

## מבוא: על טבעה הראשוני והמכונן של הרגולציה

יחסים וקשרים בין־אנושיים מתהווים ומתעצבים על רקע רגולטורי. תפיסות קולקטיביות, נורמות חברתיות ומשפטיות, הגדרות מוסריות ואתיקות נמצאות בבסיסם של יחסים בין־אישיים. ביחסים שוקיים – חוזים, חליפין, עסקאות – ההגדרות והכללים המשפטיים הם קריטיים במיוחד: הם מגדירים את יחסי הכוחות, את הציפיות ואף את הרמיון של השחקנים. קיומם של מוסדות חברתיים הממסגרים את היחסים השוקיים אינו תופעה חדשה; עם זאת, במאות האחרונות המדינה – על מוסדותיה הרבים ועל מערכת המשפט המסועפת שלה – תופסת מקום מרכזי בעיצוב התשתית של השוק. בימינו נוספים על הרגולציה המדינתית האמורה ארגונים ותאגידים טרנס־לאומיים ובין־לאומיים, הן כמוסדות מסדירים והן כמקור לנורמות מכוננות־שווקים.

תיאור זה מתנגש בהנחה הרווחת המייחסת קדימות ליחסים חופשיים ורצוניים בין אינדיבידואלים ולפיה הם אלה שמצויים בבסיסו של השוק. לפי תפיסה זו יש חפיפה מלאה בין היחסים האנושיים לבין השוק עצמו ושניהם מופיעים ספונטנית. שווקים הם אתר של חופש ומייצגים אידאל מוסרי ומופת לארגון אנושי. כפועל יוצא מכך, כל רגולציה היא התערבות מאוחרת ביחסים שהם בעלי קדימות לה. קדימות זו מובנת כקדימות היסטורית, מוסרית־נורמטיבית ואנליטית־מושגית. השלכותיה של נקודת מוצא זו מוכרות: כל הסדרה על ידי המדינה צריכה להיות מוצדקת על בסיס תיקון של עיוותים מבניים ביחסים בין־אישיים. עיוותים אלה יכולים להתבטא, בין היתר, בעלויות עסקה גבוהות, במכשולים לשיתוף פעולה, בפערי מידע, בפערי כוחות, בדעות קדומות ובהטיות קוגניטיביות. נקודת מוצא זו משותפת אפוא הן לדוגלים בהימנעות מרגולציה (למעט במקרה של כשלי שוק נקודתיים) והן לתומכים בגישה המרחיבה, המחייבת הסדרה של תחומי פעילות רבים.

קובץ מאמרים זה מבקש לפתח עמדה מנוגדת, שלפיה רגולציה אינה מגיעה בדיעבד אלא בר בוד עם "השוק" שאותו היא מסדירה. הרגולציה היא המצע שמתוכו צומחים הפרטים האנושיים ושעליו מתקיימים היחסים בין פרטים לבין קבוצות. היחסים בין שוק וחברה לבין רגולציה אינם יחסים של קדימות אלא של כינון הדדי ושל היוון חוזר. יתר על כן: רגולציה אינה מייצרת "קו זינוק" חד־פעמי שממנו הפרטים יוצאים לדרך של קידום האינטרסים ותכניות החיים שלהם; היא גם אינה פועלת בצורה המשפטית המוכרת של איסורים והיתרים בינאריים ומוחלטים. תחת אלה הרגולציה מציבה ספקטרום רחב של כללי פעולה, ריבוי הוראות בתחומי חיים מקיפים ופרוצדורות להערכה של הפעולה הפרטית ולשינוי של התגובה המדינתית. במילים אחרות, הרגולציה פורשת מערכת מסועפת של נורמות ומוסדות שמנהלת פעולות אנושיות מורכבות שדומה כי מורכבותן הולכת וגדלה.

למערכת הרגולטורית הזו יש כמה מאפיינים קריטיים שאינם מתיישבים בהכרח בנוחות זה עם זה. המאפיין הראשון, ואולי המוכר ביותר, הוא תפיסת הרגולציה כמכשיר – הן בידי המדינה המעוניינת להשיג מטרות ויעדים משלה והן בידי הצדדים המתחרים שמקדמים

באמצעותה את רצונותיהם. המאפיין השני הוא התעבותה, התפרשותה והסתעפותה של הרשת הרגולטורית שיוצרות תחושה רווחת של "אברן שליטה" בעידן העכשווי. הכמות הבלתי־נתפסת כמעט של הסדרים רגולטוריים, לאומיים ובין־לאומיים גם יחד, מנכיחה את ההבנה שלרגולציה כבר אין מקור ברור היכול לשלוט או להשפיע על כיוונה ותכניה, וכבר אין אתר שבו פעולה פוליטית יכולה לשים לה גבולות. אי־הנחת העמוקה הזו מזינה את הריאקציה נגד מופעים ומוסדות רגולטוריים ואת הקריאות לצמצום ההתערבות המדינתית. באופן פרדוקסלי, החשש מאברן השליטה ברגולציה מזין גם את תנועת האנטי־גלובליזציה, הרואה דווקא את היחלשות המדינה כמקור לדאגה. המאפיין השלישי הוא תפיסתה של הרגולציה, הנובעת בעיקר מנטייתה לפעול לא רק על ידי היתרים ואיסורים אלא באמצעות הפנמתה על ידי הכפופים לה והפיכתה לכלי־הערכה עצמי שלהם. פעולת עומק זו של הרגולציה מכווננת לא רק את תשתית הפעולה אלא גם את השחקנים ואת הבנתם העצמית. הואיל והרגולציה מופיעה תדיר ככללים משפטיים מתבקשת גם חשיבה תאורטית משפטית על אודותיה. זרמים במחשבה המשפטית האמריקנית במאה העשרים – החל בריאליזם המשפטי, המשך באסכולת ההליך המשפטי (the legal process school) ובפלורליזם המשפטי (legal pluralism) וכלה בזרם המשפט המנהלי הגלובלי (global administrative law) – הניחו תשתית חשובה למחשבה על משפט בעידן הרגולטורי. תנועות אינטלקטואליות אלה שינו את המחשבה על מקורות המשפט, על אופן פרשנותו ועל המוסדות שמפעילים ומפתחים אותו. יחד הן הפכו את הרגולציה לתחום חקר משפטי. עם זאת, לא צמח מתוך הדיונים הללו דין וחשבון מובחן לרגולציה כצורה משפטית ולרגולטורים כמוסדות משפט ראשוניים. כך, למשל, בעיות משפטיות רבות עדיין מובנות דרך עיניהם של שופטים שנדרשים לזהות נורמות, לפרש אותן, לפתח אותן ולהכריע על פיהן. לימודי המשפטים עדיין מכוונים לפתח יכולות טיעון בפני שופטים (בערכאות ערעור). עם זאת, רגולטורים וסוכני משפט אחרים ניצבים לפני דילמות אחרות ובתוך מערך כוחות שונה, והבנת המשפט מהפרספקטיבה שלהם עשויה להיות שונה בתכלית. השיקולים שרגולטורים שוקלים, ההליכים שכובלים אותם והאופנים שבהם הם מצדיקים את פעולותיהם אינם רק אחרים מאלה של שופטים – במידה רבה הם גם אינם ידועים בשל מיעוט המחקר המשפטי על אודותיהם. קובץ מאמרים זה מבקש לפסוע צעדים ראשוניים בכיוונים אלה, ומכאן גם המקום שניתן בו למחקר בין־תחומי.

אנו מציעים אפוא לקרוא את המאמרים שבקובץ כהזמנה לחשיבה מחודשת על רגולציה ועל יחסה למשפט. הגיוון הדוקטרינלי והדיסציפלינרי של המאמרים מכוון לפתוח פתח ולהשאיר מקום לאי־הסכמות ואף לעימותים באשר להמשגה הכללית של רגולציה, וזאת אף על פי שבחלק מהמאמרים המשגה כאמור אינה מפורשת אלא משתמעת בלבד. המשגה כללית של רגולציה – כמו זו שבה פתחנו את הקדמתנו – רחבה יותר מהגדרה מסוימת שלה. הגדרות, מטבען, מתייחסות על פי רוב לשלל הרכיבים המאפיינים את הרגולציה – ואילו קובץ מאמרים זה מבקש – באמצעות מגוון ההגדרות הפרטניות הללו – לומר משהו גם על המובן הרחב שלה. שאלות ספציפיות כגון "מה אופי הנורמה הרגולטורית? אלו מוסדות מנפיקים נורמות רגולטוריות? מה הם מנגנוני האכיפה של נורמות רגולטוריות? מתי רגולציה רצויה ובאלו תחומים?" נגזרות מרעיונות מופשטים יותר בדבר רגולציה המבססים, בתורם, תפיסות כלליות כאלה.

רבים מהמאמרים מתייחסים לייחוד של הרגולציה בהשוואה לתצורות נורמטיביות אחרות. כך, למשל, האם יש הבדל בין רגולציה לבין הסדרה באמצעות המשפט הפרטי? האם יש פער משמעותי בין רגולציה, שהיא במשתמע הסדרה על ידי הרשות המבצעת, לבין הסדרה ראשונית של נורמות שהמחוקק מבצע? כפי שעולה מהמאמרים שלפניכם, שאלות חשובות אלה אינן ממצות את הדיון התאורטי ברגולציה. ההמשגה הכללית המבצעת מבין השיטין עוסקת אפוא פחות בייחוד של הרגולציה ויותר בייעוד שלה: מה תכלית הרגולציה? לשם מה היא נועדה? מה התפקיד שלה? כיצד היא פועלת במציאות? שאלות אלה נשאלות באופן שאינו מופשט, עיוני ותורת־משפטי כללי אלא בתוך הקשר היסטורי מסוים של מדינת הרווחה המופרטת, המדינה האדמיניסטרטיבית בצפון הגלובלי העכשווי. כפי שאמרנו, תשובות מקובלות לשאלות אלה – שחלק מהמאמרים מקבלים אותן כהנחות עבודה – רואות ברגולציה אמצעי לתיקון כשלי שוק העשויים לנבוע מכמה סיבות (בעיקר בעיות של פעולה משותפת, מונופולים טבעיים, הצורך והקושי ביצירת טובין ציבוריים ועוד). עמדה מצמצמת זו מייצרת חשדנות במקומות שבהם יש רגולציה אף שעל פני הדברים נראה כי התנאים לקיומה – כשלי שוק – אינם מתקיימים. מקרים כאלה מעוררים חשד כי הרגולציה מונעת מעיוותים או מניצול לרעה של כוח (rent seeking): אחיזה של הקהל המפוקח ברגולטור (capture) או התנהגות אינטרסנטית של הרגולטור עצמו (רצונו בהגברת כוחו, בתרגום עמדתו השלטונית למקסום רווחים עתידיים ועוד). עמדה זו נוחה ושימושית משום שהיא מספקת אמת־מידה ברורה לתפקידה ולמקומה הנכונים של הרגולציה ואף לגבי שימוש לרעה בה. בפועל, זיהוי של כשלי שוק הוא משימה לא פשוטה המעוררת מחלוקות מושגיות ואמפיריות. זוהי בעיה משנית; לעמדה המקובלת יש חולשה בסיסית אחרת: היא מניחה את "השוק" – יהא זה אתר פעילות מסחרי, כלכלי, חברתי או תרבותי – כ"כבר קיים" וכ"טרום־רגולטורי". אנו סבורים שהנחה זו אינה נכונה ושכאידאולוגיה מכוננת היא מובילה לתוצאים לא רצויים. היא מייחסת לפעילות האנושית ספונטניות, אורגניות וטבעיות מוגזמות ומציבה את המדינה ואת מערכות החוק והשלטון בעמדה משנית וריאקטיבית בעיקרה.

על כן אנו מבקשים לקרוא את המאמרים בקובץ זה כמנסים לבסס תפיסה חליפית של הרגולציה, כזו שרואה בה חלק אינטגרלי מהתשתית של השוק עצמו; כזו שתופסת את הרגולציה כמכלול (לאו דווקא קוהרנטי ושיטתי) של מושגים, הנחות, כללים ועקרונות שאי־אפשר להבחין בבירור בינם לבין "השוק" שאותו הם מבקשים לכאורה להסביר, לארגן ולהסדיר. במובן מסוים זו תפיסה מוכרת בהקשר של המשפט הפרטי, המעוררת ויכוח מוכר ורב־שנים: מחד גיסא נטען שהמשפט הפרטי נשען בראש ובראשונה על הפעילות הספונטנית של פרטים טבעיים והמשפט מתערב בה תמיד בדיעבד ובאופן מוגבל, ומאידך גיסא נטען (עמדת הריאליזם המשפטי) שכללי הרקע של דיני הקניין, דיני החוזים ודיני הנזיקין אינם מגיעים בדיעבד אלא מספקים את התשתית לפעילות השוק – וזו אינה טבעית או ספונטנית יותר מכל הסדר אפשרי אחר. לפי עמדה זו, שינוי בכללי המשפט הפרטי משנה לא רק את מערך התמריצים וההגבלות של הפרטים לפעול על פי נטיותיהם הטבעיות (לכאורה), אלא גם את העמדות היסודיות ואת התנאים הבסיסיים שבהם שחקנים בשוק מעצבים את תפיסות העצמי שלהם, את האינטרסים שלהם, את ההעדפות שלהם – ועל כן גם את האופן שבו הם מקדמים את רצונותיהם. אף על פי שהתייחסות

לרגולציה באופן דומה מוכרת פחות, אנו מבקשים לקדם תפיסה זו גם בהקשר של מערכות רגולטוריות. במילים אחרות, אנו מבקשים לרחות את ההבחנה המתבקשת והסמויה שלפיה כללי המשפט הפרטי, המפותחים בצורה הדרגתית בשפיטה, מספקים תשתית שמייסדת את השוק ואילו הרגולציה היא התערבות חיצונית ומאוחרת באותו שוק.

לדעתנו, חלוקת העבודה האמורה בין אופן הפעולה של המשפט הפרטי לאופן הפעולה ולמטרות של הרגולציה מחמיצה את אופיים של מופעים רגולטוריים רבים במדינות המנהליות המודרניות. במדינות אלה, קשת רחבה של משאבים – ממשאבים בסיסיים כמו מים ומזון ועד למשאבים מורכבים ומופשטים כמו אשראי (צרכני ועסקי) – מסופקים דרך "שווקים" המעוצבים לא רק על ידי כללי המשפט הפרטי הכלליים, אלא בעיקר באמצעות מערכות רגולטוריות ספציפיות, לעתים קרובות סבוכות ומסועפות. בשווקים אלה הרגולציה מגדירה את התשתית לפעילות השוק; בין השאר היא מסמנת את השחקנים הלגיטימיים וכך קובעת מי יכול להשתתף בשוק, מעניקה להם כוחות יחסיים וסמכויות, מגדירה מה יכול להיחשב "נכס", מהו משאב שאפשר לסחור בו, באלו תנאים אפשר להחזיר דבר מה לזרם המסחר, באלו תנאים שחקנים יכולים לקשור קשרים ויסודות תשתיתיים רבים נוספים. שיתוף הפעולה בין כללי המשפט הפרטי למוסדות הרגולציה ולעקרונותיה הוא שמגדיר את השוק ומעצב אותו.<sup>1</sup>

בתחומים מסוימים הבנת הרגולציה לא רק כמארגנת בדיעבד אלא כמייסדת ומעצבת שווקים לכתחילה היא כמעט אינטואיטיבית, ובתחומים אחרים היא קשה יותר ואף זוכה להתנגדות עיקשת. תחומים מהסוג הראשון כוללים מקרים שבהם תכליתה המוצהרת של הרגולציה היא ליצור שוק שלא התקיים קודם לכן כמו סחר בפליטות של גזי חממה או בזיכיונות לשידורי רדיו וטלוויזיה (במקומות שהם אכן סחירים). כמו כן, קל להבין את הרגולציה כמעצבת ראשונית של שווקים המחליפים הספקת טובין או שירותים על ידי המדינה – למשל, "שוק" של שירותי כליאה, אך גם מקרים אחרים של הפרטה, פחות שנויים במחלוקת. תחומים מהסוג השני כוללים מקרים שבהם האידאולוגיה של "טבעיות", ספונטניות ואורגניות של היחסים האנושיים עמוקה וטבועה יותר – כמו, למשל, בתחומים הקשורים למשפחה, או באופן מפתיע יותר – יחסים כלכליים. בתחומים אלה, ההתנגדות לראיית הרגולציה כמגיעה בד בבד עם (אם לא לפני) הרצונות, ההעדפות, היכולות והנטיות "הטבעיות" שלנו היא רבת-כוח, והיא מונעת מרבים מלראות את כוחה המכונן של הרגולציה. לפיכך, חשוב להדגים – דווקא בתחומים אלה – שהרגולציה אכן מספקת תשתית והגדרה של השוק. כלומר, גם יחסים משפחתיים ובוודאי יחסים כלכליים כרוכים בטבורם במערכות רגולטוריות, שמגדירות ומכוננות אותם. אדרבה, רוב הפעילות השוקית המוכרת לנו מתנהלת על גבי תשתית עבה של רגולציה ולכל הפחות בצל הרגולציה. קובץ

1 הדוגמאות הקלות הן מקצועות מפקחים כמו רפואה, עריכת־דין ובנקאות: ככולם נוצר שוק מסוים המעוצב על ידי הרגולציה שלו וכולם מכירים בכך. כדוגמאות ביניים אפשר לציין בטיחות מזון (תאריכי תפוגה, כללים לגבי ניקיון במקום הייצור) או בטיחות בעבודה; כדוגמאות קצה אפשר לציין איסורי אפליה (שיש הרואים אותם כמכוננים שוק צודק ויש הרואים אותם כתיקון בדיעבד). כל אלה מגדירים "פעילות שוק תקינה" ותרומתם בכיוון השוק משתנה בהתאם להקשר.

זה מבקש להדגים טענה זו, ולהנכיח את אופייה הראשוני, המכונן-מעצב של הרגולציה גם בהקשרים שבהם אופי זה נראה אינטואיטיבי פחות.

התיאור החליפי שאותו אנו מבקשים להדגיש בקובץ זה מנביע גם אתגרים מחקריים ונורמטיביים ייחודיים. אם רגולציה אינה רק בדיעבד, משנית, ומגיבה אלא ראשונית ומכוננת, יש לבדוק גם את האופנים העמוקים יותר שבהם היא משפיעה על הפרטים, ועל החברה. כמובן שיעילות ושיקולים חלוקתיים הם מרכזיים וחשובים בניתוח השפעותיה של הרגולציה, אולם לא פחות חשובים הם שיקולים יסודיים של הגינות שוקית, הקצאות ראשוניות, וכינון התפיסות העצמיות של אנשים, נשים, וקבוצות. הגם שהמאמרים בקובץ זה לא תמיד עוסקים בשאלות אלה במישרין הם מעוררים את המחשבות הללו, ואנו מקווים שיש בהם כדי לאפשר קו מחשבה נוסף במחקרים על רגולציה ומשפט.

\* \* \*

המאמרים בקובץ זה מאורגנים בשלושה שערים. הראשון, יסודות והצדקות, עוסק בהגדרות ובהצדקות העקרונתיות לרגולציה, במטרותיה ובעיגוניה התאורטיים הרבים. בשער השני, מוסדות וצורות, מרוכזים מרבית המאמרים בספר, הדנים במוסדות הרגולציה ובאופנים הרבים שבהם היא פועלת. השער השלישי והאחרון, תמורות ותהליכים, עוסק בשינויים שמוסדות וכללים רגולטוריים עוברים, בתהליכים שגורמים לכך ובאלה שנגרמים בעקבות זאת. כל המאמרים נכתבו במיוחד לקובץ זה ואף נדונו בסדנה סגורה שערכנו לכותבים ובה הוצגו גרסאות מוקדמות שלהם. מהלך דו-שלבי זה אפשר לכותבים להתייחס לכתביה של חבריהם ולנסות ולהתייחס לתמות משותפות.

המאמרים בקובץ נחלקים לשני סוגים: 13 המאמרים מהסוג הראשון נכתבו במסגרת הז'אנר האקדמי המוכר והרגיל; ששת המאמרים מהסוג השני, שאותם כינינו "רגולציה מגוף ראשון", מבוססים על פניות שעשינו לאנשים שחווים את הרגולציה מתוקף פעילותם המקצועית (הלא אקדמית) בעבר ובהווה. מאלה – יועצים משפטיים, פרקליטות ותובעות, נציגי עמותות ועורכי דין – ביקשנו לכתוב על ניסיונם האישי ברגולציה. הכותבות והכותבים החזירו לנו רשמים אישיים, ענו לשאלותינו או השיאו עצות מניסיונם: דיוויד גילה, פרופסור בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב ומי שהיה הממונה על ההגבלים העסקיים בין 2011 ל-2015; דורון אבני, שהיה היועץ המשפטי של הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו והיום דירקטור מדיניות ציבורית וקשרי ממשל (רוסיה, המזרח התיכון, אפריקה, טורקיה וישראל) בחברת Google; אחיה קמארה וגבי אדמון ריק, מנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות במשרד המשפטים; דוידה לחמן-מסר הייתה משנה ליועץ המשפטי לממשלה לעניינים כלכליים-פיסקליים וכיום עוסקת בייעוץ משפטי במגזר הפרטי. נגה רובינשטיין הייתה עו"ד במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, היועצת המשפטית של משרד התקשורת וכיום מנהלת תחום רגולציה ותחרות במשרד גולדפרב-זליגמן; דנה טבצ'ניק הייתה ראש תחום כלכלה וסביבה בעמותת אדם טבע ודין וכיום היא יועצת למדיניות סביבתית באו"ם; ויעל אלמוג, הייתה מנהלת המחלקה הבין-לאומית ויועצת בכירה ליו"ר הרשות לניירות ערך בישראל ותובעת בפרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה), וכיום מנהלת את International Financial Reporting Standards

מאמרים קצרים אלה פוזרים לכל אורך הכרך, על שלושת שערי. המאמר הפותח את הכרך ואת השער יסודות והצדקות הוא "האודיסיאה של המדינה הרגולטורית" מאת דוד לוי-פאור (והוא גם אחד העורכים הראשיים של הכרך). מאמר זה סוקר כמה הגדרות של המונח "רגולציה" ואת הקשר שלהן למדינה המודרנית (על תצורותיה), ומבקש למצוא הגדרה רחבה דיה שתוכל בעת ובעונה אחת "לסייע לנו להשתמש במושג בלי 'למתוח' אותו יתר על המידה, ולשומרו כמושג תאורטי רלוונטי מעבר למגבלות של עידן, אומה, אזור או סקטור מסוימים". לדעת לוי-פאור רגולציה אינה רק אופן פעולה מסוים של סוכנויות מדינה אלא מאפיין עמוק ומהותי של מדינות רבות שאפשר לקרוא להן "מדינות רגולטוריות"; מדינות אלה מבקשות לתבוע "את המונופול הלגיטימי על חקיקה, על אכיפה ועל ניטור של כללים רגולטורים". לוי-פאור משווה את גלגוליה והתפתחותה של המדינה הרגולטורית בארצות-הברית לזו שבאירופה ומראה שהמדינה הרגולטורית משתנה ממקום למקום ומזמן לזמן, והיא יכולה להופיע כבעיה או כפתרון. אמנם לוי-פאור אינו עוסק ישירות בתפקידה המכונן והראשוני של הרגולציה, אך הוא מניח יסודות מוצקים למחשבה על אודות ייחודה כצורה ממשלית חדשה ועל אודות קשריה למדינה בתצורתה העכשווית. מאמרו עוזר אפוא לראות רגולציה כחורגת ממימוש קונקרטי בתחום מסוים וכמתקיימת מחוץ למוסד שלטוני מסוים. כך אפשר להתחיל ולתאר את הרגולציה – עם המדינה הרגולטורית – כבעלת מבנים אידאולוגיים עמוקים המצדיקים את השליטה המדינתית ומכוננים יחסים מסוגים שונים בין האזרח לבין המדינה ובין האזרחים עצמם.

המאמר השני, "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי" נכתב על ידי עורכי הכרך איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן. מאמר זה מתחיל בסקירת השימושים של המונח בפסקי הדין של בתי המשפט בישראל ומוזהה מגמה ברורה של עלייה בשימוש בו. ממצא זה אינו אלא אמצעי שבעזרתו הכותבים מפתחים דיון מושגי ב"רגולציה" ובשימושים שבהם היא מופיעה בפסיקה. ניתוח איכותי (ולא רק כמותי) של פסקי הדין מגלה כי בסיטואציות רבות ומגוונות בתי המשפט משתמשים במונח זה כבואם לתאר ולנתח תופעות שונות בתכלית זו מזו, וכי המונח "רגולציה" נהפך למשמעותי בתפיסה העצמית של בתי המשפט את עבודתם שלהם ואת מה שהם מבינים כגבולות "התערבותם" בסיטואציות שונות – חברתיות, כלכליות ושלטוניות. ביתר פירוט, הוכמן, חספר ולרגמן מזהים כמה מגמות משמעותיות בשימוש במונח: ראשית, "בצד הזיהוי הכללי של רגולציה עם פעולות מסוימות הנעשות על ידי המדינה, מתחזקת בבתי המשפט תפיסה שמשייכת רגולציה גם לפעולות הנעשות על ידי שחקנים שונים שאינם בהכרח מדינתיים", לרבות גופים פרטיים. שנית, הכותבים מזהים התחזקות של הגישה הרואה ברגולציה לא רק התערבות נקודתית כי אם "תנאי בסיסי וחלק מ'רשת עבה' של כללים המבססים ומאפשרים פעילויות של פרטים וגופים שונים". לבסוף, בתי המשפט מנסחים את היחס המשולש בינם לבין הרגולטור והגורם המאוסדר ומבצעים "חלוקת עבודה" בינם לבין הרגולטור. לפי המאמר, בתי המשפט תופסים את עצמם יותר ויותר לא רק כמבקרים את הרגולטור אלא כחלק אינטגרלי של "הרשת הרגולטורית" או "המערך הרגולטורי". המאמר מצביע גם על

החלל הקיים בתורת המשפט הישראלית בסוגיה של הרגולציה ומותר פתח נרחב לעבודת המשך – תיאורית, תאורטית ותורת-משפטית.

מאמרו של צילי דגן וטליה פישר "על שווים ושווים יותר: הרגולציה של האימוץ" מציג את התזה שלפיה רגולציה מדינתית עלולה להיות בעלת אפקט הסחרה (קומודיפיקציה) דומה לזה הנובע מהשליטה של מנגנוני השוק במערכות יחסים ובמשאבים אנושיים. דגן ופישר טוענות שלכל אחת מן ההסדרות – מדינתית-רגולטורית ופרטית-שוקית – יש תוצאים בעייתיים ותוצאות לא-רצויות. אף על פי שלרוב נטען כי דווקא הכפפה לשוק הפרטי מובילה לקומודיפיקציה שתוצאותיה הן "צמצום של תכונות ומערכות יחסים רב-ממדיות לקטגוריות חד-ממדיות", דגן ופישר טוענות שגם רגולציה מדינתית עשויה לגרום לכל אלה. במילים אחרות, המאמר טוען שרגולציה מדינתית חשופה לאותן ביקורות שנמתחות על פעילות בשוק בזירות של מסחר אסור (Taboo Markets) כגון סחר בכני אדם או סחר באיברים. מאמר זה לא רק מערער על ההבחנה הקטגורית בין "רגולציה" לבין סוגים אחרים של הסדרה וארגון – הוא אף מדגים את הזיקה ההדוקה שבין הסדרה פרטית להסדרה מדינתית. כמו בתחומים אחרים, גם בתחום האימוץ – לכאורה תחום "פרטי" מאין כמוהו שעוסק בסוגיות טבעיות של הולדה והורות – השאלות מה נחשב קניין סחיר ומה נתפס כ"טבעי" ו"שלנו" נתונות כל העת לדיון ציבורי ולהכרעה על ידי גופים מדינתיים ורגולטוריים. ראשוניותה ואופייה המכונן של הרגולציה מתגלים במקרה מבחן זה מבין השיטין, כשמתברר שאבני הבניין של האינטראקציות הכלכליות והאישיות שלנו מוגדרות בעצמן על ידי מעשים רגולטוריים.

את השער השני של הכרך, **מוסדות וצורות**, פותח מאמרה של הילה שמיר "גישות פמיניסטיות לרגולציה של הזנות: מבט אוהד על הפער שבין המשפט עלי ספר לבין המשפט בפעולה". המאמר מציג את ההתמודדות הלא-עקבית של ישראל עם תופעת הזנות כבעלת יתרונות ברורים על שני המודלים הפרוגרסיביים המוכרים של הסדרת הזנות: המודל השוודי של מיגור הזנות על ידי הפללת לקוחות והמודל ההולנדי של הסדרה מלאה. על פי שמיר, בישראל נוצר "משטר-היברידי" הנובע מריבוי הגופים העוסקים בתחום ומהפער בין החוק עלי ספר לחוק בפעולה, וכולל יסודות משמעותיים של נסינות (אקספרימנטליזם) וחוסר יציבות. המאמר מפרק את המושג הרחב של "רגולציה" למוסדות השונים העוסקים בו ומדגים את החשיבות העצומה שיש לשחקנים ולמוסדות בהתמודדות המדינתית עם תחום פעילות נתון. בניגוד לעמדה הרווחת, הרואה בקוהרנטיות ובעקביות תכונות רגולטוריות הכרחיות ובהיעדרן – סימן לכישלון רגולטורי ברור, שמיר אינה מגנה את חוסר העקביות הרגולטורית אלא מוצאת בה יתרונות. הניתוח הפרטני מאתגר את התפיסה שלפיה אפשר להעביר מודלים של רגולציה ממקום למקום ומהקשר להקשר ולחזות בהצלחה את התוצאות. מודלים ומבני רגולציה אמנם מכוונים במידת מה לתוצאות, אך הכרעות השחקנים הפועלים בשטח באמצעות המודלים מראות כי יש לצפות תמיד להפתעות ולתוצאות לא צפויות.

מאמרה של שרון ירון, "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות", דן בתופעה של הסדרים מוסכמים בין מפקחים למפוקחים בשוק ההון הישראלי. מקרה מבחן זה מאפשר לדין לבחון את הצורות הרגולטוריות המכוננות "רגולציה הסכמית" ו"חוזים רגולטוריים", ולאמור את ההצדקות

שניתנו להן כמו גם את הביקורות שנמתחו עליהן. תוך ניתוח של מקרים קונקרטיים ותאוריות לגבי האינטרסים הסמויים שעשויים להניע רגולטורים, המאמר מדגים את הגמישות של הצורות הרגולטוריות השונות ואת הדינמיות הרבה שלהן. לחצים, אינטרסים, אידאולוגיות מתחרות ומקריות משמשים בערכוביה במערכות רגולטוריות מורכבות, וגורמים לכך שצורות חדשות של הסדרה, פיקוח ואכיפה צצות חדשות לבקרים בעוד אחרות מתיישנות ואף נעלמות. המאמר אמנם מדגיש את ההיבט "האינטרסנטי" שמניע את צורות הרגולציה החדשות – המאוסדרים מבקשים להגמיש ולשפר את תנאי האסדרה שלהם ואילו הרגולטור מבקש לקדם את האינטרסים שלו – אולם מהסיפור העשיר במאמר ברור שיש גורמים נוספים המביאים לשינוי ולדינמיקה האמורה.

המאמר "רגולציה בתנאים של ביזור: בין התנגשות לסינרגיה ומבט למציאות הרגולטורית בישראל" מאת עדי אייל, ציפי איסר-איציק ואורן פרוז מציג מסגרת תאורטית של "ביזור רגולטורי" לבחינת המציאות הרגולטורית בישראל (ובמדינות רבות אחרות). ניתוח תאורטי והצגה של מקרי מבחן – הליך ההסדרה והרישוי של אנטנות סלולריות על גגות בתים, ו"פרשת רמדיה" שבה נתגלו השלכותיו הבריאותיות הקשות של תחליף-חלב מיובא על הציבור הישראלי – מצביעים על מצבים שבהם רגולטורים רבים היו "אחראים" למצב והביזור הרגולטורי ביניהם עלול לתרום לכשלים. אכן, המאמר מצביע על חסרונות רבים של הביזור הרגולטורי כגון קונפליקטים מיותרים, קיבעון מחשבתי ומוסדי, יתר-בירוקרטיה, עלויות רגולטוריות והיעדר קוהרנטיות של הממשל כלפי הפרטים המוסדרים. עם זאת, אייל, איסר-איציק ופרוז מצביעים גם על יתרונות מוכרים פחות של הביזור הרגולטורי: מניעת שרירות רגולטורית ושבי הרגולטור, התמקצעות וסינרגיה אפשרית של הגופים המעורבים. הואיל והבעיה של ביזור רגולטורי רווחת מאוד ואולי אף מהותית למצב הרגולטורי בכלל, המאמר לא רק מסייע בשיפור הרגולציה בהקשרים רבים ושונים, אלא אף מאפשר מחשבה יסודית יותר על היחסים הנוצרים בין גופי מדינה שונים בעקבות הסדרים רגולטוריים משתנים ומצבי מציאות חדשים.

מאמרו של צבי טריגר, "על הרגולציה של שירותי הפיריון בישראל", בוחן את ההסדרים של פיריון והולדה בישראל ואת הרגולציה עליהם. התחום מתאפיין במיעוט חקיקה ראשית ובריבוי של חקיקת-משנה ונהלים; אולם אל מול מיעוט החקיקה הראשית בתחום יש עושר יוצא דופן של תפיסות תרבותיות, דתיות ומקצועיות (בתחום הרפואה). לטענתו של טריגר, שתי פרופסיות שולטות למעשה כיום בתחום ההולדה והפיריון בישראל – הפרופסיה הרפואית וזו הרבנית-דתית. שתיקתו של המחוקק הראשי תורמת לשליטה בלתי-מעוררת זו, ותהליך זה מביא להרחקה של הסדרת הסוגיה מהציבור ומהדיון הציבורי ולהפיכתה לסוגיה דתית ומקצועית. דה-פוליטיזציה זו מובילה לתוצאות קשות מבחינה מהותית ודמוקרטית. בהמשך למאמר של אייל, איסר-איציק ופרוז, מאמרו של טריגר מצביע (בצורה מפורשת בהרבה) על הקשרים בין דיסציפלינות מדעיות ואחרות (כגון התחום הדתי) לבין רגולציה ומשפט. קשרים אלה יכולים להיות מפורשים וישירים – כשהרגולטורים מגיעים לתפקידם כמומחים בתחומי ידע מסוימים ומבינים את עצמם כמתרגמים של ידע מקצועי למדיניות ציבורית – ויכולים להיות עקיפים יותר.

מאמרה של חדווה אייל, "רגולציה של ניסויים רפואיים בחיילים: המקרה של ניסוי הגחלת בצה"ל", עוסק בניסויים בבני-אדם באמצעות בחינה ביקורתית של ניסוי הגחלת



שהתקיים בצה"ל בין השנים 1998 ל-2006. המאמר מציג שתי צורות הסדרה של תחום הניסויים הרפואיים בבני-אדם: הסדרה באמצעות כללי אתיקה בינלאומיים ורגולציה במסגרת צה"ל, בהסתמך על מערכת המשפט הישראלית. הניגוד בין שתי צורות ההסדרה מבהיר את הבעייתיות שבהסדרת התחום במסגרת צה"ל. המאמר מנתח את הכשלים הרגולטוריים שאפיינו את הניסוי על מכלול שלביו, ואת השינויים שהתבצעו במשטר הרגולציה של ניסויים רפואיים בחיילים לאחר חשיפתם. תחום הניסויים בבני אדם כורך את הרגולציה בשאלות אתיות ומוסריות בצורה מובהקת וחזקה יותר מאשר בתחומים אחרים רבים. הצורה וההיגיון האתיים, אף שהם מסדירים לא מעט תחומי התנהגות אנושיים, אינם זהים לצורות רגולטוריות מקובלות יותר ברמה הלאומית – בוודאי בצבא. ההשפעה הרצויה בין התחומים אינה מובנת מאליה אף היא. עם זאת, ניתוקה הכמעט-מוחלט של המערכת הרגולטורית הצבאית מההסדרים הבינ-לאומיים הוביל לתוצאות קשות במקרה המבחן והוא מעורר שאלות רבות בדבר היחסים בין מערכות נורמטיביות-רגולטוריות חופפות – לא רק ברמה המוסרית-מדינתית אלא גם ברמה של השחקנים הפועלים (במקרה זה, רופאים חוקרים בצבא).

מאמרן של לילך ליטור, הדרה בר-מור וגילה מנחם, "בית המשפט ובית הדין לעבודה כשחקנים רגולטוריים בעידן ההפרטה", בוחן את תפקידם של בתי המשפט במערך הרגולטורי. המחברות טוענות שפסיקתם של בתי המשפט בישראל באשר לשירותים ציבוריים מופרטים היא "פסיקה רגולטורית" במובן זה שהיא מחילה סטנדרטים ציבוריים על הגופים (כלומר: בדרך של "הצברה"), ועל כן לוקחת חלק במימוש מטרותיה העמוקות של רגולציה – שמירה על נורמות ציבוריות. המאמר מעורר שאלות באשר להבדל בין בתי משפט לבין סוכנויות רגולטוריות אחרות, והוא מתייחס אליהם כחלק אינטגרלי מהמציאות הרגולטורית המורכבת ורבת-השחקנים, המוסדות והצורות שבאמצעותה המדינה המודרנית מקיימת ומגדירה את יחסיה עם החברה. המאמר מאפשר לראות כיצד מוסד משפטי משנה את תפקידו גם ללא שינויי חקיקה ולעתים אף ללא דיון מעמיק, וכיצד נוצרות אף בתוכו הבחנות בין תת-מערכות (כגון בתי הדין לעבודה לעומת בתי משפט אחרים). מעבר להשלכות הנורמטיביות, תפיסה זו מחזקת את הצורך לפתח "תורת משפט של רגולציה" שתעסוק בסוגיות בסיסיות כגון תפקיד השפיטה, סוגי הנורמות כמערכות משפטיות וייחוד המשפט ממערכות נורמטיביות אחרות.

מאמרו של יואב מחוזאי, "רגולציה כלכלית באמצעות סמכויות חירום: ישראל, 1974-1985", חותם את השער השני. מחוזאי סוקר את השימוש בסמכויות חירום בין 1974 ל-1984 ומצביע על עלייה בשימוש בסמכויות אלה לשם קידום ויישום מדיניות כלכלית. בעוד שתשומת לב מחקרית רבה ניתנה לשימוש בסמכויות חירום בשם שמירה על הביטחון, השימוש הכלכלי בסמכויות אלה נותר בצל. המאמר מתחקה אחר האופן שבו יושמה מדיניות כלכלית באמצעות תקנות החירום, תוך עקיפה של הסדרים ראשוניים ושל הליכי חקיקת-משנה. אם כן, המאמר מדגים את השימוש הרווח בישראל בצורה רגולטורית נדירה וקיצונית – תקנות שעת חירום והפעולה המנהלית שהן מאפשרות – לא רק בתחום המוכר (והחריג) של ביטחון, ומראה שצורת רגולציה זו עיצבה את ההסדרים הבסיסיים ביותר של "השוק" המוכר לנו היום. ה"ליברליזציה" הכלכלית, של שוק מטבע החוץ ושל שוק העבודה שמגדירים עד היום את מבנה המשק והכלכלה בישראל, נעשו לא רק

”בשתיקה” או על ידי ”נסיגה” של המדינה אלא בדרך רגולטורית סדורה, גם אם ייחודית וחריגה. השימוש בתקנות חירום בתחומים אלה מנכיח את אופייה הראשוני והמכונן של הרגולציה ואת מעורבות המדינה בשווקים חופשיים לכאורה.

שערו השלישי של הקובץ, תמורות ותהליכים, נפתח במאמרו של יובל רויטמן ”הרפורמה הרגולטורית: בין הגלוי לסמוי”. המאמר מעמיד למבחן ביקורתי את אחד מעמודי התווך של הסדר הנאו-ליברלי העכשווי המקודם על ידי גופים רבי-לאומיים (כגון OECD והאיחוד האירופי) וממשלות ברחבי העולם: ”הרפורמה הרגולטורית” שמטרתה לקדם רציונליות בירוקרטית. תהליך זה של הערכת רגולציה תוך שימוש במדדים של שיקולי עלות-תועלת סוחף את העולם כולו, ומוביל פעמים רבות לביטול של מערכות רגולטוריות ה”מכבידות” על השוק הפרטי שתועלתן קשה להוכחה. רויטמן מראה שאימוץ של גישת הרפורמה עלול להחריף בעיות שלטוניות קיימות כגון כוחם הרב של בעלי עניין ויכולתם להטות את המדינה ואת השוק לטובתם. נוסף על כך, 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”. בכך עלולה להשפעה הפוליטית, שאינה שקופה לציבור הרחב, לגבור ולחרוג ”מגבולות ההשפעה הלגיטימית של דרג נבחר” ואף להוביל לעיוות של שיקול הדעת המקצועי של הגופים הרגולטוריים. מאמרו של רויטמן חושף את הממד האידאולוגי והערכי המרכזי של עמדות הנמצאות בלב הקונצנזוס הממשלי-הגלובלי הנוכחי ושל סדר היום שמקדמים גופים רבי-לאומיים המתיימרים רק להעריך, לאמוד ולייעל מערכות רגולציה שלטוניות קיימות, בלי להתערב מהותית בהן או במטרותיהן. הבחינה המשווה במאמר ממחישה את הפוליטיות ואת האידאולוגיות העמוקות של תהליכים אלה ומאפשרת את הצבתם במסגרת של עימותים תאורטיים ופוליטיים בדבר תפקידה של המדינה ובדבר אופן התערבותה ב”שווקים”, ולא רק כוויכוחים בין מומחים ואנשי מקצוע.

המאמר השני בשער, ”ממשליות ורגולציה סביבתית בישראל: חוק הפיקדון על מכלי משקה כמקרה מבחן”, מאת תמר ברקאי, מציג את תהליך חקיקתו של חוק הפיקדון על מכלי משקה ומראה כיצד קבוצות שהחוק חל עליהן פעלו כדי לעצבו באופן שיקדם את האינטרסים שלהן. ברקאי בוחנת את הפערים בין היעדים המקוריים של החוק לבין תוצאותיו ואת התהליכים שאפשרו אותם. המאמר מאיר את יחסי הגומלין בין ממשל, ממשליות ורגולציה כמו גם את צמיחתם של דגמים רגולטוריים חדשים. הצגה זו מקדמת את טענתה שלפיה אף שתהליכי הביזור של הסמכות הרגולטורית מאפשרים למגזר העסקי להשפיע על עיצוב המסגרות הרגולטוריות, הם כרוכים בכינן שחקנים היברידיים המסוגלים ליטול על עצמם תפקידים חברתיים. מסקנה זו ממחישה את האפשרות למצוא סוכנות אנושית ויכולת פעולה באתרים לא צפויים ויכולה לשמש עוגן לאקטיביזם מסוג חדש.

מאמרו של טל גולן, ”העין הבוחנת והצופה: הסדרה ומשטור של התנהגות עובדים במקום העבודה”, חותם את הכרך. גולן בוחן את אופני ההסדרה של פרטיות העובדים במקום העבודה מתוך מסגרת תאורטית הרואה את היחסים בין עובד למעביד כיחסי כוח ושליטה, שבמסגרתם כל צד נאבק על השליטה במידע על אודות העובד. המאמר בוחן כמה ממדים בסביבת העבודה המודרנית – המרחב הסביבתי, שיטות הניהול והארגון, ניטור העובדים וטשטוש הגבול בין חיי העבודה לחיים הפרטיים – ומראה כיצד פרטיות

העובדים מוסדרת בכל אחד מממדים אלה באמצעות כוחות פנימיים למקום העבודה. גולן מציג את התפקוד של בית המשפט ושל הכללים המשפטיים במערך זה באמצעות ניתוח ביקורתי של הפסיקה, ובכך הוא מבסס את מסקנתו שלפיה פרטיותם של עובדים הצטמצמה בעידן העבודה המודרני גם במקומות העבודה המתקדמים ביותר. מעבר למסקנות עגומות אלה, מאמרו של גולן ממחיש את העומק שבו הרגולציה פועלת פעמים רבות: היא אינה מתפקדת אך ורק רק ברמה של מקלות וגזרים, תמריצים וקנסות המשנים את התנהגות השחקנים; היא אף פועלת ברמה של כינון הסובייקט האנושי, תחושותיו הפרטיות, הבנתו העצמית ויחסיו הבסיסיים עם זולתו.

במבוא זה הצענו ראשיתה של דרך לקרוא את המאמרים שכונסו בכרך שלפניכם. אנו מציעים לראות בהם ניסיון לרענן את הדיון המשפטי ברגולציה ולחשוב איתם מחדש על היחסים שבין "משפט" לבין "רגולציה" על מובניה, מוסדותיה ומופעיה המגוונים והרבים. בטרם נסיים ברצוננו להודות מקרב לב לשלושת העורכים של הכרך: איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן. הללו היו למופת בכל שעשו: ארגון, ניהול, יצירה, כתיבה ומחשבה. בלעדיהם כרך זה לא היה יוצא לאור ועל כך הערכתנו ותודותינו העצומות.