

למכירה: זכויות והטבות ציבוריות

מאת

צילי דגן * וטליה פישר **

תקציר

המאמר בוחן את שאלת העבירות של זכויות ושל הטבות שהמדינה מקנה לפרטים, דוגמת הטבות מס, זכויות הצבעה, מכסות זיהום, או זכויות דיוניות וראייתיות בהליכים שיפוטיים. ההתייחסות המקובלת לזכויות ולהטבות הללו היא מהפרספקטיבה האנכית – דרך נקודת המבט של מרקם היחסים שבין הפרט למדינה. המאמר מסיט את נקודת המבט לזווית האופקית ולמרקם היחסים ששורר בין פרטים. המחברות בוחנות את השאלות אם, מתי וכיצד יש לאפשר לפרטים לסחור ביניהם בזכויות ובהטבות שהמדינה מעניקה. בכך המאמר תורם לשני גופי ידע: ראשית, הוא מרחיב את גבולות השיח על עבירות מעבר לזירות המסורתיות של "עסקות אסורות" (Taboo Trades)¹ כמו סחר באיברים או פונדקאות. הבחינה של סוגיית העבירות מחוץ לזירות המסורתיות הללו משכללת את ההבנה של מוסד משפטי וחברתי זה, ומחייבת לזנוח את ההמשגה הבינארית של העבירות כשאלה של "כן או לא" (תוך הכרה בספקטרום של קטגוריות ביניים לאורך ציר העבירות). שנית, המאמר מרחיב את נקודת ההסתכלות על הטבות ועל זכויות ציבוריות. בבוחנו את שאלת עבירותן בין פרטים, המאמר חושף את הפוטנציאל הגלום בזכויות ובהטבות הללו ככלים לקידום מדיניות חברתית. המסגרת האנליטית שהמאמר מספק מיושמת על דוגמאות המצויות על סדר היום הישראלי.

* פרופסור למשפטים באוניברסיטת אוקספורד, אנגליה ובפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** פרופסור מן המניין ומופקדת הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אנני ופול ינוביץ בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

¹ תרגום המונח לעברית הוא של המחברות. ככלל, כל התרגומים המופיעים במאמר הם תרגומים של המחברות, אלא אם צוין אחרת.

3	הקדמה.....
6	א. אבני הבניין הנורמטיביות של עבירות.....
8	1. יעילות.....
9	2. חלוקה.....
11	3. אוטונומיה.....
13	4. אישיותיות (Personhood).....
15	5. השתתפות דמוקרטית.....
16	6. מאבני בניין לבנייה של משטרי עבירות.....
17	ב. תפיסה לא-בינארית של עבירות.....
20	1. מכירה בלתי-מוגבלת: מכסות זיהום.....
21	2. מכירה מוגבלת: עידון המנגנון של העברת מכסות הזיהום.....
22	3. חליפין מוגבלים: הסדר טיעון.....
23	4. סחר חליפין בלתי-מוגבל: שוברים לבתי ספר.....
25	5. מתנה בלתי-מוגבלת: הזכות להגיש תביעה.....
27	6. מתנה מוגבלת: פטור מגיוס.....
29	7. אי-עבירות: זכויות הצבעה.....
32	ג. הטבות מס עבירות.....
33	1. מנגנוני מס עבירים.....
36	2. הבסיס הנורמטיבי של ארגוני צדקה.....
38	(א) מכירה בלתי-מוגבלת של הטבות מס בגין תרומה.....
44	(ב) מכירה מוגבלת של הטבות בגין תרומות.....
45	(ג) מתנות מוגבלות של הטבות בגין תרומות.....
46	סיכום.....

הקדמה

בבחירות 2000 לנשיאות ארצות הברית,² הופיעו באתרי אינטרנט פופולריים מודעות שקראו למצביעי מפלגת הירוקים ממדינות "מתנדדות" כמו ויסקונסין, אורגון ופנסילבניה "להחליף" את קולותיהם עם מצביעי המפלגה הדמוקרטית במדינות רפובליקניות מובהקות דוגמת טקסס.³ הרעיון שעמד מאחורי היוזמות הללו היה לשפר את סיכוייו של אל גור לזכות באלקטורים במדינות המתנדדות, תוך שמירה על חלקן של ראלף נאדר בהצבעה הלאומית, למטרות מימון מפלגתו.⁴ במדינת ישראל הועלו הצעות דומות הנוגעות ל"תרומת" קולות לתושבי מזרח ירושלים ולמבקשי מקלט נטולי זכות הצבעה.⁵ תופעות של העברה בין פרטים של זכויות או של הטבות שהמדינה מעניקה אינן ייחודיות לזירה של זכויות ההצבעה. במדינת ישראל מתקיים כיום סחר ברישיון להפעלת מונית ("מספר ירוק"), פרקטיקה שהבשילה לאחר התפתחות שוק שחור בראשית ימי המדינה.⁶ גם בתחום היתרי העבודה עבור עובדים פלסטיניים בענפי הבנייה והחקלאות התקיים בעבר סחר בין מעבידים פוטנציאליים. במדינות רבות ברחבי העולם מונהג סחר במכסות זיהום, בין מזהמים שאינם מנצלים את המכסות שעומדות להם במלואן לבין כאלה שמבקשים לחרוג מהמכסה שהוקצתה להם מראש,⁷ והדוגמאות עוד רבות.

המדינה מעניקה שורה ארוכה של זכויות ושל הטבות ליחידים, ובהן אלה: זכויות הצבעה, הטבות מס, רישיונות לזהם, זכות גישה לערכאות וזכויות דינויות וראייתיות בהליך השיפוטי, זכות לחינוך ציבורי, ועוד.⁸ לשם הפשטות, אנו מכנות את מכלול

² אזרחי ארצות הברית בוחרים את נבחריהם לסנאט ולבית הנבחרים באופן שלכל מדינה (state) יש שני סנאטורים ומספר שונה של נציגים בבית הנבחרים, בהתאם לגודל האוכלוסייה במדינה. כלל הנבחרים של המדינה הם האלקטורים שלה. האלקטורים בוחרים את הנשיא, והאופן שבו יצביעו מוכתב מתוצאות הבחירות בכל מדינה. העיקרון הוא "המנצח לוקח הכול" (winner takes all), ועל פי עיקרון זה המועמד שקיבל את המספר הגדול ביותר של הקולות במדינה מסוימת לוקח את כל האלקטורים של אותה מדינה. להסבר מורחב, ראו עופר קניג "אמריקה בוחרת" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (29.9.2020) <https://www.idi.org.il/articles/32583>

³ ראו Marc J. Randazza, *The Constitutionality of Online Vote Swapping*, 34 LOY. L. REV. 1297, 1302-6 (2001), הדן באתרי אינטרנט שתמכו בהחלפת קולות במהלך הבחירות לנשיאות בשנת 2000.

⁴ שם, בעמ' 1303.

⁵ ראו חגי מטר "עשרות ישראלים תורמים את קולותיהם לפלסטינים ולמבקשי מקלט" **שיחה מקומית** <https://katzt.net/685a4c> (15.3.2015).

⁶ בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נו(1) (2002).

⁷ ראו Andrew M. Wolman, *Effluent Trading in the United States and Australia*, 8 GREAT PLAINS NAT. RESOURCES J. 1, 7-9 (2003) המספק היסטוריה קצרה של סחר בזיהום.

⁸ ראו Lee Anne Fennell, *Adjusting Alienability*, 122 HARV. L. REV. 1403, 1410-11 (2009); Susan Rose-Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 COLUM. L. REV. 931, 936-37 (1985). מובן שהגדרת מאפיינים אלו כהטבות, ולא

הזכויות וההטבות הללו בשם: "זכויות ציבוריות" (Public Entitlements). ישנו מנעד באשר לעבירות של הזכויות הללו. מחד, העברה של זכויות כמו הזכות לחופש ביטוי או זכות הבחירה תמורת כסף תיחשב לטאבו מוחלט. מאידך, ההתייחסות אל זכויות כמו מכסות זיהום היא כאל נכס עובר לסוחר. מאמר זה יוקדש לבחינה של סוגיית העבירות⁹ של זכויות ציבוריות.

עד כה עיקר ההתמקדות התאורטית והדוקטרינרית בזכויות ציבוריות נגעה לנקודת המבט האנכית, המתקיימת בין המדינה לפרט.¹⁰ מאמר זה, לעומת זאת, יבקש להעתיק את נקודת המבט לפרספקטיבה האופקית, ולהתמקד בעבירות של זכויות ציבוריות בין פרטים. בכך יתאפשרו תובנות חדשות הן בנוגע למוסד העבירות והן בנוגע לתפקידן של זכויות ציבוריות ככלים לקידום מדיניות.

כדי לבאר את הדברים נפתח בשכלול ההבנה של מוסד העבירות. המחקר הקיים בתחום העבירות מוקדש בעיקרו לטיפול בזירות המכונות "עסקאות אסורות" (taboo trades) דוגמת פונדקאות וסחר באיברים או בכני אדם.¹¹ לשאלת העבירות בזירות הללו מאפיינים דומים, והיא מעוררת חששות בעלי אופי זהה כמעט, המתורגמים על פי רוב לגישה בינארית של איסור או של היתר לסוחר. העתקת נקודת המבט אל עבר התחום של זכויות ציבוריות טומנת בחובה פוטנציאל להעשיר את השיח על עבירות.

כעלויות או זכויות מול חובות, תלוי בבסיסו של האדם וכיצד הוא תופס אותם. כך למשל, אנשים מסוימים תופסים את האפשרות להצביע דווקא כחובה של כל אזרח ולא כזכות. לדין נוסף בסוגיית היסוד ולהבחנה בין זכויות וחובות עבירות ולא-עבירות, ראו שם. שאלת הבסיס וסיווג הזכות או החובה הנגזר ממנה אינם מהותיים לפרויקט הנוכחי שלנו, המתמקד בסוגיית העבירות או אי-העבירות. מובן שישנה תלות הדדית בין העבירות לסוגיות הבסיס: השאלה אם זכאות ציבורית מסוימת ניתנת להעברה או לא עשויה להשפיע על העדפות בעניינה, ועקב כך להשפיע על הקצאתה הראשונית וכן על התהליך המדיני המוביל להקצאה שכזו. ראו Frank H. Easterbrook, *Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information*, 1981 SUP. CT. REV. 309, 347 (1981).

⁹ לפירוש המושג באנגלית, ראו *alienable*, CORNELL UNIVERSITY, LII Legal Information Institute, LAW SCHOOL (last updated June, 2022), <https://www.law.cornell.edu/wex/alienable>; לפירוש המושג בעברית, ראו "עבירות" אברהם אבן-שושן *מלון אבן-שושן מחדש ומעודכן לשנות האלפים* 1337 כרך רביעי (משה אור עורך ראשי 2003) ("אפשרות לעבור, התאמה למעבר"); לדין במושג "inalienability", ראו Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1111 (1972).
¹⁰ ראו למשל Rose-Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 931, ה"ש 2, המציגה עבודות שדנות בתפיסה המסורתית של זכויות רכוש ושל המשפט.

¹¹ ראו Fennell, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1405, המספקת סקירה של ספרות בנושאים אלו. ראו גם Ariel Porat & Stephen Sugarman, *Limited Inalienability Rules*, 107 GEO. L.J. 701 (2019). המוספים אפשרות לכלל חדש – "כלל אי-עבירות מוגבל" (LIR), שלפיו בעל זכאות מסוים חופשי להעבירה אך שומר את הזכות לחזור בו מההעברה או מההסכמה לבצע העברה. המאמר מתייחס לדוגמת הפונדקאות, וטוען כי כלל אי-עבירות מוגבל יסיר את החסרונות העולים מיישום האיסור לפונדקאות ואת החסרונות העולים ממצב המאפשר פונדקאות בתשלום. לפי כלל זה, בדוגמת הפונדקאות הפונדקאית תוכל לקבל תשלום על השירות שהיא מספקת אך גם תוכל לבטל את הסמכתה בכל עת.

זירת הזכויות הציבוריות חושפת את העושר של השיקולים הנורמטיביים העומדים בבסיס מוסד העבירות,¹² ומאפשרת את פירוק הדיכוטומיה. הטענה שנבקש לקדם היא שהבחירה הבינארית בין עבירות לאי-עבירות היא פשטנית מדי.¹³ עבירות מלאה ואי-עבירות מוחלטת הן למעשה שתי נקודות קצה על רצף של אופציות ביניים באשר לעבירות. בהתאם לכך נבקש להציג מסגרת מפורטת של טכניקות של עבירות חלקית, ולחשוף את המודולריות של מוסד העבירות ואת הפוטנציאל הטמון בטכניקות של עבירות חלקית ככלי לקידום מדיניות ציבורית. נדגיש כי המהלך שנבקש לעשות בהקשר זה הוא מהלך אנליטי ביסודו ולא מהלך נורמטיבי. איננו מבקשות לקבוע את המדיניות הרצויה, כי אם לצוות את מנגנון העבירות שיכול לקדם כל מדיניות שתיבחר באורח פוליטי. יוער, כי רעיון העבירות כספקטרום הוצג גם במאמרם של Ariel Porat ו- Stephen Sugarman.¹⁴ במאמרם הם מציעים קטגוריה ל אי-עבירות מוגבלת, שמתווספת לקטגוריות שטבעו Guido Calabresi ו- A. Douglas Melamed במאמרם הקנוני על כללי קניין, כללי נזיקין וכללי אי-עבירות.¹⁵ תחת קטגוריית אי-העבירות המוגבלת שמציעים Porat ו- Sugarman, בעל הזכאות יהיה חופשי להעבירה, אך תישמר לו הזכות לחזור בו מהסכמתו לכך. אשר לשכלול ההבנה בנוגע לזכויות ציבוריות, ההסתכלות על זכויות ציבוריות דרך הפריזמה של עבירות בין פרטים, כפי שאנו מציעות, צפויה להעשיר את ההבנה באשר לעצם המהות שלהן ובאשר לשימוש בהן ככלים לקידום מדיניות ציבורית. הכפירה בהנחה שלפיה זכויות ציבוריות הן לא-עבירות, מטבע ברירתן, צפויה לפתוח פתח למכשירי מדיניות מכילים יותר. מטרה נוספת של המאמר היא אפוא לעסוק בפירוק של זכויות ציבוריות ובדרכים היצירתיות לשימוש בהן כדי לקדם מגוון רחב של תכליות.

המאמר נפתח בחשיפת השיקולים הנורמטיביים העומדים בבסיס שאלת העבירות. הוא מתמקד באבני הבניין הנורמטיביות הקלאסיות של השיח – יעילות, חלוקה, אוטונומיה, אישיותיות (personhood) והשתתפות דמוקרטית. נפנה להמחיש את האופן שבו מגוון השיקולים הללו עשויים לבוא לידי ביטוי בהקשר של זכויות

¹² ראו Rose-Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 937-941, הדנה במנעד של גורמים שיש לשקול בעת ניתוח הגבלות על עבירות.

¹³ בכך אנו מרחיבות את ההמשגה של רוז-אקרמן של "העבירות המתוקנת", שהכירה במקרים של אי-עבירות חלקית שבהם "המכירות אסורות, אך מתנות מותרות ואף עשויות להיות מעודדות על ידי מדיניות המדינה" (ראו שם, בעמ' 935). אנו גם מתבססות על ההצעה כי עבירות היא ממד מתכוונן של בעלות על נכס, בניגוד ל"מתג בינארי להפעלה או כיבוי". ראו Fennell, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1408. פנל ממשיכה להדגים את אי-הבינאריות הזו בשורה של דוגמאות, החל במגבלות על התרחשות העברה (באמצעות מיסים, דרישות פרוצדורליות ואמצעים אחרים), ועד להגבלות על מחיר ההעברה (כגון מחירי מינימום או מקסימום) והפעלת תנאים לשינוי שליטה או קנסות. ראו שם, בעמ' 1443-1451.

¹⁴ Porat & Sugarman, לעיל ה"ש 11.

¹⁵ Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 9.

ציבוריות ספציפיות ולעצב מנגנוני ביניים של עבירות. כלומר, המאמר ידגים כיצד נקודות שיווי המשקל הנורמטיביות שנוצרות מן האינטראקציה שבין יעילות, חלוקה, אוטונומיה, אישיותיות והשתתפות דמוקרטית עשויות להיות מתורגמות למגוון מנגנונים של עבירות המוצבים לאורך שני צירים – ציר הנעברים הפוטנציאליים והציר של אופן ההעברה.¹⁶ ציר הנעברים הפוטנציאליים מבחין בין משטרי עבירות שבהם ניתן להעביר את המשאב לקבוצה מוגבלת של נמענים לבין משטרי עבירות שבהם ניתן להעביר את המשאב לקבוצה בלתי-מוגבלת של נמענים. ציר זה, לטענתנו, משקף את המתח הקלאסי שבין חלוקה ליעילות. הציר של אופן ההעברה מבחין בין אופני עבירות בהתבסס על אופי העסקה. כפי שנראה, ציר זה מבדיל בין מכירה, סחר חליפין, תרומה והענקת כמתנה, ויתור על המשאב, תוך שיקוף צורות שונות ומשקלים יחסיים של אוטונומיה, של אישיותיות (personhood) ושל שיקולים הקשורים להשתתפות. ההצטלבות של שני הצירים הללו יוצרת שבע טכניקות של עבירות (לאורך רצף העבירות). המאמר נחתם ביישום המודל המוצע על סחר בהטבות מס בגין תרומות, ובהדגמת האופן שבו מתן אפשרות לעבירות של הטבות מס מובילה להקצאה יעילה יותר של הטבות אלו, מחזקת יעדים חלוקתיים ומקדמת את האוטונומיה, את האישיותיות ואת ההשתתפות הדמוקרטית של משלמי המיסים.

המאמר נחלק באופן הבא: פרק א סוקר את השיקולים הנורמטיביים העומדים בבסיס שאלת העבירות באמצעות דוגמאות מזירת הזכויות הציבוריות; פרק ב משתמש בשיקולים הנורמטיביים הללו על מנת לבנות טכניקות של עבירות ביניים, ועורך טקסונומיה של מנגנוני העבירות; פרק ג מיישם את המודל המוצע על מקרה הבוחן של סחר בהטבות מס בגין תרומות.

א. אבני הבניין הנורמטיביות של עבירות

המדינה מעניקה שורה של זכויות והטבות לפרטים. אלו כוללות בין היתר זכויות הצבעה, זכות גישה לערכאות, זכות לחינוך ציבורי, סובסידיות, הטבות מס ועוד.¹⁷ זכויות ציבוריות אלו נבדלות זו מזו בתוכנן המהותי, במטרותיהן הנורמטיביות, בהגנות החוקתיות הניתנות להן וכן באופן הקצאתן וחלוקתן הראשוניות.¹⁸ חרף ההבדלים ביניהן, הן דומות בכך שעיקר השיח התאורטי והדוקטרינרי בעניינן מתמקד באינטראקציה שבין הפרט לבין המדינה.¹⁹ הראייה האנכית היא שמושכת את עיקר

¹⁶ ראו להלן טבלה 1.

¹⁷ ראו (1964) 73 YALE L.J. 733, 734-37, Charles A. Reich, *The New Property*, המתאר זכויות מגוונות הניתנות בידי הממשלה, שניתן לשקול בהקשר של זכויות רכוש.

¹⁸ שם.

¹⁹ ראו שם, בעמ' 756 ("The recipient of [government benefits], whether an organization or an individual, feels the government's power").

תשומת לבם של בתי המשפט ושל תאורטיקנים, ושולטת בשיח על זכויות ציבוריות.²⁰ אלא שראייה אנכית זו של זכויות ציבוריות מתעלמת מן הפתח שהן פותחות לאינטראקציה פוטנציאלית בין פרטים. תפיסת הזכויות הציבוריות כמושא לאינטראקציה בין פרטים קשורה לשורה של דיונים הנובעים מתחום המשפט הפרטי, שבאופן מסורתי לא היו חלק מן השיח בעניינן.²¹ אל מול גישה זו נבקש להעמיד כלים אנליטיים לעיסוק בסוגיית העבירות בין פרטים של זכויות ציבוריות.

ניתן להמחיש את מנעד הגישות לעבירות של זכויות ציבוריות בדרך של השוואה בין הקצאת זכויות הצבעה, מחד גיסא, לבין הקצאת מכסות זיהום, מאידך גיסא. זכות ההצבעה נחשבת לזכות לא-סחירה.²² אי-סחירות זו מבוססת על מחויבות חברתית לחלוקה שוויונית של זכויות הצבעה בקרב הציבור (קול אחד לאדם, להבדיל מקול אחד לשקל).²³ מכסות זיהום, לעומת זאת, מוכרות כזכויות סחירות.²⁴ הדגש מושם על הצריכה המצרפית של הטבות אלו, להבדיל מחלוקתן הסופית בין פרטים שונים, ובכך מתאפשרת יצירה של שוק למכסות זיהום (מכסה לשקל).²⁵ במובנים אלה זכויות ההצבעה ומכסות הזיהום מייצגות שתי פרדיגמות מנוגדות של משטרי עבירות של זכויות ציבוריות. חרף המסקנות השונות, הרי לטענתנו התשתיות הנורמטיביות בשני המקרים דומות. המאמר יפנה כעת לחשיפת היסודות הנורמטיביים המשותפים הללו – השיקולים הקלאסיים של יעילות, של חלוקה, של אוטונומיה, של אישיות ושל השתתפות דמוקרטית – שהם אבני הבניין של הדיון על עבירות. היישום של שיקולים נורמטיביים אלה בהקשר של זכויות ציבוריות יוביל למתווה מכויל יותר של עבירותן

²⁰ ראו באופן כללי MILTON FRIEDMAN, CAPITALISM AND FREEDOM (40th Anniversary ed. 2002), החושף את האינטראקציה של הקפיטליזם התחרותי והתפקיד של הממשלה בשוק; ראו Reich, לעיל ה"ש 17, הדן בדומיננטיות של תוכניות ממשלתיות וכיצד יחידים מקיימים אינטראקציה עם תוכניות אלו.

²¹ נקודות ההשקה למשפט הפרטי נוגעות למשל לעשיית עושר ולא במשפט (שעשויה להתעורר כאשר אדם אחד מנסה לעצמו את הזכויות הציבוריות של אחר), לנזיקין (כאשר פרט אחד פוגע ביכולתו של אחר ליהנות מזכויות ציבוריות, כאשר אדם נפגע משימוש של אדם אחר בזכויות ציבוריות או כאשר אדם גורם לממשלה להפר זכויות ציבוריות) וכן לחוזים. כמה מאמרים מן השנים האחרונות עסקו בבחינה של שאלת הסחירות בזירות חדשות. ראו למשל אורית גן "מסחר בגט: בין חוזים לאי-סחירות" **מחקרי משפט** לב 787 (2019); בנימין שמואלי "מי רוצה לקנות את הגט שלי? היבטים משפטיים וכלכליים של סחירות (commodification) הזכות להתגרש" **מחקרי משפט** לא 107 (2017); Lior Erez, *Not Yours to Sell: The Case Against Private Citizenship Markets*, *POLIT. RES. Q.* 1 (2022).

²² ראו Richard L. Hasen, *Vote Buying*, 88 CALIF. L. REV. 1323, 1324 (2000), המתאר את אי-החוקיות הכללית של רכישת קולות בארצות הברית.

²³ ראו שם, בעמ' 1328 ("Modern society views vote buying with opprobrium").
²⁴ ראו Charles W. Howe, *Tradable Discharge Permits: Functioning, Historical Applications, and International Potential*, 4 COLO. J. INT'L ENVIL. L. & POL'Y (1993) 370, 376-79, הדן במקרים מגוונים של רישיונות זיהום סחירים בארצות הברית.

²⁵ לדיון בהתנהלותה של מערכת מכסות זיהום, ראו שם, בעמ' 371-376.

של זכויות ציבוריות, אשר בתורו יהיה הצעד הראשון לקראת הבניה (בפרק הבא של המאמר) של עבירות כבחירה לא-בינארית.

1. יעילות

יעילות כלכלית מתארת מצב עולם שבו משאבים מוקצים בצורה אופטימלית למשתמשות ולמשתמשים שיכולים להפיק מהם את מרב התועלת לשם קידום מיטבי של התכליות האישיות והחברתיות שלהם. ישנן אמות מידה שונות של יעילות, ונקודות ההשקה בין יעילות לעבירות רבות ומגוונות אף הן. אולם בהכללה גסה שיקולי יעילות נוטים לתמוך אפריורית בסחירות של משאבים ושל זכויות. בתנאים של תחרות מושלמת ושל אפס עלויות עסקה, "השוק מייצר ומפיץ [סחירות] ביעילות".²⁶ בהיעדר כשלי שוק, כוחות השוק מביטחים שהמשאבים יתגלגלו לידי המשתמשים שיוכלו להפיק מהם את מרב התועלת.²⁷ סחירות היא גם מנגנון יעיל להעברת מידע באשר לערכו של משאב נתון.²⁸ שווי השוק נותן אינדיקציות חד-ממדיות, ומונע את הצורך להשקיע בתהליכים מיוחדים ומסובכים מאוד של איסוף מידע.²⁹

שיקולי היעילות שהועלו עשויים להיות תקפים גם באשר לזכויות ציבוריות. גם בהקשר זה ערכן האפריורי של זכויות ציבוריות סחירות עבור המחזיקים בהן עשוי להיות גבוה משל זכויות שאינן סחירות;³⁰ שכן היה וערך החליפין של הזכויות הציבוריות גבוה מערך המימוש שלהן, המחזיקים בה יבכרו למכור אותה לזולת. הדברים משתקפים בדוגמה של מכסות הזיהום. ההנחה היא שבעלים של מכסות זיהום שיכולים לגרוף תמורה רבה יותר ממכירתן מאשר ממימושן יבחרו באופציה זו, וממילא הכללתה במנעד הבחירה שלהם תשפר את מצבם בהשוואה למחזיקים במכסות זיהום לא-סחירות. זאת ועוד, שימת "תג מחיר" על זכויות ציבוריות על פי כוחות הביקוש

²⁶ ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 167 (1993).

²⁷ ראו: Michael Abramowicz, *The Law and Markets Movement*, 49 AM. U. L. REV. 327, 387 (1999) ("[M]arket mechanisms tend to allocate goods to their highest valuing users") (Abramowicz, *Law and Markets*: להלן).

²⁸ Sanford J. Grossman & Joseph E. Stiglitz, *Information and Competitive Price Systems*, 66 AM. ECON. REV. 246, 246 (1976) ("[T]he price system is conventionally praised as an efficient way of transmitting the information required to arrive at a Pareto optimal allocation of resources")

²⁹ ראו שם ("[T]he price system conveys all the information from the informed (individuals) to the uninformed")

³⁰ Easterbrook, לעיל ה"ש 8 ("A right that cannot be sold is worth less than an otherwise-identical right that may be sold. Those who believe in the value of constitutional rights should endorse their exercise by sale as well as their exercise by other action") ראו גם IAN AYRES, *OPTIONAL LAW: THE STRUCTURE OF LEGAL ENTITLEMENTS* 45-7 (2005).

וההיצע משפרת את יכולת האזרחים להעריך את ערכן, ומהווה מנגנון איתות טוב עבור המתכנן החברתי.

ואולם כמו בכל הקשר אחר, ברי שהיתרונות הללו נשחקים בתנאים של כשלי שוק כגון א-סימטריה בנגישות למידע, חסמים אסטרטגיים או החצנות שליליות על אחרים. בנסיבות הללו ייתכן שיהיה צורך בוויסות השוק או בהגבלה חלקית או מלאה של עבירות.³¹

2. חלוקה

צדק חלוקתי עניינו ההקצאה ההוגנת של זכויות, של חובות ושל טובין בחברה. בדומה לקריטריון הנורמטיבי של יעילות, הרי גם באשר לאמת המידה של צדק חלוקתי ישנן גישות שונות ומתגלעות מחלוקות בשאלת היסוד שעניינה מה ראוי להיחשב לחלוקה הוגנת. גם באשר לשיקולי צדק חלוקתי נקודות ההשקפה עם מוסד העבירות הן מגוונות. אולם בהכללה גסה, שיקולים של צדק חלוקתי קשורים לעיתים קרובות להגבלה של עבירות. הגבלת העבירות עשויה לשמש אמצעי למניעת חלוקה רגרסיבית במצבים שבהם טרנסאקציות שוקיות מובילות לתוצאות שפוגעות בשיטתיות בקבוצות מוחלשות באוכלוסייה.³² זאת ועוד, מגבלות על עבירות עשויות למנוע את הפיכתו של הון כספי לסוג הגמוני של כוח ואת התרגום של הון שוקי להון חברתי ופוליטי.³³ כך, המרת משאבים וזכויות לכסף מאפשרת לשוק לחדר לזירות שונות של השפעה חברתית ופוליטית. השטחה זו של ההבדלים בין הזירה השוקית, החברתית והפוליטית עלולה להחליש את כוחם של המוחלשים בזירת ההשפעה החברתית ובזירה הפוליטית הלא-שוקית, ובו בזמן להעניק לעשירים את היכולת לרכוש השפעה יתרה גם בזירות הללו.³⁴ אי-עבירות עשויה להידרש לפיכך על מנת לשמור על המטבעות הנפרדים בזירה הפוליטית ובזירה השוקית, ולמנוע זליגה של הון שוקי להון חברתי או פוליטי, תוך יצירת ריכוזי כוח.³⁵

מערכת שיקולים זו חלה גם על תחום הזכויות הציבוריות. הגבלת העבירות של זכויות חברתיות – כגון זכויות הצבעה – יכולה להיות מוצדקת כדי להתמודד עם

³¹ Richard A. Epstein, *Why Restrain Alienation?*, 85 COLUM. L. REV. 970, 971-78 (1985).

³² ראו למשל Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1114 (Whether an entitlement "may be sold or not often affects directly who is richer and who is poorer").

³³ ראו Rose-Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 932-933.

³⁴ השיקולים החלוקתיים שאליהם אנו מתייחסות אינם מוגבלים כמוכן לחלוקת הכנסה, אלא עשויים לכלול חלוקה על בסיס מאפיינים אחרים. ראו למשל AMARTYA SEN, *INEQUALITY* (1992); REEXAMINED 150 (1992); Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1098.

³⁵ ראו Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARV. L. REV. 1413, 1483 (1989) ("A different sort of argument for inalienability... would focus (on increasing the power of one group in the trade in relation to another)").

החשש מריכוז כוח פוליטי וחברתי עודף בידי קבוצות פריוילגיות.³⁶ בד בבד, לעבירות של זכויות חברתיות יש פוטנציאל לעקוף מדיניות רגרסיבית.³⁷ האפשרות לסחור בזכויות ציבוריות תאפשר לקבוצות שהמשלה התעלמה מהן בהקצאה הראשונית לרכוש את ההטבות ללא קשר למאפיינים דמוגרפיים. כך למשל, כאשר הזכות לטיפולי פוריות במערכת הבריאות הציבורית מוקנית לזוגות נשואים בלבד, הפיכת זכות זו לעבירה עשויה לאפשר לזוגות הומוסקסואליים או לרווקים ליהנות מהטיפולים המסובסדים, ובכך להפחית עיוותים שליליים בחלוקה הראשונית. נכון הדבר, שבמקרים מסוימים כמו בדוגמת טיפולי הפוריות החלטת המחוקק להתעלם מזוגות הומוסקסואליים או מרווקים היא מלכתחילה מכוונת בשל שיקולים פוליטיים וסימבוליים, אולם מנגנון הסחירות מאפשר "מעקף" של ההקצאה הראשונית מבלי לשלם את מלוא המחיר הפוליטי הנלווה. בד בבד, שיקולי צדק חלוקתי אינם מכתיבים בהכרח מניעה מוחלטת של עבירות. למעשה, שימוש סלקטיבי במכשיר העבירות יכול לשמש לעיתים כלי לחלוקה מחדש פרוגרסיבית. טלו למשל מיסוי על עבודת הבית. הצמדת תג מחיר למגוון הפעולות הכרוכות בתחזוק משפחה ובית עשויה לחזק את המעמד החברתי של מי שעוסקות בכך, ולהוציא אל האור פעולות שנתפסות כיום כ"שקופות".³⁸ התמחרו השוקי של המלאכות הביתיות הללו עשוי להיות מתורגם להון חברתי. הוא הדין בהקשר של העברת הזכאות לחופשת לידה בין בני הזוג, כאמצעי לחלוקה מחדש שוויונית יותר של התפקידים בתא המשפחתי.

דוגמה נוספת נוגעת לסחר באיברי גוף.³⁹ אומנם לאפשרות של מכירה בלתי-מוגבלת של איברים, דוגמת כליות, עלולות להתלוות השפעות חלוקתיות שליליות, משום שפרופיל הקונים והמוכרים יהיה מובהק בנסיבות הללו (רק העשירים יוכלו לרכוש כליות); ואולם סחר מוגבל בדמות הגבלה של המכירה לרשות מרכזית והקצאתן העוקבת של כליות על פי צורך רפואי עשויה לספק פתרון עדיף. עבירות מוגבלות זו עשויה להסתבר כעדיפה מעבירות בלתי-מוגבלות ומאי-עבירות מוחלטת, משום שהגבלת המכירה לרשות מרכזית וחלוקת כליות על פי צורך רפואי עשויה להרחיב את כיתת הכליות העומדת לרשות הזקוקים לכך, תוך הבטחת הקצאה על פי צורך של כליות ומתן תמורה קשיחה (שתשולם בידי הרשות המרכזית). במקביל, מנגנון שוק של מכירה מוגבלת מעין זו צפוי לעקוף גם את בעיית המלכוד בסד כפול (Double Bind), שבו נתונים העניים ביותר תחת איסור מוחלט על עבירות של איברי גוף. כך, תחת משטר של אי-עבירות מוחלטת העניים והמוחלשים ביותר בחברה מנועים מלפרנס את עצמם

³⁶ ראו: Rose-Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 963.

³⁷ לדוגמה של זכאות ציבורית המוקצית באופן הרגרסיבי הזה, ראו: Sarah Wildman, *Not Married? Your Insurance Might Not Cover Fertility Treatments*, SLATE (Mar. 17, 2010), <http://www.slate.com/id/2248051/>, הדנה בהקצאה של זכויות ביטוח ציבורי מסוימות על בסיס מצב משפחתי.

³⁸ ראו למשל ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (נבו 30.4.2009) (בעניין זה נדון נושא ההכרה בהוצאות ההשגחה על ילדים כהוצאה מוכרת לצורכי מס).

³⁹ ראו Michele Goodwin, *Altruism's Limits: Law, Capacity, and Organ Commodification*, 56 RUTGERS L. REV. 305 (2004).

ואת ילדיהם בדרך של מכירת איברים, אך גם אינם יכולים לשרוד כלכלית בדרכים חלופיות. הם מי שמשלמים את המחיר הכבד ביותר המושת על מגבלות הסחר באיברי הגוף. מתן אפשרות למכירה מוגבלת מאפשרת היחלצות ממלכוד הסד הכפול, מבלי להעניק פריווילגיה לעשירים בגישה לאיברי גוף.

3. אוטונומיה

פירוש המונח אוטונומיה הוא שלטון עצמי, ובמובנו הפשוט ביותר הוא מתייחס ליכולתו של אדם לעצב את חייו על פי בחירותיו וערכיו. על אף שקריטריון נורמטיבי זה לובש ופושט צורות רבות ונקודות הממשק שבינו לבין עבירות אף הן מורכבות,⁴⁰ שיקולי אוטונומיה נוטים – בהכללה גסה – לתמוך בקידום עבירות. הפיכת זכויות לעבירות מרחיבה את קשת האפשרויות שבידי בעליהן באשר לדרך מימושן – בכוחם להעביר או למכור את הזכויות נוסף על שימוש עצמי. מנגנוני השוק מרחיבים בחירה גם בכך שהם מאפשרים פיצול משאבים והמרת משאב מסוג אחד למשאב מסוג אחר.⁴¹ המבנה החד-ממדי של המידע בנוגע לערכו של משאב נתון, כאשר הוא מתורגם למונחי שוק, עשוי לשכלל את יכולת הבחירה באמצעות הפיכתה לפשוטה יותר. יתרה מכך, העבירות והשוק מאפשרים ליחידים לפשוט את זהויותיהם החברתיות, ובכך מקילים על מימוש של זכות יציאה (Exit) ומחזקים פוטנציאל לניידות חברתית.⁴² הדברים תקפים גם באשר לזכויות ציבוריות. הרחבת קשת האמצעים שבאמצעותם ניתן לממש זכויות ציבוריות – למשל במתן אפשרות למכירה חלקית או מלאה שלהן – עשויה להרחיב את קשת האפשרויות העומדות לרשות בעל הזכות. המבנה הבינארי הנוכחי של "הכול או לא כלום" באשר למימוש זכויות ציבוריות מגביל ניצול יצירתי יותר של זכויות אלה. זאת ועוד, שוק של זכויות ציבוריות יגדיל את מנעד האפשרויות באשר למימוש זכות היציאה מהקהילה הפוליטית. אל מול השיקולים הללו, שכורכים בין עבירות לבין אוטונומיה, ניתן להציב טיעוני נגד. עבירות עלולה להתנגש עם קידום אוטונומיה במגוון אופנים ומצבים, כך למשל, כאשר מה שמתחזה לעסקה רצונית אינו מבוסס על הסכמה מדעת בשל פערי מידע,

⁴⁰ לדיון נוסף במונחים השונים של אוטונומיה, ראו: David Enoch, *Autonomy as Non-alienation, Autonomy as Sovereignty, and Politics*, 30 J. POLITICAL PHIL. 143-65 (2022).

⁴¹ ראו David E. Chapman, *Retailing Human Organs Under the Uniform Commercial Code*, 16 J. MARSHALL L. REV. 393, 401 (1983), הטוען כי אנשים רבים שלא יתרמו את איבריהם כן עשויים למכור אותם.

⁴² ראו Martha T. McCluskey, *Thinking with Wolves: Left Legal Theory After the Right's Rise (review essay)*, 54 BUFF. L. REV. 1191, 1266 (2007), המתארת את השוק כמרחב חוק-פוליטי.

קרטיזציה של מוכרים או הערכת חסר של אינטרסים ארוכי טווח.⁴³ הגבלות על עבירות במצבים הללו עשויות להגן על מוכרים מפני התוצאות המזיקות של בחירותיהם, ולקדם את בחירותיהם הממשיות (ולא הנחזות) ואת האוטונומיה שלהם.⁴⁴ עוד יש מקום להכיר במצבים שבהם הרחבת הקשת של אפשרויות הבחירה אינה מתורגמת לשכלול הבחירה האפקטיבית. מגוון רחב מדי של אפשרויות בחירה עלול להגביל את יכולתו של הפרט לדרג בצורה רציונלית את החלופות השונות, עקב עלויות מידע מוגברות והשפעות התנהגותיות, ולחבל ביכולתו לבחור בחירה מושכלת ורצונית.⁴⁵ הדברים תקפים ביתר שאת נוכח פערי כוחות ופערים בגישה למידע בין שחקנים מתוחכמים יותר למתוחכמים פחות בשוק.⁴⁶ נוסף על השיקולים הקשורים לבחירה, ההצדקות מבוססות האוטונומיה להגבלת עבירות נשענות גם על המתח שבין יציאה חופשית לבין היכולת לכונן ולקיים חיים קהילתיים, שבהם כשלעצמם טמון פוטנציאל לחיים אוטונומיים. הפוטנציאל לקידום אוטונומיה שמקורו בהשתייכות קהילתית נובע בין היתר מעצם קיומם של חסמי יציאה המוטלים על חברי הקהילה. הטענה בהקשר זה היא, שהקהילות שהכי קל לעזוב אותן הן בעלות הערך הנמוך ביותר – במונחי קידום אוטונומיה (וכן במונחי רווחה) – עבור חבריהן, ולהפך. יחסי הורים-ילדים הם הדוגמה המובהקת ביותר לכך.⁴⁷ קו זה של התנגדויות מבוססות אוטונומיה לעבירות עשוי אף הוא להיות תקף באשר לזכויות ציבוריות. הטלת מגבלות על סחר בזכות הצבעה נובעת בין היתר מהאופן שבו מתן אפשרות ליציאה קלה מהקהילה הפוליטית, בדמות הוויתור על קול והשפעה בה, עלול לחבל בפוטנציאל האוטונומיה שבעצם ההשתייכות לשרותיה.⁴⁸

⁴³ ראו: Rose-Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 939, המזהה את הא-סימטריה שבין קונים למוכרים. אולם ראו Fennell, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1423-1427, הדנה באי-עבירות כמנגנון להפחתת בעיות של פעולה קולקטיבית.

⁴⁴ לדיון נוסף בהקשר של תנאים לא-חוקתיים, ראו Sullivan, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1480 (Making... rights inalienable because citizens may undervalue the worth of those rights to themselves would be classic paternalism – overruling individuals' choices for their own good. Individuals' choices may diverge from their 'best' interests for many reasons: for example, because they (underassess risk or undervalue their long-term interests").

⁴⁵ ראו BARRY SCHWARTZ, THE PARADOX OF CHOICE: WHY MORE IS LESS 102-4, (2004) 215-16.

⁴⁶ ראו Sullivan, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1497-1498 ("[One concern about redistribution] recognizes that background inequalities of wealth and resources necessarily determine one's bargaining position in relation to government, and that the (poor may have nothing to trade but their liberties").

⁴⁷ מנגד, בחירה אפקטיבית לצאת הופכת את ההחלטה להישאר למשמעותית יותר. ראו SCHWARTZ, לעיל ה"ש 44, בעמ' 113, הדן בקלות היחסית או בקושי היחסי של התנערות מיחסים מסוימים.

⁴⁸ ראו Pamela S. Karlan, *Politics By Other Means*, 85 VA. L. REV. 1697, 1710-11 (1999).

4. אישיותיות (Personhood)

שיקולי אישיותיות מטים את הכף, על פי רוב, לעבר אי-עבירות. אישיותיות מקושרת עם אותם מאפיינים מכוננים ואינטגרליים לזהות האנושית, לרבות "הפוליטיקה, העבודה, הדת, המשפחה, האהבה, המיניות, החברות, האלטרואיזם, החוויות, החוכמה, המחויבויות המוסריות [1] האופי של האדם".⁴⁹ קומודיפיקציה של מאפיינים אלו, כך נטען, עשויה להיות בעלת השפעה שלילית עקב ההשטחה של אופני הערכת השווי, המובחנים אלו מאלו, למונחים כספיים צרים. על פי Elizabeth Anderson, "אם תחומי חיים שונים כמו השוק, המשפחה והמדינה בנויים מנורמות המבטאות דרכים שונות להערכת עצמים ואנשים, אז יכולות להיות כמה דרכים להעריך אנשים ועצמים שאנחנו לא יכולים לבטא דרך נורמות שוקיות".⁵⁰ מתן ביטוי מלא לזהות האנושית מחייב את קיומם של סולמות הערכה מגוונים ומובחנים זה מזה.⁵¹ תפיסת החיים דרך הפריזמה החד-ממדית של מחיר השוק עלולה לרדד ולשנות אותה.⁵² בהקשר זה מועיל לדעתנו להבחין בין שני ביטויים אפשריים של קומודיפיקציה, השזורים כיום יחד בספרות, ואשר מאתגרים את האישיותיות בצורות שונות. הביטוי הראשון עניינו תרגום למונחים כספיים של המשאבים עצמם, של המאפיינים מכונני הזהות גופם, מה שאנו מכנות "קומודיפיקציה של משאבים".⁵³ הטענה היא שמכירת משאבים או מאפייני זהות מסוימים והכפתם להיגיון שוקי עלולות לשנות את עצם טיבם ואת המשמעות הטבועה בהם או המיוחסת להם מבחינה חברתית. ראו לעניין זה את ההבחנה שבין שירותי סיעוד הניתנים תמורת תשלום לבין טיפול ביתי בידי בני משפחה או חברים. הביטוי השני של ביקורת הקומודיפיקציה מתמקד בבעיות הקשורות למסחר של עצם האינטראקציה שבין הצדדים לעסקה, תופעה שאנו מכנות "קומודיפיקציה של אינטראקציות". הצגת אינטראקציות מסוימות במונחי "שמור לי ואשמור לך", כ- *quid pro quo*, כעסקאות חליפין וכ"לא אישיות, אגואיסטיות,

Margaret J. Radin, *Market Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1906 (1987) ⁴⁹
(להלן: *Radin, Market Inalienability*).

ANDERSON, לעיל ה"ש 26, בעמ' xiii (as) "If different spheres of social life, such as the market, the family and the state, are structured by norms that express fundamentally different ways of valuing people and things, then there can be some ways we ought to value people and things that can't be expressed through market norms" ⁵⁰

לטיעון שלפיו משאבים שונים זה מזה וצריכים להיות שונים זה מזה לא רק במידת הערך שאנו מעריכים אותם אלא גם באופן שבו אנו מעריכים אותם, ראו שם. ⁵¹

ראו שם. ⁵²

"The goods proper to the personal sphere can only be realized through gift exchange. They cannot be procured by paying others to produce them, because the worth of these goods depends upon the motive people have (in providing them" ⁵³

בלעדיות, קשורות לרצונות, ומכוונות ל'ציאה' ולא ל'קול' 54 מעקרת את הממד האלטרואיסטי שהיה עשוי להיות גלום בהן. בקושי עם הקומודיפיקציה של האינטראקציה טמונה התנגדות אפשרית לתשלום לבני משפחה עבור שירותי טיפול או לתשלום לחברה על אירוח בביתה לארוחת ערב. כפי ש- Elizabeth Anderson טוענת, שימור זירות לא-שוקיות של התנהגות ושל מערכות יחסים, המבוססות על טיפול, על אלטרואיזם ועל היעדר אנוכיות מעשיר את הקיום האנושי ואת הזהות האנושית. 55

על אף שהממשק שבין קומודיפיקציה לאישיותיות הועלה באופן מסורתי כהתנגדות לשוק, 56 הרי ניתן להשתמש בשיקולי אישיותיות גם כתימוכין לעבירות. כך למשל, לסחירות ולהמרת משאבים להון כספי עשויה להיות השפעה משחררת. מטבע הכסף הוא דמוקרטי, במובן זה שהוא מאפשר לשחקנים בשוק לפשוט זהויות חברתיות המגבילות השתתפות במוסדות פוליטיים ובזירות חברתיות אחרות. בעולם שבו כסף קונה הון חברתי, השווקים יכולים להטמיע תחושת ערך לדברים שעשויים להיות שקופים או מובנים מאליהם כאשר הם אינם נחשבים למשאבים שוקיים. 58 הדוגמה שאליה נדרשנו של שימת תג מחיר על עבודות הבית תקפה גם כאן. 59 מנקודת מבט זו שיקולי אישיותיות עשויים לתמוך בקומודיפיקציה של עבודות הבית. בדומה ליתר השיקולים הנורמטיביים שפורטו לעיל, גם הדיון על אישיותיות וקומודיפיקציה הוא ישים בהקשר של זכאויות ציבוריות. הזכאויות הציבוריות, כמו כל משאב אחר, שונות זו מזו באשר למידת הקשר שלהן לזהות האנושית ולמידה שבה הן מכוונות פנים שונים של אישיותיות – כפרטים, כבני משפחה, כחברי קהילה או

54 שם, בעמ' 145.

55 שם.

56 ראו למשל Katharine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, 9 YALE J.L. & FEMINISM 81, 84 (1997) ("The standard argument against commodification, often referred to as the 'commodification critique', is that certain human attributes or certain resources should lie wholly or partially beyond exchange, because to allow exchange would be inconsistent with a vision of personhood or human flourishing")

57 MARGARET J. RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* 5 (1996) ראו למשל ("[C]ommodification, in conceiving of the person as a commodity-trader, implies a certain view of human freedom... unrestricted choice about what goods to trade represents individual freedom, and the maximizing of (individual gains from trade represents the individual's ideal")

58 השו Silbaugh, לעיל ה"ש 56, בעמ' 90-95, התומכת בשימוש במונחים לכללים כדי לזהות ולהבין טוב יותר את ההיבטים הכלכליים של פעילויות לא-שוקיות.

59 ראו שם; Nancy C. Staudt, *Taxing Housework*, 84 GEO. L.J. 1571, 1618-19 (1996), הטוענת כי מיסוי של עבודות בית "הבטיח משאבים גדולים יותר לנשים ותייצג את ההכרה של הקונגרס באחריות טיפוליות כעבודה פרודוקטיבית ובעלת ערך".

כאזרחים.⁶⁰ ההבדלים בין המרכיבים של זכויות ציבוריות המעצבות את זהותו של אדם מובילים לתוצאות משתנות כאשר הם מתורגמים למונחים כספיים: בעוד שעבור חלק מהזכויות הציבוריות האנונימיות וההפשטה של הזהות החברתית המתאפשרות באמצעות סחירותן הן בעלות השפעה משחררת, עבור אחרים ניתן זה כרוך בהשטחת זהות ובפגיעות ניכרות בתפיסה העצמית, החברתית והפוליטית.

דוגמה אחת לזכויות ציבוריות המכוננות זהות היא זכות ההצבעה, אשר יש לה תפקיד בעיצוב הזהות האזרחית של האדם. המרת זכויות אזרחיות מעין אלה בכסף "היא סוג של פירוק. אם אזרחים היו יכולים לרכוש ולמכור זכויות [כאלה], הייתה להם תפיסה שונה ונחותה הן... של הזכויות והן של עצמם".⁶¹ כך, סחר של אדם באזרחותו עלול לפגוע בתפיסה העצמית שלו, שכן השייכות למדינה מסוימת מגלמת מרכיב מרכזי בזהות האנושית. זאת ועוד, סחר מעין זה עלול לגרום להחצנות שליליות על הקהילה הפוליטית שאליה משתייך המוכר ולפגום במוסד האזרחות גופו.⁶²

5. השתתפות דמוקרטית

עבירות עשויה להיתמך גם בשיקולים של השתתפות דמוקרטית. כאשר שווקים פועלים בצורה תחרותית, שחקנים בודדים אינם יכולים להסיט בעצמם את כוחות השוק או להשפיע על תנודותיו.⁶³ מבחינה זו השווקים הם מנגנונים לביזור הכוח בחברה, משמשים אלטרנטיבה לקביעת מדיניות ממשלתית ומגבילים את כוחה הריכוזי של המדינה.⁶⁴

עבירות בהקשר של זכויות ציבוריות מסוימות, דוגמת זכויות הצבעה, עשויה להגביר עוד יותר את הפוטנציאל של השוק לאזן את כוחה של המדינה ולבזר את הכוח בחברה.⁶⁵ היא פותחת פתח לאגרגציה של קולות ולשיתופי פעולה אד הוק במישור הפוליטי, שמאזנים כוחות ויוצרים איזונים ובלמים בזירה הפוליטית. הקומודיפיקציה פותחת פתח לדרכים נוספות של השתתפות דמוקרטית (לצד האפשרות הקיימת של

⁶⁰ Sullivan, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1484-1485, המסבירה שמאפיינים מסוימים "קשורים באופן כה הדוק לאדם, עד שהעבירות שלהן עלולה לפגוע בזהות האישית", בעוד שגישות אחרות "מדרגות זכויות חוקתיות שונות כמרכזיות פחות או יותר לזהות האישית".

⁶¹ שם, בעמ' 1485.

⁶² Erez, לעיל ה"ש 21.

⁶³ Friedland, לעיל ה"ש 20, בעמ' 14. השו Karlan, לעיל ה"ש 48 ([The right to vote serves a powerful expressive function. This notion is captured in the idea of 'civic inclusion' and in the various ways the franchise is used to delineate who is and is not a full member of the community"]).

⁶⁴ Friedman, לעיל ה"ש 19, בעמ' 15.

⁶⁵ השו שם, בעמ' 15-21, שם נטען כי השוק פועל לשמירת חופש פוליטי.

מימוש זכות ההצבעה) בצורה של השתתפות פסיבית ואקטיבית כאחד.⁶⁶ בהשתתפות פסיבית הכוונה לווייתור על הזכות, שיכול להיות סוג של מחאה. השתתפות פעילה באמצעות עבירות עשויה להעשיר את הדרכים שבהן בעלת זכות ראשונית יכולה להביע את העדפותיה בדרך של תיעול זכות ההצבעה שלה לבחורים אחרים.⁶⁷ כמו כן, שוק לזכאויות ציבוריות יבסס אפשרות לרכישת קול כפול בידי יחידים שיש להם העדפות חזקות להשפעה על תהליך קבלת החלטות בזירה הפוליטית.

על אף האמור לעיל, שיקולי השתתפות דמוקרטית נוטים בדרך כלל להטות את הכף דווקא בכיוון הנגדי – כנגד הפיכת זכאויות ציבוריות לעבירות, וודאי שלסחירות. למרות הפוטנציאל הטמון במישור של חשיפת העדפות ועוצמתן, הרי מעורבות של כסף בזירה הפוליטית עלולה גם לעוות את תמונת ההעדפות המסתמנת, כל אימת שתנאי הרקע החלוקתיים והכספיים אינם שווים.⁶⁸ בעולם של פערים משמעותיים ביכולות הכלכליות, מי שרוכש קול נוסף אינו בהכרח מי שמעדיף את ההשתתפות בתהליך הדמוקרטי או מי שמייחס לבחירות את הערך הגבוה ביותר. בעולם שכזה מי שירכוש קולות הוא מי שידו משגת, ולהפך.⁶⁹ פתיחת הפתח לקניית קולות בוחר עלולה ליצור ריכוזי כוח, ולאפשר כאמור תרגום של הון כספי להון פוליטי. זאת ועוד, התרגום של הון כספי להון פוליטי יאפשר המשך הנצחה ואף הגדלה של הפערים בתנאי הרקע הכלכליים. לא זו אף זו, עצם המעורבות של כסף בזירה הפוליטית עלולה לייקר את תהליך הבחירות עבור כלל הנבחרים והמשתתפים.⁷⁰ בשל מגוון השיקולים הללו הקריטריון הנורמטיבי של השתתפות דמוקרטית עלול להטות את כפות המאזניים דווקא לטובת אי-עבירות.⁷¹

6. מאבני בניין לבנייה של משטרי עבירות

כפי שהראינו, סוגיית העבירות קשורה לכל אחד מחמשת השיקולים הנורמטיביים שנדונו עד כה – יעילות, חלוקה, אוטונומיה, אישיותיות והשתתפות דמוקרטית, הגם שבצורה מורכבת. כל אחד מהשיקולים הנורמטיביים הללו עשוי בתורו לתמוך בעבירות או להציב תמרוך אזהרה כנגדה. ואולם חרף המתחים הפנימיים בתוככי כל

⁶⁶ לשימוש מקביל בהבחנה זו בהקשר של אזרחות, ראו Shai Lavi, *Citizenship Revocation as Punishment: On the Modern Bond of Citizenship and its Criminal Breach*, 61 U. TORONTO L.J. 783 (2011).

⁶⁷ לדיון נוסף בהשתתפות אקטיבית ופסיבית בהקשר של זכויות הצבעה, ראו הלקן ס' ב.7.
⁶⁸ ראו (2009) 349, 350-51 ELECTION L.J. 349, Hanoach Dagan, *Political Money*, כי בהקשר של תרומות כספיות פוליטיות, כסף יכול להיות אמצעי לגיטימי להבטת העדפות, אם כי כסף משקף את עוצמת ההעדפות "בצורה מעוותת במיוחד עקב השפעות העושר".

⁶⁹ שם, בעמ' 356.
⁷⁰ Saul Levmore, *Voting with Intensity*, 53 STAN. L. REV. 111 (2000) (להלן: Levmore, *Voting with Intensity*).

⁷¹ השווה Sullivan, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1483-1484, המציינת כי ההשפעה החלוקתית של כלל אי-עבירות תלויה בכוחם של המעמדות של קונים ומוכרים ובכך ש"קניית הזכויות עשויה לאפשר לרוב מזדמן להגביר את כוחו על חשבון מיעוטים קבועים".

אחת מהפרספקטיבות הנורמטיביות, הרי מה שמסתמן (ולו בהכללה גסה) הוא ששיקולי יעילות ואוטונומיה מטים אפריורית את הכף לעבר עבירות, בעוד ששיקולי חלוקה, אישיותיות והשתתפות דמוקרטית מטים את הכף לכיוון אי-עבירות. כיוונים מנוגדים אלו מעוררים מתח חיצוני בין השיקולים הנורמטיביים השונים בהקשר של עבירות – מיעילות ועד חלוקה והשתתפות דמוקרטית. ממילא, מסגור הבחירה בין עבירות לאי-עבירות כהחלטה בינארית של "הכול או לא כלום" הופך את מה שהראינו כעניין בעל ניואנסים ופנים מרובים למסקנה פשוטנית. גם אם העבירות מציבה אתגרים מבחינת המטרות הנורמטיביות השונות, אין בכך כדי לשלול אותה כליל. הגבלת עבירות אינה חייבת להוביל לכדי אי-עבירות מוחלטת, ולהפך. האתגרים שמציבה העבירות אינם אחידים, ולפיכך הסעדים המתבקשים אינם צריכים להיות בעלי אופי יחיד, הן איכותית והן מידתית. כך למשל, הבעיות במנחי אישיותיות הקשורות לקומודיפיקציה של המשאב אינן דומות לבעיות הנוגעות לקומודיפיקציה של מרקם היחסים שבין הצדדים או לדאגות החלוקתיות הקשורות למתן כוח קבלת החלטות גדול יותר לבעלי הון. באותה המידה, יתרונות היעילות הקשורים להצבת משאב נתון בידי המשתמש בעל הערך הגבוה ביותר שונים מההצדקות הקשורות לאוטונומיה ומההשפעות המשחררות של בחירה משוכללת יותר. המאמר יפנה לפיכך לעיסוק בהיבטים שונים של עבירות באופן מותאם לפרספקטיבות הנורמטיביות שנדונו, ולפריסה של מנגנוני עבירות שתואמים את המנעד המלא של נקודות שיווי המשקל הנורמטיבי.

ב. תפיסה לא-בינארית של עבירות

פרק זה יעסוק במנגנוני עבירות ספציפיים, וידגים כיצד מנגנונים שכאלו יכולים להתאים לתפיסה לא-בינארית של הבחירה בין עבירות לאי-עבירות. ביישום למנגנונים השונים ישנו שימוש ביסודות הנורמטיביים הבסיסיים של יעילות, של חלוקה, של אוטונומיה, של אישיותיות (Personhood) ושל השתתפות דמוקרטית. המהלך הוא מהלך אנליטי ביסודו, להבדיל ממהלך נורמטיבי. אין במשטרי העבירות שנציע בהקשרים השונים כדי לשקף בהכרח את בחירתנו הערכית או את התמהיל הנורמטיבי המקובל עלינו. תחת זאת, מרכז הכובד של המהלך הוא להדגים כיצד תמהילים נורמטיביים שונים עשויים להתרגם למשטרי עבירות דיפרנציאליים, וכיצד שילוב של חמשת השיקולים הנורמטיביים מניב קשת של אפשרויות המתנהלות לאורך שני צירים – אופן ההעברה והנעברים הפוטנציאליים.

ציר אופן ההעברה מתחלק לארבע קטגוריות נפרדות, בהתאם לדרכים השונות שבהן בעלת הזכות הראשונית יכולה להעביר את זכויותיה הציבוריות: ויתור (אי-צריכה); מתנה (העברה ללא תמורה); חליפין (העברה בתמורה לא-כספית); ומכירה (העברה בתמורה כספית). *ציר הנעברים הפוטנציאליים* מתחלק לשתי קטגוריות, שכל אחת מהן נוגעת לקבוצת הנעברים הפוטנציאלית שאליה ניתן להעביר זכויות ציבוריות: קבוצה בלתי-מוגבלת (ההעברה יכולה להיות לכל חבר בציבור הרחב);

וקבוצה מוגדרת (העברה יכולה להיות רק לקבוצה נבחרת מראש של נמענים פוטנציאליים, לרבות הממשלה). נמענים שנבחרו מראש יכולים לכלול את הגורמים הבאים: חברים בקהילות הנבדלות בהשתייכותן הדתית, האתנית, האידיאולוגית או התרבותית; קבוצות החולקות תכונות ייחודיות, כגון רקע סוציו-אקונומי, רמת הכנסה, מגדר, יכולות פיזיות או נטייה מינית; או התא המשפחתי. ההצטלבות של שני צירים אלה יוצרת שבע⁷² קטגוריות ישימות של מנגנוני עבירות, כפי שמודגם בטבלה 1 שלהלן:

טבלה 1: מנגוני העבירות הנדונים

ציר הנעברים הפוטנציאליים			
העברות בלתי-מוגבלות	העברות מוגבלות		
ב	אי-עבירות א	ויתור	ציר אופן ההעברה
מתנה בלתי-מוגבלת ד	מתנה מוגבלת ג	מתנה	
חליפין בלתי-מוגבל ו	חליפין מוגבל ה	חליפין	
מכירה בלתי-מוגבלת ח	מכירה מוגבלת ז	מכירה	

כל תיבה בטבלה 1 שלעיל (למעט תיבה ב) מייצגת "מנגנון ספציפי של עבירות", ומשקפת שילוב מסוים של שיקולים נורמטיביים של יעילות, של חלוקה, של אוטונומיה ושל השתתפות דמוקרטית. ציר הנעברים הפוטנציאליים מתקשר לבחירה ולמתח שבין יעילות לחלוקה, בעוד שההבחנות לאורך ציר אופן ההעברה משקפות בחירה בין שיקולי אוטונומיה, אישיותיות (Personhood) והשתתפות מסוגים שונים. במילים אחרות, מנגנונים הנופלים תחת עמודת העברות המוגבלות (קטגוריות א, ג, ה, ז) משקפים נטייה גדולה יותר לשיקולים של צדק חלוקתי, בעוד שהמנגנונים שבעמודה המקבילה של העברות בלתי-מוגבלות (קטגוריות ב, ד, ו, ח) מוכוונים יותר לקידום היעילות.

בדומה, ניתן להבחין בין הקטגוריות אשר לאורך ציר אופן ההעברה בקריטריונים הקשורים לאוטונומיה, לאישיותיות (Personhood) ולהשתתפות דמוקרטית. שורת המכירה (קטגוריות ז, ח) עניינה מקרים שבהם מתן אפשרות המרה של זכויות ציבוריות למנחים כספיים תחזק את האוטונומיה ואת יכולת הבחירה, קרי מקרים שבהם שיקולי אוטונומיה יתמכו בקומודיפיקציה מלאה הן של המשאב והן של האינטראקציה שבין הצדדים. שורת החליפין (קטגוריות ה, ו) מייצגת סוג אחר של מקרים, שבהם קביעת תג מחיר כספי לזכות הציבורית המסוימת תעורר התנגדות, אך מסחור האינטראקציה שבין הצדדים לא ייחשב לבעייתי. במילים אחרות, באמצעות מתן אפשרות לסחור חליפין, תוך איסור על תמורה כספית, מנגנונים אלו שוללים את המסחור של המשאב אך אינם שוללים את הקומודיפיקציה של האינטראקציה שבין

⁷² קטגוריה ב אינה רלוונטית בהקשר של זכויות ציבוריות.

הצדדים כשלעצמה. שורת המתנות (קטגוריות ג, ד) משקפת התנגדות רחבה יותר לקומודיפיקציה: עבור הזכויות הציבוריות הנכללות בקטגוריה זו ישנה התנגדות לעצם החליפין (היינו התנגדות לקומודיפיקציה של האינטראקציה שבין הצדדים ולא רק לקומודיפיקציה של המשאב). ובכל זאת, המתנה מאפשרת שימוש בזכות ציבורית מסוימת גם בידי אנשים שאינם הבעלים הראשוניים של הזכות.

השורה האחרונה שתידון עניינה ויתור על הזכות (קטגוריה א). קטגוריית הויתור נוגעת למקרים שבהם השימוש היחיד המותר בזכות הציבורית הוא צריכה עצמית בידי בעלת הזכות הראשונית, שעל אף שהיא יכולה לבחור לוותר עליה, היא אינה רשאית להעבירה לאחרים (ולפיכך גם לא להחליפה או למכור אותה). החלוקה בין ויתור למתנה מתקשרת להבחנה בין שתי צורות ההשתתפות הדמוקרטית שנדונו לעיל – השתתפות פסיבית והשתתפות אקטיבית. ויתור מאפשר אך ורק השתתפות פסיבית בתהליך קבלת ההחלטות (לצד צריכה עצמית של הזכות הציבורית), בעוד שקטגוריית המתנה מייצגת מקרים שבהם בעלת הזכות הראשונית יכולה לא רק לצרוך את הזכות בעצמה או לוותר עליה לחלוטין, אלא גם להשפיע על תיעול הזכות למשתמשים פוטנציאליים אחרים, ובכך להשתתף באופן פעיל בתהליך קבלת ההחלטות באשר להפצתה הסופית.

הטיפולוגיה הגסה ששרטטנו לעיל אינה מתיימרת למצות את האפשרויות השונות. איננו טוענות שיש להגביל כל אחד מהשיקולים הנורמטיביים אך ורק לעמודה או לשורה שהוקצו לו בטבלה שלעיל. למען האמת, ברור שלשיקולים הנורמטיביים הללו תחולה רחבה יותר מאשר השורה ש"הוקצתה" להם. כך למשל, העדפת מנגנון של מתנה על מכירה עשויה לנבוע לא רק משיקולי אישיותיות (Personhood) אלא גם משיקולי צדק חלוקתי.⁷³ בדומה, התרת עסקאות עם נעברים ללא הגבלה במקום הגבלת מגוון הנמענים עשויה לנבוע מנימוקים של אוטונומיה ולא רק מנימוקים של יעילות. ההצגה המוגבלת שלנו נועדה לספק הדגמה ראשונית בלבד של מרכז הכובד באשר לכל תמהיל נורמטיבי. כעת נרחיב על שיווי המשקל הנורמטיבי בכל אחת מהקטגוריות, תוך שימוש בדוגמאות להמחשה; חלקן נוגעות לפרקטיקות קיימות, בעוד שאחרות טרם יושמו. עם זאת נדרשת אזהרה: הדוגמאות שאנו מספקות נועדו לשמש להמחשה ראשונית בכל אחת מהקטגוריות, ולא כדי לספק פרסקריפציה נורמטיבית. הדוגמאות שבחרנו בכל אחת מהקטגוריות שלהלן שייכות כולן לתחום הזכויות הציבוריות. מובן שאת קטגוריות העבירות שאנו מציעות ניתן ליישם גם מחוץ לתחום הזכויות הציבוריות; אך דיון זה חורג מגבולות מאמרנו.

⁷³ W. Stephen Westermann, A Theory of Autonomy Entitlements: One View of the Cathedral Nave Dedicated to Constitutional Rights and Other Individual Liberties, 4 n.8 (2007) (unpublished manuscript), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=977964, הטוען כי "אחד המניעים האפשריים למתן מתנות, אך לא למכירה של איברים אנושיים, הוא להימנע מהתוצאה הרגרסיבית של מכירות לא פרופרציונליות ע"י אזרחים עניים".

1. מכירה בלתי-מוגבלת: מכסות זיהום

מנגנון העבירות המיוצג באמצעות קטגוריה ח הוא מכירה בלתי-מוגבלת של זכויות ציבוריות. מכסות זיהום הן דוגמה פרדיגמטית לקטגוריה זו.⁷⁴ מרכז הכובד הנורמטיבי במקרה של מכירת מכסות זיהום מצוי בשיקולי יעילות. בתנאים של תחרות מושלמת ובהיעדר עלויות עסקה מכסות זיהום סחירות אמורות להגיע לידי המשתמשים המייחסים להן את הערך הגבוה ביותר, ללא קשר להקצאה הראשונית של המכסות הללו.⁷⁵ בעלים ראשוניים של זכויות זיהום שביכולתם להפיק ערך מוגבל מהצריכה הישירה שלהם מקבלים תמריץ למכור את המכסות שלהם למשתמשים בעלי ערך גבוה יותר.⁷⁶ זאת ועוד, משטר של מכסות סחירות מעניק תמריצים להשקיע משאבים נוספים במחקר ופיתוח למזעור זיהום, מכיוון שהיצרנים שיצליחו בחידושים שכאלה ייהנו מיתרון תחרותי וישפרו את אפשרויות הסחר שלהם.⁷⁷ יתרון אחרון של מסחר במכסות זיהום הוא בכך שהוא שומר על רמת זיהום מצרפית יציבה ברמה החברתית.⁷⁸ הגבלת סחר כזה, כך למשל באמצעות הגבלת הנעברים הפוטנציאליים של מכסות הזיהום, עלולה לפגוע בהשפעות החיוביות הללו.⁷⁹ כאשר השגת תוצאות יעילות כמתואר היא המטרה החברתית הדומיננטית, האפשרות של העברות בלתי-מוגבלות תהיה הבחירה העדיפה.⁸⁰ יתרה מכך, נראה

⁷⁴ ראו: Bruce A. Ackerman & Richard B. Stewart, *Reforming Environmental Law*, 37 STAN. L. REV. 1333, 1341-51 (1985) (הדן במערכת של זכויות זיהום סחירות); Carol M. Rose, *Rethinking Environmental Controls: Management Strategies for Common Resources*, 1991 DUKE L.J. 1, 10-11, 21-4 (1991) הדנה באסטרטגיות לשימור משאבים סביבתיים.

⁷⁵ Wolman, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3.

⁷⁶ Abramowicz, *Law and Markets*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 354-353 (Pollution rights).
⁷⁷ James T.B. Tripp & Daniel J. Dudek, *Institutional Guidelines for Designing Successful Transferable Rights Programs*, 6 YALE J. ON REG. 369, 374 (1989) ("Because costs for controlling emissions vary among plants, some sources will install pollution control devices, reduce their emissions, and sell their excess emissions use rights... Over time, polluting becomes more expensive, (and polluters have a greater incentive to reduce their emissions")

⁷⁸ Howe, לעיל ה"ש 24, בעמ' 373.

⁷⁹ ראו למשל Tripp & Dudek, לעיל ה"ש 77, בעמ' 387. הכותבים מייחסים את כישלון התוכנית של הקצאת זיהום המים במדינת ויסקונסין – לפחות חלקית – לעובדה שהזכויות אינן ניתנות להעברה חופשית בין מזהמים, "מה שפוגע בערך הזכויות". אולם ראו Ackerman & Stewart, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1350. שם הכותבים טוענים כי השוק עשוי לאפשר מוקדי זיהום ו"יצירת ריכוזים גבוהים יחסית של מזהמים מסוימים באזורים קטנים בתוך אזור בקרת זיהום גדול יותר".

⁸⁰ ראו Abramowicz, *Law and Markets*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 354, הטוען כי מחירי השוק מצביעים על עלות הפחתת הזיהום הנוספת, המאפשרת לחברות לשנות את האסטרטגיה, את השיטה

שמכירת מכסות זיהום אינה כרוכה בחששות משמעותיים הקשורים לאוטונומיה, לזהות או לאישיותיות (Personhood).⁸¹ כמו כן, מכירת מכסות זיהום אינה מולידה התנגדויות כלשהן לקומודיפיקציה, בין אם באשר למושא המסחר (מכסות זיהום) ובין אם באשר למסחר בפועל של האינטראקציה בין הצדדים;⁸² מכאן הבחירה ברובריקה המכירה על ציר אופן ההעברה.

2. מכירה מוגבלת: עידון המנגנון של העברת מכסות הזיהום

ההתנגדות העיקרית לרעיון של סחר בלתי-מוגבל במכסות זיהום נעוצה בהשלכות החלוקתיות הבעייתיות שעלולות להתגלע במשטר סחר מעין זה ובפגיעה הנלווית בצדק הסביבתי. החשש הוא שללא התערבות רגולטורית מזהמים יהיו מתומצצים עוד יותר לרכוש קרקעות באזורים "זולים", ובכך ייצרו מוקדי זיהום.⁸³ במילים אחרות, הטענה המרכזית היא שהניתוח הכלכלי הקלאסי של מכסות זיהום סחירות מניח שדה משחק שוויוני שבמסגרתו פועל השוק.⁸⁴ אלא שבעולם האמיתי גורמים סוציו-אקונומיים, רמות הכנסה ומאפיינים אתניים או גזעיים משפיעים על מגרש המשחקים הראשוני, ומטים את הכף לטובת קבוצות מסוימות.⁸⁵ בשל אי-שוויון זה, מנגנונים מבוססי שוק עלולים להיכשל בחלוקה הוגנת של הטבות סביבתיות ושל נזקים סביבתיים, והתוצאה עלולה להיות ריכוז לא-פרופורציונלי של מכסות זיהום בידי

או את המחיר שלהן עם התפתחות השוק, ומציין כי "לא ניתן היה להשיג את ההתאמה הדינמית הזו אם זכויות הזיהום הראשוניות היו קבועות". אולם ראו Wolman, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3 (Some economists have pointed out that in the real world marketable permit systems could experience domination from a single firm or small handful of firms or (could fail to perform well"

⁸¹ Yuval Feldman & Oren Perez, *How Law Changes the Environmental Mind: An Experimental Study of the Effect of Legal Norms on Moral Perceptions and Civic Enforcement*, 36 J.L. & SOC'Y 501, 519-20, 526-27 (2009) במחקר שבדק כיצד כלים שונים של רגולציה סביבתית משפיעים על האינטואיציות המוסריות של פרטים, מנגנון המבוסס על שוק של מיסוי סביבתי עורר במשתתפים את הזעם המוסרי הנמוך ביותר (כלפי מקור הזיהום) ואת התגובה הרגשית הנמוכה ביותר (לזיהום עצמו). שם, בעמ' 508-509, 519 טבלה 1. החוקרים מצאו כי למשתתפים הייתה "סובלנות משמעותית" לשימוש במיסוי סביבתי, תוך טענה שלמכשיר שוקי זה הייתה השפעה המעניקה לגיטימציה, מהפעולה המשותפת של שלטון החוק (הכשרת הזיהום) ומההשפעה של תשלום עבור הזכות להשתמש בנכסי ציבור (לזהם אותם) (שם, בעמ' 526-527).

⁸² ראו שם, בעמ' 508, 527. הכותבים מסיקים שתוצאות המחקר סותרות את הביקורת על הקומודיפיקציה, שלפיה השימוש בכלים מבוססי שוק עשוי להיות מנגנון לגיטימי לאישור השימוש במשאבים ציבוריים.

⁸³ Jonathan Remy Nash & Richard L. Revesz, *Markets and Geography: Designing Marketable Permit Schemes to Control Local and Regional Pollutants*, 28 ECO. Q. 569, 580-87 (2001)

⁸⁴ ראו שם, בעמ' 580-581.

⁸⁵ שם.

קבוצות מסוימות, כמו גם ריכוז לא-פרופורציונלי של מזהמים באזורים גאוגרפיים של קבוצות פגיעות.⁸⁶ כך למשל, חלק ממוקדי הזיהום במדינת ישראל כוללים את האתר ברמת חובב, במפרץ חיפה ובאשקלון, בתוך חפיפה מסוימת לחלוקה מרכז-פריפריה. מחקרים מרחבי העולם מצביעים גם על הטיות אתניות בהקשר הסביבתי, היינו על חפיפה בין מוקדי זיהום לבין אזורים המאוכלסים בידי קבוצות מיעוט. לטענתנו, מסגור דיכוטומי של הוויכוח כשאלה של בעד או נגד משטר מכסות סחירות הוא מטעה, שכן הוא מניח בחירה בינארית בין סחירות מלאה לבין אי-עבירות מוחלטת של מכסות הזיהום. כפי שעולה מהמודל שלנו, הבחירה אינה חייבת להיות בינארית, אלא אפשר לתאר רצף של מנגנוני עבירות. ניתן להתחשב בשיקולים החלוקתיים האמורים באמצעות מעבר לאורך *ציר הנעברים הפוטנציאליים* אל רובריקת המכירה המוגבלת, במקום איסור מכירה גורף. כך, הגבלה של מכירת מכסות למזהמים הנמצאים באותה יחידה גאוגרפית תשמר את הסטטוס קוו מבחינת חלוקת נטל הזיהום בחברה, בעוד שהגבלה של מכירת מכסות לרוכשים מאזורי יוקרה בעלי רמת זיהום נמוכה תשפיע לחיוב ותאפשר חלוקה מחדש פרוגרסיבית של חשיפה לזיהום בחברה. במילים אחרות, כאשר שיקולים הקשורים לחלוקה מקבלים משקל סגולי גבוה אצל המתכנן החברתי, משטר העבירות המתאים עשוי להיות עבירות תוך תיחום של קבוצת הנעברים הפוטנציאליים שלהם ניתן למכור את המשאב או את הזכות. מנגנון העבירות הקבוע בקטגוריה זו מאפשר להירש לשיקולים של צדק חלוקתי, מבלי לוותר על מכלול היתרונות של סחר במכסות זיהום.

3. חליפין מוגבלים: הסדר טיעון

קטגוריה זו עוסקת בחליפין של זכויות ציבוריות בקרב קבוצת נמענים מוגבלת. בשונה ממצב של מכירה, שבו משאבים מתורגמים לכסף, הרי במנגנון העבירות מסוג חליפין נשמר בעסקה מטבע אחיד או סולם הערכה אחיד. דוגמה למוסד פרדיגמטי בקטגוריה זו היא הסדרי הטיעון, שהם דרך המלך לטיפול בתיקים פלייליים במדינת ישראל,⁸⁷ ושבהם זכויות ראייתיות ודיוניות מומרות בהקלות בענישה.⁸⁸ המטבע שנשמר בהסדרים הללו הוא מטבע החירות: הקלה ענישתית בדמות קיצור תקופת מאסר משמעה יותר שנות חירות, ואילו זכויות דיוניות וראייתיות מיתרגמות לסיכוי

⁸⁶ שם, בעמ' 574-581. עם זאת יש לציין, כי כל משטר של מכסות סחירות פועל בתנאים של הקצאה קיימת מראש של זיהום ושל מזהמים. מפעלים מזהמים מלכתחילה ממוקמים לרוב בשכונות של המעמד הנמוך, ולאור הקצאה ראשונית זו מתן אפשרות לסחירות במכסות הזיהום עשויה לעיתים קרובות לנפח את רמות הזיהום באזורים שכאלה. ראו שם, בעמ' 580-581.

⁸⁷ אורן גול-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל *שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פלייליים* (מחלקת המחקר של הרשות השופטת – המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה 2012).

⁸⁸ Jason Mazzone, *The Waiver Paradox*, 97 NW. U. L. REV. 801, 801 (2003), הטוען כי הזכות למשפט או הזכות נגד הפללה עצמית נסוגות באופן שגרתי בזירה הפליילית, בתמורה להפחתת עונש.

זיכוי ולחירות פוטנציאלית. מאחר שחירותו של אדם היא מרכיב מהותי בזהות ובאישיותיות (Personhood), הרי מכירה של זכויות דיוניות וראייתיות תמורת כסף או תמורת הטבות שאינן מגולמות במונחי חירות תיחשב לא-לגיטימית. בה בעת, חליפין בתוך סולם ההערכה האחד – עבור אותו סוג של מטבע החירות – אינם מעוררים את אותם סוגי חששות, הקשורים לאישיותיות או להשחתה באמצעות קומודיפיקציה של המשמעות של חירות.⁸⁹ בכך נבדלים הסדרי הטיעון ממכסות הזיהום. באופן כללי יותר, בכך נבדלות הזכויות הציבוריות הניתנות למכירה מאלו הניתנות להחלפה בלבד.⁹⁰

בד בבד, *עצם האינטראקציה* שבין התביעה להגנה והתמורה ההדדית (*quid pro quo*) שבבסיס הסדר הטיעון נתפסים כלגיטימיים באקלים המשפטי הקיים.⁹¹ המשפט הפוזיטיבי מכיר בעצם הפתיחה של זירת המשפט הפלילי למשא ומתן, ורואה ביכולת להתקשר בהסדרים עם התביעה ביטוי לאוטונומיה של הנאשמת וליכולתה להפעיל שליטה על גורלה.⁹² במילים אחרות, עצם האינטראקציה החליפית אינה מעוררת קושי, כל עוד נשמר השימוש בסולם ההערכה הראוי של "חירות תמורת חירות".⁹³

4. סחר חליפין בלתי-מוגבל: שוברים לבתי ספר

מנגנון העבירות המיוצג בקטגוריה זו הוא חליפין בעין בין נמענים בלתי-מוגבלים. דוגמה טיפוסית לקטגוריה זו היא החלפת שוברים המעניקים זכות ללמוד בבתי ספר ציבוריים בעלי הדגשים פדגוגיים שונים.⁹⁴ לשם המחשה, נניח שבתי ספר תיכוניים

⁸⁹ ראו: Michael J. Sandel, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Address at Brasenose College, 21 THE TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES 89, 94 (2000), הדרן בהשפעה המשחיתה של קומודיפיקציה.

⁹⁰ שימו לב שהמודל שלנו נועד לתכנן מנגנוני עבירות בנוגע לזכויות ציבוריות. עם זאת שיקולים דומים ומנגנונים דומים יכולים לחול בהקשר שאינו של זכויות ציבוריות. מקרה מקביל, ללא זכויות ציבוריות, הנכלל בקטגוריה ה, הוא הדוגמה של תרומות דם. היתר החלפת תרומות דם אך ורק לצורך ביטוח דם, תוך איסור מכירת דם בתמורה כספית, נתמכת בנימוקים דומים, לא-קומודיפיקטיביים.

⁹¹ אולם ראו: George E. Dix, *Waiver in Criminal Procedure: A Brief for More Careful Analysis*, 55 TEX. L. REV. 193, 220-26 (1977), הטוען כי זכות מוחלטת לוותר עלולה להיות "כרוכה בניצול בלתי מתקבל על הדעת של בורות של נאשם או בהקרבה יקרה מדי של הצורך להשיג או לפחות להיראות כמי שהשיג דיוק". שם, בעמ' 219, הדרן ברעיון של אוטונומיה של הנאשם.

⁹² לדיון נוסף בשיקולים הקשורים לאוטונומיה, העומדים בבסיס עסקאות טיעון, ראו באופן כללי: Talia Fisher, *The Boundaries of Plea Bargaining: Negotiating the Standard of Proof*, 97 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 943 (2007).

⁹⁴ ראו באופן כללי, Zelman v. Simmons-Harris, 536 U.S. 639 (Sup. Ct. 2002), הדרן בחוקתיות של שוברים לבתי ספר בהקשר של ה-Establishment Clause; Christopher E. Adams, *Is Economic Integration the Fourth Wave in School Finance*

ברשות מקומית מסוימת מציעים, נוסף לתוכנית ליבה זהה, תחומים ספציפיים של התמחות: חלקם מתמקדים באומנויות ובמדעי הרוח, בעוד שאחרים מכוונים יותר למדע. לצורך המחשה, נניח שתחת משטר שכזה לכל תלמידה פוטנציאלית מוקצה שובר המאפשר לה ללמוד בבית הספר הקרוב למקום מגוריה. הסיבה להקצאה זו היא להבטיח רישום של מספר שווה יחסית של תלמידים בכל בית ספר. מתן אפשרות לכל תלמידה להחליף את השובר שלה תמורת שובר אחר תאפשר להתאים טוב יותר את החינוך להעדפות האישיה של התלמידות, ולפיכך תהווה שיפור פאָרטו.⁹⁵ שוברי בית ספר יגיעו למשתמשות המייחסות להם ערך גבוה יותר, ללא קשר להקצאה המקורית. האופי הבלתי-מוגבל של סחר החליפין מגדיל את מספר העסקאות הפוטנציאליות, בעוד שהחלופה של הצבת הגבלות על החלפות שכאלו עשויה לשבש את ההשפעות החיוביות הללו. לפיכך, כאשר יעילות הנמדדת באמצעות השאת העדפות ובחירה רבה יותר הן המטרות החברתיות הדומיננטיות בתחום החינוך, קטגוריה ו (חליפין בלתי-מוגבלים) עדיפה על קטגוריה ה *הנעברים הפוטנציאליים*.

עם זאת התמקדות בהשפעה החלוקתית שעשויה להיות לחליפין תגלה, כי קטגוריה ה עשויה להיות עדיפה מבחינת הנעברים הפוטנציאליים. כך למשל, אם בתי ספר המתמקדים באומנויות מושכים מספר לא-פרופורציונלי של תלמידות בנות, בעוד שאלו המתמקדים במדעים מגלמים את הבחירה המועדפת על תלמידים בנים – ובהנחה שזו תוצאה לא-רצויה מנקודת מבט חברתית – הגבלת חליפין לנמענים מאותו מגדר יכולה להיות עדיפה. מתן אפשרות לתלמידות להחליף שוברים רק עם תלמידות אחרות, כאשר אותה הגבלה חלה גם על תלמידים בנים, ישמר את היחס שבין בנים לבנות בכל בית ספר. בה בעת, בתי הספר יוכלו להיענות טוב יותר להעדפותיהם של יחידים בתוך כל קבוצה: תלמידות בעלות העדפה גבוהה יותר למדעים יגיעו לבתי ספר בעלי אוריינטציה מדעית, ותוצאה דומה תתקבל עבור תלמידים בנים המעדיפים אומנויות.

בכל הנוגע לציוד *אופן ההעברה*, ניתן להעלות בהקשר של הזכות לחינוך טענות דומות לאלו שהועלו לעיל בעניין ההגנות בהליך הפלילי. מושא ההחלפה בהקשר של תלושי בית ספר – זכותו של הפרט לחינוך – מהווה מרכיב מכונן באישיהו של האדם, בדומה לחירות.⁹⁶ בעוד שהמרה של צורת חינוך אחת בצורת חינוך אחרת מגדילה את

⁹⁵ (2007) 56 EMORY L.J. 1613, *Litigation?*, המצדד באימוץ מערכת ציבורית של שוברים לבתי

ספר על מנת להפחית את הבעיות של בתי ספר דלי אמצעים.

⁹⁶ אולם שימו לב שבניגוד להחלפות בעין, המרת שוברים לבתי ספר למטבע כספי עלולה למעשה לעוות את מנגנון גילוי ההעדפות שבבסיסם במקרים שבהם אנשים אמידים מציעים הצעות גבוהות יותר גם כשהעדפות שלהם נמוכות יותר. אי-מתן אפשרות המרה שכזו של שוברים לכסף באמצעות הגבלת העסקה לתחום הערכת שווי בודד (שוברים תמורת שוברים בלבד) ימנע את העיוותים הללו, ובכך יאפשר לחשוף העדפות אמיתיות ולתעל שוברים שונים למשתמשים בעלי הערך הגבוה ביותר שלהם. ניתן כמובן לנסח את הנקודה הזו גם במונחי חלוקה.

⁹⁶ ראו את עניין Zelman, לעיל ה"ש 94, בעמ' 676, שם השופט Thomas פתח את הנמקתו בנקודת המבט שלפיה השכלה היא חלק חיוני בהיות האדם חופשי.

מגוון האפשרויות הקיימות ובמקביל תומכת באישיותו של התלמיד וביכולת הבחירה העתידית שלו, מכירת הזכות לחינוך תגביל את היכולת העתידית לבחור מבין דרכי חיים חלופיות (הוא הדין בויתור ללא תמורה כלשהי, כמו במקרה של מתנות בקטגוריה ד). הנחה זו מסבירה את אי-ההתאמה של המרת הזכות לחינוך בכסף.⁹⁷ עם זאת יש לשים לב לכך שהמרת ההשכלה בכסף היא הנתפסת כבעייתית, ולא מרקם היחסים ועצם האינטראקציה שבין מחזיקי השוכרים המוחלפים.

5. מתנה בלתי-מוגבלת: הזכות להגיש תביעה

מנגנון העבירות בקטגוריה ד הוא מתנות – ללא תמורה – לקבוצת נמענים לא-מוגדרת ומוגבלת. תרומות איברים להשתלה היא דוגמה קלאסית בזירה שאינה קשורה לזכויות ציבוריות.⁹⁸ בקטגוריה של זכויות ציבוריות דוגמה היפותטית תהיה זכות התביעה. ניתן לטעון שאיסור על כל צורות העבירות באשר לזכות התביעה עלול לפגוע בהרתעה ולחבל במטרת הפיזוי, בייחוד בנסיבות שבהן אין לתובעים פוטנציאליים את המשאבים הכספיים, התרבותיים והרגשיים הכרוכים בפנייה לבית המשפט.⁹⁹ מתן אפשרות להעביר את זכות התביעה לבעלי דין מתוחכמים ומנוסים יותר במערכת תקדם תכליות ציבוריות של הרתעה ופיזוי. במדינת ישראל מתווסף לשיקולים הללו, התומכים בעבירות של זכויות תביעה, גם המשתנה האידאולוגי. ישנן קהילות שמנועות אידאולוגית מפנייה לבתי המשפט האזרחיים, דוגמת חלקים מהאוכלוסייה החרדית.¹⁰⁰ מעבר (לאורך ציר אופן ההעברה) ממשטר של אי-עבירות למשטר של מתנות יאפשר אם כן את העברת הזכות להגשת תביעה מהנפגע הקונקרטי לשחקנים שאינם מנועים מלפנות לערכאות או לשחקנים מתוחכמים יותר במערכת המשפט. העלויות השוליות של פרוצדורות משפטיות נוספות עשויות להיות נמוכות יותר עבור שחקנים אלה מאשר

⁹⁷ יתרה מכך, עבור מי שמתעקש שחינוך חייב להיות מבוסס במהותו על מצוינות, והטוען שכל מעורבות של כסף מכתימה את עצם החינוך, האפשרות של החלפה – להבדיל ממכירה – של שוכרים לבית הספר תמנע את ההשפעות השליליות הללו.

⁹⁸ ראו באופן כללי Kenneth Baum, *Golden Eggs: Towards the Rational Regulation of Oocyte Donation*, 1 BYU L. REV. 107 (2001), הדין בשאלה אם תשלום עבור ביציות הוא הולם או שזו אמורה להיות תרומה; Sara Krieger Kahan, *Incentivizing Organ Donation: A Proposal to End the Organ Shortage*, 38 HOFSTRA L. REV. 757 (2009), המתייחסת לשיטות עכשוויות לתרומת איברים ולאפשרות של תמריצים כלכליים.

⁹⁹ ראו Michael Abramowicz, *On the Alienability of Legal Claims*, 114 YALE L.J. 697, 736-42 (2005) (להלן: Abramowicz, *Alienability of Legal Claims*). הטוען כי תובעים הרוכשים תביעות נזיקין יצליחו יותר בבית המשפט.

¹⁰⁰ ראו רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות** (נבו 9.12.2015) והקושי לאתר תובעת ייצוגית מתוך הקהילה החרדית באופן שגרם לארגון "קולך" ליטול את המושכות לידיה.

עבור בעל זכות התביעה המקורי, ולהגדיל את תוחלת התועלת מן התביעה עבורם.¹⁰¹ השפעות שכאלה יכולות לנבוע גם מאיחוד – בידי שחקן בודד – של כמה תביעות הנוגעות לנפגעים שונים בדומה לעיקרון העומד בסיס תובענה ייצוגית. זאת ועוד, אף כאשר ערך התביעה אינו עולה משמעותית בעקבות העברת הזכות, הרי האפשרות להעבירה משרתת תכלית חברתית חשובה נוספת – השתתפות בשיח הציבורי באמצעות מערכת המשפט. גורמים המעוניינים לקדם שינוי חברתי דרך המערכת השיפוטית מקבלים גישה אליה באמצעות שימוש בזכות התביעה הלא-ממומשת של הנפגעים הקונקרטיים. בה בעת, העברת זכות זו מאפשרת לנפגעים עצמם לשטוח את טענותיהם ולהשמיע את קולם בעקיפין באמצעות הנעברים.¹⁰² במילים אחרות, מתן אפשרות להעברת זכות התביעה משפר לא רק את ההרתעה, אלא גם את ההשתתפות בשיח הציבורי. במקרים שבהם שיקולים נורמטיביים אלו הם בעלי חשיבות עליונה, מנגנון המתנה עדיף על אי-עבירות.

לעומת זאת, עשויה להיות סיבה להתנגד למעבר ממשטר שמאפשר הענקת זכויות תביעה כמתנה למשטר המאפשר מכירתן בכסף. דוקטרינת ה- *Champerty*,¹⁰³ שהתפתחה בעולם המשפט האנגלו-אמריקני משך מאות שנים, התבססה בין היתר על התפיסה שלפיה הקומודיפיקציה של זכות התביעה – ביחוד בהקשר של נזקי גוף – עשויה להתרגם לתג מחיר המושם על גופו של אדם.¹⁰⁴ אופייה האישי של התביעה

¹⁰¹ תביעות ענק בנוזיקין הן דוגמה טובה בהקשר זה. ראו שם, דיון ביצירת מאגר של תביעות נזיקין בידי הרוכש.

¹⁰² ראו *Abramowicz, Alienability of Legal Claims*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 740 ("Transfers of claims allow plaintiffs to obtain better representation or to bring claims that otherwise would not be worth bringing").

¹⁰³ ראו *Martin H. Redish & Colleen McNamara, Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory*, 79 *GEO. WASH. L. REV.* 773, 818 (2011) ("The [champerty] doctrine's underlying policy is to discourage excessive, unnecessary, or speculative litigation, which is often associated with third parties seeking profit for themselves, rather than redress for their clients, through suits").

¹⁰⁴ דוקטרינת ה- *champerty* מגבילה סחר בזכויות תביעה בארצות המשפט המקובל. היא התייחסה לפעילות שיש בה משום ייזום או סיוע להליכי תביעה של הזולת, בלא שיש למסייע אינטרס מוצדק להתערב בתביעה בדמות עסקות בין צד לתביעה משפטית ובין צד ג לניהול התביעה בתמורה לקבלת חלק מפירותיה. שורשיה ההיסטוריים של דוקטרינת ה- *champerty* נעוצים כבר במשפט היווני והרומי, והיא התפתחה במשפט המקובל על רקע פרקטיקות במאות האחת עשרה והשתים עשרה לספירה, שלפיהן בעלי הון נהגו לממן תביעות בסכסוכי מקרקעין בתמורה לקבלת חלקות קרקע. בשל פערי העלויות הטיפוסיים שבין מימון התביעה לבין ערכם של האינטרסים הנרכשים בקרקע נתפס נוהג זה של סחר בזכויות התביעה כנגוע בתחלואי ההלוואה בריבית קצוזה. זאת ועוד, באנגליה של ימי הביניים התעורר החשש, שמא מתן אפשרות להתערבות חיצונית בהליכים שיפוטיים תפתח לניצול לרעה של ההליך השיפוטי בידי בעלי הממון והשררה. מעורבותם ותמיכתם הפיננסית נתפסה כמעודדת שימוש יתר במכניזם השיפוטי באופן שהופך את ההליך השיפוטי לזירת התנצחות מועדפת. גם עליית הנצרות תרמה להתפתחות דוקטרינת ה- *champerty*. ברוח התפיסה הנוצרית שרווחה בימי הביניים נתפסה ההתדיינות המשפטית באורח

המשפטית עלול להיפגע כאשר גופים המונעים ממטרות רווח הופכים להיות השחקנים הדומיננטיים במערכת השיפוטית.¹⁰⁵ זאת ועוד, להעברת זכות התביעה לשחקנים מתוחכמים תמורת כסף עלולות להיות השפעות שליליות, כיוון ששחקנים אלה עלולים להשתמש בכוחם הכלכלי העודף על מנת להטות את המערכת לטובתם. מבחינת ציר הנעברים הפוטנציאליים, היכולת להעביר את הזכות להגשת תביעה לנמענים בלתי-מוגבלים תקדם יעילות והרתעה, בעוד שהגבלתה לקבוצות ספציפיות עלולה לחתור תחת המטרות החברתיות הללו ואף לפגוע בשוויון בפני החוק.

6. מתנה מוגבלת: פטור מגיוס

קטגוריה ג נוגעת למנגנון עבירות של מתנה – העברה ללא תמורה – לקבוצה מוגדרת ומוגבלת מראש של נמענים. דוגמה היפותטית יכולה להתייחס לפטור מגיוס חובה.¹⁰⁶ במדינות שיש בהן חובת גיוס פרטים וקהילות נהנים מזכויות פטור שונות, בדרך כלל על רקע דתי או תרבותי.¹⁰⁷ בישראל למשל, מונהגת בפועל פרקטיקה של מתן פטור לאוכלוסייה החרדית מפאת "תורתם או מנותם".¹⁰⁸ תלמידי ישיבות גבוהות דוחים מעת לעת את מועד הגיוס עד הגיעם לגיל הפטור. המשמעות היא שעל התלמידים להתמיד בלימודי התורה כדי להימנע מגיוס. תחת המשטר הנוהג זכויות

שלילי, כניצבת בסתירה לערך המחילה. יחס שלילי זה הופנה גם באשר להתדיינות "מוצדקת", הנשענת על מסד משפטי ראוי. טעם היסטורי נוסף לרצון לדכא יזמות בתחום התביעות המשפטיות נבע מיחס חשדני כלפי השופטים ומהיעדר אמון ביושרה של המערכת השיפוטית. בשלהי תקופת ימי הביניים פעלו בתי המשפט באנגליה בהיעדר פיקוח הולם, והיו חשופים לשחיתות. החשש היה שפתיחת שוק התביעות למסחר וכניסתם לשוק של גורמים עתירי מומן (אשר רואים בתביעה הזדמנות עסקית) עלולות להגביר את התמריץ – ולא פחות מכך את היכולת – לשחד שופטים או עדים ולהטות משפט. ראו גם Abramowicz, *Alienability of Legal Claims*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 704.

¹⁰⁵ ראו שם. לדיון נוסף על הקומודיפיקציה של תביעות משפטיות, ראו שם, בעמ' 697-779.

¹⁰⁶ ראו Richard H. Pildes, *The Unintended Cultural Consequences of Public Policy: A Comment on the Symposium*, 89 MICH. L. REV. 936, 943 (1991), הדן ב"פטורים צרים הקשורים לאפקטיביות" עבור מי שאינם כשירים לשרת, וכן במערכות גיוס עם "פטורים רחבים יותר הקשורים למדיניות" עבור אנשים הנחשבים מסוגלים למלא תפקידים ראויים יותר במקומות אחרים בחברה.

¹⁰⁷ ראו למשל Matthew G. Lindenbaum, *Religious Conscientious Objection and the Establishment Clause in the Rehnquist Court*: Seeger, Welsh, Gillette, and *the Establishment Clause in the Rehnquist Court*: Seeger, Welsh, Gillette, and *the Establishment Clause in the Rehnquist Court*, 36 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 237, 248 (2003), הדן בחוק שנחקק במהלך מלחמת האזרחים ופטור מחוק גיוס חובה לאומי רק בני ערות דתיות שעקרונויהם אסרו על נשיאת נשק.

¹⁰⁸ ראו U.S. Dept of State, Bureau of Democracy, H.R. and Lab., *International Religious Freedom Report* (2006), המסביר את חוק טל הישראלי, אשר מאפשר ליהודים חרדים לדחות את השירות הצבאי במרווחים של שנה על מנת להמשיך להיות תלמידי ישיבה.

הפטור אינן ניתנות להעברה.¹⁰⁹ ניתן לטעון כי על רקע מציאות של מתן פטור בפועל, החלופה של מתנה מוגבלת לקבוצה מוגדרת מראש עשויה להיות עדיפה מבחינת קידום התכליות החברתיות. בניגוד לראשי הקהילה החרדית ולחברים בה, למדינה אין מידע מספיק על מנת לאתר את העילוויים בתורה, בעלי מוסר הלימוד הגבוה ביותר.¹¹⁰ פערי המידע הללו עלולים להוביל למצב שבו תלמידי ישיבה ראויים פחות נהנים מן הפטור מגיוס, בעוד שחבריהם, שתורתם אומנותם ושתרומתם להתפתחות גוף ההלכה והתורה היא משמעותית, נתקלים בקושי לממשו.¹¹¹ מנגנון הקצאה חלופי שעשוי להקל על קושי זה (המודגם בקטגוריה ג) הוא הענקת זכויות פטור הניתנות להעברה, תוך הגבלת קבוצת הנעברים הפוטנציאליים לחברי הקהילה החרדית. סוג זה של עבירות ישמש מנגנון חלקי לחשיפת העדפות בקרב חברי הקהילה, ובמקביל יאפשר למנהיגי הקהילה ולחברים בה לכוונן את ההקצאה הסופית של הפטורים, לרבות באמצעות הטלת סנקציות ותגמולים חברתיים ודתיים.¹¹² הדבר יאפשר להרחיב את עולם לימוד התורה (שהוא הערך החברתי שאותו מבקש המתכנן החברתי לקדם באמצעות מתן הפטור) עבור עלות נתונה במונחי פטור.¹¹³ תוצאה זו יוצאת מנקודת הנחה שמנהיגי החברה החרדית יהיו מעוניינים לתמוך בהענקת הפטור לתלמידים המבטיחים ביותר, ולא "לבזבז" אותו על תלמידים בינוניים או על כאלו שהמוטיבציה שלהם ללמוד נמוכה. מנגד, ייתכן כי מעורבותם של מנהיגי הקהילה תביא למצב שבו התלמידים לא יוכלו להפעיל בחירה אוטונומית אמיתית בהעברת זכאותם לאחרים.

אשר לציר אופן ההעברה, את הבחירה להעביר את קו הגבול בין מתנה לחליפין ניתן לתמוך בשני טעמים. טעם אחד הוא, שמתן תמורה עבור הפטור עלול לדלל את הפונקציה האקספרסיבית של הפטורים כסמן לגדלות בתורה. הטעם האחר הוא, שהקמודיפיקציה של האינטראקציה תפגע באופי האלטרואיסטי של העברת הפטור

¹⁰⁹ ראו שם, פירוט על כך שאנשים הפטורים מגיוס לפי חוק טל חייבים לחדש את הפטור מדי שנה באמצעות הוכחה שהם עדיין תלמידי ישיבה במשרה מלאה.

¹¹⁰ ראו Barak Medina, *Political Disobedience in the IDF: The Scope of the Legal Right of Soldiers to be Excused from Taking Part in Military Activities in the Occupied Territories*, 36 ISR. L. REV. 73, 80 (2002), המציע שלא כל מקרי הפטורים שניתנו ליהודים חרדים בחוק טל משקפים סרבנות מצפונית "מלאה".

¹¹¹ לדיון בוויכוח ובביקורת הפוליטית האינטנסיבית סביב ההיקף הרחב של הפטורים של חוק טל והשלכותיהם, וכן הצעה שסירובם של חלק מהאנשים לשרת הוא "בלתי-מוצדק", ראו שם, בעמ' 95-92.

¹¹² לדיון ביתרונות ובחסרונות של רגולציה עצמית של קהילה בידי מנהיגיה, ראו Anthony Ogus, *Rethinking Self Regulation*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 97, 97-9 (1995), הטוען כי היתרונות של רגולציה עצמית כוללים גישה טובה יותר למידע ולמומחיות, עלויות ניטור נמוכות יותר והפנמה של עלויות אדמיניסטרטיביות, וכי החסרונות של הרגולציה העצמית כוללים את הפוטנציאל להתנהגות rent-seeking וניצול לרעה של כוח בידי מנהיגי הקהילה עצמם.

¹¹³ ראו Medina, לעיל ה"ש 110, שעומד על כך שהמדיניות הקיימת בישראל היא מתן פטורים ליהודים חרדים תוך שלילת אותו סוג של פטור מגיוס צבאי לאנשים שמסרבים לשרת על רקע לא-דתי, לרבות התנגדות למדיניות צה"ל.

לחברי הקהילה ותשנה את הקשרים הקהילתיים.¹¹⁴ הגבול בין אי-עבירות למתנה בציר זה נתמך בשיקולי השתתפות. בהעברת הפטור מגיוס לחבר אחר בקהילה המעביר משפיע על החלוקה הסופית של זכויות הפטור. משטר המתנות, שלא כמו אי-עבירות מוחלטת, מאפשר אפוא ליחידים להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות באשר להקצאה של פטורים, וכפועל יוצא בשאלה מי יעסקו בלימודי דת. בהקשר זה נעיר, כי עבור יהודים חרדים תמיכה בלימוד תורה של הזולת היא אידאל דתי כשלעצמו.¹¹⁵

7. אי-עבירות: זכויות הצבעה

קטגוריה א כוללת זכויות ציבוריות שאינן ניתנות להעברה. ניתן להבחין בין המקרים הנכללים בקטגוריה זו לבין שאר סוגי המקרים בכך שסירוב למימוש זכויות אלו מביא לויתור מוחלט עליהן. המקרה הפרדיגמטי בקטגוריה א הוא זכויות הצבעה.¹¹⁶ בשונה מהמקרה של מכסות זיהום, הקצאת זכויות הצבעה לא-עבירות נובעת מההתחייבות האפרורית לחלוקתן השווה בציבור (קול אחד לאדם, ולא קול לשקל).¹¹⁷ תחת הדין הנוהג, אדם אינו רשאי לקנות את זכות ההצבעה של זולתו כדי להגדיל את כוח ההשפעה הפוליטי שלו. זאת ועוד, אי-אפשר לקנות קולות על מנת להשתיק תומכים של יריבים פוליטיים.¹¹⁸ במונחים של המודל המוצע, שיווי המשקל הנורמטיבי מושך לכיוון החלוקתי, בין היתר בשל חוסר היעילות הגלום בסחר בקולות בוחר.¹¹⁹

¹¹⁴ השוו למשל Rose-Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 947, המספקת דוגמה לאופן שבו קומודיפיקציה של מתנות עשויה להשפיע על האלטרואיזם באמצעות דיון בהשלכות של מתן אפשרות ליחידים לרכוש דם שנתרם והצעה שהפיכת דם לסחורה הניתנת למכירה עשויה למעשה להרתיע תורמים שחשבו שהם מספקים "מתנה" בתרומת דם.

¹¹⁵ לדיון נרחב באידיאל ובפרקטיקה של תמיכה כלכלית בלומדי תורה, ראו DIANE TILCKTON SCHUSTER, JEWISH LIVES, JEWISH LEARNING: ADULT JEWISH LEARNING IN THEORY AND PRACTICE 52-4 (2003).

¹¹⁶ אולם ראו Levmore, *Voting with Intensity*, לעיל ה"ש 70, בעמ' 137, המאתגר את ההתנגדות המסורתית לרכישת זכויות הצבעה בהקשר של דיני תאגידים והמצביע על הנסיבות שבהן רכישה שכזו עשויה להיות טובה.

¹¹⁷ ראו Rose-Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 963, הטוענת כי "מכירת זכות הצבעה אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות שוויוניים ודמוקרטיים מכיוון שהיא מטה החלטות פוליטיות לטובת העשירים".

¹¹⁸ ראו Hasen, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1324, ה"ש 1, הדן בהשלכות המשפטיות של "קניית זכות הצבעה" בארצות הברית. דוגמאות אחרות לזכויות ציבוריות לא-עבירות כוללות זכויות של מדינות הרגולציה והרווחה, כגון ביטוח לאומי והטבות רווחה. ראו Radin, *Market*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1854, ה"ש 20. באשר לציר אופן ההעברה, עצם היכולת שלא לצרוך תלושי מזון, שהם סוג של הטבות רווחה, מאפשרת לצרכנים הזכאים להתנתק מאנשים נזקקים אחרים ומשקפת כבוד להעדפותיהם הלא-חומריות. בכל הנוגע לשיקולי יעילות וחלוקה, הויתור מקדם חלוקה יעילה של הטבות מסוג זה בכך שהוא פועל כמנגנון החושף העדפות.

¹¹⁹ ניתוח של רכישת זכויות הצבעה מנקודת מבט של יעילות, ראו: Zvika Neeman & Gerhard O. Orosel, *On the Efficiency of Vote Buying When Voters Have Common*

נפתח במישור היעילות. על אף שבמבט ראשון מכירת קולות תמורת כסף נראית כמו דרך טובה לאפשר לבוחרים להביע את עוצמת העדפותיהם הפוליטיות, הרי היא עלולה ליצור החצנות משמעותיות על אחרים.¹²⁰ כך, אפשרות לסחור בקולות בוחר עלולה לייקר את מנגנון הבחירות הפוליטיות עבור כלל המועמדים. כמו כן, רוכשי קולות עלולים להשתמש בכוחם הפוליטי העודף ובנגישות שהוא מקנה לקופה הציבורית לאחר הבחירות כדי לגלגל את עלות הרכישה על כתפי הציבור בדיעבד.¹²¹ מקור נוסף לחוסר יעילות הוא הפוטנציאל לגיבוש "קואליציות של קונים ומוכרים".¹²² מקור אחר נוגע לפער המובנה שבין ערכה של זכות בחירה עבור הבוחר הבודד (בהנחה המסתברת שאין מדובר בקול המכריע) לבין ערכה המצטבר של מסת קולות והבעיות של פעולה משותפת במכירת קולות.¹²³

הטיעון החלוקתי נגד סחר בקולות בוחר מבוסס על השפעותיו הרגרסיביות. בשוק לזכויות הבחירה יש פרופיל מובהק לקונים ולמוכרים. סביר להניח שחסרי הון הם שימכרו את קולותיהם לבעלי ההון, בשל הפערים ביכולות הפיננסיות והתועלת השולית הפוחתת של הכסף.¹²⁴ הדבר יביא לתרגום הון כספי להון פוליטי; לצבירת כוח עודף של עשירים בזירה הפוליטית; ולהדרה של עניים מזירת קבלת ההחלטות הציבורית. ההטיה לטובת העשירים תיווצר גם משום ש"מועמדים שנבחרו בבחירות שבהן העשירים קונים את קולות העניים ישקפו בסבירות גבוהה יותר את עמדותיהם של הראשונים".¹²⁵ זאת ועוד, על אף ששווקים נוטים לבזר את כוח קבלת ההחלטות

Interests, 26 INT'L REV. L. & ECON. 536 (2006), החושף את היעילות של רכישת זכויות הצבעה בהקשר הספציפי של בחירות תאגידיות.

¹²⁰ ראו *Levmore, Voting with Intensity*, לעיל ה"ש 70, בעמ' 118, המציין כי השווקים – יותר מאשר מצביעים בודדים – נוטים לעשות עבודה טובה באופטימיזציה של ייצור סחורות באמצעות שליחת האותות הנכונים ליצרנים.

¹²¹ ראו *Epstein*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 984-988, הן בהחצנות שליליות שונות הנובעות ממכירת זכויות הצבעה, הן בהקשר התאגידי והן בהקשר הפוליטי.

¹²² JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* 272 (1962).

¹²³ ראו *Levmore, Voting with Intensity*, לעיל ה"ש 70, בעמ' 123 ("[I]f vote selling were legal, many entitled individuals would sell their votes at trivial prices even as these voters recognize that a large block of votes is a valuable asset. But it does no good for an individual to hold out for the value that a buyer might attach to each vote in such a block because there are many other potential sellers willing to part with their shares for some trivial price. Absent some coordination strategy, these voters reason that since others will sell at a low price rather than be left holding essentially worthless rights, they too may as well sell at a price greater than zero but far less than what might be obtained (from an eager buyer if these sellers could coordinate)".

¹²⁴ *Hasen*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1325, המציין כי עניים נוטים יותר למכור את קולותיהם מאשר עשירים, מה שמוביל למערכת רגרסיבית שבה תוצאות פוליטיות מעדיפות את העשירים.

¹²⁵ שם, בעמ' 1330.

בחברה ולפיכך לרסן את כוח המדינה הריכוזי,¹²⁶ הרי במקרה של זכויות הצבעה עלולה להסתמן מגמה הפוכה – שוק של זכויות הצבעה עלול לרכז כוח פוליטי בידי בעלי ההון.¹²⁷

בציר אופן ההעברה, המניעה של סחר בקולות נובעת משיקולי השתתפות ואישיותיות (Personhood). תרגום הון כספי להון פוליטי והמרה של קולות בוחר למטבע עובר לסוחר מתנגשים עם המשמעות האינטרינזית של השתייכות לחברה דמוקרטית. מעבר לפונקציה האינסטרומנטלית בקידום רווחה או תועלת אישית, הרי ההשתתפות בהליך הפוליטי היא אמצעי למימוש זהותו האזרחית של האדם.¹²⁸ קבלת החלטות קולקטיבית נבדלת מאגרגציה של בחירות אינדיווידואליות, בבחינת שלם העולה על סך רכיביו.¹²⁹ ערך אינטרינזי מוסף זה יורד לטמיון כאשר זכות הבחירה נמכרת למרבה במחיר תמורת רווח ותועלת אישיים. נוסף להשפעה המתוארת על ה"אישיות האזרחית" (Personhood), סחירות יוצרת השפעות שליליות גם במישור של מרקם היחסים שבין פרטים בחברה. כפי שציין Saul Levmore, "זכות הצבעה היא כמו הזמנה למסיבה, ושתייהן אינן ניתנות להעברה מאותה סיבה חיצונית."¹³⁰ מאחר שהתנגדויות לעבירות הקשורות לחלוקה, לאישיותיות ולהשתתפות משמעותיות כל כך בהקשר של זכויות הצבעה, ולאור כשלי השוק וההחצנות השליליות הגלומים בסחר בקולות בוחר, כפות המאזניים הנורמטיביות נוטות לעבר אי-עבירות. עם זאת בדומה למה שטענו בהקשר של הדין במכסות הזיהום, גם במקרה של זכויות הצבעה אי-סחירות אינה חייבת להגיע כדי אי-עבירות מוחלטת. במקום זאת המודל שלנו מציע אפשרויות לא-בינאריות לאורך ספקטרום של מנגנוני עבירות: אפשר לטפל בחלק מהחששות הקשורים לאישיותיות ולהשתתפות באמצעות מעבר לאורך ציר אופן ההעברה אל עבר שורת המתנות, או אולי אפילו אל עבר שורת החליפין. במילים אחרות, אפשר להתמודד עם החששות הללו באמצעות מנגנוני עבירות האוסרים על מכירת קולות, אך במקביל מאפשרים לתרום זכויות הצבעה לאחרים (מתנה) או אפילו להחליפן תמורת סוג דומה של תמורה (קניון קולות), כמו

¹²⁶ ראו FRIEDMAN, לעיל ה"ש 20, בעמ' 7-22.

¹²⁷ Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1098.

¹²⁸ Karlan, לעיל ה"ש 48, הטוען כי "זכות הצבעה משרתת פונקציה אקספרסיבית רבת-עוצמה" וטומנת בחובה את האידיאל של 'הכלה אזרחית'. ראו גם Sandel, לעיל ה"ש 89, בעמ' 118-114.

¹²⁹ Sandel, לעיל ה"ש 89, בעמ' 118. ראו גם Rose-Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 963, המציינת כי על אף שהצבעה נתפסת מצד אחד כאקט פרטי, היא גם דורשת מן הצד האחר קבלת החלטות מושכלת היטב, בגלל השפעתה על החברה הדמוקרטית הרחבה יותר.

¹³⁰ Levmore, *Voting with Intensity*, לעיל ה"ש 70, בעמ' 116. ראו גם ANDERSON, לעיל ה"ש 26, בעמ' 164-165, המציינת כי תחומים וערכים חברתיים מסוימים נשלטים בידי השתתפות בפרקטיקות חברתיות ואינם יכולים להישלט בייעילות בידי עקרונות השוק.

בדוגמת בחירות 2000 לנשיאות ארצות הברית בתחילת מאמרנו¹³¹ או בדוגמת בחירות 2015 בישראל, שבמסגרתן נעתרו עשרות בוחרים ליוזמה לתרום את קולותיהם לפלסטינים ולמבקשי מקלט חסרי זכות הצבעה.¹³² נעיר כי בעצם הבחירה לתרום את זכות ההצבעה יש משום הבעת עמדה פוליטית והשתתפות עקיפה בשיח הדמוקרטי, הגם שלא בדרך של השתתפות ישירה בבחירות.

ג. הטבות מס עבירות

דיונונו עסק עד כה באופן שניתן להתאים מנגנוני עבירות של זכויות ציבוריות ליעדים ולשיקולים הנורמטיביים שבבסיסן. עתה נפנה ליישם את המודל המוצע על זירה אחת בתחום הזכויות הציבוריות – הטבות מס בגין תרומות. בחינת תמריצי מס מבעד לעדשת המודל המוצע ממחישה את היתרונות הגלומים בהפיכת זכויות ציבוריות מסוימות לעבירות.¹³³ נפתח בסקירת המקרים היוצאים מן הכלל, שבהם

¹³¹ ההבחנה שבין סחר חליפין וסחר בקולות הוכרה במקרה של החלפת קולות ראלף נאדר, שם קבע בית המשפט לערעורים של ארצות הברית כי "תהא אשר תהא ההצדקה להשתמש בהסכמי החלפת קולות כדי לתקשר... את עמדות [הבוחרים], הסכמים כאלה שונים בעליל מקניית קולות קונבנציונלית (ולא חוקית), שאינה מעבירה שום מסר מלבד נכונותם של הצדדים להחליף קולות בכסף (או בצורה אחרת של רווח פרטי)" (ראו 9th Porter v. Bowen, 496 F.3d 1009, 1020 (Cir. 2007)). כמו כן, בית המשפט ציין כי רכישת קולות עשויה להיות אסורה "בלי לפגוע כלל בזכות ההתאגדות המוגנת על ידי התיקון הראשון" (ראו שם (ציטוט מתוך Brown v. Hartlage, 1982 (Sup. Ct. 1982) 45, 55 (456 U.S.)). עם זאת ציין בית המשפט, שהחלפת קולות כרוכה ב"הבטחה להעניק תועלת אולטימטיבית לבוחר, כלומר... לאזרח או לחבר בציבור הרחב" וההטבה היחידה שמחליף קולות יכול לקבל היא "הסתברות גבוהה יותר באופן שולי שתוצאת הבחירות המועדפת עליו תתממש", או, בטרמינולוגיה שלנו, ההחלפה מתרחשת בקנה מידה אחיד של הערכת שווי (ראו Rose- Ackerman, לעיל ה"ש 8, בעמ' 963). בהתאם לדיונונו שלעיל, המעבר מאי-עבירות למתנה, שיאפשר תרומת זכויות הצבעה, יספק לבעלת הזכות הראשונית אפיק השתתפות נוסף גם אם היא תעביר את זכותה. היא תוכל לא רק לממש את זכותה להצביע או לוותר עליה, אלא גם להשתתף בעקיפין בתהליך קבלת ההחלטות בעת העברת הזכות לאחרים, שעשויים ליהנות מיתרון יחסי מבחינת מידע או יכולת קבלת החלטות. כמוכך זה, העברת הקולות מעצימה את כוחו של קול בודד ומעשירה את הדרכים שבהן ניתן להשתמש בו מעבר לבחירת המועמד המועדף ישירות. לפיכך, המודל שלנו מתאים למגוון של שיווי משקל נורמטיביים במרחבים של השתתפות: אם השתתפות פסיבית חיונית יותר, אזי קטגוריה א' תהיה עדיפה; אם השתתפות פעילה נחשבת חשובה יותר, קטגוריות ד או ה יהיו עדיפות. ניתוח דומה מתקיים כאשר לניואנסים המשתנים של אישיותיות ושל קומודיפיקציה. אם ההתנגדות לעבירות של זכויות הצבעה מתמקדת במונטיזציה של זכות ההצבעה ונובעת פחות מהתמורה של האינטראקציה והשפעתה על הקהילה, אזי לפי המודל שלנו המכירה תהיה אסורה אך החלפה בעין לא בהכרח תהיה אסורה.

ראו מטר, לעיל ה"ש 5.

¹³² הניתוח במאמר זה אינו מחייב עמדה מכרעת בוויכוח הגדול יותר הנוגע לדיכויטומיה שבין הוראות ה"ליבה" של דיני המיסים לבין הוצאות מס. הפרויקט שלנו אינו מחייב במהותו, אלא נועד להתאים טכניקות של עבירות לשיווי משקל נורמטיביים ספציפיים (שהם תוצר של דיון פוליטי). לפיכך השאל של הוצאות המס – כמו נושאים בסיסיים אחרים – נותרה מחוץ לתחום מאמר זה.

הטבות מס נחשבות לעבירות כבר כיום. לאחר מכן נפנה לטעון כי אין סיבה מובנית להגביל את העבירות של הטבות המס למקרים המסוימים הללו, או להתנגד אפירורית לעבירות הרוב המכריע של הטבות המס. נדגים את הפוטנציאל הטמון בעבירות על הטבות מס בגין תרומות.

1. מנגנוני מס עבירים

ההנחה הרווחת היא שמאפייני מס אינם ניתנים להעברה, מה שהופך אותם למקרה קלאסי של קטגוריה א לפי המודל שלנו.¹³⁴ ואולם ישנם כמה חריגים נדירים. דוגמה ידועה היא "Safe Harbor Leasing" של חוק מס ההבראה הכלכלי האמריקני (Economic Recovery Tax Act) משנת 1981.¹³⁵ לפי חוק זה הטבות מס (זיכויים וניכויים) שניתנו לתעשיות שונות ניתנו בעבר להעברה.¹³⁶ חברות שלא יכלו להשתמש

¹³⁴ דאן DANIEL N. SHAVIRO, TAXES, SPENDING, AND THE U.S. GOVERNMENT'S MARCH TOWARD BANKRUPTCY 18 (2007), המבקר את הגישה הרווחת שלפיה סעיפים המסומנים כ"הטבות מס" אינם אמורים להיות סחירים. למרות אי-העבריות הפורמלית, מתכנני מס פיתחו שורה של מנגנונים על מנת לאפשר סחר דה פקטו במאפייני המס שלהם. לתיאור עבודתו של מתכנן המס כ"מציאת דקירות סיכה בחוק והסעת משאיות דרכן" ראו שם, בעמ' 54. צורות שונות של ארביטראז' מס מקילות על סחר במאפייני מס, החל מניכויים (כך למשל פחת או הוצאות טיפול בילדים) המורידים את ההכנסה החייבת במס, דרך הפסדים שעשויים לקזז את ההכנסה החייבת, עד זיכויים (כך למשל זיכויים לדירור בר-השגה או זיכוי מס זר) שעשויים להפחית את חבות המס, וכלה בפטורים ספציפיים (כך למשל, פטור ממס לעמותות או לאנשים עם מוגבלות). ראו I.R.S. Pub. 17-10311G (Dec. 8, 2010). באופן מסורתי, מאפיינים שכאלה מוצעים לקבוצה נבחרת של משלמי מיסים שזכו בזכות להחזיק בהם (כך למשל, מי שהפסידו כסף או השקיעו בדירור בר-השגה) או שיש להם מאפיינים ייחודיים מסוימים (כך למשל נכים או הורים עובדים). ראו שם. אולם בפועל צפו מגוון כלים תכנוניים – לא פעם למורת רוחן של רשויות המס – המאפשרים לנישומים שאינם המוטבים המקוריים ליהנות מחלק ממאפיינים אלו. השוו, Laura Saunders *30 Last-Minute Tax Tips*, WALL ST. J. (Apr. 2, 2011), <https://www.wsj.com/articles/SB1000142405274870346150457623074302846978>. לפיכך, ניכוי פחת נסחרים באמצעות עסקאות חכירה, הפסדים מנותבים באמצעות מנגנוני סטריפינג או ישויות תזרימיות, וזיכויים מוחלפים באמצעות עסקאות של הוצאת דיבינדנד או באמצעות שותפות עם נישומים שיכולים להשתמש בהם בפועל. ראו Lily L. Batchelder et al., *Efficiency and Tax Incentives: The Case for Refundable Tax Credits*, 59 STAN. L. REV. 23, 33 (2006), המפרט כיצד חלק מזיכויי המס נמכרים בידי מפתחים לשותפויות סינדיקציה, המגייסות משקיעים שיכולים להשתמש בזיכויי המס כדי להפוך לשותפים מוגבלים בפרויקט. עם זאת שיטות עבודה אלו מוגבלות למי שיכולים להרשות לעצמם את העמלות הגבוהות של מתכנני המס, כמו גם את הסיכון ואת העלויות הפוטנציאליות של לייטגציה. לתיאור של עלויות הניהול והציות הקשורות לזיכויים הניתנים להחזר, ראו שם, בעמ' 30.

¹³⁵ כלל Safe Harbor Leasing מצוי ב- I.R.C. § 168(f)(8) (2006), ונחקק ב- Title II, § 201(a) of the Economic Recovery Tax Act of 1981, Pub. L. No. 97-34, 95 Stat. 172, 203 (repealed 1982). לסקירה מפורטת של הכלל, ראו באופן כללי, Alvin C. Warren Jr. & Alan J. Auerbach, *Transferability of Tax Incentives and the Fiction of Safe Harbor Leasing*, 95 HARV. L. REV. 1752 (1982).

¹³⁶ שם, בעמ' 1762.

בהטבות הורשו להעבירן באמצעות Safe Harbor Leasing.¹³⁷ משטר ה-Safe Harbor בוטל בידי הקונגרס בתוך שנה בשל מחאה ציבורית וגירעון תקציבי גבוה מהצפוי.¹³⁸ דוגמה נוספת – עדכנית יותר – להטבות מס עבירות מצויה בתוכנית זיכוי המס לסרטים ולטלוויזיה של לואיזיאנה, שאושרה בידי בית המחוקקים של המדינה בשנת 2002.¹³⁹ על פי תוכנית זו, הממשל האמריקני מעניק זיכויי מס סחירים בשווי של עד 30% מעלות הפקת הסרט. חברות מחוץ למדינה מוכרות לעתים קרובות את האשראי העורף לחברות המבוססות בלואיזיאנה או למשלמי מס בוורדים, אשר לאחר מכן משתמשים בו כדי להפחית את חבות המס שלהם.¹⁴⁰ הסדרים דומים יושמו בלואיזיאנה בנוגע לחברות שחברו עם אוניברסיטאות בלואיזיאנה במסגרת תוכנית האשראי.¹⁴¹ במדינת וירג'יניה, התיקון משנת 2002 לחוק שימור הקרקע, שנחקק בשנת 1999,¹⁴² מספק דוגמה נוספת להטבות מס עבירות, המאפשרות לבעלי קרקעות למכור למשלמי מס אחרים זיכויי מס שניתנו עבור הקלות בשימור.¹⁴³ נוסף למשטרי ההטבות הסחירות הקיימים הללו, היו הצעות לספק הטבות מס עבירות למוסדות פיננסיים המנהלים חשבונות פיתוח אינדיבידואליים (IDAs).¹⁴⁴

בית המשפט הישראלי פסל לא פעם תכנוני מס שמטרתם הייתה להעביר הטבות מס באמצעות נורמות אנטי-תכנוניות מגוונות,¹⁴⁵ כך למשל בהקשר של הטבות לחיפוש נפט וגז¹⁴⁶ או במקרה של קיזוז הפסדי עבר בחברות שהבעלות בהן עברה

¹³⁷ ראו למשל SHAVIRO, לעיל ה"ש 134, בעמ' 17, המתאר את ה-Safe Harbor כצבר של העברות עמלות המצויות בטווח יד, על אף שהחוק לא ממש התיר מכירת הטבות אלו. ראו שם, בעמ' 18. לתיאור מפורט של טכניקת ההעברה, ראו שם.

¹³⁸ שם.

¹³⁹ La. Rev. Stat. Ann. § 47:6007 (2009).

¹⁴⁰ ראו RS 47:6007: Motion picture production tax credit, LOUISIANA STATE LEGISLATURE (Last visited Feb. 12, 2023), <https://www.legis.la.gov/Legis/Law.aspx?d=102363> ("motion picture tax credits not previously claimed by any taxpayer against its income tax may be transferred or sold to another Louisiana taxpayer or to the Department of Revenue").

¹⁴¹ La. Rev. Stat. Ann. § § 51:2352-2365 (2009) (renewed by 2011 La. Acts. 416).

¹⁴² Va. Code Ann. § 58.1-513(C)(1) (2010).

¹⁴³ ראו W. Eugene Seago, The Effects of the Virginia Land Preservation Credit on Federal Taxable Income: Should the Right Hand Take From What the Left Hand Gave?, 32 WM. & MARY. L. & POL'Y. REV. 1, 3 (2007).

¹⁴⁴ ראו Batchelder CARE Act of 2003, S. 476, 108th Cong. § 511 (2003), המצוטט אצל et al., לעיל ה"ש 134, בעמ' 33 ה"ש 36.

¹⁴⁵ ראו דוד גליקסברג "סמכות הסיווג מחדש והנורמות האנטי תכנוניות: העדפת התפיסה – הפונקציונלית על פני התפיסה הקונספטואלית" משפטים 2000.

¹⁴⁶ ראו עמ"ה (ת"א) 87/87 א. ענבר נ' פקיד שומה גוש דן, פד"א י"ח (1990). בפסק דין זה נקבע כי הנישום יוכל ליהנות מן ההטבה רק בגין ההוצאות שהוציא בפועל (ולא בגין הסכומים שהועמדו לרשותו בידי אחרים שקיזזו ליהנות מן ההטבה).

ידיים.¹⁴⁷ גם בהקשר הישראלי ניתן לחשוב על דוגמאות לייעילות עבירותן של הטבות מס. ניקח למשל נקודות זיכוי ממס הכנסה הניתנות אוטומטית לאוכלוסיות שונות – נקודת זיכוי לנשים, נקודת זיכוי בגין לימודים גבוהים, נקודת זיכוי בגין שירות צבאי או לאומי ועוד;¹⁴⁸ אפשר לחשוב על הטבות אלה כעל הטבות שרצוי שיהיו עבירות, משום שבמצבים מסוימים הטבות אלה "מבוזבזות". כזה למשל הוא המקרה שבו לזכאים לנקודות הזיכוי אין בהן שימוש (עקב הכנסה נמוכה למשל). במצבים אלה עשוי להיות יעיל לאפשר סחר בזכויות אלה או למצער את ניוודן. טענה זו מתיישבת גם עם הרעיון, שלפיו להטבות מס אלה יש מטרה חברתית בעיצוב מערכת המס וכן במתן תמריצים לפעילויות מסוימות. כאשר ניתן לסחור בהטבות המס, התמריץ קיים שם גם עבור קבוצות אוכלוסייה שאינן מגיעות לסף המס. עם זאת לעיתים העברת הטבות עלולה לסכל את מטרתן. כך למשל, ניווד נקודות זיכוי בגין טיפול בילדים בין נשים לגברים עלול לסכל את מטרת ההטבה אם מטרה זו היא שילוב נשים דווקא בשוק העבודה. במקרה שכזה, אם גברים ייהנו מהטבות המס גם אם נשותיהן אינן עובדות – תסוכל מטרת ההטבה.

אנו סבורות כי יש לשקול ברצינות את הפיכת מאפייני המס לעבריים בקנה מידה רחב. כמו בתחומים רגולטוריים אחרים, מאפייני מס עבריים הם תוספת מבטיחה לארגו הכלים המיסויים.¹⁴⁹ בהמשך פרק זה אנו משתמשות בתשתית הנורמטיבית שפותחה בחלקן השני של המאמר כדי לבנות את מנגנוני העבירות המתאימים ולעצב שוק למאפייני מס בהקשר של תרומות. בחרנו במאפייני המס המסוימים הללו כמקרה המבחן שלנו, שכן השיח על הטבות מס בגין תרומות מבוסס על מגוון תכליות.¹⁵⁰ ריבוי המטרות מאפשר לנו לנוע לאורך שני הצירים של המודל שלנו כדי להמחיש את הדקויות ואת היישומים היצירתיים שאנו מדמינות עבור זכויות ציבוריות עבירות. אנו נדגים כיצד התרחקות מתיבה א (זכויות ציבוריות לא-עבירות) מציעה סוגים שונים ורמות שונות של יתרונות בהקשר הספציפי הזה; כלומר כיצד, בהינתן מגבלות תקציביות על המשאבים הציבוריים המושקעים בעמותות, צורות שונות של עבירות

¹⁴⁷ ראו למשל ע"א 7387/06 בן ארי ש. סוכנות לביטוח (1968) בע"מ נ' פקיד שומה 1 ירושלים (נבו 13.2.2008); ע"א 3415/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' יואב רובינשטיין ושות' חברה לבנין פיתוח ומימון בע"מ (נבו 31.7.2003).

¹⁴⁸ ס' 33-46 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

¹⁴⁹ מן הסתם הטבות מס מסוימות יתאימו פחות מאחרות כמושאי העברה. כך למשל, ניתן להבחין בהקשר זה בין הוצאות מס המבוססות על הקצאה לבין אלו המבוססות על חלוקה. לדיון בהבחנה זו בהקשר של כלל כללי נגד הימנעות, ראו Tim Edgar, *Building a Better GAAR*, 27 V. TAX. REV. 833 (2008). מטרתנו כאן היא רק לספק המחשה ליתרונות הפוטנציאליים של עבירות בהקשר של מס, בהתאם לקידום מטרות נורמטיביות שנקבעו מראש ובעקבות תהליך של דיון פוליטי. ההנחיות המדויקות לשאלה מתי עבירות תתברר כעדיפה למתן הטבת מס ספציפית הן מעבר להיקף הפרויקט הנוכחי שלנו.

¹⁵⁰ ראו למשל Miranda Perry Fleischer, *Theorizing the Charitable Tax Subsidies: The Role of Distributive Justice*, 87 WASH. U. L. REV. 505, 507-11 (2010).

מתגלות כעדיפות על אי-עבירות מוחלטת במונחים של יעילות, של חלוקה, של אוטונומיה, של אישיותיות ושל השתתפות. מהדיון יעלה כי מנגנונים שונים של עבירות לאורך הספקטרום (מכירה בלתי-מוגבלת, מכירה מוגבלת, מתנה מוגבלת) יכולים להתאים לשיווי משקל נורמטיבי מובחן, בדומה לאותם המקרים שנדונו בחלקו השני של המאמר.

2. הבסיס הנורמטיבי של ארגוני צדקה

הטבות מס תורמות ככל הנראה לגודלו ולהצלחתו של מגזר ארגוני הצדקה.¹⁵¹ ישנן דרכים רבות לעצב מערכת מס התומכת בתרומות (ועוד יותר מכך מערכת מס התומכת בארגוני צדקה).¹⁵² חלק מהאפשרויות הן סובסידיות ישירות,¹⁵³ פטורים ממס לארגוני צדקה¹⁵⁴ או תמריצי מס המכוונים לתורמים לארגונים אלה.¹⁵⁵ דיונונו יתמקד בחלופה השלישית – הטבות מס לתורמים.

הדעות חלוקות באשר למוקד ההצדקה להטבות הללו.¹⁵⁶ בעוד שיש מי שרואים בהטבות מס בגין תרומות לא יותר מדרך למדוד הכנסה,¹⁵⁷ הרי אחרים נוטים להדגיש את היותן אמצעי לסבסוד ולתמיכה בתכליות חברתיות ונורמטיביות.¹⁵⁸ כך, קו אחד של נימוקים מצדיק הטבות מס עבור תרומות על רקע שיקולי חלוקה.¹⁵⁹ לפי קו זה, ארגוני צדקה נוטים לשרת את הפלחים החלשים של החברה, והסבסוד הוא לפיכך סוג של חלוקה מחדש.¹⁶⁰ אחרים חולקים על נימוק זה על בסיס אמפירי, וטוענים שארגוני צדקה רבים נותנים מענה לצורכיהם של עשירים ולא של עניים (כך למשל בתי אופרה, תיאטראות ומוזאונים).¹⁶¹

¹⁵¹ שם, בעמ' 513-514.

¹⁵² שם, בעמ' 511-513.

¹⁵³ שם, בעמ' 517.

¹⁵⁴ שם, בעמ' 511-513.

¹⁵⁵ שם, בעמ' 511.

¹⁵⁶ שם, בעמ' 513-514.

¹⁵⁷ ראו William D. Andrews, *Personal Deductions in an Ideal Income Tax*, 86 *Tax Notes* 313-15 (1972); Thomas D. Griffith, *Theories of Personal Deductions in the Income Tax*, 40 *HASTINGS L.J.* 343, 344 (1989) המסכם את המודל של אנדרו.

¹⁵⁸ Ilan Benshalom, *The Dual Subsidy Theory of Charitable Deductions*, 84 *IND. L.J.* 1047, 1058 (2009); David E. Pozen, *Remapping the Charitable Deduction*, 39 *CONN. L. REV.* 531, 533 (2006).

¹⁵⁹ ראו למשל שם, בעמ' 562-564, המסכם ספרות עכשווית על תאוריה חלוקתית.

¹⁶⁰ ראו שם, בעמ' 563 ("On the other hand, many charities subsidized by the deduction do cater to worse-off persons and thereby effect a progressive redistribution of resources").

¹⁶¹ שם, בעמ' 562-563. ראו גם Henry Hansmann, *Nonprofit Enterprise in the Performing Arts*, 12 *BELL J. ECON.* 341, 342 (1981).

יש מי שתומכים את הטבות המס בשיקולי יעילות, וגורסים כי מאפייני המס מתקנים כשלי שוק הנובעים מפערי מידע ומנטיות לטרמפיסטיות (free riding) בשוק הצדקה.¹⁶² טיעון זה מתמקד בכך שארגוני צדקה מספקים מוצרים ציבוריים מעורבים,¹⁶³ ובהיעדר סבסוד עלולה להיווצר תת-אספקה של הטובין ושל השירותים הללו.¹⁶⁴ אחרים מדגישים את יתרונות המידע הצומחים מהפרטת תהליך קבלת ההחלטות באשר לניתוב תמיכה ציבורית למטרות חברתיות.¹⁶⁵ ביזור ההחלטה בדבר זהותם של ארגוני צדקה אשר ייהנו מתמיכה ציבורית לציבור הרחב, במקום שקביעה זו תהיה פרי תכנון מרכזי באמצעות מענקים ישירים, מאפשר לרגולטור לחסוך את עלויות הבירור ולקצור את פירות הסינרגיה של המידע הפרטי.¹⁶⁶ דרך זו מאפשרת ניתוב יעיל ומושכל של המשאבים הציבוריים.¹⁶⁷ יתרה מכך, הטבות מס עבור תרומות משמשות מנגנון לגילוי העדפות, בכך שתרומות פרטיות הן תנאי מוקדם לתמיכה ציבורית. רק אותם תורמים פרטיים שמוכנים לשאת בעלות הכרוכה בתמיכה בארגון צדקה מסוים נהנים מתמיכה ציבורית בארגון שבחרו, ולהפך.¹⁶⁸ כמו כן, שיקולים של בחירת הציבור (public choice) הועלו גם הם כתמיכה בביזור של תהליך קבלת ההחלטות. כפי שטוען Levmore, מעורבותם של משלמי המיסים בבחירת מפעלי הצדקה שיזכו לתמיכה מפחיתה הזדמנויות לחתירה אחר רווחים (rent seeking), אשר עלולות להשפיע על תהליך החקיקה בתחום.¹⁶⁹

נוסף לשיקולים המבוססים על יעילות, העומדים בבסיסן של הטבות מס עבור תרומות, כותבים בתחום העלו נימוקים המבוססים על השתתפות: "סובסידיות מוצדקות מכיוון שתהליך דמוקרטי התלוי בהעדפות הרוב יספק מוצרים ציבוריים רק ברמה הנדרשת לפי הבוחר החציוני".¹⁷⁰ הטבות מס בגין תרומות מאפשרות לגורמי מיעוט, שהחזון שלהם באשר לטוב הציבורי נבדל מהחזון של קבוצות הרוב, להסיט חלק מהמשאבים הציבוריים לתמיכה בתפיסת הטוב הציבורי שלהם.¹⁷¹ בדרך זו הטבות המס ממלאות את הפונקציה הפוליטית הייחודית של עקיפת דעת הקהל: הן לא רק משפיעות על תיעול המשאבים הציבוריים, אלא גם מרחיבות את יכולת הבחירה של

¹⁶² ראו למשל Benschalov, לעיל ה"ש 158, בעמ' 1058-1062.

¹⁶³ שם, בעמ' 1059-1058.

¹⁶⁴ שם, בעמ' 1059 ("Through contributions, charitable organizations increase their supply and lower the prices of the public goods they provide. Charitable relief also mitigates the free-riding problem by reducing the price of contributions (and encouraging more private giving to underprovided social goods").

¹⁶⁵ ראו למשל שם, בעמ' 1061.

¹⁶⁶ ראו שם, בעמ' 1061-1062.

¹⁶⁷ ראו שם, בעמ' 1062.

¹⁶⁸ ראו Fleischer, לעיל ה"ש 150, בעמ' 527.

¹⁶⁹ Saul Levmore, *Taxes as Ballots*, 65 U. CHI. L. REV. 387, 408 (1998) (להלן:

Levmore, Taxes as Ballots).

¹⁷⁰ Fleischer, לעיל ה"ש 150, בעמ' 521.

¹⁷¹ שם.

יחידים.¹⁷² Levmore מציע זווית מעניינת לטיעון ההשתתפות בהקשר זה, וסבור שהשתתפות פעילה וישירה כזו של ציבור משלמי המיסים בתהליך קבלת ההחלטות בעניין הפרויקטים הממומנים מגבירה את המחויבות לעמותות אלו.¹⁷³ לבסוף, הטבות מס בגין תרומות הוצדקו גם מטעמי אישיותיות (Personhood). ארגוני צדקה פועלים מחוץ לתחום השוק, בנויים על מניעים אלטרואיסטיים ומכוננים אופני הערכה חוץ-שוקיים בחברה.¹⁷⁴ יש מקום לטעון שההתאגדויות החוץ-שוקיות הללו מעשירות את החברה בכך שהן מקנות מסלולים חלופיים של אינטראקציה אנושית.¹⁷⁵ לסיכום, הענקת הטבות מס עבור תרומות מקדמת מטרות שונות מבוססות ערך שהן חיצוניות לסחורות ולשירותים המסוימים שמספקים ארגוני הצדקה: צדק חלוקתי, יעילות, השתתפות, אוטונומיה ואישיותיות. נקודות שונות של שיווי משקל נורמטיבי עולות מהן, שאותן נפנה לתרגם לכמה מנגנוני עבירות.

(א) מכירה בלתי-מוגבלת של הטבות מס בגין תרומה

על פי פקודת מס הכנסה משלמי מיסים רשאים לקבל זיכוי כנגד חבות המס שלהם בגובה 35% מסכום תרומה למוסד ציבורי.¹⁷⁶ למרות עדיפותו על מנגנונים אחרים לעידוד תרומות,¹⁷⁷ מנגנון הזיכוי לוקה בחסרונות מהותיים מבחינת יעילות והשתתפות. מזווית היעילות, מנגנון אשראי בר-החזר מקצה תמריצים בצורה שגויה הן בקצה הגבוה של אוכלוסיית היעד והן בקצה הנמוך שלה, מה שמוביל לבזבוז של משאבים ציבוריים. בשל האופי האחד של הטבת המס, יהיו תורמים אשר די בתמריצי מס נמוכים יותר כדי להניעם לתרום תרומה זהה, ואשר מקבלים כעת הטבות מופרזות ומיותרות. תמונת הראי של בעיית ההקצאה השגויה נוגעת לאותם נישומים המעוניינים לתרום מעל התקרה אם תינתן להם הטבת מס, אשר יוותרו על התרומה הנוספת בהיעדר תמריץ.¹⁷⁸ לשם הפשטות נתייחס להלן לשני הביטויים של התופעה של הקצאת

¹⁷² שם. ראו גם Levmore, *Taxes as Ballots*, לעיל ה"ש 169, בעמ' 405-406.

¹⁷³ שם, בעמ' 406.

¹⁷⁴ ראו David M. Schizer, *Subsidizing Charitable Contributions: Incentives, Information and the Private Pursuit of Public Goals*, 62 *TAX. L. REV.* 221, 225-8 (2009).

¹⁷⁵ ראו ANDERSON, לעיל ה"ש 26, בעמ' 164-165. ליישום בהקשר של מס, ראו Tsilly Dagan, *Itemizing Personhood*, 29 *V. TAX. REV.* 93 (2009), הטוענת כי התמיכה בתרומות באמצעות הטבות מס משקפת הסתכלות על פעילות אלטרואיסטית חוץ-שוקית כטובה בפני עצמה.

¹⁷⁶ ס' 46(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; מוסד ציבורי כמשמעותו בס' 2(9) לפקודה. סכום התרומה בגינה יותר זיכוי מוגבל ל- 30% מההכנסה החייבת של הנישום באותה שנה.

¹⁷⁷ מנגנון הזיכוי עדיף בעיני רבים על מנגנונים מקבילים של ניכוי המותרים במדינות אחרות. ראו Batchelder et al., לעיל ה"ש 134, בעמ' 43.

¹⁷⁸ על פי פקודת מס הכנסה משלמי מיסים רשאים לקבל זיכוי כנגד חבות המס שלהם בגובה 35% מסכום תרומה למוסד ציבורי. סכום התרומה שבגינה ניתן לקבל זיכוי מוגבל ל- 30% מן ההכנסה החייבת של הנישום או ל- 9 מיליון שקלים חדשים, לפי הנמוך. ראו ס' 46(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] ("אדם שתרם בשנת מס פלונית סכום העולה על 180 שקלים חדשים לקרן לאומית, או

התמריצים השגויה כבעיה של הכללת יתר ושל תת-הכללה. אנו טוענות כי הפיכת זיכוי מס לעביר טומנת בחובה רווחי יעילות בשני המקרים.¹⁷⁹ נוסף לפגיעה ביעילות, המנגנון של אשראי בר-החזר מונע גם השתתפות בתהליך קבלת ההחלטות באשר לניתוב הטבות המס. בפרט הוא מגביל את המעורבות אך ורק לתורמים, וקושר את מידת ההשפעה שלהם עם רמת התרומה. אפשר לטעון שאין להקצות את יכולת קבלת ההחלטות באשר להקצאת כספי ציבור (להבדיל ממשאבים אישיים) לפי יכולת או לפי נכונות לתרום לצדקה. אם זה המקרה, נציין כי מנגנון האשראי בר-ההחזר דוחק לשוליים את השפעתם על החלטות מסוג זה של גורמים שאינם תורמים, וכן את יכולתם להביע את העדפותיהם באשר לארגוני צדקה המקבילים מימון ציבורי. טענתנו היא, ששינוי מנגנון זה באמצעות שימוש באפשרות העבירות ועמידה בעקרונות אשר בבסיס המודל שלנו יכול לפתור את הבעיות הללו. יתרה מכך, מתן אפשרות להעברת הטבות מס בגין תרומות לצדקה תרחיב את קשת האפשרויות המוצעות ליחידים באופן שיקדם את האוטונומיה שלהם, ואף יסייע במימוש יעדים חלוקתיים.

נפתח את דברינו בשיקולי היעילות. טענתנו בהקשר זה היא, כי עבירות יכולה להפחית בזבוז של משאבים ציבוריים ולהגדיל את הסכום הכולל של תרומות לכל הוצאה ציבורית נתונה על סובסידיות לצדקה.¹⁸⁰ במילים אחרות, עבירות יכולה להוביל לשיפור פארטו¹⁸¹ לעומת משטרים מקבילים של אי-עבירות. האינטואיציה הבסיסית היא שמכיוון שמשלמי המיסים מגוונים בהעדפותיהם לתרומות לצדקה ולפיכך בהטבות השוליות שהם מפיקים מתרומות, מתן הטבה אחידה יהיה גבוה עבור חלק מהנישומים ונמוך עבור אחרים. בהיעדר אפשרות העבירות, הפתרון המתבקש לבעיית הכללות היתר (הפחתת ההטבה) עלול להחמיר את בעיית תת-ההכללה (יצירת תמריץ נמוך מדי עבור בעלי העדפה נמוכה לתרומות). לחלופין, אפשר להציע להגדיל את המכסה כדי לאפשר תרומות נוספות של משלמי מיסים בעלי העדפה גבוהה. למרבה הצער גם אפשרות זו לא תצלח, מכיוון שהיא צפויה לעבור את המגבלה התקציבית הנתונה.

לכן, שיפור היעילות במסגרת תקציב נתון מצריך כוונן עדין של התמריץ הגבוה (כדי לא לספק סובסידיות מוגזמות לתורמים), תוך שמירה על רמת התרומות. עבירות מציעה במקרה זה אפשרות אטרקטיבית למדיניות: הענקת אפשרות למשלמי המיסים

למוסד ציבורי... יזוכה מהמס שהוא חייב בו באותה שנה בשיעור של 35% מסכום התרומה – אם הוא יחיד. ובלבד שלא ייתן זיכוי בשנת מס פלונית בשל סכום כולל של תרומות העולה על 30% מההכנסה החייבת של הנישום באותה שנה, או על 9,000,000 שקלים חדשים, לפי הנמוך".

¹⁷⁹ אין בכך כדי להצביע על כך שהמודל המוצע מבטיח יעילות פארטו. תחת זאת הוא נועד לאפשר שיפורים בפארטו במונחים של רמת התרומה עבור הוצאה ציבורית נתונה.

¹⁸⁰ יצוין כי המודל המוצע לא נועד להגיע ליחס סבסוד-תרומה מיטבי. תחת זאת הוא מניח החלטה חברתית קבועה מראש באשר לכמות המשאבים הציבוריים שיש לייעד על מנת לעורר תרומות בחברה, והוא מחפש את המיקוד האופטימלי כדי למקסם את רמת התרומה תחת מגבלה תקציבית.

¹⁸¹ RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 18 (5th ed. 1997), המתאר את כלל הפארטו.

למכור את זיכויי המס שלהם תאפשר לממשלה לפרק את התקציב הנתון שלה לחבילות תמריצים קטנות יותר, ובכך להפחית את בעיית הכללות היתר. במקביל היא תנטרל את הסיכון של תת-הכללות באמצעות הגדלת מספר החבילות הללו ויצירת שוק להטבות מס שיקצה אותן ביעילות. שוק זה יקל על רכישת הטבות מס מעבר לתקרה נתונה: יחידים מעוניינים לתרום מעבר לתקרה, אך עדיין נהנים מהטבות מס עבור העודף, ויכלו לרכוש הטבות אלו מאנשים שאינם מעוניינים לתרום לצדקה. מאפייני שוק אלו יאפשרו צריכה מודולרית ודיפרנציאלית של הטבות, שיתאימו במידה רבה יותר למבנה התמריצים לתרומות, ובכך יובילו לתיעול הטבות המס למשתמשים היעילים ביותר שלהן.

כדי להמחיש נקודה זו, נניח שהממשלה מעוניינת להוציא 2,000 ש"ח כדי לתמוך בתרומות לצדקה ושאוכלוסיית משלמי המיסים מורכבת מעשרים משלמי מיסים בעלי רמות שונות של העדפה לתרומות לצדקה. לשם הבהירות, נניח חלוקה אקראית של העדפות לתרומות, המתבטאת בטבלה 2 שלהלן כהטבות הכספיות של תרומה של 500 ש"ח. ההטבות נעות בין 300 ש"ח - 480 ש"ח לכל משלם מס. עוד נניח, שהממשלה מעניקה לכל משלם מס הטבה אחידה של 200 ש"ח לכל תרומה של 500 ש"ח. הסדר זה יוביל לעשר תרומות (מסומנות בהדגשה) של 500 ש"ח, בסך כולל של 5,000 ש"ח בתרומות לצדקה, בעלות חברתית של 2,000 ש"ח. כלומר, הרווח למדינה הוא 3,000 ש"ח.

טבלה 2: הטבת מס אחידה

הטבה מתרומה של 500 ש"ח	הטבה מתרומה של 500 ש"ח	הטבה מתרומה של 500 ש"ח	הטבה מתרומה של 500 ש"ח	הטבה מתרומה של 500 ש"ח	הטבה מתרומה של 500 ש"ח	
480	400	420	440	460	380	א
460	380	400	420	440	360	ב
440	360	380	400	420	340	ג
420	340	360	380	400	320	ד
400	320	340	360	380	300	ה
380	300	320	340	360	280	ו
360	280	300	320	340	260	ז
340	260	280	300	320		ח
320		400	280	300		ט
300			400	280		י

החיסרון של מנגנון שכזה הוא בעיית הכללות היתר שתוארה לעיל, בכך שהוא יעניק הטבה של 200 ש"ח למשלמי המס שהיו תורמים 500 ש"ח גם עם תמריץ מס נמוך יותר (תורמים א-ט), כאשר הנחת המוצא היא שתורם ימשיך לתרום כל עוד התרומה אינה גורמת לו להפסד. ניסיון לתקן זאת באמצעות הפחתת ההטבה (נניח ל-

100 ש"ח לכל תרומה של 500 ש"ח) יוביל לחמישה תורמים בלבד (תורמים א-ה) בסך כולל של 2,500 ש"ח בתרומות ובעלות חברתית של 500 ש"ח. כלומר, הרווח למדינה הוא 2,000 ש"ח. אף שיחס הסבסוד-תרומה משתפר, התוצאה עדיין אינה אופטימלית לאור סך התרומות הכולל הנמוך יותר.

נוסף להכללת יתר משטר שכזה יוצר גם תת-הכללה, שכן הוא מגביל את סכום התרומה המסובסדת ל- 500 ש"ח אפילו עבור משלמי מיסים שעשויים להיות מעוניינים לתרום יותר אם יינתן סבסוד. נראה שניתן לתקן את תופעת תת-ההכללה באמצעות הסרה של תקרת התרומה המסובסדת. תיקון זה אמנם יגדיל את רמת התרומות, אך עם זאת הוא עלול להוביל לסבסוד חברתי מופרז של ארגוני צדקה. כך למשל, אם התקרה מוגדלת ל- 1,000 ש"ח – כלומר, הטבה של 400 ש"ח מוענקת לכל תרומה של 1,000 ש"ח – הגדלה זו תוביל לתשע תרומות (תורמים א-ט) של 1,000 ש"ח כל אחת בסך כולל של 9,000 ש"ח לצדקה ובעלות חברתית של 3,600 ש"ח.

אף שהתיקון יניב יחס סבסוד-תרומה טוב יותר, ההשקעה החברתית תעלה על הרמה הרצויה של 2,000 ש"ח. במילים אחרות, אף שלממשלה יש אינטרס לאפשר את פעילותם של ארגוני צדקה, אינטרס זה אינו בלתי-מוגבל: מכיוון שהממשלה בעצם מתפקדת כשותפה שמסבסדת תרומות בודדות, יש לה אינטרס להגביל את הרמה המצרפית של השתתפות ציבורית שכזו, ללא קשר לסיכוי של השתתפות גדולה יותר באמצעות תרומות לארגוני צדקה.

על רקע זה נניח כעת כי הטבות המס היו עבירות. תחת משטר עבירות, בעיית הכללת היתר מתמתנת באמצעות הקצאת הטבה קטנה יותר של 100 ש"ח בלבד לכל תרומה של 500 ש"ח. הירידה בהטבה הראשונית תחסוך 100 ש"ח לכל תורם עבור תורמים א-ה. מנגד, ירידה זו תדחק את התורמים ו-י ולכאורה תחמיר את תת-ההכללה. עם זאת האפשרות ליחידים לרכוש הטבות שאינן מנוצלות תגרום לכך שתורמים א-ה ירכשו ויתרמו תשע חבילות הטבות נוספות¹⁸² יותר משהיא תוביל לקיזוז השפעה זו.

182 אלה המודגשות בקו תחתון בטבלה הבאה:

תורמים/ תרומות	500 ש"ח	500 ש"ח נוספים	500 ש"ח נוספים	500 ש"ח נוספים	500 ש"ח נוספים	500 ש"ח נוספים
א	480	460	440	420	400	380
ב	460	440	420	400	380	360
ג	440	420	400	380	360	340
ד	420	400	380	360	340	320
ה	400	380	360	340	320	300
ו	380	360	340	320	300	280
ז	360	340	320	300	280	260

משטר זה יביא ל- 15 תרומות של 500 ש"ח כל אחת בסך כולל של 7,000 ש"ח לצדקה, במחיר חברתי של 1,400 ש"ח וברווח סופי למדינה של 5,600 ש"ח. זהו שיפור ניכר מתרומות שהיו במקור בסך של 5,000 ש"ח ובעלות של 2,000 ש"ח מכספי ציבור. אפשר בהחלט לדמיין דרכים אחרות לפתור בו-זמנית את שני הקצוות של בעיית ההכללה.¹⁸³ טיפול במכסת ההטבות ובסכומי ההטבות – למשל באמצעות הגדלה של המכסה תוך הפחתת הסכומים – עשוי להוביל לשיפור ברמת התרומות תחת מגבלה תקציבית נתונה ובהינתן חלוקת העדפות שבה חלק גדול מהתורמים הפוטנציאליים מעדיפים תרומות גבוהות בתמריץ מס נמוך. אך הצעה זו אינה סותרת את טענתנו, שכן גם תחת משטר רגולטורי משופר שכזה, עבירות עדיין עשויה להוביל לתוצאות מיטביות. כל עוד יש יחידים שהמכסה נמוכה מדי עבורם ואחרים שהתועלת אינה גדולה מספיק עבורם, האפשרות לסחר עשויה להגדיל את התרומות תחת תקציב נתון. ברצוננו לסיים את הדיון מנקודת המבט של יעילותם של מאפייני מס עבירים בחזרה למטרת המודל שלנו. עיקר הטיעון שלנו אינו שאפשרות ההעברה משיגה יעילות פארטו בכל סט של נסיבות. תחת זאת, טענתנו צנועה יותר ושואפת רק להראות שהעבירות עשויה להתגלות כעדיפה מהמנגנונים הקיימים (כמו גם מהמנגנונים המוצעים בספרות),¹⁸⁴ תחת מערכת מציאותית של הנחות באשר להיותה של המגבלה התקציבית על סובסידיה חברתית של הטבות בגין תרומות בלתי-נמנעת ותחת מערכת

ח	340	320	300	280	260
ט	320	300	280	400	
י	300	280	400		

¹⁸³ פתרון רגולטורי נוסף לשתי בעיות ההכללה יהיה קביעת סכום תרומה מינימלי כתנאי מוקדם לקבלת הטבת המס. סכום מינימלי יהיה מועיל בנסיבות הסבירות של ירידה בתועלת השולית ביחס לגודל התרומה. כך למשל, בטבלה, שם, קביעת קומה של 2,000 ש"ח תאפשר להעניק הטבות בסך 440 ש"ח בלבד (הממוצע של התורם השולי, המבוטא בשורה הרביעית של הטבלה), מה שיוביל לארבע תרומות של 2,000 ש"ח (בסך הכול 8,000 ש"ח לצדקה), במחיר חברתי של 1,760 ש"ח. עם זאת גם בתנאים שכאלה הסחירות עשויה להתגלות כעדיפה, שכן היא סוללת את הדרך לאיחוד תרומות בידי תורמים שונים או להפך – לפיצול ההטבה. במילים אחרות, אסטרטגיית האיחוד בשוק עשויה לטפל בתת-הכללה במקרים של אנשים שמתקשים לעמוד בדרישת התרומה המינימלית, ולכן אינם משתתפים בתרומה לצדקה. איחוד מאפשר לאנשים שכאלה לשתף פעולה עם אחרים באופן שיעלה את רמת התרומה הכוללת שלהם. לפיכך, בטבלה, שם, אילו היה יותר מתורם בודד בכל שורה, תורם ה למשל היה יכול להצטרף לתורמים דומים אחרים (שאינם מתוארים בטבלה) בתרומה של 500 ש"ח כל אחד. עם זאת האפשרות של איחוד עלולה להוביל למצבים רצויים פחות, שבהם אנשים שממילא יגיעו לסכום המינימלי, גם ללא אפשרות האיחוד, ישתפו פעולה עם אחרים במצב דומה ובכך יפחיתו את רמת התרומה המצרפית שלהם. כך למשל, בטבלה שבהערת שוליים 182, תורם ד, שהיה תורם 2,000 ש"ח בהיעדר אפשרות האיחוד, יכול לבחור כעת להתאחד עם אחרים ולתרום רק תרומה חלקית. התוצאה הסופית בשאלה אם איחוד ישפר את רמת התרומה היא למעשה עניין אמפירי: הכול תלוי ביחס של שתי קבוצות היחידים הללו בין מי שמתקשים לעמוד בסכום המינימלי לבין מי שגם בהיעדר אפשרות האיחוד תורמים את הסכום המינימלי.

¹⁸⁴ ראו, למשל Batchelder et al., לעיל ה"ש 134.

סבירה של חלוקת העדפות. עקב כך, התעלמות מוחלטת מאפשרות העבירות מצמצמת שלא לצורך את הבחירות של המתכנן החברתי מבין האפשרויות הטובות ביותר. עד כה בחנו את היעילות של משטר עבירות של הטבות מס בגין תרומות. כעת נעבור לשיקולי השתתפות. נזכיר כי הצדקה מרכזית לתמיכה בארגוני צדקה באמצעות עידוד תרומות פרטיות (בניגוד למימון ממשלתי ישיר) היא שיתוף הציבור בתהליך קבלת ההחלטות באשר לזהותם של ארגוני צדקה הזוכים לתמיכה ציבורית.¹⁸⁵ טענתנו היא כי שוק של מאפייני מס ישפר את ההשתתפות בתהליך קבלת ההחלטות בכך שייכללו בו גם יחידים שאינם תורמים. ואכן, מתן הטבה ציבורית ליחידים שיכולים לממש (באמצעות תרומה) או למכור אותה לאחרים (שיממשו את התועלת באמצעות תרומה) מאפשר להם להביע את העדפותיהם, גם אם אינם תורמים לצדקה. יחידים שכאלה יכולים גם למכור את ההטבות שלהם לארגוני צדקה לפי בחירתם. בכך הם יכולים לתעל כספים ציבוריים לארגון הצדקה המועדף עליהם, גם אם אינם יכולים להרשות לעצמם לתרום או שהם בוחרים שלא לתרום.¹⁸⁶ מנגד, מתן אפשרות של השתתפות ציבורית ללא-תורמים עשוי להיות גם חיסרון, משום שמי שאינם תורמים עשויים להיות מחויבים פחות לרעיונות שהם תומכים בהם, שכן מנגנון שכזה אינו מחייב אותם להשקיע את כספם בהתאם לתמיכתם המוצהרת.

נראה ששיקולי חלוקה ואישיותיות משפיעים פחות על קטגוריית המכירה הבלתי-מוגבלת, ובכל זאת יש מה לומר באשר לכל אחד מהם. מתן אפשרות למשלם המיסים למכור זיכוי מס עשוי לקדם חלוקה מחדש של העושר, אם באופן כללי מצבם של קונים של זיכויים שכאלה טוב יותר ממצבם של המוכרים. בתרחיש זה קונים עשירים ישלמו למוכרים עניים עבור הזיכויים הלא-מוצלים שלהם, ובכך יחלקו עימם את הטבת המס (כלומר, חלק גדול יותר מהטבות המס יגיעו לידיים של מוכרים עניים מאשר תחת מסגרת של זיכויים לא-עבירים).

בעוד שנטייה חזקה יותר של עשירים (לעומת עניים) לתרום נראית סבירה, זהו אינו בהכרח המצב; מוכרים עשויים להיות אנשים שאינם מעוניינים לתרום, להבדיל מכאלה שאינם מסוגלים לעשות זאת. במקרה זה עבירות לא בהכרח תקדם חלוקה מחדש פרוגרסיבית יותר של הטבות המס. ובכל זאת, אם ההעדפה הנמוכה של אנשים לתרומות קשורה קשר שלילי לרמת ההכנסה שלהם – המסקנה עדיין תהיה תוכנית פרוגרסיבית יותר של חלוקה מחדש.

באשר לשיקולי אישיותיות, ייתכן שיש מקום לטעון שהסחירות של זיכויים מציבה סיכון להגדלת הקומודיפיקציה של מתן תרומות. לעצם מתן זיכוי מס עבור תרומות יש

¹⁸⁵ ראו Benschalom, לעיל ה"ש 158, בעמ' 1061-1062; Fleischer, לעיל ה"ש 150, בעמ' 521. אפילו תחת משטר מכירה, חלק מהתורמים עדיין עשויים להעדיף להימנע ממימוש ישיר של ההטבות שלהם, מכיוון שזה עלול להזיק לאלמנט האלטרואיסטי של פעולת התרומה. תחת המשטר הרווח, הסדר זה מגיע לכדי ויתור פשוט על ההטבה, שבכך חוזרת למדינה. עם זאת תחת משטר עבירות, תורמים שכאלה יכולים לתרום את ההטבה שלהם לצדקה לפי בחירתם, בין אם למכירה חוזרת במנגנון המכירה הבלתי-מוגבלת (קטגוריה ח) או לשימוש בידי תורמים אחרים תחת קטגוריית המתנות הבלתי-מוגבלות (קטגוריה ד).

היבטים קומודיפיקטיביים, שכן הוא משלב אל תוך נתינה אלטרואיסטית ממד של חליפין. אולם נראה שהאפשרות למכירת זיכויים שכאלה מוסיפה רובד נוסף של קומודיפיקציה, שכן היא כרוכה בעסקת שוק שבה מצמידים תג מחיר לממד האלטרואיסטי של נתינה. אדם בעל העדפה גבוהה לנתינה ייטה לשלם מחיר גבוה יותר עבור הזיכויים. אפשרות זו מהווה קומודיפיקציה גבוהה יותר בשתי דרכים. הדרך הראשונה היא תג מחיר מדויק שמוצמד לרכיב הלא-אלטרואיסטי של התרומה (שהוא מדויק יותר ובכך אולי יותר קומודיפיקטיבי מאשר הטבת מס אחידה תחת משטר של זיכויים לא-עבריים). הדרך השנייה היא קומודיפיקציה של האינטראקציה שבין הקונה למוכר (ולא רק בין התורם לרשויות המס, המדרגת את שניהם לפי העדפותיהם האלטרואיסטיות).

(ב) מכירה מוגבלת של הטבות בגין תרומות

המעבר ממשטר של מכירה בלתי-מוגבלת של הטבות בגין תרומות למכירה מוגבלת שלהן יכול להיות מוצדק על רקע חלוקתי, שכן מכירה בלתי-מוגבלת בהקשר של מאפייני מס עלולה להניב השפעות שליליות מבחינת החלוקה. ראשית, היא יכולה להגביר את השפעתם של מי שמצויים בעמדה עדיפה,¹⁸⁷ ולאפשר להם להפנות משאבים ציבוריים לעמותות לפי בחירתם באמצעות רכישת הטבות מס נוספות עבור תרומתם המוגברת לעמותות אלו. רכישה זו, בתורה, עלולה להוביל לריכוז לא-פרופורציונלי של משאבים ציבוריים בידי עמותות הנותנות מענה להעדפותיהם של החזקים יותר. אם, למשל, לאנשים אמידים יש העדפה לבתי אופרה או לתיאטראות כעמותות,¹⁸⁸ משטר שמתיר מכירה בלתי-מוגבלת של מאפייני מס עלול להוביל לתמיכה ציבורית מוגזמת במוסדות אלה ולחלוקה מוטת של משאבים ציבוריים. מעבר למשטר של מכירה מוגבלת (קטגוריה ז) עשוי למתן את התוצאה החלוקתית הלא-רצויה הזו. הגבלה של מכירת הטבות המס לעמותות בלבד, תוך איסור על סחר שכזה עם אנשים פרטיים, עלולה להגביל במידת מה את יכולתם של האמידים יותר לרכוש כוח קבלת החלטות מופרז. העניים, שבדרך כלל נוטים פחות לתרום בגלל מחסור במשאבים, יוכלו למכור את הטבות המס שלהם לעמותות לפי בחירתם, ללא הגדלה רגרסיבית נלווית של השפעת האמידים. עם זאת היכולת לתקן את הטיית ההפצה היא חלקית בלבד, שכן עמותות חזקות יותר (כגון בתי אופרה) עשויות עדיין להחזיק ביתרון מבחינת היכולת לשלם את המחיר התחרותי של הטבות המס (לעומת עמותות חלשות יותר). פתרון אפשרי יהיה הגבלת המעבירים הפוטנציאליים, כך למשל לאפשר רק לעמותות שצוינו מראש לרכוש את הטבות המס.

¹⁸⁷ השוו למשל Pozen, לעיל ה"ש 158, בעמ' 562-563, הדן ביישומים פוטנציאליים דומים תחת המבנה של ניכוי מס בגין תרומות.

¹⁸⁸ שם, בעמ' 563. המאמר רואה בתי אופרה כ"דוגמא המובהקת של 'צדקה ציבורית' שאינה מהווה חלוקה מחדש".

מובן שקידום יעדים חלוקתיים באופן זה עשוי לבוא על חשבון היעילות. שני סוגי משטרי המכירה המוגבלים משנים את כוחות השוק באמצעות הקטנה מלאכותית של הביקוש והגדלת עלויות העסקה. זאת ועוד, הגבלת המכירה לעמותות שצינו מראש תחרוג מהיתרונות הכרוכים בהשתתפות הציבור. הגבלה שכזו מספקת למתכנן החברתי את היכולת לקבוע אילו עמותות יזכו במימון ציבורי, ובכך להקנות מחדש כוח תכנוני ריכוזי כמה שאמור להיות מוקד של קבלת החלטות מבוזרת. לסיכום, אם המטרות הטלאולוגיות העומדות בבסיס הטבות המס בגין תרומות מושכות לכיוון של צדק חלוקתי, מנגנון העבירות המתאים ביותר לשיווי משקל נורמטיבי שכזה הוא מכירה מוגבלת. עם זאת אם שיקולי היעילות יתבררו כמרכזיים יותר, משטר עבירות של מכירה בלתי-מוגבלת יהיה עדיף.

(ג) מתנות מוגבלות של הטבות בגין תרומות

מתן קול נוסף למי שמצויים בעמדה טובה יותר לא רק מעורר חששות חלוקתיים (הקשורים לתוצאות של תהליך קבלת ההחלטות), אלא עלול להיות בעייתי גם בהקשר של הליך הדיון עצמו (ללא קשר לתוצאותיו הסופיות). כפי שנטען לעיל, השתתפות בשיח הציבורי על תיעול התמיכה הציבורית לעמותות שונות מכוננת את האישיות האזרחית של האדם, ולכן אינה צריכה להיות מותנית רק ביכולות התרומה. הדאגה לאישיותיות (Personhood) האזרחית מתחזקת באמצעות טענתו של Levmore, כי מעורבות בתהליך קבלת ההחלטות בנוגע למימון ציבורי של מוסדות ללא כוונת רווח מאפשרת מחויבות חברתית לעבודת צדקה ומקנה תמריץ לפקח על פעילות צדקה.¹⁸⁹ לבסוף, עלינו לזכור את היתרונות הכרוכים בשימור של כמה סולמות הערכה בהקשר זה. כפי שקבענו לעיל, התאגדויות לא-שוקיות שכאלה מעשירות את החברה באמצעות יצירת אפיקים חלופיים של אינטראקציה אנושית. מנעד החששות הזה מעביר את המוקד מציר הנעברים הפוטנציאליים לציר אופן ההעברה, ויכול להצדיק מעבר ממשטר מכירה למשטר מתנות במודל שלנו: אי-הסחירות של הטבות מס בין סולמות הערכה שונים תבודד את ההחלטה באשר לזהות של מוטבי המס משיקולים כספיים. ליתרונות הללו יש מחיר, כמובן – ייצוג ללא מיסוי (במובן, Representation Without Taxation) מאפשר ליחידים להשפיע על קבלת החלטות מבלי לסכן את כספם בהתאם לתמיכתם המוצהרת. השאלה אם היתרונות עולים על החסרונות וכן המשקלים הנורמטיביים שיש לייחס לשיקולי האישיותיות, ההשתתפות והיעילות השונים הם כולם הכרעות פוליטיות במהותם, שיוכרעו בדיון ציבורי בכל חברה נתונה. איננו שואפות לפתור את העניין הפוליטי הזה בעצמנו. תחת זאת, טענתנו היא כי אם בחברה נתונה יש משמעות לשיקולים של אישיות אזרחית ולשמירה על ספרות אלטרואיסטיות, משטר של מתנות עשוי להתגלות כעדיף ממשטר של מכירה.

¹⁸⁹ Levmore, *Taxes as Ballots*, לעיל ה"ש 169, בעמ' 406.

סיכום

הפוטנציאל הטמון בהמשגה רבת-ממדים באשר לעבירותן של זכאויות ציבוריות אינו תלוי זמן או מקום. ואולם בחברה רב-תרבותית ורב-גונית – כמו זו המרכיבה את אוכלוסיית ישראל – השימוש במנגנוני עבירות מגוונים ככלי לקידום מדיניות ציבורית עשוי להסתבר כנחוץ וכאפקטיבי במיוחד: במדינת ישראל דרות בכפיפה פוליטית אחת קהילות דתיות, אתניות, לאומיות ותרבותיות שונות. קיומן המקביל מאתגר את המדינה ומוסדותיה.¹⁹⁰ הוא מעורר ביתר שאת שאלות של חלוקה הוגנת (הן בין הקהילות לבין עצמן, והן בין הפרטים המרכיבים אותן), של אוטונומיה פרטית וקהילתית, של השתתפות בדליברציה הקהילתית והמדינית ושל אישיותיות. העמדה לרשות המתכנן החברתי של מנגנוני עבירות משוכללים, דוגמת משטר המתנה המוגבלת שנדון לעיל, מאפשרת ביזור של תהליכי קבלת ההחלטות ושל קביעת המדיניות לרמה הקהילתית. כך מתאפשרת מדיניות ציבורית שמביאה בחשבון את האינטרסים הייחודיים של הקהילות השונות ואת המידע שהוא נחלתן הבלעדית. זוהי דרך חשובה אחת ליישב את המתחים הפנימיים המתגלעים בין קבוצות הרוב לקהילות המיעוט במדינה הרב-תרבותית.

גם הפשרות הפוליטיות, שהן יסוד מוסד שעליו כל חברה רב-תרבותית מתפקדת חייבת להיות מושתתת, עשויות ליהפך לבנות-השגה בתנאים של מנעד רחב של משטרי עבירות: בעוד שההקצאה הראשונית של זכויות ושל משאבים זוכה לתשומת לב ציבורית רבה וגוררת מחלוקות פוליטיות קולניות בין הקבוצות השונות בחברה (בין היתר בשל כוחה האקספרסיבי ומכוון התודעה של ההכרעה במישורים הללו), הרי שאלת העבירות של הזכויות הללו עשויה "לעבור מתחת לרדאר" ולאפשר קבלת החלטות על בסיס פרגמטי. הכרעות מסדר שני, בנוגע למנגנון העבירות של זכאויות ציבוריות כאלה ואחרות, עשויות להיות מובהקות פחות בשאלת המרוויחים והמפסידים מהן בהשוואה להכרעות באשר להקצאה ראשונית של משאבים, באופן שיפתח אף הוא פתח רחב יותר לגיבוש הסכמות במסגרת הליכי הדליברציה הדמוקרטית בחברה. להדגמת הדברים, השאלה של מתן זכות פונדקאות להורות ליחידים או לזוגות להט"בים היא מוקד לעניין ציבורי ולמחלוקת פוליטית עזה במדינת ישראל, והכרעה במסגרתה מגלמת בצורה ישירה ומובהקת בחירה נורמטיבית באשר ללגיטימיות של התא המשפחתי הלהט"בי. מנגד, שאלת עבירותה של הזכות לפונדקאות אינה נוגעת במישורין לפלח זה או אחר באוכלוסייה, היא מעוררת שאלות ערכיות שונות מטיבן, ובהתאם לכך העניין הציבורי בה עשוי להיות נמוך יותר. במישור הפרגמטי השימוש במנגנוני עבירות עשוי לתקן הטיות נגד הורות להט"בית בזירה הציבורית. טיעונים דומים עולים באשר לדוגמאות שהצגנו של יוזמות להעברת זכויות הצבעה בארץ ובחול"ל. הכרה בעבירות חלקית של זכויות הצבעה תאפשר להגדיל את כוח ההשפעה הפוליטי של קבוצות מוחלשות (או מודרות כליל) בזירה הפוליטית. היא

¹⁹⁰ ראו **מדיניות ציבורית ורב תרבותיות 7** (בשיר בשיר, גיא בן פורת ויוסי יונה עורכים 2016).

אף תרחיב את המנעד של תצורות ההשתתפות בדליברציה הפוליטית באופן שיכלול העברת מסרים דרך הוויתור לטובת הזולת על הזכות להצביע.

פוטנציאל מיוחד על רקע המציאות הישראלית גלום גם בדוגמה שעמדה במוקד המאמר – של סחר בהטבות מס בגין תרומה. אחד היתרונות המרכזיים של מנגנון הזיכוי בגין תרומות נעוץ בתמיכה בפלורליזם של העדפות ושל תפיסות ערכיות בחברה באמצעות ביזור כוח ההכרעה בשאלת ההקצאה של משאבים ממשלתיים. במקום למסור את ההכרעה הבלעדית בדבר הקצאת תקציבי ממשלה לרשות צנטרליסטית, מנגנון הזיכוי נותן כלי בידי הציבור להסיט משאבים ממשלתיים (את 35% הזיכוי ממס) לטובת מטרות שהוא חפץ ביקרן. המטרות הללו נבדלות זו מזו כשם שהפרטים והקבוצות המרכיבים את החברה נבדלים אלה מאלה. הכרה בעבירותן של הטבות המס בגין זיכוי – הן בדרך של מכירה והן בדרך של תרומה – צפויה לחזק עוד יותר את המגמה הפלורליסטית באמצעות הקניית אפשרות גם למי שאינם כפופים לחיובי מס גבוהים לגרום לכך שהממשלה תקצה סכומים למטרות היקרות לליכום (ושלהן תרמו). באקלים הנוכחי במדינת ישראל, שבו נשמעות קריאות לתת ביטוי ל"בחירת הציבור" בקביעת המדיניות, להגדלת חלקם של פרטים בהכרעות הנוגעות לתיעול תקציבים ממשלתיים עשויה להיות חשיבות רבה. המציאות הרב-תרבותית במדינת ישראל מזמנת אם כן אתגרים ואילוצים שעשויים לקבל מענה הולם יותר באמצעות שימוש במנגנוני עבירות מגוונים, המאפשרים בין היתר כיול של המדיניות הציבורית וביזור בקרב קבוצות ויחידים של תהליך עיבוד המידע וקבלת ההחלטות.

סיכומם של דברים, מאמר זה נועד להרחיב את אופקי הדמיון המשפטי באמצעות הצגת עולם שבו עבירות של זכויות ציבוריות היא אפשרות מעשית ולא חריג נדיר. ההמשגה של הטבות ציבוריות כזכויות עבירות התאפשרה בזכות שני המרכיבים המרכזיים העומדים בבסיס המודל שלנו: ההמשגה הלא-בינארית של עבירות וחשיפת הממד הבין-אישי של זכויות ציבוריות, הזוכה בדרך כלל להתעלמות. ניתוח זכויות ציבוריות באמצעות הפריזמה של עבירות מעשיר את ההבנה של הדרכים שבהן ניתן לנצל את משטרי הזכאות השונים ואת הזכויות הציבוריות שאת היקפן הם מגדירים כדי לקדם תכליות נורמטיביות וחברתיות שונות, בארץ ובעולם. יישום התאוריה שלנו של עבירות של זכויות ציבוריות בתחום הטבות המס בגין תרומות מספק המחשה מעשית לפוטנציאל הגלום בעבירות ככלי מדיניות, וכן לדרכים שבהן ניתן להשתמש במנגנוני עבירות שונים כדי לקדם כל בחירה נתונה של מטרה נורמטיבית.