

הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי

מעט לעת מועלות טענות בדבר איכות הרגולציה השלטונית בישראל ובדבר עודף רגולציה המכביד על פעילות המגזר העסקי. דרך אחת להתמודד עם טענות אלו ולקדם רגולציה מיטבית היא הרפורמה הרגולטורית, שסחפה בשלושת העשורים האחרונים את מרבית המדינות החברות בארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי (OECD) ובאיחוד האירופי. גישה זו נועדה לקדם מופת של רציונליות ביורוקרטית וכך, על פי ההצהרות, להוביל ל"רגולציה מיטבית". לפי הטענה שביסוד גישה זו, קביעת פרוצדורות מנחות לתהליך קבלת ההחלטות השלטוני, בשילוב עם מתודולוגיות הערכה כלכליות (שעיקרן השוואת העלות של הרגולציה לתועלתה) ישפרו את איכות הרגולציה השלטונית. לאור ההצטרפות של ישראל ל-OECD, במוקדם או במאוחר היא תצטרף למדינות המיישמות את גישת הרפורמה הרגולטורית; למעשה כבר עתה יש ניצנים לפעילות ממשלתית בתחום זה. על כן, חשוב להבין את המורכבות הגלומה בגישה זו. מאמר זה מבקש להציע התבוננות ביקורתית בכשורה שהיא מתיימרת להביא.

מבט ביקורתי על היישום של גישת הרפורמה הרגולטורית ברחבי העולם מלמד כי יישומה בישראל עלול לא לממש את ההבטחה הטמונה בה – קידום רגולציה איכותית – אלא דווקא להחריף בעיות שלטוניות קיימות דוגמת ההשלכות הגובעות מדפוסי פעולה אינטרסנטיים של בעלי עניין. לפי ביקורת זו, הרפורמה הרגולטורית פועלת למעשה לקידום האינטרסים של המגזר העסקי המפוקח ולהעדפתם על פני אלו של הציבור הרחב. אחד הביטויים לכך הוא התמקדות בהפחתת העול הרגולטורי המוטל על המגזר העסקי המפוקח בלי לבחון את התועלת הגלומה ברגולציה המוצעת. היבט אחר הוא בעיית הפוליטיזציה. הרפורמה הרגולטורית מרחיבה את הפיקוח הפוליטי על החלטות מקצועיות של הפקידות הבכירה ומאפשרת פיקוח של הממשלה על "אזורי הספר" של הרשות המבצעת – סוכנויות הרגולציה העצמאיות. זאת, בצורה שאינה שקופה לציבור הרחב, באופן שעשוי לחרוג מגבולות ההשפעה הלגיטימית של דרג נבחר ושעלול להוביל לעיוות של שיקול הדעת המקצועי שביסוד הרגולציה השלטונית.

* תלמיד לתואר דוקטור, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מבקש להודות לאורי אהרונוסון, לאירית בלאס, לרפנה ברק-ארז, לגרשון גונטובניק, לאבי ליכט, לנדיב מרדכי ולאילת עוז על הערותיהם לטיוטות קודמות של המאמר. כן אבקש להודות לחברי המערכת של משפט, חברה ותרבות ולעורכי הכרך על הערותיהם הנוקבות והמועילות. כתיבת המאמר הושלמה בשלהי שנת 2013 והוא אינו סוקר ובוחר התפתחויות שחלו לאחר מועד זה.

אפשר לצפות שבעיות אלו יבואו לידי ביטוי גם במסגרת רפורמה רגולטורית מסוג זה בישראל. על רקע האמור, יוצעו (באופן ראשוני) דרכי התמודדות עם הדינמיקות המתוארות – דרכים שיבטיחו כי הקידום של גישת הרפורמה הרגולטורית בישראל ישרת את איכות הרגולציה השלטונית ולא אינטרסים זרים ופוליטיים.

א. המדינה הרגולטורית

1. עלייתה של המדינה הרגולטורית

הביטוי הנפוץ "המדינה הרגולטורית" מבטא שינוי עומק בדרך פעולתה של המדינה – מעבר ממעורבות ישירה באספקת מצרכים ושירותים לציבור למעורבות עקיפה באמצעות הסדרת הפעילות של המגזר הפרטי.¹ תחת פעילות שלטונית בדפוס של מיסוי והוצאה באה פעילות שלטונית בדפוס של קביעת כללי רגולציה ואכיפתם. הרגולציה השלטונית נתפסת כמענה לחששות הנלווים לתהליך ההפרטה, שמהותו העברה של האחריות לאספקת מצרכים ושירותים לידי המגזר העסקי. מגזר זה נתפס כיעיל יותר בביצוע המשימות האמורות, כאשר האינטרס הציבורי אמור להיות מובטח באמצעות הרגולציה השלטונית.² השינוי, כמובן, אינו מוחלט; הוא עניין של מידה. במילים אחרות: הביטוי "המדינה הרגולטורית" מבטא התגברות של הפונקציות הרגולטוריות של המדינה.³ בד בבד יש נטייה להפקיד סמכויות שלטוניות – ובהן סמכויות רגולטוריות – בידים גופים מקצועיים הנהנים במידה זו או אחרת מעצמאות בהשוואה לדרג הפוליטי הנבחר.⁴

- 1 ראו החיבור שכבר נהפך לקלאסי Giandomenico Majone *The Rise of the Regulatory State* (1994) *in Europe*, 17 WEST EUROPEAN POLITICS. כן ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א' 22 (2010); דפנה ברק-ארז **אזרח נתין צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה** (2012). יצחק זמיר תיאר תהליך זה כמעבר מ"מנהל ישיר" ל"מנהל עקיף". לדבריו, "מנהל ישיר משמש את המנהל הציבורי כדי לספק, הוא בעצמו, מצרכים ושירותים לאוכלוסייה". לעומת זאת, "מנהל עקיף משמש כדרך לשרת את הציבור באמצעות גופים פרטיים. הוא משמש בעיקר כדי להבטיח כי מצרכים ושירותים שגופים פרטיים מספקים לאוכלוסייה [...] יהיו ברמה ראויה". יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" **משפט ועסקים** ב 67, 70 (2005). על ההבחנה בין מנהל ישיר לבין מנהל עקיף ראו גם הנס קלינגהופר **משפט מנהלי** 112 (1957). לתיאור עשיר ומאתגר של "המדינה הרגולטורית" ראו דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית: מתווית מונומורפית ו"רזה" למושג פולימורפי ו"עבה" מסדירים רגולציה: **משפט ומדיניות** 23 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016).
- 2 לתיאור של תופעת ההפרטה ראו דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** (3) 461 (2008).
- 3 ראו Fabrizio Gilardi & Martino Maggetti *The Independence of Regulatory Authorities*, *in* HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 201-214 (David Levi-Faur ed., 2011).
- 4 בעשורים האחרונים חל גידול ניכר במספר של סוכנויות הרגולציה העצמאיות ברחבי העולם ובכלל זה באיחוד האירופי. ראו Jacint Jordana, David Levi-Faur & Xavier Fernandez *The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Institutional Emulation and the*

מודל ווסטמינסטר המסורתי, שהתבסס על רשות מבצעת היררכית ואינטגרטיבית, הולך ומתערער עקב מגמה גוברת של פרגמנטציה.⁵ כך, אם בעבר הופקדו רוב סמכויות השלטון בידי משרדי ממשלה שנשלטו על ידי השרים הממונים והונחו על ידי הממשלה, כיום אפשר לזהות מגמה של הפקדת סמכויות שלטוניות בידי רשויות מקצועיות, עצמאיות לחלוטין או למחצה, הנשלטות על ידי מנהלים ממונים שאינם נותנים לציבור דין וחשבון במישרין. תופעה זו כונתה בספרות האקדמית "עליית הבלתי־נבחרים".⁶ אחת התוצאות הנלוות לכך היא שהממשלה איבדה במידת מה את הבלעדיות כגורם המופקד על עיצוב המדיניות של הרשות המבצעת, וכיום אפשר לזהות מוקדים של קבלת החלטות בתוך הרשות המבצעת עצמה.

2. ביקורת כלפי המדינה הרגולטורית

בצד ההכרה בחשיבות הרגולציה השלטונית נמתחה עליה ביקורת רבה. נדמה כי הדברים ממוקדים בשני קווי ביקורת עיקריים⁷ – קו הביקורת הראשון הוא הגירעון הדמוקרטי: היעדר לגיטימיות דמוקרטית להחלטות מדיניות המתקבלות על ידי גופים שאינם נבחרים.⁸ לפי ביקורת זו, המחוקק אוצל סמכויות חקיקה לגופי הרגולציה, בין משום שהוא נעדר יכולת וזמן להידרש לכל סוגיה וסוגיה, בין משום שמדובר בסוגיות סבוכות המחייבות מעורבות של מומחים ובין משום שהוא מבקש להימנע מסוגיות רגישות מבחינה חברתית או פוליטית.⁹ בנסיבות אלו, הסמכות לקביעת המדיניות מופקדת בידי גופים בירוקרטיים לא נבחרים הנעדרים לגיטימציה ציבורית. לפי קו הביקורת השני, המדיניות הרגולטורית שמוסדות המדינה קובעים אינה המדיניות הטובה ביותר, קרי: זו המקדמת את האינטרס

Restructuring of Modern Bureaucracy (unpublished manuscript) (paper presented at the panel "Regulatory capitalism" of the IV ECPR General Conference, at Pisa, Italy, Sep. 6-8, 2007). בישראל התמונה שונה משום שהדגם המוסדי של רשות רגולטורית עצמאית לא אומץ בצורה נרחבת. זהו אחד ההיבטים של "הגירעון הרגולטורי" שנטען כי ישראל לוקה בו. ראו דוד לוי־פאור, נעם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורי של עידן ההפרטה" **מדיניות ההפרטה בישראל** 439 (יצחק גל־נור, אמיר פז־פוקס ונעמיקה ציון עורכים, 2015).

5 דברים אלו יפים בעיקר לגבי מדינות שבהן שרר בעבר משטר פרלמנטרי במתכונת של מודל ווסטמינסטר. ראו VERNON BODGANOR, *THE NEW BRITISH CONSTITUTION* 23 (2009).

6 ראו FRANK VIBERT, *THE RISE OF THE UNELECTED: DEMOCRACY AND THE NEW SEPARATION OF POWERS* (2007).

7 השו David Rubenstein *Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power*, 51 WILLIAM & MARY L. REV. 2177 (2010).

8 ריצ'רד סטיוארט טוען בהקשר זה כי התפקיד הקלאסי של המשפט המנהלי הוא להקנות לגיטימציה ציבורית להפעלת כוח על ידי פקידים לא נבחרים כלפי גופים פרטיים. ראו Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667, 1671 (1975).

9 ראו דינה זילבר, *בירוקרטיה כפוליטיקה* (2006).

הציבורי בצורה מיטבית.¹⁰ בהקשר זה נהוג להשתמש במונח "כשל רגולטורי" כדי לתאר את העלות הכרוכה ברגולציה השלטונית מבחינת האינטרס הציבורי.¹¹ אפשר לפרוט את קו הביקורת הזה לחמש טענות מרכזיות. הטענה הראשונה היא טענת העול הרגולטורי, ולפיה גופי הרגולציה נוטים להפריז בהיקף הרגולציה שהם קובעים בלי לתת משקל הולם לעול שהרגולציה מטילה על המגזר הפרטי המפוקח, המכביד על הפעילות העסקית ועלול לפגוע גם בחדשנות העסקית.¹² בהקשר זה נטען כי גם אם כלל רגולציה מסוים מוצדק והעול הכרוך בו סביר, ההצטברות של כללי רגולציה רבים – שייתכן כי כל אחד מהם מוצדק כשלעצמו – מטילה עול רגולטורי לא סביר. לכך מצטרפת הטענה שגופי הרגולציה נמנעים, ככלל, מלבחון מעת לעת את ההצדקה לכללי הרגולציה. כתוצאה מכך כללי הרגולציה "נערמים" זה על זה ואף "מעלים אבק" כשמבחינה מהותית היה מקום לבטלם או לתקנם.¹³ טענה קשורה נוספת היא שממשלות נוהגות לנקוט יתר רגולציה בתגובה למשברים. הטענה השנייה בקטגוריית הכשל הרגולטורי היא טענת הלכידה. לפי טענה זו, גורמים אינטרסנטיים לוכדים את גופי הרגולציה השלטונית כדי שאלה יקדמו רגולציה שלטונית המעדיפה את האינטרסים הצרים שלהם על פני האינטרס הציבורי.¹⁴ טיעון זה משיק לטענה שפעמים רבות גופי רגולציה מזניחים את שיקול דעתם המקצועי כדי לשאת חן בעיני הדרג הפוליטי. הטענה השלישית היא טענה בדבר היעדר מקצוענות, שלפיה גופי הרגולציה השלטוניים נעדרים כישורים מקצועיים הדרושים לעיצוב מדיניות רגולטורית מיטבית. חיזוק לכך נמצא בכך שתחום הרגולציה הוא מורכב, סבוך ומערב שיקולים משפטיים, שיקולי מדיניות ושיקולים מדעיים; לכך שעל הרגולציה השלטונית להתמודד עם מציאות מורכבת, המשתנה תדיר;¹⁵ ובכך שלמעורבות רגולטורית בתחום

- 10 דפנה ברק־ארז מציינת כי יש מחלוקת בשאלת קיומו של האינטרס הציבורי: האם הוא ערך העומד כשלעצמו או שמא לכל היותר אפשר לזהות את סך ההעדפות של קבוצות באוכלוסייה. בצד זאת ברק־ארז מעירה בצדק כי "גם מי שמחזיק בגישה ספקנית לגבי מהות האינטרס הציבורי חייב להתמודד עם הגדרתו כאשר תחום פעילות מסוים מופקד בידי השלטון, ולכן נדרשת נקיטת עמדה באשר לבחירת המדיניות שתופעל על־ידו". דפנה ברק־ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" עיוני משפט כא(3) 613, 617 (1997).
- 11 ראו (2013) 44 YALE J. REG. ONLINE 30, Barak Orbach, *What is Government Failure?*.
- 12 Richard Stewart, *Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework*, 69 CALIF. L. REV. 1256 (1981).
- 13 בהקשר זה ראו את ההנחיה של נשיא ארצות־הברית לגופי הרגולציה הכפופים למרותו לפעול לבחינה בריעבד של כללי רגולציה משמעותיים. 13,563 Exec. Order, 76 FR 3821 (Jan. 18, 2011), "Improving Regulation and Regulatory Review", available at www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-01-21/pdf/2011-1385.pdf.
- 14 לאחר החיבורים הקלאסיים בתחום זה ראו George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. OF ECON. & MANAG. SCIENCE 3 (1971) STEVEN P. CROLEY, REGULATION AND PUBLIC INTERESTS: THE POSSIBILITY OF GOOD REGULATORY GOVERNMENT (2007).
- 15 CAROL HARLOW & RICHARD RAWLINGS, LAW AND ADMINISTRATION 235 (2009).

מסוים עשויות להיות השלכות לא צפויות בתחומים אחרים.¹⁶ הטענה הרביעית עוסקת בהיעדר התיאום. לפי טענה זו, הפרגמנטציה של הרשות המבצעת – הן במישור האנכי (בין הדרג המיניסטריאלי לגופי הרגולציה) והן במישור האופקי (בין גופי הרגולציה לבין עצמם) – יוצרת מורכבות מוסדית (“Regulation in Many Rooms”)¹⁷ המחייבת תיאום והרמוניזציה בין הגופים המעורבים ברגולציה השלטונית.¹⁸ הריבוי של גופי רגולציה, העובדה שמופקדות בידיהם סמכויות רגולטוריות מקבילות והמצב שבו תחומי האחריות של גופי הרגולציה משיקים ולעתים אף חופפים – כל אלה מחדדים את השאלה אם מתבצע ביניהם התיאום – ואם כן, כיצד.¹⁹ ריבוי גופי הרגולציה עלול, מצד אחד, להוביל לבלבול בקרב הגופים המפוקחים, ומהצד האחר לעורר חשש לתמרון מניפולטיבי של הגופים המפוקחים בין גופי הרגולציה (“Regulatory Arbitrage”).²⁰ הטענה החמישית בקטגוריית הכשל הרגולטורי היא הטענה בדבר ריבוי מטרות והקושי הגלום בכך שגופי רגולציה נוטים לקדם מטרה אחת או כמה מטרות מסוימות מתוך מכלול המטרות שעליהן הם מופקדים.²¹ כדבר שבשגרה, גופי רגולציה נדרשים לקדם כמה מטרות נפרדות. עשויות להתקיים נסיבות שבהן מטרות אלה לא יעלו במלואן בקנה אחד, ואז גוף הרגולציה עלול להעדיף מטרה אחת על פני חברותיה. כך, לדוגמה, אפשר להניח כי גופי הרגולציה יתמקדו

- 16 ראו Cass R. Sunstein, *Free Market and Social Justice* 223 (1997). לביקורת דומה ראו Cary Coglianese, *Measuring Regulatory Performance – Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy* 9 (OECD, 2012): “Even a well-defined, individual regulation will often comprise a complex chain of intervention, interactions, and impact”
- 17 Richard Rawlings, *Introduction: Testing Times, in The Regulatory State – Constitutional Implications* 1, 4 (Dawn Oliver, Tony Prosser & Richard Rawlings eds., 2011)
- 18 Nicolas Bagley & Richard L. Revesz, *Centralized Oversight of the Regulatory State*, 106 *Colum. L. Rev.* 1260, pp 1324 (2006); Jody Freeman & Jim Rossi, *Agency Coordination in Shared Regulatory Space*, 125 *Harv. L. Rev.* 1131, 1134 (2012): “Interagency coordination is one of the central challenges of modern governance”
- 19 לניתוח תאורטי ומעשי של תופעת הביזור הרגולטורי ראו בכרך זה עדי אייל, ציפי איסר-איציק ואורן פרז מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 213 (ישי בלנק, רועי קרייטנר ודוד לוי-פאור עורכים, 2016).
- 20 ראו Freeman & Rossi, לעיל ה”ש 18, בעמ’ 1185; כן ראו Victor Fleischer, *Regulatory Arbitrage*, 89 *Tex. L. Rev.* 227 (2010).
- 21 לסקירה כללית ראו Eric Biber, *Too Many Things to Do: How to Deal with the Dysfunctions of Multiple-Goal Agencies*, 33 *Harv. Envtl. L. Rev.* 1 (2009) הוועדה לשינוי חברתי-כלכלי, הידועה בשם “ועדת טרכטנברג”, עמדה על היבט זה בהמלצותיה: “על רגולטורים שונים מוטלת החובה לקדם מטרות שונות: שמירה על בטיחות, יציבות, הגנה על משקיעים ועוד. לעיתים נראה כי המטרה של שיפור מצבם של משקי הבית, של אזרחי המדינה ותושביה, והגדלה של רווחתם מקבלת הסיבות משנית, אם בכלל, בסדר העדיפויות של הרגולטורים בישראל.” ראו: hidavrut.gov.il/content/4198.

במטרות קלות להשגה ובנות מדידה, תוך הזנחת מטרות מורכבות יותר שקשה לאמוד את מידת השגתן גם אם חשיבותן רבה יותר.²²

ניטול לדוגמה את המפקח על הבנקים בבנק ישראל. המפקח מופקד על יציבות המערכת הפיננסית ככלל ועל הבנקים בפרט.²³ מטרה נוספת שהוא נדרש לקדם היא התחרות בסקטור הבנקאי, שתכליתה לקדם את טובת הצרכנים והציבור הרחב.²⁴ מטרות אלו אינן נתונות בהלימה מלאה זו עם זו, שכן קידום התחרות עלול להפחית את רווחיות הבנקים וכפועל יוצא מכך, לכאורה, לסכן את יציבותם. אפשר להניח כי המפקח על הבנקים יעדיף את המטרה הראשונה – שמירה על יציבות הבנקים – על-פני המטרה השנייה – הגברת התחרות בסקטור הבנקאי, משום שמבחינתו התרחיש החמור מכול הוא זה שבו יציבותו של בנק מתערערת.²⁵

קווי הביקורת שפורטו לעיל ממחישים את מורכבות השאיפה לרגולציה אופטימלית. יש למצוא את שביל הזהב בין קידום הלגיטימיות הדמוקרטית לבין קידום היעילות הפונקציונלית; יש לזהות את דרך הביניים בין רגולציה ביתר לבין רגולציה בחסר; יש לתמך בין הפקדת סמכויות רגולציה בידי גופים מתמחים לבין הרצון במדיניות רגולטורית מתואמת ואחידה; ויש לאזן בין רצון לשתף את הציבור בעיצוב המדיניות הרגולטורית לבין

CHRISTOPHER HOOD ET AL., CONTROLLING MODERN GOVERNMENT – VARIETY, COMMONALITY AND CHANGE 16 (2004): “The failing or pathologies of business regulation have long been discussed... [For example], bureaucratic-behavior styles that lead regulators to focus on what is doable or winnable, often hitting peripheral 'soft targets' at the expense of balance or substantive goals”

22 ראו סעיף 3(3) לחוק בנק ישראל, התש"ע-2010, ס"ח 2237, הקובע כאחת המטרות של בנק ישראל את התמיכה "ביציבותה של המערכת הפיננסית ובפעילותה הסדירה". ראו גם את סמכויות המפקח על הבנקים המעוגנות בפקודת הבנקאות, 1941.

23 ראו סעיף 5(1ג) לפקודת הבנקאות, הקובע כי אחד הטעמים לפרסום הוראות לניהול תקין הוא שמירה על עניינם של לקוחות הבנקים; לסעיף 3 לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981, ס"ח 1022, הקובע כי אחד השיקולים שיש לשקול בעת בחינת בקשה לקבלת רישיון להקמת בנק הוא "תרומת מתן הרישיון לתחרות בשוק ההון ובמיוחד לתרומתו לתחרות במערכת הבנקאות ולרמת השירותים בה". בכל הנוגע לגיבוש של "דוקטרינת התחרות החופשית" ראו בג"ץ Samedan Mediterranean Sea 5812/00 נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(4) 312 (2001).

24 פרמטר חשוב בהקשר זה הוא שאלת הקיום של אמות-מידה המאפשרות למדוד את עמידתו של הרגולטור במטרות הניצבות לפניו. כן רלוונטית מידת הנגישות הציבורית למידע על אודות עמידת הרגולטור במטרות. ראו את פסק דינו של השופט יצחק זמיר בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי הביטוח נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001), שם הבחין השופט זמיר בין שתי מטרות המנחות את המפקח על הביטוח: שמירה על היציבות של חברות הביטוח ופיקוח על תכניות הביטוח. לדבריו, שתי המטרות אמורות לשרת את מטרת-העל שהיא הגנה על ציבור המבוטחים. זמיר ציין את החשש שהמפקח על הביטוח יעדיף את האינטרס של יציבות חברות הביטוח על פני האינטרסים של ציבור המבוטחים. עם זאת, מעבר לדרישה שהמפקח ישקול את מכלול השיקולים בהחלטותיו, זמיר לא הציע פתרון מוסדי או אחר לקושי האמור.

החשש מלכידה של גופי הרגולציה על ידי קבוצות אינטרס פרטי בעלות משאבים ועוצמה ניכרת.²⁶

3. גוף הרגולציה העצמאי

ביקורת נמתחה גם על הפקדת סמכויות רגולטוריות בידי גופים עצמאיים. כמפורט לעיל, התפיסה הרווחת כיום בעולם היא שהפקדת סמכויות רגולטוריות בידי גופים מקצועיים, מתמחים ועצמאיים משפרת את התפקוד, את היעילות ואת האמינות הרגולטורית בלי לגבות מחיר משמעותי במונחים של לגיטימיות דמוקרטית ואחריותיות פוליטית.²⁷ תפיסה זו אינה חפה מביקורת. ראשית, יש הטוענים כי האימוץ הנרחב של הדפוס המוסדי של גוף רגולציה עצמאי ברחבי העולם אינו מבוסס על טעמים שבמהות אלא על תהליך של חיקוי. במילים אחרות, מדינות נכונות ליישם את הדפוס המוסדי האמור על רקע אימוצו במדינות אחרות ועל רקע תפיסתו כמוסד לגיטימי מבחינה חברתית, אף על פי שלא הונח בסיס מספק באשר לתרומתו בפועל לאיכות וליעילות של הרגולציה השלטונית.²⁸ שנית, נטען כי הפקדת סמכויות רגולטוריות בידי גופים עצמאיים עלולה להוביל לעלייה במורכבות המוסדית של רשויות השלטון וכתוצאה מכך – לקשיי תיאום, לעלויות עסקה גבוהות ולפגיעה בפוטנציאל הקיום של פיקוח פוליטי אפקטיבי.²⁹ שלישית, פעמים רבות המודל האידיאלי של גוף הרגולציה העצמאי אינו מאומץ כמות שהוא אלא עובר אדפטציה לתנאים הפוליטיים והתרבותיים הייחודיים לכל מדינה ומדינה.³⁰ נטען כי אימוץ מותאם זה פוגם ביכולת של גוף הרגולציה למלא את המוטל עליו באופן מיטבי.³¹ רביעית, יש פער בין האימוץ הפורמלי של דפוס גוף הרגולציה העצמאי לבין הפרקטיקה הרגולטורית בפועל.³² במילים אחרות: פעמים רבות, אף שהסמכויות הרגולטוריות מופקדות בידי גוף רגולציה עצמאי, נשארת בידי הדרג המיניסטריאלי יכולת השפעה ניכרת על עיצוב המדיניות הרגולטורית. בהקשר זה נטען כי הפקדה של סמכויות רגולציה במישור הפורמלי בידי גופים עצמאיים נועדה לאפשר לדרג הפוליטי להשתחרר מאחריות ולהסיט אשמה, תוך שבפועל הוא משאיר בידיו יכולת להשפיע על עיצוב המדיניות.³³ על רקע כל האמור

- 26 השוו, Ian Ayers & John Braithwaite, *Tripartism: Regulatory Capture and Empowerment*, 16 *LAW & SOCIAL INQUIRY* 435 (1991).
- 27 להצגת הגישה המקובלת בתחום זה ולהצגת הביקורת כלפיה ראו Tom Christensen & Per Laegreid, *The New Regulatory Orthodoxy: A Critical Assessment*, in *HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION* 361 (David Levi-Faur, ed., 2011).
- 28 ראו FABRIZIO GILARDI, *DELEGATION IN THE REGULATORY STATE – INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES IN WESTERN EUROPE* 102 (2008).
- 29 ראו, לדוגמה, המקורות שצינו בה"ש 20 לעיל.
- 30 *The New Regulatory Orthodoxy*, ה"ש 27 לעיל, בעמ' 365.
- 31 Mark Thatcher, *Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation*, 25 *WEST EUROPEAN POLITICS* 125, 144 (2002).
- 32 MARTINO MAGGETTI, *REGULATION IN PRACTICE* 2 (2012).
- 33 CHRISTOPHER HOOD, *THE BLAME GAME – SPIN, BUREAUCRACY AND SELF-PRESERVATION IN GOVERNMENT* 88 (2011). מאידך גיסא, גם בנסיבות שבהן המשרד הממשלתי שומר בידיו את

אפנה כעת להציג את גישת הרפורמה הרגולטורית, המיועדת ליתן מענה לאתגרים אלו ולמצער לחלקם.

ב. גישת הרפורמה הרגולטורית

1. רקע

בפרק זה יוצגו העיקרים של גישת הרפורמה הרגולטורית.³⁴ הביטוי "רפורמה רגולטורית" הוא ביטוי מורכב הטומן בחובו סתירות ומתחים.³⁵ ככלל, גישה זו בוחנת את הדרכים לשפר את איכות הרגולציה השלטונית, בדגש על תהליך עיצובה;³⁶ היא מבקשת לקדם את הרציונליות של עיצוב הרגולציה השלטונית אגב השוואת התועלת הגלומה ברגולציה השלטונית לעלותה.³⁷ זו היא גישה של מטא-רגולציה, העוסקת במכלול המוסדות והכללים

עיצוב המדיניות השלטונית ומותיר לגוף הרגולציה את מלאכת יישום המדיניות, יש הטוענים כי היתרונות המוסדיים של גוף הרגולציה העצמאי מעבירים אליו את מוקד עיצוב המדיניות. ראו, לדוגמה, Peci & Sorbal, להלן ה"ש 228, בעמ' 214.

34 לעתים נעשה שימוש במונח "גישת הרגולציה המיטבית" (Better Regulation). מונח נוסף המופיע בספרות המקצועית הוא "מערכות לניהול רגולציה" (Regulatory Management Systems). ראו INDICATORS OF REGULATORY MANAGEMENT SYSTEMS, להלן ה"ש 50. בחרתי להשתמש במונח "רפורמה רגולטורית" משום שהוא רחב יותר. עם זאת, חשוב להדגיש כי אינני עוסק בהיבטים אחרים שיש הרואים גם בהם חלק מגישת הרפורמה הרגולטורית, כמו קידום מדיניות של דה-רגולציה. השוואת אסיה-פסיפיק לשיתוף פעולה כלכלי ופיתוח [OECD] & Organization for Economic Co-operation and Development [APEC], *Integrated Checklist on Regulatory Reform – A Policy Instrument for Regulatory Policy, Competition Policy and Market Openness* (Jul. 31, 2008), www.oecd.org/regreform/34989455.pdf.

35 Robert Baldwin, *Better Regulation: The Search and the Struggle*, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 259 (Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge eds., 2010); Robert Baldwin, *Better Regulation: Tensions Aboard the Enterprise*, in BETTER REGULATION 27 (Stephen Weatherill ed., 2007).

36 במאמר זה אתמקד בהשפעת הרפורמה הרגולטורית על העיצוב של כללי הרגולציה. בצד זאת, יש לה השפעה גם על שלבי היישום והאכיפה של הרגולציה השלטונית. לחשיבות של שלבי היישום והאכיפה של הרגולציה השלטונית בכל הנוגע ליכולתה להשיג את תכליותה, ראו MEASURING REGULATORY PERFORMANCE, לעיל ה"ש 16, בעמ' 10. לדין בהיבטי אכיפה בהקשר זה ראו Anthony Ogus, *Better Regulation – Better Enforcement*, in BETTER REGULATION 107 (Stephen Weatherill, ed., 2007); JULIE MONK, REFORM OF REGULATORY ENFORCEMENT AND INSPECTIONS IN OECD COUNTRIES (OECD ed., 2012). בסוף שנת 2012 נערך בישראל כנס מטעם OECD שעסק בהיבטי האכיפה הרגולטורית; ראו www.oecd.org/gov/regulatory-policy/regulatoryenforcementandinspections.htm.

37 אפשר לומר כי מדובר בביטוי של דוקטרינת הסבירות ההליכית (המכונה גם "גישת ההבניה הרציונלית של שיקול הרעת המנהלי"). ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א' 417 (אהרן ברק עורך, 2003).

המעצבים את תהליך העיצוב של הרגולציה השלטונית עצמו.³⁸ במקום להתמקד בסדרה של רפורמות הממוקדות בסקטור רגולטורי מסוים, גישה זו נוקטת מבט חוצה סקטורים, המתמקד בכלים לשיפור הרגולציה באופן שיהיה בריישובם בסקטורים שונים, ולשיפור היכולת להעריך את השלכות הרגולציה.³⁹

נקודת המוצא ההיסטורית המקובלת לדיון היא המדיניות של ממשל רייגן בארצות-הברית ושל ממשל תאצ'ר בבריטניה בראשית שנות השמונים של המאה הקודמת.⁴⁰ בשתי המדינות, על רקע ביקורת עזה כלפי העול הרגולטורי הגובר, אומצה מדיניות של רפורמה רגולטורית שנועדה, בין היתר, להקטנתו.⁴¹ בארצות-הברית עוגנה המדיניות בצו נשיאותי מס' 12,291, שהגדיר עקרונות לקביעה ולבחינה מחדש של כללי הרגולציה השלטוניים.⁴² יסוד מרכזי במדיניות הממשל הייתה הדרישה שהתועלת שתפיק החברה מכלל רגולציה מוצעת תעלה על עלותה. במישור המבני נקבע כי כלל רגולציה משמעותי ילווה בתסקיר השפעה רגולטורית (Regulatory Impact Analysis, RIA),⁴³ שיכלול בין היתר תיאור של התועלות והעלויות הגלומות בו (בהמשך נידרש לניתוח עלות-תועלת, Cost-Benefit Analysis, מסוג זה). כן נקבע כי התסקיר יהיה טעון אישור מאת המשרד לניהול ולתקציב (Office of Management and Budget, OMB) הפועל בכפיפות לנשיא.⁴⁴ הפיקוח בפועל מתבצע על ידי המשרד למידע ולעניינים רגולטוריים (Office of Information)

Brownen Morgan, *The Economization of Politics: Meta-Regulation as a Form of Non-Judicial Legality*, 12 SOCIAL AND LEGAL STUDIES 489 (2003) 38

CLAUDIO M. RADAELLI & FABRIZIO DE FRANCESCO, REGULATORY QUALITY IN EUROPE: CONCEPTS, MEASURES & POLICY PROCESSES 4 (2007) 39

TONY PROSSER, THE REGULATORY ENTERPRISE – GOVERNMENT, REGULATION, Lְרוּגָמָה, & LEGITIMACY 205 (2010); Colin Kirkpatrick & David Parker, *Regulatory Impact Assessment: an Overview*, in REGULATORY IMPACT ASSESSMENT – TOWARDS BETTER REGULATION? 1 (Kirkpatrick & Parker eds., 2007) 40

בצד זאת אפשר לזהות התפתחות של פרקטיקות דומות במדינות נוספות פחות או יותר באותן שנים. בדנמרק אומצה כבר בשנת 1966 מתודולוגיה להערכת העלות הכלכלית והאדמיניסטרטיבית של רגולציה; הצעדים הראשונים של ארצות-הברית בתחום התבצעו בשנות השבעים, ופינלנד וקנדה פסעו בעקבותיה באותה תקופה; אוסטרליה, הולנד וגרמניה אימצו רפורמה רגולטורית בד בבד עם בריטניה במשנות השמונים. השוו OECD, REGULATORY IMPACT ANALYSIS: A TOOL FOR POLICY COHERENCE (Sept. 11, 2009) 41

12,291, Exec. Order, 46 FR 13193 (Feb. 17, 1981) 42

Regulatory Impact Assessment – שימוש בשני מונחים חלופיים – Regulatory Impact Analysis ו-Regulatory Impact Assessment. בחרתי להשתמש במונח "תסקיר השפעה רגולטורית" על רקע השימוש במונח "תסקיר" בחקיקה הישראלית לתאר אמצעי דומה, המיועד להעריך השפעות של תכניות מתאר על הסביבה. ראו הגדרת המונח "תסקיר השפעה על הסביבה", סעיף 1 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 467. יש המשתמשים במונח "Regulatory Impact Analysis" כדי לתאר את כל תהליך העיצוב של המדיניות הציבורית במסגרת גישת הרפורמה הרגולטורית. גישה זו יוצרת בלבול אנליטי ומקשה על ההבחנה בין התסקיר לבין רכיבים אחרים של הרפורמה הרגולטורית. 43

12,291 Exec. Order, לעיל ה"ש 42, סעיף 3(c). 44

and Regulatory Affairs, OIRA) שבכית הלבן, הפועל בכפיפות לנשיא ארצות-הברית במסגרת OMB.⁴⁵ כמפורט להלן, תהליך דומה התנהל באותה עת בבריטניה. האג'נדה של רפורמה רגולטורית התפשטה במהירות למדינות נוספות, בעיקר במשך שנות התשעים.⁴⁶ נטען כי "בכל רחבי אירופה, כך נדמה, גורמים פרטיים וציבוריים מתחרים בעלייה לרגל 'למקדש' הרפורמה הרגולטורית".⁴⁷ כיום אפשר לזהות רכיבים של רפורמה רגולטורית במרבית מדינות האיחוד האירופי, במרבית המדינות המשתייכות לארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (Organization for Economic Co-operation and Development, OECD) ובמדינות נוספות. שני שחקני מפתח בקידום הרפורמה הרגולטורית הם OECD והאיחוד האירופי. ארגונים אלה דוחקים במדינות המשתייכות אליהם לקדם אג'נדה של רפורמה רגולטורית בתחומן ומסייעים להן בכך.⁴⁸ הבסיס לכך הוא הטענה שאימוץ הולם של פרקטיקות של רפורמה רגולטורית מוביל לתפקוד כלכלי מיטבי ולרווחה חברתית.⁴⁹ עם זאת, בדוח שהתפרסם בשנת 2009 מטעם הוועדה למדיניות רגולטורית של OECD נמצא כי בצד מגמת ההאחדה של המנגנונים לעיצוב הרגולציה במדינות שונות זו מזו, אפשר עדיין לזהות הבדלים ניכרים במוקד ובהיקף מנגנונים אלו, בעיקר ביכולות המוסדיות לנהל את הרפורמה הרגולטורית וליישם מערכת מקיפה של תסקירי השפעה רגולטורית.⁵⁰ בספרות האקדמית הוצגו כמה הסברים לכך שגישת הרפורמה הרגולטורית אומצה באופנים שונים במדינות שונות. הסבר אחד לכך הוא ההקשר הפוליטי של כל מדינה, לרבות האופן שבו המדיניות הציבורית מעוצבת באותה מדינה.⁵¹ הסבר שני לכך הוא הכשירות המוסדית של

- 45 OMB פרסם חוזר (Circular A-4) המציג במפורט את האופן שבו יש לערוך תסקיר השפעה רגולטורית. ראו OFFICE OF MGMT. AND BUDGET [OMB], CIRCULAR A-4 – REGULATORY ANALYSIS (2003), available at www.whitehouse.gov/omb/circulars_a004_a-4.
- 46 Claudio M. Radaelli, *The Diffusion of Regulatory Impact Analysis – Best Practice or Lesson-Drawing?*, 43 EUROPEAN J. OF POLITICAL RESEARCH 723, 726 (2004).
- 47 Stephen Weatherill, *The Challenge of Better Regulation*, in BETTER REGULATION 4 (Stephen Weatherill, ed., (2007) כן ראו THE REGULATORY ENTERPRISE, לעיל ה"ש 40, בעמ' 201).
- 48 ראו REGULATORY QUALITY IN EUROPE, לעיל ה"ש 39, בעמ' 2. המחברים מדגישים גם את תפקידו של הבנק העולמי בקידום הרפורמה הרגולטורית.
- 49 OECD REVIEWS OF REGULATORY REFORM: UNITED KINGDOM 2002: CHALLENGES AT THE CUTTING EDGE 3 (2002).
- 50 REGULATORY POLICY COMMITTEE [RPC], INDICATORS OF REGULATORY MANAGEMENT SYSTEMS 6 (OECD, 2009). לתיאור של מודלים מוסדיים ראו להלן, הטקסט בתת-פרק ב.3.
- 51 ראו Claudio M. Radaelli, *Diffusion Without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment*, 12 J. OF EUROPEAN PUBLIC POLICY 843 (2005); Claudio M. Radaelli, *Desperately Seeking Regulatory Impact Assessment: Diary of a Reflective Researcher*, 15 EVALUATION 31, 45 (2009).

השירות הציבורי בכל מדינה, קרי: שאלת הקיום של מוסדות, תהליכים ויכולות ניהוליות המאפשרים ליישם את גישת הרפורמה הרגולטורית.⁵²

2. המאפיינים של גישת הרפורמה הרגולטורית

גישת הרפורמה הרגולטורית נועדה לקדם מדיניות רגולטורית המבוססת על ניתוח רציונלי ועל הערכה של התועלת הגלומה ברגולציה השלטונית אל מול העלות המוטלת על הציבור הרחב ועל המגזר המפוקח עקב יישומה.⁵³ נטען כי גישת הרפורמה הרגולטורית מקדמת את התכליות הבאות: מידתיות – התאמת הרגולציה להיקף הבעיה שהיא מיועדת לפתור; מכוונת-מטרה – התמקדות של הרגולציה בבעיה והימנעותה מתוצאות לא צפויות ולא רצויות בהיבטים אחרים של הכלכלה או החברה; עקביות בתהליך קבלת ההחלטות; אחריות גבין פעולות ותוצאות רגולטוריות; ושקיפות בתהליך קבלת ההחלטות, באופן שיוביל להרחבה של מעורבות הציבור בעיצוב המדיניות השלטונית.⁵⁴

חשוב להדגיש כי הרעיון אינו להחליף את ההכרעה הפוליטית בפתרונות טכנוקראטיים אלא לסייע לעיצוב המדיניות כך שיתבסס על ידע אמפירי. הנחה שביסוד הרפורמה הרגולטורית היא שיש זיקה בין איכות התהליכים המשמשים לקביעת הרגולציה השלטונית לבין איכותה.⁵⁵ כפי שיפורט להלן, הנחה זו אינה מובנת מאליה.

הביטוי "רפורמה רגולטורית" מתייחס לקשת רחבה של כלים תומכי-מדיניות שתכליתם לשפר את איכות הרגולציה השלטונית, ובכללם כלים לקידום שקיפות ומעורבות ציבורית; כלים להפחתת העול המנהלי הכרוך ברגולציה השלטונית; הנחיות לאכיפה מיטבית; חלופות לרגולציה המסורתית הנערכת בטכניקה של ציווי ושליטה.⁵⁶ גישת הרפורמה הרגולטורית מיועדת לשפר את עיצוב הרגולציה השלטונית, את יישומה ואת אכיפתה.

במוקד הרפורמה הרגולטורית ניצב תסקיר ההשפעה הרגולטורית (Regulatory Impact Assessment, RIA).⁵⁷ זהו כלי מתודולוגי לעריכת בדיקה שיטתית שעניינה ההשפעה של

52 ראו Colin Kirkpatrick, David Parker & Yin-Fang Zhang, *Regulatory Impact Assessment in Developing and Transition Economies: A Survey of Current Practice*, PUBLIC MONEY & MANAGEMENT 291 (2004). ייתכן שיש מקום להבחין בין אימוץ רכיבים של גישת הרפורמה הרגולטורית ככלל והטמעת השימוש בתסקיר השפעה רגולטורית בפרט לבין הטמעת המעטפת המוסדית הנלווית לכך, לרבות גוף פיקוח רגולטורי.

53 לתיאור התפיסה הרציונלית-ביורוקרטית ולהנגדתה לתפיסה של ייצוגיות פוליטית בהקשר של חובת ההנמקה ראו יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט (1) 5, 6, 64-60 (2002).

54 BETTER REGULATION TASK FORCE [BRTF], PRINCIPLES OF GOOD REGULATION (London, Cabinet Office, 2003).

55 ראו, לדוגמה, CASS R. SUNSTEIN, THE COST – BENEFIT STATE: THE FUTURE OF REGULATORY PROTECTION 5, 31 (2003); CASS R. SUNSTEIN, SIMPLER: THE FUTURE OF GOVERNMENT 5 (2013).

56 ראו *Tensions aboard the Enterprise*, לעיל ה"ש 35, בעמ' 32.

57 שם, בעמ' 32.

כלל הרגולציה המוצע.⁵⁸ התסקיר מסייע גם לבחינת חלופות עיקריות לרגולציה האמורה. השימוש בתסקיר יכול להיעשות בטרם נקבע כלל הרגולציה המוצע (ex ante) או בדיעבד (ex post).⁵⁹

נטען כי השימוש בתסקיר ההשפעה הרגולטורית מסייע בעיגון ההחלטה השלטונית בתשתית עובדתית מספקת, וכן – ובעיקר – הוא מסייע להעריך את ההשלכות של הרגולציה המוצעת, לחיוב ולשלילה.⁶⁰ התסקיר מרחיב את השקיפות של תהליך קבלת ההחלטות השלטוניות, והוא מסייע בהרחבת האחריות של מקבלי ההחלטות ובביסוס של תרבות רגולטורית אחידה ושל שפה משותפת בין רגולטורים. אכן, יש הרואים בשימוש ההולך וגובר בתסקירי השפעה רגולטורית חלק מרכזי מהמהפכה הניהולית שעוברת על השירות הציבורי במדינות מערביות.⁶¹

ככלל, תסקיר כולל כמה רכיבים:⁶² (1) תיאור של הבעיה המצדיקה את ההתערבות הרגולטורית ושל תכלית המדיניות הרגולטורית. רצוי כי התכלית תהיה ממוקדת, ניתנת למדידה, בת השגה, ריאליסטית וקצובה בזמן. (2) תיאור החלופות שנסקלו לפתרון הבעיה שתוארה, לרבות דרכי התערבות לא רגולטוריות.⁶³ בהקשר זה יש להתייחס לשאלה מדוע

58 בבריטניה הוגדר המונח תסקיר השפעה רגולטורית כך: "A tool which informs policy decisions. It is an assessment of the impact of policy options in terms of the costs, benefits and risks of a proposal". CABINET OFFICE, BETTER POLICY MAKING: A GUIDE TO REGULATORY IMPACT ASSESSMENT (Regulatory Impact Unit, London, 2003). הערכת ההשלכות של מדיניות ציבורית אינה ייחודית בבריטניה לקביעה של כללי רגולציה והיא חלה בתחומים נוספים; ראו THE GREEN BOOK: APPRAISAL AND EVALUATION IN CENTRAL GOVERNMENT: TREASURY GUIDANCE (3d ed. 2003).

59 לבדיקה בדיעבד יש חשיבות בכמה מישורים. היישום של כלל הרגולציה מאפשר לאסוף מידע חיוני לצורך הערכת העלות והתועלת של כלל הרגולציה. הבדיקה בדיעבד מאפשרת לשוב ולבחון את נחיצות הכלל ויש בה כדי למנוע התקבעות של רגולציה לא ראויה. נוסף על כך היא מאפשרת לבחון את האיכות של תסקיר ההשפעה הרגולטורית שנערך מלכתחילה ואת מידת דיוקו, ובדרך זו לשפר ככלל את העריכה של תסקירי ההשפעה הרגולטורית. ראו גם ה"ש 13 לעיל.

60 ראו, לדוגמה, THE COST-BENEFIT STATE, לעיל ה"ש 55, בעמ' 9. כן ראו *Regulatory Impact Assessment*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 2. נטען גם כי ניתוח עלות-תועלת הוא אמצעי לחילוף מקבלי ההחלטות מכשלים הנובעים מהטיות קוגניטיביות ודרך להתמודד עם "תחושות בטן" העומדות לעתים ביסוד מדיניות ממשלתית. ראו SIMPLER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 44.

61 *Regulatory Impact Assessment*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 2. לתיאור דפוסים של המהפכה הניהולית ראו CHRISTOPHER POLLITT & GEERT BOUCKAERT, PUBLIC MANAGEMENT REFORM – A COMPARATIVE ANALYSIS (2004).

62 הספרות העוסקת באופן העריכה של תסקיר ההשפעה הרגולטורית היא עשירה מאוד. לסקירה כללית ראו Kai Wegrich *Regulatory Impact Assessment: Ambition, Design & Politics*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION, לעיל ה"ש 3, בעמ' 400.

63 ההתערבות הרגולטורית היא רק אמצעי אחד מני רבים העומדים לרשות רשויות השלטון להשגת יעדיהן: פעולה ישירה של המדינה, לרבות באמצעות חברות ממשלתיות; הענקת תמיכה כספית – לרבות באמצעות מימון ביטוחי – לפעולות שהמדינה מבקשת לעודד;

הרגולציה הקיימת אינה נותנת מענה הולם לבעיה שתוארה. לעתים חלק זה כולל תיאור של העלויות והתועלות של החלופות שנבחנו; (3) תיאור הליך ההיוועצות שנערך עם בעלי העניין הנוגעים לעניין ובכללם הציבור הרחב והסקטור המפוקח; (4) תיאור החלופה המועדפת, תוך פירוט השפעותיה העיקריות – לרבות ניתוח עלות-תועלת – והנמקה מדוע הועדפה על פני החלופות האחרות שנבחנו; (5) תכנית למעקב, לניטור ולבקרה בדיעבד של כלל הרגולציה המוצע. תסקיר ההשפעה הרגולטורית מפורסם, ככלל, לידיעת הציבור הרחב.

החלק העיקרי של תסקיר ההשפעה הרגולטורית הוא ניתוח עלות-תועלת של כלל הרגולציה המוצע.⁶⁴ במסגרת זו נבחנות ההשפעות של כלל הרגולציה המוצע על המגזר העסקי המפוקח, על ציבור הצרכנים ועל בעלי עניין נוספים. ניתוח עלות-תועלת יכול לבוא לידי ביטוי בתיאור פשוט של ההשפעות על בעלי העניין או בכימות מספרי מלא של ההשפעות. בחלק זה מיושמת מתודולוגיה לכימות ההשפעות של הרגולציה המוצעת, והתוצאה המיוחלת היא השוואה מספרית בין סך התועלות הגלומות בכלל הרגולציה המוצע לבין סך עלויותיו. יודגש שוב כי המתודולוגיה הכמותית מיועדת לסייע למקבלי ההחלטות להעריך את דרכי הפעולה הפתוחות בפניהם, אך לא להחליף את שיקול הדעת המסור להם.

אחד הקשיים העיקריים בעריכה של ניתוח עלות-תועלת הוא הערכת התועלת הגלומה ברגולציה השלטונית.⁶⁵ כך, לדוגמה, יש מחלוקות מתודולוגיות עזות באשר ליכולת לכמת את התועלת הגלומה ברגולציה סביבתית מוצעת העשויה לשפר את איכות חייהם של רבים.⁶⁶ על רקע זה נטען כי יש נטייה להתמקד בהערכת העלות של הרגולציה; בעבר באה נטייה זו לידי ביטוי במבחן שהוקדש רק לכך.⁶⁷ נטען, כי כיום יש במקרים רבים התמקדות

הטלת מס על פעולות לא רצויות; שימוש בדיני ההגבלים העסקיים. לתיאור נרחב של כלי ההתערבות ראו LESTER M. SALAMON, *THE TOOLS OF GOVERNMENT – A GUIDE TO THE NEW GOVERNANCE* (2002).

64 לסקירה כללית ראו Stuart Shapiro, *The Evolution of Cost-Benefit Analysis in US Regulatory Decisionmaking*, in HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION, MATTHEW D. ADLER & ERIC A. POSNER, *NEW FOUNDATIONS OF COST-BENEFIT ANALYSIS* (2006). יוער כי יש כלים כלכליים נוספים המשמשים להערכת האיכות של הרגולציה השלטונית; אחד מהם, למשל, הוא ניתוח עלות-אפקטיביות (Cost-Effectiveness Analysis), שתכליתו לבחון את האפשרות למזעור העלות הכרוכה בהשגת מטרה קונקרטית. *THE REGULATORY ENTERPRISE*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 203.

66 ראו FRANK ACKERMAN & LISA HEINZERLING, *PRICELESS – ON KNOWING THE PRICE OF EVERYTHING AND THE VALUE OF NOTHING 2* (2005). לביקורת על ההערכה הכמותית של עלות הרגולציה השלטונית ראו Lisa Heinzerling & Frank Ackenman, *The \$1.75 Trillion Lie*, 1 MICH. J. ENV'T'L & ADMIN. L. 127-158 (2012).

67 בראשית ימיה של הרפורמה הרגולטורית כבריטניה נעשה שימוש ב"תסקיר עלות הציות" שבחן רק את העלות למגזר המפוקח הנובעת מכלל הרגולציה המוצע. ראו JULIE FROUD, *ET AL.*, *CONTROLLING THE REGULATORS* 6 (1998).

ברכיב העלות תוך זניחת יסוד התועלת בשל חוסר הוודאות במדידתו.⁶⁸ הקושי טמון בכך שהערכת רכיב העלות בלבד מובילה להטיה דה-רגולטורית.⁶⁹ נוסף על כך, הערכה של רכיב העלות נשענת במידה לא מבוטלת על מידע שמסר המגזר המפוקח, על המורכבות הגלומה בכך.⁷⁰ קושי נוסף בניחות של עלות-תועלת טמון בממד החלוקתי, קרי: בשאלה כיצד התועלות והעלויות מתחלקות בקרב קבוצות בחברה. גם כשיש הערכה כיצד כלל הרגולציה משפיע על קבוצות שונות זו מזו, קשה להעריך אם התוצאה שהתקבלה היא צודקת – וזאת ללא הזדקקות לתאוריות פוליטיות, החיצוניות לניתוח.⁷¹ יש הטוענים כי ניתוח עלות-תועלת מעורר קושי מוסרי משום שהוא מחייב להצמיד "תווית" כלכלית המשקפת את חייו של אדם או את בריאותו.⁷² כמו כן, ניתוח עלות-תועלת טעון מומחיות בתחום הכלכלה, והיבט זה עלול להפחית את שקיפות ההליך, את הערובה לעריכתו באופן נטול פניות ואת נגישותו לציבור הרחב; הוא גם עשוי להסיט את עיקר כובד המשקל במסגרת תהליך העיצוב של המדיניות הציבורית לכיוון של כלכלנים המתמחים בניתוח האמור.⁷³ נוסף על כך, הכנת תסקיר השפעה רגולטורית טעונה משאבים לא מבוטלים. החשש הוא שמשרדי הממשלה יראו בהכנת התסקיר מטלה ביוורקטית שיש ליישם באופן פורמלי ולא כחלק חשוב ואינטגרלי מתהליך קבלת ההחלטות.⁷⁴ על רקע זה אפשר לזהות במדינות שונות דגש על מידתיות, כמובן זה שהמשאבים המושקעים בהכנת התסקיר נדרשים להלום את הסוגיה הנדונה ובמיוחד את ההשפעות של כלל הרגולציה המוצע על הכלכלה, על החברה או על הסביבה. בנסיבות שבהן ההשפעות של כלל הרגולציה מוגבלות (התועלות והעלויות צפויות להיות נמוכות), התסקיר יכול להיות מצומצם בהיקפו; כאשר מדובר בכלל רגולציה משמעותי יש לערוך תסקיר מלא. עם זאת, חשוב להבטיח כי ההחלטה אימתי לערוך תסקיר השפעה רגולטורית מלא ומתי יש לערוך תסקיר חלקי לא תתבסס על שיקולים פוליטיים אלא על שיקולים מקצועיים.⁷⁵ חשש נוסף הוא שדווקא המאפיינים של ניתוח עלות-תועלת, והישענותו על מידע רחב היקף ועל ידע כלכלי מורכב, מעניקים יתרון לבעלי עניין במובן זה שרק הם יכולים להשקיע את

- 68 בהקשר האמריקני ראו *Assessing Regulatory Impact Analyses*, להלן ה"ש 94, בעמ' 868.
- 69 *The Regulatory Enterprise*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 203. כן ראו הדיון להלן, בתת-פרק ג.
- 70 ראו *Simpler*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 174.
- 71 *Controlling the Regulators*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 20.
- 72 *Priceless*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 9.
- 73 לטענה זו ראו Brownen Morgan, *The Economization of Politics: Meta-Regulation as a Form of Non-Judicial Legality*, 12 *Social & Legal Studies* 489 (2003).
- 74 ממד זה עמד במוקד הביקורת של לשכת המבקר הלאומי (National Audit Office) על יישום הרפורמה הרגולטורית במדינה. ראו, לדוגמה, NATIONAL AUDIT OFFICE [NAO], *Evaluation Of Regulatory Impact Assessments 2005-06* 3 (2006).
- 75 כך, לדוגמה, בארצות-הברית יש הבחנה בין הדרישות המופנות לרגולציה מוצעת משמעותית לבין אלו המופנות לרגולציה מוצעת "רגילה". אמת-המידה להבחנה בין סוגי הרגולציה, כפי שעוגנה בצו נשיאותי מס' 12,866, כוללת חלופה כמותית (היקף מינימלי של סך ההשפעה של הרגולציה המוצעת) וחלופה איכותית (השפעה מהותית של כלל הרגולציה המוצעת). הגדרה זו מותירה מרחב ניכר לגופי הרגולציה בכואם לקבוע אם יש צורך בעריכת התסקיר אם לאו.

המשאבים הנדרשים כדי לממן שירותים של כלכלנים המתמחים בניתוח מסוג זה, ואלה ישפיעו על עיצוב המדיניות הציבורית.⁷⁶ אפשר לזהות מגמה של הרחבת הנבחן בתסקיר ההשפעה הרגולטורית, הבאה לידי ביטוי בהוספת היבטים שעל עורך התסקיר לבחון בניתוח העלות-תועלת. כך, לדוגמה, בכריטיניה, כבר מתחילת הדרך בחנו תסקירי ההשפעה הרגולטורית את השפעת הרגולציה על עסקים קטנים. החל בשנת 2002 נדרש התסקיר לכלול הערכה של השפעת הרגולציה המוצעת על התחרות.⁷⁷ בהמשך שולבו בתסקיר היבטים נוספים הנגזרים מהמישור החברתי ומהמישור הסביבתי.⁷⁸ כך, OECD מנחה לבחון את השפעות הרגולציה על תחרותיות המשק והצמיחה הכלכלית.⁷⁹ השאיפה היא שתסקיר ההשפעה הרגולטורית יבטא את המורכבות של תכליות הרגולציה, ובכלל זאת את הרצון להשיג מטרות חברתיות או סביבתיות. עם זאת אפשר לטעון כי הוספת היבטים לבחינה מכבידה על עורכי התסקיר ועלולה להוביל לרתיעה ראשונית מעריכתו. כמו כן, הוספת היבטים כאמור גם מקשה על חילוץ של אמת-מידה ברורה יחסית להערכת הרגולציה המוצעת.

3. הממד המוסדי

העמקת הפן הרגולטורי בפעילות המדינה, ובעקבותיה הרחבת השימוש בתסקירי השפעה רגולטורית, היו מלוות בהכרה הולכת וגוברת בחשיבות הפן המוסדי בכלל, בצורך לקבוע מנגנונים מוסדיים לשיפור האיכות של הרגולציה השלטונית במיוחד, ובאופן קונקרטי לרפורמה הרגולטורית – מנגנונים מוסדיים לפיקוח מראש ולהערכה בדיעבד של איכות תסקירי ההשפעה. נדמה שכיום יש מוסכמה שלפיה קידום נאות של גישת הרפורמה הרגולטורית מחייב פיתוח מומחיות בכל הנוגע לעקרונות של גישה זו בקרב רשויות השלטון, לרבות יכולות הערכה וכימות של התועלות והעלויות של כלל רגולציה מוצע, ושלצורך פיתוח יכולות אלו יש צורך במעטפת מוסדית הולמת.⁸⁰ עיצוב מסגרת מוסדית

76 Cass R. Sunstein טוען, כי השימוש בניתוח עלות-תועלת מקשה על השפעת קבוצות של בעלי עניין, שכן הוא מחייב אותן להציג מידע מניח את הדעת לפני הגורם המוסמך. ראו SIMPLER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 151. נראה כי הוא מתעלם מכך שהיכולת להציג את המידע האמור נגזרת מכמות המשאבים העומדים לרשות הגורם הפרטי המבקש להשפיע על עיצוב המדיניות הציבורית. במילים אחרות: דווקא הפרופסיונליזציה של עיצוב המדיניות הציבורית, והרחבת ההשפעה של תחום הכלכלה, הן שמרחיבות את יכולת ההשפעה של בעלי עניין פרטיים.

77 הערכת התחרות צריכה להיערך בשיתוף עם המשרד למסחר הוגן (Office of Fair Trading), המספק ייעוץ והכוונה מקצועיים.

78 כגון בחינת ההשפעה על בריאות הציבור, בחינת ההשפעה על האזור הכפרי, בחינת ההשפעה על מדיניות של קידום שוויון בין המינים, בחינת השפעה על מדיניות של פיתוח בריאות.

79 ראו OECD, RECOMMENDATION OF THE COUNCIL OF REGULATORY POLICY & GOVERNANCE 7 (2012).

80 Jonathan B. Wiener & Alberto Alemanno, *Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic: The Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU*, in *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* 309 (Susan

הולמת – ובעיקר כינון רגולטור-על שיפקח על הרגולטורים ("רגולטור של הרגולטורים") – הוא כיום חלק בלתי נפרד מהרפורמה הרגולטורית.⁸¹

המודל המוסדי המקובל כיום להטמעת הרפורמה הרגולטורית משלב בין הטלה של יישום הרפורמה הרגולטורית על גופי הרגולציה לבין הפקדת גוף מרכזי על קידום הרפורמה הרגולטורית בקרב רשויות השלטון. בספרות האקדמית נהוג לכנות גוף זה "גוף פיקוח רגולטורי" (Regulatory Oversight Body, ROB).⁸² בשנת 2008, ברוב רובן של המדינות המשתייכות ל-OECD היה גוף פיקוח מסוג זה.⁸³ לרוב גוף זה ממוקם ברשות המבצעת. לעתים הוא ממוקם ברשות המחוקקת.⁸⁴

אפשר לזהות שתי גרסאות עיקריות לאופן העיצוב של ROB: לפי הגרסה הראשונה, ROB משמש גוף מייעץ בלבד, בעל מומחיות בתחום, המסייע באופן וולונטרי לגופי הרגולציה – והם שמופקדים על יישום הרפורמה הרגולטורית. בגרסה זו ה-ROB מופקד על הנחיות באשר לתסקיר ההשפעה הרגולטורית ומספק ייעוץ ומשוב לגבי תסקירים פרטניים.⁸⁵ לפי הגרסה השנייה, גופי הרגולציה מחויבים להיוועץ ב-ROB או לקבל את אישורו לתסקירי ההשפעה הרגולטורית שהם עורכים. ROB נתפס כ"שחקן וטו" בכל הנוגע לעיצוב הרגולציה השלטונית.⁸⁶ הוא נדרש לקיים פיקוח ובקרה על גופי הממשל העוסקים ברפורמה הרגולטורית.⁸⁷

- Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth, eds., 2010). המלצה לקידום של גופי פיקוח רגולטוריים הוצגה על ידי OECD; ראו RECOMMENDATION OF THE COUNCIL OF REGULATORY POLICY AND GOVERNANCE, לעיל ה"ש 79, בעמ' 4. כך, אף נטען, כי "Executive Review of agency rulemaking is one of the most important innovations in contemporary American administrative law". Michael A. Livermore & Richard L. Revesz, *Regulatory Review*; יוער, כי *Capture and Agency Inaction*, 101 GEORGETOWN L. J. 1337, 1338 (2013) ניתוח מלא של המאפיינים המוסדיים של גוף הפיקוח הרגולטורי, בעיקר בהקשר הישראלי (לדוגמה: מי מופקד על המינוי של חברי גוף הפיקוח ומי ראשי להורות על העברתם מתפקידם ובאלו נסיבות) חורג מגדר המאמר הנוכחי ויש להותירו למחקר עתידי.
- 81 *Strengthening the Institutional Setting for Regulatory Reform*, להלן ה"ש 195, בעמ' 7. יוער כי לכלל רשויות השלטון יש תפקיד בקידום של רגולציה שלטונית איכותית. הרשות השופטת מפקחת על עמידת הרגולציה השלטונית באמות-המידה של המשפט הציבורי והרשות המחוקקת מקיימת פיקוח פוליטי (במישרין) ופיקוח מקצועי (באמצעות מבקר המדינה) על איכות הרגולציה השלטונית. במאמר זה המוקד הוא גופי בקרה הפועלים בתוככי הרשות המבצעת.
- 82 *Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 309.
- 83 *Indicators of Regulatory Management Systems*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 22.
- 84 *Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 311.
- 85 דוגמה לגוף מהסוג האמור הוא המנהלה לרגולציה מיטבית (Better Regulation Executive) הפועלת בבריטניה, שתפקידה מתמצה בהכוונה, בהדרכה ובהנחיה. כפי שיפורט להלן, בשנת 2005 הוקמה גם הוועדה למדיניות רגולטורית, המקיימת פיקוח כופה על כללי רגולציה מוצעים.
- 86 ראו GEROGE TSEBELIS, *VETO PLAYERS: HOW POLITICAL INSTITUTIONS WORK* (2002).
- 87 דוגמה לדפוס מוסדי זה הוא המשרד למידע ולעניינים רגולטוריים (Office of Information and Regulatory Affairs) הפועל במשרד לניהול ולתקציב (Office of Management and Regulatory Affairs).

המודל המוסדי הנבחר צריך ליתן מענה לכמה היבטים: פיתוח מומחיות בעריכה של תסקירי השפעה רגולטורית (לרבות פיתוח הנחיות מתאימות, מערך הכשרה ומערך פיקוח על גופי הרגולציה); תיאום בין גופי הרגולציה בהערכת ההשפעות של כלל הרגולציה המוצע; קידום של שיתוף הציבור והיוועצות עם בעלי עניין רלוונטיים; קידום היישום של הרפורמה הרגולטורית באופן כללי.⁸⁸ הפיקוח יכול לעסוק בהיבטים מהיבטים שונים: בדיקה אם התסקיר נערך בהתאם לתהליכים ולפרוצדורות שנקבעו; הערכה של רמת הניתוח שבוצעה (התוצר); הערכה של השפעת התסקיר על איכות התוצר הרגולטורי; הערכת ההשפעה של השינוי באיכות הרגולציה על מטרות חברתיות, כלכליות וסביבתיות רחבות יותר.

הספרות האקדמית עסקה בשאלה אלו תנאים נדרשים להצלחה של גוף פיקוח רגולטורי בתפקיד המוטל עליו. לכאורה מתגלה סתירה פנימית: מצד אחד נטען כי יש חשיבות למיקום המוסדי של ROB, קרי: למשרד הממשלתי שאליו הוא משתייך (תוך התחשבות בסוג המומחיות שמשרד זה מגלם – משפטית, ניהולית, כלכלית או אחרת) ולתמיכה הפוליטית שממנה הוא נהנה. אחת מהמלצות המועצה למדיניות רגולטוריות ולממשליות של OECD היא שהמדינות החברות יתחייבו – בדרג הפוליטי הבכיר ביותר – לקידום של רפורמה רגולטורית.⁸⁹ אכן, על פי רוב ROB ממוקם ב"ליבת הרשות המבצעת", קרי: במשרד ראש הממשלה או במשרד האוצר.⁹⁰ מהצד האחר נטען כי יש חשיבות בפיתוח מומחיות מקצועית. האופי הטכני המורכב של ניתוח עלות-תועלת ושל תסקיר השפעה רגולטורית מחייבים צוות מיומן ומקצועי; היינו: הפוליטי והמקצועי נדרשים לדור בכפיפה אחת.

אפשר לנסות ליישב בין היבטים אלו. ROB צריך לקדם את סדר העדיפויות העקרוני שנקבע על ידי הדרג הפוליטי הנבחר, ולהבטיח שקידומו ייעשה בשים לב לעקרונות המקצועיים המחייבים את גופי הרגולציה ונדרשים מעקרונות הרפורמה הרגולטורית. המעמד המקצועי נועד להבטיח כי ROB אכן יפעל לקידום רגולציה איכותית. הגיבוי הפוליטי נועד להעצים את יכולתו של ROB למלא את תפקידו האמור אל מול גופי רגולציה, שאף הם נדרשים לפעול במסגרת לחצים פוליטיים וציבוריים. קושי עשוי להתעורר במצבים שבהם ההנחיה של הדרג הפוליטי סותרת את הנדרש מבחינה מקצועית, למשל בכל הנוגע לקביעת סדר העדיפויות בעיצוב רגולציה חדשה. אפשר להניח כי במקרים מעין אלו תגבר הכרעתו של הדרג הפוליטי, אלא של-ROB יש תפקיד חיוני בהצגת משמעויות ההחלטה והשלכותיה לפני הדרג הפוליטי הנבחר, כמו גם בקידום של דיאלוג פנים-ממשלתי המיועד לטייב את תהליך קבלת ההחלטות.

88 Budget (Budget) בכפיפות לנשיא ארצות-הברית. כל תסקיר השפעה רגולטורית שנערך עבור כלל רגולציה משמעותי חייב לקבל את אישור OIRA כתנאי למתן תוקף לכלל הרגולציה המוצע. Cass R. Sunstein טוען כי אחד התפקידים העיקריים המוטלים על OIRA הוא לשמש "נאמן ההליך המנהלי התקין"; במלים אחרות: לגישת Sunstein, על OIRA להקפיד על קידום האידאלים הפרוצדורליים המכונסים תחת הכותרת "ממשל ראוי". ראו SIMPLER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 31.

89 RECOMMENDATION OF THE COUNCIL OF REGULATORY POLICY & GOVERNANCE, לעיל ה"ש 79, בעמ' 4.

90 Strengthening the Institutional Setting for Regulatory Reform, ה"ש 195 להלן.

ג. ביקורת על גישת הרפורמה הרגולטורית

1. האתגר בהערכה של גישת הרפורמה הרגולטורית

בחלק הראשון של המאמר הצבעתי על האתגרים הניצבים לפני מי שמבקש לשפר את איכות הרגולציה השלטונית. האם הרפורמה הרגולטורית נותנת מענה לאתגרים אלו? התשובה לכך מורכבת. חשוב לזכור כי אופן היישום של הרפורמה הרגולטורית שונה ממדינה למדינה, ואף בכל מדינה אופן יישומה משתנה מעת לעת. אי-אפשר לזהות התאמה ברורה בין המסגרת המוסדית של עיצוב הרגולציה השלטונית, ובכלל זאת המידה והאופן של אימוץ פרקטיקות של רפורמה רגולטורית במדינה פלונית, לבין תפקוד הכלכלה באותה מדינה והרווחה החברתית בה ככלל.⁹¹

OECD ביקש להתמודד עם הקושי בהערכת הרפורמה הרגולטורית באמצעות פיתוח מערך של אינדיקטורים להערכת המוסדות המעצבים את הרגולציה השלטונית. האינדיקטורים מתמקדים בפרקטיקות המוסדיות הקיימות כפי שהן מעוגנות בהסדרים ובפרוצדורות מנהליות.⁹² תכלית האינדיקטורים היא לבחון את המידה שבה המדינה הנבחנת פועלת בהתאם לעקרונות הרגולציה המיטבית, כפי שנקבעו על ידי OECD.⁹³ מחקרים נוספים העריכו את איכות הפרקטיקות הנובעות מגישת הרפורמה הרגולטורית ובעיקר את האיכות של תסקירי ההשפעה הרגולטורית.⁹⁴ כך, באחד המחקרים נבחנו עשרות כללי רגולציה ותסקירי ההשפעה שנלוו להם על יסוד "כרטיס ניקוד", הכולל רשימה מפורטת של תנאים נדרשים לעריכה של תסקיר השפעה רגולטורית איכותי. זאת, בשים לב לעקרונות היסוד שנקבעו במסמכי המדיניות הרלוונטיים שהטמיעו את גישת הרפורמה הרגולטורית באותה מדינה.⁹⁵ אמנם כיוון זה אפשרי, אך הוא מוגבל במובן זה שהוא מתמקד במישור

91 שם, בעמ' 7.

92 *Indicators of Regulatory Management Systems*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 8.

93 OECD, GUIDING PRINCIPLES FOR REGULATORY QUALITY AND PERFORMANCE (2005)

94 ראו, לדוגמה, Robert W. Hahn et al., *Assessing Regulatory Impact Analyses: The*

Failure of Agencies to comply with Executive Order 12,866, 23(3) HARV. J. OF LAW

& PUBLIC POLICY 859, 862 (2000), והפניות בה"ש 12 למאמר. המחברים, המתמקדים

בנעשה בארצות-הברית, פיתחו רשימה של מאפיינים נדרשים בהתבסס על הצו הנשיאותי

וההנחיות הרלוונטיות של המשרד לניהול ולתקציב. מסקנות המחקר הן, ככלל, שהאיכות

של תסקירי ההשפעה הרגולטורית אינה גבוהה, שהתסקירים אינם כוללים די מידע – בעיקר

בכל הנוגע לתועלות הגלומות בכלל הרגולציה הנבחן – ושאינן דיון מספק בחלופות לכלל

הרגולציה המוצע. על רקע האמור מועלות הצעות מוסדיות לשיפור של עריכת התסקירים.

חסר עיקרי במחקר זה ובמחקרים נוספים מסוגו הוא הימנעות מבדיקת האופן שבו כומתו

העלויות והתועלות של כלל הרגולציה המוצעת. שם, בעמ' 863. כן ראו Robert H. Hahn &

Patrick Dudley, *How Well does the Government do Cost-Benefit Analysis?*, 1 REVIEW

OF ENVIRONMENTAL ECONOMICS AND POLICY 192 (2007)

95 Jerry Ellig & ראו א' *Assessing Regulatory Impact Analyses*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 861. כן ראו

Patrick A. McLaughlin, *The Quality and Use of Regulatory Analysis in 2008*, 32(5)

RISK ANALYSIS 855 (2012). במאמר זה המחברים סוקרים מחקרים שהעריכו איכות של

הפורמלי ולא מאפשר להעריך את טיב הרגולציה השלטונית, שהיא תוצאה של המנגנונים שנקבעו במסגרת הרפורמה הרגולטורית. כמו כן, כיוון זה אינו בוחן את הזיקה שבין אופן היישום של גישת הרפורמה הרגולטורית לבין שינויים באיכות של הרגולציה השלטונית ובאופן שבו היא נותנת מענה לתכליות שביסודה.⁹⁶ Cary Coglianese הכיר בקושי האמור בצינינו כי לצורך הערכה של איכות הרפורמה הרגולטורית יש להעריך את איכות הרגולציה עצמה.⁹⁷ הקושי בגישה זו הוא בזיהוי של קשר חד-חד-ערכי בין השיפור במנגנונים של עיצוב הרגולציה, השיפור באיכות הרגולציה עצמה והשיפור בקידום תכליות הרגולציה. נוסף על כך יש קושי להעריך את איכות הרגולציה השלטונית ובעיקר את המידה שבה היא נותנת מענה לאתגר הכלכלי או החברתי שהוביל לקביעתה מלכתחילה.⁹⁸ במיוחד יש קשיים מעשיים ועקרוניים בכל הנוגע להערכת התועלות הגלומות ברגולציה מוצעת או קיימת, ובכללם הקושי להעריך תועלות "ערכיות" דוגמת התרומה של רגולציה מוצעת לכבוד האדם. קושי נוסף טמון בהערכת ההשלכות החלוקתיות של הרגולציה האמורה, בצד השלכותיה המוחלטות. קושי אחר גלום בהתמודדות עם אפשרות הקיום של משתנים מתערבים, קרי: סיבות פוטנציאליות אחרות לתוצאה המבוקשת, שיסודן אינו בכלל הרגולציה הנבחן. נעשה ניסיון לבחון את הקשר בין שיפור המנגנונים לעיצוב רגולציה לבין צמיחה כלכלית ומידת התחרותיות של המשק הנבחן.⁹⁹ בצד חשיבותו, מחקר זה מוגבל במובן זה שהוא אינו בוחן ישירות את איכות הרגולציה.

חשוב לציין כי Coglianese הציע סט של אינדיקטורים, המיועדים להעריך את איכות היישום של גישת הרפורמה הרגולטורית במדינה קונקרטית. אפשר לחלק את האינדיקטורים לשתי קבוצות עיקריות: אינדיקטורים הממוקדים בהליך עיצוב הרגולציה ואינדיקטורים ואבני בוחן הממוקדות באיכות הרגולציה עצמה. Coglianese הציע לבחון את העלות הנדרשת לקביעת הרגולציה וליישומה; את מידת המעורבות ואת איכות המעורבות של

תסקירי השפעה רגולטורית על פי שתי שיטות עיקריות: עריכה של מחקרי עומק במקרי מבחן ספורים ועריכה של מחקרים כמותיים המבוססים על רשימת קריטריונים מפורטת ("צ'ק ליסט"). המחברים מציעים דרך ביניים הכוללת הערכה של מומחים המבוססת על רשימת קריטריונים, המחולקת לשלוש קטגוריות עיקריות: מידת השקיפות והפתיחות של תסקיר ההשפעה הרגולטורית, איכות הניתוח ואופן השימוש בניתוח הרגולטורי.

96 Ellig & McLaughlin מצהירים מפורשות כי מחקרם עוסק באיכות של תסקירי ההשפעה הרגולטורית, ולא באיכות הרגולציה השלטונית עצמה. שם, בעמ' 861.

97 MEASURING REGULATORY PERFORMANCE, לעיל ה"ש 16, בעמ' 13. עם זאת, Coglianese הכיר בכך שגישת הרפורמה הרגולטורית נדרשת לקדם תכליות נוספות, החורגות מאיכות הרגולציה השלטונית, ובכללן הלגיטימיות של הליך עיצוב הרגולציה השלטונית. שם, בעמ' 14. לשיטתו, אפשר להחיל את אמות-המידה הכלליות, המיועדות להעריך את טיב הרגולציה השלטונית, ולבחון באיזו מידה הן מקיימות את התכליות שביסודן (למשל, לבחון עד כמה פרקטיקות של שיתוף הציבור אכן משפיעות על מעורבות הציבור בהליך הרגולציה ועל הלגיטימיות של הרגולציה בעיני ציבור זה).

98 שם, בעמ' 4.

99 Stéphane Jacobzone et al., *Assessing the Impact of Regulatory Management Systems*, 17 OECD WORKING PAPERS ON PUBLIC GOVERNANCE (2010).

הציבור הרחב כהליך עיצוב הרגולציה, ואת מידת התמיכה הציבורית לתוצאה הרגולטורית; את איכות התשתית המדעית שביסוד התוצאה הרגולטורית, את איכות התוצאה הרגולטורית עצמה ואת המידה שבה היא נותנת מענה לתכליות שביסודה; את עמידתה במבחן עלות-אפקטיביות ואת מידת התועלת בניכוי העלות. Coglianesse¹⁰⁰ הכיר בכך שההערכה של איכות ההליך הרגולטורי סבוכה יותר מהערכת האיכות של הרגולציה השלטונית עצמה,¹⁰¹ אך לדבריו האתגר העיקרי בתחום הרפורמה הרגולטורית הוא קידום תרבות של נסיינות רגולטורית ושל הערכה כדעבד של תוצאות ההתערבות הרגולטורית.¹⁰² עריכת מחקר אמפירי מהסוג האמור (בישראל) חורגת מגדר המאמר ונדמה כי אין בנמצא תשתית מניחה את הדעת של המידע הנחוץ לשם כך. להלן אבקש להעריך עד כמה גישת הרפורמה הרגולטורית עומדת באתגרים שפורטו לעיל בקווי מתאר כלליים; אבקש לבחון במבט השוואתי רחב את המידה שבה גישת הרפורמה הרגולטורית נותנת מענה לאתגרי הרגולציה, כפי שפורטו, ולהציג את החששות העיקריים הנלווים ליישומה.

2. ההטיה הדה-רגולטורית של הרפורמה הרגולטורית

כפי שפורט לעיל, הרגולציה השלטונית נדרשת לפסוע בקו התפר שבין רגולציה ביתר לבין רגולציה בחסר. מחד גיסא יש להביא בחשבון את ההכבדה הכרוכה ברגולציה השלטונית על פעילות המגזר העסקי; מאידך גיסא יש לזכור כי הימנעות מרגולציה אך בשל העול הכרוך בה עשויה להוביל לפגיעה באינטרסים ציבוריים בעלי חשיבות ניכרת. נשאלת השאלה האם הרפורמה הרגולטורית מסייעת באיתור שביל הזהב שבין רגולציה ביתר לבין רגולציה בחסר.

בראש ובראשונה אפשר לומר שהרפורמה הרגולטורית נותנת מענה – ולו חלקי – לטענת העול הרגולטורי. מחקר שערך OECD העלה כי המוטיבציות העיקריות לקידום הרפורמה הרגולטורית הן הפחתת העול של הרגולציה השלטונית על המגזר העסקי והגברת של יכולת התחרות של המדינה.¹⁰³ באותה נימה נמצא כי המגזר העסקי – להבדיל מארגוני צרכנים וארגוני סביבה ורווחה – הוא המגזר העיקרי המקדם את יישום הרפורמה הרגולטורית.¹⁰⁴ אפשר להניח כי העובדה שהיוזמה נתונה בידי המגזר העסקי, כמו גם העובדה שהמוטיבציה העיקרית לקידום היא הפחתת העול הרגולטורי, ינביעו רפורמה רגולטורית הממוקדת בהפחתת העול הרגולטורי.

מנגד מתעורר ספק אם הרפורמה הרגולטורית מצליחה לאזן בין רגולציה ביתר לבין רגולציה בחסר. ככלל, הרפורמה הרגולטורית אינה מכוונת לעסוק במצב של חסר רגולטורי.

100 MEASURING REGULATORY PERFORMANCE, לעיל ה"ש 16, בעמ' 34.

101 שם, בעמ' 36. הקושי בהערכת ההליך הרגולטורי נובע, בין היתר, מהצורך לבחון את מידת השפעתו על איכות הרגולציה השלטונית.

102 ראו Michael Greenstone, *Toward a Culture of Persistent Regulatory Experimentation and Evaluation, in* NEW PERSPECTIVES ON REGULATION 111 (David Moss & John Cisternino, eds., 2009). לגישה דומה ראו SIMPLER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 210.

103 *Indicators of Regulatory Management Systems*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 19.

104 שם, בעמ' 19.

אמנם עקרונית נטען כי תסקיר ההשפעה הרגולטורית אמור להתריע כשלא נקבעת רגולציה שיש בה צורך של ממש.¹⁰⁵ אלא, שככלל התסקיר נערך לכלל רגולציה מוצע ואינו נערך בנסיבות של חסר רגולטורי שאינו זוכה למענה.¹⁰⁶ כמו כן, כפי שצוין לעיל, הקושי הגלום בכימות התועלת ברגולציה מוצעת מוביל להתמקדות בעלותה.¹⁰⁷

על רקע האמור נטען כי גישת הרפורמה הרגולטורית מעודדת דה-רגולציה וריסון של המעורבות השלטונית בפעילות המגזר העסקי, להבדיל מקידום של רגולציה איכותית.¹⁰⁸ במילים אחרות, הרפורמה הרגולטורית נוטה בעיקר להקל את העול הרגולטורי המוטל על המגזר העסקי המפוקח. אפשר לכנות זאת "ההטיה הדה-רגולטורית של גישת הרפורמה הרגולטורית".

דוגמה מובהקת לכך היא התפתחות הרפורמה הרגולטורית בכריטניה, שאף תוארה על ידי OECD ככזו שישודרה בהקלת העול הרגולטורי.¹⁰⁹ ראשית העניין בעלייה לשלטון של המפלגה השמרנית בשנת 1979. רכיב מרכזי במדיניותה היה הפחתה של מעורבות הממשלה בפעילות המגזר העסקי.¹¹⁰ לצורך כך ננקטה מדיניות של דה-רגולציה שנועדה לצמצם את

8. REGULATORY IMPACT ANALYSIS: A TOOL FOR POLICY COHERENCE, לעיל ה"ש 41, בעמ' 8. 105
- בארצות-הברית נעשה בעבר שימוש ב"מכתבי הנעה" (prompt letters) שבמסגרתם הגוף המרכזי המופקד על יישום הרפורמה הרגולטורית הציע לגופי הרגולציה תחומים שראוי לעסוק בהם לדעתו. מכתבי הנעה נשלחו ביוזמת OIRA וכללו הצעה לשיפור הרגולציה בתחום הרלוונטי. ראו www.reginfo.gov/public/jsp/EO/promptLetters.jsp. בפועל, נשלח מספר קטן למדי של מכתבי הנעה כאמור, בהיקף שמאפשר לומר שתופעה הייתה זניחה. רשימת מכתבי הנעה שנשלחו בין 2001 ל-2006 מפורסמת באתר האינטרנט של OIRA, www.reginfo.gov/public/jsp/EO/promptLetters.jsp.
- 107 ראו, לדוגמה, MEASURING REGULATORY PERFORMANCE, לעיל ה"ש 17, בעמ' 30. Coglianese טוען כי מחקר משווה בתחום הרגולציה מתמקד בעול הרגולטורי ומזניח את התועלת הגלומה ברגולציה האמורה. לדבריו, הסיבות לכך הן זמינות המידע לגבי עלות הרגולציה המוצעת והקושי לאסוף מידע על התועלת הכרוכה בה.
- 108 ראו PETER SHANE, MADISON NIGHTMARE – HOW EXECUTIVE POWER THREATENS AMERICAN DEMOCRACY 150 (2009).
- 109 OECD, BETTER REGULATION IN EUROPE: UNITED KINGDOM 91 (2010). לטענה דומה בהקשר האמריקני ראו Lisa Schultz Bressman & Michael P. Vandenbergh, *Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control*, 105 MICH. L. REV. 47, 49-50, 75 (2006). Cass R. Sunstein, שכיח בתפקיד ראש OIRA, הדגיש את תפקיד המחלקה בריסון ואף בכלימה של רגולציה מוצעת. ראו SIMPLER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 3, 186. מעניין לציין כי Sunstein טוען כי בחינה בדיעבד של כללי רגולציה יכולה להוביל להרחבתם בנסיבות שבהן יימצא כי החששות שנלוו להתקנתן היו מוגזמים. עם זאת, הוא מדגיש כי מוקד העבודה של OIRA בתקופת כהונתו היה הפחתת העול הרגולטורי.
- 110 REBECCA BODEN & JULIE FROUD, לעיל ה"ש 67, בעמ' 531. לתיאור הטעמים הניצבים ביסוד מדיניות של דה-רגולציה, ולמשקל המרכזי של האידאולוגיה במסגרת זו, ראו JULIE FROUD ET AL., CONTROLLING THE REGULATORS 6 (1998). נטען כי מדיניות של דה-רגולציה התאפשרה רק עקב החלשת התלות ההדדית בין הממשלה לבין קבוצות אינטרס סקטוריאליות בולטות. בד בבד חלה עלייה בכוח של ארגוני הצרכנים, מתוך התפכחות מסיכויי הרגולציה השלטונית

היקף הרגולציה השלטונית.¹¹¹ מדיניות הממשלה בתחום זה גובשה על בסיס שלושה דוחות שפורסמו באמצע שנות השמונים.¹¹² כותרות הדוחות משקפות את הלך הרוח הממשלתי כלפי הרגולציה השלטונית באותה עת כמכשול שיש להסירו.¹¹³ היוזמה העיקרית הייתה הטלת חובה לערוך תסקיר עלות ציות (Compliance Cost Assessment)¹¹⁴ עבור כל כלל רגולציה חדש העלול להשפיע על המגזר העסקי. תסקיר זה היה חד-ממדי במובן זה שבמסגרתו נדרש לאמוד רק את העלויות שבהן יידרשו לשאת הגופים המפוקחים, ללא התייחסות לתועלת שברגולציה הנבחנת.

עם העלייה של מפלגת הניו-לייבור לשלטון בשנת 1997 אפשר לזהות שינוי גישה – מעבר מגישה של דה-רגולציה והפחתת העול הרגולטורי לגישה המבקשת לשפר את איכות הרגולציה השלטונית מתוך נכונות לשאת בעלות הכרוכה בכך.¹¹⁵ זהו שינוי רטורי המשקף שינוי מהותי: הרגולציה השלטונית כבר איננה בגדר מכשול שיש להסיר אלא כלי לגיטימי בידי השלטון, שיש לשפרו.¹¹⁶ במישור המעשי, השינוי העיקרי היה מעבר מתסקיר של עלות הציות לתסקיר השפעה רגולטורית, שבמסגרתו יש לבחון גם את התועלות הגלומות ברגולציה השלטונית.

החל בשנת 2005, בצד המשך השימוש ברטוריקה של "רגולציה מיטבית", שוב נטתה המטוטלת לכיוון של הקלת העול הרגולטורי.¹¹⁷ מקובל לראות את יסוד השינוי של

- ונכונות להתנסות בדפוסים אחרים של התנהלות כלכלית. נוסף על כך, בתחומים מסוימים (טלקומוניקציה, היבטים מסוימים של תחום האנרגיה, שידורים) חלה התפתחות טכנולוגית שאפשרה מעבר משוק מונופוליסטי לשוק תחרותי.
- 111 LAW AND ADMINISTRATION לעיל ה"ש 15, בעמ' 235. כן קורמה מדיניות של העדפת רגולציה עצמית ורגולציה באמצעות גופי רגולציה עצמאיים.
- 112 DTI, Department of Trade and Industry [DIT], *Lifting the Burden*, Cmnd 9571 (1985)
- 113 DTI, *Releasing Enterprise*, Building Businesses Not Barriers, Cmnd 9794 (1986). Cm. 512 (1988)
- 114 Stephen Watherill, *The Challenge of Better Regulation*, in BETTER REGULATION 1 (Stephen Weatherill ed., 2007).
- 115 DEREGULATION INITIATIVE, CHECKING THE COST OF REGULATION: A GUIDE TO COMPLIANCE COST ASSESSMENT (Cabinet Office, 1996) ראו
- 116 Robert Baldwin, *Better Regulation in Troubled Times*, in 1(3) HEALTH ECONOMICS, POLICY & LAW 203, 203 (2006).
- 117 כך, לדוגמה, הצהיר אחד משרי הממשלה באותה עת: "תרבות הדה-רגולציה", שקראה ל'הכחדת' הרגולציה, הוחלפה על ידי גישה מידתית השואפת לרגולציה מיטבית שביסודה הגנה על הציבור". Anneliese Dodds, *The Core Executive's Approach to Regulation: From 'Better Regulation' to 'Risk-Tolerant Deregulation'*, 40 SOCIAL POLICY & ADMINISTRATION 526, 527 (2006).
- 118 BETTER REGULATION EXECUTIVE, REDUCING REGULATION MADE SIMPLE: LESS REGULATION, BETTER REGULATION AND REGULATION AS A LAST RESORT (2010); *Better Regulation in Troubled Times*, לעיל ה"ש 115, בעמ' 203; NATIONAL AUDIT OFFICE [NAO], THE NAO'S WORK ON REGULATORY REFORM 6 (2010) *The Challenge of Better Regulation*; לעיל ה"ש 113, בעמ' 2.

מדיניות הממשלה בשני דוחות שהתפרסמו מטעמה: 118 "רגולציה – פחות משמעו יותר: מפחיתים את העול; משפרים את התוצאות" 119 ו"הפחתת העול המנהלי – פיקוח ואכיפה אפקטיביים" 120 גם כאן, הכותרות מבטאות את סדר היום הממשלתי החדש.

שינוי מדיניות הממשלה בא לידי ביטוי בכמה תכניות שבוצעו במסגרת הרפורמה הרגולטורית, שכולן כוונו לתכלית אחת – הפחתת הרגולציה השלטונית. במסגרת זו יושמה תכנית להפחתת העול המנהלי הכרוך ברגולציה השלטונית, 121 יושמה תכנית של "אחד בפנים, אחד בחוץ", 122 הועלתה הצעה לקביעת תקציב רגולטורי 123 וגובשה מדיניות חדשה לגבי רגולציה של סיכונים. 124 נוסף על האמור הנחתה הממשלה לקבוע תאריך תפוגה

118 BETTER REGULATION IN EUROPE: UNITED KINGDOM, לעיל ה"ש 109, בעמ' 44. יוער כי שני הדוחות נוסחו באותה עת וכי כותביהם מעידים כי היה ביניהם קשר לחיאום מסקנותיהם.

119 BETTER REGULATION TASK FORCE, REGULATION – LESS IS MORE; REDUCING BURDENS IMPROVING OUTCOMES (2005).

120 PHILIP HAMPTON, REDUCING ADMINISTRATIVE BURDENS: EFFECTIVE INSPECTIONS AND ENFORCEMENT (2005). על שם מחברו.

121 תכנית זו מיועדת להפחית את העול המנהלי (Administrative Cost), להבדיל מעול המדיניות (Policy Cost) הכרוך ברגולציה השלטונית. עול מדיניות קשור במישורן להשגת מטרת המדיניות; עול מנהלי כולל עלויות הכרוכות בשמירת ספרים, בדיווח, בבקורת באכיפה. נמצא כי העול המנהלי הוא כ-30% מסך העלות של הרגולציה השלטונית. BRTF, REGULATION – LESS IS MORE: REDUCING BURDENS IMPROVING OUTCOMES (2005). התכנית להפחתת העול המנהלי בבריטניה עמדה במוקד שני דוחות של לשכת המבקר הלאומי: NAO, REDUCING THE COST OF COMPLYING WITH REGULATIONS: THE DELIVERY OF THE ADMINISTRATIVE BURDENS REDUCTION PROGRAMME (2007); NAO, THE ADMINISTRATIVE BURDENS REDUCTION PROGRAMME (2008).

122 על פי מדיניות זו, כדי לקבוע כלל רגולציה המטיל עלויות על המגזר העסקי יש לבטל כלל רגולציה אחר ולהסיר את עלויות הציות הכרוכות בו. ראו HM Gov, ONE-IN, ONE-OUT: STATEMENT OF NEW REGULATION - DWP (2011). בדוח זה הוצהר במפורש כי תכלית המדיניות היא לקדם שינוי תרבותי בתחום הרגולציה השלטונית בדגש על הפחתת העול הכרוך בה. שם, בעמ' 3. מגמה זו הואצה במסגרת כלל המדיניות "אחד בפנים, שניים בחוץ", הקובע – החל בחודש ינואר 2013 – כי כל כלל רגולציה המטיל עול כלכלי צריך להיות מלווה בהפחתת עול כפולה בשיעורה. ראו news.bis.gov.uk/Press-Releases/-One-in-two-out-Government-to-go-further-and-faster-to-reduce-burdens-on-business-and-help-Britain-compete-in-the-global-race-6838c.aspx.

123 על פי הצעת מדיניות זו ייקבע תקציב רגולטורי שיגביל את סך העלות למגזר המפוקח שאפשר יהיה להטיל במסגרת הרגולציה השלטונית בתקופה מסוימת. BETTER REGULATION, EXECUTIVE, REGULATORY BUDGETS: A CONSULTATION DOCUMENT (2008). הטענה היא שיש לקבוע רף עליון "להוצאות הרגולטוריות" של הממשלה. הקושי במדיניות זו טמון בכך שהיא עוסקת אך ורק בעלות של הרגולציה השלטונית ואינה מתחשבת בתועלת הגלומה בה. בסופו של יום, על רקע ביקורת ציבורית, הודיע שר הפנים כי הצעת המדיניות מבוטלת.

124 התפיסה החדשה שהציגה הממשלה היא שאין ביכולתה למנוע כל סיכון שהוא ושעל החברה כולה לשאת ברמה מסוימת של סיכונים כדי לא לעכב את ההתפתחות הכלכלית

(Sunset Clause) לכלל רגולציה המטיל עול רגולטורי על המגזר העסקי המפוקח.¹²⁵ התכלית הרשמית של מדיניות זו היא לערוך בדיקה עתית של נחיצות הרגולציה. על פני הדברים, החובה לשוב ולבחון מחדש את כלל הרגולציה משקפת מדיניות ראויה, הנגזרת מהחובה של כל רשות מנהלית לשוב ולשקול את החלטותיה מעת לעת.¹²⁶ עם זאת, מדיניות זו כרוכה בעלות ניכרת שכן היא מחייבת את גופי הרגולציה להשקיע משאבים לצורך בחינה חוזרת של כללי הרגולציה הנקבעים על ידם. זאת, באופן שעלול להסיט את תשומת הלב של גופי הרגולציה מהאתגרים העדכניים הניצבים לפניהם. כמו כן, מדיניות זו מעוררת את החשש שבאמצעותה מועצמת ההשפעה של קבוצות אינטרס פרטי על הרגולציה השלטונית. החשש הוא שרגולציה שלטונית שעברה בתמיכת הציבור הרחב תהא בעלת תוקף מוגבל, ושההתגייסות הציבורית שהובילה לגיבוש הרגולציה השלטונית מלכתחילה – שהיא פעמים רבות חד-פעמית – לא תתגבש בשנית בשעת בחינה מחדש של הרגולציה, שאז קבוצות של בעלי עניין הפועלות באופן מתמשך בסקטור הרלוונטי ישפיעו יותר על אופן עיצוב הרגולציה. חלופה לכך יכולה להיות חיוב לשוב ולשקול מעת לעת את המדיניות אך בלי לקבוע תאריך תפוגה מחייב.

ההתמקדות בהקלת העול הרגולטורי באה לידי ביטוי גם במישור המוסדי. בשנת 2009 הוחלט על הקמת הוועדה למדיניות רגולטורית (Regulatory Policy Committee, RPC) כגוף עצמאי המשמש מנגנון לבקרת איכות בתחום הרפורמה הרגולטורית. התפקיד העיקרי של הוועדה היה "לקיים בחינה עצמאית, מקיפה ובזמן אמת של הצעות לכללי רגולציה, המועלות מטעם משרדי הממשלה".¹²⁷ על פני הדברים, הוועדה נועדה לשפר את איכות הרגולציה השלטונית, אך הקמתה עשויה להקשות על קביעת רגולציה חדשה שכן מדובר במגבלה ביורוקרטית נוספת (בצד מגבלות ביורוקרטיות שחלקן פורט לעיל) על קביעת

המדעית. נטען כי נעשה שימוש בכסות מדעית כדי להסתיר את קידום עניינו של המגזר העסקי. Anneliese Dodds, *The Core Executive's Approach to Regulation: From 'Better Regulation' to 'Risk-Tolerant Deregulation'*, 40 SOCIAL POLICY & ADMINISTRATION 526, 533 (2006).

125 HM Gov, SUNSETTING REGULATION: GUIDANCE (2011).
 126 השו, בהקשר הישראלי, לסעיף 11 לחוק הפרשנות, המטיל על הרשות המנהלית חובה "לחזור ולעשות (המעשה המינהלי) מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות". כן ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** 201 (2010).

127 הגדרה זו מופיעה באתר האינטרנט של RPC, regulatorypolicycommittee.independent.gov.uk/. לסקירה מקיפה של נסיבות הקמת RPC ושל לתיאור פעילותה – הגם שלא מנקודת מבט ביקורתית – ראו Michael Gibbons & David Parker, *Impact Assessments and Better Regulation: The Role of the UK's Regulatory Policy Committee*, 32(4) PUBLIC MONEY & MANAGEMENT 257 (2012); Michael Gibbons & David Parker, *New development: Recent changes to the UK's regulatory process*, 33(6) PUBLIC MONEY & MANAGEMENT 453 (2013). יוער כי מייקל גיבונס מכהן כיו"ר RPC ודיוויד פארקר כאחד החברים בה.

רגולציה שלטונית. נוסף על כך, המנדט של הוועדה מתמקד בבלימה של רגולציה מוצעת שאיננה עומדת באמות-המידה הנדרשות.¹²⁸ אין באמור לעיל כדי לומר שהתכלית של הקלת העול הרגולטורי אינה חשובה או אינה רלוונטית. כפי שתיארתי לעיל, הקלת העול הרגולטורי היא אחד האתגרים העיקריים הניצבים לפני המדינה הרגולטורית, מתוך רצון להקל על המגזר העסקי; אלא שהאמור לעיל משקף העדפה של תכלית זו על פני תכליות נוספות, חשובות באותה מידה. בעיקר אין ביסוס לכך שגופי הרגולציה השלטוניים נוטים דווקא לרגולציה ביתר, ואי-אפשר לפסול את האפשרות שפעמים רבות הם דווקא לוקים ברגולציה בחסר.¹²⁹ כאמור, האתגר האמיתי הוא למצוא את שביל הזהב שבין עודף רגולציה לבין רגולציה בחסר. הטענה היא שפרקטיקות של רפורמה רגולטורית מכוונות באופן ברור לטובת הקלת העול הרגולטורי, תוך הזנחת הצורך לפקח על רגולציה בחסר.

3. בעיית ההשפעה של בעלי עניין

אחד האתגרים הניצבים לפני רגולציה המבקשת לשרת את אינטרס הציבור הוא לחץ מצד קבוצות בעלות השפעה. הטענה היא שגורמים אינטרסנטיים "לוכדים" את גופי הרגולציה השלטונית כדי שאלו יקדמו רגולציה שלטונית המעדיפה את האינטרסים הצרים שלהם על פני האינטרס הציבורי. אפשר להבחין בין לכידה עקיפה ללכידה ישירה: הראשונה עוסקת בנסיבות שבהן בעלי העניין לוכדים ועדה מוועדות הרשות המחוקקת ומנצלים זאת כדי להשפיע על פעילות הגוף הרגולטורי. זו היא בתמצית התאוריה בדבר "משולש הברזל" (The Iron Triangle).¹³⁰ לכידה ישירה עניינה לכידה של גוף הרגולציה עצמו, לרבות על בסיס גישה של "דלת מסתובבת".¹³¹ לרוב מופנית אצבע מאשימה כלפי פירמות עסקיות בעלות השפעה ועוצמה ניכרת. עם זאת, טענות דומות הועלו גם כלפי ארגונים חוץ-

128 RPC מפרטת ברוחות המתפרסמים על ידה מעת לעת את מספר תסקירי ההשפעה שאישרה באופן מלא, באופן חלקי או שהחזירה לגוף הרגולציה. ראו regulatorypolicycommittee.independent.gov.uk/publications/reports.

129 ראו: Michael A. Livermore, *Cause of Cure? Cost-Benefit Analysis and Regulatory Gridlock*, 17 NYU ENVTL. L. J. 107, 119 (2008).

130 יודגש כי עשויות להתקיים נסיבות שבהן הדרג הפוליטי מבקש להשפיע על האופן שבו גוף הרגולציה העצמאי מפעיל את הסמכויות המסורות לו לא בשל לחץ של בעלי עניין, אלא כדי לקדם אג'נדה פוליטית מסוימת. בנסיבות אלו מתעוררת השאלה הסבוכה של קו הגבול בין מעורבות פוליטית לגיטימית למעורבות פוליטית פסולה. מכל מקום, יש לזכור כי לעתים הדרג הפוליטי מבקש לקדם מדיניות המיועדת לשרת אינטרסים קצרי-טווח על רקע הליך בחירות צפוי, אגב הזנחה של אינטרסים ארוכי טווח שאמורים לעמוד ביסוד ההחלטה הרגולטורית. השוו SIMPLER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 57.

131 לסקירה כללית ראו PREVENTING REGULATORY CAPTURE – SPECIAL INTEREST INFLUENCE AND How to Limit It (Daniel Carpenter & David A. Moss, eds., 2014).

ממשלתיים (NGOs), שנטען כי הם מתיימרים לייצג את האינטרס הציבורי אך בפועל הם פועלים לקדם את תפיסת עולמם הצרה.¹³² האם הרפורמה הרגולטורית נותנת מענה לאתגר זה? לכאורה, הרפורמה הרגולטורית אמורה להחליש את החשש מלכידה.¹³³ כמה מאפיינים של הרפורמה הרגולטורית תומכים בטענה זו: קידום השקיפות של הליך עיצוב הרגולציה;¹³⁴ קידום השיתוף של כלל בעלי העניין – ובראש ובראשונה: הציבור הרחב – בעיצוב הרגולציה; קידום המעורבות של משרדי ממשלה בעיצוב הרגולציה באופן שמקשה על לכידת השחקנים המעורבים; הדרישה לתהליך רציונלי של קבלת החלטות, הכולל זיהוי של תכלית ההתערבות הרגולטורית, שקילת חלופות וניתוח עלות-תועלת; השימוש במתודולוגיה (ניתוח עלות-תועלת) הנערכת בהתאם לאמות-מידה מקובלות ומוסכמות המושפעות במידה ניכרת משיח מומחים. בהקשר האמריקני נטען גם שפיקוח הנשיא על הרגולציה השלטונית באמצעות OIRA מבטיח כי זו תהלוך את האינטרס הציבורי הרחב ולא אינטרסים של קבוצות מסוימות, בעלות השפעה ניכרת על גופי הרגולציה עצמם. זאת, בשל העובדה שהנשיא נדרש לתת דין וחשבון לאומה האמריקנית כולה.¹³⁵ כן נטען כי האתוס המקצועי של OIRA, העובדה שמדובר בגוף בעל נקודת מבט רחבה שאינו ממוקד בתחום רגולציה קונקרטי, והעובדה שמאז ומעולם מונו לעמוד בראשו מומחים מהאקדמיה בתחומי המשפט המנהלי והרגולציה – כל אלה מבטיחים אף הם חסינות מפני "לכידה" על ידי בעלי עניין.¹³⁶ טענות אלו שנויות במחלוקת. אפשר לטעון שתסקיר ההשפעה הרגולטורית אינו שונה מדרישות פרוצדורליות אחרות ששחקנים בעלי ידע ותחכום יכולים לעקוף אגב קידום עניינם. כך, יש הטוענים כי תסקיר ההשפעה הרגולטורית הוא כלי להצגה בדיעבד של החלטה שהתקבלה ולא כלי המסייע לגיבוש של ההחלטה השלטונית מלכתחילה. החשש הוא שתסקירי ההשפעה הם בגדר "מס שפתיים" לדרישה לתהליך רציונלי של קבלת

132 Murray L. Weidenbaum, *The High Cost of Governmental Regulation*, 22(5) ראו CHALLENGE 32-39 (1979).

133 CASS R. SUNSTEIN, *THE COST-BENEFIT STATE – THE FUTURE OF REGULATORY PROTECTION* 28 (2002).

134 הגברת השקיפות מעצימה את היכולת של אלו שאינם יודעי ח"ן להשמיע את דעתם באשר לרגולציה מוצעת. מצד שני, היא אינה משנה באופן משמעותי את מערך יחסי הכוח בחברה, ובכלל זאת את היכולת להשקיע משאבים כספיים לשם השפעה על המדיניות הציבורית. אם כך, השקיפות חשובה אך תרומתה מוגבלת.

135 Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARV. L. REV. 2245, 2331 (2001); Christopher C. DeMuth & Douglas H. Ginsburg, *White House Review of Agency Rulemaking*, 99 HARV. L. REV. 1075, 1082 (1986). הטענה היא שבתקופת הכהונה הראשונה הנשיא רוצה להבטיח את בחירתו מחדש לתפקיד ועל כן פונה לקהל בוחרים רחב ככל האפשר, ובתקופת הכהונה השנייה הוא פועל בדרך רומה – בין היתר משום שהוא מבקש לעצב את מורשתו. *Regulatory Review, Capture and Agency Inaction*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1346. המחברים סוקרים טענות המערערות את הטענה שהפיקוח של OIRA משקף בהכרח את מדיניות הנשיא.

136 שם, בעמ' 1375.

החלטות – ובה בעת הם אינם מאתגרים או משנים את תהליך זה.¹³⁷ נטען כי תסקיר ההשפעה אינו מיועד לטייב את תהליך קבלת ההחלטות אלא להקנות לגיטימציה להחלטה שהתקבלה.¹³⁸ ביטוי מובהק לכך הוא היעדר בחינה של טכניקות רגולטוריות חלופיות, לרבות "חלופת אפס", קרי: האפשרות להימנע מרגולציה פורמלית לחלוטין. ביטוי נוסף לכך הוא שבמקרים רבים היה ניתוח עלות-תועלת רק לגבי החלופה הנבחרת ולא לגבי החלופות העיקריות.¹³⁹ נמצא כי חשש זה מוגבר כשהליך ההכנה של התסקיר החל במועד מאוחר, כשמדובר במדיניות רגישה מבחינה פוליטית או כשמדובר בכלל רגולציה שנקצב פרק זמן קצר לפרסומו.¹⁴⁰ בראיונות שערכה לשכת המבקר הלאומי בכריטינה עם פקידים ממשלה עלה כי רבים מהם סבורים שתסקירי ההשפעה אינם מסייעים לפיתוח המדיניות השלטונית אלא שעיצוב המדיניות מושפע בפועל ממצייאות ומצרכים פוליטיים. במקרים אלו, המדיניות נקבעת בלוח זמנים תכוף ותסקירי ההשפעה אינם נערכים אלא לאחר שהתקבלו ההחלטות העקרוניות.¹⁴¹ דוגמה זו מבטאת את המתח שבין הרצון הפוליטי לבין המודל העקרוני של עריכת תסקיר ההשפעה. במישור העקרוני, על מעצבי המדיניות לבחון ולהשוות בין כמה חלופות רגולטוריות כדי לבחור במתאימה ביותר למימוש המדיניות; בפועל, החלופה שנבחרת היא פועל יוצא של משא ומתן פוליטי, ולאחר בחירתה נערך תסקיר השפעה רגולטורית המיועד להקנות לה לגיטימציה.

על רקע האמור, יש חשש שהרפורמה הרגולטורית תנוצל לקידום האינטרסים של המגזר העסקי ולהעדרתם על פני האינטרסים של הציבור הרחב. החשש נוגע לשני מישורים עיקריים: הראשון הוא התמקדות הרפורמה הרגולטורית בהקלת העול הרגולטורי אגב הזנחת התועלות הגלומות ברגולציה השלטונית; עמדתנו על כך לעיל. המישור השני הוא רגישות של מוסדות הרפורמה הרגולטורית עצמם להשפעה מצד הגורמים האינטרסנטיים. החשש הוא שהרפורמה הרגולטורית תוביל ליצירת "נקודות חדירה" של אינטרסים זרים לתוך הליך העיצוב של הרגולציה השלטונית, באופן שיגביר את השפעתן של קבוצות אינטרס צר על תוכן הרגולציה השלטונית. זה המקום להדגיש כי אין רע במעורבות של המגזר העסקי – אך עליה להיות חלק משיח ושיג שוויוני המתנהל בין הרגולטור המקצועי, המגזר העסקי והציבור הרחב. כאמור, החשש הוא שההליך מוטה לכיוון אחד. טענה עיקרית העולה מתאוריית הרגולטור השבוי היא שהרגולטור אינו פועל לקדם את האינטרס הציבורי אלא הוא "שבוי" בידי המגזר העסקי שעליו הוא אמור לפקח.¹⁴²

Ed Humpherson, *Auditing Regulatory Reform, in* THE REGULATORY STATE – 137 CONSTITUTIONAL IMPLICATIONS 267, 273 (Dawn Oliver, Tony Prosser & Richard Rawlings, eds., 2010).

NAO, EVALUATION OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT 2005-06 16 (2006) 138 בהקשר האמריקני ראו *Assessing Regulatory Impact Analyses*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 877; Ellig & McLaughlin, לעיל ה"ש 95, בעמ' 868.

NAO, DELIVERING HIGH QUALITY IMPACT ASSESSMENTS 25 (2009) 139 ראו, לדוגמה:

NAO, ה"ש 138 לעיל, בעמ' 3.

שם, בעמ' 4.

פן נוסף של תאוריית הרגולטור השבוי הוא החשש שהרגולטור יזדהה עם הסקטור שעליו הוא נדרש לפקח ויעדיף את האינטרסים של סקטור זה על פני האינטרס הציבורי הרחב.

אחת הדרכים להתמודד עם בעיית הרגולטור השבוי היא לפצל את סמכויות הרגולציה בין כמה גופים. גרסה אחת לכך היא הגישה של לפונט ומרטימורט, שהציעו לעודד תחרות בין רגולטורים באמצעות פיצול ההסדרה ביניהם – ובדרך זו להקטין את החשש מלכידה.¹⁴³ מחברים אלו טוענים כי הגוף המפוקח יתקשה "ללכוד" כמה רגולטורים נפרדים המתחרים זה בזה.¹⁴⁴ זהו ביטוי ספציפי לגישה של "הפרדת רשויות פנימית" בין גופים הפועלים בתוך הרשות המבצעת.¹⁴⁵ פיצול זה משתלב עם תופעת הפרגמנטציה שתוארה לעיל.¹⁴⁶

החיסרון הוא שפיצול זה עומד בסתירה למגמה לייסד גוף מרכזי המופקד על קידום הרפורמה הרגולטורית בקרב הרשות המבצעת, ובכלל זאת על פיקוח ובקרה על איכות תסקירי ההשפעה הרגולטורית שעורכים גופי הרגולציה.¹⁴⁷ אותו חשש – מפני לכידה של גופי הרגולציה – אינו פוסח גם על גוף זה. במילים אחרות, החשש הוא ש-ROB "יילכד" על ידי קבוצות אינטרס צר ושהחלטותיו ופעולותיו ישרתו את האינטרסים של קבוצות אלו. החשש הגלום בלכידת גוף מסוג זה גדול מהחשש הגלום בלכידת גוף רגולציה קונקרטי בשל ההשפעה הנרחבת של גוף זה על כלל הפעילות הרגולטורית של הממשלה.¹⁴⁸ מאידך גיסא אפשר להניח שכמות המשאבים הנדרשת ל"לכידתו" של גוף מעין זה תהא גדולה יותר, וממילא אפשר להניח ש"לכידתו" תהא מורכבת יותר.

ביקורת נוקבת נמתחה במישור זה כלפי OIRA.¹⁴⁹ נטען כי דווקא הפיקוח הפוליטי – גם אם הוא מתבצע מטעם הנשיא (כפי שנהוג בארצות־הברית) – הוא המאפשר למגזר

השוו *Tripartism*, לעיל ה"ש 26. חשש זה אינו רלוונטי ככל שעסקינו ב-ROB, שהשפעתו משתרעת על המשק כולו ולא על סקטור מסוים.

J. Laffont & D. Martimort, *Separation of Regulators against Collusive Behavior*, 143
30(2) RAND JOURNAL OF ECONOMICS 232 (1999)

144 מאידך גיסא יש לזכור כי לצורך לכידת גוף רגולציה משמעותי יש להשקיע משאבים רבים יותר מאלו הנדרשים לצורך לכידה של גוף רגולציה קטן יותר. במובן זה עשויה להישמע הטענה שדווקא הפיצול מקל על בעלי אינטרס פרטי ללכוד גופי רגולציה שלטוניים. אלא, שלכידתו של גוף רגולציה קטן יותר, בעל סמכויות חלקיות, הנדרש להתחרות בגופי רגולציה נוספים, אינה יוצרת את אותה השפעה על עיצוב המדיניות הציבורית בתחומים הרלוונטיים.

Gillian E. Metzger, *The Interdependent Relationship Between Internal and External Separation of Powers*, 59 EMORY L. J. 423 (2009) 145

146 בהקשר זה נשוב ונציין כי אחת ההשלכות של תופעת הפרגמנטציה היא בעיות תיאום בין גופי הרגולציה.

147 ראו הדיון בתת־פרק 2. לעיל.

148 יודגש כי ניתוח מקיף של בעיית הלכידה ושל הדרכים המוסדיות להתמודד עמה חורג מגדר המאמר הנוכחי. להתמודדות במישור זה בארצות־הברית ראו Rachel E. Barkow, *Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design*, 89 TEX. L. REV. 15 (2010). לניתוח (חלקי) של המצב בישראל ראו ליאורה סידי "התנהגות רגולטורית בסיטואציות של פקיעת זיכיון – בראי תיאוריית הרגולטור השבוי – פרשות בתי הזיקוק והכבלים" הסדרה הכתומה, בית הספר על שם פדרמן למדיניות ציבורית וממשל (2007).

149 ראו, לדוגמה, RENA STEINZOR ET AL., BEHIND CLOSED DOORS AT THE WHITE HOUSE: HOW POLITICS TRUMPS PROTECTION OF PUBLIC HEALTH, WORKER SAFETY, AND THE ENVIRONMENT (Center for Progressive Reform, 2011). לביקורת דומה על המעורבות של סגן הנשיא

העסקי המפוקח להשפיע על עיצוב הרגולציה השלטונית, ויש בו כדי לפגום בממד המקצועי הגלום באופן הפעולה של גופי הרגולציה עצמם. נטען כי המגזר העסקי יכול להפעיל את השפעתו על ROB ("ללכוד" אותו) באותה מידה של הסתברות שהוא יכול ללכוד את גופי הרגולציה עצמם. בהקשר זה הועלתה הטענה שלפיה בניגוד לתמונה הרואה את OIRA כידו הארוכה של הנשיא, בפועל מידת הפיקוח של הנשיא על OIRA שווה למידת פיקוחו על גופי הרגולציה.¹⁵⁰ כן נטען, כי דווקא ההליך המנהלי המתנהל על ידי גופי הרגולציה עצמם הוא המקנה להם חסינות מפני השפעה של בעלי עניין.¹⁵¹ יתרה מזו: יש חשש כי "לכידת" גוף פיקוח מרכזי מאפשרת להשפיע על מכלול הרגולציה השלטונית, ולכן הנכונות להשקיע משאבים לצורך כך תהא גבוהה יותר.¹⁵² הטענה היא ש-OIRA משמש אמצעי השפעה של הגופים המפוקחים על תהליך העיצוב של הרגולציה הממשלתית. מאידך גיסא, הצורך להשקיע משאבים ניכרים לצורך לכידת ROB יכול לדחוק חלק מהגורמים האינטרסנטיים מ"מאבק הלכידה". עוד נטען כי OIRA משמש צינור להזרמת מידע מצד הגופים המפוקחים לתוך התהליך הרגולטורי. חשש זה הועלה כבר בסמוך למועד שבו הוטמע הפיקוח השיטתי של OIRA על תהליך העיצוב של הרגולציה השלטונית.¹⁵³

כדי להתמודד עם חששות אלו נערכו בעבר שינויים בפרוצדורות המסדירות את פעילות OIRA. במסגרת זו נקבע, לדוגמה, כי רק בעלי תפקידים מסוימים ב-OIRA יוכלו לקבל מידע ולהיפגש עם גורמים חיצוניים; נקבע כי אם נערכת פגישה עם גוף חיצוני, יש להזמין את גוף הרגולציה הרלוונטי; הוטלה חובת גילוי לציבור הרחב לגבי עצם קיום הפגישה ולגבי נושאה; והוטלה חובה לפרסם לציבור הרחב מסמכים שהוחלפו בין OIRA לבין גוף הרגולציה הרלוונטי.¹⁵⁴ לא היה די באמצעים אלה.¹⁵⁵ ברוח חריף שפורסם בשנת 2011 על ידי המרכז לרפורמה פרוגרסיבית (Center for Progressive Reform, CPR) נטען כי OIRA פועלת בחוסר שקיפות וכי מעורבותה בעיצוב הרגולציה השלטונית מוטה לטובת אינטרסים של המגזר העסקי.¹⁵⁶ לדוגמה, נטען כי מספר הפגישות שהתקיימו בין פקירי OIRA לבין נציגי התעשייה גדול פי חמישה ממספר הפגישות שהתקיימו עם נציגי החברה

דן קוויל בתהליך הרגולטורי בתקופת הממשל של ג'ורג' הרברט ווקר בוש, במטרה לכרסם ברגולציה השלטונית, ראו Bob Woodward & David S. Broder, *Quale's Quest: Curb* *Rules, Leave 'No Fingerprints'*, WASH. POST, Jan. 9, 1992, at A1
 150 *Regulatory Review, Capture and Agency Inaction*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 1339.
 151 CROLEY, לעיל ה"ש 14, בעמ' 267.
 152 MADISON'S NIGHTMARE, לעיל ה"ש 108, בעמ' 172.
 153 William D. Ariaza, *Judicial and Legislative Checks on Ex Parte OMB Influence Over Rulemaking*, 54 ADMIN. L. REV. 611, 613 (2002).
 154 שם, בעמ' 614.
 155 Nina A. Mendelson, *Disclosing "Political" Oversight of Agency Decision Making*, 108 MICH. L. REV. 1127 (2010).
 156 BEHIND CLOSED DOORS AT THE WHITE HOUSE, לעיל ה"ש 149.

האזרחית. גם בכל הנוגע לתוכן החלטותיה של OIRA נטען כי אפשר לזהות הטיה לטובת התעשייה, ובמסגרת זאת – התמקדות בהקלת הרגולציה השלטונית והעול הכרוך בה.¹⁵⁷ חשש דומה ללכידת הגופים המעורבים ברפורמה הרגולטורית על ידי המגזר העסקי קיים כבריטניה. חשש זה נובע, בין היתר, מהעמימות של תהליכי קבלת ההחלטות בגופים אלו, מהשקיפות החלקית של פעילותם ומהמעורבות החריגה של המגזר העסקי בפעילותם. כך, לדוגמה, רב הנסתר על הגלוי בכל הנוגע ל-RPC שאליה נדרשנו לעיל. בין היתר, היא איננה מורכבת מעובדי מדינה אלא מאנשים פרטיים שנטען כי הם מומחים בתחום הרפורמה הרגולטורית, בעלי ניסיון במגזר העסקי, בתחום יחסי העבודה או בתחום הצרכנות. חברים אלו אינם מקבלים שכר אלא פועלים בהתנדבות, בו זמנית עם עבודתם. מבנה זה מעורר חשש אינהרנטי להשפעה מוגזמת של המגזר העסקי על פעילותם, הגם שאפשר לטעון כי חשש זה זוכה למענה בדמות חברי RPC, בעלי הזיקה הצרכנית. כמו כן, מבחינת סדרי עבודתה, RPC נמצאת בקשר מתמיד עם המגזר העסקי בצד ארגוני עובדים, צרכנים ובעלי עניין נוספים. פגישות אלו, וכל סדרי עבודתה של RPC, אינם מובאים לידיעת הציבור בצורה מלאה, וממילא יש חשש שהם אמצעי להשפעה לא שוויונית מצד המגזר העסקי על עיצוב הרגולציה השלטונית. בהיעדר מחקר אמפירי, הבוחן את ההשלכות של פעילות RPC, קשה להעריך חשש זה ואת השפעת זיקותיה למגזר העסקי בצד מגזרים אחרים.

4. בעיית השליטה הפוליטית

בחלק הקודם עסקתי בחשש שמא הרפורמה הרגולטורית מנוצלת לקידום האינטרסים של המגזר העסקי המפוקח. בחלק זה אציג תכליות אפשריות נוספת של הרפורמה הרגולטורית – הרחבת הפיקוח הפוליטי על החלטות מקצועיות של הפקידות הבכירה, וכן פיקוח פוליטי של הממשלה על "אזורי הספר" של הרשות המבצעת – סוכנויות הרגולציה העצמאיות. קשה לזהות ולקבוע את קו הגבול המפריד בין מעורבות פוליטית לגיטימית ורצויה לבין התערבות פוליטית פסולה ואסורה. התוויית המותרת והאסורה בהקשר זה היא אחד האתגרים העיקריים הניצבים כיום לפני המשפט המנהל¹⁵⁸ והדיון בכך חורג ממסגרת המאמר; להלן

157 נתון מעניין נוסף הוא שב-73% מכללי הרגולציה המוצעים נשמעו הערות רק מנציגי התעשייה, לעומת 7% שבהם נשמעו הערות של החברה האזרחית בלבד. נתונים אלו ונתונים נוספים המפורטים ברוח מלמדים על דומיננטיות של התעשייה בתהליך העיצוב של מדיניות OIRA כשלא מתקיים שוק פלורליסטי שוויוני של דעות והשפעות. ראו שם, בעמ' 8. בתגובה לדברים האמורים נטען כי הפער בין מספר הפגישות עם התעשייה לבין מספר הפגישות עם ארגוני החברה האזרחית נובע ממדיניות הדלת הפתוחה של OIRA. במילים אחרות: על פי הנטען, הבעיה איננה ב-OIRA, המוכנה להיפגש עם כל מי שמעוניין בכך, אלא בארגוני החברה האזרחית שאינם מבקשים לעשות זאת די הצורך. Stuart Shapiro, *CPR Report on OIRA's Meetings Ignores Their Context*, REG BLOG (Dec. 12, 2011), www.law.upenn.edu/blogs/regblog/2011/12/cpr-report-on-oiras-meetings-ignores-their-context.html. טיעון זה מעורר קושי, שכן מדיניות של דלת פתוחה על רקע חוסר שוויון ניכר במשאבים בין התעשייה לבין ארגוני החברה האזרחית היא פתח להשפעה עודפת של התעשייה.

158 השוו Nina A. Mendelson, *Disclosing "Political" Oversight of Agency Decision Making*, 108 MICH. L. REV. 1127 (2010); Glen Staszewski, *Political Reasons*,

אסתפק בהצגת החשש שמא האג'נדה של רפורמה רגולטורית – המיועדת לכאורה לקדם רציונליות ביורוקרטית, כמפורט לעיל – היא למעשה אמצעי לפיקוח פוליטי. כן אבחן אם קידום אג'נדה של רפורמה רגולטורית מיועד להעניק כיסוי של מכובדות אובייקטיבית למצב שהוא באמת ובתמים המשך של הפוליטיקה מימים ימימה. החששות הם שהאיזון בין הלגיטימיות הפוליטית של הרגולציה השלטונית לבין המידה שבה היא מקדמת את האינטרס הציבורי מופר, ושהפיקוח הפוליטי חורג מהשפעה לגיטימית של דרג נבחר ומוביל לעיוות של שיקול הדעת המקצועי שביסוד הרגולציה השלטונית בתחומים מקצועיים.¹⁵⁹

(א) מקרה המבחן האמריקני

דוגמה אחת היא הביקורת שנמתחה כלפי השימוש ברפורמה הרגולטורית של נשיאים אמריקניים, החל בנשיא רייגן, לקידום מטרות פוליטיות. בספרות האקדמית המשפטית נמתחה ביקורת עזה על העוצמה הרבה שרוכזה בידי מוסד הנשיאות. עיקר הדגש היה על תחומי הביטחון, יחסי החוץ והלחימה בטרור.¹⁶⁰ בצד זאת נטען כי אפשר לזהות ריכוז עוצמה דומה גם בתחום מדיניות הפנים.¹⁶¹ נטען כי המודל המקובל בעבר היה של הנשיא כגורם מפקח שאינו רשאי להתערב בהחלטות קונקרטיות של גופי הרגולציה,¹⁶² אך חל שינוי במודל זה. המודל המקובל כיום הוא של הנשיא כגורם מעצב מדיניות גם בתחום של מדיניות פנים.¹⁶³ מאז תקופתו של הנשיא רייגן התחולל שינוי שבמסגרתו רוכז הכוח

Deliberative Democracy and Administrative Law, 97 IOWA L. REV. 849 (2012);

Kathryn A. Watts, *Proposing a Place for Politics in Arbitrary and Capricious Review*,

119 YALE L. J. 2 (2009). אתגר זה ניצב, כמובן, גם לפני המשפט הפלילי.

159 במאמר זה אתמקד בשתי מדינות: ארצות-הברית ובריטניה. יש כתיבה בהקשר זה גם על

אודות מדינות נוספות; ראו Peci & Sobral, להלן ה"ש 228, בעמ' 214 (לגבי ברזיל). הטענה

שם היא שתסקיר ההשפעה הרגולטורי משמש כלי בידי הנשיא להפעיל את השפעתו על

הביורוקרטיה הרגולטורית המגוונת והעצמאית). לטיעון כללי ראו Claudio M. Radaelli

& Fabrizio De Francesco, *Regulatory Impact Assessment, Political Control and*

the Regulatory State (unpublished manuscript) (paper delivered to the 4th General

Conference of the European Consortium for Political Research at Pisa, Italy (Sept.

6-8, 2007), available at regulation.upf.edu/ecpr-07-papers/cradaelli.pdf

160 כמה מהחיבורים הבולטים בהקשר זה הם JACK GOLDSMITH, THE TERROR PRESIDENCY – LAW

& JUDGMENT INSIDE THE BUSH ADMINISTRATION (2007); BRUCE ACKERMAN, THE DECLINE

AND FALL OF THE AMERICAN REPUBLIC (2010); ERIC A. POSNER & ADRIAN VERMEULE,

JACK RAU THE EXECUTIVE UNBOUND – AFTER THE MADISONIAN REPUBLIC (2011).

,GOLDSMITH, POWER & CONSTRAINT – THE ACCOUNTABLE PRESIDENCY AFTER 9/11 (2012)

שם הציג גולדסמית' תפיסה מאוזנת יותר של עוצמת מוסד הנשיאות אל מול הכוחות הפועלים

לרסנו.

161 MADISON'S NIGHTMARE, לעיל ה"ש 108, בעמ' 141.

162 ראו Peter L. Strauss, *Overseer, or "The Decider"?: The President in Administrative*

Law, 75 GEO. WASH. L. REV. 696, 698 (2007).

163 שם, בעמ' 699.

לעיצוב המדיניות השלטונית בתחום מדיניות הפנים בידי הנשיא.¹⁶⁴ תפקיד מרכזי בשינוי האמור שמור למדיניות הרפורמה הרגולטורית. הטענה היא שלא זו בלבד שמדיניות הרפורמה הרגולטורית נועדה לאפשר לנשיא לכפות את מדיניותו על גופי הרגולציה, אלא שהיא פעלה לעשות כן תוך הסוואת מעורבותו האמורה של הנשיא.¹⁶⁵

מקום מרכזי בהקשר זה ניתן לממשל ג'ורג' ו' בוש, שאימץ פרשנות אגרסיבית לפיקוח של OIRA על גופי הרגולציה. ממשל בוש פעל להקשות על אימוץ של רגולציה חדשה, בין היתר באמצעות הכבדה על תהליך קבלת ההחלטות (באמצעות דרישה להערכת עמיתים ודרישות פרוצדורליות נוספות). זאת, בלי שהתבררה די הצורך מידת התרומה של פרוצדורות אלו לאיכות הרגולציה השלטונית.¹⁶⁶ המהלך הבולט ביותר של ממשל בוש בהקשר זה היה הדרישה שחלק ניכר מגופי הרגולציה ימנה אחד מחבריו – שמונה במסגרת מכסת המינויים הפוליטיים של הנשיא – ל"פקיד למדיניות רגולטורית" (Regulatory Policy Officer). נקבע כי פקיד זה יהיה מופקד על הציות של גוף הרגולציה לעקרונות הרפורמה הרגולטורית,¹⁶⁷ והופקדה בידי הסמכות לעצור יוזמות רגולטוריות חדשות. בכך מוסדה הזיקה ההדוקה בין מקבלי ההחלטות בגוף הרגולציה לבין משרדו של הנשיא. הטענה היא שהעוצמה הגוברת של משרד הנשיא באה על חשבון המומחיות המקצועית בתהליך קבלת ההחלטות שהיא מקור העוצמה של גופי הרגולציה עצמם.¹⁶⁸ ראוי לציין כי התמונה אינה חד-ממדית. היו שחלקו על תיאור הרפורמה הרגולטורית ככלי לשליטה פוליטית של הנשיא על גופי הרגולציה. אלה טענו כי "הדפוס הגלוי ביותר של הפיקוח הפוליטי של הבית הלבן הפך לפרקטיקה מנהלית אוטונומית"¹⁶⁹ וכי פיקוח OIRA הוא בבחינת שכבה נוספת של פיקוח מנהלי ניטרלי ומקצועי על גופי הרגולציה (גם אם מוטה לכיוון דה-רגולטורי).¹⁷⁰ היו גם שטענו כי דווקא הפיקוח הנשיאותי באמצעות OIRA

164 MADISON'S NIGHTMARE, לעיל ה"ש 108, בעמ' 148.

165 שם, בעמ' 153.

166 שם, בעמ' 156.

167 13,422, Exec. Order 72 FR 2763 (Jan. 18, 2007).

168 MADISON'S NIGHTMARE, לעיל ה"ש 161, בעמ' 164. לגישה השמה דגש על מומחיות הפקידים הפועלים בגופי הרגולציה כמוקד ללגיטימיות המדינה הרגולטורית ראו CROLEY, לעיל ה"ש 14.

169 David Barron, *From Takeover to Merger: Reforming Administrative Law in a Age of Agency Politicization*, 76 GEO. WASH. L. REV. 1095, 1114 (2007). בארון הבחין בין השפעה של הנשיא על גופי הרגולציה מבחוץ, בין היתר באמצעות פיקוח OIRA, לבין השפעה של הנשיא מבפנים, באמצעות שליטתו על המינויים בגופי הרגולציה. לדבריו, בעוד הפיקוח החיצוני אינו משמעותי, כנטען, מוסד הנשיאות השתלט על הבירוקרטיה השלטונית באמצעות פוליטיזציה נרחבת של המשרות בגופי הרגולציה.

170 Steven Croley, *White House Review of Agency Rulemaking: An Empirical Investigation*, 70 U. CHI. L. REV. 821, 884 (2003); Lisa Schultz Bressman & Michael P. Vandenbergh, *Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control*, 105 MICH. L. REV. 47, 99 (2006).

משקף תפיסה ראויה, המשרתת תכלית דמוקרטית של ציות של גופי הרגולציה המקצועיים למדיניות של הנשיא הנבחר.¹⁷¹

(ב) מקרה המבחן הבריטי

טענה דומה אפשר להעלות לגבי יישום הרפורמה הרגולטורית בבריטניה. כידוע, שיטת המשטר הנהוגה בבריטניה מובילה לריכוז עוצמה ניכרת בידי ליבת הרשות המבצעת ובעיקר בידי משרד ראש הממשלה והעומד בראשו. זאת, בין היתר, כפועל יוצא ממידה ניכרת של "התכת רשויות" המתקיימת במשטר פרלמנטרי בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת,¹⁷² ומהמגמה המתמשכת של חיזוק משרד ראש הממשלה.¹⁷³ בצד ריכוז כוח פוליטי זה מפתיע לגלות מגמה מקבילה ובמידת מה הפוכה – ביזור הכוח השלטוני לגופים נוספים, פרטיים וציבוריים.¹⁷⁴ בין היתר, ביזור זה הוא פועל יוצא של רפורמות במישור החוקתי¹⁷⁵ ובמישור המנהלי.¹⁷⁶ במסגרת זו אפשר לכלול גם את המגמה להרחיב את ההפקדה של סמכויות הרגולציה בידי גופי רגולציה הנהנים מעצמאות בהשוואה לליבת רשות המבצעת.¹⁷⁷ מגמות סותרות אלו – התעצמות הליבה הפוליטית אל מול החלשת

- 171 *Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic*, לעיל ה"ש 80, בעמ' 310.
- 172 הטענה היא שהעומדים בראש הרשות המבצעת מחזיקים בהשפעה ניכרת על הרשות המחוקקת. ANTHONY KING, *THE BRITISH CONSTITUTION* 15 (2007). ראו יובל רויטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" *שערי משפט* 1 ו 296 (תשע"ג).
- 173 ראו, לדוגמה, MICHAEL FOLEY, *THE BRITISH PRESIDENCY* (2000). מנגד היו שטענו כי מידת ההשפעה משתנה מראש ממשלה אחד למשנהו, על פי אופיים ועל פי הנסיבות הקונקרטיות שבהן הם פועלים. ראו L.S. AMERY, *THOUGHTS ON THE CONSTITUTION* 73 (1964).
- 174 *LAW AND ADMINISTRATION*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 83.
- 175 המכנה המשותף לרפורמות החוקתיות שהתבצעו, בעיקר מאז עלתה לשלטון מפלגת הניר-לייבור, הוא ערעור העיקרון בדבר ריבונות הפרלמנט, תוך הענקת משקל רב יותר לעקרון ריבונות העם ולעליונות של עקרונות חוקתיים על חקיקת הפרלמנט. הדבר בא לידי ביטוי בהאצלה של סמכויות הפרלמנט כלפי מעלה (לאיחוד האירופי); כלפי מטה (לארבעת אומות הבית המרכיבות את הממלכה הבריטית – אנגליה, ויילס, סקוטלנד וצפון אירלנד); הצידה (לרשות השופטת) ולציבור הרחב (באמצעות שימוש במשאלים עם). ראו *THE NEW BRITISH CONSTITUTION*, לעיל ה"ש 5.
- 176 אפשר לזהות מגמות של פרגמנטציה המתרחשות בתוך הרשות המבצעת עצמה, המביאות לכאורה להפחתה בעוצמה המסורה לליבת הרשות המבצעת – הרחבת השימוש במיקור-חוץ של תפקידים שלטוניים; יישום של עקרונות הניהול הציבורי החדש והפקדה של סמכויות שלטוניות בידי דרג השטח ושל תפקידים ביצועיים בידי סוכנויות ביצוע הנהנות ממידה ניכרת של עצמאות.
- 177 בניגוד לארצות-הברית, בבריטניה לא הייתה מסורת של שימוש בגופי רגולציה עצמאיים כמודל של רגולציה שלטונית. השימוש בגופי רגולציה עצמאיים הוא פועל יוצא של מאמצי ההפרטה שהחלו בשנות השבעים של המאה הקודמת, בהובלת המפלגה השמרנית ומרגרט תאצ'ר שעמדה בראשה. ראו אורי ארבל-גנץ, *רגולציה – הרשות המפקחת* 46 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

הרשות המבצעת – זכו לכינוי "הפרדוקס של בלייר", על שם טוני בלייר, ראש ממשלת בריטניה בין השנים 1997–2007, שהוביל את קידום המגמות הנ"ל.¹⁷⁸ ליבת הרשות המבצעת לא נותרה אדישה למגמת הביזור, ונקטה צעדים מצעדים שונים כדי להגביר את שליטתה בפריפריה של הרשות המבצעת. בהקשר זה נטען כי מפלגת הניו-לייבור ביקשה להחיל דגם משופר של מודל ווסטמינסטר, שבמסגרתו נעשה ניסיון להגביר את התיאום בין משרדי הממשלה ואת ההכפפה של משרדי הממשלה לסדר העדיפויות ולאסטרטגיה של ליבת הרשות המבצעת – ובמסגרת זו להשתמש במנגנוני בקרה מטעם ליבת הרשות המבצעת שתכליתם לפקח על הפריפריה של הרשות המבצעת.¹⁷⁹ בהקשר הנדון, הטענה היא שתחת כסות של רציונליזציה של תהליך קבלת ההחלטות, מדיניות הרפורמה הרגולטורית בבריטניה היא אמצעי של ליבת הרשות המבצעת לחזק את השפעתה על עיצוב המדיניות הציבורית, על אף מגמות הביזור והפרגמנטציה, ובעיקר לחיזוק אחיזתה בגופי הרגולציה.¹⁸⁰ במילים אחרות, הפיקוח הפוליטי הנגזר מהרפורמה הרגולטורית הוא בבחינת פיצוי לגידול במעמד ובעוצמה של גופי הרגולציה העצמאיים ולפרגמנטציה של רשות המבצעת.¹⁸¹ זהו מאפיין בסיסי של הרפורמה הרגולטורית, שבמסגרתה סטנדרטים המשותפים לכל משרדי הממשלה נכפים על משרדי הממשלה ועל גופי הרגולציה.

מעבר לכך, אפשר לזהות קשת של צעדים שבוצעו לשם חיזוק השפעת המרכז ובכללם מינוי שרים לענייני רגולציה מיטבית, הקמת יחידות הרגולציה המיטבית במשרדי הממשלה והקמה של ועדת שרים ייעודית לפיקוח על תכניות הרגולציה של המשרדים ("הפאנל לאחירותיות רגולטורית").¹⁸² מנגד נטען כי העול המוטל על גופי הרגולציה עצמם כתוצאה מעקרונות הרפורמה הרגולטורית מסכל את האפשרות להשיג אפקטיבית את תכליות הרגולציה השלטונית.¹⁸³

ביטוי מובהק לשימוש ברפורמה הרגולטורית כאמצעי של פיקוח פוליטי הוא חוק הרפורמה החקיקתית והרגולטורית משנת 2006.¹⁸⁴ חוק זה מעגן בתחום הרפורמה הרגולטורית סעיפים המכונים "פסקאות הנרי השמיני" (Henry VIII Clauses) – סעיפי חוק המקנים לשרי הממשלה סמכות לקבוע בחקיקת-משנה כי חוק ראשי או חלק ממנו בטלים (לעתים בכפוף להליך מקוצר לפני הפרלמנט). החוק הסמיך לפרסם צווי רפורמה רגולטורית המשנים את התוקף של כל דין, כולל חקיקה ראשית, בשני תחומים: (א) צווים המיועדים להפחתת עול רגולטורי או להסרתו המוחלטת; (ב) צווים המיועדים להבטיח כי סמכויות רגולטוריות מיושמות באופן העולה בקנה אחד עם עקרונות של שקיפות, אחירותיות, מידתיות ועקביות, וכן כי נעשה שימוש בסמכויות רגולטוריות רק בנסיבות

MATTHEW FLINDERS, DEMOCRATIC DRIFT – MAJORITARIAN MODIFICATION AND DEMOCRATIC ANOMIE IN THE UNITED KINGDOM 11 (2009) 178

179 שם, בעמ' 48.

180 Julia Black, *Tensions in the Regulatory State*, PUBLIC LAW (Spring) 58, 59 (2007)

181 *The New Regulatory Orthodoxy*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 361.

182 LAW AND ADMINISTRATION, לעיל ה"ש 15, בעמ' 251.

183 THE REGULATORY ENTERPRISE, לעיל ה"ש 40, בעמ' 202.

184 Legislative and Regulatory Reform Act, 2006, c. 51 (U.K.)

שבהן הדבר נחויץ.¹⁸⁵ נוסף על כך העניק החוק לשרים סמכויות נרחבות לערוך רה-אורגניזציה רגולטורית.

חלקו השני של החוק מטיל חובה על כל הרגולטורים השלטוניים לפעול בהתאם לעקרונות הרגולציה הראויה ומסמיך את השרים לקבוע כללי התנהגות שינחו את הרגולטורים השלטוניים בעת שהם קובעים מדיניות כללית, עקרונות או הנחיות. כללי ההתנהגות צריכים להלוים את כללי הרגולציה הראויים ולקבל את אישור הפרלמנט בהליך מקוצר. הוראה זו אינה חלה על הרגולטורים הכלכליים, הן כדי לשמר את עצמאותם והן משום שהם ממילא מחויבים בעקרונות הנ"ל על פי החוקים המסמיכים.

הצעת החוק המקורית שהציגה הממשלה נתקלה בביקורת חריפה מצד חברי פרלמנט, מצד התקשורת ומצד ארגוני החברה האזרחית. נטען כי הצעת החוק – בנוסח המקורי שהציגה הממשלה – היא בבחינת "חוק לביטול הפרלמנט". על רקע זה רוסנו ההסדרים המקוריים ונקבעו בחוק כמה איזונים.¹⁸⁶ גם לאחר תיקון החוק יש בו כדי להעצים במידה ניכרת את כוחם של שרי הממשלה ולחזק את שליטתם בגופי הרגולציה המבוזרים; בעקפיין הדבר מוביל להגברת העוצמה של ראש הממשלה, הנהנה מהשפעה מכרעת על שרי הממשלה.¹⁸⁷

5. אתגר המקצוענות

כמפורט לעיל נטען כי גופי הרגולציה אינם מחזיקים במקצועיות הנדרשת לקידום רגולציה איכותית. לכאורה, ברפורמה הרגולטורית יש כדי ליתן מענה לאתגר זה. הטענה היא שהרפורמה הרגולטורית משפרת את איכות הרגולציה השלטונית – הן בכל הנוגע ליחס עלות-תועלת, הן ביחס לבחינת חלופות אפשריות לכלל המוצע והן בכל הנוגע לתשתית העובדתית שביסודו. נרמה כי זה ה-*raison d'être* (תכלית הקיום) שלה. אכן, על פני הדברים נראה כי רכיבים הנכללים ברפורמה הרגולטורית מיועדים לשפר את איכות הרגולציה השלטונית. החיוב להעביר כל כלל רגולציה מוצע בכור ההיתוך של תסקיר ההשפעה הרגולטורית, על רכיביו שפורטו לעיל – ובעיקר להחיל עליו ניתוח עלות-תועלת – עשוי לחזק את הממד הרציונלי של קבלת ההחלטות. הוא גם מקנה מעמד מרכזי לבעלי מומחיות בתחום הכלכלה והמדיניות הציבורית והוא מקשה לכאורה על קביעת רגולציה שרירותית או רגולציה שיסודה בטעמים פוליטיים פסולים. כך גם החובה לשתף את הציבור בשלב מוקדם של עיצוב כלל הרגולציה המוצע, באופן שהופך את ההליך לשקוף

185 החוק קובע כי צו כאמור יכול לשנות את הוראות החוק המסמיך שהקים את גוף הרגולציה; להעביר או לאצול סמכויות רגולטוריות, ולצורך כך להורות על צמצום או הרחבה של סמכות הגוף הרגולטורי; לשנות את אופן ההפעלה של הסמכות הרגולטורית.

186 לתיאור המאבק סביב חקיקת החוק ראו Susanna Kalitowski, *Rubber Stamp or Cockpit? The Impact of Parliament on Government Legislation*, 61 PARLIAMENTARY AFFAIRS (2008) 694, 701. הנוסח המקורי של החוק והתיקונים שנערכו בו מופיעים באתר האינטרנט של החקיקה הבריטית www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/51/contents.

187 ראו גם Peter Hennessy, *The Blair Style of Government*, 33 GOVERNMENT AND OPPOSITION (1998) 19.

יותר ולנגיש יותר לציבור. בדומה, נטען כי הרפורמה הרגולטורית מעודדת שיח פנים-ממשלתי בין משרדים ויחידות. בדרך זו, המעצב של כלל הרגולציה נדרש להאזין לעמדות של גורמים בעלי מומחיות ברשות המבצעת עצמה.¹⁸⁸ אולם, בדומה לכלל פרודורלי אחר, יש קושי להעריך אם הרפורמה הרגולטורית משרתת את ייעודה. נשאלת השאלה אם אין המדובר בטקס לגיטימציה ותו לא, או, במילים אחרות, בהליך פרודורלי שיש לצלוח על פי תנאיו כדי לגבש מדיניות שנקבעה מראש על בסיס שיקול פוליטי, חיצוני להליך. על כך יש להוסיף את ההכבדה הכרוכה ביישום גישה של רפורמה רגולטורית. בהקשר זה ניתן לטעון, כי בהעדר כוח אדם מקצועי, המורכבות הנוספות הגלומה בגישת הרפורמה הרגולטורית מנביעה רגולציה באיכות נמוכה יותר. על רקע כל האמור, עשויה להישמע הטענה שיש לבחון במשקפי עלות-תועלת את גישת הרפורמה הרגולטורית עצמה.¹⁸⁹ ביקורת זו מתעצמת על רקע טענות לפער בין הרפורמה הרגולטורית לבין גישת הרגולציה הנבונה (smarter regulation) שהתבלטה בשיח הרגולטורי בשנים האחרונות.¹⁹⁰ גישה זו מצדדת בשילוב בין מגוון של כלים רגולטוריים, חלקם כופים וחלקם וולונטריים, ובכללם רגולציה עצמית, הגבלות תאגידיות פנימיות וחוזים רגולטוריים.¹⁹¹ גישה זו מבטאת נסיגה מרגולציה ממשלתית כופה בדפוס של ציווי ושליטה (Command & Control) ופנייה לכיוון של דרכי השפעה חלופיות, שרכיב הכפייה בהן דומיננטי פחות.¹⁹² אולם, נטען כי כלי הרפורמה הרגולטורית אינם מותאמים לגישת הרגולציה הנבונה. בעיקר נטען כי תסקיר ההשפעה הרגולטורית החל על כלי רגולציה פורמליים אינו מתאים לעסוק במגוון נרחב של כלי השפעה הננקטים בצוותא כדי להתמודד עם סוגיה רגולטורית קונקרטית. קשה מאוד לערוך ניתוח עלות-תועלת בסיטואציה של מורכבות מוסדית כשננקטים כלי השפעה רבים, כפי שמתבקש מגישת הרגולציה הנבונה.¹⁹³ כך, לדוגמה, קשה להעריך עלות-תועלת במציאות רגולטורית שבה משולבים כלל רגולציה כופה, רגולציה עצמית מפוקחת ומתן תמריצים כלכליים לקידום ההתנהגות הרצויה. החשש בהקשר זה הוא שחיוב של גופי הרגולציה השלטוניים לערוך תסקיר השפעה רגולטורית ירתיע מפני נקיטה של גישת הרגולציה הנבונה ויוביל לכרירת מחדל של ציווי ושליטה. במילים אחרות, החשש הוא שהרפורמה הרגולטורית תרתיע מפני קידום של רגולציה איכותית יותר, שתהיה מבוססת על תוכנות של גישת הרגולציה הנבונה.

לכסוף, כפי שפורט לעיל, איכות הרגולציה השלטונית תלויה גם במידת התיאום שבין הרגולטורים המעורבים. בחלק מהמדינות שבהן היא מיושמת, הרפורמה הרגולטורית מיועדת ליתן מענה להיעדר התיאום בין גופי הרגולציה. הטענה הבסיסית היא שהשימוש בתסקיר השפעה רגולטורית יוצר שפה משותפת בין גופי הרגולציה, ושתהליך העבודה

188 ראו SIMPLER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 30.

189 השוו יואב דותן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 435.

190 ראו Robert Baldwin, *Is Better Better Regulation in Troubled Times*, לעיל ה"ש 115, *Regulation Smarter Regulation?*, PUBLIC LAW (Autumn) 485 (2005).

191 ראו שרון ריין "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל" עיוני משפט לה 447 (2012).

192 לחיבור קלאסי שהציג גישה זו ראו NEIL GUNNINGHAM & PETER GRABOSKY, SMART REGULATION (1998).

193 לתיאור ביקורת זו ראו *Better Regulation in Troubled Times*, ה"ש 115 לעיל, בעמ' 205.

המוכנה מאפשר להם לתאם מדיניות. ¹⁹⁴ יש מדינות שבהן התיאום מוטל על ROB, המופקד על קידום הרפורמה הרגולטורית בקרב גופי הרגולציה. ¹⁹⁵ גם בהקשר של ממד זה לא ברור עד כמה השיגה הרפורמה הרגולטורית את יעדיה ואכן הובילה בפועל להגברת התיאום בין גופי הרגולציה. ¹⁹⁶

כך, בצו נשיאותי מס' 12,866, שעיגן את עקרונות הרפורמה הרגולטורית בארצות-הברית, ¹⁹⁷ נקבע כי אחת מתכליותיו היא קידום התיאום בין גופי הרגולציה בנוגע לרגולציה הקיימת ולזו המוצעת. נקבע כי על גופי הרגולציה להימנע מקביעת כללי רגולציה שאינם עולים בקנה אחד עם כללי רגולציה שקבעו גופי רגולציה אחרים (סעיף 1(b)(10) לצו). הצו הנשיאותי קובע מפורשות כי OIRA תהא מופקדת על ההרמוניה בין כללי הרגולציה שקובעים גופי הרגולציה (סעיף 2(b) לצו). ¹⁹⁸ בהקשר זה נטען כי OIRA לא מימשה את תפקיד התיאום האמור שהוטל עליה, וחלף זאת התמקדה פעילותה בהקלת העול הרגולטורי ותו לא. ¹⁹⁹

ד. ההקשר הישראלי

1. המצב הקיים

בישראל, כבמדינות אחרות, רשויות המנהל הציבורי ממלאות תפקידים רגולטוריים מובהקים ומקיפים. מראשית ימי המדינה מתנהל בה מערך רגולטורי נרחב; עמד על כך יצחק זמיר, בציינו כי "מדינת-ישראל, אף שהוקמה ותפקדה כדמוקרטיה מערבית, נעשתה מדינה מפוקחת ברמה גבוהה [...] רשת צפופה של חוקים ותקנות רבים מספור הטילה פיקוח ציבורי על תחומים רבים של פעילות עסקית". ²⁰⁰ מגמה זו התעצמה עת החלו

194 *Strengthening the Institutional Setting for Regulatory Reform*, ה"ש 195 להלן, בעמ' 49.
195 לסקירה מקיפה של פרקטיקות המקודמות במסגרת גישת הרפורמה הרגולטורית, המיועדות להבטיח תיאום והרמוניזציה של מדיניות רגולטורית, ראו Cesar Cordova-Novion & Stéphane Jacobzone, *Strengthening the Institutional Setting for Regulatory Reform: The Experience from OECD Countries*, 19 OECD WORKING PAPERS ON PUBLIC GOVERNANCE 43 (2011), at dx.doi.org/10.1787/5kgglrpvcph-en.

196 אפשר לטעון שדווקא תיאום יתר עלול לפגום באיכות הרגולציה השלטונית במוכן זה שהוא מוביל ל"לכידה" פנים-ממשלתית, כך שהגוף המתאם מכפיף את יתר הגופים לשיקול דעתו, פוגם ביכולתם להפעיל את שיקול דעתם באופן עצמאי ומכביר על חדשנות ונסיונות. על רקע האמור, גם אם מעוררים תיאום פנים-ממשלתי ראוי להציב לו גבולות.

197 ראו www.archives.gov/federal-register/executive-orders/pdf/12866.pdf.

198 יוער כי הרגש על חשיבות התיאום בין גופי הרגולציה בא לידי ביטוי גם בצו נשיאותי מס' 13,563 שפרסם הנשיא ברק אובמה. ראו ה"ש 13 לעיל.

199 *Centralized Oversight of the Regulatory State*, לעיל ה"ש 18. אך ראו טענתנו – המודעת לעצמה – של Sunstein, כי חלק ניכר מזמנו כראש OIRA הוקדש לתיאום בין-משרדי. ראו SIMPLER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 31.

200 יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67, 78 (2005). כן ראו אורי ארבל-גנץ (בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן) רגולציה – הרשות המפקחת

מנשבות בישראל רוחות ההפרטה, שהובילה להעברת האחריות הישירה לאספקת מצרכים ושירותים למגזר הפרטי – אך הולידה מלכוש חדש למעורבות המדינה בדפוס של רגולטור המפקח על פעילות גופים אלו.²⁰¹

עיקר סמכויות הרגולציה בישראל מסורות למשרדי הממשלה ולשרים שבראשם. עד היום ישראל נותרה חסינה במידה רבה מפני מודל הרגולטור העצמאי.²⁰² אפשר לומר שתופעת החלחול שעליה עמדנו לעיל פסחה עליה גם בנסיבות שבהן במדינות אחרות נבחר מודל גוף הרגולציה העצמאי ונעשה שימוש בדפוס של יחידת סמך הפועלת בכפיפות מסוימת למשרד ממשלתי.²⁰³

בדומה, ישראל נותרה חסינה לגישת הרפורמה הרגולטורית גם בעת שזו סחפה מדינות רבות ברחבי העולם. חלק ניכר מהרגולציה השלטונית בישראל מעוגן בחקיקה ראשית, בחקיקת־משנה או בהנחיות מנהליות. נכון לכתיבת שורות אלו, ההליך לקביעת רגולציה שלטונית (בכל אחת מהחלופות שצוינו) אינו כולל הערכה שיטתית של העלות שהיא מטילה על המגזר המפוקח או של התועלת הגלומה בה עבור הציבור הרחב.²⁰⁴

66 (2003).

201 דפנה ברק־ארוז **משפט מינהלי** 59 (2010). מנגד ראו את הטענה שישראל הוזיחה את מחויבויותיה הרגולטוריות: הגירעון הדמוקרטי של עידן ההפרטה, לעיל ה"ש 45.

202 הדוגמאות הבולטות לגופי רגולציה עצמאיים הן רשות ניירות ערך, שהוקמה כתאגיד סטטוטורי מכוח חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 541; המפקח על הבנקים, הפועל במסגרת בנק ישראל כאמור בחוק בנק ישראל, התש"ע-2010, ס"ח 2237; הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, שהוקמה מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח 1304. כן רלוונטי בהקשר זה הממונה על הגבלים עסקיים, העומד בראש רשות ההגבלים העסקיים שהיא יחידת סמך במשרד הכלכלה ונתפס אף הוא כרגולטור עצמאי.

203 ראו הרשות להגנת הצרכן והסחר ההוגן שהוקמה מכוח חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 1023. כן ראו עניינה של הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל, שהוקמה מכוח חוק משק החשמל, התשנ"ו-1996, ס"ח 1579. המחוקק קבע הסדרים מסוימים שנועדו להגן על העצמאות של בעלי התפקידים ברשות החשמל. בפועל, היעדר הבהירות לגבי חלוקת גבולות הגזרה בין הגורמים הממשלתיים המעורבים בסקטור החשמל גורר מחלוקות עזות. ראו, לדוגמה, עמירם ברקת "השר לנדאו תובע מיו"ר רשות החשמל להתפטר לאלתר מתפקידו" **גלובס** 24.1.2010. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000533296. בשנים האחרונות החלו מוקמות רשויות רגולציה המופקדות על היבטים חברתיים, הפועלות כיחידות ממשלתיות בעלות עצמאות מסוימת. ראו, לדוגמה, את נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, שהיא יחידה במשרד המשפטים, ואת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, שהיא יחידה במשרד הכלכלה.

204 יש מקרים נקודתיים שבהם נערך ניתוח עלות־תועלת על ידי גופים של המנהל הציבורי. בבדיקה ראשונית שערך הח"מ אותרו ניתוחי עלות־תועלת שנערכו בכמה הקשרים לבקשת המשרד להגנת הסביבה. ראו old.sviva.gov.il/bin/en.jsp?enPage=BlankPage&enDis play=view&enDispWhat=Zone&enDispWho=External_costs&enZone=External_costs&

אין בישראל מקבילה של תסקיר השפעה רגולטורית;²⁰⁵ אין בישראל הליך סדור לשיתוף הציבור בקביעת רגולציה שלטונית;²⁰⁶ אין בישראל בחינה שיטתית בדיעבד של רגולציה קיימת. חלף האמור פועלים בישראל בערבוביה כמה מנגנונים לפיקוח על קביעה של רגולציה שלטונית – פיקוח פוליטי,²⁰⁷ פיקוח משפטי,²⁰⁸ פיקוח תקציבי²⁰⁹ ופיקוח של

205 חריג לכך תסקיר השפעה על הסביבה, הנערך מכוח סעיף 307 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 467 ובהתאם לתקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003, ק"ת 6246. מדיניות המשרד להגנת הסביבה היא לערב את הציבור בתהליך ההכנה של תסקיר ההשפעה. כמו כן, בהתאם לתקנה 8(ב)(2) לתקנות על התסקיר לכלול, בין היתר, את "בריקת היתרונות והחסרונות של התוכנית המוצעת ביחס לסביבה" וכן "פירוט והערכה של מכלול ההשפעות הצפויות על הסביבה [...] כתוצאה מביצוע התכנית". נוסף על כך הועלתה הצעה לשלב בתסקיר השפעה על הסביבה "הערכת סיכון בריאותי". ראו יניב רונן "בחינת האפשרות לשלב הערכת סיכון בריאותי בתסקיר השפעה על הסביבה" (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2010). כן ראו ההצעה לקביעה של "תסקיר השפעה על הקהילה" כאמצעי לעודד שיח זהויות בחברה הישראלית: חני אופק-גנדלר "תסקיר השפעה על הקהילה ככלי להשמעת קולות מושקעים בחברה משוסעת" משפט וממשל יא 195 (תשס"ח).

206 בצד האמור אפשר להתחיל לראות יוזמות לקידום של שיתוף הציבור בעבודת הממשלה והכנסת. כמו כן, יש גופי רגולציה השומעים דרך קבע את עמדת הציבור לגבי רגולציה מוצעת. המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, הפועלת מכוח חוק התקשורת (בזק ושיירותים), תשמ"ב-1982, ס"ח 1060, נוהגת להזמין את הציבור להשמיע את עמדותיו באשר לרגולציה מוצעת. באופן דומה נוהגת גם הרשות לשיירותים ציבוריים – חשמל, הפועלת מכוחו של חוק משק החשמל. יוער כי מדובר בשני גופי רגולציה הנהנים מעצמאות ניכרת ביחס לדרג הפוליטי ולמשרדים הממשלתיים הרלוונטיים (משרד התקשורת ומשרד האנרגיה והמים, בהתאמה).

207 לדרג הפוליטי הבכיר הניצב בראש הרשות המחוקקת והרשות המבצעת יש השפעה על החקיקה הראשית, בין היתר באמצעות ועדת השרים לענייני חקיקה, המופקדת על קביעה של עמדת הממשלה לגבי הצעות חוק פרטיות ולגבי הצעות חוק ממשלתיות. נוסף על כך, חלק ניכר מהרגולציה השלטונית נקבעת בחקיקת-משנה, שהיא ככלל בסמכות השר הממונה על ביצוע החוק המסמך. כמו כן, כשמדובר בתקנות נדרש על פי רוב אישור של ועדה מוועדות הכנסת. לדרג המיניסטריאלי הבכיר יש השפעה ניכרת גם על תוכן ההנחיות המנהליות, בין שאלו נקבעות במישרין על ידו או על ידי פקידים הכפופים לו.

208 הפיקוח המשפטי על רגולציה שלטונית מוצעת נעשה על ידי השיירות המשפטיות הציבוריות ובעיקר על ידי הייעוץ המשפטי לגופי הרגולציה ועל ידי מחלקת הייעוץ והחקיקה שבמשרד המשפטים. כך, בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, על מחלקת הייעוץ והחקיקה לבחון אם תקנות הקובעות כלל רגולציה עומדות במבחן החוקיות ואינן פגומות בחוסר סבירות. הגם שנקבע כי על הפיקוח המשפטי לעסוק גם בסבירות של הרגולציה השלטונית הנקבעת במסגרת חקיקת-משנה, אין מדובר בניתוח עלות-תועלת בדפוס המקובל בגדר הרפורמה הרגולטורית.

209 הפיקוח התקציבי ממוקד בהשפעת הרגולציה המוצעת על תקציב המדינה ולא בעלות המוטלת על המגזר המפוקח. ממילא לא נבחן היחס בין עלות הרגולציה המוצעת לבין תועלתה. כך, סעיף 39א לחוק יסודות התקציב התשמ"ה-1985, ס"ח 1139 קובע כי "הצעת חוק המוגשת לכנסת שבביצועה כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה, או שבביצועה

מבקר המדינה.²¹⁰ מנגנונים אלו אינם עוסקים בהערכה שיטתית של העלות והתועלת של הרגולציה השלטונית. בהקשר זה יוער, כי היבטים מסוימים הנובעים מגישת הרפורמה הרגולטורית עוגנו בעקרונות המשפט המנהלי הישראלי ובפרקטיקה המנהלית. דוגמה לכך היא החובה לבסס את ההחלטה המנהלית על תשתית עובדתית נאותה. עם זאת, היבטים מרכזיים אחרים טרם זכו למענה מלא דוגמת החובה לשקול חלופות,²¹¹ החובה לערוך ניתוח עלות-תועלת והחובה לשתף את הציבור הרחב בקבלת ההחלטה המנהלית.²¹² כמו כן, בכל הנוגע לפרקטיקה המנהלית אפשר לזהות הבדלים בין גופי רגולציה בישראל²¹³ הגם שלא נערך מיפוי מסודר של הבדלים אלו.

קשה ליתן מענה לשאלה מדוע לא קודמה בעבר בישראל באופן פורמלי גישת הרפורמה הרגולטורית. הסבר אפשרי אחד טמון בהיעדר תמיכה פוליטית בישראל למהלך מסוג זה, בין היתר עקב התמקדות של תשומת הלב הפוליטית בתחום המדיני-ביטחוני.²¹⁴ יש טענה שלפיה ביסוד הרפורמה הרגולטורית נמצא הרצון של הדרג הפוליטי הבכיר להגביר את

כרוכה הפחתה של הכנסת המדינה, תציין, בנוסח החוק המוצע או בדברי ההסבר לו, דרך המימון להוצאה או להפחתה". הוראה זו לא קוימה בפועל. ראו ענת מאור הח"כ כמחוקק – החקיקה הפרטת בכנסת, צמיחתה ותרומתה (2009). בהתאם לסעיף 3ג לחוק יסוד: משק המדינה, ס"ח התשס"ג 1893, "הצעת חוק תקציבית לא תתקבל בכנסת אלא בקולותיהם של 50 חברי כנסת לפחות". הביטוי "עלות תקציבית" מוגדר ככולל רק השפעה של הצעת החוק על תקציב המדינה. כן ראו סעיף 138א לתקנון הכנסת. ככל שמדובר בחקיקת-משנה נקבעה הוראה דומה בסעיף 40 לחוק יסודות התקציב: "תקנות או הוראות מינהל שבביצוען כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה לא יותקנו אלא אם כן ההוצאה או ההתחייבות תוקצבו בחוק התקציב השנתי לשנת הפעלתן הראשונה". גם כאן המוקד הוא השפעת התקנה על תקציב המדינה, להבדיל מעלותה הכוללת.

210 סעיף (ב) 2 לחוק יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 1237 קובע כי "מבקר המדינה יבחן את חוקיות הפעולות, טוהר המידות, הניהול התקין, היעילות והחיסכון של הגופים המבוקרים, וכל עניין אחר שיראה בו צורך".

211 הדיון בשאלה עד כמה הוטמעה החובה לשקול חלופות במסגרת המשפט המנהלי הישראלי חורגת מגדר המאמר. אפשר בהחלט לזהות הקשרים מסוימים שבהם הוטלה חובה זו על רשויות המנהל הציבורי, בעיקר בתחום התכנון והבנייה. ראו בג"ץ 9409/05 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנה על הסביבה נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומיות (נבו, 24.10.2010). במידת מה, חובה זו גם נגזרת ממבחן-המשנה השני של מבחן המידתיות (מבחן הפגיעה הפחותה). עם זאת, נדמה כי עד כה טרם גובשה חובה כללית כאמור.

212 השוו איל בנבנישתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה 119 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

213 כך, לדוגמה, בכל הנוגע לשיתוף הציבור בקביעת הרגולציה השלטונית, אפשר להבחין בין גופי רגולציה המקיימים שימוע ציבורי, לעתים באופן וולנטרי (לדוגמה, הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל) לבין גופי רגולציה שאינם עושים כן.

214 נטען כי לשם קידום מדיניות של רגולציה מיטבית יש צורך במחויבות פוליטית משמעותית. ראו OECD, BUILDING AN INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR REGULATORY IMPACT ASSESSMENT (RIA) GUIDANCE FOR POLICY MAKERS 8 (2008).

שליטתו על גופי הרגולציה השלטונית, הנהנים מעצמאות מסוימת ביחס לליבת הרשות המבצעת. בישראל, שבה עד כה לא ניכרת התפתחות משמעותית של גופי רגולציה עצמאיים, ויש בה השפעה ניכרת של הדרג הפוליטי הבכיר, לא התעורר צורך בהגברת השליטה של השלטון המרכזי על הגופים הרגולטוריים. ממילא לא התעורר צורך לפתח רפורמה רגולטורית ויש חשש שמא שינויים כלשהם רק יפחיתו את השפעת הדרג הפוליטי על עיצוב המדיניות. הסבר אפשרי שני מתמקד בחולשת המגזר הציבורי בישראל: יש קושי של ממש לקדם רפורמות בשירות המדינה בישראל.²¹⁵ אפשר לטעון שהמגזר הציבורי בישראל נעדר את היכולות המקצועיות הנדרשות לקידום "רפורמה רגולטורית",²¹⁶ בעיקר בהתחשב במורכבות של אג'נדה זו.²¹⁷ לפי הסבר אפשרי שלישי, המגזר העסקי בישראל נעדר תמריץ לקדם רפורמה מסוג זה בישראל בשל יכולתו להשפיע על מקבלי ההחלטות במגזר הציבורי בדרכים חלופיות.²¹⁸ הסבר אפשרי רביעי הוא היעדר לחץ חיצוני, למצער עד לאחרונה, מצד האיחוד האירופי או OECD – שני הגופים שכאמור לעיל פועלים לקידום הרפורמה הרגולטורית במדינות החברות בהן.²¹⁹

עניין זה עתיד להשתנות. ההצטרפות של ישראל ל-OECD כבר הולידה צעדים ראשונים בתחום.²²⁰ ברוח הוועדה לשינוי חברתי-כלכלי (ועדת טרכטנברג), שלידתה במחאה החברתית שפרצה בקיץ 2011 (מחאת האוהלים), נכללה המלצה לממשלה "למסד את פעילות הרגולטורים השונים וליצור תורת רגולציה בישראל" ובכלל זה לאמץ את כלי המדיניות של תסקיר השפעה רגולטורית.²²¹ בהמשך לכך, בהחלטה מדצמבר 2011 הטילה הממשלה על ראש האגף לתכנון מדיניות במשרד ראש הממשלה לפעול לפיתוח של תורת

215 לתיאור אישי של הקושי לקדם רפורמה בשירות הציבורי בישראל ראו יצחק גל-נור, לא, אדוני הנציב! מאחורי הקלעים של הפוליטיקה והמינהל בישראל (2003).

216 ראו דו"ח הוועדה לשיפור המנהל הציבורי לקידום צדק חברתי בראשות יצחק גל-נור, j14.org.il/spivak/?p=368.

217 בירור השאלה אם טעם זה אכן עומד ביסוד העניין כרוך בבחינה השוואתית של המגזר הציבורי בישראל לעומת המגזר הציבורי במדינות שבהן קודמה גישת הרפורמה הרגולטורית. בירור כזה חורג מגדר המאמר.

218 אך ראו אורה קורן "עורך רגולציה מאדיר את כוחו של הרגולטור ופוגע בעסקים" דה מרקר www.themarker.com/markets/1.2094377 11.8.2013.

219 ראו הדיון בסעיף 2.1 לעיל.

220 בשנת 2011 קיים משרד ראש הממשלה כנס משותף עם OECD בנושא "הפחתת נטל בירוקרטי בתחומי השירותים והרגולציה". מטרת הכנס הייתה לחשוף את הדרג הבכיר בשירות המדינה לגישת הרפורמה הרגולטורית (www.pmo.gov.il/policyplanning/mimshal/Pages/zibur.aspx). בד בבד נעשתה עבודה בחסות פורום רגולטורים הפועל בנושא במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה.

221 ראו הפרק הרלוונטי ברוח הוועדה: hidavrut.gov.il/content/4198. יוער כי המלצה זו נכללה ברוח הוועדה בלי שפורט הרקע לכך ובלי שניתן הסבר על מה מדובר; גם לא הובהר הקשר בין המלצה זו לבין הרציונלים שביסוד ההקמה של הוועדה. אפשר להניח כי המלצה זו שולבה ברוח הוועדה על רקע הפעילות שכבר החלה בנושא כבר קודם לכן, בשים לב להצטרפות ישראל לארגון OECD.

רגולציה ממשלתית, ובין היתר, "שיטות להערכת רגולציה, ובכלל זה – ניתוח עלות/תועלת, הערכת השלכות על מדדים חברתיים, הערכת סיכונים והשוואה בין חלופות" וכן "מיסוד מנגנוני הערכה ברמה הממשלתית – עיגון הערכה בשלבי תכנון הרגולציה והערכה בדיעבד, הטמעת הערכה בגופי הרגולציה".²²² בתכנית העבודה של ממשלת ישראל לשנת 2012 אפשר לאתר מחויבות של שלושה משרדי ממשלה – התמ"ת,²²³ האוצר²²⁴ ומשרד ראש הממשלה²²⁵ – לפעול בתחום הרפורמה הרגולטורית.

בהמשך להחלטה האמורה של הממשלה, בראשית מרץ 2013 פרסם אגף ממשל וחברה במשרד ראש הממשלה (שבא תחת האגף לתכנון מדיניות) פנייה לציבור לקבל הערות באשר ל"טיוטת מדריך תורת הערכת השפעת רגולציה ומיסודה". מדובר בשני מסמכים מקיפים,²²⁶ הפוסעים בנתיב שפרצו מדריכים דומים במדינות OECD נוספות²²⁷ ומבקשים להתוות את האופן שבו תוטמע הרפורמה הרגולטורית בישראל. בהמשך הדברים נתייחס לאמור במסמכים אלו כדי לבחון את הכיוון המסתמן בכל הנוגע להטמעת גישת הרפורמה הרגולטורית בישראל. כבר עתה נעיר כי הקושי העיקרי בהם נעוץ בכך שהם נערכו לכאורה ללא תשתית מסודרת באשר למדינה הרגולטורית הישראלית. במילים אחרות, אפשר לזהות בהם פעולה בדרך של תלות-נתיב (path dependence), הנערכת בלי שנבחנו די הצורך בשלב מקדמי המאפיינים הייחודיים לישראל ובמיוחד האופן שבו רגולציה

222 הודעת מזכיר הממשלה, צבי האוזר, בתום ישיבת הממשלה מיום 25 בדצמבר 2011. במסגרת החלטת הממשלה התקבלו החלטות רלוונטיות נוספות: "לקבוע בחוק כי אחת ממטרותיו של כל רגולטור ציבורי, בנוסף לכל מטרה אחרת שנקבעה לו לפי כל דין, תהיה האחריות לרווחת הצרכנים, לרבות יוקר המחייה, ולקידום התחרות בתחום שעל הסדרתו אמון הרגולטור"; "לבחון את תנאי ההשכלה וההכשרה הנדרשים מרגולטורים ואת המשאבים העומדים לרשותם; כן הוחלט "להקים צוות לייעול מנגנוני הרגולציה בישראל ולבחינת הממשקים בין הרגולטורים השונים במשק".

223 יעד 7.2 של משרד התמ"ת הוא "העמקת והרחבת הפעילות המשדרית מול ארגון ה-OECD". אחת המשימות המרכזיות במסגרת יעד זה היא "הפעלת פיילוטים משרדיים להערכת רגולציה (RIA) בהתאם למודל ה-OECD".

224 בתכנית העבודה של משרד האוצר לשנת 2012 נקבע יעד של "קביעת מתודולוגיה ממשלתית מחייבת להפחתת הנטל הביורוקרטי" וכן "קביעת יעדים מדידים להפחתת הנטל הביורוקרטי".

225 אחד היעדים של משרד ראש הממשלה לשנת 2012 הוא "הרחבת שיתוף הציבור בתהליכי קבלת החלטות, הרחבת בסיס הידע לקבלת החלטות וחיזוק אמון הציבור בממשלה". שני מדדי תפוקה שנקבעו הם "פיתוח תורת הערכה ורגולציה" וכן "העלאת אתר 'מחשכון SCM' הכולל מדריך ייעול".

226 המסמך הראשון הוא מדריך ממשלתי לתורת הערכה של השפעת רגולציה (www.pmo.gov.il/policyplanning/mimshal/Documents/hashpaotregulatzya.pdf). המסמך השני הוא הצעה למיסוד תהליכי ההערכה של השפעת הרגולציה (www.pmo.gov.il/policyplanning/mimshal/Documents/tfisatmisud.pdf). מסמך זה מבטא את ההבנה שפורטה לעיל, שלפיה לצורך הצלחת הרפורמה הרגולטורית חיוני ליצור מעטפת מוסדית התומכת בה. בהמשך הדברים נתייחס לתוכן מסמך זה.

227 ראו, לדוגמה, חוזר A-4 האמריקני, לעיל ה"ש 45.

שלטונית מעוצבת בישראל והכשירות המוסדית של גופי הרגולציה לאמץ – באופן מלא או חלקי – את גישת הרפורמה הרגולטורית.²²⁸

2. מבט צופה פני עתיד

ישראל צפויה אפוא להתמודד עם רפורמה רגולטורית. שאלה מקדמית היא אם בכלל יש מקום לאמץ בישראל את עקרונות הרפורמה הרגולטורית. ראוי לזכור כי גישת הרפורמה הרגולטורית עוסקת באספקט אחד של עיצוב הרגולציה השלטונית, ויש מקום לנקוט גישה הוליסטית המבקשת להבין את ההקשר הרחב ואת מכלול הנסיבות המובילות להצלחה או לכישלון של רגולציה ממשלתית. כך, הרפורמה הרגולטורית ממוקדת בתהליך קבלת ההחלטות והיא מזניחה את הזהות של מקבלי ההחלטות. ראוי לאמץ גישה מחקרית המבקשת לבחון את מכלול הנסיבות המשפיעות על ההצלחה של הרגולציה השלטונית. מכל מקום, ללא קשר לשאלה אם רצוי ללכת בדרך זו – הכיוון כבר ברור. הניסיון המשווה מלמד ש־OECD פועל בנחישות ליישום הרפורמה הרגולטורית במדינות החברות בו. לאור ההצטרפות של ישראל לארגון לאחרונה, היא נדרשת ליישם בתחומה עקרונות של רפורמה רגולטורית והיא אכן פועלת בכיוון.²²⁹ במילים אחרות, השאלה הרלוונטית איננה אם ישראל תיישם את הרפורמה הרגולטורית בתחומה אלא כיצד היא תעשה כן. הדיון ההשוואתי שתואר לעיל יכול לשמש תמרור אזהרה מפני היכולת להשתמש לרעה ברפורמה הרגולטורית כדי לקדם תכליות החורגות מהרציונליות הביורוקרטית הניצבת לכאורה בבסיסה.

חשש אחד הוא שיעשה שימוש ברפורמה הרגולטורית באופן חד־סטרי כדי לצמצם את היקף הרגולציה השלטונית. בשנים האחרונות ציינו בכירים בממשלת ישראל כי ישראל סובלת מעודף רגולציה שלטונית, אך לא הבחינו בין רגולציה ראויה לרגולציה שאינה ראויה.²³⁰ החשש הוא שקידום הרפורמה הרגולטורית ישתלב בנורמות של הפרטה, דה־רגולציה וניהול ציבורי חדש המקודמות ממילא במגזר הציבורי בישראל, לא בהכרח על

228 השוו Alketa Peci & Filipe Sobral, *Regulatory Impact Assessment: How Political and Organizational Forces Influence Its Diffusion in a Developing Country*, 5 REGULATION & GOVERNANCE 204 (2011). המחברים מתארים את תהליך האימוץ של גישת הרפורמה הרגולטורית בברזיל, על רקע לחץ מצד OECD. המחברים טוענים כי בשלב ראשון יום משרד הנשיא סדרת מחקרים אקדמיים עצמאיים שנועדו לנתח את התנאים המוסדיים והארגוניים הנדרשים לשם אימוץ תסקיר השפעה רגולטורית בברזיל. שם, בעמ' 205. במסגרת מחקרים אלו נמצא, כי למשרדי הממשלה ולגופי הרגולציה העצמאיים יש יכולות ארגוניות גבוהות, המאפשרות להטמיע בצורה מוצלחת את השימוש בתסקיר השפעה רגולטורית. שם, בעמ' 218. למיטב ידיעתי, טרם נערך בישראל מחקר דומה.

229 ראו הדיון בסעיף 1. לעיל.

230 מוטי בסוק "נתניהו: ישראל סובלת מעודף רגולציה בכל ענפי המשק" **דה מרקר** 13.8.2012 www.themarker.com/news/1.1800610. לביקורת בתחום ספציפי (שוק ההון) ראו צבי גבאי "כורעים תחת עומס רגולטורי" **גלובס** 7.3.2012 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000731318.

בסיס הצדקה מספקת.²³¹ החשש הוא שייעשה שימוש ברטוריקה של רגולציה ביתר כדי לצמצם את ההגנה שמעניקה הרגולציה השלטונית לשורה של אינטרסים בעלי חשיבות ציבורית.

חשש נוסף הוא שייעשה שימוש ברפורמה הרגולטורית כדי להעצים את השליטה של ליבת הרשות המבצעת בישראל על הפריפריה של הרשות המבצעת; במילים אחרות: כדי להעצים את השליטה של משרד ראש הממשלה בשאר משרדי הממשלה ובגופי הרגולציה השלטוניים. כפי שפורט לעיל, אחת הטענות העיקריות כלפי יישום הרפורמה הרגולטורית בארצות-הברית ובבריטניה היא שבכסות של הטמעת רצינותיות בתהליך העיצוב של המדיניות השלטונית, היא שימשה להעצמת ההשפעה של הדרג הפוליטי על הדרג המנהלי.²³² לענייננו, ההשפעה של משרד ראש הממשלה בישראל על עבודת הממשלה ומשרדיה היא ממילא רבה ואף התחזקה בשנים האחרונות.²³³

מה אפשר לעשות כדי להבטיח שהרפורמה הרגולטורית תסייע בקידום רגולציה איכותית יותר, המבוססת על בסיס עובדתי מוצק ומיועדת לשרת את האינטרס הציבורי? להלן כמה קווי מחשבה ראשוניים לאופן שבו ראוי ליישם את הרפורמה הרגולטורית בישראל.

חיזוק הדרג המקצועי: יש להבטיח כי יישום הרפורמה הרגולטורית בישראל יהיה מלווה בהשקעת משאבים מתאימים לחיזוק היכולות המקצועיות של משרדי הממשלה וגופי הרגולציה. עריכת תסקיר ההשפעה הרגולטורית היא משימה המוטלת בראש ובראשונה על המשרד הממשלתי הרלוונטי. ללא חיזוק היכולות המקצועיות של גופים אלו אי-אפשר להבטיח שהרפורמה הרגולטורית תמלא את ייעודה. בהקשר זה חשוב שגוף הפיקוח המרכזי שיוקם לצורך יישום הרפורמה הרגולטורית בישראל, אם אכן יוקם גוף כזה, יהיה גוף מקצועי ונטול נטיות פוליטיות. לגבי OIRA נטען כי התפתחה מסורת מוסדית שאינה מתחייבת מהוראות הדין, שלפיה מינוי העומד בראשה נעשה על בסיס שיקולים מקצועיים ותוך בחירת מועמד שאינו נציג של המגזר העסקי.²³⁴ ראוי לקדם מסורת מסוג זה בישראל, הגם שנרמה כי יש מקום לעגן זאת בהוראה נורמטיבית ברורה.

החלה הדרגתית: הטמעת הרפורמה הרגולטורית היא משימה מורכבת. הניסיון ההשוואתי מלמד כי מדובר בתהליך הנמשך שנים רבות. גם במדינות שיש בהן היסטוריה רבת שנים של שימוש בתסקירי השפעה רגולטורית איכות התסקירים עדיין אינה אחידה.

231 ראו, לדוגמה, אמיר פז-פוקס וזהר כוכבי בין הציבורי לפרטי: הפרטות והלאמות בישראל – דו"ח שנתי 2010 (המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים, 2011).

232 ראו הדיון בסעיף 3.4 לעיל.

233 תהליך העצמת ההשפעה של משרד ראש הממשלה והעומד בראשו על עבודת הממשלה בא לידי ביטוי בדרכים רבות, בין היתר בחיזוק יחידות המטה במשרד ראש הממשלה (הקמת האגף לתכנון מדיניות; הקמת המטה לביטחון לאומי; הקמת המועצה הלאומית לכלכלה). כמו כן, לראש הממשלה יש השפעה מכרעת על תהליך עבודת הממשלה ועל קביעת סדר יומה.

234 השוו *Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction*, לעיל ה"ש 80.

אימוץ מתודולוגיה של תסקירי השפעה רגולטורית צריך להוות יעד מדיניות ארוך טווח,²³⁵ והיישום עצמו צריך להתבצע בתהליך הדרגתי ומתמשך. על רקע האמור, יש חשיבות בהכנייה של תהליך לימוד מתמשך, הכולל הערכה בדיעבד של איכות תסקירי ההשפעה הרגולטורית – בין היתר על רקע הניסיון שהצטבר בהפעלת כלל הרגולציה הנבחר.

מידתיות: עריכה של תסקיר השפעה רגולטורית מלא, הכולל ניתוח עלות-תועלת מפורט, כרוכה בהשקעת משאבים ניכרת. לפיכך, יש צורך לקבוע מדיניות המבחינה בין כללי רגולציה חשובים, שלגביהם נערך תסקיר מלא, לבין כללי רגולציה חשובים פחות שלגביהם נערך תסקיר חלקי. אפשר לאמץ קריטריון המבחין בין רגולציה "מרכזית" לבין רגולציה שאינה מרכזית. דוגמה לכך, כמפורט לעיל, היא הצו הנשיאותי שפרסם נשיא ארצות-הברית (צו מס' 12,866) המבחין – לצורך החובה לקבל את אישור OIRA – בין רגולציה מהותית לרגולציה אחרת, בהתאם לאמות-מידה של היקף סך ההשפעה של הרגולציה המוצעת וטיב ההשפעה. הפער בין סוגי הרגולציה השונים מוביל לעתים להימנעות מעריכה של תסקיר השפעה רגולטורית לגבי הרגולציה הלא מרכזית, אך לחלופין אפשר לקבוע חלופה קלה יותר לתסקיר, או חובה לעריכת התסקיר בד בבד עם היעדר חובה להעבירו לביקורת חיצונית של גוף פיקוח מרכזי. בצד זאת יש חשש שלפיו ככל שהעקרונות לעריכת תסקיר ההשפעה הרגולטורית כלליים יותר יהיה קל יותר להשתמש בו כאמצעי להצדקת מדיניות שנקבעה, להבדיל מאמצעי לבחינה ביקורתית של מדיניות מוצעת.²³⁶

שקיפות ושיתוף הציבור: כפי שפורט לעיל, אחד מרכיבי הרפורמה הרגולטורית הוא שיתוף הציבור בעיצוב הרגולציה השלטונית. חשוב כי שיתוף הציבור יובטח גם בשלב המקדמי, שבו מתעצב אופן היישום של הרפורמה הרגולטורית בישראל. במילים אחרות, יש להביא לידיעת הציבור הרחב את הכוונה לקדם גישה של רפורמה רגולטורית בישראל ולאפשר לו להביע את דעתו בנושא. כמפורט לעיל, צעד ראשון בהקשר זה נעשה באמצעות פנייה לציבור לקבל הערות באשר ל"טיוטת מודריך תורת הערכת השפעת רגולציה ומיסודה". ראוי היה שההערות שהתקבלו היו מובאות אף הן לידיעת הציבור הרחב,²³⁷ כך אפשר היה גם להעריך את מידת המעורבות של הציבור בהליך זה.²³⁸ כמו כן, ראוי להבטיח שקיפות ביישום הרפורמה הרגולטורית, לרבות שקיפות של מערכת היחסים בין

REGULATORY POLICY COMMITTEE [RPC], INDICATORS OF REGULATORY MANAGEMENT 235 SYSTEMS 69 (OECD, 2009).

REGULATORY IMPACT ANALYSIS: A TOOL FOR POLICY COHERENCE 236 בעמ' 17.

הממשל האמריקני מפרסם להערות הציבור רגולציה מוצעת באמצעות אתר אינטרנט, שבו מתפרסמות גם כל הערות הציבור המתקבלות לגבי כלל רגולציה מוצעת. ראו www.regulations.gov/#!home.

לאחר מינויו לנשיאות הנחה הנשיא אובמה את OIRA לשקול אם יש צורך לערוך שינויים בצו הנשיאותי מס' 12,866 (www.reginfo.gov/public/jsp/EO/fedRegReview/OMB_FR_12866_Notice_on_Regulatory_Review.pdf). בתגובה לפנייה זו התקבלו 183 התייחסויות, חלקן מאקדמאים בולטים בתחום. כל ההערות הועלו לרשת האינטרנט והובאו לידיעת הציבור (www.reginfo.gov/public/jsp/EO/fedRegReview/publicComments.jsp). ההליך הוביל לפרסום של צו נשיאותי מס' 13,563.

גוף הפיקוח המרכזי, ככל שיוקם, לשאר גופי הרגולציה. כאמור, אחת הביקורות העיקריות שנמתחה על OIRA הייתה שפעילותה אל מול גופי הרגולציה – בצורה שאינה גלויה לציבור הרחב – מאפשרת השפעה לא לגיטימית של בעלי עניין.

על רקע הניתוח לעיל, ניתוח ראשוני של המסמכים שפרסם משרד הממשלה לצורך אימוץ הרפורמה הרגולטורית בישראל מעלה כי מדובר במסמכים מקיפים ומרשימים, המשקפים עבודה מקצועית יסודית. עם זאת, ראוי ליתן את הדעת להיבטים הבאים: ראשית, ניכרת גישה מרוסנת בכל הנוגע לאימוץ הרפורמה הרגולטורית. גישה זו עולה מהאזהרה המפורשת כי תהליך המיסוד צריך להיות מכוון לכך ש־RIA תתפקד כמנגנון אפקטיבי ולא תיהפך ל"שכבה נוספת של בירוקרטיה"²³⁹. גישה זו עולה מההמלצה העיקרית שהאימוץ ייעשה באמצעות פילוט בעל היקף מוגבל, המבוסס על הסכמה של משרדי הממשלה ליטול חלק בתהליך. גישה זו גם עולה מההימנעות מהקמת ROB שילווה את ההטמעה של גישת הרפורמה הרגולטורית בישראל, על אף הניסיון הבינ־לאומי המלמד על חשיבותו של גוף מעין זה.²⁴⁰ כן יש לציין את התפיסה – הראויה לטעמי – כי יש להתאים את ההיקף והעומק של תסקיר ההשפעה הרגולטורית להשפעה של הרגולציה המוצעת. שנית, ניכרת הדומיננטיות של משרד ראש הממשלה בתהליך. במסגרת זו, במסמכים שפורסמו מוצע כי את הפילוט ינהל מטה במשרד ראש הממשלה, וכי משרד ראש הממשלה יהיה מופקד על גיבוש המלצה להמשך תהליך המיסוד של הרפורמה הרגולטורית בישראל. שלישית, מעבר להוספת תקנים במשרד ראש הממשלה, אין הצעה להשקיע משאבים (נדרשים) לחיזוק היכולות המקצועיות של משרדי הממשלה וגופי הרגולציה עצמם, לרבות בדרך של הוספת תקנים. הקושי הגלום כאמור מתחדד על רקע העובדה שהטמעה של גישת הרפורמה הרגולטורית בישראל, כמפורט לעיל, נערכת בלי שנעשה מחקר מקדים לגבי היכולות המוסדיות והארגוניות של משרדי הממשלה בישראל לעמוד באתגר זה. רביעית, ניכר הדגש שניתן להקלת העול הכרוך ברגולציה השלטונית,²⁴¹ הגם – כפי שצוין לעיל – שיש להיזהר גם ממציאיות של רגולציה בחסר. חמישית, המדריך הממשלתי אינו כולל משנה סדורה לגבי אופן הניתוח הכמותי של העלויות והתועלות הגלומות ברגולציה המוצעת. הוא מתמקד בנוסחה אחרת, העוסקת בחישוב נטל ביורוקרטי (מודל המכונה Standard

239 אגב אורחא נעיר כי אפשר לראות כאן שימוש בכיטוי "ביורוקרטיה" כלשון גנאי המבקשת לבטא סרבול והכבדה ללא צורך. עמדתי שונה: המונח "ביורוקרטיה" מבטא את דפוס הארגון הביורוקרטי שלו מעלות רבות והוא התשתית לפעילות הציבורית כמו גם לפעילות העסקית המודרנית.

240 ראו, לדוגמה, DELIA RODRIGO, REGULATORY IMPACT ANALYSIS IN OECD COUNTRIES: CHALLENGES FOR DEVELOPING COUNTRIES (OECD, 2005). מאידך גיסא אפשר לטעון כי דווקא הקמה של גוף פיקוח מרכזי מיועדת לשרת את תכלית השליטה הפוליטית, ולכן הימנעות מהקמתו מבטאת התמקדות בממד המקצועי של גישת הרפורמה הרגולטורית.

241 כך, מעבר לצורך לבחון את עלות הרגולציה אל מול תועלתה, מוצג הצורך לבחון את הנטל הביורוקרטי הכרוך ברגולציה הקיימת (אף שאפשר היה לטעון כי זה חלק מעלות הרגולציה) שם, בעמ' 7. כך, יש התמקדות בנטל הביורוקרטי במסגרת הדיון ביהוי הצורך ברגולציה המוצעת. שם, בעמ' 16. כך גם נאמר מפורשות כי "תהליך RIA כולו משרת את היעד של הקלת הנטל הביורוקרטי על המגזר העסקי". שם, בעמ' 17.

(Cost Measure), המשמש במדינות אחרות להפחתת העול המנהלי ולא להערכת התועלת הגלומה ברגולציה מוצעת.

סיכום

כיום יש הבנה שאיכות הרגולציה השלטונית היא בעלת השפעה ניכרת על הרווחה החברתית. גישת הרפורמה הרגולטורית מבקשת לספק מענה לצורך לעצב רגולציה איכותית שתיתן מענה לאתגרי השעה. הניסיון המשווה מלמד כי בצד התדמית החיובית, שהובילה לתפוצה של גישה זו במדינות רבות בשנים האחרונות, יש להיות ערים גם לחששות הנלווים ליישומה. כך, יש להיות מודעים להטיה הדה־רגולטורית של גישת הרפורמה הרגולטורית, יש להיזהר מניצול הרפורמה הרגולטורית לקידום האינטרסים של בעלי עניין פרטיים על חשבון האינטרס הציבורי ויש ליתן את הדעת ליכולת להשתמש ברפורמה הרגולטורית להרחבת ההשפעה הפוליטית של ליבת הרשות המבצעת על משרדי הממשלה ועל גופי הרגולציה. המבט המשווה מלמד כי גישת הרפורמה הרגולטורית, המוצגת ככלי לקידום הרציונליות בעיצוב המדיניות השלטונית, יכולה ללבוש צורות נוספות ולקדם תכליות אחרות.²⁴²

בצורה דומה, הטמעת גישת הרפורמה הרגולטורית בישראל מציבה אתגר ממשי בפני מקבלי ההחלטות – יש בה פוטנציאל לשיפור תהליכי העבודה של גופי הרגולציה בישראל, אך מאידך היא עלולה לשמש ככלי להפחתה בלתי מרוסנת של הרגולציה השלטונית ולחיוק השליטה הפוליטית על גופי הרגולציה המקצועיים. ראוי כי הניסיון המשווה יהווה "תמרור אזהרה" בפני מקבלי ההחלטות.

Claire A. Dunlop, Martino Maggetti, Claudio M. Radaelli & Duncan Russel, *השוו 242 Many Uses of Regulatory Impact Assessment: A Meta-Analysis of EU and UK Cases*, 6 REGULATION & GOVERNANCE 23 (2012).

