בנושא.<sup>119</sup> במקרים אחרים, העובדה שאין בחקיקה הרלוונטית או בפוליסת הביטוח מדדים אובייקטיביים לקביעה של אבדן כושר עבודה הובילה את השופטת הניג לקרוא ליצירת רגולציה מתאימה בתחום זה.<sup>120</sup> בעניין נגאר קרא בית הדין הארצי לעבודה למשרד הפנים "כרגולטור וכמפקח על הרשויות המקומיות" להפעיל את סמכויותיו כדי למנוע מצבים דומים לזה שנדון בפסק הדין.<sup>121</sup> קריאות אלו מאפשרות לבית המשפט להתייחס לבעיה כללית יותר שבה הוא חושב שעל הרגולטור לטפל כדי למנוע סכסוכים עתידיים. אפשר לראות קריאות אלה כחלופה למקרים קודמים שבהם בית המשפט קרא למחוקק ולא לרגולטור; עם זאת, הן למעשה מצביעות על תחומים מסוימים כתחומים שנדרשים להסדרה מקיפה יותר מחקיקה בלבד. קריאות אלה מזמינות פעולה רגולטורית הכוללת קביעת כללים, פיקוח על גופים ואכיפת חריגה מכללים שנקבעו. בצד זאת, הן מבהירות גם את גבולות ההתערבות של בית המשפט, שאינו מתיימר לבצע חקיקה שיפוטית והסדרה של נושאים סבוכים בהיקף רחב, ואת חוסר יכולתו – וחוסר נכונותו – לפקח במישרין על פעילות הרגולטור.

לעומת זאת, במקרים שבהם רגולציה נתפסת כפיקוח יומיומי – מערכת יחסים בילטרלית, קרובה ומתמשכת בין מפקח למפוקח – בית המשפט מוכן לפקח על פעילות

116 ראו את עניין לוי, לעיל ה"ש 44.

117 ת"א (שלום חי') 3287/06 בראון נ' הרטן מלונאות ונופש בע"מ מלון "עדן אין" (פורסם בנבו, 1.5.2011).

118 ראו ברומה לכך עניין סטפליוק, לעיל ה"ש 102.

119 ראו את עניין פלוני, לעיל ה"ש 93.

120 ראו את עניין פלד, לעיל ה"ש 93; עניין אמסלם, לעיל ה"ש 93.

121 עניין נגאר, לעיל ה"ש 93.

הרגולטור ולהתערב בה כשהוא רואה זאת לנכון. בניגוד לתפיסת הפיקוח הרחב, המונעת הטלת אחריות בנוזיקין על הרגולטור, כאשר פעילות הרגולטור מאופיינת כפיקוח יומיומי בית המשפט נוטה לראות בו אחראי בנוזיקין אם פעל שלא כשורה לדעת בית המשפט.<sup>122</sup> בית המשפט משתמש באפיון הרגולטור כבעל מגע קרוב, יומיומי ומתמשך עם הגורמים שעליהם הוא אמון כדי לקבוע שהרגולטור התרשל ולכן אחראי לנזק. למעשה, במקרים אלה בית המשפט ממקד את העדשה בפעילות רגולטורית ספציפית, היינו: לא בקביעת הכללים והמדיניות אלא בכיצוע הפיקוח והאכיפה בפועל.

סוג נוסף של מקרים המאיר את חלוקת העבודה בין בית המשפט לרגולטור כולל מקרים שבהם בית המשפט מבקש להשתמש ביתרונותיו של הרגולטור ובאפיונו המוסדי הנבדל כדי להועיל להליך המשפטי. למשל, בפסקי דין רבים בית המשפט מבקש לצרף את הרגולטור להליך – אם כבעל דין<sup>123</sup> ואם כדי לקבל את עמדתו המקצועית בנושא כלשהו.<sup>124</sup> צירוף הרגולטור נעשה על ידי בית המשפט מתוך הכרה בגבולות יכולתו ומתוך רצון להסתייע ביכולותיו של הרגולטור, מתוך הבנה שגוף רגולטורי יכול לתרום להליך

122 ראו עניין נטו, לעיל ה"ש 45; עניין מימוני, לעיל ה"ש 45; וכן עניין מרקיאד, לעיל ה"ש 45, פס' 4 לפסק דינו של השופט רון, שם נכתב: "דבר קיומה של חובת זהירות מושגית בנסיבות מהסוג שעל הפרק אינו בספק. הנתבעת נושאת באחריות להחלטותיה, ועל פי עולם המושגים הרווח לאחרונה, אין כל קושי לראות בה כ'רגולטור', בכל הקשור להסדרת תחומי העיסוק הרלוונטיים. פשיטא, שנושאת הנתבעת, למעשה, כמו כל רגולטור אחר, באחריות כלפי כל מי שנפגע מהקפדת יתר, המונעת ממנו להתפרנס, שלא כחוק". ראו גם ת"א (שלום ת"א) 24969/03 חביבה נ' מכון התקנים הישראלי (פורסם בנבו, 26.7.2007), שבו הסביר בית המשפט כי בשל מעמדו המיוחד של הנתבע כרגולטור מנסח תקנים והוראות בדיקה, שתפקידו לאמת את התקיימות דרישות התקן, היה עליו לצפות שייגרם נזק לתובעים.

123 ראו חב"ד (אזורי ת"א) 8893-07-11 שירותי בריאות כללית – אסולין (פורסם בנבו, 18.6.2012); בש"א (אזורי י-ם) 1558/07 קופת חולים מאוחדת – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 7.6.2007); ס"ק (אזורי ת"א) 157/07 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – טלרד נטוורקס בע"מ (פורסם בנבו, 20.4.2007); ס"ע (אזורי ת"א) 6202-04-12 החברה המנהלת של רום קרן ההשתלמות לעובדי הרשויות המקומיות בע"מ – אבן יהודה מועצה דתית (פורסם בנבו, 28.10.2012); ס"ע (אזורי ב"ש) 17245-02-10 קיבוץ עין גדי – מגן, קרן פנסיה מרכזית לקואופרציה ביצרנות, תחבורה ושירותים, אגודה שיתופית בע"מ (פורסם בנבו, 25.8.2013). במקרה זה צורף הרגולטור כבעל דין דרוש.

124 ת"א (מחוזי ת"א) 40972-06-11 "דלק" חברת הרלק הישראלית בע"מ נ' קו מוצרי דלק בע"מ (פורסם בנבו, 23.7.2013). הצירוף משפיע על סדרי הדין בהמשך ההליך: "הפנייה למשרד האנרגיה והמים היא בתוקף מעמדו כרגולטור, ולא כצד בעל עניין בהליך. מטעם זה גם אין מקום להורות כי העמדה תוגש בתצהיר. אך מובן כי עם קבלת עמדת הרגולטור, יוכלו הצדדים להגיב לה בכתב – כאשר הטענות שבפניהם, כפי שבאו לידי ביטוי בעמדות שהגישו, שמורות להם. בהתאם יינתן צו המופנה לרגולטור"; בהחלטה בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 10-09 משרד הבריאות/המשרד הראשי נ' כימפל בע"מ (פורסם בנבו, 11.4.2011), נאמר כי אף שהרגולטור אינו צד להליך הנחיותיו הן המניע לו. לפיכך, כאשר הרגולטור אמר את דברו ונדרשות לכך הבהרות, לא די בתעודת עובד ציבור לשם ביורר עמדתו אלא יש לזמן את עובד הציבור וזו אכן ההוראה. מקרה אחר שבו לא הגיע הרגולטור לבטא את עמדתו, ובית המשפט

המשפטי. בתוך כך, בית המשפט מדגיש את זכות העמידה של הרגולטור גם בנושאים שאינם נוגעים לו ישירות.<sup>125</sup> במקרה מסוים נקבע כי הרגולטור יכול לבקש לקחת חלק בהליך אף שאינו צד ישיר בו;<sup>126</sup> במקרים אחרים צורף הרגולטור להליך כמשיב הנדרש לשאלות עקרוניות העולות בדיון,<sup>127</sup> כמופקד על אכיפת החוק<sup>128</sup> או משום שהוא נדרש להשלמת התשתית הראייתית.<sup>129</sup> בכל המקרים הללו זימונו של הרגולטור מביא לסכסוך היבט שבית המשפט אינו מסוגל לספק בעצמו – הרגולציה שברקע הסכסוך. מעניין לציין, שדוגמאות אלו לקוחות מתחום דיני העבודה, הנחשב לנתון לרגולציה רכה יחסית.

בחלק מהמקרים בית המשפט מבחין בין יכולתו המקצועית של הרגולטור ליכולתו המשפטית של בית המשפט. עניין בן עמי, שבו דנו לעיל, הוא דוגמה להכרה בחשיבות יכולותיו המקצועיות של הרגולטור להכרעה המשפטית גם כשהצדדים מתנגדים לכך.<sup>130</sup> החשיבות שייחס השופט כבוב לעמדתה המקצועית של רשות ניירות ערך באשר להכרעה המשפטית, והתייחסותו לתכליתה של הרשות בהגנה על הציבור, גברה על השיקול של רצון הצדדים להסכם פשרה בתובענה נגזרת. בדרך זו בית המשפט רותם את כישוריו של הרגולטור (משאבים ארגוניים, ידע מקצועי, היכרות עם תעשייה או תחום) לטובת ההליך המשפטי. בצד זאת, בית המשפט משתמש במקצועיותו של הרגולטור כדי להדגיש את ייחודיותו של הרגולטור. במקרים שבהם צורף הרגולטור כדי להביא את עמדתו המקצועית, חוות דעתו אינה חולשת על כל היבט בהליך אלא מתוחמת להיבטים מסוימים בלבד. למשל, בעניין צלקישוילי נדחתה בקשה לצרף את הרגולטור "כפרשן לדין" משום שזה תפקידו של בית המשפט.<sup>131</sup> במקרה אחר ביקש הרגולטור עצמו שלא להתייחס לטענה שעלתה בדבר סילוק על הסף, מטעמים דומים.<sup>132</sup>

חידוד נוסף להיבט זה של ההבחנה בין בית המשפט לרגולטור נדון בעניין אקו"ם. השופט רובינשטיין הדגיש את מקצועיותו של הרגולטור,<sup>133</sup> ובתוך כך הסביר כי כלי המעקב הזמינים שבידי הממונה על ההגבלים העסקיים מאפשרים לו לעקוב אחר התפתחויות טכנולוגיות מהירות ש"מיישנות" כללים במהרה. כלומר, כוחו של הרגולטור

- 
- הצר על כך, הוא ס"ק (אזורי חי') 3335-02-13 חברת החשמל לישראל בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה (פורסם בנבו, 2.6.2013).
- 125 בש"א (אזורי י-ם) 1559/07 התנועה למען איכות השלטון – בנק ישראל (פורסם בנבו, 10.6.2008).
- 126 תע"א (אזורי ב"ש) 3503-08 לוי – מדינת ישראל המשרד לשירותי דת (פורסם בנבו, 21.2.2013).
- 127 ע"ע (ארצי) 288/07 שירותי בריאות כללית – סיוון (פורסם בנבו, 1.4.2008).
- 128 ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני – שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 4.11.2008).
- 129 ת"א (מחוזי ב"ש) 5351-08 מעצ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ ('מעצ') נ' מפעלי ים המלח בע"מ ('מיה') (פורסם בנבו, 29.1.2012).
- 130 עניין בן עמי, לעיל ה"ש 89.
- 131 ת"א (שלום ת"א) 11908-12-09 צלקישוילי נ' אלטשולר שחם קופות גמל בע"מ (פורסם בנבו, 5.5.2011).
- 132 חב"ר (אזורי חי') 38125-04-12 פלונית – מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, 31.12.2012).
- 133 עניין אקו"ם, לעיל ה"ש 30, פס' ה' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.



נעוץ ביכולתו להיות קשוב לפעילות שהוא מסדיר ולהתאים את קביעותיו כלפיה בהתאם. כוח זה נברל מכוחו של בית המשפט, שיכולת המעקב שלו מוגבלת. אם כן, מקצועיותו של הרגולטור מתבססת גם על קרבתו של הרגולטור – על העובדה שהוא עורך פיקוח יומיומי על הגורמים שעליהם הוא אמון.

לאור דברים אלו יש חשיבות להגדרה של שאלה כ"מקצועית" או "משפטית": אם מדובר בשאלה משפטית ראוי שבית המשפט יכריע בשאלה, שכן היא אינה נופלת לתחום אחריותו הייחודי והמקצועי של הרגולטור;<sup>134</sup> אולם, מקום שבו יש רגולטור בעל סמכות, אין הדבר אומר שלבית המשפט אין סמכות בעניין. בעניין גת נחמן<sup>135</sup> דחה השופט אלטוביה טענה כזו והסביר כי לבית המשפט סמכות לדון בתובענה על אף הפיקוח הרגולטורי בתחום. השופט אלטוביה ציין, בדומה לעמדות שהובאו לעיל, שעמדת הגורמים הרגולטוריים עשויה לסייע בידי בית המשפט ולשמש נתון נוסף במערכת השיקולים שהוא שוקל.

תחום נוסף של מקרים שבהם בית המשפט מתייחס למקצועיותו של הרגולטור ולאפשרות להשתמש בה לצורך ההליך המשפטי הוא תחום התובענות הייצוגיות. בתחום זה, כפי שהסברנו לעיל, החוק קובע באלו מקרים אפשר להגיש תובענה ייצוגית, בדרך כלל בתחומים הנתונים לרגולציה. משכך, ההסדר החוקי עצמו מתווה התייחסות מסוימת למקצועיות הרגולטור ולמקומו בהליך. התייחסות זו מביאה את בית המשפט להתוות את הגבולות בין חלקו בניהול ההליך לבין חלקו או תרומתו של הרגולטור. כך, למשל, כפי שתואר, סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות קובע שבית המשפט רשאי להתיר לרשות ציבורית, הפועלת לקידום מטרה ציבורית הקשורה לנושא התובענה הייצוגית, להשתתף בדיונים. בדרך זו החוק מאפשר לבית המשפט "להזמין" את הרגולטור להליך ולהיעזר ביכולותיו המקצועיות, תוך שמירה על שיקול הדעת של בית המשפט, שיחליט אלו מקרים ומצבים דורשים התייחסות מקצועית של הרגולטור. למעשה, החוק מצייד את בית המשפט בכלי דיוני נוסף המאפשר לו לקבל נקודת מבט רחבה יותר על אודות הנושא הנתון במחלוקת. הסדרים אחרים באותו תחום מציבים לפני בית המשפט דרישות קשיחות יותר לגבי עירוב הרגולטור בהליך. כך, למשל, תקנה 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות מחייבת את בית המשפט לשלוח הודעה לרגולטור לאחר שהוגשה אליו בקשה לאישור הסתלקות מתובענה ייצוגית לפי סעיף 16 לחוק. אולם, בית המשפט – המבקש לשמור על עצמאותו בכל הנוגע לפנייה לרגולטור – קבע כי נתון לו שיקול דעת אם לעשות כן, בגדר שיקול הדעת הכללי המסור לו בסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות.<sup>136</sup> כך, בית המשפט מאפשר לעצמו לפנות אל הרגולטור כשהוא חושב שהדבר נדרש ושומר לעצמו גם את האפשרות להימנע מכך. דרך פעולה זו מאפיינת את הרצון של בית המשפט לקבוע בעצמו באלו מקרים יפעל לבדו ובאלו המקרים ייעזר ברגולטור.

134 עת"מ (כלכלית) 30045-02-12 מנועי בית שמש אחזקות (1997) בע"מ נ' יו"ר רשות לניירות ערך (פורסם בנבו, 8.8.2012). ראו גם רע"פ 654/13 אבו בכר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.2.2013).

135 ה"פ (מחוזי ת"א) 535/03 ההסתדרות הכללית החדשה הסתדרות האקדמאים במדעי החברה והרוח בישראל נ' נחמן (פורסם בנבו, 13.6.2007); ראו גם בש"א (מחוזי י-ם) 6378/09 נידר חברה לבניין ולפיתוח בע"מ נ' ברטוב (פורסם בנבו, 31.5.2009) (להלן: עניין ברטוב).

136 עניין מופקדי, לעיל ה"ש 66.

הדמיון והשוני בין תפקידיו של בית המשפט לתפקידיו של הרגולטור נבחנים מכיוונים שונים בפסקי דין נוספים. בעניין דלק נדל"ן נדון הסדר נושים שעמד בדרישות החוק אך עורר ביקורת בשל חוסר ההפרדה בין משקיעים מוסדיים לפרטיים – שאלה שטרם ניתנה לה תשובה בדין.<sup>137</sup> השופטת אלישך ציינה כי ייתכן מאוד "שהפתרונות הראויים יותר אינם מצויים בשדה המשפטי (כלומר: של ליטיגציה; המחברים) דווקא, אלא בתחום הרגולציה או אכיפת הרגולציה".<sup>138</sup> בעניין רשם הקבלנים<sup>139</sup> הסביר בית המשפט מדוע הרגולטור עדיף על בית המשפט בנוגע לחברות בחדלות פירעון:

הרגולטור רואה נגד עיניו את האינטרס של כלל הציבור, ופעולותיו אמורות לשקף מדיניות שתכליתה הגנה על הציבור בתחומים שונים [...]. ואילו בית משפט של חדלות פירעון נותן יתר משקל לאינטרסים של הנושים, בעלי המניות והעובדים של החברה, ומבחינה זו ראייתו את הנושא "צרה" יותר.<sup>140</sup>

דברים אלה מבטאים את המעבר מעצם מקצועיותו של הרגולטור לנקודת מבטו הרחבה, המביאה בחשבון אינטרסים של צדדים רבים. לעומתו, בית המשפט מחזיק בנקודת מבט צרה יותר. הבחנה זו בין שתי נקודות המבט – של הרגולטור ושל בית המשפט – באה לידי ביטוי בהימנעותו של בית המשפט מהתערבות במקרים שבהם פעילותו של הרגולטור מאופיינת כפיקוח רחב, וברצונו לערב את הרגולטור בהליך כדי שיסייע לבית המשפט להגיע להכרעה. אפשר אף לומר כי ביסוס ההכרעה על נקודת מבטו של הרגולטור קושרת בין ההכרעה הספציפית למציאות הרגולטורית היומיומית.

תיחום הגבול שבין בית המשפט לבין הרגולטור, כפי שהוצג עד כה, מבסס את המסקנה שלפיה פסיקת בתי המשפט יצרה חלוקת עבודה רעיונית בין בית המשפט לרגולטור. חלוקת עבודה זו באה לידי ביטוי מעשי כשעלר לפני בתי המשפט שאלות בדבר היקף יכולתם להתערב בסכסוכים שהובאו לפתחם. חלוקת העבודה התבססה על ההכרה שלכל אחד מהמוסדות יש ידע, כלים ונקודות מבט משלו. מעבר ליצירת גבול בין בית המשפט לרגולטור, חלוקה זו אפשרה גם שיתוף פעולה, שהתבטא בעיקר במקרים שבהם זימן בית

137 פר"ק (מחוזי ת"א) 12230-04-12 דלק נדל"ן בע"מ נ' רוניק פז נבו נאמנויות בע"מ (פורסם בנבו, 27.9.2012).

138 שם, בפס' 33. השופטת אלישך הפרידה בין רגולציה לפעולת בית המשפט גם בעניין פש"ר (מחוזי ת"א) 3706/09 חוק החברות, התשנ"ט-1999 נ' שטאנג בניה והנדסה בע"מ, פס' 4 לפסק דינה (פורסם בנבו, 11.11.2009), שם נאמר: "דומה, כי בכך, ערבב בא-כוחה המלומד של הרשות שלא כדין ענייני רגולציה (שאין בית המשפט עוסק בהן), עם ניתוח משפטי בלתי-נכון של כלל הדחייה החל בחדלות-פירעון". ראו גם ת"א (שלום ת"א) 27627/08 רבינוביץ נ' מורוכבי נכסים בע"מ, עמ' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.3.2009), שם סבר גם השופט קליין שיש הברדל בין תפקידי בית המשפט לתפקידי הרגולציה; לרגולציה יש תפקיד צרכני – ולדין הנדון אין מקום בבית המשפט: "שיפור השירות הינו עניין לרגולטור, לשוק החופשי, ליד הנעלמה ולצרכנים נבונים ולא לבתי המשפט".

139 ע"א 10547/05 רשם הקבלנים נ' ש.י.א. רפאל פרויקטים בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2012).

140 ראו עניין ברטוב, לעיל ה"ש 135, שם ציין בית המשפט כי לעניין חדלות פירעון בית המשפט נתפס כרגולטור נחות לעומת רשויות שלטוניות אחרות. עם זאת, בית המשפט הגיע למסקנה שלפיה אין להחריג את סמכותו וכשרותו מלהכריע ולהסדיר עניין זה.

המשפט את הרגולטור כדי להיעזר בו במסגרת הליך כלשהו. שיתוף הפעולה בא לידי ביטוי גם במקרים אחרים, שבהם ראה בית המשפט את פעולתו ואת פעולת הרגולטור כחלק ממארג אחד המערב שיקולים שונים ודרכים שונות להתמודד עם בעיות דומות. כך, למשל, בעניין אי.די.בי ציין השופט אורנשטיין כי אישור הגורמים הרגולטוריים הוא תנאי מתלה באישור הסדר הנושים הנדון, וכי גורמים אלו יהיו אמונים על בחינה של היקף הגילוי הדרוש.<sup>141</sup> בהחלטה אחרת באותו עניין קבע השופט אורנשטיין כי החברה תעדכן את בית המשפט על מצב קבלת האישורים הרגולטוריים הדרושים לעסקה. בהחלטתו התייחס השופט אורנשטיין לצורך בפעולה זריזה של הרגולטור, ואף הציב הנחיות לממונה על שוק ההון לגבי מגעיו עם החברה.<sup>142</sup> גם בעניין פלונית<sup>143</sup> נראה כי בית המשפט תפס את פעולתו כקשורה ומשפיעה על זו של הרגולטור. באותו עניין נמנע בית המשפט מלקבוע שהתקיימו יחסי עבודה במסגרת סחר בנשים כדי לא לאפשר רגולציה ומיסוד של התופעה. במילים אחרות, בית המשפט סבר שלהכרעתו יש השפעה על הרגולציה בתחום ושהוא צריך להתחשב בה בפסיקתו.<sup>144</sup>

תפיסה זו של קשרים הדדיים בין פעולת הרגולטור לבין פעולת בית המשפט מצביעה על מסקנה נוספת הנגזרת מאופייה של חלוקת העבודה. משמעותה של חלוקת העבודה לא מתמצה רק בייחודו של כל מוסד לעומת רעהו; היא מחזקת את התפיסה שלפיה המציאות הרגולטורית פועלת בצורה מבוזרת, על ידי גורמים שונים – בהם בית המשפט – הלוקחים בה חלק בצורות שונות. חלוקת העבודה מציבה את בית המשפט כשחקן נוסף במציאות הרגולטורית. החלטותיו משפיעות על האופן שבו רגולציה עובדת ורגולטורים פועלים. מתוך הבנה זו, בית המשפט פועל אל מול השחקנים הנוספים הפועלים במציאות זו ובשיתוף עמם. בית המשפט מבין כי הרגולציה מתקיימת גם בתוך כותלי בית המשפט ולא רק מחוץ להם. השאלה שעולה כעת היא מה תפקידיו של בית המשפט במשחק הרגולטורי שבו הוא משתתף.

## (ב) בית המשפט כמפקח על הרגולטור

עולה מהפסיקה כי התפקיד המרכזי שבית המשפט לוקח על עצמו ביחס לרגולטור הוא תפקיד של פיקוח.<sup>145</sup> במסגרת תפקיד זה בית המשפט בוחן את אופן פעולתו של הרגולטור ואת התכליות שהרגולציה מקדמת או צריכה לקדם. הפסיקה המבטאת תפקיד זה מתבססת,

141 פר"ק (מחוזי ת"א) 11478-06-13 אי.די.בי. חברה לאחזקות בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 17.12.2013).

142 פר"ק (מחוזי ת"א) 36681-04-13 אי.די.בי. חברה לפיתוח בע"מ נ' אי די בי חברה לאחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 26.8.2013).

143 ע"ע (ארצי) 247/07 פלונית – קוצ'יק (פורסם בנבו, 24.9.2009).

144 הילה שמיר "גישות פמיניסטיות לרגולציה של הזנות: מבט אוהד על הפער שבין החוק עלי ספר לבין החוק במציאות" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 121 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016).

145 בהקשר זה אין אנו משתמשים במונח "רגולטור" שכן כפי שהראינו לעיל, על פי רוב מונח זה נתפס כפעולה בעלת מאפיינים נוספים ולא רק כפיקוח. ראו והשוו ליטור, ברימור ומנחם, לעיל ה"ש 53.

במידה מסוימת, על חלוקת העבודה שהוצגה בפרק הקודם: בית המשפט יתערב בפעולותיו של הרגולטור וברגולציה כשיבחין שהן מבוצעות שלא לפי הדרך שהוא תופס כראויה. כידוע, לבתי המשפט יש תפקיד מסורתי בפיקוח על פעולות המדינה ואורגניה, בעיקר באמצעות ביקורת שיפוטית ושימוש בכלי המשפט הציבורי – המנהלי והחוקתי. נדמה כי מושג הרגולציה ונגזרותיו משמשים את בתי המשפט דווקא כשהפיקוח על פעולת הרגולטור נעשה שלא בדרך הקלאסית של ביקורת שיפוטית ישירה אלא בעת שהפיקוח נעשה בהליכים "עקיפים". דרך אחת כזו נסקרה לעיל בהקשר של תביעות נזיקיות נגד הרגולטור, שבהן בית המשפט קובע סטנדרט לפעילות הרגולטור ובוחר את עמידתו ברף המוצב.

דרך נוספת לפיקוח כזה – שעל פניה אינה נראית כלל כפיקוח אקטיבי של בית המשפט – היא פרשנות של הסדרים משפטיים העוסקים ברגולציה וקביעת התכליות שבבסיסה. אגב קביעת האינטרסים שעליהם הרגולציה מבקשת להגן, בית המשפט יכול לקבוע סטנדרטים הראויים בעיניו בכל הנוגע לפעילות הרגולטורים. כך, פסקי דין רבים מתייחסים לרגולציה כפיקוח בהקשר של שמירה על כללים שיאפשרו תחרות בשוק.<sup>146</sup> למעשה, התפיסה הכללית שאנו מזהים בפסיקת בתי המשפט באשר לרגולציה, במיוחד בהקשר הצרכני, היא שמדובר ב"פיקוח שנועד לצמצם את הפער בין ספקים גדולים לצרכן בודד".<sup>147</sup> בתחום שוק ההון ודיני התאגידים אפשר לזהות בפסיקה שימוש במושג הרגולציה כתופעה שבאה להתמודד עם בעיית הנציג בתחום ולהגן על המשקיעים.<sup>148</sup> בדומה, נקבע כי תחומים שיכולים להיות סכנה ציבורית (כגון שוק הגז) נמצאים תחת פיקוח ורגולציה בשל הסיכון הגדול הנשקף מהם לציבור ובשל הצורך בהפחתתו ובניטורו.<sup>149</sup> על ידי קביעת יעדים ותכליות לרגולציה, בית המשפט יכול לבקר את ההתנהלות הרגולטורית כשאינה מקיימת תכליות אלו.

דרך נוספת של פיקוח על ידי בתי המשפט היא פיקוח על הפרטים – משרתי הציבור – הפועלים במסגרת הגופים הרגולטוריים. כך, למשל, בהליכים לפני הוועדה למתן היתרים לפי חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), המכריעה בעניין קיצור תקופות צינון של עובדי ציבור, המבקשים להיות מועסקים על ידי גופים מפוקחים זמן קצר לאחר

146 ראו, למשל, עניין הדר, לעיל ה"ש 40, פס' 14 ו-17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; בג"ץ 7200/02 ד.בי.אס. שירותי לוויין 1998 בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (פורסם בנבו, 22.3.2005), שם נאמר: "עקרונות התחרות, ביזור השליטה וגיוון השידורים מהווים אינטרס מרכזי במסגרת הרגולציה בשוק התקשורת". בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.2000); בג"ץ 6884/05 סלקום ישראל בע"מ נ' משרד התקשורת – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.12.2010).

147 רע"א 8282/13 כהן נ' נטויז'ן 013 ברק בע"מ (פורסם בנבו, 19.12.2013).

148 עניין קיטאל, לעיל ה"ש 37, פס' 37 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין; עניין הרמטיק, לעיל ה"ש 40; עניין נבון, לעיל ה"ש 85; כך גם הגנה על המיעוט בהצעת רכש; ראו עניין קיטאל, לעיל ה"ש 37, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

149 רע"ס (מקומיים קרית ביאליק) 29653-10-11 עיריית קרית אתא נ' החברה האמריקאית הישראלית לגז בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2012).

תום עבודתם בשירות המדינה.<sup>150</sup> אחת השאלות המרכזיות בדיונים אלו היא אם במסגרת עבודתם בשירות המדינה נדרשו הפרטים, כרגולטורים, לקשרי אמון וקרבה עם הגורמים המפוקחים; שאלה מרכזית נוספת היא אם מקום עבודתם החדש מאיר את עבודתם הקודמת באור אחר או מעלה חשש לניצול ידע וקשרים שרכשו במסגרת שירותם הציבורי לטובת מעסיקם הפרטי. חשש זה בא לידי ביטוי הן ביחס לאינטרס הציבור הכללי והן ביחס לאינטרסים של גורמים מפוקחים אחרים. באמצעות דיון במקרים אלה, בית המשפט בוחן בדיעבד את טיב הקשרים הנרקמים בין גורמים (לרוב ככירים) ברגולטור לבין הגופים שעליהם הוא אמון. בחינה זו מאפשרת לבית המשפט לנסח את סטנדרט ההתנהגות הראוי עבור עובדי הרגולטור ולהתוות את היחסים המותרים והאסורים ביניהם לבין הגורמים הנתונים לאחריותם. דרך נוספת של פיקוח בית המשפט על פרטים בגופים הרגולטוריים היא הליכים פלייליים. בפרשת רמדיה<sup>151</sup> הועמדו לדין, בין השאר, עובדים במשרד הבריאות ובמכון התקנים. אלה כונו בפסקי הדין ובהחלטות שעסקו במקרה "רגולטורים" ו"גורמי פיקוח" על מוצרי המזון לתינוקות. מקרה זה היה תקדימי, משום שעד אליו לא הועמדו רגולטורים לדין פליילי. טענתה של המדינה הייתה דווקא שבמקרים כאלה יש בהליך הפליילי כדי "להרתיע עובדי ציבור העומדים בצמתי פיקוח מסטייה מנהלים, גם מקום שבו אין הקפדה על מילוי הוראות נוהל".<sup>152</sup> בפסק הדין בעניין התייחס בית המשפט לתקדימיות העמדתם לדין של עובדי הציבור ונמנע מלהטיל עליהם עונשים כבדים. עם זאת, ועל אף האחריות המערכתית של הגופים הרגולטוריים, הדגיש בית המשפט את החשיבות הנעוצה בהפעלת שיקול הדעת של העובד בגוף הרגולטורי ובפעולתו בניגוד לנוהל, תוך שמירה על מילוי תפקידו במסירות ונאמנות כשמדובר בנושא רגיש כמו מזון לתינוקות.<sup>153</sup>

בית המשפט מפקח על הרגולציה גם באמצעות הגנה על התנהלות התקינה. בית המשפט מעוניין לאפשר את "התנועה החלקה" של הרגולציה, לעתים גם במחיר של יצירת יתרון לגוף מאוסדר. בעניין אזולאי קבע בית המשפט שאפשר להכיר בחיסיון על מידע המועבר בין מפקח למפוקח;<sup>154</sup> כלומר: בית המשפט הכיר באופי המיוחד של יחסי

150 ראו ס' 11 לחוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969, ס"ח 561; ו"ע (מחוזי י-ם) 1063/06 קליין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.12.2006); ו"ע (מחוזי י-ם) 1047/05 צמח נ' נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 21.12.2006); ו"ע (מחוזי י-ם) 124/07 מגידו נ' מדינת ישראל נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 6.6.2007); ו"ע (מחוזי י-ם) 130/07 דרחי נ' נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 3.7.2007); ו"ע (מחוזי י-ם) 4530-11-11 רובינשטיין נ' מדינת ישראל נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 11.12.2011); ו"ע (מחוזי י-ם) 5545-09-11 סבן נ' מדינת ישראל – נציבות שירות המדינה (פורסם בנבו, 4.10.2011); ו"ע (מחוזי י-ם) 13613-09-11 סלומון נ' רשות ניירות ערך (פורסם בנבו, 9.10.2011).

151 ת"פ (שלום פ"ת) 2613-08 מדינת ישראל נ' בלק (פורסם בנבו, 13.2.2013) (להלן: עניין בלק).

152 בהחלטה בעניין בלק מיום 5.6.2011, פס' 14.

153 שם; וראו גם ת"פ (שלום ת"א) 6590-07 מ.י. יאל"כ נ' שפירא (פורסם בנבו, 25.4.2010); ע"פ (מחוזי חי') 50684-05-13 מדינת ישראל נ' שבו (פורסם בנבו, 12.9.2013).

154 עניין אזולאי, לעיל ה"ש 89.

רגולטור-מאוסדר בדומה ליחסים מיוחדים אחרים כמו יחסי מטופל-מטפל ועורך-דין – לקוח, המצדיקים חיסיון. נקבע כי תכליתו של סעיף 15 לפקודת הבנקאות היא הבטחת שיתוף פעולה בין הבנקים למפקח על הבנקים – שיתוף פעולה הנדרש כדי להבטיח את תכליות הרגולציה על הבנקים – ולשם כך יש להטיל חיסיון על גילוי מידע העובר בין הצדדים. בהמשך הורחבה הלכה זו אל מעבר לתחום הבנקאות, אל רגולציה ככלל. באחד המקרים הציב השופט כבוב דגש מיוחד על מתן חיסיון לשם שמירת שיתוף הפעולה בין הגופים המאוסדרים לרגולטור.<sup>155</sup> במקרה אחר, שבו נדון חיסיון עורך דין-לקוח, נקבע כי הרגולטור על הנתבע בהליך המשפטי נתפס כ"גוף משפטי אחד" עם הנתבע המאוסדר, ועל כן יחול חיסיון על מסמכים משפטיים שהועברו מהנתבע לרגולטור.<sup>156</sup> לעומת זאת, בעניין יוחנן<sup>157</sup> נקבע שאין להסיק מהלכת אזולאי חיסיון אוטומטי במסגרת היחסים הרגולטוריים. בית המשפט נימק זאת בטענה שלא כל מידע שנמסר על ידי גורם מאוסדר לרגולטור נמסר בהכרח לצורכי פיקוח, וגם מידע שנמסר לצורכי פיקוח לא נמסר בהכרח כמידע סודי שפרסומו אסור. פסיקה זו מראה כי בית המשפט מעוניין לאפשר את התנהלות התקינה של הרגולציה באמצעות הטלת חיסיון – ועם זאת הוא מפעיל שיקול דעת בכך שהחיסיון לא ניתן אוטומטית לכל רגולטור, אלא אך ורק להבטחת רגולציה תקינה ולקידום תכליותיה.

### ג. מושג הרגולציה במשפט והמדינה הרגולטורית

מאמר זה עסק במושג הרגולציה ובמופעיו בפסיקה הישראלית. מטרתנו הייתה למפות את התהליכים המתרחשים ביחס אליו בבתי המשפט הישראליים. בפסיקה שבה אוזכר מושג הרגולציה זיהינו שלושה תהליכים עיקריים שיש לתת עליהם את הדעת: הראשון הוא התהוותו של קשר מורכב בין מושג הרגולציה למושג המדינה. במסגרת תהליך זה בתי המשפט מזהים את הרגולציה עם זרועותיה של המדינה ועם פעולות שהן בתחום סמכותה ואחריותה; במקרים אחרים בתי המשפט מזהים פרטים וגופים שאינם ציבוריים ככאלה המתפקדים כרגולטורים. התהליך השני משתקף בהופעות המשמעותיות של מושג הרגולציה בהקשרים הנתפסים באופן מסורתי כמשפט פרטי קלאסי. במסגרת תהליך זה, התפיסה שהרגולציה היא בסיס וכלל יסוד לקיומו ותפקודו של השוק הולכת ומתחזקת בפסיקה הישראלית. התהליך השלישי בא לידי ביטוי בקיומו של ממד מוסדי למושג הרגולציה, המציב את בית המשפט (כמוסד) אל מול הרגולטור. במסגרת תהליך זה בית המשפט משלב את הרגולציה והרגולטור בחלקים שונים ובצורות שונות בהליך המשפטי, וממזב את עצמו כגורם המפקח עליהם.

מעבר למשמעות שיש לתהליכים אלה בשיח המשפטי, יש להם קשר הדוק גם לתהליכים המתחוללים מחוץ לשיח זה. בראשית המאמר בחנו את הספרות העוסקת במושג הרגולציה, שחלקה הגדול בתחום מדעי המדינה. בתחום זה הוגים מבקשים לראות את מדינה כרגולטורית יותר ולשאול שאלות על אודות משמעות הרגולציה – והשלכותיה של משמעות זו על התאוריה הפוליטית. ספרות זו מתקיימת בצד מציאות יומיומית שבה

155 ראו עניין בן עמי, לעיל ה"ש 89; עניין נופר, לעיל ה"ש 89.

156 עניין אלבוים, לעיל ה"ש 89.

157 עניין יוחנן, לעיל ה"ש 89.

הרגולציה מקבלת מקום יותר ויותר דומיננטי: מעבר להתערבות הישירה של הרגולטור ביחסים בין הצדדים, מתרבות ההתקשרויות המשפטיות שבהן מעורבים מלכתחילה צדדים נוספים – הרגולטור, המדינה והציבור – נוסף על שני הצדדים להתקשרות. גם הבנת הרגולציה כמערך כללים הממלאים בתוכן התקשרויות פרטיות, או כנוכחים ברקע של היחסים בין הפרטים אף כשהפרטים עצמם לא מודעים לכך, מצביעה על עליית מעמדה של הרגולציה. נוכחות זו של הרגולציה מפוזרת בקרב גורמים רבים: היא יכולה לבוא לידי ביטוי כבודק במכס, כנותן תו תקן או כמשרד ממשלתי.

תפיסת המדינה כמדינה רגולטורית ותפיסת המציאות כמציאות רגולטורית מורכבת הן בעלות השלכות על הפרקטיקה המשפטית. חלק מתהליכים אלו קשורים בתהליכים שזיהינו בפסיקה, ויכולה להיות להם השפעה רבה. ככל שהמציאות רגולטורית יותר, האופן שבו הרגולטור מופיע ב"רקע" הסכסוך המשפטי נעשה דומיננטי יותר, והמשפט צריך לשאול שאלות על מיקומו בתורת המשפט ובהבנה המשפטית – ובכך למעשה להניע בעצמו תהליך של המשגה. יצירת הסדרים משפטיים המביאים בחשבון את קיומו של הרגולטור והרגולציה במקרים שונים הם דרך אחת להתאמת המשפט למדינה ההולכת ומשתנה, אך לא הדרך היחידה. בתי המשפט מתכוננים במציאות זו ומתאימים את עצמם אליה. הם פונים אל הרגולטור גם כשאינו צד להליך, והם משקפים את המציאות הרגולטורית הזו באמצעות הרטוריקה וההנמקה המשפטית שבפסקי הדין. פסקי הדין ממלאים תפקיד חשוב בתהליך המשגה, שכן במסגרתם בתי המשפט נדרשים – ונענים – לדבר שוב ושוב את המושג, להציב אותו בהקשרים שונים ולבחון אותו מזוויות שונות.

אף על פי שאפשר לזהות מגמות ותהליכים בצורות השימוש במושג הרגולציה ובמשמעותו בשיח המשפטי ובפסיקה, ההסתכלות של בית המשפט על המושג היא עדיין נקודתית וקונקרטית, וכמעט אי־אפשר למצוא בפסקי הדין התמודדות מודעת ומקיפה עם המושג. לכאורה, כל שופט וכל פסק דין עושים בו שימוש מינורי יחסית. מתבונן מהצד עשוי היה לטעון שמדובר במושג משפטי שהשימוש בו אגבי בלבד, אולם כשהמושג מופיע הוא ממשיך להופיע באופן עקבי. אף במקומות שבהם המושג לא משחק תפקיד ישיר, או שאפשר היה להשתמש במושג משפטי אחר שבנמצא, המושג מחלחל. חדירתו של המושג לשיח המשפטי מושפעת גם מהכנסתו על ידי הצדדים לכתבי הטענות, מההתייחסות אליו בהסדרי חקיקה שונים ומהחינוך המשפטי המתייחס אליו. על כן, הניסיון לארגן את צורתו של המושג, למצוא לו הגדרה ממצה או לתחום אותו לכמה הגדרות מתחרות אינו סיכום או סוף לתהליך אלא אך נקודת מוצא לדיבור על אודות רגולציה. אנו סבורים כי שלוש המגמות שהארנו באמצעות בחינת הופעותיו של המושג בפסיקה – הזיהוי המתפתח של רגולציה עם גורמים מבוזרים ופרטיים, התפיסה שרגולציה היא רשת עבה של כללים ומקומו האפשרי של בית המשפט במשחק הרגולטורי אגב חלוקת עבודה בינו לבין הרגולטור – מראות כי מושג הרגולציה הוא בעל משמעות תאורטית גוברת גם בשיח המשפטי, וכי יש מקום, במסגרת מחקר משפטי עתידי, להמשיך לדבר על רגולציה.

