

# שינוי אקלים עוולתי: תפקידן של תביעות פרטיות בהליך הרגולציה של

## פליטת גזי החממה בעקבות פרשת: Connecticut v. AEP

אלון אגמון\*

א. מבוא

ב. פרשת קונטיקט

ג. מודלים של רגולציה בראי המדיניות הסביבתית

1. רגולציה מוטת רשות

א1. רגולציה קשיחה וישירה – *Command and Control Regulation*

ב1. רגולציה רכה וישירה – *Performance Based Regulation*

ג1. רגולציה רכה ועקיפה – השימוש בשוק החופשי ומכשירים כלכליים

ד1. רגולציות עדינות ועקיפות – *Information Based Regulation & Management*

2. הזירה הפרטית – רגולציה מוטת השתתפות (או: רגולציה אזרחית)

3. ליטיגציה רגולטורית – *Regulation Through Litigation*

ד. המטרד לציבור

1. הטענה כנגד התביעות הרגולטוריות: האם המטרד לציבור הוא שאלה פוליטית?

ה. תפיסה חדשה של רגולציה והערך המוסף של התביעות הרגולטוריות

1. מודעות הציבור

3. המסר לרגולטור

3. המסר לתעשייה

ו. סיכום

א. מבוא

בשנת 2004 הגישו שמונה מדינות בארה"ב וכמה בעלי קרקע פרטיים תביעה משותפת נגד חמש תחנות כוח בעילת מטרד לציבור, ודרשו שבית המשפט יצווה על הנתבעים לצמצם את פליטת גזי החממה הנוצרים בהליך ייצור החשמל. תחנות אלה, כך הוכח, אחראיות לרבע מפליטות גזי החממה בארה"ב ול-2.5% מפליטות גזי החממה בכדור הארץ כולו. התובעים טענו שפליטת הפחמן הדו-חמצני תורמת לתופעת ההתחממות הגלובלית, הגורמת לעליית הטמפרטורות, עליית מפלס הים ושינוי האיזון במערכת האקולוגית. שינויים אלה מסבים נזקים לתובעים כבר עתה, ויסבו להם נזקים חמורים יותר בעתיד. התביעה נדחתה על הסף בערכאה הראשונה בלא דיון מהותי, בטענה שלא מדובר בשאלה משפטית אלא בשאלה פוליטית לא שפיטה השמורה למחוקק.<sup>1</sup> כמה שנים לאחר מכן קיבל בית המשפט לערעורים את

\* סטודנט למשפטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, חבר מערכת "הארץ דין" בשנת הלימודים תשע"א.

<sup>1</sup> Connecticut v. American Elec. Power Co., Inc., 406 F.Supp.2d 265

התביעה וקבע שלא מדובר בשאלה פוליטית לא שפיטה,<sup>2</sup> וכן שהנתבעים עמדו בנטל הראיה והוכיחו כי פליטת הגז היא מטריד לציבור שיש לצמצם. לבסוף, ביוני 2011 הפך בית המשפט העליון בארה"ב את ההחלטה ודחה את התביעה, אך קבע שצדק בית המשפט דלמטה בקבעו שלא מדובר בשאלה פוליטית לא שפיטה העשויה לחסום את הדיון.<sup>3</sup> עם זאת, בחר בית המשפט העליון לדחות את התביעה לגופו של עניין, שכן בתקופה הארוכה שחלפה מאז הוגשה התביעה, כבר החלה הרשות הפדרלית להגנה על הסביבה לפעול להסדרת המדיניות באשר לפליטות גזי החממה, ולכן בשלב זה בית המשפט כבר אינו יכול להתערב.

מלבד המורכבות המשפטית והמדעית הכרוכה בניסיון ליחס אחריות בניזקין של תחנת כוח למפגעים אשר לכאורה נגרמו בשל שינויי אקלים, מוקד הבעיה העיקרי אשר עמד לדיון, ובו אתמקד ברשימה זו, הוא השאלה אם הכרעה שיפוטית העוסקת במדיניות חברתית-כלכלית רחבת היקף היא בהכרח "חציית תחום" פסולה אל תוך הזירה הרגולטורית השמורה לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת ולזרועותיה. עם זאת, השאלה המרכזית שבה אעסוק אינה באשר לתפקידו של בית המשפט במשטר דמוקרטי, אלא באשר לתפקידן של תביעות מסוג זה בהליך הרגולציה: האם הכרעה בשאלה "רגולטורית" שהובאה בפני בית המשפט היא איננה שפיטה, שכן הכרעה בה חותרת תחת עקרון הפרדת הרשויות, או שמא ניתן להצדיק את הדיון בה בפרום משפטי, כחלק אינטגרלי ואינהרנטי מההליך הרגולטורי, אשר עשוי להיות חיוני לפעולתן היעילה של הרשויות.

יש הרואים בתביעה זו המשך לנחשול של תביעות בעשורים האחרונים, המשתמשות בעילות אזרחיות, ובייחוד בתביעת המטרד לציבור, כמנגנון לשינוי מדיניות חברתית, פוליטית או כלכלית, וכחלופה לעקרונות מנגנוני הרגולציה של הממשל.<sup>4</sup> תביעות דומות, לדוגמה, הוגשו בארה"ב נגד יצרני הנשק והטבק והסתיימו בהסכמי פשרה ופיצוי, והביאו לשינויי מדיניות משמעותיים. על כן יש הטוענים שפרשת **קוניקט** ממשיכה מגמה זו, בדומה לתביעות נוספות שהוגשו בשנים האחרונות ביחס לנזקים וסיכונים שונים הכרוכים בפגעי שינויי האקלים.<sup>5</sup>

המיוחד בפרשה זו ובדומותיה הוא שהן מקרה בוחן המכנס שאלות באשר לתפקידן ולחשיבותן של תביעות אזרחיות שלהן היבט "ציבורי" מובהק, לעומת האינטרסים המוגנים במשפט הפרטי, ובכל הנוגע למחויבותה של הרשות השופטת להמשיך ולהגן על עקרונות האחריות והשוויון בחברה אף כאשר היקף הסוגיה והשלכותיה ממקמים אותה בזירה הרגולטורית. טענתי ברשימה זו היא שלעצם הדיון בתביעות אלה בבית המשפט יש היבט נוסף שיש להביאו בחשבון. בנושאים כה מורכבים, הכוללים היבטים מדעיים, חברתיים, כלכליים או בינלאומיים, התפיסה של הליך הרגולציה כהליך אדוורסרי (הרגולטור מול הסובייקט המוסדר), נוקשה, אטומיסטי ומבודד היא שגויה. היעילות והאפקטיביות של ההליך הרגולטורי מבוססות במידה רבה על היותו מורכב, דינמי וקשוב, בשונה מהמודלים הרגולטורים הקלאסיים שלפיהם המדינה היא הסמכות המקצועית העליונה שבידה הכוח והידע הנדרש להפעלת סמכותה הבלעדית לקבוע

<sup>2</sup> Connecticut v. American Elec. Power Co., Inc., 582 F.3d 309 (2009) ("להלן: פרשת **קוניקט**").

<sup>3</sup> American Elec. Power Co., Inc. v. Connecticut, 131 S.Ct. 2527 (2011)

<sup>4</sup> Thomas Merrill, *Is Public Nuisance a Tort*, Columbia Public Law Research Paper No. 11-272. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1829493>

<sup>5</sup> למשל, בפרשת (2008) *Kivalina v. ExxonMobil* נדון מקרה שבו תושבי כפר – אי באלסקה – נאלצו להעתיק את כפרם עקב עליית מפלס הים באזורם בעקבות עליית הטמפרטורות, ותבעו את עלות ההעתקה ופיצוי על הנזקים שהוסבו להם. בפרשת (2007) *Comer v. Murphy Oil* תבעו קבוצות תושבים ברצועת החוף בארה"ב כמאה חברות פחם ונפט, בעילת מטריד לציבור בטענה שהנתבעים, על ידי פליטות גזי חממה, החמירו את עוצמת הנזקים של הוריקן קתרינה אשר פגע באזורם.

נורמות התנהגות חד-משמעיות בעלות השלכות רחבות היקף בצורה היעילה ביותר. התביעות הרגולטוריות, כפי שגם ניתן ללמוד מהעבר, ממלאות תפקיד חשוב בהליך זה, המתבטא בעיקר בעצם החקירה המשפטית, העובדות המתגלות והדיון מאשר בתוצאה.<sup>6</sup> עצם הדיון בשאלה משפטית בעלת היבט "ציבורי" מעניק במה להיבטים "הפרטיים" הכרוכים בה, אשר נעדרים לעתים מהליך הרגולציה. לכן דיון זה והמסקנות העולות במהלכו הם מצע חיוני להמשך ההליך הרגולטורי בתפיסתו החברתית הרחבה יותר. העובדות והמסקנות העולות בדיון תורמות לפיתוח ולביסוס של העקרונות והעמדות אשר ישמשו בסיס להחלטות עתידיות, לחקיקה ולגיבוש מדיניות ציבורית. אמנם מצד אחד מדובר בנושא המוסדר מטבעו בכלים רגולטוריים הנתונים בסמכות הרשות המבצעת, ולכן ספק אם בתי משפט יכולים לעסוק בו, אך דחייתו על הסף בלא דיון לגופו של עניין עלולה לסכל את ההליך הרגולטורי בתפיסתו החברתית הרחבה יותר, ולשלול ממנו את ייחודו בהיותו קשוב לזמנים המשתנים וחיוני להזנת התודעה הציבורית והרגולציה עצמה.

**בפרק השני** אתאר בקווים כלליים את התגלגלות פרשת **קונטיקט** ואת השאלות המהותיות אשר עמדו לדיון בה. לאחר מכן, **בפרק השלישי**, אקח צעד אחורה ואציג את התמונה הרחבה יותר באשר להתמודדות קובעי המדיניות עם סוגיות רגולטוריות רחבות היקף. לשם כך אשתמש בסוגיית המדיניות הסביבתית בכל הנוגע למשאב האוויר כמקרה בוחן לאפיון דרכים או אסטרטגיות רגולטוריות שונות להתמודדות עם סוגיות כאלה. בפרק זה אראה את האופן שבו ביקשו הרשות והציבור להשיג יעדים רגולטוריים שונים, ואעמוד על האתגרים שעמדו בדרכם. בסופו של הפרק אתמקד בליטיגציה הרגולטורית (*regulation through litigation*) כאחד האמצעים החשובים העשויים להשפיע על עיצוב המדיניות ואעמוד על חלקו החיוני בהליך הרגולציה. **בפרק הרביעי** אתמקד בעילת המטרד לציבור אשר עמדה במוקד הפרשה. לאחר דיון קצר אשר יוקדש לתיאור מרכזיותה של עילת המטרד לציבור בתביעות אלה, אבחן את ההיבט הציבורי שבעילה זו. היבט זה מצד אחד משמש קרקע פורייה לכל המתנגדים לחדירת התביעות האזרחיות לשטח הרגולטורי. אולם מצד שני, הוא כלי משפטי חיוני, מנגנון יחיד שבאמצעותו הציבור יכול לדרוש בבית המשפט הגנה מפני יצירה חוקית של סיכון בלתי סביר. **הפרק החמישי** והאחרון יוקדש להצגת הטיעון שלפיו ההכרה בהליך רגולטורי כהליך דינמי, משתף וקשוב, תהיה תוצאתו המשפטית אשר תהיה, ממלאת תפקיד חיוני בהמשך התעצבותה של מדיניות יעילה. במיוחד בסוגיות רחבות היקף, הדיון המשפטי יוצר מערכת יחסים סימביוטית בין הרגולטור לציבור ולתעשייה. לפיכך אותו חשש של בתי המשפט "לגעת" בסוגיות אלה, המתבטא בדחייתן על הסף מנימוקים של היעדר שפיטות, עשוי לסכל הליך זה ולמנוע את הערך המוסף החיוני של עצם הדיון המשפטי. התגלגלותה של פרשת **קונטיקט**, והתהליכים אשר החלו לפעול ברקע הפרשה, עשויים לאשש טענה זו.

<sup>6</sup> David B. Hunter, *The Implications of Climate Change Litigation for International Environmental Law-Making*, American University, WCL Research Paper No. 2008-14. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1005345>

## ב. פרשת קונטיקט

עוד לפני הכרעת בית המשפט העליון ביוני 2011, כבר החלה פרשת קונטיקט לקנות לעצמה מוניטין בתור אחת ההצלחות הגדולות בשינוי המדיניות הסיבתית בארה"ב.<sup>7</sup> במבט ראשון, אחד המכשולים הגדולים ביותר בדרכן של תביעות אלה הוא הקושי להוכיח את היסודות האלמנטריים ביותר של תביעה נזיקית. קשה לתפוס את מושגי הסיבתיות והנזק בהקשר של תופעת ההתחממות הגלובלית במסגרת האחריות הנזיקית "הקלסית".<sup>8</sup> מלבד הקושי להוכיח את הקשר הסיבתי, העובדתי והמשפטי, בין התרחשותו של נזק מסוים לתופעת ההתחממות הגלובלית, ייחוס אותו נזק למפעל או לתחנת כוח מסוימים מעלה תהיות רבות.<sup>9</sup> עם זאת, מלומדים רבים עסקו בשאלות אלה, וחלקם אף טענו שלאור הידע המדעי אשר נאסף במרוצת השנים, מסקנה זו אינה מופרכת.<sup>10</sup> כפי שנראה בהמשך, אף בית המשפט לערעורים סיכם בהחלטתו שבמקרה שנדון לפניו, הידע המדעי מאפשר לקשור קשר סביר בין הנזקים הנדונים לתופעת ההתחממות, וכי חלקן של אותן תחנות כוח ביצירת תופעה זו או בהחמרתה אינו זניח.

המכשול השני (והעיקרי למעשה) העומד בפני תביעות אלה הוא שאלת השפיטות, אשר בגינה נדחתה התביעה בפרשת קונטיקט בערכאה הדיונית.<sup>11</sup> שאלת השפיטות, או ליתר דיוק דוקטרינת השאלה הפוליטית (הידועה גם בשם "מבחני הלכת Baker"), היא עילת דחייה על הסף שתכליתה להגן על עקרונות הפרדת הרשויות ולמנוע מהרשות השופטת להתערב בנושאים השמורים למחוקק.<sup>12</sup> לפי דוקטרינת השאלה הפוליטית, בית המשפט צריך לבחון, בין השאר, אם יש מסגרת סטטוטורית המעניקה סמכות ספציפית לרשות מנהלית להסדיר את הנושא; אם מדובר בשאלה אשר לרשות השופטת אין את הכלים הנדרשים לבחון; אם דרושה מסגרת רגולטורית מינימלית כדי לענות על השאלה העומדת לדיון; ואם הכרעה עלולה לסתור מדיניות קיימת.<sup>13</sup>

הערכאה הדיונית ענתה על שאלות אלה בחיוב ודחתה את התביעה בפרשת קונטיקט בהתאם לדוקטרינת השאלה הפוליטית בלא כל דיון מהותי לגופו של עניין. לעומת זאת, בית המשפט לערעורים, בפסק דין ארוך ומקיף, קיבל את התביעה וקבע שפליטת הגזים על ידי תחנות הכוח היא מטרד לציבור אשר יש לצמצם או למנוע. אשר לשאלת השפיטות, ערכאת הערעור קבעה שהסמכות להסדרת פליטת גזי החממה אינה מעוגנת במסגרת סטטוטורית ספציפית, ואף אם יש בסיס מסוים לסמכות של רשות פדרלית, הואיל וזו טרם פעלה בנדון, אין סיבה מהותית לדחות את התביעה.<sup>14</sup> יתרה מזו, בית המשפט לא הביע כל

<sup>7</sup> ראו לדוגמה: *Second Circuit's Decision in Connecticut v. AEP Makes Clear No One is Above the Law*, The Center for Progressive Reform (<http://www.progressivereform.org/CPRBlog.cfm?idBlog=E70BB35F-B603-E4A B-A B7DA 1A ECA8DD9D9>)

<sup>8</sup> Eduardo M. Penalver, *Acts of God or Toxic Torts – Applying Tort Principles to the Problem of Climate Change*, 38 NAT. RESOURCES J. 563, 567 (1998)

<sup>9</sup> Kevin A. Gaynor, Benjamin S. Lippard, & Margaret E. Peloso, *Challenges Plaintiffs Face in Litigating Federal Common-Law Climate Change Claims*, 40 ENVTL. L. REP. NEWS & ANALYSIS 10845, 10853 (2010)

<sup>10</sup> David Hunter & James Salzman, *Negligence in The Air: The Duty Of Care in Climate Change Litigation*, 155 U. PA. L. REV. 1741, 1781 ("In short, as our understanding of climate change impacts increases, injury (around the globe has become more foreseeable, including injuries felt more acutely by some plaintiffs")

<sup>11</sup> לעיל הערה 9, בעמ' 10845.

<sup>12</sup> David Goetz, *Second Circuit Says Co2 Is A Nuisance*, 37 ECOLOGY L.Q. 683, 684.

<sup>13</sup> שם.

<sup>14</sup> פרשת קונטיקט, לעיל הערה 2, בעמ' 380 ("Until EPA completes the rulemaking process, we cannot speculate as to whether the hypothetical regulation of greenhouse gases under the Clean Air Act would in fact 'speak[]

חשש מקבלת החלטה הנושאת היבט רגולטורי מהטעם שגם אם הפרשה מעלה שאלות סבוכות, אין הן בגדר הבלתי אפשרי, ולכן אין הן מצדיקות דחייה על הסף או מתן פטור לתחנות הכוח. בדיון לגופו של עניין קבע בית המשפט שלעניין שאלת הנזק והסיבתיות, הקביעה שהנזק הוא תולדה של תופעת ההתחממות היא סבירה מאוד לאור הידע המדעי כיום;<sup>15</sup> אשר לשאלת זכות העמידה, אין צורך בוודאות מדעית מוחלטת בעניין הקשר של התבועים לתופעת ההתחממות, שכן מבחינה סיבתית אפשר לייחס את הנזקים הקונקרטיים בצורה סבירה (fairly traceable) למעשי התחנות.<sup>16</sup> לאחר קביעה זו, הוגשה בקשה לבית המשפט העליון לעיון מחדש. בית המשפט העליון קיבל את הבקשה לדיון בפרשה, והעמיד בבסיס הדיון שתי שאלות מרכזיות: ראשית, האם שאלות אלו הן שפיטות לאור דוקטרינת השאלה הפוליטית. שנית, אם התשובה חיובית, האם בית המשפט אכן יכול להיכנס לנעליו של הרגולטור ולקבוע מהו הסטנדרט הראוי.

בטרם ננסה להבין את עמדת בית המשפט העליון, יש לראות את התמונה הרחבה יותר. לפני שהוגש הערעור בפרשת **קונטיקט** לבית המשפט לערעורים, ניתן פסק דין באחת התביעות החשובות בנושא המדיניות הסיבתית בארה"ב. בפרשת **מסצ'וסטס**<sup>17</sup> תבעו כמה גופים וולונטריים מהרשות הפדרלית לשמירה על הסביבה (EPA), לקבוע את רמות הפליטה המותרות של גזי החממה לפי חוק אוויר נקי האמריקני. EPA טענה שלא מדובר ב"זיהום אוויר" כפי שהחוק מגדירו, ולכן אין זה מתפקידה לעסוק ברגולציה של שינויי אקלים. לעומת זאת, בית המשפט העליון סבר שפליטת גזי החממה אכן כלולה בהגדרת "זיהום אוויר" במובן החוק, ועל כן על EPA להסדירם. בית המשפט לערעורים בפרשת **קונטיקט** היה ער להחלטה זו, והכריע שאמנם לא מכבר נקבע שתפקידה של EPA הוא להסדיר נושא זה, אך מכיוון שהיא טרם פעלה בנדון, הנושא שפיט ויש לקבל את התביעה.

עם זאת, כאשר פרשת **קונטיקט** התגלגלה לבית המשפט העליון, EPA כבר התחייבה ללוח זמנים להסדרת רמות הפליטה.<sup>18</sup> לפיכך עמד בית המשפט העליון מול מציאות שונה מזו של הערכאה שתחתיו. בשלב זה לא היה אפשר להתעלם מכך שההסדרה הפדרלית לפי חוק אוויר נקי כבר מתחממת בתנור הרגולציה, שכן בית משפט פדרלי יתקשה לנמק הכרעה החותרת תחת סמכותה של EPA. בית המשפט העליון דחה, כאמור, את התביעה, אך עמד על שתי נקודות חשובות. ראשית, נקבע שלא מדובר בשאלה

---

directly' to the 'particular issue' raised here by Plaintiffs, which is otherwise governed by federal common law" 15

שם, בעמ' 344 ) Rather, they are ) the future injuries they predict are anything but speculation and conjecture: Rather, they are certain to occur because of the consequences, based on the laws of physics and chemistry, of the (documented increased carbon dioxide in the atmosphere. There is no probability involved" 16

Goetz, לעיל הערה 12 ) "The court also noted that at the pleading stage, the 'fairly traceable' standard is not as strict a bar as proximate cause. According to Public Interest Research Group of New Jersey, Inc. v. Powell Duffryn Terminals, the 'fairly traceable' standard 'does not mean that plaintiffs must show to a (scientific certainty that... defendant[s] emissions] alone caused [their] precise harm" 17

Massachusetts v. EPA, 127 S. Ct. 1438 (2007) 18

לעיל, הערה 3, בעמ' 10 ) "EPA is currently engaged in a § 7411 rulemaking to set standards for greenhouse gas emissions from fossil-fuel fired power plants. To settle litigation brought under § 7607(b) by a group that included the majority of the plaintiffs in this very case, the agency agreed to complete that rulemaking by (May 2012"

פוליטית או בנושא לא שפיט, ולכן אין סיבה לדחות על הסף תביעות אלה ושלא לדון בהן לגופו של עניין.<sup>19</sup> שנית, לאחר שהקונגרס האציל ל-EPA את הסמכות להסדיר את הנושא, בית משפט פדרלי אינו יכול לקבל את התביעה מכוח המשפט המקובל הפדרלי. המשפט המקובל הפדרלי נדחה מפני ההסדרה החוקית של הקונגרס. אולם ייתכן שפני הדברים יהיו שונים אם תביעה זו תוגש לבית משפט מדינתי (ולא פדרלי) של אחת המדינות.<sup>20</sup> במילים אחרות, אמנם בית המשפט ציין שמדובר בנושא המסור לגופי הרגולציה, ולכן בתי המשפט הפדרליים ייאלצו להדיר רגליהם ממנו, ומסיבה זו גם בתי המשפט המדינתיים יתקשו לבחון, אך בית המשפט הכיר בחיוניותן של תביעות אלה, או לפחות בלגיטימיות הדיון בהן, והשאיר פתח לגיטימי לדיון עתידי בבתי המשפט המדינתיים.

בית המשפט העליון היה יכול בנקל לדחות את התביעה על הסף, ולו בחר לעשות כן, לא הייתה זו החלטה משפטית שגויה. ייתכן, כפי שאטען בהמשך, שאפשר להבין את החלטת בית המשפט העליון כניסיון ליישב בין המורכבויות הרגולטוריות לבין חשיבות הדיון בשאלות אלה, לכל ההיבטים המיוחדים שבהן. לא תמיד התוצאה המשפטית הסופית היא התכלית היחידה של ההליך המשפטי. בסופו של דבר התביעה בפרשת **קונטיקט** נדחתה, אולם יש לזכור שבראשיתה, EPA התכחשה לחובה לקבוע שפליטת גזי חממה נתונים להסדרה רשמית, ותחנות הכוח לא הביעו נכונות של ממש לתת תשומת לב לנושא, ואילו באחריתה, EPA כבר הייתה מחויבת לתכנית להסדרה ספציפית של רמות הפליטה, ותחנות הכוח החלו לקחת חלק פעיל בתכניות למחקר של פליטות גזי החממה ודיווח עליהן.

### ג. מודלים של רגולציה בראי המדיניות הסביבתית

המוקד העיקרי בפרשה זו ובפרשות דומות – שאלת השפיטות לאור דוקטרינת השאלה הפוליטית, ובמיוחד בסוגיות חברתיות כלכליות רחבות – מעלה את השאלה היסודית בדבר התפקיד של תביעות אלה בהיבט הרחב יותר של הליך הרגולציה. יסודו של החשש העיקרי אשר מצדיק את שאלת השפיטות נוגע בעיקר לכשירותה של הרשות השופטת לקחת חלק או להתערב בהליך הרגולציה. שאלה זו נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, והמענה לה דורש לבחון את תפקידה של התביעה האזרחית הקונקרטית בהליך זה ואת השלכותיה על ההליך הרגולטורי כולו.

כדי לנסות להבין את תכליתן של תביעות אלה בהליכי הרגולציה, אבחן בפרק זה את המודלים הרגולטוריים שבעזרתם ניסתה הרשות בעבר (ומנסה גם בהווה) להגשים את היעדים הרגולטוריים הנוגעים להסדרת משאב האוויר, ואעמוד על היתרונות והחסרונות במודלים השונים. בסופו של הפרק אבחן את חלקו הייחודי של הציבור בהליכים אלה, ובייחוד בתביעות הרגולטוריות. אראה שתפיסת "התביעות הרגולטוריות" – תביעות הדורשות מבית המשפט לקבוע אחריות אזרחית שמשמעותה רגולציה רחבת היקף של תחום פעילות משקי – כערעור על הסמכות המחוקקת או המבצעת, או עקיפתן, היא מוטעית. כפי

<sup>19</sup> שם, בעמ' 7.

<sup>20</sup> שם, בעמ' 15 - 16. חוק מדינתי או יישומו של חוק מדינתי על ידי בית המשפט מדינתי אינם יכולים לסתור החלטה או מדיניות של הקונגרס. עם זאת, לנוכח החשיבות שבשמירה על הריבונות של המדינות, נדרשת סתירה מהותית בין חוק מדינתי (או החלטה של בית משפט מדינתי המבוססת על החוק המקומי) לבין חוק פדרלי כדי שהחוק או ההחלטה המדינתית יידחו. בית משפט פדרלי אינו נהנה מעצמאות הדומה לבתי המשפט המדינתיים, שכן הוא גוף פדרלי. על כן בתי משפט פדרליים נוטים להיות רגישים יותר בקבלת החלטות העשויות להיות במתח עם מדיניות או חקיקה של הקונגרס. ראו שם בעמ' 9.

שאררה, התביעה הרגולטורית אינה חותרת תחת הסמכות אלא משלימה אותה בייחוד במקומות שבהם הרגולציה המנהלית סובלת מכשלים מבניים המסכלים את ההגשמה היעילה של ההליך הרגולטורי. ההסדרה של משאב האוויר – הזיהום והפליטות – היא נושא מורכב המערב שיקולים רבים וסבוכים. מלבד השפעתו על היציבות הכלכלית של שווקים רבים, מרחב הפתרונות הרגולטוריים העומדים לרשות קובעי המדיניות תלוי במידה רבה גם בכלים הטכנולוגיים הזמינים. נוסף על כך, ויותר מכול, איכות הפתרונות הרגולטוריים תלוי, במידה רבה, במחקר, בחדשנות וביצירתיות הטכנולוגיים **בעתיד**. אם כן, מלבד השגת יעדיה ביעילות, ניתן לאפיין רגולציה "טובה" כתהליך דינמי, גמיש וצופה פני עתיד. סקירה מפורטת ומקיפה של מערך הרגולציה סביב משאב האוויר תחרוג מהיקף רשימה זו. על כן אציג בתמציתיות כמה מודלים בולטים ואסווגם לפי שלוש קטגוריות עיקריות: (א) אבחין בין רגולציה מוטת רשות לרגולציה מוטת השתתפות. הבחנה זו מבדילה בין מודלים שבהם יש לרשות אחריות אקסקלוסיבית ומוחלטת להסדיר את המדיניות ולפקח עליה, לבין מודלים שבהם הציבור אחראי לקביעת הסטנדרט או מעורב בקביעתו וכן מעורב בפיקוח על יישומו; (ב) אבחין (הבחנה הנוגעת בעיקר לרגולציה מוטת-רשות) בין רגולציה קשיחה לרכה: קטגוריה זו מבחינה בין הוראה רגולטורית שבה ניתן לסובייקט המוסדר שיקול דעת רחב בכל הנוגע לאופן שבו עליו לעמוד ביעדים, לבין הסדרה נוקשה וספציפית; (ג) אבחין בין הסדרה עקיפה לישירה: בהסדרה עקיפה הרשות משתמשת באמצעים עקיפים (כגון תמריצים כלכליים או מנגנוני דיווח לציבור) כדי לעודד את הסובייקט המוסדר לעמוד ביעדים, ואילו בהסדרה ישירה היעדים ושות הפעולות שעל הגוף המוסדר לבצע נקבעים ומוסדרים במישרין על ידי הרגולטור.

## 1. רגולציה מוטת רשות

### 1א. רגולציה קשיחה וישירה – *Command and Control Regulation*

רגולציה קשיחה ישירה, הידועה בשם *Command and Control Regulation (CCR)*, היא רגולציה ספציפית, אשר בצורתה הנוקשה ביותר מיועדת לרוב לטפל במקרים שבהם נדרשת פעולה קונקרטית לטיפול במוקד זיהום הנמצא באחריות הסובייקט המוסדר.<sup>21</sup> הרעיון הוא שתחת רגולציה מסוג זה, הרשות קובעת כלל קשיח וספציפי אשר הסובייקט המוסדר צריך לאמץ או לספוג סנקציות.<sup>22</sup> היתרון בהוראות אלה הוא שהן מספקות פתרון פרוספקטיבי, מדויק ומותאם לאופי המפגע המוסדר, ומאפשר לרשות שליטה מוחלטת בהסדרתו. מודל זה אומץ, לדוגמה, בסעיף 8 לחוק למניעת מפגעים, המקנה סמכות לשר הממונה לתת צו או הוראה אישית לאדם בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע הפרה של החוק. כך, למשל, הרשות עשויה להורות לבית זיקוק בצו אישי להתקין מתקן להחזרת גזים בארובה כדי למנוע פליטת עשן שחור, או להתקין מסננת במערכת הביוב למניעת זיהום מי תהום. רגולציה זו אינה מותירה שיקול דעת לסובייקט המוסדר, ופונה ישירות לטיפול בבעיה ספציפית.

מנגנון רגולטורי זה הוא כלי רב עוצמה המאפשר לרשות "להורות ולשלוט" על ידי קביעת סטנדרט ספציפי ודרך פעולה הנדרשת ליישומו. לפיכך לא נדרש שיקול דעת רב בהליך האכיפה והפיקוח, אלא בחינה פשוטה של מידת העמידה בכללים הספציפיים שנקבעו. עם זאת, למנגנון זה יש גם חסרונות מהותיים. רגולציה ספציפית דורשת מומחיות רבה וידע מצד הגורם המסדיר אשר עליו מוטל לבחור את הכלל

<sup>21</sup> Richard B. Stewart, *A New Generation Of Environmental Regulation?*, 29 CAP. U. L. REV. 21, 28.  
<sup>22</sup> עניין האכיפה היעילה בעזרת הטלת סנקציות חורג מתחום רשימה זו. לסקירה מקיפה ראו: אור קרסין **יישום אפקטיבי של מדיניות סביבתית – עידוד הציות ויעול האכיפה**, פרסומי המרכז למדיניות סביבתית מס' 32 (2009)

המדויק והמיטבי. לא אחת ההליכים לבחירת הכלל המתאים דורשים השקעה רבה של זמן ומשאבים.<sup>23</sup> בבחירת הסטנדרט או הכללים הראויים, הרשות צריכה לערוך מחקר מקיף ולאזן בין העלויות של אימוץ הכלל, יעילותו ומידת האפקטיביות שלו בטיפול בבעיה. זאת ועוד, על פניו ככל שהרגולציה ספציפית יותר, נראה שהיא יעילה יותר לטיפול בבעיה, אולם ככל שהיא ספציפית יותר, הסובייקט המוסדר יכול למצוא פתחים רבים "להעביר את הבעיה" למוקדים שטרם הוסדרו.<sup>24</sup> בעיה זו עלולה להביא ליצירת מדיניות מטולאת העלולה לגרום לבזבוז משאבים. יתר על כן, ובהמשך לטענות בדבר היעדר מומחיות של הרשות והחשש מפני סדקים ברגולציה, לעתים המפעל הוא דווקא שיכול לבחור באמצעי היעיל ביותר להשגת המטרה. לעתים האמצעי היעיל ביותר יהיה דווקא המועדף על הסובייקט המוסדר (עקב עלות נמוכה, למשל) והתערבות הרשות עלולה לפגוע ביעילות ובאפקטיביות של הפתרון. למשל, בעוד הרשות יכולה להסדיר מפגע מסוים באמצעות דרישה להתקנת מתקן לסינון גזים, ייתכן שאותה תוצאה בדיוק תושג בצורה יעילה יותר אם המפעל ישתמש בחומרי גלם אחרים וזולים יותר. לבסוף, הרשות נתונה ללחצים פוליטיים וכלכליים העלולים להשפיע על החלטתה בקביעת הסטנדרט הרגולטורי והכללים הנדרשים.<sup>25</sup> מסיבות אלו, ואחרות, מדינות רבות בחרו לאמץ הסדרים "רכים" יותר, המעבירים את עיקר העלויות ושיקול הדעת לגורמי התעשייה המוסדרת עצמם, בעוד הרשות נותרת כמפקחת וקובעת יעדים (או סטנדרטים) כלליים.

### **1.1 רגולציה רכה וישירה – Performance Based Regulation**

רגולציה רכה ישירה או Performance Based Regulation (PBR), מאופיינת בפנייה הישירה לסובייקט המוסדר ובקביעת סטנדרטים קונקרטיים שבהם הוא צריך לעמוד, אך תוך מתן מרחב של שיקול דעת לסובייקט המוסדר לבחירת הדרך המיטבית להשגת היעד הנדרש.<sup>26</sup> בצורתה הטהורה ביותר, הסובייקט המוסדר נדרש לטפל במפגע ציבורי כלשהו, יהיו האמצעים שינקוט אשר יהיו. אשר לאיכות האוויר, יעד זה מושג באמצעות קביעת סטנדרט המשקף את היעד הנדרש. למשל, לפי **חוק אוויר נקי**, מוטל על המשרד לאיכות הסביבה לקבוע תקני פליטה למגוון חומרים המוגדרים כ-"מזהמים". הרעיון הוא שהסובייקט המוסדר מחויב לעמוד בתקנים אלה, אך **האופן** שבו הוא יעשה זאת נתון לשיקול דעתו. מסגרת זו עדיין מוגדרת כרגולציית CCR,<sup>27</sup> אך צורתה "רכה" יותר מבחינת מרחב הפעולה הניתן לסובייקט. רגולציה רכה ישירה נתפסת כאפקטיבית ביותר, ולכן גם נפוצה במיוחד בתחום המדיניות הסביבתית.<sup>28</sup> מודל זה מאפשר לסובייקט המוסדר לבחור בפתרון היעיל ביותר, תוך עידוד מחקר ופיתוח טכנולוגיים העשויים להוזיל את עלויות העמידה בסטנדרט. עם זאת, על אף עליונותו על רגולציה קשיחה וקונקרטיית, אם הבעיה שיש

<sup>23</sup> Stewart, לעיל הערה 21, בעמ' 32.

<sup>24</sup> שם, בעמ' 29.

<sup>25</sup> לדוגמה, בפרשת **כרמל אולפניים** (ת"פ (חיפה) 4128/04 **מדינת ישראל נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ** (פורסם בנבו, 25.3.2007), נדון מקרה שבו הרשות, ברשלנות רבה, קבעה סטנדרט לקוי למתקן אשר תפקידו למנוע פליטת עשן שחור מארובת בתי הזיקוק בחיפה בצו אישי לפי סעיף 8 לחוק למניעת מפגעים. בעקבות זאת נגרמה פליטה רשלנית של עשן שחור אשר כיסה זמן רב את מפרץ חיפה, עקב תקלה באותם מנגנונים שנקבעו. מכיוון שהחוק מעניק חסינות מפני תביעה למפעל שעמד בסטנדרט שנקבע לו על ידי הוראה אישית, הלכה למעשה, מלבד ביקורת על החלטת הרשות, ידיו של בית המשפט היו כבולות.

<sup>26</sup> Stephen D. Sugarman & Nirit Sandman, *Fighting Childhood Obesity through Performance-Based Regulation of the Food Industry*, 56 DUKE L.J. 1403 (2007)

<sup>27</sup> Neil Gunningham, *Environment Law, Regulation And Governance: Shifting Architectures*, 21 J. ENVTL. L. 179, 182

<sup>28</sup> שם, בעמ' 183.



להסדיר היא רחבה והטרוגנית, יתרונותיו של מודל זה מצטמצמים. למשל, בעיית שינוי האקלים אינה בעיה הקשורה למוקד ספציפי כגון מפעלי גז, אלא היא בעיה הנובעת ממגוון מקורות נוספים כגון פליטות מכלי רכב ומפעלי זיקוק. לפיכך התמודדות עם בעיה זו תדרוש הליך מורכב של קביעת תקנים רבים (כגון תקני פליטה בייצור חשמל ופליטה מרכבים). כך גם מודל זה אמנם מעודד את הפיתוח הטכנולוגי, אך זה נעצר במינימום הנדרש לעמוד בסטנדרט. משהושגו יעדי הפליטה – המפעל אינו חורג מכמות הפליטה הנדרשת – התמרץ להמשיך בפיתוח עתידי מתמקד בהוזלת העלויות הנדרשות כדי לעמוד בסטנדרט, ולא בפיתוח אמצעים אשר יאפשרו להשיג יעד שאפתני יותר.<sup>29</sup> יתרה מזו, בדומה לחסרונות של גישת ה-CCR גם הליך קביעת התקנים הוא יקר ומורכב, וחושף את ההליך הרגולטורי לטעויות אשר יהיה קשה לתקן מאוחר יותר, וללחצים פוליטיים וכלכליים אשר עשויים לפגוע ביעילותו. כאשר קביעת מהות הדרישות מהסובייקטים עדיין נתונה בידי הרשות, הליך רגולטורי מסוג זה מאבד במעט מאיכותו.<sup>30</sup>

### ג. רגולציה רכה ועקיפה – השימוש בשוק החופשי ומכשירים כלכליים

אחד החששות הגדולים של הרשויות, אשר במידה רבה לובה על ידי לובי תעשייתי חזק, היה הנטל הכלכלי אשר הכללים והתקנים הרגולטוריים כופים על התעשייה. אחד הפתרונות הבולטים היה יצירת שוק שיאפשר לתמחר ולסחור בזיהום או בהיתרי פליטה. כלומר הרעיון הוא להמיר את ההחצנה השלילית הנגרמת כתוצאה מהפליטה לעלות כספית אשר תוטל על הפולט.<sup>31</sup> לפיכך כל שיש לעשות הוא להעביר את העלויות הללו לתעשייה על ידי יצירה של מעין מערכת מס ניטרלית.<sup>32</sup> במילים אחרות, מפעל רשאי לפלוט אף בחריגה מהתקן, אך עליו לשאת בעלויות הפליטה.

פיתוח נוסף של אותו רעיון התבסס על מתן "קצבה" מקסימלית של פליטה מותרת, תוך מתן אפשרות לסובייקטים המוסדרים להתייעל מבחינה טכנולוגית ולפתח מנגנונים אשר יאפשרו למפעל לפעול מתחת לסטנדרט הנדרש, ו"למכור" למפעל אחר את כמויות פליטה שנחסכו. מערכת זו התבססה תחילה בארה"ב, ומוסדה באופן הבולט ביותר באמנת קיוטו.<sup>33</sup>

אולם בלא רשות מפקחת חזקה ויעילה,<sup>34</sup> ושיתוף פעולה הדוק בין מדינות במישור הבינלאומי והלאומי, מערכת זו תתקשה לפעול ביעילות ולהביא לשיפור של ממש. ארה"ב, למשל, לא אשררה את אמנת קיוטו, ויש אומרים שנמנעה מלעשות כן מחשש לאבדן יתרון תחרותי מול יצרנים זרים.<sup>35</sup> נוסף על כך, בארה"ב היו דווקא נציגי התעשייה שהלינו על מערכות מסוג זה. נציגי התעשייה חששו מיצירת מנגנון

<sup>29</sup> שם, בעמ' 189 ( "However, performance standards still have a substantial limitation, namely they only require enterprises to achieve minimum standards and provide no incentives or encouragement to go beyond those (minima or to engage in continuous improvement"

<sup>30</sup> למשל, כפי שמצוין במאמרו של Sugaman, לעיל הערה 26, אם הסובייקטים המוסדרים צריכים להביא לשיפור בשיעור התעסוקה במשק, הסטנדרט הביצועי נקבע מחוץ לרשות המנהלית. אולם כאשר הרשות היא שצריכה לקבוע את הסטנדרט הנדרש מבחינה מקצועית, זה מהלך מורכב ובעייתי. במילים אחרות, קביעה כי על התעשייה לשפר את שיעור התעסוקה במשק ב 5% היא נתון שאפשר לפקח עליו ולבדוק אותו. לעומת זאת, קביעה של רמת פליטה מקסימלית היא נתון שקשה לבחון את יעילותו, נכונותו והשפעתו.

<sup>31</sup> שם, בעמ' 185.  
<sup>32</sup> Jonathan Zasloff, *The Judicial Carbon Tax: Reconstructing Public Nuisance And Climate Change*, 55 UCLA L. REV. 1827, 1842

<sup>33</sup> Randall S. Abate, *Kyoto or Not, Here We Come: The Promise and Perils of the Piecemeal Approach to Climate Change Regulation in the United States*, 15 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 369 (2006)

<sup>34</sup> Zasloff, לעיל הערה 32, בעמ' 1839-1840.

<sup>35</sup> לכשיוטל מס מסוג מסוים למשל על תעשיית ייצור הפחם, מחירי הפחם יעלו, והמפעלים הלאומיים יתקשו לעמוד בתחרות עם חברות זרות שאינן כפופות להסדר זה, ואשר עשויות לייבא פחם במחירים אטרקטיביים יותר.

נוסף אשר ישמש את הפוליטיקאים לגבות מהם מס, כאשר בשעת קבלת החלטות, העלאת המס על פליטה עשויה להיות מקור הכנסה נוסף ויעיל לקופת המדינה.<sup>36</sup> לבסוף וחשוב מכול, לעומת קביעת **מידת הפליטה** המותרת, הליך **תמחור הפליטה** כרוך בשיקולים וחישובים נוספים ומורכבים.<sup>37</sup> כדי "ללכוד" את עלויות הפליטה האמיתיות, התחשיב צריך לכלול מרכיבים רבים (אשר חלקם אינם בנמצא) ולביצוע נדרשת מומחיות כלכלית רבה.<sup>38</sup>

### **1.1 רגולציות עדינות ועקיפות – Management & Information Based Regulation**

בעיקר בעידן ממשל קלינטון-גור, נכנסו לתמונה מודלים הנשענים על תפיסה שונה של רגולציה יעילה. Management Based Regulation (MBR) היא רגולציה המבוססת על ההנחה שגופי התעשייה יהפכו לאחראיים יותר מבחינה סביבתית אם יטמיעו בתהליכי קבלת ההחלטות שלהם גם את ההיבט הסביבתי. מודל זה מתבסס על מתן סובסידיות ותמריצים כלכליים לארגונים שיפתחו הליכי בחינה ופיקוח על ההשלכות הסביבתיות של החלטותיהם. הטמעה זו תיעשה בעיקר על ידי שילוב אורגנים ייעודיים של פיקוח וייעוץ סביבתי בשלבים שונים בתהליכי קבלת ההחלטות.<sup>39</sup> ההנחה הייתה שגופי תעשייה אשר יהיו מודעים להשלכות כאמור, יתקשו להתעלם מהן, בין משום הפוליטיקה הפנים-ארגונית ובין מחשש מאחריות או מגופי הפיקוח והביקורת פנימיים.

מודל עם רציונל דומה מטיל חובת דיווח על גופי התעשייה. Information Based Regulation (IRB) הוא מודל המתבסס על חובות דיווח עצמי, איסוף נתונים וחשיפתם לציבור ולמקבלי ההחלטות במאגר נתונים מרכזי.<sup>40</sup> בישראל, למשל, ההסדרה היחידה של נושא פליטת גזי החממה מתגבשת בתזכיר הצעת חוק הגנת הסביבה (מרשם פליטות והעברות לסביבה) לפי מנגנון בשם (Pollutant Release and Transfer Register).<sup>41</sup> מטרתו של המנגנון היא ליצור תמריץ עקיף למקורות זיהום ופליטה לשנות את התנהגותם, ולספק מידע לציבור ולמקבלי ההחלטות.

שני מודלים אלה מתקרבים לתפיסה שרגולציה יעילה ואחראית מבוססת על אמון ושיתוף פעולה עם הרשויות והציבור, ושבה התפקיד העיקרי שימלא הרגולטור הוא סטנדרטיזציה מסוימת של הליכי ניהול מומלצים או קביעת מסגרת של חובות דיווח. עם זאת, מודל ה-MBR נזנח במידת מה, ולא הצליח להביא לתוצאות של ממש,<sup>42</sup> בייחוד עקב אופיו הוולונטרי. לעומת זאת, IBR הוא במידה רבה מודל חלקי,

<sup>36</sup> Gunningham, לעיל הערה 27, בעמ' 186.

<sup>37</sup> קרסין, לעיל הערה 22, בעמ' 151.

<sup>38</sup> Lawrence H. Goulder & Ian W.H. Parry, *Instrument Choice in Environmental Policy*, Resources for the Future, Discussion Paper, 14. (<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/enviro/goulder-Parry-Choice-enviro-instr-2008.pdf>)

<sup>39</sup> Neil Gunningham, Dorothy Thornton, & Robert Kagan, *Motivating Management: Corporate Compliance in Environmental Protection*, 27 LAW & POL'Y 289, 301 (2005)

קרסין, לעיל הערה 22, בעמ' 226.

<sup>41</sup> תשובתו של נציג המשרד לאיכות הסביבה ממאי 2011, בתגובה על שאלתי אם המשרד מתכוון לפרסם תקני פליטה בכל הנוגע לפליטת גזי חממה. ניתן לצפות בהצעת החוק באתר: [http://arabic.sviva.gov.il/PRTR\\_taskir\\_may2011.pdf](http://arabic.sviva.gov.il/PRTR_taskir_may2011.pdf)

<sup>42</sup> Gunningham, לעיל הערה 27, ("The programme attracted far fewer applications than had been anticipated... applicants proposed fewer innovations than EPA had hoped... the approval process took longer than expected... Too high transactions costs, a failure to overcome mutual mistrust, the lack of a statutory base (and a vague definition of 'better' results, have also been identified as particular weaknesses")

אשר מתיימר לתפקד ככלי סיוע להליך הרגולציה יותר מאשר להיות פתרון ממשי, ועל כן אין לו יכולת עצמאית להביא לתוצרים ישירים.

## 2. הזירה הפרטית – רגולציה מוטת השתתפות (או: רגולציה אזרחית)

המושג "רגולציה אזרחית" מכוון למגוון תהליכים המונעים על ידי "התארגנויות אזרחיות" כדי לקדם מדיניות רגולטורית מסוימת, לאוכפה או לעצבה מחדש. תהליכים אלה מונעים לרוב על ידי ארגונים וולונטריים, והאסטרטגיה העיקרית שלהם מתבססת ברובה על הניסיון לעצב דעת קהל ולגייס תמיכה ציבורית רחבה כדי לצבור מספיק כוח אשר יאפשר להציב עמדה חזקה או לגייס את הרשויות לצדם. הכוח העיקרי בידיהם של ארגונים אלה הוא השימוש המתוחכם בתקשורת ובבתי המשפט כדי להעביר את מסריהם ולהשפיע.

רגולציה אזרחית עשויה ללבוש צורות מספר. סוג אחד של פעולות מתבסס על הפעלת לחץ ציבורי ישיר על מוקד הבעיה בעזרת חרם צרכני, תעמולה ציבורית ופעולות מחאה בלתי אמצעיות. במקום לפעול לשינוי הסטנדרט או הכלל הרגולטורי, מטרתן של פעולות אלה היא לגרום לשינוי התנהגותו של הגורם "המפריע" בעזרת התקפה צרכנית ותדמיתית נגד התנהגותו, וכך להביא לשינוי הסטנדרט דה-פקטו.<sup>43</sup> סוג אחר של פעולות מבוסס ברובו על פנייה לבתי משפט מכוח הסדר סטטוטורי. פעולות אלה הן חלק ממודל רגולטורי שלפיו ארגונים וולונטריים ייקחו חלק פעיל בתפקיד הפיקוח על יישום הכלל המשפטי שנקבע והאכיפה שלו.<sup>44</sup> מודלים אלו לרוב מיושמים על ידי מתן הסמכה בחוק לארגונים שונים לתבוע, כפי שלדוגמה נעשה בחוק לשמירת הניקיון או בחוק למניעת מפגעים.

לצד הכוח הטמון בגיוס הציבור ובארגון, מודל הרגולציה מוטת השתתפות בא לידי ביטוי גם בעתירות לשינוי או לביטול סטנדרטים בטענות חוקתיות ומנהליות.<sup>45</sup> אלה מתבטאות לרוב בהתנגדויות לתכניות מתאר או בעתירות חוקתיות נגד הסדרים שנקבעו בחוק או על ידי רשויות מקומיות.

## 3. ליטיגציה רגולטורית – Regulation Through Litigation

רגולציה מוטת השתתפות היא מנגנון רב עוצמה, אך יעילותו מותנית בהשקעה כלכלית ניכרת בגיוס משאבים אנושיים, בפרסום ובניהול אדמיניסטרטיבי. לכן לא בכדי מהלכים אלה זוכים להצלחה בעיקר בעזרת תמיכתם של ארגונים וולונטריים בינלאומיים גדולים. אולם הצורך ברפורמה או בנקיטת פעולה ממשלתית לא תמיד מתעורר בהקשר כה נרחב. זאת ועוד, מידת האפקטיביות של מחאה מסוג זה מותנית בעיקר בהדים הציבוריים שהיא מעוררת. על כן היעדר סיקור תקשורתי, אדישות תעשייתית או היענות ציבורית חלשה עלולים לסכל מהלכים אלה.

מופע מיוחד ואפקטיבי של רגולציה אזרחית, הידוע בשם Regulation Through Litigation, החל להתבסס בתביעות ענק נגד יצרני הטבק והנשק, כאסטרטגיה משולבת להנעה ולעיצוב של תהליכים

<sup>43</sup> לדוגמה, בשנת 1995 התגבשה תכנית של חברת הנפט Shell, בגיבוי הממשלה הבריטית, לפירוק ציוד קידוח במעמקי האוקיינוס באופן אשר הציב סכנה מוחשית לסביבה הימית באזור. ארגון גרינפיס קיבל עליו את המשימה, וארגון קמפיין מדיה משולב וכלל עולמי נגד חברת Shell, אשר נלווה לקריאות לחרם מוצרים ופעולות מחאה פיזיות ומתוקשרות נגד אסדות הקידוח. הארגון לא פנה לפעול נגד הממשלה ולא פנה לבית המשפט אלא השתמש בכוחו לגרום נזק תדמיתית לחברה, והביא למניעת הפעולה ולשינוי הסטנדרט דה-פקטו.

(<http://www.greenpeace.org/international/en/about/history/the-brent-spar>)

<sup>44</sup> ראו לעיל, הערה 22, בעמ' 55.

<sup>45</sup> שם.

רגולטוריים.<sup>46</sup> הרציונל הוא שככל שהשלטון והמערכת הפוליטית נאלצים להתמודד עם בעיות מורכבות ורחבות יותר, וככל ששחקנים רבים וחזקים יותר מעורבים בעניין, כך גלגלי קבלת ההחלטות במוסדות נבחרים (קרי: המחוקק והרשות המבצעת) נוטים להחליד וההליך הרגולטורי "נתקע" בין אינטרסים רבים. מטרתן של תביעות אלה היא להשיב את הסוגיות לשולחן המחוקק על ידי עימות הסטנדרט הסטטוטורי עם הכרעה או רטוריקה שיפוטית שאינה עולה בקנה אחד עמו.

דאגלס קיסר, במאמרו, כינה זאת *Prods and Pleas* – פעולות אשר תפקידן לאותת לשלטון ולשחקנים המעורבים על קיומה של הבעיה, על עוצמתה וממדיה, ועל הדרכים האפשריות לפתרונה. מספרם הרב של השחקנים המעורבים והשפעתן הפוליטית של קבוצות האינטרסים, משאירים את בית המשפט כזירה שבה עדיין יש סיכוי להניע תהליך ש"נחסם" על ידי קבוצות אינטרסים מנוגדות. במישור התיאורטי, "ליטיגציה רגולטורית" היא חלק מתפיסה הרואה בהליך הרגולטורי תהליך סימביוטי, קשוב ודינמי של ניסוי, פיקוח וכוונן.<sup>47</sup> בית המשפט עשוי להיות הפורום היחיד שבו תהליכים אלה יכולים לצמוח ולהתעצב, ושבו המערכת עשויה לתקן את עצמה על ידי הדגשת הדיכוטומיה שבין הסטנדרט או הכלל הרגולטורי לבין עקרונות ההגנה על זכויותיו של הפרט.<sup>48</sup> לפי גישה זו, CCR איננו תהליך יעיל, ולא זו בלבד אלא שהוא תהליך המחמיץ את התפיסה הממשית של הסובייקטים המוסדרים והציבור כחלק ממערכת אחת דינמית ומחוברת. במילים אחרות, כאשר התהליך הרגולטורי אינו מגיב להתפתחויות ערכיות או מדעיות, כאשר הוא סטטי ואינו משקף את מערכת האינטרסים הכוללת החובקת הן את כלל הצרכנים והן את התעשייה – ההליך נכשל.

אולם דומה שטענות אלה מעוררת כמה שאלות מהותיות: האם השימוש בדיני הנזיקין לשם השגת מטרות אלה אינו חורג מהתכלית של תביעות פרטיות? האם אכן תפקידו של ההליך המשפטי הוא לקדם אג'נדה סוציו-פוליטית או להזין את התודעה הציבורית?

אמנם תביעות אלה אינן ממוקדות בפיצוי או בסעד שיפוטי בלבד, אך מצד אחר תכליתן של תביעות אלה אינה "תקשורתית" גרידא. מטרתן אינה לעורר תגובה ציבורית בדומה למנגנונים אחרים הכלולים בקטגוריית הרגולציה האזרחית. בדומה לתפקידן של תביעות פרטיות "קלסיות", ובעיקר תביעות נזיקיות, הציר המרכזי המנחה את הדיון הוא הליך **קביעת האחראיות**, המהווה כשלעצמו יעד חברתי ורגולטורי. כלומר תפיסת ההליך המשפטי כמשרת מטרות נוספות על עצם השגת הפיצוי או הציווי אינה ייחודית לתביעות אלה. לא בכדי מלומדים רבים בנו תיאוריות של הרתעה יעילה סביב התכלית של דיני הנזיקין.<sup>49</sup> יתרה מזו, הרשות עצמה מכירה בהיבט הרגולטורי של תביעות נזיקין. למשל, הסדרים

<sup>46</sup> המושג Regulation Through Litigation לקוח מתיאור שהציע רוברט רייך, שר העבודה בממשל קלינטון, למגמה נרחבת של רפורמות בעידן זה. ראו: Robert B. Reich, *Regulation is Out, Litigation is In*, USA TODAY, Feb. 11, 1999, at 15A

<sup>47</sup> Benjamin Ewing & Douglas A. Kysar, *Climate Change, Courts, and the Common Law*, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 224; Yale Law Journal, Vol. 121, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1749398>

<sup>48</sup> Roger Meiners & Bruce Yandle, *Common Law and the Conceit of Modern Environmental Policy*, 7 GEO. MASON L. REV. 923, 960 (1999) ("The problem that now seems to be more ably addressed by common law is rather simple: Common law allows for damaged parties to recover losses. That is, common law protects the environmental rights of ordinary people. Statute law does not")

<sup>49</sup> John J. Donohue, *The Law & Economics of Tort Law: The Profound Revolution*, 102 HARV. L. REV. 1047, 1048 (1989)

סטטוטוריים שונים בחוק הגנת הצרכן ובחוק איסור לשון הרע מאפשרים לבית המשפט לפסוק פיצויים שאינם תלויים בנזק, לשם המטרה המוצהרת של עידוד אכיפה וציות.<sup>50</sup> הרעיון הוא שהסדרים אלה מיועדים לאפשר לרשות להתגבר על חוסר יכולתה לאכוף הפרות ביעילות. לפיכך גם דיני הנזיקין "הכלליים" מיועדים למעשה להגשים את המטרה הרגולטורית במניעה ובהטלת אחריות לנזק צפוי ובלתי סביר, בין בתביעות קלסיות ובין בליטיגציה רגולטורית.

הנקודה היא שטענת חשיבות "הטוהר" של ההליך השיפוטי, ותפיסת התביעות הרגולטוריות כ"מזהמות", היא שגויה. במקרים רבים מטרתה של התביעה היא להשיג את היעד הרגולטורי של הטלת אחריות על הגורם לנזק צפוי ובלתי סביר, בייחוד כאשר התמודדותה של הרשות עם תחומים אלה תהיה חסרת יעילות ואפקטיביות. לדוגמה, קשה לצפות שהרשות תסדיר את מלוא כללי הזהירות המדויקים הנוגעים לכל הליך רפואי. את הפער הזה בדיוק משלימות תביעות רשלנות רפואית. מלבד תכליתן לפצות נפגע מהתנהגות מעוללת, מטרתן היא גם להסדיר את הסטנדרט הראוי לטיפול רפואי על ידי הטלת אחריות על הגורם לנזק צפוי ובלתי סביר. הבעיה המיוחדת המתעוררת בהקשר של תביעות סביבתיות היא שאמנם מדובר בתחום שבו דווקא הרגולציה היא רצויה (בניגוד להסדרה על ידי הליך משפטי), אך כאשר עקב כשלים בהליך הרגולטורי מוטה הרשות, אין רגולציה או שהיא לוקה בחסר, יש חשש שיסוכל היעד המרכזי שביסוד פעולתה של הרשות. אף שבמקרים אלה בדיוק מתעורר הצורך שתביעות רגולטוריות ישלימו את ההליך, יש חשש שהן יסוכלו בדחייה על הסף מחמת אי-שפיטות והיעדר זכות עמידה. שאלת השפיטות הפורמלית, ואף טענות הנוגעות למורכבות השאלה המשפטית (אשר לא בהכרח נובעות מדוקטרינת השאלה הפוליטית) עלולות למנוע שימוש שכזה בהליך השיפוטי, ובכך יוותרו תחומים שבהם הרגולציה נדרשת כדי למנוע נזק צפוי ובלתי סביר ללא מענה ראוי.

טימותי ליטון, במחקרו על אודות השימוש בתביעות אזרחיות נגד תעשיית הנשק בארה"ב, עמד על מספר נקודות אשר מראות כיצד הן משמשות כלי עזר יעיל לעיצוב מדיניות.<sup>51</sup> בין השאר ציין ליטון את העובדה שבגלל התביעות האזרחיות נגד יצרני הנשק נאסף מידע רב על ממדי התופעה והנפגעים ממנה; נחשפו כמה מוקדי כשל במדיניות הנוכחית; תשומת הלב הציבורית והנזק התדמיתי החלו לעודד רגולציה עצמית של התעשייה; והיווצרות רושם של כשל מוסדי הניחה את הנושא על שולחנם של קובעי המדיניות; וכל זאת הושג אף שרוב פרשות הנשק הסתיימו בלא הטלת אחריות כלל. לדוגמה, פרשת *Halberstam v. S.W. Daniel*<sup>52</sup> עסקה בתביעת רשלנות שהגיש נפגע מירי מאקדח ששווק על ידי חברת SWD. התובע טען שהמשווק התרשל מכיוון ששיטת השיווק שלו, אשר התבססה על שיווק נשק באמצעות הדואר, הביאה להפצת נשק בלא פיקוח לגורמים עברייניים. אמנם התביעה הסתיימה בכישלון הוכחת הקשר הסיבתי, אך

<sup>50</sup> ראו סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, וכן את דברי השר אלי ישי בוועדת השרים לענייני חקיקה שבה אושרה הצעת חוק הגנת הצרכן (פיצוי לדוגמא): "העובדה שהצרכן לא יחויב להוכיח את נזקו, כמו גם העובדה כי בית המשפט, בבואו לפסוק פיצוי לדוגמא, יביא בחשבון שיקולים שונים כגון שיקולי אכיפת החוק, הרתעה מפני הפרתו, עידוד הצרכן לעמוד על זכויותיו והסרת חסמי תביעה, תסייע בצמצום הפער ביחסי הכוחות שבין העוסק לצרכן". הודעות לתקשורת ולעתונות משנים קודמות **אתר משרד התעשייה המסחר והתעסוקה** (10.7.06) ניתן לצפייה ב <http://www.moit.gov.il/NR/exeres/ED0E7617-6566-445E-86BB-D6D1AFBC91B9.htm>

<sup>51</sup> Timothy D. Lytton, *Using Tort Litigation to Enhance Regulatory Policy Making: Evaluating Climate-Change Litigation in Light of Lessons from Gun-Industry and Clergy-Sexual-Abuse Lawsuits*, 86 TEX. L. REV. 1837 (2008).

<sup>52</sup> שם, בעמ' 1848-1849 (פסק הדין בעניין לא פורסם).

נחשף בה כשל במדיניות הפדרלית אשר אפשר אסטרטגיית שיווק כזאת, ותביעה זו הביאה לסופה.<sup>53</sup> יתרה מזו, בתביעות אלה גם התגלו נתונים רבים, כגון שיעור כלי הנשק אשר חדרו לעולם התחתון וגרמו לפגיעות בגוף ובנפש, והאופן שבו התעשייה מנסה להגדיל את רווחיה על ידי ניצול השטחים האפורים שבחוק.

#### ד. המטרד לציבור

אחת הסוגיות הבעייתיות ביותר הכרוכות בשימוש בתביעות משפטיות להשגת יעדים רגולטוריים נוגעת למחלוקת העקרונית באשר לעילת המטרד לציבור המשמשת עילה עיקרית בתביעות אלה. בפרק זה אעמוד על הסיבה לשימוש בעילה זו בליטיגציה הרגולטורית, ואתאר את המחלוקת המתעוררת בעניינה במקרים אלו. השימוש בעילה זו הוא הכרחי, שכן נכון להיום עילת המטרד לציבור היא העילה האפקטיבית ביותר לשימוש בליטיגציה הרגולטורית.

התביעה "הקלסית" של דיני הנזיקין הכלליים, תביעת הרשלנות, בדרך כלל אינה תביעה קלה להוכחה. כדי להצליח בתביעת רשלנות, יש להוכיח נזק מהותי, סטייה מסטנדרט של זהירות או התרשלנות, וקשר סיבתי ביניהם. עילת המטרד לציבור שונה מאוד מכך. עילת המטרד לציבור מאפשרת להשיג פיצוי עקב נזק או ציווי להימנע מפעולות מסוימות אם הוכחו שני יסודות עיקריים: (1) הפרעה בלתי סבירה; (2) לזכות משותפת לציבור.<sup>54</sup> על פי ה-Restatement, קיימות מספר חזקות להיותה של הפרעה לזכות משותפת בלתי סבירה: ההתנהגות מסבה הפרעה של ממש לבריאות, לביטחון או לשלום הציבור; ההתנהגות נאסרה בחוק, תקנה או הוראה מנהלית; ההתנהגות נושאת אופי מתמשך או גורמת לאפקט ארוך טווח, והנתבע יודע או צריך לדעת שיש לה השפעה מהותית על זכות משותפת.<sup>55</sup>

היסוד המרכזי המעניק יתרון לתביעת מטרד לציבור הוא שבשונה מדרישת הוכחת ההתרשלנות בתביעת רשלנות, עילת המטרד היא עילה בעלת רקמה פתוחה אשר יכולה "לכסות" מספר רב של התנהגויות ולא בהכרח התרשלויות. הוכחת התרשלנות או סטייה מסטנדרט של זהירות היא קשה להוכחה, ואילו הוכחת הפרעה של ממש לבריאות הציבור או לביטחונו היא טענה פשוטה יותר להוכחה. למשל, קשירה סיבתית בין הפצת נשק לבין פגיעה מירי עבריני היא כמעט בלתי אפשרית. כך גם הוכחת הסטייה מסטנדרט הזהירות כאשר מפיץ נשק פועל כחוק, וכאשר רבים פועלים כמותו היא מטלה מורכבת עוד יותר. לעומת זאת, הטענה שהתנהלותו המסחרית של המפיץ (הפועל לפי החוק) עולה כדי איום על שלום הציבור היא טענה רציונלית ופשוטה יותר. נקודה זו מביאה לטעם העיקרי להעדפת השימוש בעילת המטרד לציבור על פני עילות אחרות. בעילת מטרד לציבור, גם כאשר נתבע עשה כל שביכולתו כדי למנוע נזק, וגם כאשר הוא פעל כחוק ולפי כל ההוראות המנהליות, התנהגותו עדיין יכולה לעלות כדי מטרד לציבור.

לפיכך עילת המטרד לציבור היא העילה הפופולרית ביותר בקרב "התביעות הרגולטוריות". כאשר יוצר הסיכון פועל בדרך לגיטימית על פי הסטנדרט הרגולטורי, תביעת המטרד לציבור היא אחד האמצעים היעילים ביותר לתקיפת הסטנדרט בעקיפין. מטרת עילת המטרד לציבור בתביעות אלה היא להביא לידי

ש.ם. 53  
REST 2d TORTS § 821B(1) ("A public nuisance is an unreasonable interference with a right common to the general public") 54  
REST 2d TORTS § 821B(2) 55

"אבסורד", שלפיו נתבע פועל כחוק לפי הסטנדרטים המקובלים, ובכל זאת בית המשפט קובע שמיצת הסיכון הגלום במעשיו לשלום הציבור ובריאותו גדולה כל כך עד שהוא מורה להימנע או לחדול מהם. על כן הסיבה לכך שהמטרד לציבור הוא עילה כה מובהקת בתביעות אלה, היא גם הסיבה לדחייתו.

### 1. הטענה כנגד התביעות הרגולטוריות: האם המטרד לציבור הוא שאלה פוליטית?

כפי שצוין, המכשול העיקרי להצלחת תביעות אלה הוא שאלת השפיטות וזכות העמידה לאור דוקטרינת השאלה הפוליטית. כמה טענות מרכזיות כנגד תביעות אלה מבוססות על ההנחה שהמטרד לציבור (באופן שבו תביעות אלה משתמשות בו), הוא כשלעצמו מגדיר את השאלה כשאלה פוליטית בלתי שפיטה.

ראשית, ויותר מכול, בשונה ממטרד ליחיד או מתביעת רשלנות, השאלה המרכזית הנדונה בעילת המטרד לציבור היא אם התנהגות הנתבע עולה כדי "הפרעה בלתי סבירה לזכות משותפת לציבור". הטענה היא שעילה זו, מעצם הגדרתה, כבר מגלמת בתוכה את ההיבט הציבורי של ההכרעה. שאלת המטרד לציבור טומנת בחובה את הקביעה שזכות מסוימת היא משותפת לכלל הציבור וכי פעולת הנתבע מפריעה לזכות זו. עילה זו עשויה להיראות "תמימה" בהקשרה הקלסי, אולם כאשר מדובר, לדוגמה, בתביעות נגד יצרני טבק, הקביעה כי שיווק טבק בלא אזהרה הוא פעולה המפריעה לשלומם של הציבור בכללותו היא קביעה המגלמת, מניה וביה, היבט רגולטורי מובהק.

לפיכך תומס מריל מציין שאי-אפשר להתעלם מהעובדה שתביעות מסוג זה כבר חורגות מתכליתת של עילת המטרד, ומשקפות ניסיון מפורש לתקן או לשנות את המדיניות הפוליטית הנוגעת לנושאים אלה.<sup>56</sup> טענתו של מריל היא שתביעות אלה אינן מתיישבות עם התכלית המסורתית של המטרד לציבור, וכי האפשרות ליישם במקרים אלה, מבחינה לשונית, את העילה הקלסית מהמשפט המקובל, אין פירושה שיש לעשות כן, שכן בתי משפט אינם צריכים לעסוק בשאלות סוציו-פוליטיות מובהקות כתחליף לחקיקה.<sup>57</sup> לדעת מריל, בהתעלם מאופייה הפוליטית של השאלה, זו פשוט סמכות שהמחוקק לא הקנה לרשות השופטת. אמנם מריל צודק במידה מסוימת, אך מכל מקום בשולי הדברים אעיר כי לדעתי טיעונו תקף כל עוד מדובר בתביעה לצו עשה או אל תעשה, בשונה מתביעת פיצויים.<sup>58</sup> אמנם המטרד נוגע לשאלת הפגיעה בזכות המשותפת לציבור, אך עדיין עילת המטרד לציבור נסבה על השלכות האיום הצפוי, יותר מאשר ההתנהגות המעוולת עצמה, ולפיכך מטרת התביעה עדיין מתיישבת עם תכלית המסורתית של עילת המטרד לציבור ועם העיקרון המונח בבסיס דיני הנזיקין לפצות את מי שנפגע מהתנהגות מעוולת בלתי סבירה.<sup>59</sup>

זאת ועוד, לפי הגישה הכלכלית – התיאוריה הנורמטיבית הדומיננטית ביותר בשלושים השנים האחרונות בארה"ב –<sup>60</sup> השאלה המרכזית העומדת לדין היא אם התועלת המצרפית הנובעת מהתנהגותו של יוצר הסיכון עולה על הנזקים שהוא גורם (או עתיד לגרום).<sup>61</sup> לפי תיאוריות אלה, תביעות שינויי

<sup>56</sup> Merrill, לעיל הערה 4.

<sup>57</sup> שם ("Public nuisance is not, and never was, a tort").

<sup>58</sup> Alice Kaswan, *Domestic Response to Global Climate Change: What Role for Federal, State, and Litigation Initiatives*, 42 U.S.F. L. REV. 39, 92 (2007)

<sup>59</sup> Douglas A. Kysar, *What Climate Change Can Do About Tort Law*, 41 ENVTL. L. 1, 26-27 (2011)

<sup>60</sup> John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Torts as Wrongs*, 88 TEX. L. REV. 917, 921 (2010)

<sup>61</sup> GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS*. (1970)

האקלים מתמודדות עם מורכבות תיאורטית ופרקטית עצומה.<sup>62</sup> אין ספק שלבית המשפט אין הכלים הדרושים כדי לבחון את העלויות הכרוכות במניעת הפליטה או בהפחתתה. מרחב השיקולים אשר בית המשפט צריך להביא בחשבון לפי הגישה הכלכלית מוציא למעשה את השאלה המשפטית מהקשרה הספציפי ומעבירה למתחם רגולטורי מובהק. לפיכך אפשר להבין מדוע בתי משפט נאלצים לקבוע ששאלות אלה נוגעות לשיקולים פוליטיים-רגולטוריים השמורים למחוקק.<sup>63</sup>

לבסוף, בשונה מתביעת רשלנות, עילת המטרד לציבור אינה מעניקה חסינות גם אם אדם נקט את כל אמצעי הזהירות הסבירים העומדים לרשותו. התנהגותו עדיין יכולה לעלות כדי מטרד לציבור. לפיכך יש הטוענים שעוללת המטרד לציבור, שאינה תלויה באשמה, משקפת רציונל של אחריות חמורה,<sup>64</sup> בדומה לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים או חוק האחריות למוצרים פגומים, המבוססים על שיקולים של מדיניות ציבורית.<sup>65</sup>

המענה המרכזי לטענות אלה הוא שתפיסת המטרד לציבור כמסלול עוקף רגולציה עלולה להסוות את עקרונות היסוד של המשפט הפרטי העומדים ביסוד העילה. למשל, תפקיד ההליך האזרחי הוא לספק פרום ומנגנון פרוצדורלי שבו יוכלו מי שסבלו נזק להתמודד פנים מול פנים עם מי שסיכנו אותם, ולא דווקא עם אינטרס הציבור כולו או עם הרשות האמונה על אינטרס זה. זאת ועוד, מהותו של ההליך היא אחרי הכול תיקון התוצאות השליליות של מעשה עולה לפי עקרונות הצדק המתקן.<sup>66</sup> נוסף על כך, מטרת ההליך היא לבסס את עקרונות ההגנה על האזרח מפני נזק עולתי תוך חיזוק עקרונות השוויון והאחריות בחברה.<sup>67</sup> כלומר מלבד ההיבט הציבורי של המטרד לציבור, יש לו גם היבט פרטי ייחודי. קיומו של ההיבט הפרטי, למצער, מצדיק את הדיון בשאלה המשפטית לגופו של עניין. תביעות אלה בלאו הכי מתמודדות עם קשיים מהותיים, אולם דחייה על הסף עלולה לערער עקרונות אלה ולמנוע מנפגעים את הפרוים היחיד שאליו הם יכולים לפנות.<sup>68</sup>

טענות נוספות העולות באשר להכרעה בתביעות אלה מתבססות על היעדר הכשירות המוסדית של השופטים לדון בהן, ויותר מכול, היעדר המנדט הדמוקרטי לקבל הכרעות בנפח כזה.<sup>69</sup> מנגד, יש הגורסים כי במקום שבו החוק הפדרלי שותק, המטרד לציבור מספק חלופה זמנית, ובלאו הכי המחוקק יכול בכל עת לחוקק ולהסדיר את הנושא.<sup>70</sup> לדעתי, תפיסת בית המשפט כגוף חסר מומחיות היא תפיסה מיושנת. בתי המשפט כיום מגיעים להכרעות סבוכות בנושאים כגון רשלנות רפואית או קניין רוחני וטכנולוגיה בעזרתם של מומחים הממלאים את החסר, ובכך מצטמצם הפער בינם לבין גופי רגולציה אחרים.

62 Thomas W. Merrill, *Global Warming As a Public Nuisance*, 30 COLUM. J. ENVTL. L. 293, 329  
63 Zaslloff, לעיל הערה 32, בעמ' 1832.

64 Henry E. Smith, *Exclusion and Property Rules in the Law of Nuisance*, 90 VA. L. REV. 965 (2004)

65 רונן פרי "מהפך או מפיץ? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" **עיוני משפט** כח(1) 147 (2004).

66 Brief Amici Curiae of tort law scholars in support of respondents, 4, *AEP v. Connecticut*, 2011 WL 2437011 (2011)

67 שם.

68 Kaswan, לעיל הערה 58, בעמ' 104-106.

69 בית המשפט העליון דן בסוגיה זו וקבע שהשאלה אינה עומדת לדיון במקרה הנדון, כי אם שאלת הסמכות לדון בשאלה. ראו: Alice Kaswan, *Parsing the AEP v. Connecticut Argument: Did the Court Ask the Right Questions?* CPRBlog (21.4.2011) <http://www.progressivereform.org/CPRBlog.cfm?idBlog=77EB8E98-EE55-7C16-D187FFF0A47426EE>

70 Kirsten H. Engel, *Harmonizing Regulatory and Litigation Approaches to Climate Change Mitigation: Incorporating Tradable Emissions Offsets into Common Law Remedies*, 155 U. PA. L. REV. 1563



## ה. תפיסה חדשה של רגולציה והערך המוסף של התביעות הרגולטוריות

בפרקים הקודמים עמדתי על החשיבות והיתרונות שבמנגנון התביעות הרגולטוריות. הדגשתי את חשיבות החיזוק של עקרונות האחריות ההדדית, היתרונות שבהליך המאפשר איסוף אינפורמציה, והיעילות הגלומה בתביעות אלה. אולם טענות אלה עדיין אינן מספיקות כדי להניע את בתי המשפט לדון בשאלות פוליטיות-כלכליות מורכבות. עם זאת, ניתן להביט בתביעות אלה מנקודת ראות אחרת. ליתר דיוק, נקודת הראות האחרת אינה נוגעת אך לאופן שבו תביעות אלה עשויות להשתלב בהליך הרגולציה, אלא לאופן שבו אנו תופסים את מהותו של הליך הרגולציה עצמו. כפי שצינתי בפרקים הקודמים, התפיסה של הליך הרגולציה כהליך אטומיסטי ומבודד, במידה רבה, נתנה כבר את סימני כישלונה. לעומת זאת, תפיסת הליך הרגולציה כהליך דינמי ומשותף שבו הציבור והתעשייה לוקחים חלק פעיל ומשמעותי, עשויה להאיר תביעות אלה באור אחר. החלופות שהתגבשו להליך הרגולציה הקלסי – רגולציות המבוססות על ביצועים (PBR), על איסוף מידע (IBR) ועל ניהול נכון (MBR), עשויות להצביע על מגמה אחרת שבה לציבור יש חלק חשוב יותר בהליך. תפיסת הליך הרגולציה כהליך משותף ודינמי יכולה להעלות קו אחר של טענות בזכות התביעות הרגולטוריות והדיון בהן.

הליך רגולטורי דינמי ומשותף מבוסס על מערכת יחסים בין שלושה צדדים: (1) הציבור; (2) התעשייה; (3) הרגולטור. בפרק זה אנסה להראות כיצד התביעות הרגולטוריות עשויות למלא תפקיד חיוני ומשלים במערכת היחסים שבין צדדים אלה לפי התפיסה המוצעת. ההכרה בתפקידן של תביעות אלה בתוך ההליך הרגולטורי בתפיסתו החדשה עשויה להוות בסיס איתן להדיפת טענות היעדר זכות העמידה ואי-השפיטות הפוליטית.

### 1. מודעות הציבור

מגוון כלים פותחו בשנים האחרונות כחלק ממגמת שיתוף הציבור בהליך המנהלי, אולם כלים כגון חובות היוועצות או הכרה בזכויות התנגדות לעתים אינם מספיקים.<sup>71</sup> שיתוף אמיתי של הציבור מותנה בהיותו מיוזע ומאוגד. הפגמים בהליך המנהלי או בתוצאתו לא תמיד חשופים או ניתנים לזיהוי בעת היווצרותם. כדי להשתתף בהליך, על הציבור להיות מיוזע, להכיר את הגורמים העלולים לסכן את זכויותיו ואת השחקנים המעורבים. הפרקטיקה המשפטית יוצקת את התוכן העקרוני לחובות החברתיות המגדירות אימתי התנהגות מסוימת מציבה סיכון גבוה יתר על המידה שאל לציבור לקבל.<sup>72</sup> הקביעה שפליטה של גזי חממה היא מטרד לציבור אינה מסתכמת בזכאות לתרופה, אלא בהכרזה שהתנהגות זו מסכנת את הבריאות, השלום או הביטחון של הציבור במידה לא סבירה, או למצער שיש דברים בגו.<sup>73</sup> הדיון המשפטי בשאלה אם התנהגות מסוימת מסוכנת לבריאות הציבור, המצטרף לרטוריקה שיפוטית המסרבת להישאר אדישה לסיכון, עשויים להביא את הציבור לידי התובנה שיש אפשרות סבירה שתופעה מסוימת מאיימת עליו באופן לא צודק ולא הוגן.<sup>74</sup> תובנה זו מאפשרת לציבור להיות מיוזע ולהבין שכנראה מתרחש כאן

<sup>71</sup> דפנה ברק-ארז "האתגר הדמוקרטי של המשפט המנהלי" עיוני משפט כד(2) 369, 377 (2000).

<sup>72</sup> Gregory C. Keating, *Is Tort a Remedial Institution?*, U.S.C. Law Legal Studies Paper No. 10-10, available at [http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=16336](http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=16336)

<sup>73</sup> Ewing & Kysar, לעיל הערה 47, בעמ' 51-52.

<sup>74</sup> ראו, לדוגמה, כיצד בעניין האנטנות הסלולריות, על אף הקשיים הראייתיים, והדיון העיקרי בשאלות המנהליות, לאורך כל הדרך העבירו בתי משפט מסר של רצינות בכל הנוגע לטענות המהותיות: "איני דורשת מן התובעים יותר מכך, כפי

משהו שאינו תקין.<sup>75</sup> תובנה זו מחייבת את הציבור להתאגד ולפעול כדי לברר אם אכן נשקפת לו סכנה ואם זכויותיו נפגעות או עשויות להיפגע.

זאת ועוד, גם אם נמצא שנתבע אינו אחראי לנזק ספציפי, קשה לנתק את הקשר "הסיבתי", במובן היותר רחב שלו, בין היווצרות הסיכון לפעולותיו של הנתבע. במילים אחרות, לסיכון יש שם וכתובת. אף אם לא הוכח קשר סיבתי בין פעולות הנתבע לנזק, הנתבע עדיין עלול לשאת בחותמת של גורם המסכן את הציבור. במקרים אלה, משנוצרה יריבות כלשהי בין הנתבע לציבור, כוחו של ציבור מאוגד ומיודע עשוי לגרום לנתבע להפנים מצב זה ולפעול לשיפורו.

### 3. המסר לרגולטור

המערכת הרגולטורית בנושא שינוי האקלים היא סבוכה ומערבת אינטרסים כלכליים ופוליטיים רבים.<sup>76</sup> מערכת של איזונים ובלמים מונעת מרשות ציבורית לפעול בהזמנה, באופן חד-צדדי או לא מבוקר, אולם הלחץ מצד הציבור בתביעות אלה נועד לרפא בדיוק את הפגם שהיא עלולה ללקות בו: האיזונים והבלמים עשויים להביא לשיתוקה.<sup>77</sup> הדיון בשאלות המשפטיות המהותיות העולות במקרים אלה עשוי לחשוף את הפער בין עקרונות יסוד משפטיים המגנים על היחיד מפני נזק, לבין התנהלות הרשות המוסמכת, אשר במחדלה מאפשרת הלכה למעשה נזק זה.<sup>78</sup> כאשר פער זה בולט לעין, בעיקר מדיון של הרשות השופטת, המחוקק אינו יכול להישאר אדיש לו.

זאת ועוד, לעתים אחת הבעיות היסודיות בסוגיות אלה היא זמינות המידע. אינני סבור שלפני עשרים שנה מרבית חברי הקונגרס הבינו את ממשות הסיכון הכרוך בתופעת ההתחממות. לא תמיד הרגולטור והרשויות מודעים למהות הנזקים הנגרמים ולהשלכות העתידיות של המדיניות הנוכחית. הדיון בתביעות אלה עשוי לחשוף מידע שאיש אינו מחפש, ולעודד ארגונים פרטיים וולונטריים להשקיע משאבים באיסוף ובמחקר. כפי שראינו באשר לפרשות יצרני הנשק, המידע הנאסף בתביעות אלה הוא לעתים מקור המידע היחיד המשמש את קובעי המדיניות, אשר מעולם לא נחשפו לו.

### 3. המסר לתעשייה

אחת הטענות כנגד השימוש בעילת המטרד לציבור או בטענות נזיקיות אחרות בתחומים רגולטוריים היא טווח ההשפעה והתחולה העצום של תביעות אלה. קביעה שתחנת כוח פחמית מסבה מטרד לציבור עלולה להיות תקדים מחייב לכל תחנות הכוח הפחמיות, ומנגד לפגוע בוודאות המשפטית אם ערכאה מסוימת

שציינתי לעיל, הוכחה כדי 50% ומעלה אינה ברת השגה בתחום זה. די לי בכך שהתובעים הצליחו להצביע על כך שיש סיכוי סביר לסכנה מאותן אנטנות... על פי החומר שבפני, הייתי מתפלאה אם מי מטעם הנתבעים היה מוכן לגדל את ילדיו בביתם של התובעים." (תא י-ם) 7359/03 **מישל פינגר נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 24.2.2009) ולעומת זאת ראו: בש"א 8911/08. גם בפרשת **גרמן** נדונה השאלה העקרונית אם הליך פריסת האנטנות הסלולריות ראוי להיות נתון לביקורת ציבורית. השאלה המשפטית נסבה על פרשנות החוק, אשר מתיר לכאורה פריסה של אנטנות מסוימות "בהליכים מזורזים": "פרשנות זו לחוק מתיישבת גם עם ההגנה על אינטרסים נוספים הבאים לידי ביטוי בחוק התכנון והבנייה ובתקנותיו, והם, בין היתר, לאפשר מתן הזדמנות לציבור להתנגד לבקשה להיתר ודרישה לחתימתם של בעלי דירות בבית משותף, אשר האינטרס הישיר והמידי שלהם עלול להיפגע. על כן, מן הראוי הוא שיהיו שיקולים כבדי משקל ושיקולי מדיניות אשר נלקחים בחשבון ויינתן להם ערך החברתי והציבורי, לעומת אינטרסים כלכליים של סקטור מצומצם." (עפ"א (ת"א) 80217/06 **גרמן נ' סלקום ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 22.5.2008))

*Barasich v. Columbia Gulf Transmission Company*, 467 F. Supp. 2d 676 (E.D. La. 2006) ("By all accounts, coastal erosion is a serious problem in south Louisiana. [P]erhaps a more focused, less ambitious lawsuit between parties who are proximate in time and space, with a less attenuated connection between the (defendant's conduct and the plaintiff's loss, would be the way to test their theory")

Meiners & Yandle, לעיל הערה 48, בעמ' 956-995.

Ewing & Kysar, לעיל הערה 47, בעמ' 13.

שם, בעמ' 10-8.

תטיל אחריות והאחרת תפטור ממנה.<sup>79</sup> אולם היתרון בתביעות אלה הוא שעצם ההתחוות של הליכים משפטיים עשוי לגרום לתעשייה להפנים את הסיכון שבעתיד הקרוב ייתכן שהיא תישא באחריות. מהלך זה עשוי להכשיר את הקרקע לרגולציה מתאימה ולמנוע הפתעות. המסר שהתביעה נושאת עשוי לאפשר לתעשייה להיערך מבעוד מועד ואף לנסות לשתף פעולה עם הציבור.

יתרה מזו, במקרים מסוימים עשוי בית המשפט לקבוע, ולו רטורית, שהנתבע חב "חובת זהירות" כלפי הציבור, אף אם לא הוכח שהוא שגרם לנזק, אלא אך גרם לסיכון. כפי שצוין לעיל, אף אם הנתבע לא נמצא אחראי מבחינה משפטית לנזק, אי-אפשר להתעלם מהיריבות שנוצרה בינו לבין הציבור. לפיכך מסר מסוג זה – מסר של חובת זהירות ואחריות – יכול לאלץ את הנתבע לפעול לשיפור תדמיתו ולתיקון פעולותיו.

## ו. סיכום

פרשת **קונטיקט**, כפי שהיא נתפסת בהקשרה המוסדי הרחב יותר, יכולה להמחיש למעשה את אחת המגמות החשובות בהתפתחותה של רגולציה יעילה. התפיסה שההליך הרגולטורי הוא חלק ממערכת "פתוחה", שבה יש לציבור ולקהילה חלק חיוני, מחייבת מתן אפשרות לבני הקהילה ולבנותיה להעמיד לדיון שיפוטי את הסיכון שהם נחשפים אליו, ולחייב בכך הן את התעשייה והן את הרגולטור להביא סיכון זה בחשבון. כפי שראינו, תפיסות דומות מחלחלות למאגר הפתרונות של קובעי המדיניות, מתוך ההכרה בכך שתפיסת הרגולציה כהליך הנתון לסמכותה הבלעדית והייחודית של הרשות, מביאה למעשה למיצוי לא יעיל של משאבים, למחסור במידע חיוני, ולניהול סיכונים לקוי.

הטענה המרכזית שביקשתי להעלות היא שהתביעות הרגולטוריות בכלל, ותביעות המטרד לציבור בפרט, מעלות שאלות קשות הנוגעות לשיקולים פוליטיים, כלכליים וחברתיים רחבים. עם זאת, אי-אפשר להתעלם מהתרומה הייחודית שלהם לגיבוש המדיניות, אשר ייתכן שלא הייתה מצליחה לחדור לסדר היום של קובעי המדיניות בדרך אחרת. אמנם הסוגיות שבית המשפט צריך להידרש להן בהליך זה עשויות לחרוג מתחום שיקול הדעת השיפוטי, אך מתוך הכרת חיוניות השמעת קולו של הציבור בהליך הרגולטורי, והאופן הייחודי שבו תביעות אלה מאפשרות לו חלק בו, קשה להצדיק את דחייתן על הסף. קשה להצדיק הימנעות מדיון מהותי שבו יותר מבכל הליך אחר אפשר לחשוף בפורום רשמי את המונח על הכף. האם המדיניות הנוכחית הלכה למעשה מאפשרת לשחקן מסוים לסכן את בריאותו של הציבור? האם המדיניות כושלת? האם דה-פקטו היא מצליחה לעמוד בעדיה? האם יש בחוק שטח אפור המאפשר את הפגיעה בשלומו של הציבור?

התביעה הרגולטורית, בעזרת הברור היסודי של שאלות אלה, ובעזרת המידע שנאסף ונחשף בהליך, מסוגלת להשלים את ההליך הרגולטורי במובנו הרחב ולייעל אותו. את המילה האחרונה יאמר המחוקק, אך אפשר, למצער, להקים במה שיכולה לצמצם מצבי שיתוק רגולטורי, ובכך לאפשר לרשות המחוקקת והמבצעת להגיע להחלטות יעילות, מודעות ומושכלות, ולהכיר ביעילותו של הליך רגולטורי דינמי ומשותף. לדעתי, אפשר לראות בהחלטת בית המשפט העליון האמריקני אישור עדין של מנגנון זה, אך ייתכן שזה כל מה שנדרש.

<sup>79</sup> Kaswan, לעיל הערה 58, בעמ' 101.

למען האמת, החלטת בית המשפט הייתה מוצדקת. בפרק הזמן שחלף בין מועד הגשת התביעה בערכאה הדיונית לבין מועד הדיון בבית המשפט העליון, הפעילות הרגולטורית הנוגעת לעניין שינוי האקלים כבר התגבשה לכדי מדיניות ברורה. אולם הצעד החשוב ביותר אשר בית המשפט עשה היה הקביעה שלא מדובר בשאלה פוליטית בלתי שפיטה. יתרה מזו, בית המשפט אף ציין שדרך של תביעות מסוג זה בערכאות המדינתיות עדיין פתוחה. במילים אחרות, בית המשפט קבע שסוגיות אלה אינן שאלות פוליטיות, אלא שאלות משפטיות. בקביעה זו בית המשפט פתח את הפתח לדיון מהותי ליישום העקרונות המשפטיים ולבחינת היסודות הראייתיים והעובדתיים של ההליך הרגולטורי, הרגולציה עצמה והשפעתה על הציבור. בקביעה זו העניק בית המשפט לציבור כלים שעשויים לאפשר לו לקחת חלק ביקורתי ופעיל בהליך הרגולטורי בתפיסתו הרחבה יותר, ולתת ביטוי לאינטרסים שלו בפורום רשמי וציבורי.