

\* A Hebrew translation of the article is brought at the end of the English version.

## EVERY REGULATOR IS KING

**Even the Minister is unable to call the Regulator to order. This is a recipe for normative disorder.**

Article by **Adv. Pinhas Rubin**, Chairman of Gornitzky & Co., Israel



As is widely known, the legislative hierarchy in Israel is relatively clear-cut. The Knesset (Israeli Parliament – the legislative authority) enacts Basic Laws (a sort of Constitution in separate chapters and passed from time to time); the Knesset also enacts "ordinary laws" which are subject to the supreme constitutional legislation; occasionally, the laws empower Ministers (the executive authority) to promulgate regulations by virtue of the said laws for implementation purposes. The authority for promulgating regulations is in the majority of cases, vested in the Minister responsible for the particular matter and from time to time, the promulgation of regulations requires the approval of one of the Knesset committees which oversees the relevant field of activity. The regulations are subject to the law by virtue of which they were enacted.

In the modern world, there is a clear trend of increasing regulation. This is by no means an ideal situation as the regulations to a certain extent "appropriate" legislative powers from the legislative authority to the executive authority. Despite the legal force of the regulations, they are promulgated without a structured or clear legislative procedure (draft bill), without debate in any Knesset committees, without hearing objections, without the three readings that a bill must undergo, etc.

Notwithstanding this, one can be consoled by the fact that only the responsible Minister himself is empowered to promulgate regulations (which is a form of supervision in itself) and even then, from time to time they require the approval of a Knesset committee (a second level of supervision) and there is also a third level of supervision in that the authority to promulgate regulations must not be breached and must only be limited to specific matters, with clear directives and criteria establishing clear principles (the "primary arrangements rule" of legislation).

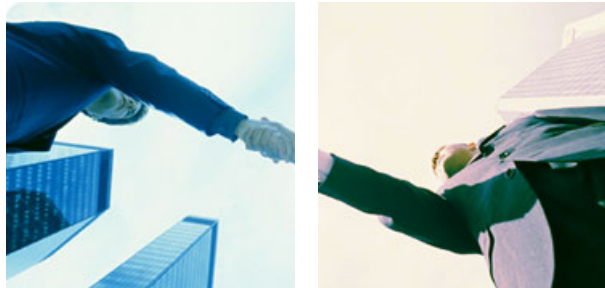
Without the legislative primary arrangements to formulate the limitations of the regulations, the purpose and the scope thereof, it would not be possible to empower the Minister to promulgate them. There have indeed been examples of this. The intent is, of course, that "the slave shall not rise up against its master" (i.e. that the Minister promulgating the regulations shall rise up against his legislator).

## Officials Promulgating Regulations

As if apparently tempting fate, another undesirable phenomenon has now manifested itself. Not only the Minister (with the supervision of one of the Knesset committees) is entitled to promulgate regulations, but also a senior official may be a regulator (even without the supervision of any of the Knesset committees). Such "regulations" are effectively "circulars" and "directives" written by a stroke of the pen of the senior regulator (an official and not a Minister) which are not subjected to the melting pot of principal legislation, or even of revised secondary legislation. Once the regulator is empowered by the main legislator to implement "secondary legislation" in the form of circulars and directives, the dams of legislation as well as the traditional checks and balances, are irreparably breached. Every regulator is a King in his own kingdom, and even the Minister cannot call him to order.

His directives become legally binding with a swift stroke of the pen, and each day can herald a new (or modern) requirement due to the fruits of his labors and fertile imagination. A recipe for normative disorder. This fear may even be increased if, according to a certain interpretation, such provisions may be deemed to be an "ordinary" form of secondary legislation, which could even impose, by virtue of the provisions thereof, the dangers of the criminal law. In such a scenario, the regulator (who is not a Minister) could, heaven forbid, prescribe norms via circulars and directives for the criminal law in the State of Israel. In my view, this is not a desirable scenario.

We can see the "passing on of responsibility" or, to be more precise, "the passing on of the duty of legislation" going down a dangerous and slippery slope: from the main legislator, to the secondary legislator - i.e. the appropriate Minister in conjunction with the Knesset committee, and from the Minister to the regulator. These matters are done by way of legislation and from a formal perspective, they comply with the necessary legal requirements. However, without casting any aspersions whatsoever on the standing of any senior official, the status of a regulator is not the same status of that of a Minister. Despite the lower normative standing of the regulator, he enacts regulations of the highest legislative order and these are sometimes critical in nature.

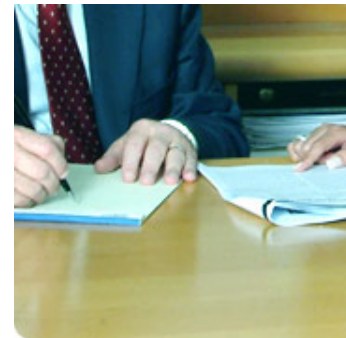


Let us take by way of example, the extensive powers of the Supervisor on Insurance. In the Amendment to the Law in 2005, the Supervisor on Insurance was empowered, after consultation with a committee (not a Knesset committee) to issue, *inter alia*, "orders relating to the actions and management of Insurers...of office holders thereof and of all those employed by them". Whilst the Amendment goes on to state "all in order to

*assure the proper management of the Insurer"*, it is clear to the reader that his powers are wide enough to promulgate any order of any nature whatsoever concerning the manner of activity and management of Insurance companies.

The words "*manner of activity and management*" are extremely wide, as are the powers of the Supervisor on Insurance. This is excessive power beyond compare. The powers do not stop there. They extend, according to the letter of the law, to orders regarding office holders and every employee of the company. The Insurer could fall foul of the potential sword of the Supervisor who is empowered, almost incidentally, by way of "orders" to direct the insurance company even, by way of an extreme example, in relation to its management and the management of its employees. The Supervisor on Insurance is only an example, perhaps even an inappropriate example, as due to my personal acquaintance with him I can safely say that he does not make excessive use of his powers. However who is to say that his successor will be as restrained as he is? As I see it, it is not desirable that these powers, being unrestrained as they are and embodying methods of implementation specified by the legislator or the Minister in charge, should be handed over to a senior official who in this case is not even subject to the authority of the Minister in charge. The powers, as has been explained, are handed over to a public official and not to a Minister.

Powers which are no less wide-ranging in scope, are also given to the Supervisor on Banks, who is entitled to issue orders concerning the manner of activity and management of a banking institution, of an office holder thereof and of anyone who may be employed thereby; and indeed he makes considerable use of such powers in the Book containing orders called " Good Banking Practice". This book is fast becoming the "bible" of banking institutions, whose use is both extensive and commonplace throughout the banking industry, and no less so than the main legislation or regulations enacted thereunder.



On a practical level, the Supervisor on Banks is rapidly becoming a legislative "supremo" of the banking world. If the Supervisor on Banks issues an order - who will dare not to comply? As we have already seen, the Supervisor on Banks is not the only person with such powers. The Commissioner on Restrictive Trade Practices, the Securities Authority and others also has powers to enact rules.

What are they? The two latter Authorities have much more restricted powers (thanks to the new and wide-ranging initiative of the Securities Authority), in relation to the content, the extent and the period of validity of the orders that the authority is empowered to issue, in the context of the limited matters which are

subject to its purview. When I recall the Securities Authority and notwithstanding my criticism of the phenomenon of passing on powers on the normative and slippery slope (as distinct from the content of the orders themselves, which are not the subject of this article), it is interesting especially to compliment (not only) the exemplary manner in which the Authority acted prior to the publication of such a far-reaching order.

The Securities Authority publishes the proposed orders amongst the public at large, on its website and by way of an initiated approach to certain individuals and endeavors, as far as possible, to hold a public debate, with a view to improving the orders as much as possible. From time to time, other regulators act in a similar manner, and it is good that they do so, although in my view, it is not a positive outcome that such wide-ranging powers are left to the whim of the pen. As long as the "empowering" legislation remains in force, this is only to be regretted.

If the matter were in my hands, I would have preferred to see the regulator retaining his traditional and important role: namely the supervision of the implementation of the provisions of the Laws and the regulations promulgated thereunder, as well as the assurance of the proper implementation and enforcement of the law either strictly or leniently, according to each particular case and circumstances, i.e. an enforcement role - as opposed to a "legislative" role.



It is not appropriate that the regulator should become a "legislator", a "supervisor of legislation" and also an "enforcer". The "legislator" should not construe his own "orders and directives" and thereafter enforce them by way of criminal procedures (a large proportion of regulators have internal investigation departments). It is not conscionable that the Police Commissioner should issue "directives" and "orders" which are of binding authority from a legal perspective (even) against the principal Families involved in crime. "Policeman", "Legislator"?

*\* Advocate Pinhas Rubin is the Chairman of Gornitzky & Co. He is likely to be an interested party in relation to some of the issues appearing in this article.*

A Hebrew translation of the Article:

כל רגולטור מלך

אפילו השר אינו רשאי לקרוא את הרגולטור לסדר, וזוהי מתכונת לפורענות נורמטיבית.



ינואר 2009, מאמר מאת ער"ד פנחס רובין, ראש משרד גורניצקי ושות'

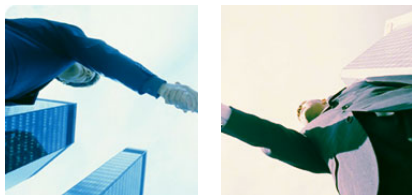
כידוע, מדרג החקיקה הישראלית הוא יחסית ברור. הכנסת (הרשות המחוקקת) מחוקקת חוקי יסוד (מעין חוקה בפרקים ולפרקים); הכנסת גם מחוקקת "חוקים רגילים" הכפופים לחקיקת העל החוקתית; לעתים מסמיכים החוקים את השרים (הרשות המבצעת) להתקין תקנות מכח אותם חוקים ולצורך ביצועם. סמכות התקנת התקנות מסורה על-פי רוב לשר המופקד על הנושא ולעתים מזומנות טעונה התקנת התקנות גם אישור ועדה מוועדות הכנסת החולשת על התחום הרלוונטי. התקנות כפופות לחוק מכוחן הותקנו.

בעולם המודרני קיימת מגמה בולטת של ריבוי תקנות. זהו איננו מצב אידיאלי, כיוון שהתקנות "מפקיעות" במשהו את סמכות החקיקה מהרשות המחוקקת לרשות המבצעת. חרף כוחן המשפטי של התקנות, הן מותקנות ללא הליכי חקיקה מובנים ומסודרים (הצעת חוק), ללא דיון בוועדות הכנסת, ללא שמיעת התנגדויות, ללא שלוש קריאות וכיוצ"ב.

יחד עם זאת, עדיין ניתן להתנחם ולומר, שרק השר האחראי, בכבודו ובעצמו, מוסמך להתקין תקנות (שזוהי בקרה בפני עצמה) וגם אז הן טעונות לעתים מזומנות אישור ועדה בכנסת (בקרה שנייה) וישנה גם בקרה שלישית והיא, שהסמכות להתקין תקנות, אסור לה שתהיה פרוצה, אלא גדורה לעניינים ספציפיים, עם הנחיות ברורות ואמות מידה עקרוניות ("כלל ההסדרים הראשוניים" בחקיקה).

ללא הסדרים ראשוניים בחקיקה, כדי להתוות את גדרי התקנות, תכליתן והיקפן - לא ניתן להסמך את השר להתקין. וכבר היו דברים מעולם. הכוונה היא כמובן, "שהגולם לא יקום על יוצרו" (שהשר, מתקין התקנות, לא יקום על מחוקקו).

**פקידים מתקינים תקנות**



בבחינת "עוד זה מדבר וזה בא" קמה עלינו תופעה בלתי רצויה נוספת. לא רק השר (עם בקרות של ועדה מוועדות הכנסת) יהיה רשאי להתקין תקנות, אלא גם פקיד בכיר, שהוא רגולטור (ללא בקרות ועדה מוועדות הכנסת). "תקנות" אלה הן למעשה "חוזרים" ו"הנחיות" מקולמוסו של הרגולטור הבכיר (פקיד ולא שר) שלא עוברות את כור ההיתוך של חקיקה ראשית, אף לא של חקיקת משנה מתוקנת. מקום שהרגולטור מוסמך על-ידי המחוקק הראשי לבצע "חקיקת משנה" בדרך של חוזרים והנחיות, נפרצו סכרי החקיקה וריסוניה. כל רגולטור מלך בממלכתו, ואפילו השר איננו רשאי לקרוא אותו לסדר.

הנחיותיו הופכות למחייבות במחי משיכת קולמוס, וכל יום עלול לזמן מטלה חדשה (או חדשנית) פרי עטו ודמיונו. מתכונת לפורענות נורמטיבית. החשש עלול להיות כבד עוד יותר אם, על-פי פרשנות מסוימת, ניתן יהיה לראות בהוראות אלה משום חקיקת משנה "רגילה", אשר עלולה להטיל מכוחה היא גם את מורא הדין הפלילי. או אז, חלילה, מסדיר הרגולטור (שאיננו שר) בחוזרים ובהנחיות גם את נורמות הדין הפלילי במדינת ישראל. לא טוב הדבר בעיני.

עינינו הרואות "גלגול אחריות" או, ליתר דיוק, "גלגול חובת חקיקה" במורד מסוכן וחלקלק: מהמחוקק הראשי, למחוקק המשנה, שהוא השר הממונה יחד עם ועדה מהכנסת, ומהשר אלי הרגולטור. הדברים נעשים בחקיקה ומבחינה פורמאלית הם עומדים בתנאים המשפטיים הנדרשים. ברם, מבלי לזלזל כהוא זה

במעמדו של פקיד בכיר כזה או אחר, אין זאת אלא שלא הרי שר כהרי רגולטור. למרות מדרגו הנורמטיבי הנמוך יותר של הרגולטור, הוא קובע תקנות בנות פועל תחיקתי משמעותיות ביותר ולעיתים גם קריטיות.

טלו למשל את סמכותו הגורפת של המפקח על הביטוח. בתיקון לחוק משנת 2005 הוסמך המפקח על הביטוח לאחר התייעצות עם ועדה (שאיננה ועדה של הכנסת) ליתן בין השאר "הוראות הנוגעות לדרכי פעולתם וניהולם של מבטחים... של נושאי משרה בהם ושל כל מי שמועסק על ידם". אמנם כן, "הכל כדי להבטיח את ניהולו התקין של המבטח", אך ברור למקרא הדברים, שסמכותו רבה לו לקבוע כל הוראות מכל סוג הנוגעות לדרכי פעולה וניהול של חברות ביטוח.



המילים "דרכי פעולה וניהול" הן רחבות ביותר וממילא גם סמכותו של המפקח על הביטוח. זוהי סמכות מוגזמת לאין שיעור. הסמכות איננה עוצרת בכך. היא מוחלת, על פי לשונה, גם על הוראות לנושאי משרה ולכל שכיר בחברה. המבטח עלול לפרפר תחת מגפו הפוטנציאלי של המפקח, אשר מוסמך, כמעט כלאחר יד, על ידי "הוראות" לחייב את התאגיד המבטח עד כדי, בהגזמה, ניהולו וניהול עובדיו.

המפקח על הביטוח מהווה רק דוגמא. אולי גם דוגמא בלתי מוצלחת, שכן בהכירי אותו, הוא איננו עושה שימוש מופקר בסמכותו. אבל מי תקע כף לידנו שמחליפו יהיה מרוסן כמותו? לא רצוי בעיני שסמכויות כאלה, ללא מגבלות וקווי פעולה שהותוו על ידי המחוקק או על ידי השר הממונה, יהיו מסורות בידו של פקיד בכיר, אשר כלל איננו נתון, בעניין זה, למרותו של השר הממונה. הסמכות, כמוסבר, מסורה לפקיד ציבור ולא לשר.

סמכויות רחבות לא פחות מסורות למפקח על הבנקים, אשר רשאי ליתן הוראות הנוגעות לדרכי פעולתו וניהולו של תאגיד בנקאי, של נושא משרה בו ושל כל מי שמועסק על ידו; והוא אכן עושה בכך שימוש רב בספר ההוראות המכונה "נוהל בנקאי תקין". ספר זה הופך להיות "התנ"ך" של מוסדות בנקאיים, אשר הוגים בו יומם וליל, לא פחות מאשר בחקיקה הראשית ובתקנות שמכוחה. באופן מעשי, הופך המפקח על הבנקים להיות "מחוקק העל" של עולם הבנקאות. המפקח על הבנקים "הורה" - מי לא ירא? וכאמור, גם המפקח על הבנקים איננו בודד בסמכויותיו. סמכות לקביעת כללים מצויה גם אצל הממונה על ההגבלים העסקיים וכך גם בידי הרשות לניירות ערך ועוד.

אלא מאי? לשתי הרשויות האחרונות הללו הסמכות מוגבלת בהרבה (אלמלא היוזמה החדשה והמרחיבה עד מאוד של הרשות לני"ע), הן מבחינת תכניה, הן מבחינת גידורה והן מבחינת תקופת תוקפן של ההוראות אשר מוסמכת הרשות ליתן, בעניינים המצומצמים שהיא רשאית ליתן. משהזכרתי את הרשות לניירות ערך וחרף ביקורתי על התופעה של גלגול הסמכויות במורד הנורמטיבי (להבדיל מתוכן ההוראות עצמן, שאינן נשוא רשימתי) מעניין להחמיא במיוחד (אך לא רק) לאופן התנהלותה המופתי טרם פרסום הוראה מחייבת שכזאת. רשות ניירות ערך מפרסמת את הצעת ההנחיה ברבים, באתר האינטרנט ובפניות אישיות יזומות ומשתדלת ככל יכולתה לקיים שיח ציבורי, כדי להיטיב עם ההוראה ככל הניתן. כך גם עושים מעת לעת רגולטורים אחרים, וטוב שכך, אם כי לא טוב הדבר בעיני שסמכויות גורפות כל כך מסורות לקולמוסם. אך כל עוד החקיקה "המאצילה" בעינה עומדת, אין לי אלא להצטער על כך.



אילו בי הדבר, הייתי מעדיף שהרגולטור יסתפק בתפקידו החשוב המסורתי: פיקוח על ביצוע הוראות החוק ותקנותיו, ווידוא ביצוען הראוי ואכיפת החוק ביד רמה או רכה, לפי העניין והנסיבות. תפקידי אכיפה - להבדיל מתפקידי "חקיקה". לא טוב הדבר, שהרגולטור יהפוך הן ל"מחוקק", הן ל"מפקח על החקיקה" והן ל"אוכף" גם יחד. לא רצוי שה"מחוקק" יפרש את "הוראותיו והנחיותיו" ואחר כך גם יאוכף בפלילים (לחלק ניכר מהרגולטורים ישנן מחלקות חקירה פנימיות). כלום ראוי שמפכ"ל המשטרה ינפיק "הנחיות" ו"הוראות" מחייבות באופן משפטי (אפילו) כלפי משפחות פשע? "שוטר" "מחוקק"?

**\* עו"ד פנחס רובין הוא ראש משרד גורניצקי, והוא עשוי להיות בעל עניין בחלק מהנושאים המובאים.**