



מחקרי רגולציה

כרך ב

עורכת ראשית
השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

כתב העת של מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה
המסלול האקדמי המכללה למינהל

תמוז התש"ף, יוני 2020

מחקרי רגולציה

מנהלת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה
השופטת בדימוס ד"ר איריס סרווקר

מנהלים אקדמיים
פרופ' אורית פישמן-אפורי
ד"ר עידו באום

עורכת ראשית
השופטת בדימוס ד"ר איריס סרווקר

מערכת כתב העת
עו"ד ענבר גוטליב ריבקין
עו"ד ליטל פילר

עריכה לשונית
משה גרוס

אופן הגשת הצעות מחקר ומאמרים :
אנו מזמינים חוקרות וחוקרים להגיש מאמרים והצעות מחקר בתחומים שונים,
ביניהם: משפטים, כלכלה, ניהול ומדעי החברה הקשורים להיבטים של תחרות ורגולציה
והעומדים על סדר היום החברתי-כלכלי בישראל. על הרוצה לפרסם מאמר להיות נכון לקבל הערות
המערכת ולהחזיר תיקונים תוך זמן סביר. עבודת המערכת תכלול קבלת חוות דעת של קורא חיצוני
אנונימי. יש לשלוח העתק של המאמר או הצעת המחקר לכתובת הדואר האלקטרוני בצירוף קורות
חיים ופרסומים אחרים (אם ישנם).

כתובת המערכת:

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה
המסלול האקדמי המכללה למינהל
שד' רבין 7, ת"ד 25072
ראשון לציון 7502501
דואר אלקטרוני: hethcenter@colman.ac.il
אתר האינטרנט: www.colman.ac.il/heth_center
דף הפייסבוק: www.facebook.com/hethcenter
טלפון: 03-9634104

©

כל הזכויות שמורות
למרכז חת לחקר התחרות והרגולציה
המסלול האקדמי המכללה למינהל
ISSN 2664-6307



סדר: ענת זקון

ניתן לרכוש את כתב העת באמצעות נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 43, צפריים 9983000

טל' 02-9992099, פקס' 02-9992088

nevo@nevo.co.il

נבו



פרופ' מאיר חת

מייסד מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה
המסלול האקדמי המכללה למינהל



תוכן העניינים

9.....	דבר המערכת	איריס סורוקר יפעת נחמיאס וליטל פילר
19.....	דברי ברכה	יורם רבין
21.....	בורסה לכל עת	משולחנו של מאיר חת
22.....	לידתם של השמיים הפתוחים	
25.....	רגולציה "עודפת" בישראל? ניתוח והנגשת תפוקת החקיקה הראשית והמשנית בישראל, 1948–2017	דוד לוי-פאור וניר קוסטי
61.....	ילדות ברשתות חברתיות – מרחב נעדר חוק	ליאת פרנקו, שולמית אלמוג וחאלד גנאים
101.....	מונופולזיציה בצבעי הסוואה	דפנה רבן ואיריס סורוקר
141.....	השפעת צעדי רגולציה מגינה בישראל על התנהגות משקי הבית בלקיחת משכנתאות	מורן אופיר ויבגני מוגרמן
165.....	רפורמת שמיים פתוחים	הילית כץ
217.....	חסמי יבוא בענף המזון בישראל	איתי אטר

דבר המערכת

בעת פרסומו של כרך זה, החברה בישראל חווה טלטלה משמעותית. וירוס הקורונה הגיח לתוך עולמנו בבת אחת, פנדמי וגלובלי. הנגיף האימתני – הגורם לתחלואה נשימתית קשה ומדבקת – זוהה לראשונה בדצמבר 2019.¹ בחודשים שחלפו מאז, המגפה התפשטה בעולם ובישראל. ממשלת ישראל התמודדה עם המגפה בין השאר באמצעות איסורי התקהלות, הטלת חובות של ריחוק חברתי, בידוד וסגר, לצד הגבלות ממשיות על התנועה והפעילות במרחב הציבורי ובמרחב הפרטי. אלה יצרו מציאות מורכבת ומשבר כלכלי.² המצב הקיצוני מעורר את שאלת הרגולציה לשעת חירום, כלליה וגבולותיה. נוכח הדרמה הרגולטורית המתחוללת בימים אלה לנגד עינינו, נקדיש את דבר המערכת לעיון ראשוני בסוגיה זו.³

תחילה נקט השלטון באמצעים וולונטריים. כך, ביום 24.1.2020 פרסם משרד הבריאות המלצה להימנע מטיסות "לא הכרחיות" לעיר ווהאן בסין – אשר לה מיוחס המקור למגפה.⁴ ככל שהתבררו ממדי המגפה וסיכונה, ננקטו אמצעי כפייה למניעת תנועה של אנשים ממקום למקום. לצורך כך הוצאו צווים להגבלת פעילות מכוח פקודת בריאות העם משנת 1940⁵ ונחקקו תקנות לשעת חירום, שעוגנן הוא סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה.⁶ הרגולציה שאומצה היא דרמטית ורחבת היקף: לזמן מסוים, הממשלה הורתה לאזרחיה להסתגר בבתיהם ולא לצאת אלא למרחק של 100 מטר;⁷ מרחבים ציבוריים (כמו פארקים, חופים, קניונים) נסגרו;⁸ הפעילות במקומות עבודה צומצמה במידה ניכרת;⁹ אנשים חויבו לעטות מסכות על פיהם

- 1 בשמו המדעי: SARS-CoV-2. הנגיף גורם למחלת ה-COVID-19. ראו World Health Organization, *Naming the Coronavirus Disease (COVID-19) and the Virus that Causes It*, <https://bit.ly/2Be4Hm7>.
- 2 הכלכלנית הראשית במשרד האוצר הציגה הערכה בדבר ההשלכות הצפויות של מגפת הקורונה, הכוללות צמצום משמעותי של היצוא, ירידה בהשקעות ובצריכה פרטית, ירידה דרמטית בשיעורי הצמיחה ועלייה ניכרת בשיעורי האבטלה. ראו משרד האוצר אגף הכלכלנית הראשית "השפעת נגיף הקורונה על התוצר, הגרעון והחוב" (אפריל 2020).
- 3 מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה מממן סדרה של מחקרים בנושא "רגולציה בעת קורונה", ואלה יתפרסמו בכרך נפרד של כתב העת.
- 4 ראו משרד הבריאות "נגיף הקורונה: המלצה להימנע מנסיעה לעיר ווהאן בסין" (24.1.2020) www.health.gov.il/NewsAndEvents/SpokemanMessages/Pages/24012020_1.aspx.
- 5 ראו פקודת בריאות העם, 1940, ע"ר מס' 1065 מיום 20.12.1940.
- 6 ס' 39 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א.
- 7 ראו ס' 2 לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות) (תיקון מס' 2), התש"ף–2020.
- 8 ראו תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות) (תיקון מס' 10), התש"ף–2020.
- 9 ראו תקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף–2020.

ואפיהם; ¹⁰ ולשמור על בידוד חברתי במרחק של 2 מטרים זה מזה. ¹¹ הרגולציה חדרה ביד רמה למרחב החיים הפרטיים, והשעתה זכויות אדם חוקתיות לטובת האינטרס של בריאות הציבור. פקודת בריאות העם משנת 1940 מסמיכה את משרד הבריאות לנקוט בצעדים מרחיקי לכת לבידוד והרחקה של חולים, לחיטוי מקומות נגועים, להשמדת חפצים גורמי הדבקה ועוד. ¹² ביום 27.1.2020 הכריז שר הבריאות כי הקורונה היא מחלה "איומה אפידמית", ¹³ המהווה סכנה לבריאות הציבור. ¹⁴ הכרזה זו סללה את הדרך להפעיל את סמכויות החירום המוקנות לשר הבריאות מכוח הפקודה המנדטורית. בתוך כך פורסמו צווים כדוגמת צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף–2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (בידוד בבית חולים) (הוראת שעה), התש"ף–2020, וצווים נוספים. ¹⁵ צווים אלו שימשו כלי משפטי עיקרי להטלת חובת בידוד על מי שנחשדו כנשאי הנגיף. ¹⁶

החלטות שקיבל המשרד הבריאות מכוח פקודת בריאות העם עמדו במרכזם של מספר דיונים משפטיים. בעניין פשה נדרש בית המשפט להחלטת משרד הבריאות לפנות דיירים של בית חולים גריאטרי במטרה להסב אותו למרכז אשפוז לחולי קורונה. ¹⁷ בדומה, בעניין המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור עמדה לדיון החלטה של משרד הבריאות להסב מחלקות

- 10 ראו ס' 2 לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – אכיפה), התש"ף–2020.
- 11 ראו ס' 3 לתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף–2020.
- 12 ראו למשל ס' 20(1) לפקודה, שכותרת השוליים שלה היא: סמכויות לשעת חירום: "אם נראה כי מרחפת על איזה חלק של ישראל סכנה של מחלה איומה אפידמית, מקומית או מידבקת או כי הוא נגוע במחלה כזאת, דהיינו, דבר, חולירע, קדחת צהובה, אבעבועות, טיפוס הבטן או מחלה אחרת שהכריז עליה שר הבריאות, במודעה ברשומות כי היא מחלה מידבקת מסוכנת, רשאי שר הבריאות להכריז במודעה כנ"ל כי סכנה חמורה מרחפת על בריאות העם על ידי איומה או קיומה של מחלה כזאת בישראל או בארצות השכנות, ומשפורסמה הכרזה זאת היא המנהל מוסמך לסדר, או להתקין, בין בצו ובין בהוראה או בכל דרך אחרת שהיא, כי ייעשו על ידי כל אדם, לרבות קופת חולים: (א) ביקורים מבית לבית; (ב) הגשת עזרה רפואית, חלוקת רפואות, הספקת מקומות שיכון, טיפוח הנקיין, האוורור והחיטוי ושמירה בפני התפשטות המחלה; (ג) כל עניינים או דברים שימצאם רצויים לשם מניעתה או הקלתה של המחלה; ורשאי הוא להטיל את הסידורים או הקביעות האלה, כולם או מקצתם, על כל הארץ או על כל חלק או חלקים ממנה ועל כל אניות הנמצאות בחופי הארץ הפנימיים או במימיה הטריטוריאליים". להרחבה ראו מרגית כהן "מעשה טלאים, בדיני החירום" משפטים כט 623 (2018).
- 13 ס' 20 לפקודת בריאות העם, 1940.
- 14 ראו צו בריאות העם (שינוי רשימת מחלות מידבקות שבתוספת השנייה לפקודה), התש"ף–2020.
- 15 ראו צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (הגבלת פעילות מוסדות חינוך) (הוראת שעה), התש"ף–2020; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הוראות למעסיק של עובד בבידוד בית) (הוראת שעה), התש"ף–2020.
- 16 משרד הבריאות הוא הרגולטור האמון על המדיניות הציבורית בתחום הבריאות. להרחבה ראו יובל שני, עודד רון ונדיב מרדכי "משבר הקורונה שמירה על עקרונות חוקתיים" פרלמנט 84 (15.3.2020) www.idi.org.il/parliaments/30997/30972.
- 17 בר"מ 2199/20 פשה נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 24.3.2020).

במרכז גריאטרי לטובת אשפוז עתידי של חולי קורונה.¹⁸ בשני המקרים, בית המשפט העניק למנהל רוח גבית. בפרשת פשה אשרר כב' השופט פוגלמן את הפינוי על רקע האיזון המתחייב בין השיקולים השונים הנוגעים לעניין. בפרשת המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור הדגיש בג"ץ את שיקול הדעת המקצועי הנתון למשרד הבריאות בכל הקשור למאמץ לבלום את התפשטות הקורונה. בתוך כך, הוכרה הסמכות של משרד הבריאות להסב מחלקות במרכז גריאטרי לבית חולים לחולי קורונה: "סמכות כאמור נתונה למדינה מכוח הפרווגטיבה הכללית שלה כרשות מבצעת, מכוח הוראותיה של פקודת בריאות העם בעניין הקמה וניהול של בתי חולים ומוסדות רפואיים אחרים בשעת חירום, וכן מכוח הוראות חוק הפרשנות בדבר סמכויות עזר".¹⁹

עם העלייה בשיעור הנדבקים במחלת הקורונה, הלך וגבר השימוש שעשתה הממשלה בסעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, כמקור עיקרי לתקנות קורונה. ניתן לסווג את התקנות לשלוש קבוצות: (א) תקנות שעניינן הגבלת פעילות ותנועה של תושבי המדינה, לדוגמה: תקנות לשעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות), התש"ף–2020. (ב) תקנות שעניינן מתן הקלות וסיוע לתושבי המדינה אשר נפגעו כלכלית ממגפת הקורונה, לדוגמה: תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש) (מענק סיוע לעצמאים ולשכירים בעלי שליטה בחברת מעטים), התש"ף–2020. (ג) תקנות שנועדו לאפשר הפעלת אמצעי ניטור ואכיפה, לדוגמה: תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף–2020.²⁰ תקנות מעין אלה, נוכח טיבן החודרני, מעוררות ביתר שאת את שאלת הרגולציה לשעת חירום.

כותרת המשנה של סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, היא "התקנת תקנות שעת חירום". ההוראה מקנה לממשלה את הסמכות להתקין תקנות כדי "להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים".²¹ בכוחן של תקנות שעת חירום להשעות, לעקוף ולגבור – באופן זמני – על חקיקה של הכנסת שהתקבלה בהליך דמוקרטי תקין.²² הכנסת היא המוסמכת להכריז על מצב חירום "ביוזמתה או על פי הצעת הממשלה".²³ ואולם אם עקב דחיפות יש להכריז על מצב חירום עוד בטרם ניתן לכנס את הכנסת, רשאית הממשלה להכריז על מצב חירום לתקופה מוגבלת של עד שבעה ימים.²⁴ למרות המשמעות מרחיקת הלכת של

- 18 בג"ץ 2233/20 המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 26.3.2020).
- 19 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט שטיין.
- 20 לדיון מפורט בתקנות אלו ראו בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 26.4.2020).
- 21 ס' 39 לחוק-יסוד: הממשלה.
- 22 ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 634 (2017)
- 23 ס' 38(א) לחוק-יסוד: הממשלה.
- 24 ס' 38(ב)–(ג) לחוק-יסוד: הממשלה.

ההכרזה על שעת חירום, אין בחוק היסוד הגדרה של "מצב חירום", ואף אין בו הבניה של שיקול הדעת כיצד ולפי אלו מדדים ניתן להכריז על קיומו של מצב חירום. מדינת ישראל נמצאת ב"מצב חירום" מתמיד, מעת הקמתה.²⁵ בכל שנה נוהגת הכנסת להאריך את שעת החירום, כעניין שבשגרה. לפיכך, מנגנון חקיקת החירום עומד מן המוכן לרשות השלטון, ללא תלות בהכרזה של הכנסת על מצב חירום מסוים.²⁶ במצב זה, עלולים להיווצר מצבים שבהם הרשות המבצעת תפעיל את סמכותה להתקין תקנות חירום ללא צורך בחוק ראשי.²⁷ ואומנם, עם התפרצות מגפת הקורונה, הממשלה פעלה על סמך ההכרזה הכללית הקיימת בדבר מצב חירום, ולא פנתה לכנסת בבקשה להכריז על מצב חירום מיוחד בשל התפרצות הקורונה.²⁸ השימוש בהכרזה כללית על מצב חירום, שעד היום נשענה על מניעים ביטחוניים, מעוררת את השאלה אם ראוי להבחין בין רגולציה של מצבי חירום ביטחוניים לבין רגולציה של מצבי חירום בעלי אופי אזרחי.

שאלה זו עלתה לדיון אגב תקנות חירום שבהן הממשלה הסמיכה את השב"כ לאסוף, לעבד ולהשתמש ב"מידע טכנולוגי" במטרה לעקוב אחר חולי קורונה.²⁹ במהלך חודש מרץ 2020 הוגשו לבג"ץ מספר עתירות נגד החלטת הממשלה להתקין תקנות אלה. בעתירות נטען שיש צורך בפיקוח פרלמנטרי על התקנת התקנות ואופן יישומן, נטען לפגיעה בלתי-מידתית בזכות הפרטיות וכן נטען שאין להפעיל את שירות הביטחון הכללי כנגד אזרחים מן השורה. בג"ץ, במסגרת צו ביניים, צמצם בהרבה את סמכויות השב"כ מכוח אותן תקנות, והתנה את המשך תוקפן בפיקוח פרלמנטרי.³⁰ שופטי בג"ץ הורו למדינה להתייחס לכמה שאלות עקרוניות: (א) האם הכרזה על מצב חירום לפי חוק-יסוד: הממשלה נוגעת גם למצבי חירום שאינם

25 ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 635.

26 יואב מחוזאי "רגולציה כלכלית באמצעות סמכויות חירום: ישראל, 1974 – 1985" משפט חברה ותרבות 402 (2016).

27 חשוב לציין כי מאז שנת 1992, עת תוקן חוק-יסוד: הממשלה, הכנסת נדרשת להצביע פעם בשנה על הארכת מצב החירום בישראל. ראו ס' 28 לחוק-יסוד: הממשלה. לעניין הסמכות השירותית של הממשלה להתקין תקנות שעת חירום במצבי חירום מיוחדים ראו אריאל בנדור "מצבי חירום" ספר דורית ביניש 447, 459 (קרן אזולאי ואח' עורכים, 2018).

28 ראו מרדכי קרמניצר ונדיב מרדכי "שעת חירום, מצב חירום וסדר חוקתי" המכון הישראלי לדמוקרטיה (מרץ 2020) www.idi.org.il/articles/31139; לילה מרגלית "סמכויות חירום ובקרה פרלמנטרית במשבר הקורונה: סקירה משווה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (7.5.2020). www.idi.org.il/articles/31524. ראו גם בג"ץ 2399/20 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה (עתירה למתן צו על תנאי, בקשה למתן צו ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף) (7.4.2020) www.adalah.org/uploads/uploads/Motion_for_interim_order070420.pdf.

29 תקנות שעת חירום (הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020.

30 בהחלטה מיום 19.3.2020 בבג"ץ 2109/20, בן מאיר נ' ראש הממשלה נקבע כי "תקנות השב"כ יופעלו בשלב זה אך ורק לצורך איתור מי ששהו בסביבת חולים עם ממצא מעבדתי חיובי ל-nCoV" (פס' 4ב להחלטה).

נובעים מסיבות ביטחוניות? (ב) האם מתוקף חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב–2002, ניתן להקנות לשב"כ סמכויות לפעול בתחומים שאינם נוגעים לביטחון המדינה?³¹

בהמשך להחלטת בג"ץ, ביום 24.3.2020, הוקמו בכנסת הוועדה המסדרת וכן מספר ועדות זמניות, ובהן ועדת החוץ והביטחון, המוסמכת לעיין בתקנות החירום הנ"ל מכוח סעיף 39(א) לחוק-יסוד: הממשלה. בד בבד, הממשלה קיבלה את החלטה 4916, המסמיכה את השב"כ לקבל, לאסוף ולעבד "מידע טכנולוגי" הנוגע לחולה קורונה מאומת.³² בפסק דין מיום 26.4.2020 הביע בג"ץ חוסר נחת משימוש בשב"כ למעקב ובילוש המופנה כנגד אזרחי המדינה, שאינם אויביה. בג"ץ קבע כי ניתן לפרש את סעיף 7(ב)(6) לחוק חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב–2002, כהוראה המאפשרת לממשלה להסמיך את השב"כ לבצע מעקב ובילוש בתחומים שאינם נוגעים לביטחון במובנו הצר, ואולם סמכות זו צריכה להתפרש בצמצום.³³ בית המשפט הבהיר כי ככל שהמדינה תבקש להמשיך ולהסתייע בשב"כ לצורך המאבק בנגיף הקורונה, הרי שמדובר בהסדר ראשוני, ויש לפעול לעיגון סמכות זו בחקיקה ראשית. נשיאת בית המשפט העליון, כב' השופטת אסתר חיות, ציינה: "על רשויות המדינה לשקול כל העת אם צרכי השעה עודם מצדיקים את האמצעים הקשים שבהם היא נוקטת...".³⁴

תקנות מגבילות תנועה, מכוח סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, נדונו בעניין לוונטה.³⁵ במרכז העתירה עמדה החלטת הממשלה להכריז על השטח המוניציפאלי של העיר בני ברק כ"אזור מוגבל" לתקופה מוגבלת, על רקע מגפת הקורונה.³⁶ לטענת העותרים, ההכרזה פוגעת בחופש העיסוק, החירות, הכבוד והתנועה של תושבי העיר. העותרים טענו כי לא נתמלאו שני תנאים מקדמיים להכרזה על בני ברק כאזור מוגבל: (1) הסגר נחוץ כדי למנוע התפשטות מחלה; (2) מתקיימת אספקה נאותה של מצרכים ושירותים חיוניים בתוך האזור. בית המשפט פסק כי אף שההכרזה על העיר בני ברק כאזור מוגבל גוררת שורה של פגיעות בזכויות יסוד, היא התקבלה על סמך נתונים מקצועיים, ותכליתה שמירה על בריאותם וחייהם של תושבי העיר וכלל תושבי המדינה.³⁷

- 31 שם, פס' 3 להחלטה.
- 32 החלטה 4916 של הממשלה ה-34 "הסמכת שירות הביטחון הכללי לסייע במאמץ הלאומי לצמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש" (24.3.2020)
- 33 בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה, פס' 23 לפסק דינה של נשיאת ביהמ"ש העליון, כב' השופטת אסתר חיות (פורסם בנבו, 24.6.2020). ס' 7(ב)(6) לחוק חוק שירות הביטחון הכללי קובע: "פעילות בתחום אחר שקבעה הממשלה, באישור ועדת הכנסת לעניני השירות, שנועדה לשמור ולקדם אינטרסים ממלכתיים חיוניים לביטחון הלאומי של המדינה".
- 34 שם, פס' 41–42 לפסק דינה של נשיאת ביהמ"ש העליון, כב' השופטת אסתר חיות.
- 35 בג"ץ 2435/20 לוונטה נ' בנימין נתניהו ראש הממשלה (פורסם בנבו, 7.4.2020).
- 36 ראו תק' 2(א) לתקנות שעת חירום (נגיף קורונה החדש)(אזור מוגבל), התש"ף–2020, ק"ת 1036 מיום 6.4.2020 ("התפשטה מחלת הקורונה בהיקף נרחב באזור מסוים בישראל, ושוכנעה ועדת השרים כי יש הכרח בהגבלת הכניסה אליו והיציאה ממנו כדי למנוע את התפשטות המחלה מחוץ לאזור כאמור, רשאית היא על דעת הממשלה להכריז על האזור כאזור מוגבל, ובלבד שבתקופת תוקפה של ההכרזה תתקיים אספקה נאותה של מצרכים ושירותים חיוניים בתוך האזור").
- 37 פרשת לוונטה, לעיל ה"ש 35, פס' 19 לפסק הדין.

תקנות שעניינן הגבלת פעילות עמדו במרכז העתירה בעניין סמדר.³⁸ בית המשפט נדרש לבחון תוקף של הוראה בתקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות) (תיקון מס' 6), התש"ף–2020, המגבילה את הזכות להיכנס לבתי עלמין ביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ולנפגעי פעולות האיבה.³⁹ העותרים טענו כי הגורם המוסמך לכך הוא הכנסת ולא ממשלת ישראל. נטען כי הפגיעה בזכויות הפרט היא בלתי־סבירה ובלתי־מידתית.⁴⁰ אולם בית המשפט אשרר את החלטת המנהל, בנימוק שלפיו אין הוא מתערב בענייני מדיניות, במיוחד שעה שזו מתבססת על נתונים מקצועיים מובהקים הקשורים בבריאות הציבור.⁴¹ לעניין הפגיעה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, נפסק כי ההסדר אינו בלתי־מידתי. העתירה נדחתה וההגבלה נותרה על כנה.⁴²

ניכר כי בתי המשפט אינם ממהרים להתערב בהחלטות המנהל בעת חירום. זוהי רתיעה מובנת, הן משום גודל השעה והן משום שמדובר בעניינים בעלי אופי מקצועי. ואולם הימנעות זו עלולה להותיר רגולציית חירום מנהלית מרחיקת לכת ללא פיקוח משמעותי; סעיף 39 לחוק־יסוד: הממשלה, פותח בפני השלטון דלת רחבה לחקיקה חודרנית במישור ההתנהלות הפרטית וזכויות האדם, ללא צורך בחוק של בית הנבחרים. זהו עניין מטריד, משום שנראה כי שעתן של תקנות החירום טרם חלפה. לאחרונה, במאי 2020, הממשלה פרסמה תזכיר חוק שנועד לעגן בחקיקה ראשית את סמכויות הממשלה להתקין תקנות חירום למאבק בקורונה.⁴³ החוק המוצע אינו קובע הסדרים ראשוניים לגופו של עניין (כגון הגבלות תנועה או מעקב אחר חולים); אלא שמדובר בחוק מסמך, המאציל לממשלה סמכויות נרחבות ביותר להגביל פעילות של תושבים במרחב הציבורי ובמרחב הפרטי, לתקופה ארוכה.⁴⁴

עצם הצורך בהכרזה על מצב חירום ייעודי לעניין הקורונה הוא חיובי. הכרזה ייעודית מחייבת הפעלה של שיקול דעת והצגת הנמקה, תוך התבססות על נתונים שבעובדה. ואולם בד בבד, התזכיר שואף לעגן בחוק ראשי סמכויות חירום שלטוניות מרחיקות לכת, ללא צורך

38 בג"ץ 2705/20 סמדר נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 27.4.2020).

39 יוער כי עתירות נוספות אשר הוגשו כנגד הגבלות מכוח תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש – הגבלת פעילות) (תיקון מס' 2), וכן מכוח צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה) (תיקון מס' 12), התש"ף–2020 נדחו על ידי בג"ץ. לדוגמה, בג"ץ 2470/20 אלקין נ' ראש-הממשלה (פורסם בנבו, 8.4.2020); בג"ץ 2394/20 באמונתו יחיה נ' ראש-הממשלה (פורסם בנבו, 16.4.2020).

40 פס" 5 לפסק דינו של בית המשפט בעניין סמדר, לעיל ה"ש 38.

41 שם, פס" 11 לפסק הדין.

42 שם, פס" 12–18 לפסק הדין.

43 ראו תזכיר חוק זכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף–
www.tazkirim.gov.il/s/tzkirim?language=iw&tzkir=a093Y00001Rd9B1QAJ, 2020 תזכיר החוק מבהיר כי ההסדר ייקבע "כהוראת שעה" עד לסוף מרץ 2021, וכי תנאי להקניית הסמכויות מכוח החוק הוא הכרזה של הממשלה על מצב חירום להתמודדות עם נגיף הקורונה.

44 הפעלת הסמכויות מתנית בהכרזה על מצב חירום להתמודדות עם נגיף הקורונה (ס' 2). זו הכרזה זמנית, אשר הממשלה רשאית להאריך מעת לעת. ההסדר כולו עוגן כהוראת שעה, שתקופה עד שלהי מרץ 2021 (ס' 20).

בחקיקה ספציפית של בית הנבחרים. אלה סמכויות הפולשות אל מרחבי החיים הפרטיים, באופן שלא ידענו כמותו בעבר. מכוח סעיף 4, תוכל הממשלה להתקין תקנות להגבלת פעילות במקומות פרטיים, לרבות כניסת אנשים לבתי מגורים ואיסורי התקהלות. לפי סעיף 5, הממשלה תוכל להגביל פעילות במרחב הציבורי, לרבות הגבלה על עצם היציאה למרחב הציבורי והשהייה בו, המרחק המותר לאדם ממקום מגוריו, וכן הגבלות לצורך שמירת מרחק בין בני אדם, ובכלל זה לעניין קיום הפגנות וטקסים דתיים. כך גם תוכל הממשלה להתקין תקנות מגבילות לפעילות במתקני ספורט, גינות, חופים, פארקים וכיו"ב (ס' 3). סעיף 6 המוצע מסמיך את הממשלה להגביל קיום אירועים (כגון מסיבה, כנס וטקס); וסעיף 7 – להטיל מגבלות בתחום התחבורה הציבורית ביבשה, באוויר ובים. בסעיף 8 מבקשת הממשלה לעגן את סמכותה להגביל פעילות במקומות עבודה, בתי עסק ומקומות הפתוחים לקהל. כן תוקנה לה סמכות להגביל פעילות של מוסדות חינוך והשכלה (סעיף 9). בסעיף 10 מעוגנת הסמכות לקבוע "אזור מוגבל" לכניסה וליציאה.

המבחן הכללי המוצע להפעלת הסמכויות הוא אם הממשלה שוכנעה "כי הדבר דרוש כדי למנוע את ההדבקה בנגיף, לצמצם את התפשטותו, לצמצם את היקף התחלואה או להגן על אוכלוסיות בסיכון והכל רק לתקופה ובמידה הדרושות לצורך השגת התכליות האמורות ולאחר שנשקלו חלופות להשגתן" (ס' 3א). המבחנים המידתיים הם ראויים; ואולם בתזכיר החוק אין הבניה של שיקול הדעת הרחב שנמסר לשלטון: לא נקבעו מדדים אובייקטיביים כלשהם להפעלת הסמכות, כגון קצב התפשטות הנגיף, היקף ומידת התחלואה, או רמת הציוד בבתי החולים. נוסף לכך, ניכר העדרה של חובת התייעצות מצד הממשלה עם ועדה מקצועית ובלתי-תלויה שתמליץ על הפעולות הנדרשות בהתחשב במצב המגפה, התפשטותה וסיכונה, רמת ההערכות האזרחית להתמודד עימה, והמצב הכלכלי במשק, לרבות נתוני אבטלה. ועדה כזו – המורכבת מרופאים המתמחים בבריאות הציבור, כלכלנים בעלי ניסיון, עובדי מדינה ונציגי ציבור – נראית חיונית לקבלת החלטות מושכלות ומבוססות נתונים.

תזכיר החוק המוצע הוא מרחיק לכת, גם בכך שהוא מציע כי סמכויות לשעת חירום, אשר מכוח סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה מוגבלות לפרק זמן קצר יחסית של שלושה חודשים, יוארכו עתה לתקופה ארוכה של כמעט שנה.⁴⁵ התזכיר מוסיף וקובע סנקציות לצורכי אכיפה: סעיף 11 בהצעה, שעניינו עונשין, מתיר לממשלה לקבוע בתקנות שהיא עצמה מתקינה כי הפרת הוראה בתקנות מהווה עברה פלילית. לצד אלה, הממשלה מבקשת בתזכיר לאפשר לה למנות גורמי אכיפה שאינם שוטרים ולציידם בסמכויות להיכנס ולחפש בבתי מגורים (סעיף 12).

בחודש יוני 2020 פורסם כי התזכיר הנ"ל גובש לכלל טיוטת הצעת חוק, לאחר דיון בוועדת שרים לענייני חקיקה.⁴⁶ לפי המוצע, ראש הממשלה הוא הממונה על ביצוע החוק (סעיף 38).

45 ס' 20 לחוק המוצע בתזכיר קובע כי תוקפו של החוק הוא עד יום 31 במאָרס 2021.
46 טיוטת הצעת חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם נגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020. לפי המוצע, הממשלה רשאית להכריז על מצב חירום בשל נגיף הקורונה (ס' 2א). הכרזה כאמור תעמוד בתוקפה לתקופה שלא תעלה על 45 ימים, והממשלה רשאית להאריך

משך החוק נקבע ליום 31.3.2020. בעת סגירת כרך זה, הצעת החוק טרם הונחה על שולחנה של הכנסת.

תקנות לשעת חירום נועדו ליתן מענה יעיל למשברים גדולים. הממשלה בישראל הוכיחה בעת משבר הקורונה שהיא יודעת לעשות בהן שימוש, וביד רמה. ואולם, רגולציה לשעת חירום צריכה לשמש כמהלך זמני בלבד ולא כדרך המלך להתמודד עם מצבים נמשכים, זאת משום שתקנות חירום מאפשרות לשלטון להפר את עקרון הפרדת הרשויות,⁴⁷ וכן את הכלל שלפיו הסדרים ראשוניים צריכים להיחקק בחוק ראשי בידי בית הנבחרים.⁴⁸ דמוקרטיה איננה רק תהליכית. דמוקרטיה היא השקפה מדינית ערכית, המכירה באדם כיצור תבוני הזכאי לזכויות טבעיות ולהגנה מפני עריצות השלטון. החוק המוצע מגן על הזכות לחיים ועל האינטרס הלאומי בבריאות הציבור; ואולם הוא עלול לפגוע יתר על המידה במערכת האזיונים והבלמים החיונית למשטר דמוקרטי. לא רק שהרשות המבצעת תהפוך למחוקק עיקרי המסוגל לגעת בשורשי חיינו, אלא שתפקיד הרשות השופטת יצטמצם לביקורת שיפוטית המצומצמת ביחס לחוקים ראשיים. השלטון, כידוע, הוא נאמן של הציבור, ואין לו משל עצמו ולא כלום.⁴⁹ הרגולציה המוצעת עתה לעת חירום מעוררת חשש להעתקת כוח עודף מהכנסת אל השלטון, תוך השגרה של החירום. החשש הוא שהממשלה תהפוך לגוף מחוקק עיקרי במגוון רחב של תחומי החיים; ואילו האזרחים, הם יסתגלו אט אט לצעדים חודרניים מטיבם, במישור הפגיעה הנמשכת בזכויות הפרט, ובמישור שחיקתה של הפרדת הרשויות. דומה כי זוהי העת להפגין תרבות פוליטית דמוקרטית, שבה הציבור אינו מהסס לעקוב ולבקר את מהלכי השלטון ולומר את דברו.

זהו הכרך השני של כתב העת מחקרי רגולציה. המאמרים בחוברת זו עוסקים ברגולציה בעת שגרה ופורסים יריעה נרחבת. נפתח במאמרם של פרופ' דוד לוי-פאור ומר ניר קוסטי: רגולציה "עודפת" בישראל? ניתוח תפוקת החקיקה הראשית והמשנית בישראל, 1948–2017. המחקר

תקופה זו בתקופות נוספות שלא יעלו על 45 ימים כל אחת (ס' 2(ד)). בתקופת ההכרזה, הממשלה רשאית להתקין תקנות להגבלת הפעילות במרחב הפרטי (ס' 6), במרחב הציבורי (ס' 7), במקומות עבודה, בבתי עסק ובמקומות הפתוחים לציבור ופעילות של מתן שירותים (ס' 8), הגבלת אירועים (ס' 9), מוסדות חינוך (ס' 10), מסגרות רווחה (ס' 11) ובתחום התחבורה (ס' 12). ועדת שרים תהא רשאית להכריז על אזור מסוים כאזור מוגבל (ס' 13).

47 ראו פסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 384 (2012); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012).

48 ראו מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 22; בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 777, 763, 789 (1999).

49 כמאמרו הידוע של כב' הנשיא השופט אהרון ברק בבג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78 (1987).

מבקש להציג, לראשונה, נתונים על הרגולציה בישראל, כפי שהם מופיעים בשני המופעים המרכזיים שלה, החקיקה הראשית והחקיקה המשנית, וזאת על פני שבעה עשורים. המחקר מבקש לענות על שלוש שאלות עיקריות: ראשית, מהו קצב הגידול של החקיקה הראשית והמשנית בישראל בשנים 1948–2017, וכיצד הוא משתנה לאורך זמן? שנית, מהו סדר היום של החקיקה הראשית והמשנית בישראל? שלישית, מהם ההסברים לכך שתחומים שונים נבדלים במידות השימוש בחקיקה ראשית ומשנית? ממצאי המחקר מלמדים כי בעשורים האחרונים גבר השימוש בחקיקה ראשית ביחס לחקיקה משנית, וכי חקיקה משנית (תקנות) היא בבחינת "עולם הולך ונעלם". המחקר מוצא כי תחומי אסדרה בישראל נבדלים ביניהם לעניין היקף השימוש במכשירי האסדרה השונים, לא פעם ללא הצדקה עניינית.

מחקרם של הגברת ליאת פרנקו, פרופ' שולמית אלמוג וד"ר חאלד גנאים: ילדות ברשתות חברתיות – מרחב נעדר חוק, בוחן את תופעת האלימות המקוונת בחייהם של ילדים וילדות. המחקר מציג כיצד האלימות מתרחשת על גבי רשתות חברתיות בריש גלי, ולמרות זאת, ואף שיש חוקים רלוונטיים בנושא, נתוני האכיפה מזעריים וזניחים. המחקר מצביע על כך שאחת הסיבות העיקריות לנתונים אלו היא תת-דיווח. המחקר מבוסס על ראיונות עומק וממצאיו מראים שרבים אינם מודעים לקיומן של נורמות משפטיות הרלוונטיות להתנהלות במרחב המקוון. עוד נמצא כי ישנן תחושות ייאוש בקרב ילדים/ות, התופסים/ות את המרחב המקוון כנעדר חוק ומסוכן. ממצאי המחקר מצביעים על הצורך למפות מחדש את הנורמות המשפטיות הרלוונטיות להתנהלותם של ילדים וילדות במרחב המקוון.

נמשיך עם מאמרן של פרופ' דפנה רבן וד"ר איריס סורוקר: מונופוליציה בצבעי הסוואה, המזהה אפשרויות מתוחכמות ומוסוות להיווצרותם של מונופולים עוצמתיים בעולם הדיגיטלי. המאמר מציג כיצד ייחודיות המידע המרושת משמנת מנוע אנטי-תחרותי, ומזמינה השתלטות מעטים על המרחב שבו אנו פועלים. המחברות מנתחות כיצד בשוקים דיגיטליים, נתונים ומידע מהווים כר פורה להיווצרות מהירה של מונופולים ולביצורם, באופן המקשה על הרגולטור לנטרם ולפקח עליהם. בעוד שבעולם הפיזי, מונופולים הם בדרך כלל גלויים לעין ונחשפים בעזרת קריטריונים מדידים, הרי שבעולם הדיגיטלי, מונופולים מסוגלים לעטות צבעי הסוואה: צבעים מייפיים של חדשנות ומוצרים חינוכיים עלולים לטשטש התנהלות כוחנית לדחיקת תחרות. על מנת לעמוד על הזיקה שבין מידע לבין פעילות אנטי-תחרותית, המחברות מלבנות את הגורמים הכלליים להיווצרות כשל שוק בעולם המרושת; ממשיכות לבחינה של גורמים המגבירים את כשל השוק במרשתת; ומסיימות בהצעות להתמודדות עם הבעיה.

הכרך מציג גם את מאמרם של ד"ר מורן אופיר וד"ר יבגני מוגרמן: השפעות צעדי רגולציה מגינה בישראל על התנהגות משקי הבית בלקיחת משכנתאות. המאמר בוחן שורה של צעדים רגולטוריים הגנתיים שבנק ישראל החיל בעשור האחרון בתחום המשכנתאות, במטרה להגן על יציבות המערכת הבנקאית מסיכונים הנובעים מיכולותיהם הפיננסיות של נוטלי המשכנתאות ומתנודות בשוק הנדל"ן המקומי. מטרת המחקר היא לאמוד אמפירית את יעילותם והשפעתם של הצעדים הרגולטוריים על ידי בחינת השפעתם על החלטות נוטלי המשכנתאות. ממצאי המחקר מראים שחלק מהצעדים הרגולטוריים השפיעו על החלטות הלווים ובכך הביאו להפחתת הסיכון המערכתי בשוק המשכנתאות. עם זאת ובניגוד לצפוי, חלק מהצעדים

הרגולטוריים הובילו לתוצאה הפוכה מהמבוקש, והשפעתם על החלטות הלוויים הביאה להגדלת הסיכון המערכתי בשוק המשכנתאות.

נעבור לשני מאמרים אשר מנתחים רפורמות משמעותיות שבוצעו בעשור האחרון במשק הישראלי: במאמר של ד"ר הילית כץ: רפורמת השמיים הפתוחים, המחברת מציגה את הרפורמה בענף התעופה הישראלי שמטרתה לפתוח את הענף לתחרות בין חברות תעופה ישראליות לחברות תעופה זרות, באמצעות הסרת מגבלות רגולטוריות. המאמר בוחן אם הרפורמה השיגה את יעדיה המוצהרים, ואת השפעת הרפורמה על ענף התעופה בישראל במדדים של תחרות, היצע הטיסות, שינויים בתנועת הנוסעים, מחירי הטיסות לצרכן והשפעה על הכלכלה המקומית (תוך בחינת חברת אל-על כמקרה בוחן). ממצאי המחקר מלמדים כי הרפורמה אפשרה למשק הישראלי להיפתח לשוק הגלובלי ולהיות חלק ממנו וכן להיות מושפע ממגמות עולמיות בענף זה. מאז החלת הרפורמה, חל גידול בהיצע הטיסות ובהיצע הקווים, במספר החברות המפעילות טיסות סדירות בשדות התעופה בישראל וברמת התחרותיות בין חברות התעופה, בבחינת ההשפעה על החברות המקומיות ובעיקרן אל-על, ניכרת השפעה בעלת אופי מכביד. ניכר כי אל-על מתקשה להתחרות באופן יעיל ומלא עם חברות תעופה זרות על רקע מגבלות שונות שהוטלו עליה. חשיבות נושא זה התחדדה ביתר שאת לאחרונה – על רקע פרוץ מגפת הקורונה והמשבר התעופתי העולמי שנגרם בעטייה.

יחתום את הכרך מאמרו של מר איתי אטר: חסמי יבוא בענף המזון בישראל. המאמר בוחן את הרפורמה בענף המזון שעיקרה הוא חוק ההגנה על בריאות הציבור (מזון), התשע"ו–2015 (המוכר בכינויו "חוק הקורנפלקס"). במסגרת הרפורמה הוחלו הקלות שונות על תהליך הייבוא של מזון לישראל, וזאת כחלק מתהליך ממשלתי רחב של טיוב רגולציה והסרת חסמי יבוא. המאמר סוקר את חסמי היבוא בענף המזון ומתמקד בשלושה חסמים משמעותיים: מדיניות המכס בישראל, נוהל מכסות יבוא בפטור ממכס או מכס מופחת, ונוהל יבוא מזון לישראל של שירות המזון הארצי במשרד הבריאות. עבור כל אחד מהחסמים, המאמר מזהה את צווארי הבקבוק המהותיים שעלולים לגרום השלכה כלכלית רחבה. המאמר מוסיף ומציג השוואה בינלאומית של האסדרה בתחום. מטרת המחקר היא להציף עיוותים מהותיים רחבים ונקודתיים עבור כל אחד מהחסמים, הניתנים לשיפור באופן פרטני או כחלק מרפורמה כוללת לעידוד היבוא בענף המזון בישראל.

אנו מודות לחוקרות ולחוקרים, ומאחלות לקוראות ולקוראים קריאה פורייה ומהנה.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סרוקר

ד"ר יפעת נחמיאס

עו"ד ליטל פילר

יוני 2020

דברי ברכה

יורם רבין*

בחיבורו הנודע של הברון שארל לואי מונטסקיה, "על רוח החוקים", שנכתב בשנת 1748, מצאנו אמירה היסטורית על מציאות החיים באימפריה הרומית, שבה העדר פיקוח הביא לעלייה מופרזת במחירים:

"מהרגע שהרומאים זנחו את מידת הצנע, ואת עקרון הדבקות במידה הנכונה, גברו תאוותיהם והתעצמו מאוד. ניתן להסיק זאת מן המחיר שבו נסחרו דברים שונים. קנקן יין מפלרנה נמכר במאה דינרים רומאיים; חבית בשר ממולח מפונטוס עלתה ארבע מאות דינר; טבח טוב נקנה בארבעה טלנטים; והמחיר לנערים צעירים הרקיע שחקים. כאשר, בגעש היצרים האופף את הכול, אין איש שאינו מתמכר לתאוותיו – מי שומר על המידה הטובה?"¹

מכתבתו של מונטסקיה ניתן ללמוד כי מגמות השוק והרגלי הצריכה מלמדים לא רק על היבטים פיננסיים או ביורוקרטיים. ניתן ללמוד מהם על התנהגותם של בני האדם ועל מידותיהם. ניתן ללמוד מהם על המצוי, וכיצד ניתן לעצב – תוך שימוש נכון ברגולציה – את המצב הרצוי. מונטסקיה מתאר את החקיקה הכלכלית המאסדרת – בדמוקרטיה, באריסטוקרטיה ובמונרכיה – שהונהגה בתקופות שקדמו בהרבה להתפתחותן של המדינות המינהליות.² התערבות זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בכללי אתיקה שלהם העניק הריבון אופי מחייב בחקיקה. כאז כן היום, בעיות שהעסיקו קדמונים, ממשיכות לעמוד על סדר יומנו החברתי. כתב העת מחקרי רגולציה מוציא עתה לאור כרך שני, לאחר שחלפה פחות משנה מאז פרסום כרך הביכורים. כרך זה כולל מאמרים העוסקים בהיבטים שונים ומגוונים של רגולציה. הרגולציה פנים רבות לה, ויש שיאמרו כי "פניה פני יאנוס". נהוג לזהות את התפתחות הרגולציה עם תהליכי התגבשותה והתפתחותה של "המדינה המינהלית". כבר בראשית התפתחותה, החלה המדינה המינהלית לפקח על מוצרים ושירותים הניתנים לציבור, במטרה למנוע ניצול, עושק ופגיעה בשכבות החלשות באוכלוסייה.

עם הגברת מעורבותה של המדינה בחיי הפרט, ובין היתר מעורבותה בניהול השווקים כנותנת שירותים, החלו להישמע קולות אשר קראו להעביר נכסים ושירותים שונים מהמדינה ומהרשויות הציבוריות לידיים פרטיות. קריאות אלו הובילו לאימוץ מדיניות הפרטה במדינות

* נשיא המסלול האקדמי המכללה למינהל.
1 מונטסקיה על רוח החוקים 111 (עידו בסוק מתרגם, התשנ"ח)
2 שם, בעמ' 112–116.

רבות ובהן בישראל, אך מדיניות זו לא דחקה את המדינה אל מחוץ לתמונה אלא גרמה להתפתחותם של גופים רגולטוריים ולהגברת הפיקוח על תחומי פעילות רבים. לגופי הרגולציה תפקיד חשוב בפיקוח על הפעילות הנעשית במגזר הפרטי ובשמירה על משאבים ציבוריים שהופקדו בידיים פרטיות, ובכך הם משפיעים על עיצוב כללי המשחק במגזר העסקי ובשוק כולו. לצד זאת, אין להתעלם מהנטל הביורוקרטי, המתורגם לעיתים לנטל כלכלי על הגופים הנתונים לפיקוחם של מאסדרים.³

בין יתרונות הרגולציה לבין חסרונותיה מתקיים מתח מתמיד. על כן, נדרש כי גופי הרגולציה, המפקחים והשומרים יעמדו גם הם תחת פיקוח, זאת בבחינת "גְבֵהַ מְעַל גְבֵהַ שְׁמֵר וּגְבֵהִים עֲלֵיהֶם".⁴ כתב העת מחקרי רגולציה, ומרכז חת לחקר התחרות והרגולציה המהווה עבורו בית, ממלאים ציווי זה. העיסוק המחקרי ברגולציה תורם רבות לעיצוב מדיניות רגולטיבית יעילה, שוויונית והוגנת הבוחנת בראייה רחבה את השלכות הרגולציה ומציעה דרכים לתקן עיוותים וכשלים שיצרה הרגולציה.

גיליון זה, המאגד מאמרים איכותיים ומעוררי מחשבה בנושאים מגוונים ובהיבטיה השונים של הרגולציה, הוא אבן דרך נוספת בהפיכתו של כתב העת מחקרי רגולציה לבמה מרכזית שבה יתקיים שיח מקצועי ועיוני בתחום הרגולציה. הצלחתו של מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, ביתו של כתב העת מחקרי רגולציה, טמונה בעבודתו המאומצת של צוות המרכז, ובראשו ד"ר איריס סרווקר. תודתי שלוחה אליה ואל פרופ' מאיר חת, מייסד המכון.

3 מדינת ישראל ממוקמת במקום 59 מבין 140 מדינות בסקר של הפורום הכלכלי העולמי (WEF) לשנת 2018 בקריטריון "נטל הרגולציה".

4 קהלת ה'7.

משולחנו של מאיר חת*

בורסה לכל עת

לאחרונה פורסם כי רשות ניירות ערך אישרה החלטה שתאפשר הרחבת פעילות המסחר במערכת ה"רצף מוסדיים", כך שקהלי יעד נוספים יוכלו להשתמש במערכת המסחר שמשמשת כיום רק את הגופים המוסדיים והמשקיעים הכשירים (גלובס, 6-7 במאי, עמ' 9). על פי הפרסום, מדובר ב"שינוי משמעותי שיקצר את המרחק הרב בין כספי החסכון של הציבור הישראלי לבין חברות ההייטק והחברות והעסקים הקטנים שצמאים למימון". רצונה של הרשות להרחיב את מקורות המימון של חברות ההייטק והעסקים הקטנים מובן, אך נראה לי שהכוונה להשיג מטרה זו באמצעות המערכת של "רצף מוסדיים" מחטיאה את המטרה. מערכת זו נועדה למסחר בניירות ערך של חברות גדולות ומוכרות, לא לחברות הייטק ועסקים קטנים. להבהרת טיבה של מערכת רצף המוסדיים נצטט את מה שהסבירה הרשות כשאישרה את המערכת החדשה בשנת 2004:

"כוונת הקמת המערכת למסחר למוסדיים היא יצירת מערכת מסחר מקבילה במסגרת הבורסה, לגביה הוראות הגילוי והדיווח של חוק ניירות ערך... המטילות חובות דיווח על התאגיד שניירות הערך שלו יירשמו למסחר – לא יחולו. אין חובת פרסום תשקיף בעת רישום ניירות ערך כאמור למסחר, אין חובת דיווח שוטף, אין חובת תשלום אגרות לרשות, ולמעשה אין פיקוח של הרשות על הדיווח של החברות".

ברור שמסגרת מסחר זו מיועדת למסחר בניירות ערך של חברות גדולות ומוכרות, שמצבן אמור להיות ידוע למשקיעים. המשקיעים המוסדיים נחשבים למשקיעים מתוחכמים, עליהם ניתן להחיל את הכלל "יזוהר הקונה". אבל גם הם זקוקים למידע לצורך קבלת החלטת השקעה. אם בהסדר החדש ימכרו ניירות ערך של חברות הייטק ועסקים קטנים ללא תשקיף ולא יחולו עליהן חובות דיווח, איך יוכלו המשקיעים המתוחכמים לקבל החלטות השקעה? יתר על כן, עצם הרעיון של גיוס בשוק של ניירות ערך של חברות קטנות הוא שגוי. למשקיעים מן הציבור, השקעה בחברות קטנות בראשית דרכן היא סיכון בלתי-סביר. משקיעים מוסדיים, שבהם תולה הרשות לניירות ערך את יהבה, לא ישקיעו בחברות קטנות, כיון שיחידת ההשקעה של מוסדות המנהלים את חסכונית הציבור בישראל היא גדולה מכל הונה של חברה בראשית דרכה. גודל הכמות הצפה של ניירות הערך של חברה כזו היא קטנה מכדי שתבטיח למשקיע גדול יכולת לממש את השקעתו.

* מייסד מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה ופרופ' אמריטוס, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

בארצות הברית קיים הסדר דומה לזה של רצף המוסדיים. Rule 144 של רשות ניירות הערך בארצות הברית יצר מסגרת מסחר הפתוחה למשקיעים כשירים, שבה נסחרים מספר סוגי ניירות ערך שאינם יכולים להיסחר במסגרות הרגילות המפוקחות בידי ה-SEC. לדוגמה, מניות של חברות לא אמריקאיות שמבקשות לגייס הון ולהיסחר בארה"ב, אך אינן מוכנות להגיש תשקיף אמריקאי המחייב גילוי רב יותר מן הנדרש במדינותיהן. ברור שרק חברות גדולות ומוכרות יכולות לפנות לשוק זה.

בשנה האחרונה הוגש דו"ח ועדה שהמליצה על הקמת בורסה ייעודית לעסקים קטנים. אינני יודע אם יש כוונה לממש הצעה זו, אך מה שנאמר על רצף מוסדיים לחברות בראשית דרכן יפה גם לתוכנית הבורסה הייעודית. הבורסה היא מנגנון המתאים לחברות שיש להן רקורד עסקי שמאפשר להעריך את סיכוייהן להצליח וגודל שמבטיח סחירות סבירה בניירות הערך המונפקים על ידיהן.

יש ליצור מכשירים שיאפשרו גיוס הון לחברות בראשית דרכן. קרנות הון סיכון, רובן לא ישראליות, הן מקור מימון עיקרי לחברות הייטק. תהליך כניסתם של המשקיעים המוסדיים הישראליים למימון תחום זה יהיה איטי כיוון שהוא דורש התמחות וניסיון שנרכשים לאורך זמן. גם חברות הייטק שמגיעות להיקף פעילות שמאפשר פנייה לבורסה מעדיפות במקרים רבים לפנות לשוק האמריקאי הגדול.

מהם המכשירים שצריך להציע לחברות קטנות בענפי משק אחרים? אפשרות אחת היא לחייב את הבנקים להקצות אחוז מסוים מתיק האשראי שלהם לעסקים קטנים. להלוואות המיועדות להשקעה בעסק הייתי מציע ערבות ממשלתית בשיעור של 20%. מכשיר שני שהייתי מנסה לקדם הוא חברות השקעה המתמחות בהשקעה בחברות קטנות. נעשה ניסיון להקים קרנות השקעה בחברות טכנולוגיה, שתגייסנה כסף ממשקיעים מוסדיים או בבורסה ותקבלנה תמריצים מן המדינה. הניסיון לא עלה יפה אך נראה לי שמן הראוי לבדוק את הסיבות לכך ולנסות שוב.

ההצעות לשלוח עסקים קטנים לבורסה מתעלמות מן הניסיון ההיסטורי של הבורסה בתל אביב. לחלק גדול מן החברות הקטנות שנרשמו למסחר בתקופת גאות הייתה תקופת זוהר קצרה ואחריה באה דעיכה ומחיקה מן המסחר. ריבוי "השלדים הבורסאיים" הוא עדות אילמת לתופעה זו.

לידתם של השמיים הפתוחים

פתיחת השמיים לתחרות הייתה תהליך שתחילתו באמצע שנות השבעים של המאה הקודמת. באותה תקופה לא היו השמיים פתוחים גם במדינות המערב המפותחות. תעשיית התעופה הייתה כפופה לפיקוח מרחיק לכת אפילו בארצות הברית, המתאפיינת בהגנה על שווקים חופשיים. רשות הפיקוח ה-Civil Aeronautics Board הייתה רשות רישוי שפיקחה, בין היתר, על הקצאת נתיבי טיסה ועל התעריפים. "הסדרת" התחרות במישור הבינלאומי החלה עם הקמתה בשנת 1945 של ה-International Air Transport Association, שבמסגרתה התאגדו

חברות התעופה הסדירות למטרת שיתופי פעולה שונים, לרבות תיאום קרטלי של מחירי הטיסה.

אל על הצטרפה ל-IATA ושיתפה פעולה עם חברות סדירות אחרות בקביעת תעריפי הטיסות מישראל ואליה. ניתנו היתרים מעטים לביצוע טיסות שכר. אל על טענה שההסדר של "טיסות קבוצתיות", שאותו קידם המנכ"ל מרדכי בן ארצי, הוא תחליף נאות וכי מתן היתר לטיסות שכר עלול לפגוע פגיעה אנושה באל על.

לאחר מלחמת יום הכיפורים הורגש צורך לנקוט צעדים לקידום התיירות, ובמיוחד למשוך לארץ את החברות המשווקות חבילות תיור, שהשימוש בטיסות שכר הוא תנאי ליכולתן להציע ללקוחותיהן מחירים נוחים. נציגי תעשיית התיירות בישראל פנו לממשלה שתאפשר הקלה של ביצוען של טיסות שכר לישראל, מהלך שנתקל בהתנגדות נחרצת של אל על. לביור טענות שני הצדדים מינתה הממשלה קבוצת עבודה בראשותי, בהשתתפות משה סיקרון, הסטטיסטיקן הממשלתי ופרופ' זאב הירש מאוניברסיטת תל אביב, זכרם לברכה.

נפגשנו עם נציגי הגופים הישראליים המעוניינים וריכזנו את נתוני הטיסות לישראל ואת נתוני תעשיית התיירות בשנים האחרונות. החלטנו לברר גם את גישת גורמי חוץ לנושא טיסות השכר. נפגשתי בגרמניה עם הנהלות משווקים גדולים של חבילות תיור. היה ברור מדבריהם שיש לדעתם פוטנציאל לא מבוטל לחבילות תיור לירושלים ואילת, אבל אין סיכוי למימוש אם לא תותרנה טיסות שכר. בשווייץ הוזמנתי לארוחת צהריים במסעדת המנהלים של סוויסאייר, חברה סדירה, ובה הסבירו לי שטיסות שכר לישראל עלולות לפגוע בקשרי האוויר הסדירים לישראל וממנה. לא היה ברור אם זהו איום רציני. התרשמתי יותר מתפריט המסעדה שבו נרשמו ליד שמות המנות מספרי הקלוריות ולא המחיר.

בביקורי בניו יורק נלווה אליי מנכ"ל אל על. נציגי הסדר הקיים שעיימהם נפגשתי היו מנהלי TWA (חברה שכבר אינה קיימת), והם הביעו תמיכה מלאה בעמדת בן ארצי. רצה המקרה ונהג המונית שבה נסענו לפגישה היה ישראלי שהכיר את בן ארצי, ולא חסך דברי ביקורת על מחירי הטיסה הגבוהים לארץ. פגישה מעניינת יותר הייתה עם נציגי מספר חברות תעופה לא סדירות שהביעו עניין רב בהצעת טיסות שכר גם מן החוף המערבי, שאליו לא מגיעות טיסות אל על. מסקנתנו מן הבדיקות שערכנו הייתה שהנתונים הקיימים אינם מאפשרים קביעה ברורה אם היתרונות למשק מהתרת טיסות שכר עולים על הפגיעה האפשרית באל על. הצענו עריכת ניסוי מבוקר שיתבסס על נתוני טיסות שכר ליעדים מוגבלים לתקופה של שנתיים או יותר. בתזכיר שהגשנו לממשלה ביום 7.3.1976 כתבנו:

"המלצותינו מבוססות על היסודות הבאים אותם הסברנו במסקנותינו:

1. יש צורך בעריכת ניסוי כדי להגיע להערכת ההשפעות האפשריות של התרת טיסות שכר לישראל על התיירות ועל מצב חברת אל על וקשרי התעופה הסדירים של ישראל;
2. כדי שניתן יהיה להסיק ממנו מסקנות צריך הניסוי להיות שקול ומדוד בהיקפו ובדרך ביצועו;
3. היקפו צריך להיות כזה שיאפשר הסקת מסקנות ביחס למדיניות התעופה בעתיד;

4. היקף הניסוי צריך להיות מוגדר כך שעריכתו לא תוכל לפגוע פגיעה חמורה מדי באל על, או בקשרי האוויר הסדירים של מדינת ישראל;
5. יש להגביל את הניסוי לאותם מגזרים או קטעי שוק בהם נראה, לכאורה, שהתועלת מהתרת טיסות שכר (במונחי מאזן התשלומים) תעלה על הנזק האפשרי לאל על;
6. ינקטו האמצעים התקציביים והארגוניים הדרושים כדי שיערך מעקב אחר תוצאות הפעלת הניסוי עוד במהלכו.

על פי עקרונות אלה הצענו את מסגרת הניסוי, ובהחלטתה מיום 21.3.1976 קבעה הממשלה:

- “...בנוסף לטיסות השכר המותרות כיום יותרו טיסות שכר כמפורט להלן, והכל בכפוף להגבלות המפורטות במסקנות 'ועדת חת':
- א. טיסות שכר ממערב ארצות הברית...
 - ב. טיסות שכר מגרמניה; מחוץ לשדה התעופה של פונקפורט;
 - ג. טיסות שכר ל'סירי תמריץ';
 - ד. טיסות שכר לאירועים מיוחדים (כנסים בינלאומיים);
 - ה. טיסות שכר ל'סירי עיר' בירושלים הנוחתות בשדה התעופה של ירושלים;
 - ו. טיסות שכר לחיילי ארה"ב וקנדה ומשפחותיהם החונים מחוץ לארצותיהם. לא יותרו טיסות שכר מקנדה.”

לאחר פריצת הדרך הלכו טיסות השכר והתרחבו בד בבד עם התבססות תשתיות המלונאות ואתרי התיירות בישראל.