

## מה בין חופש הביטוי ו"חופש המימון"?

### על תשלומי העברה מותנים וחופש הביטוי הפוליטי במדינת הרווחה

מאת

**אורי אהרונסון\*, הילה שמיר\*\* וגיא פריבר\*\*\***

המאמר ממשיג מחדש מחלוקת ותיקה, שמעסיקה בשנים האחרונות את הפוליטיקה ואת המשפט בישראל, אודות הדרישות שהמדינה רשאית להציב כתנאי לתמיכה בפעילויות תרבות. הטענה הבעייתית אודות "חופש המימון", לפיה למדינה יש חירות לקבוע באילו תכנים תתמוך ובאילו לא, נענית בדרך כלל באמצעות טיעונים מבוססי-זכות, בעיקר חופש הביטוי והשוויון. המאמר מראה שטיעונים כאלה סובלים מאי קביעות מובנה ושהפעלתם כרוכה בהכרח בעמדות הערכיות המשתנות של טועניהם – מה שמקשה לייצר על-בסיסם דוקטרינה עקבית ומשכנעת. קושי זה ניכר בפסיקה בנושא בישראל, כמו בארה"ב.

נקודת המבט החלופית שמציע המאמר ממקמת את התמיכה הציבורית בפעילויות תרבות בהקשר הרחב של תשלומי העברה במדינת הרווחה – מכלול המערכים שבהם המדינה מעבירה משאבים לפרטים כדי למתן פערים חלוקתיים מגוונים. מעשית, כל ההסדרים הקובעים זכאות לתשלומי העברה במדינת הרווחה כוללים תנאים מסוגים שונים – חלקם פנימיים להגיון ההסדר או לתכליתו, חלקם חיצוניים או נספחים לו; אך כולם מגלמים עמדות אידיאולוגיות מגוונות של מעצבי המדיניות בשאלות של שייכות, אחריות, סולידריות, זכות, שוויון והגינות. כל הסדר של תשלומי העברה כורך בתוכו תיחום בין זכאים ללא זכאים, וממילא מבטא העדפה אידיאולוגית מסוימת.

במישור הנורמטיבי, בהתחשב בכך שההתניה מובנית בכל הסדר של תשלומי העברה, מציע המאמר לעבור לבחינה של עוצמת הכפייה שיוצרת ההתניה, ולא בלגיטימיות של תוכנה. בהקשר של תמיכה בפעילות תרבות, משמעות הדבר תהיה פיתוח דוקטרינה שבוחנת עד כמה ההתניה שוללת מן היוצר את האפשרות להמשיך ליצור בהתאם לקריטריונים המקצועיים הפנימיים של הסוגה היצירתית. התשובה לשאלה זו בהכרח תלויה הקשר: ככל שהענף התרבותי תלוי יותר בתמיכה מדינתית כדי להתקיים ולהמשיך ליצור, כך התניות מבוססות-תוכן על התמיכה תהיינה כופות יותר, ולכן ראוי להגביל את שיקול הדעת של המדינה בהצבתן. לעומת זאת, ככל שלענף

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, [ori.aronson@biu.ac.il](mailto:ori.aronson@biu.ac.il).

\*\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, [hshamir@tauex.tau.ac.il](mailto:hshamir@tauex.tau.ac.il).

\*\*\* בית הספר למשפטים, אוניברסיטת הרווארד, [gpriver@sjd.law.harvard.edu](mailto:gpriver@sjd.law.harvard.edu).

הכותבים מבקשים להודות לעוזרי המחקר המצוינים דניאל פישלוביץ' ולילה אתר, שסייעו בידינו בתהליך המחקר, וכן למשתתפים ולמגיבים שהתייחסו לגרסאות מוקדמות של המאמר ותרמו רבות לפיתוחו בסדנאות במכון הישראלי לדמוקרטיה, בבית הספר למשפטים ע"ש קרדוזה ובאוניברסיטת תל אביב, ובכנסים השנתיים של האגודה הבינלאומית למשפט ציבורי (ICON-S) ושל הסניף הישראלי שלה (ICON-S-IL). נבקש להודות גם ליואב קני על תרגום חלקים מן הטקסט שנכתבו במקור באנגלית.

התרבותי יש מקורות תמיכה חלופיים שיאפשרו את קיומו הנמשך גם אם תצומצם התמיכה המדינית, כך יש להתיר למדינה להציב יותר תנאים להשתתפות החלקית שלה במימון. המאמר מנתח את המסקנה נוגדת-האינטואיציה הזו, בוחן היבטים יישומיים שלה, ומספק מענה לטענות-נגד מרכזיות שניתן להציג לה.

**מבוא. א. מימון ציבורי לתרבות בישראל: הרקע והמורכבות.** 1. המשפט הישראלי. 2. השיח המשפטי האמריקאי. **ב. מנגנוני חלוקה במדינת הרווחה.** 1. מדינת הרווחה המודרנית: אספקת שירותים, חלוקת קצבאות, הסדרה והתנאה. 2. מודלים שונים של תנאי זכאות במדינת הרווחה. 3. זכאות מבוססת מעמד אזרחי. 4. זכאות שתנאיה קשורים לתכלית הקצבה. 5. זכאות מבוססת תרומה כלכלית. 6. תשלומי העברה מותנים. 7. תשלומי העברה מותנים שטיבם אידיאולוגי. **ג. מטענת זכות לניתוח מבני: מימון תרבות בראי העקרונות נגד כפייה.** 1. העיקרון נגד כפייה והמבנה של שוקי אמנות. 2. דרגות שיקול דעת. 3. אתגרים ביישום וביקורות אפשריות. **ד. סיכום.**

## מבוא

בעשור האחרון הממשלה והכנסת השתמשו במנגנוני מימון המיועדים לתמיכה ביצירה אמנותית ובמחקר אקדמי על מנת להעניש או לתמרץ את מי שהתבטאו באופן פוליטי בהקשרים אידיאולוגיים שנויים במחלוקת. לטענת תומכי הגישה הזו, ובכללם גם מספר שרי ממשלה בולטים, הזכות לחופש ביטוי בישראל עומדת על כנה, אך אסור שחופש זה יגביל את "חופש המימון" של הממשלה, שלכאורה נלווה לו; כלומר, לגישת התומכים בעמדה זו, אסור שחופש הביטוי יגביל את שיקול דעתה של הממשלה בנוגע להיקף ואופי התמיכה בפעילות פרטית באמצעות כספי ציבור. הצגתו של הדיון כתחרות בין שתי זכויות מקבילות לכאורה - חופש הביטוי מול חופש המימון - קנתה אחיזה רטורית משמעותית בשיח הציבורי בישראל, וזאת למרות שבמסורת הפוליטית הליברלית רשויות המדינה אינן נהנות מ"חירויות"<sup>1</sup>. יחד עם זאת, הטיעון המהותי שעומד בבסיס טענתה של הממשלה בהחלט ראוי לבחינה נורמטיבית: האם ישנן מגבלות בנות-הצדקה על שיקול דעתה של המדינה בהחלטותיה ובהעדפותיה בנוגע למימון, ואם כן, כיצד יש לעצבן?

רוב הדיונים במובנים הנורמטיביים של השאלה הזו הסתמכו על גרסה כלשהי של טיעון שמתמקד בזכויות - בעיקר חופש הביטוי והזכות לשוויון - ושעיקרו ריסון שיקול דעתה של הממשלה בהחלט תנאים מבוססי-תוכן על מקבלי המימון. במאמר זה נמחיש שטיעונים מעין אלה מובילים על פי רוב לתוצאות מעורפלות ובלתי-שיטתיות, ונציע לבחון את סוגית המימון בהקשר חדש, כחלק מתמונה רחבה יותר של תנאים שמדינת הרווחה המודרנית מציבה לקבלת מגוון רחב של קצבאות ושירותים. נראה שמגוון התנאים שמדינת הרווחה מחילה על מקבלי קצבאות מטעמה במגוון הקשרים, למעשה גדושים באידיאולוגיה ושהסדרה החוקית של התנאים הללו מורכבת

<sup>1</sup> ראו ליאורה בילסקי ועפרה בלון "הפליה ניא-ליברלית: בחזרה אל המסה 'מחשבה ביקורתית בצל המשפט' (2012)" **תיאוריה וביקורת** 50, 175, 186-187 (2018) (איפיון אסטרטגית הלגיטימציה של צעדי הממשלה כ"רסיסניפיקציה" - שימוש בשיח ליבראלי להצדקת מהלכים לא-ליבראליים).

ושנויה במחלוקת. על רקע הדיון התאורטי והדוקטרינרי בהתנאת קצבאות ושירותים במדינה הרווחה, נפתח מודל נורמטיבי לבחינת הלגיטימיות של תנאי מימון ממשלתיים ביחס לביטוי אמנותי. המודל אינו מבוסס על תוכנו של התנאי – שכפי שנמחיש, לעולם נושא משקל אידיאולוגי, ללא קשר למידת האוניברסליות או הטכנוקרטיה של תכליתו – כי אם על מידת מעורבותה של המדינה בקיומו ובשימורו של תחום האמנות הנתמך. הרכיב המבני הזה מוביל למבחן נורמטיבי בעל אופי לינארי, אשר מושתת על מידע ממשי בנוגע ל"נתח השוק": ככל שהתחום האמנותי נשען יותר על תמיכה ממשלתית, אזי לממשלה צריך להיות פחות שיקול דעת בנוגע לתוכן שבו היא תומכת. המאמר יציג את יתרונותיו של כלל זה, שלכאורה נוגד את האינטואיציה, מבעד לעדשת העיקרון נגד כפייה, וייתחס לכמה מההשלכות שעשויות להיות ליישומו, כמו גם לתגובות אפשריות לכוח המשיכה הנורמטיבי שלו.

בפרק הראשון נסקור את ההתפתחויות במשפט הישראלי אודות ההתניות שניתן להטיל על מימון תרבות בידי המדינה, ונתמקד במחלוקת שהתעוררה בנושא זה בשנים האחרונות ובפסיקה שביקשה להנחות את מקבלי ההחלטות בנושא. בנוסף, יסקור פרק את הדוקטרינה המסועפת במשפט החוקתי האמריקאי, שהרבה לעסוק בשאלות של התניות מימון. בעזרת הבחינה ההשוואתית נבקש להראות שהדוקטרינות השונות, המבוססות לרוב על ניתוחי זכויות מפותלים, התקשו לנסח הכוונה בהירה באשר לגבולות הלגיטימיים של שיקול הדעת של המדינה בהתניית תמיכות. בפרק השני נסביר מדוע זהו המצב להבנתנו: באמצעות טיפולוגיה חדשה של מערכי התמיכות והקצבאות של מדינת הרווחה, נמחיש כיצד כל הסדר של תשלומי העברה או הקצאה של משאב ציבורי כרוך בהתניות ובדרישות המגלמות הכרעות אידיאולוגיות מורכבות ומעוררות מחלוקת. בהתבסס על ההקשר החדש בו מיקמנו את הדיון, נציע בפרק השלישי את המודל החלופי לבדיקת הלגיטימיות של התניות מימון, הממוקד בעוצמת הכפייה של ההתניה על מקבלי התמיכה, אשר נלמדת ממידת המעורבות המדינתית בשוק הנתמך. המודל החלופי מוצא השראה בפיתוח המסוים שנעשה כבר במשפט הישראלי ביחס לזכות לקיום בכבוד, ששימשה לביקורת חוקתית של חלק ממערכי מדינת הרווחה הישראלית. הדיון בפרק זה יכלול הן הצגה של מודל עקרוני והן בירור של שורה של שאלות יישומיות המתעוררות מהפעלתו בהקשר משפטי נתון.

## א. מימון ציבורי לתרבות בישראל: הרקע והמורכבות

### 1. המשפט הישראלי

השיח הנורמטיבי הקיים על היקף שיקול דעתה של המדינה במימון יצירות תרבות מבוסס ברובו על ניתוחי זכויות, אשר מניחים את חופש הביטוי או את איסור האפליה כנקודת מוצא לדיון. במסגרת פרידגמת חופש הביטוי – שפותחה בצורה המקיפה ביותר אך באופן בלתי-עקיב לגמרי על-ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית – המדינה יכולה לבחור לתמוך במדיניות מסוימת, לרבות באמצעות מימון של פעילות פרטית, אך היא אינה יכולה לכפות על מקבלי המימון ביטוי באופן שחורג מתכלית המימון. גישה זו מסתבכת, כפי שעוד יפורט בהמשך, כאשר מבקשים

ליישב את שיקול הדעת הרחב של המדינה כמממנת, עם תפיסתה כתומכת הכרחית במימוש של חופש הביטוי.

הפרדיגמה השניה היא כאמור פרדיגמת איסור האפליה. פרדיגמה זו מעוגנת בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, המחיל את עקרון השוויון על תמיכה במוסדות ציבור (ובמוסדות תרבות בפרט). הסעיף קובע כי סכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג מסוים של מוסדות יחולק ביניהם באופן שוויוני, ואף מורה על קביעת מבחנים שוויוניים לחלוקה על-ידי הממונה על סעיף התקציב בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה.<sup>2</sup> תיקון זה לחוק יסודות התקציב מבטא את מגמת הפורמליזציה של התמיכה במוסדות תרבות, שאף פותחה לאחר מכן בפסיקה. כך, בפסק הדין היסודי בעניין **תאטרון ארצי לנוער** נידונה טענת התאטרון להפליה בהקצאת כספים לתאטרונים, בין "תאטרונים ותיקים" ו"תאטרונים חדשים", כאשר רק לראשונים הובטחה תמיכה קבועה מבסיס התקציב (ואילו תמיכה ב"תאטרונים חדשים" הייתה מותנית בתוספת תקציבית) – זאת במנותק ממבחנים של רמת הפעילות והיקפה. פסק הדין, שניתן על-ידי השופט זמיר, עמד על ערך השוויון כערך המנחה של מנגנון התמיכה במוסדות ציבור שנקבע בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב ועל חשיבותם של מבחנים פורמליים, מפורטים ומדידים, שיאפשרו החלטות אובייקטיביות וצפויות ככל הניתן, ושיקיימו בכך עיקרון השוויון וימנעו שרירות.<sup>3</sup> לפי פרדיגמת איסור האפליה, המדינה רשאית לקדם ערכים לגיטימיים באמצעות מימון פעילויות פרטיות בתחומי התרבות, הדת, הספורט וכדומה, אך מרגע שנקבע שמטרת המימון לגיטימית, חלוקת הכספים צריכה להתבצע בהתאם לשיקול דעת מקצועי-טכנוקרטי והמדינה צריכה להישאר ניטרלית בנוגע לזהותם של מקבלי המימון או תוכן פעילותם.

בעוד שפרדיגמת איסור האפליה היא הפרדיגמה השלטת בניתוח המשפטי הישראלי, פרדיגמה זו הולכת ונכרכת בפרדיגמת חופש הביטוי, אם כי למעשה מזה עשורים ששתיהן משמשות את בית המשפט בערכוביה ולא ניתן למצוא דיון סדור ביחס ביניהן. בחלק זה נדגים כיצד ביקש בית המשפט העליון ליישם את שתי הפרדיגמות למן שנות השבעים בהקשר של תמיכות מותנות בתרבות,<sup>4</sup> ונעמוד על חוסר הקוהרנטיות המובנה בניתוח מבוסס זכויות, שמתקשה לשמש מצפן לבית המשפט ומוביל באופן שיטתי לניתוחים פתלתלים, מבולבלים ובלתי צפויים.

<sup>2</sup> ס' 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985. ראו גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2005 "תמיכת המדינה במוסדות ציבור לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985" (18.8.2009), עמ' 3 ("במרכז ההסדר שנקבע בחוק עומדת חובת השוויון בתמיכת המדינה בגופים השונים הפעילים באתו תחום").

<sup>3</sup> בג"ץ 3792/95 **תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות**, פ"ד נא(4) 259 (1997). ראו גם: ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סד(2) 1 (2010), ובמיוחד בפס' 39-44 לפסק-הדין של השופט עמית, שם הוא מתייחס לחשש כי הבניית שיקול הדעת על-ידי קביעת תבחינים מפורטים תהווה כסות ל"תפירתם".

<sup>4</sup> למיטב ידיעתנו, הדיון שהלן סוקר את כלל פסקי הדין המרכזיים שניתנו בהקשר של תמיכות מותנות במוסדות תרבות. קיימת כמובן פסיקה נוספת העוסקת בתמיכות מותנות (ובפרט, בתמיכות מותנות אידיאולוגיה) בשדות נוספים. ראו למשל בתחום החינוך: בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (5.1.2012). (עתירה נגד חוקתיות התיקון לחוק יסודות התקציב שהסמיך את שר האוצר להפחית מתקציב גופים נתמכים אף התברר כי אלו הוציאו הוצאה שקשורה במהותה לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או לציון יום

כנקודת מוצא מועילה לדיון בניתוח המשפטי של מימון התרבות בישראל ניתן לסמן את פסק הדין בעניין **פסטיבל אבו גוש**<sup>5</sup>. בשנות השבעים, סורבה בקשתו של פסטיבל אבו גוש לתמיכה כספית ממשרד החינוך והתרבות, לתוכנית שכללה את היצירה יוהנס-פסיון של באך, בטענה כי "אין זה מתפקיד משרד החינוך והתרבות לתמוך במוסד שמטרתו היא ביצוע מוסיקה כנסייתית", תוך הבהרה כי אין בכך כדי לגרוע מחשיבותו של הפסטיבל "כייזמה פרטית"<sup>6</sup>. דעת הרוב, שנכתבה על-ידי השופט קיסטר, עמדה על שיקול הדעת הרחב המסור לממשלה באשר לתמיכה הכספית שהיא מעניקה למוסדות תרבות. לשיטתו, דבר לא מחייב את המדינה לתמוך באופן פוזיטיבי, באמצעות כספי המיסים, בהפצת האמונה הנוצרית וב"פעולות מיסיונריות"<sup>7</sup>, או לחלופין, (בהתעלם מהממד הדתי), בתוכנית המביאה מיצירותיהם של גדולי המוסיקה הגרמנית דווקא<sup>8</sup>. אולי, גרסה דעת הרוב בבית המשפט, ראוי, תחת זאת, לתמוך בהנגשת תרבות ל"שכבות נחשלות", ואולי בגיבוש התרבות היהודית; אולי כדאי לתמוך במקהלות עממיות ואולי בשירת מיעוטים; ואולי ראוי פשוט להמעיט בתקצוב האמנות שצרכניה יכולים לממנה בעצמם. כך או כך, ההחלטות נתונות למשרד התרבות, ובהינתן שלאיש אין זכות קנויה שיצירתו תיתמך על-ידי תקציב המדינה, ככלל, בית המשפט צריך למשוך ידיו מלהתערב בסוגיות אלה.<sup>9</sup>

בדעת המיעוט, סבר השופט חיים כהן כי סמכותו של משרד החינוך והתרבות להעניק תמיכה תקציבית למוסדות תרבות אין משמעותה הסמכה להשפיע על התכנים ועל טיב היצירות המועלות על-ידי אותם מוסדות נתמכים. לגישתו, קיים חשש אינהרנטי שהתמיכה הממשלתית, שנדרשת להבטחת קיומם של רוב-רובם של מוסדות התרבות והמדע, תוביל להתערבות בתכני היצירות; והאחריות המוטלת על הרשות היא אפוא "להעניק תמיכה למוסדות הזכאים והראויים לה, ובמידה שהם זכאים וראויים לה, אבל יחד עם זאת להבטיח שלא הביירוטים המוקדמים להענקת, לא

העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל); בתחום התמיכה במוסדות העוסקים בהכנה לגיור: בג"ץ 11585/05 **התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד העליה והקליטה** (19.5.2009) (עתירה נגד מבחני תמיכה המבכרים גיור אורתודוקסי); או בתחום הקריטריונים למתן פרס ציבורי: בג"ץ 8076/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך** (29.3.2022). במאמר זה אנחנו מתמקדים בתמיכות מותנות למוסדות תרבות בלבד, ואולם אנו סבורים כי הניתוח המוצע תקף באופן עקרוני גם בשדות נוספים.

בג"ץ 175/71 **פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות פ"ד** כה(2) 821 (1971) (להלן: עניין **פסטיבל אבו גוש**).

שם, בעמ' 823. במסגרת ההליך המשפטי עידן משרד החינוך את עמדתו כך שהדגש היה על מקומו הנמוך של הפסטיבל בסדר העדיפויות, בהתחשב במה שהוגדר כחוסר עניין לציבור. מכל מקום, אין ספק כי אופיו הדתי-נוצרי של הפסטיבל הוא שהוביל לסירוב לבקשת התמיכה; שם, בעמ' 826.

"אם מבקשת העותרת להקציב כספים בשל היות המוסיקה מוסיקה כנסייתית, היינו דתית, הרי אין כל חובה על המדינה לממן הפצת דת כלשהי, פולחנה או אמנותה בי כלל האוכלוסיה, לרבות בין בני דתות אחרות, כמו שלא יעלה על הדעת שהמדינה תחוייב לממן הפצת הברית החדשה, הקוראן או חיבוריו של לותר בין תושבי המדינה, כך אין לדרוש ממנה מימון הפצת מוסיקה כנסייתית בין כלל תושביה" (שם, בעמ' 839).

שם, בעמ' 841.

שם, בעמ' 841. קבוצת המקרים שלשיתו של השופט קיסטר יצדיקו התערבות היא מצומצמת, וניכר כי הוא מתייחס למקרים מובהקים של אפליה, למשל אם תקציב נשלל על רקע דתו או גזעו של מנהל המוסד.

ההענקה עצמה, מועדה, צורתה ותנאיה, ולא הפיקוח על השימוש בכספים שהוענקו, לא יפגעו במלוא נימה בחופש האקדמי והאמנותי, בחופש הדעה והמצפון, או בחופש הדיבור והביטוי".<sup>10</sup> ואולם, בהינתן שהתקציב הנתון לתמיכה במוסדות תרבות הוא מטבעו מוגבל, תעודף המוסדות בהכרח נדרש; ובעוד ששיקולי תוכן הם פסולים, רשאי משרד החינוך והתרבות לשקול את "העניין הציבורי שבקיום המפעל [התרבותי]"; את מיקומו של מפעל התרבות, על מנת לבזר ולקדם את הנגשתה של התרבות; ואת מידת הצורך של המפעל התרבותי בתמיכה, בהתחשב במקורות תמיכה נוספים העומדים לרשותו.<sup>11</sup> עיקרי המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט באותו מקרה ניכרים גם מקץ חמישים שנה, בישראל ומחוצה לה. ואולם, נדמה כי הגישה המובעת בדעת המיעוט של השופט כהן, שהושתתה על חופש הביטוי האמנותי, קנתה אחיזה משמעותית בפסיקה העכשווית, והיא משמשת כאמור את בתי המשפט ואת הייעוץ המשפטי לצד הדוקטרינה המושתתת על עקרון השוויון.

אנו סבורים שהמתח שבין דעת הרוב ודעת המיעוט בעניין **אבו גוש** מובנה באופן אינהרנטי ובלתי פתיר אנליטית לעתירות בנושא מימון ציבורי למוסדות תרבות. שלילת הגישה למימון ציבורי עלולה פעמים רבות לחרוץ את גורלם של יוצרים ושל מוסדות תרבות, באופן שמעורר תחושה ממשית ביותר של פגיעה ביכולתם להתבטא. ואולם בה בעת, במציאות של משאבים מוגבלים, חלוקה סלקטיבית של משאבים ציבוריים היא בגדר הכרח, ובתי המשפט שבו והדגישו את שיקול דעתה הרחב של המדינה בבואה לקבוע את התנאים לחלוקת כספי הציבור כחלק מחובתה לקבוע מדיניות.<sup>12</sup> תחושת המתח ניכרת ביתר שאת כאשר הביטוי שלא זוכה לתמיכה

שם, בעמ' 828.

10

שם, בעמ' 830.

11

12

נסיגות לאתגר את תנאי התמיכה הציבורית בבתי המשפט נסובו לא רק על תנאים הקשורים באופי היצירה, אלא גם בתנאים מבניים. כך בעניין תאטרון ה"אינקובטור" בירושלים (בג"ץ 2023/19 **תאטרון האינקובטור נ' שרת התרבות והספורט** (נבו 8.8.2019)) (להלן: **עניין תאטרון האינקובטור**), טען התאטרון כי המשקל המשמעותי שניתן ל"גודל" במבחני התמיכה (כפונקציה של תקציב והיקף הפעילות) מנציח את הפערים הקיימים בין תאטרות ופוגע ביכולתם להתחרות, בחופש העיסוק ובשוויון, תוך יצירת "תקרת זכוכית". פסק הדין, שניתן על-ידי השופט מינץ בהסכמת השופטים מזוז וגרוסקופף, דחה את העתירה בקבעו כי "משאין זכות מוקנית לקבל תמיכה, פשיטא שאין ממש בטענת התאטרון לפגיעה בחופש העיסוק שלו" (שם, פס' 9). עוד נקבע כי הבחנה בין תיאטרונים, בין היתר בהתאם להיקף תקציבם, היא "בליבת שיקול הדעת שיקול הדעת המקצועי" של משרד התרבות (שם, פס' 12); כי כלל לא ברור שמטרתם התמיכה התקציבית היא לסייע למוסדות תרבות לגדול ולטפס במעלה קטגוריית התמיכה (שם); וכן כי לא ניתן לקבוע שמבחני התמיכה מצביעים "תקרת זכויות", בהינתן מקורות התמיכה הנוספים מהם נהנה התאטרון (שם, פס' 13). עניין **תאטרון ארצי לנוער**, לעיל ה"ש 3, נסוב על מבחן תמיכה שהבחין בין "תיאטרונים ותיקים" ו"תיאטרונים חדשים". פסק הדין, שדחה כאמור לפירוט של ופורמליזציה של מבחני התמיכה, קבע כי אין די במבחן הוותק כמבחן בלעדי. בה בעת, הדגיש פסק הדין את מרחב שיקול הדעת בקביעת מבחני התמיכה: "הם [המשיבים] מבססים את החלוקה לתיאטרונים ותיקים ותיאטרונים חדשים, לא על שיקולים של עידוד היצירתיות, טיפוח מצויינות או הרחבת הפעילות, אלא על שיקול אחד בלבד: הוותק של התיאטרון. זהו, כאמור, שיקול ענייני. משרד החינוך רשאי לקחת אותו בחשבון. אולם, כאמור, אין זה שיקול יחיד. המשרד צריך לקחת בחשבון שיקולים נוספים, הנובעים מן המטרות המגוונות של התמיכה בתיאטרונים, כפי שהן עלולות מן המבחנים עצמם: הקמת תיאטרונים חדשים שיגבירו את הצמיחה והחדשנות; עידוד תיאטרונים בפריפריה; סיוע לעולים חדשים, לבני מיעוטים, לאמנות

ציבורית חורג מגבולות המיינסטרים התרבותי או הפוליטי. המחלוקות הציבוריות והמשפטיות סביב שורה של דברי חקיקה ויוזמות מינהליות שראשיתן בתחילת העשור הקודם ממחישות זאת היטב.

ב-2011 חוקקה הכנסת שני דברי חקיקה שהוקדשו במפורש לביטויים פוליטיים בשני הקשרים טעונים אידיאולוגית: (1) ההתייחסות ליום העצמאות כיום הנכבה, ו-(2) קמפיין ה-BDS, שקורא להחרים את ישראל, את מוסדותיה ואת היצוא הכלכלי שלה על מנת ללחוץ עליה לשנות את מדיניותה כלפי הפלסטינים. חלקים בציבור הישראלי תופסים את שתי הסוגיות כמשקפות "דה-לגיטימציה" יסודית של זכותה של ישראל להתקיים כמדינה יהודית, ובהתאם לכך רואים בהתבטאויות התומכות בהן איום על עתידה ועל שגשוגה של המדינה. בכל אחד משני החוקים הוצע צירוף שונה של אמצעים משפטיים, אך מהותם הייתה זהה: הם הסמיכו שרים בממשלה לצמצם או להפסיק את מימונם של מוסדות וארגונים פרטיים שזכאים למימון ציבורי במסגרת תוכניות קיימות, אם יקראו להחרים את ישראל,<sup>13</sup> או אם יציינו את יום העצמאות של ישראל כיום אבל.<sup>14</sup> הפאניקה המוסרית שהניעה את מקדמי החוקים בכנסת לא בערה בעצמותיהם של אנשי התקציבים שהוסמכו להוציא את החוקים לפועל, וככל הידוע יישומם בפועל מוגבל; ואולם, אף על פי שקשה לאמוד את השפעתם המצננת על התבטאויות ועל בקשות מימון, יש להניח שהיא קיימת. בג"ץ, שנדרש לשאלת חוקתיותם של החוקים, דחה את העתירות בנושא. בעניין שלילת מימון בשל אזכור הנכבה, נדחתה העתירה בהתבסס על דוקטרינת אי-הבטלות,

העממית; ועוד. (שם, בפסקה 36). כמו כן ראו: בג"ץ 8003/12 העמותה לאומנות המשחק לחיאתרון וקולנוע נ' שרת התרבות והספורט (15.7.2013), שם נידונה עתירה נגד מבחן שהגדיל את שיעור התמיכה למוסדות שגייסו גם תמיכה חיצונית (הסדר matching). בית המשפט דחה את הטענות לפגישה בשוויון, לפיה המבחן מעדיף מוסדות חזקים ומבוססים על פני מוסדות חלשים ללא מקורות תמיכה נוספים, כמו גם את הטענה לפגיעה בחופש העיסוק, לפיה בהיעדר תמיכה ציבורית לא יוכל בית המספר להתקיים.

<sup>13</sup> חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011. החוק מגדיר "חרם על מדינת ישראל" כ"הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית" (ס' 1). החוק קובע כי במקרים שבהם גוף שנתמך או מתוקצב על-ידי המדינה שקורא להטלת חרם או התחייב להשתתף בחרם, לפי הגדרה זו של חרם, יהיה שר האוצר בהתייעצות עם שר המשפטים (ובמקרים מסוימים בהתייעצות עם שרים נוספים) רשאי למנוע ממנו אוסף של כלים שנועדו לתמוך במוסדות תרבות ובידור. בנוסף, החוק מקנה לשר המשפטים בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, למנוע מגופים שקוראים לחרם או מתחייבים להשתתף בחרם להשתתף במכרזים לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992. מלבד ההוראות הנוגעות לתקציב, יש לציין שהחוק מעמיד סעד נזיקי נגד מי שקראו לחרם "ועל פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם" (ס' 2(א) לחוק).

<sup>14</sup> חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40) התשע"א-2011. מלבד הסעיף שמתייחס לנכבה, החוק מוסיף מספר תנאים מבוססי-תוכן שעלולים להוביל להפסקת מימון ציבורי. רוב התנאים הללו מתייחסים לעבירות פליליות, כגון הסתה לטרור ולגזענות או השחתת הדגל, ולפיכך נתפסו כפחות שנויים במחלוקת. החוק גם מתיר הפסקת תמיכה במי ששולל את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בדומה להסדר הנוגע לפסילת רשימות ומועמדים בבחירות (ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת).

משום שהמנגנון שנקבע בחוק עדיין לא הופעל.<sup>15</sup> בעניין שלילת המימון בשל התחייבות להשתתף בחרם העתירה נדחתה לגופו של עניין, משנקבע בדעת רוב שהסעיפים שמקנים סמכות לשלול תקציבים ממוסדות שקוראים לחרם, צולחים את מבחני החוקתיות.<sup>16</sup>

לצד החקיקה בכנסת, שרת התרבות והספורט בין השנים 2015-2020, מירי רגב, הובילה מהלך נפרד לאיתור מקרים שבהם יחידים או גופים שזכו למימון, כגון תיאטראות, קולנוענים ולהקות מחול, יצרו עבודות אמנות שהובנו על-ידי הממשלה באותה העת כהבעת תמיכה במסרים החותרים תחת הלגיטימיות של מדינת ישראל או מצדדים בטרור. רגב הודתה שהמסרים עצמם מוגנים במסגרת חופש הביטוי, אך התעקשה שהזכות לחופש הביטוי אינה מחייבת את הממשלה לסבסד ביטויים שהיא תופסת כפוגעניים.<sup>17</sup> בהתאם לכך, בכמה הזדמנויות שונות רגב הנחתה את אנשי משרדה לבחון מחדש את המימון הממשלתי למספר מוסדות תרבות. מרבית הניסיונות האלה נגדעו באיבם כשחוקיותם נשללה על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה. חוות הדעת המשפטיות הדגישו באופן עקבי את זכותם של מקבלי המימון לחופש ביטוי פוליטי ואמנותי ואת חובתה של הממשלה לקחת בחשבון רק את השיקולים שרלוונטיים לתכלית המימון: תמיכה ביצירתה של אמנות איכותית על פי אמות מידה מקצועיות ובלי קשר לאידיאולוגיה.<sup>18</sup> גם במקרה זה, קשה לאמוד את ההשפעה המצננת והמרסנת של מהלך שכזה על מוסדות התרבות ועל מדיניות קביעת התכנים שלהם, אך סביר להניח שהיא קיימת.

בשנת 2016 פרסם משרד התרבות קווים מנחים לתמיכה ממשלתית במוסדות תרבות. המסמך קבע, בין היתר, שהופעות בפריפריה של ישראל – שהוגדרה כך שתכלול את היישובים הישראליים ביהודה ושומרון – יהוו גורם שישפיע על הקטנת המימון (במקרה של סירוב להופיע ביהודה ושומרון, בנגב או בגליל ובהיעדר טעם שיימצא מוצדק על-ידי משרד התרבות), או על הגדלת המימון, כעין "בונוס" שיוענק למוסד תרבות שיופיע ביהודה ושומרון (סעיף הבונוס לא הוחל על הנגב והגליל). עתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח לביטולם של הקווים המנחים התקבלה בחלקה: דעת הרוב, שניתנה על-ידי המשנה לנשיאה מלצר בהסכמתה של הנשיאה חיות, קבעה את בטלותו של סעיף הבונוס, שהופעל בשורה של מקרים; באשר לסעיף ההפחתה, שלא

<sup>15</sup> בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (נבו 5.1.2012).

<sup>16</sup> בג"ץ 5239/11 אבנרי נגד הכנסת (נבו 15.4.2015).

<sup>17</sup> ראו למשל דברי השרה רגב בטקס הענקת פרסי התיאטרון הישראלי לשנת 2014, 19.6.2015, <https://fb.watch/kQeRhGpzJe> דקות 2:23-13 (”חופש הביטוי והיצירה מעניק לסרט [העוסק ברוצח ראש הממשלה] חסינות מהותית, אבל כשהדבר נוגע לשאלת המימון, אני אומרת: לא”).

<sup>18</sup> ראו למשל: מכתב מדינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי - מנהלי), לעו"ד דן יקיר, היועץ המשפטי של האגודה לזכויות אזרח, בעניין פניות שרת התרבות לרשויות מקומיות בנוגע לאירועי תרבות (11.5.2017) [עדכון אודות הנחיית המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לשרת התרבות דאז, מירי רגב, לא לשלוח פניות לראשי רשויות מקומיות בבקשה למנוע מימון של פעילויות תרבות שרגב מצאה שהן חותרות תחת ערכיה של מדינת ישראל]; מכתב מדינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי - מנהלי), לחברת-הכנסת מירי רגב, שרת התרבות והספורט, בעניין היצירה "מק ישו" (15.1.2019) [הנחיית המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לשרת התרבות להימנע מלשלול, או לתת רושם שניתן לשלול תקציב בגלל הצגת יצירה במוזיאון חיפה שמציגה את ישו באופן שלפי השרה פגע בצורה קשה ברגשות של נוצרים].



הופעל קודם למתן פסק הדין, נקבע כי העתירה אינה בשלה, בהתחשב בכך שנקבעו בו שורה של סייגים והוא מותר אפוא שיקול דעת רחב ביישום.<sup>19</sup> דעת הרוב התבססה בעיקרה על עיקרון השוויון ואיסור אפליה:<sup>20</sup> כך, הגם שתכלית סעיף הבנוס, שהובנה כהענקת נגישות שווה לתרבות לכלל אזרחי ישראל, נמצאה ראויה, נקבע כי לא הונחה תשתית עובדתית מגובה בנתונים המראה כי אזרחי ישראל ביהודה ושומרון אכן מופלים באופן שמצדיק סעיף בנוס המתייחס לאזור זה בלבד.<sup>21</sup> עוד קבעה דעת הרוב כי סעיף הבנוס פוגע בחופש הביטוי של מוסדות התרבות, אשר בוחרים להביע את התנגדותם הפוליטית לשליטת ישראל בשטחים על דרך של הימנעות מלהופיע שם. השופט מלצר קבע כי אין צורך להכריע בסוגיה הסבוכה של היקף חובתה החיובית של המדינה להבטיח את חופש הביטוי האמנותי, וניתן להסתפק בחובתה שלא להפלות בין אישים ומוסדות על רקע עמדותיהם, ולשמור על נייטרליות בהפעלת מבחני התמיכה.

בדעת מיעוט, סבר השופט מינץ כי סעיף ההפחתה וסעיף הבנוס כלל אינם פוגעים בשוויון או בחופש הביטוי של מוסדות התרבות: לאלו אין הרי זכות קנויה במדיניות תקצוב, ואילו לממשלה, מצידה, שיקול דעת רחב בקביעת תכליות שראוי לקדמן, ובאשר לאמצעים לעשות כן. אין חולק הרי, שהתכליות הראויות הפוטנציאליות שניתן לקדם באמצעות מדיניות התקצוב אינן תחומות ל"לב העשייה" האמנותית של המוסד, והן יכולות להתמקד אף בייצוג הולם או בעידוד צריכת תרבות על-ידי מגוון אוכלוסיות והנגשת התרבות לכלל האוכלוסיה. לשם הגשמת התכלית האחרונה, כך לשיטתו של השופט מינץ, יכולה הממשלה לקחת בחשבון סוגים שונים של "מרחק" – לאו דווקא במובן הגאוגרפי, אלא גם במובן הנחיתות התרבותית הנטענת של אזור יהודה ושומרון. מכאן, שסעיפי ההפחתה והבנוס משקפים שיקולים עניינים ולא "פוליטיים", המבחינים באופן רלוונטי בהתאם לתכלית שאותה מבקשת המדינה לקדם.<sup>22</sup> מטעמים דומים סבר השופט מינץ כי אין פגיעה של ממש בחופש הביטוי: ההגבלה המגולמת בסעיפי ההפחתה והבנוס לא נוגעת לתוכן הביטוי הפוליטי במישורין; וממילא, למוסד תרבות אין זכות קנויה למימון ציבורי, ומכאן שהגבלה שנובעת באופן רלוונטי ממבחן התמיכה היא שולית, בוודאי כאשר אין מדובר בשלילה גורפת של התמיכה אלא בהפחתה לא משמעותית בלבד.<sup>23</sup>

מקרה מבחני התמיכה הוא מעניין במיוחד משום שבאמצעות הקווים המנחים לתמיכה ממשלתית במוסדות תרבות הממשלה אינה בוחנת את התוכן האמנותי של המופעים, אלא בודקת אם המופיעים מפלים קהלים מסוימים; בכך, מקרה זה מדגים את הקושי בזיהוי התערבות המדינה ממניעים פוליטיים-אידיאולוגיים, שמזוהה בדרך כלל על-ידי המבקרים דווקא כהתערבות בתכני

<sup>19</sup> בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח נ' שרת התרבות והספורט (נבו 13.5.2020) (להלן: עניין מבחני התמיכה).

<sup>20</sup> שם, פס' 53 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

<sup>21</sup> למשל, לא הוכח כי המספר המועט של ההופעות ביהודה ושומרון ביחס לאזורים אחרים אינו בהלימה לאוכלוסיה, או לביקוש נמוך; ולא הוכח כי אזור יהודה ושומרון הוא האזור היחיד שסובל מהנחיתות הנטענת בגישתו לתרבות. שם, פס' 64-67 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

<sup>22</sup> שם, פס' 13 לפסק הדין של השופט מינץ.

<sup>23</sup> שם, פס' 26-33 לפסק הדין של השופט מינץ.

היצירה, ובמיוחד ב"ניטור" או צנזורה של יצירות קונקרטיות.<sup>24</sup> הקווים המנחים הללו הוצגו כחלק מרפורמה גדולה יותר שמבקשת לתקן את החלוקה הלא צודקת של כספי ציבור בין המרכז העירוני הפריווילגי של המדינה והפריפריה המקופחת שלה. ההתנחלויות הישראליות בגדה המערבית אמנם רחוקות מלהיות מקופחות בכל הנוגע למימון ציבורי,<sup>25</sup> ובה בעת חלקן קטנות, מפורדות, והחיים בהן כרוכים בסיכון; מובן אפוא שכמעט כל קו שיחלק את המפה לאזורים פריווילגים ואזורים נזקקים יעורר מחלוקת אידיאולוגית – תזכורת לכך שעקרונות חלוקה ממשלתיים מקצועיים "לחלוטין" או שכלל אינם אידיאולוגיים הם ספורים מאד, ככל שאלה קיימים. פסק הדין שניתן בעניין מבחני התמיכה ממחיש היטב את הקושי לגזור הכרעות משפטיות ברורות במחלוקות המימון מתוך זכויות האדם.

אם כן, כפי שכבר נטען על-ידי מספר חוקרים,<sup>26</sup> שתי הפרדיגמות הזכותניות הללו – של חופש הביטוי ושל איסור ההפליה – לא מצליחות לנסח הנחיות משביעות רצון עבור מקבלי ההחלטות: לא ברור מתי ביטוי מדינתי לגיטימי, שהתאפשר הודות לתמריצי מימון, הופך לביטוי פרטי כפוי שיש להגן מפניו (הבחנה שהינה יסודית, כפי שיוסבר, במשפט האמריקאי); לא ברור מתי המדינה פועלת בכובעה כ"ריבון", אז אסור לה לתמרץ או לצנן תכנים מסוימים באמצעות מימון, ומתי היא פועלת כדוברת, בעלת קניין, או מחנכת – אז מותר לה לעשות כן; ולא ברור אילו תנאים רלוונטיים לתהליכי מימון לגיטימיים ואילו תנאים הם לא-רלוונטיים, לא-ניטרליים או מפלים – בפרט כך בנוגע לתמיכה ביצירות תרבות, בה קשה להבחין בין הערכה מקצועית מבוססת איכות לבין טעם אמנותי אישי. אתגר מרכזי נוסף הוא כמובן כיצד לקבוע אילו תכליות שהמדינה מבקשת לקדם הן ראויות ולגיטימיות ולפיכך ראויות למימון. שדה המוקשים הנורמטיבי הזה לא פחות הפכפך מן השאלות האחרות, וחצייתו מחייבת מעבר דרך ויכוחים עובדתיים (למשל: האם הממשלה באמת מעוניינת לתמוך בפריפריה הגיאוגרפית או שמא ההתייחסות לחלוקה מחודשת של משאבים רק מסווה תמיכה בהתנחלויות?) כמו גם ויכוחים אידיאולוגיים (האם צריך לאפשר לממשלה להשתמש בכספי ציבור כדי לתמוך במסרים מגזריים ושנויים במחלוקת?).

דרך אחרת לנתח את סוגיית המימון במסגרת פרדיגמת הזכויות, תטען כי צורות ביטוי מסוימות הן בגדר זכות חיובית, המטילה על המדינה חובה לממן. ניתן למצוא הצדקה לגישה זו בכתביהם של חוקרים וחוקרות שונים. יוסף רז ואליזבת אנדרסון, למשל, מגדירים את האוטונומיה כאפשרות לבחור מבין קשת של הזדמנויות בתחומים משמעותיים של החוויה האנושית. גישתם זו יכולה לשמש כבסיס לדרישה מהמדינה להבטיח את הפקתו של מרחב תוכן

<sup>24</sup> לביקורת על היבטיו הדיוניים, הדוקטרינריים והנורמטיביים של פסק הדין, ראו: אורי אהרונסון "חופש המימון" והמשפט החוקתי: הערות על פסק הדין של בג"ץ בנושא מבחני התמיכה "ICON-S-IL Blog (26.5.2020).

<sup>25</sup> ראו בילסקי ובלוך, לעיל ה"ש 1.

<sup>26</sup> Adam Shinar, *Democratic Backsliding, Subsidized Speech, and the New Majoritarian* *Entrenchment*, 69 AM. J. COMPAR. L. 335 (2021); אדם שנער, "חופש הביטוי, חופש המימון ועיקרון אי ההנצחה" *משפטים על אחר* יב 29 (2018); אוון פיס "החירות הפוליטית וחופש המימון" *מעשי משפט* ט (2) 243 (2018).

אמנותי מגוון דיו.<sup>27</sup> מנחם מאוטנר, בכתיבתו על ה"ליברליזם של השגשוג", קורא למדינה לממן יצירות אמנותיות כבסיס להעשרה אינטלקטואלית ומוסרית, כדי לאפשר לכל אדם גישה לשיפור עצמי ולמימוש האידיאל ההומניסטי הליברלי.<sup>28</sup> זיקה לטיעונים אלה ניתן למצוא ב"עיקרון אי ההנצחה" שמציע אדם שנער. עיקרון זה מבקש לחייב מדינות דמוקרטיות לכלול דעות אופוזיציוניות במרחב הציבורי, על מנת למנוע מהשלטון המכהן להפוך, כברירת מחדל, לאפשרות השלטון היחידה בדמיון הפוליטי של ציבור הבוחרים.<sup>29</sup> שנער מהדהד את גישתו של אוון פיס, שטוען כי יש להגביל את כוח המימון ככל שנעשה בו שימוש המגביל את חילופי הרעיונות החופשיים בנושאים הנמצאים בלב השיח הציבורי.<sup>30</sup> תפיסות שונות של הזכות להשתייכות פוליטית דורשות קיומו של שיח פוליטי מושכל כתנאי לאזרחות דמוקרטית משמעותית, ולפיכך הן מתורגמות לעתים להגבלות על שיקול דעתה של הממשלה בנוגע למימון מיזמים ופעילויות של יצירות אינטלקטואליות ותרבותיות.<sup>31</sup> גישה זו נראית אטרקטיבית במיוחד על רקע מה שעדנה הראל פישר מתארת כ"ניגוד עניינים מובנה בין האינטרס השלטוני הצר [בביצור השלטון] לבין תפקידו של שלטון לסייע לתחום ולהבטיח את קיומו של חופש הביטוי התרבותי".<sup>32</sup> לבסוף, זרמים רב-תרבותיים נורמטיביים מסוימים טוענים שלקבוצות מיעוט יש זכות לקבל מימון ציבורי כדי לתמוך בהנצחת קיומן ואף בהנכחת הזהות התרבותית שלהן במרחב הציבורי, במיוחד כאשר זהות זו מאוימת על ידי חדירתה של תרבות הרוב.<sup>33</sup>

בכל אחד מהטיעונים הללו, שמבקשים לבסס "זכות לקבלת מימון", כרוכים אתגרים ומורכבויות שדיון מקיף בהן לא יתאפשר במסגרת מאמר זה. הזכויות החיוביות מן "הדור השני", שמציבות בפני מדינת הרווחה דרישות מבניות וכספיות משמעותיות, קנו לעצמן אחיזה מסוימת בעיצובן של חוקות ברחבי העולם בעשורים האחרונים, אך גם הן עדיין גוררות מחלוקות תיאורטיות, אידיאולוגיות ופרגמטיות עמוקות ונרחבות. בישראל, שבה מתמקד המחקר הנוכחי, תפיסות אלה עדיין רחוקות מלהיכלל בפרדיגמה השלטת של המשפט החוקתי,<sup>34</sup> שעשויה בעיקרה

<sup>27</sup> JOSEPH RAZ, וכן: ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 149 (1993) ראו Ori Aronson, *The Moral of Freedom* 412 (1986). ראו גם: *The How Many Question: an Institutionalists Guide to Pluralism*, in INSTITUTIONALIZING RIGHTS AND RELIGION: COMPETING SUPREMACIES 147 (Leora Batnitzky & Hanoch Dagan eds., 2017)

<sup>28</sup> MENACHEM MAUTNER, HUMAN FLOURISHING, LIBERAL THEORY, AND THE ARTS 122-127 (2018).

<sup>29</sup> שנער, לעיל ה"ש 26.

<sup>30</sup> פיס, לעיל ה"ש 26.

<sup>31</sup> ראו Owen M. Fiss, *State Activism and State Censorship*, 100 YALE L.J. 2087, 2098-2106 (1991) עדנה הראל-פישר *ממלכתיות במדיניות תרבות* 139 (מחקר מדיניות 146, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

<sup>32</sup> ראו למשל Linda A. White, *Liberalism, Group Rights and the Boundaries of Toleration: The Case of Minority Religious Schools in Ontario*, 36 CAN. J. POL. SCI. 975, 983-990 (2003)

<sup>33</sup> ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממדו החברתי של זכויות האדם" *שנתון משפט העבודה* ז 65 (תשנ"ט); דפנה ברק-ארז "זכויות חברתיות במשפט הישראלי: הגנה ישירה, הגנה עקיפה ואתגרים להמשך הדרך" *ספר אדמונד לוי* 53 (אהוד גורדין עורך, 2017).

פסיקות שיפוטיות הממוקדות במה שנתפס כצרכים החומריים המינימליים של קיום אנושי - הכנסה, דיור, רפואה, וחינוך.<sup>35</sup> לפיכך, אנו סבורים שפיתוח קווי הטיעון הללו בהקשרו של המהלך הנוכחי לא ישיג הרבה.

## 2. השיח המשפטי האמריקאי

הפניית המבט אל עבר התפתחותה של הדוקטרינה בארצות הברית תסייע להבין את עוצמת הבלבול התיאורטי וחוסר הקוהרנטיות הדוקטרינרית הכרוכים במפגש שבין תמיכה תקציבית מדינתית וחופש הביטוי. פרדיגמת חופש הביטוי האמריקנית מבחינה בין תפקידה הרגולטורי של המדינה לבין תפקודה כדוברת. אם בתפקידה כרגולטורית המדינה מחויבת לשמור על ניטרליות,<sup>36</sup> ולפיכך עליה להימנע מלבטא העדפה לתוכן כזה או אחר, הרי שכאשר היא מתבטאת כדוברת, דוקטרינת "הביטוי הממשלתי" מאפשרת לה לתמוך במדיניות מסוימת ולעשות זאת גם באמצעות מימון של פעילות פרטית, אך אוסרת עליה לגרום למקבלי המימון להתבטא בנושאים שחורגים מתכליתו של המימון. חוקרים שעוסקים בתיקון הראשון לחוקת ארה"ב מתייחסים שוב ושוב לפתלתלותה של דוקטרינת ההתניה הבלתי חוקתית (unconstitutional conditioning). כפי שחלקם אף ציינו, ללב מתגנבת התחושה שלמעשה תורה שכזו כלל אינה קיימת, או שלכל הפחות אין בנמצא "מבחן חד ומבוסס" לבחינת השאלות הללו.<sup>37</sup> נדון להלן במקרים הבולטים שבהם נדרש המשפט האמריקאי להתמודד עם המתח שבין חופש הביטוי לבין סמכות המימון הסלקטיבית של הממשל. אמנם, לא כל המקרים עוסקים בחופש ביטוי בהקשר האמנותי דווקא, ואולם קיים קשר הדוק בין המקרים העוסקים בחופש הביטוי על מופעיו השונים מבחינת התפתחות הדוקטרינה האמריקאית. המקרים כולם, וביתר שאת בחינתם יחדיו, מלמדים על האתגרים העקרוניים ועל חוסר הבהירות הדוקטרינרית עמם נאלצים בתי המשפט להתמודד.

שני גלגוליו של ההליך המשפטי בפרשת **Open Society** ממחיש את הקשיים. בסיכוב הראשון של פרשה זו, בפסק דינו משנת 2013, ביטל בית המשפט העליון האמריקני את חוק המנהיגות (The Leadership Act) מ-2003, חוק פדרלי שהתנה מימון ממשלתי לארגונים שנלחמים במחלת האיידס ובנגיף ה-HIV ברחבי העולם באימוץ עמדה מפורשת נגד זנות וסחר

<sup>35</sup> ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012); ע"מ 105/13 עיריית תל-אביב נ' האגודה לזכויות האזרח בישראל (נבו) 12.3.2014; עב"ל (ארצי) 17457-08-14 קרול נ' המוסד לביטוח לאומי (נבו) 17.5.2018; עב"ל (ארצי) 34772-02-14 פלוני נ' המוסד לביטוח לאומי (נבו) 10.9.2017; עת"מ (ב"ש) 32498-07-20 פלונית נ' משרד הבינוי והשיכון (נבו) 21.10.2020. וראו גם פסק דינה של השופטת מיכל אגמון גונן ב-עת"מ (ת"א) 28922-03-17 אלבו נ' משרד הבינוי והשיכון (נבו) 1.4.2019, שנהפך בערעור: ע"מ 3554/19 משרד הבינוי והשיכון נ' אלבו (נבו) 31.5.2020; ע"מ 4589/18 רובין נ' מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון (נבו) 30.4.2019.

<sup>36</sup> *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95-96 (1972).

<sup>37</sup> Adam B. Cox & Adam M. Samaha, *Unconstitutional Conditions Questions Everywhere: The Implications of Exit and Sorting for Constitutional Law and Theory*, 5 J. LEGAL ANALYSIS 61, 67 (2013).

בבני אדם (תנאי שהוגדר כ"דרישת המדיניות").<sup>38</sup> בית המשפט העליון קיבל את הטענה של קבוצת ארגונים אמריקניים שאליהם התייחס החוק הנדון, לפיה דרישת המדיניות פוגעת בחופש הביטוי, וצפויה למנוע שיתוף פעולה שלהם עם ממשלות זרות, להרתיע נשים וגברים בזנות מפניה אליהם, ולצנזר את הדיונים והפרסומים שלהם. הפסיקה הדגישה שבעוד שהקונגרס רשאי להגדיר את גבולותיה של תוכנית התמיכה הממשלתית בהתאם למטרות ולפעילויות שהוא מבקש לסבסד, אסור לו לכפות תנאים המבקשים למנף את המימון באופן שמגביל את הביטוי מחוץ לקווי המתאר של התוכנית עצמה. "דרישת המדיניות" היא מקרה מן הסוג השני, כך נקבע, משום שהיא דורשת מהארגונים לאמץ מדיניות ממשלתית כשלהם, ולכן אינה חוקתית; זאת, אפילו אם לכאורה ניתן להפחית את הפגיעה על-ידי התבטאות באמצעות גופים שלישיים שותפים (כפי שהציעה הממשלה).

דעת המיעוט, שכתב שופט בית המשפט העליון סקאליה ושאליה הצטרף השופט תומאס, סברה כי הממשלה, כאשר היא משתתפת בשיח הציבורי ומתבטאת במסגרתו, רשאית ואף חייבת לבחור בין מטרות וקווי מדיניות שונים ולפעול למימוש בחירותיה, כשלעתים קרובות הדבר כרוך בהסתייעות בגופים פרטיים שמקדמים את אותן המטרות. מובן שבמשלב זה של פעילותה, הממשלה לא תשתף פעולה עם ארגונים שחולקים עליה ואף מתנגדים למדיניותה; וכל עוד ארגונים שאינם מקבלים מימון ממשלתי חופשיים לבטא את דעותיהם השונות, הסירוב הממשלתי להיעזר בהם לא פוגע בחופש הביטוי שלהם או מפר את הזכויות שמקנה להם התיקון הראשון לחוקה, אשר מגן מפני ביטוי כפוי ולא מפני אפליה נגד עמדות מסוימות.<sup>39</sup> ביישמה את התשתית האנליטית החליפית, מסקנתה של דעת המיעוט הייתה שדרישת המדיניות מהווה תנאי רלוונטי לתכלית התוכנית, שכן הממשלה רואה במניעת זנות צעד הכרחי במלחמה בהתפשטות מחלת האיידס ונגיף ה-HIV, בין אם עמדתה נכונה או לא.

גם אחרי פסק הדין מ-2013 שעסק בתחולת החוק על ארגונים אמריקאים, נותרה על כנה השאלה האם הארגונים הזרים שממומנים דרך חוק המנהיגות כפופים לדרישת המדיניות. שאלה זו עמדה לפתחו של בית המשפט העליון בגלגול השני של הפרשה.<sup>40</sup> דעת הרוב, שנכתבה על ידי השופט קוואנו, גרסה שזכויות התיקון הראשון לחוקה אינן עומדות לארגונים זרים שפועלים מחוץ לשטח ארצות הברית. יתרה מכך, פסק הדין הדגיש, באופן שמהדהד את דברי השופט סקאליה מהסיכוב הראשון, שהתניית מימון במחויבות האידיאולוגית של ארגונים זרים (למשל לקידום ערכים דמוקרטיים או זכויות נשים) הכרחית על מנת להבטיח שהסיוע הכספי משרת את האינטרסים של ארצות הברית ועולה בקנה אחד עם ערכיה, ושהתניה שכזו היא פרקטיקה מסורתית של מדיניות החוץ שהתערבות בה אינה מעניינה של הרשות השופטת. כפי שניתן להבחין, זוהי גישה מרחיבה, אם כי לא בלתי אפשרית, לתנאי הרלוונטיות לתוכנית. דעת המיעוט,

<sup>38</sup> Open Agency for Int'l Dev. v. Alliance for Open Soc'y Int'l, 570 U.S. 205 (2013) (להלן: עניין Open Society I).

<sup>39</sup> שם, בעמ' 221-227.

<sup>40</sup> Open Agency for Int'l Dev. v. Alliance for Open Soc'y Int'l, 140 S. Ct. 2082 (2020) (להלן: עניין Open Society II).

שנכתבה על ידי השופט ברייר, הציעה לזנוח שיקולים פורמליסטיים שעניינם היעדר התחולה החוקתית על אזרחים זרים: העיקר, לשיטתו, הוא שהחלה של דרישת המדיניות על הארגונים השותפים הזרים תעוות את המסרים של הארגונים האמריקנים אתם הם עובדים, ומכאן פסלותה.<sup>41</sup> שני פסקי הדין בעניין **Open Society** מדגימים את חוסר הבהירות שיוצרות ההבחנות שהם מציעים. הדבר נכון במיוחד בנוגע להבחנות בין "פנים" ל"חוץ" התוכנית, בין השפעה על פעילות במסגרת התוכנית להשפעה על מקבל התמיכה "עצמו". גנאלוגיה קצרה של מקרים שעסקו בהתבטאויות מתוקצבות (subsidized speech) בעשורים שקדמו לפסקי דין אלה, תסייע להמחיש את חוסר העקביות שאפיין את התמודדותו של בית המשפט העליון עם הנושא. בעניין **Rust** משנת 1991, נידון מימון ממשלתי לתוכניות לתכנון משפחה שהותנה באיסור על ייעוץ בנושא הפלות.<sup>42</sup> בית המשפט דחה את הטענה שמדובר בהפרה של הזכויות המוקנות מתוקף התיקון הראשון לחוקה, בקבעו כי התקנה לא מונעת מימון, אלא רק מבטיחה שכספי ציבור ישתרו את התכליות שנועדו לקדם.<sup>43</sup> תוצאה אחרת, כך סבר בית המשפט, עלולה לגרום לכך שלממשל – המאשר את כספי התמיכה – תיוחס מדיניות התומכת בהפלות, ממנה הוא מבקש להיבדל. בד בבד, עמד בית המשפט על כך שמקבלי המימון אינם נדרשים לוותר על חופש הביטוי שלהם, אלא רק להבחין בין פעילות ממומנת לכזו שאינה ממומנת, שכן ביכולתם להתבטא כרצונם במסגרת תוכניות נפרדות. ואולם, הישימות של הבחנה זו מוטלת בספק. הקביעה כי אין פגיעה חוקתית מקום בו יכולים הגופים הממומנים להמשיך ולהתבטא במסגרת פעילויות אחרות מקורה בעניין **Regan**,<sup>44</sup> שבו נדחתה הטענה שהתניית פטור ממס לעמותות באיסור על "תעמולה או ניסיונות אחרים להשפיע על חקיקה" היא לא-חוקתית. באופן דומה, נקבע שם כי הקונגרס לא ביקש להגביל כל ביטוי שהוא; הוא פשוט סירב לשלם לעמותה עבור פעילות השדלנות שלה, אבל לא פגע בזכות לעשות כן. בית המשפט העליון המשיך וציין שהתנאי אינו מונע שידול באמצעות גופים שותפים, כל עוד הם מאוגדים באופן נפרד ומקפידים על רשומות נפרדות שיעידו על כך שתרומות מוכרות לצרכי מס לא הופנו לטובת פעילות שידול. נתיב פעולה שכזה, כך נקבע, אינו מכביד יתר על המידה על הגוף הנתמך.

ואולם, קשה ליישב את פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **Regan** עם פסק דינו בעניין **League of Women Voters** מ-1984.<sup>45</sup> במקרה זה בית המשפט העליון ביטל הוראה בחוק השידור הציבורי שהתנתה מענקים ממשלתיים לשידורים חינוכיים באיסור על "הבעת דעה של העורכים". בית המשפט העליון קבע שלמרות שהקונגרס ורשות התקשורת הפדרלית רשאים לפקח על התבטאויותיהן של תחנות השידור החינוכי הלא-מסחרי, בהתחשב בכך שהבעת דעותיהם של העורכים עומדת בלבה של ההגנה שמקנה התיקון הראשון לחוקה, האיסור רחב מכפי שראוי לאפשר לו להיות; המטרות המסוימות שהאיסור על הבעת דעת העורכים ניסה לקדם

<sup>41</sup> שם, בעמ' 2103-2090.

<sup>42</sup> Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991) (להלן: עניין Rust).

<sup>43</sup> שם, בעמ' 196.

<sup>44</sup> Regan v. Taxation with Representation of Wash., 461 U.S. 540 (1983) (להלן: עניין Regan).

<sup>45</sup> FCC v. League of Women Voters, 468 U.S. 364 (1984) (להלן: עניין League of Women Voters).

הן "או לא מספיק משמעותיות או לא מוצגות בצורה מצומצמת מספיק כדי להצדיק את הפגיעה בחירויות עיתונאיות חשובות שמוגנות בקנאות על ידי התיקון הראשון לחוקה."<sup>46</sup> באופן דומה, בעניין *Velazquez* משנת 2001,<sup>47</sup> בית המשפט העליון פסק שתנאי שאוסר על ארגונים שמעניקים סיוע משפטי ללקוחות שידם אינה משגת בהליכים הנוגעים לקצבאות רווחה לאתגר חקיקת רווחה קיימת, מפר את הזכויות שמקנה התיקון הראשון לחוקה גם ביחס לעורכות הדין שמעניקות את הסיוע המשפטי וגם ביחס ללקוחותיהן. נקבע שבהגשת תביעה לקצבאות, עורכת דין הממומנת על ידי תאגיד השירותים המשפטיים (Legal Services Corporation) מדברת בשם הלקוחה שתובעת קצבאות רווחה מהמשלה. עורכת הדין איננה דוברת מטעם המשלה, ומדובר אפוא בביטוי פרטי, ולא בביטוי ממשלתי "אפילו במסגרת פרשנות נדיבה למושג".<sup>48</sup> בחינת פסיקה זו מראה כי אותה המסגרת האנליטית מובילה במקרים השונים לתוצאות שלעיתים קשה ליישב; אי-קביעות (indeterminacy) שמשתקף, כמדומה, גם בריבוי המחלוקות ודעות המיעוט בפסקי הדין השונים. ראשית, ההבחנה בין ביטוי ממשלתי לביטוי פרטי רחוקה מלהיות מובנת מאליה. כך יוצא, שדבריה של רופאה שמיעצת למטופלת שלה נתפסים כ"ביטוי ממשלתי" (ומשום כך האיסור על ייעוץ בנוגע להפלות אושר כתנאי למימון ממשלתי, כפי שנקבע בעניין *Rust*), ואילו דבריה של עורכת דין שמיעצת ללקוח שלה נתפסים כ"ביטוי פרטי" (ומשום כך החלת תנאים על התבטאויותיה מובנת כהפרה של זכויות חוקתיות, כפי שנקבע בעניין *Velazquez*).<sup>49</sup> גם שרטוט קו הגבול בין ההשפעה על הפעילות שמקבלי המימון מבצעים בתוך מסגרת התוכנית וההשפעה על *לקוחות התוכנית* מתגלה כמשימה לא קלה: כפי שטען חוקר המשפט פיליפ המבורגר, ניתוק המסר מהדובר עלול לעוות את המסר, בבחינת "הוצאתו מהקשר"; ואף להשפיע על הגוף, שמוגבל באופן שבו הוא יכול לעצב את זהותו.<sup>50</sup> תנאי *הרלוונטיות* מציב אתגרים רציניים עוד יותר, כאשר הבולט מביניהם הוא כמובן סכנת

46 שם, בעמ' 399-402.

47 *LEGAL SERVICES CORP. v. VELAZQUEZ*, 531 U.S. 533 (2001) (להלן: עניין *VELAZQUEZ*).

48 שם, בעמ' 543.

49 אוון פיס הציע ליישב את הסתירה לכאורה בין ביטוי הרופאה האסור וביטוי עורכת הדין המותר בטענה כי ביטוי עורכת הדין תורם באופן מובהק יותר לשיח הציבורי על סוגיות שנויות במחלוקת. ההסבר טמון בצירור של בית המשפט כמעין אסיפה ציבורית, בניגוד לשיח "הפרטי" שבין רופאה ולקוחה. ניסיון זה ליישוב חוסר הקוהרנטיות מעורר קשיים, לכל הפחות משום שהוא נמנע מלאתגר הבחנות מסורתיות שבין הספירה הפרטית והציבורית ומאמץ כנתונות (ראו: פיס, לעיל ה"ש 26, בעמ' 252-253).

50 Philip Hamburger, *Unconstitutional Conditions: The Irrelevance of Consent*, 98 VA. L. REV. 479, 497 (2012). ואכן, בית המשפט התקשה לשמור על קו קוהרנטי בהקשר זה. כפי שצוין לעיל, בפסק הדין בעניין *Open Society I*, לעיל ה"ש 38, בית המשפט העליון דחה את עמדת המשלה, לפיה העובדה שמקבלי המימון יכולים להביע את עמדתם דרך ארגונים שפועלים לצדם מבטלת את טענתם להפרה של התיקון הראשון לחוקה. בית המשפט העליון קבע שזהו סידור לא מספק, הואיל ודרישת המדיניות חרגה מהגדרת גבולותיה של התוכנית שזכתה למימון פדרלי והגדירה את מקבלי המימון. ואולם, אף על פי כן, קשה ליישב את הקו שבו נקט בית המשפט העליון במקרה זה עם פסקתו בעניין *Rust*, לעיל ה"ש 42, שם נקבע שכל עוד נשמרת חירותם של מקבלי המימון להתבטא באמצעות גופים שותפים נפרדים ומובחנים, אין בכך משום הפרה של החוקה.

המניפולציה. התנייתן של התבטאויות צריכה להיות רלוונטית לתוכנית הממומנת, אבל הממשלה תמיד יכולה לעצב את תכליות התוכנית, כך שתתאים למגבלות כלשהן על ההתבטאויות שאותן היא מבקשת לממש.<sup>51</sup> בית המשפט העליון הכיר בחשש זה בדיונו בעניין **Velazquez**, שבו ביטל את התנאי שאסר על שירותי סיוע משפטי לבצע פעולות שידול, והזהיר כי הקונגרס אינו רשאי לתפור את הגדרת התוכנית לתנאי המבוקש באופן שיהפוך את התיקון הראשון לתרגיל סמנטי.<sup>52</sup>

לניתוח המוצע במאמר זה, חשוב במיוחד לשים לב לנסיונות השונים להמשיג כפייה, כפי שהם באים לידי ביטוי בפסקי הדין הללו. ניכר שישנו טווח רחב של דעות מגוונות בנוגע להגדרתו של תנאי ככזה שפועל בדרכי כפייה. בקצה אחד של הדיון ניצבת העמדה המצומצמת למדי שבאה לידי ביטוי בדעת המיעוט של השופט סקאליה בפסק הדין הראשון בעניין **Open Society**: התיקון הראשון לחוקה מגן מפני כפיית דיבור במובן המילולי ביותר של כורח; אך כאשר הממשלה מתנה את המימון מטעמה ולמעשה מניחה על השולחן הצעת חבילה שאפשר לקבל או לדחות במלואה, אין בכך משום כפייה, שכן מקבלי המימון הפוטנציאליים חופשיים לסרב להצעת הממשלה.<sup>53</sup> עמדה זו בוטאה שוב בבהירות בחוות דעתו של השופט תומאס בפסק הדין השני באותה פרשה. בהתייחסו למחלוקת שהתעוררה בהליך הראשון בעניין ותוך הדגור של דברי השופט סקאליה, תומאס הדגיש ש"הסיבה שדרישת המדיניות לא מפרה את התיקון הראשון לחוקה פשוטה הרבה יותר: היא אינה מכריחה איש לעשות דבר."<sup>54</sup> אם כן, לפי תפיסה זו, כל עוד מקבלי הפוטנציאליים של המימון הממשלתי יכולים לבחור שלא לקבל אותו, התנייתו של המימון במחויבות אידיאולוגית שקשורה לתכלית התוכנית הממשלתית אינה מפרה את הזכויות המוקנות מתוקף התיקון הראשון לחוקה.

ואולם, במקרים אחרים הוצגו ניתוחים מורכבים יותר, שניסו להעריך עד כמה כבד הנטל שהתנאי הזה מטיל על חופש הביטוי. בעניין **Regan**, לדוגמה, בית המשפט העליון אישר את התנאי וקבע שהאפשרות להתבטא דרך גופים שותפים הופכת את הנטל על חופש הביטוי לחסר משמעות.<sup>55</sup> לעומת זאת, בעניין **League of Women Voters** נקבע שהתנאי מטיל נטל כבד מדי, משום שהוא מחיל הגבלות רחבות על פרסום והבעת דעה, שניצבים "בלב התיקון הראשון לחוקה."<sup>56</sup> גישות אלה משקפות את העמדה הריאליסטית שלפיה כאשר לממשלה יש כלי השפעה משמעותי שהיא יכולה להפעיל מול מקבלי המימון מטעמה, קשה להבחין באופן ברור בין שכנוע, מקח וכפייה.<sup>57</sup> מה שמקשה עוד יותר על זיהויה של כפייה ככזו ולא פעם הופך את הניתוח

<sup>51</sup> לביקורת על "הסוואת תכליות" במשפט המינהלי והחוקתי הישראלי, ראו: אהרון סון, לעיל ה"ש 24.

<sup>52</sup> עניין **Velazquez**, לעיל ה"ש 47.

<sup>53</sup> עניין **Open Society I**, לעיל ה"ש 38, עמ' 221-227.

<sup>54</sup> עניין **Open Society II**, לעיל ה"ש 40, בעמ' 2090.

<sup>55</sup> עניין **Regan**, לעיל ה"ש 44.

<sup>56</sup> עניין **League of Women Voters**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 381.

<sup>57</sup> **Cox & Samaha**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 68; ראו גם: LOUIS MICHAEL SEIDMAN AND MARK V. TUSHNET, REMNANTS OF BELIEF: CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL ISSUES 83 (1996).



המבוסס על התיקון הראשון לחוקה לחסר תועלת, היא העובדה שרק לעתים רחוקות (אם בכלל), *הכאות* לקצבאות ממשלתיות נגזרת מן הכתוב באופן חד-משמעי; למעשה, כמעט תמיד הן מבוססות על שיקול דעת. לטענת החוקרים סיימן וטשנט, בהינתן שהזכויות הקבועות בחוקה רחוקות מלהבטיח כשלעצמן לאנשים את מה שהם לרוב צריכים, הממשלה *תמיד* תוכל לאיים לפגוע בקצבאות שלא מובטחות בחוקה ובדרך זו להביא את הפרט להתפשר בנוגע לזכויותיו החוקתיות.<sup>58</sup> כפי שנדגים בחלק הבא, החששות האלה מתעצמים לנוכח התפיסה שכמעט בכל הקשר, קצבאות ממשלתיות כוללות התניות המגלמות עמדות אידיאולוגיות מסוימות. אפשר, במילים אחרות, להציג כמעט כל בעיה חוקתית ככרוכה בתנאים לא-חוקתיים והממשלה תוכל לטעון ש"זאת העסקה"; כל תפיסה מסורתית של "זכות" יכולה להיות ממוסגרת מחדש כ"קצבה" אופציונלית.<sup>59</sup>

קהותו האנליטית של שיח הזכויות, שמקורה בטעמים שהוצגו עד כה, בולטת בפסק דין נוסף של בית המשפט העליון של ארצות הברית – הוא המקרה הרלוונטי ביותר עבור דיוננו כאן—זהו פסק הדין בעניין **Finley**.<sup>60</sup> במקרה זה, בית המשפט העליון דן בתיקון לחוק הקרן הלאומית לאמנויות ומדעי הרוח (The National Foundation on the Arts and the Humanities) (Act of 1965, שקבע שיו"ר הקרן הלאומית לאמנויות (The National Endowment on the Arts – NEA) יודא שבהחלטות בנוגע למימון, "מצוינות אמנותית וכשרון אמנותי הם הקריטריונים שעל פיהם נבחנות בקשות [למענקים], תוך התחשבות באמות מידה כלליות של מהוגנות ושל כבוד כלפי מגוון האמונות והערכים של הציבור האמריקני" (קריטריוני המהוגנות והכבוד).<sup>61</sup> דרישה זו מיו"ר הקרן הגיעה לאחר דיונים סוערים בציבור ובקונגרס, שהתעוררו בעקבות הצגתן של שתי "עבודות פרובוקטיביות" במסגרת תערוכות שנהנו ממימון של הקרן הלאומית לאמנויות: הראשונה כללה תצלומים הומו-ארוטיים והשנייה, *Piss Christ*, הייתה תצלום שהציג את "דמות [ישו] הצלוב שקועה בשתן".<sup>62</sup>

דעת הרוב באותה פרשה קבעה ש"קריטריוני המהוגנות והכבוד" תקפים, ובכך הפכה פסק דין של בית המשפט לערעורים שבו נקבע שקריטריונים אלה מפירים את זכויות התיקון הראשון לחוקה. השופטת אוקונור הדגישה שהקריטריונים רק הורו לקרן הלאומית לאמנויות לקחת בחשבון שיקולי "מהוגנות וכבוד" כחלק ממבחן אקסוגני ולפיקח לא *מנעו* כל ביטוי שמבוסס על עמדה מסוימת כזו או אחרת.<sup>63</sup> אוקונור הדגישה שנדרשות סכנות ברורות ומשמעותיות יותר על

SEIDMAN & TUSHNET, שם, בעמ' 89.

Cox & Samaha, לעיל ה"ש 37, בעמ' 71-77.

NATIONAL ENDOWMENT FOR ARTS V. FINLEY, 524 U.S. 569 (1998) (להלן: *עניין FINLEY*).

שם, בעמ' 572.

שם, בעמ' 574.

החוק הפקיד בידי הקרן הלאומית לאמנויות שיקול דעת נרחב בנוגע למימון ממשלתי המבוסס על "חשיבות אמנותית ותרבותית, תוך מתן דגש ליצירתיות אמריקנית ולגיוון תרבותי", ל"מצוינות מקצועית" ולעידוד "ידע, חינוך, הבנה והערכה של האמנויות בידי הציבור". בקשות המימון נבחנו על ידי ועדות מומחים שייצעו למועצת הקרן הלאומית לאמנויות, בעוד סמכות ההכרעה הסופית בענייני מענקים ניתנה ליו"ר הקרן.

58

59

60

61

62

63

מנת להצדיק פסילה של חקיקה. היות שקריטריוני "המהוגנות והכבוד [...] לא משתיקים דוברים באמצעות איום מפורש בצנזורה על רעיונות," לא נשקפת סכנה ממשית ל"ערכי התיקון הראשון לחוקה".<sup>64</sup> ראוי לציין שבית המשפט העליון הכיר בכך שאם הממשלה תנסה לעקוף זאת ולהרחיק רעיונות או עמדות מסוימות מהשוק, הדבר יהווה כפייה שאינה חוקתית. אך פסק הדין קבע שזוהי סוגיה הנוגעת ליישום החוק, וכי עצם האפשרות התיאורטית שמהו מעין זה יתרחש אינה מהווה עילה מספיקה לפסילת חקיקה.<sup>65</sup> לבסוף, פסק הדין הדגיש שבהקשרן של תמיכות סלקטיביות, כאשר הקונגרס אינו מפקח על הביטוי באופן ישיר, יש לו "שיקול דעת רחב בנוגע לסדר העדיפויות של ההוצאות"; והואיל והקונגרס פועל "כפטרון ולא כריבון", לא ניתן לומר שהשלכותיו של החוק מחמירות.<sup>66</sup>

השופט סקאליה, שהצטרף לדחיית העתירה, נקט גישה אחרת בדברי ההסכמה שלו. לגישתו של סקאליה החוק *אכן מפלה* נגד ביטוי חסר מהוגנות וחסר כבוד למגוון האמונות והערכים של העם האמריקני; ואולם, הדבר אינו בעייתי מבחינה חוקתית. קריטריוני המהוגנות והכבוד לא שוללים התבטאות, לרבות התבטאויות לא מהוגנות וחסרות כבוד; "אמני אוואנגרד דוגמת המשיבים חופשיים לחלוטין להמשיך לזעזע את הבורגנים [*épater les bourgeois*]; כל שנשלל מהם הוא הסיפוק הנוסף הטמון בכך שמסי הבורגנים הם שמממנים זאת."<sup>67</sup> על פי גישה זו, באופן כללי ובשונה ממניעה או איסור ישירים, החלטה ממשלתית שלא לתמוך תקציבית בדבר מה אינה מהווה כפייה משמעותית. בתור גורם תומך ומתקצב, הממשלה רשאית לבחור אילו פעילויות היא מעדיפה ומבקשת לעודד.<sup>68</sup> השופט סקאליה שלל את הטענה שאין למנוע מימון בהיעדר מקור מימון חליפי, שכן קבלה של טענה זו תהפוך את הקרן הלאומית לאמנויות, לשיטתו, ל"פטרון חובה" של כל אמנות שהיא, כולל אמנות שאינה מכבדת. מכל מקום, שאלה זו לא עמדה על הפרק באותו המקרה, משום שניתן היה להצביע על מקורות מימון חליפיים.<sup>69</sup> השופט סוטר, בדעת מיעוט, מצא את התיקון לא חוקתי, בהדגישו את חובת המדינה לפעול בנייטרליות כשהיא מקצה משאבים לשם מימושו של חופש הביטוי; לשיטתו, קריטריוני המהוגנות והכבוד עולים כדי הפלית מקבלי התמיכה הפוטנציאליים על בסיס השקפת עולמם, ובכך מפריס את התיקון הראשון לחוקה.<sup>70</sup>

במחקר מדיניות שפרסמה לאחרונה, מסבירה עדנה הראל-פישר מדוע קשה לשאוב מעניין Finley השראה דוקטרינרית אל המשפט הישראלי. בין היתר, עומדת הראל-פישר על כך

<sup>64</sup> עניין Finley, לעיל ה"ש 60, בעמ' 583.

<sup>65</sup> שם, בעמ' 587.

<sup>66</sup> שם, בעמ' 588-589.

<sup>67</sup> שם, בעמ' 595-596.

<sup>68</sup> למעשה, טוען השופט סקאליה, "העדפה של נקודות מבט מסוימות ודחייתן של אחרות בנוגע לאינספור נושאים (לפחות בעידן המודרני), הן לב לבה של עבודת הממשלה – זוהי הסיבה המרכזית לכך שהחלטנו שמי שמנהלים את הממשלה יעמדו לבחירות, במקום לחסוך כסף ולהעביר את משרותיהם בירושה" (שם, בעמ' 598).

<sup>69</sup> שם, בעמ' 597.

<sup>70</sup> שם, בעמ' 600-623.

שבארצות הברית מדיניות מימון התרבות נסמכת במידה משמעותית על תמיכה עקיפה (כלומר, עידוד תרומה פרטית על-ידי תמריצים כלכליים), ואם כן, הסכנה שבמניעת תמיכה ציבורית למוסדות היא פחותה. לעומת זאת בישראל עיקר התמיכה באמנות ובתרכות הינה תמיכה ישירה. עוד עומדת הראל פישר על כך שעל-פי הדין האמריקאי, שנידון בעניין *Finley*, הגורם המוסמך לקבל החלטות הנוגעות לתקצוב היא הקרן הלאומית לאמנויות, ולא גורם פוליטי; וכן, על כך שמאז שנידון עניין *Finley*, מתקיים בארצות הברית שיח ער על חופש הביטוי האמנותי, ועל חשיבותו של המימון הציבורי לקיומו.<sup>71</sup> הבחנות אלו אכן במקומן, ואנו מצטרפים, אם כן, לסקפטיזם באשר להשראה שניתן לשאוב מהפסיקה האמריקאית בהקשר הישראלי. ואולם, מטרתנו בפנייה לפסיקה האמריקאית היא יסודית יותר: הדגמת חוסר הקוהרנטיות הרדיקלי הכרוך בדוקטרינה המבקשת לגזור את היקף ההגנה על מקבלי התקצוב מתוך הזכויות החוקתיות, ובפרט מחופש הביטוי.

\* \*

בהתאם לכך, אנו מציעים להסיט את הדיון מניתוח מבוסס-זכויות לניתוח שמתמקד במאפיינים המבניים והמוסדיים של התנאים להעברות כספים ממשלתיות וביחסי הגומלין שלהם עם מה שאפשר לכנות "שוק היצירה האמנותית". כפי שנמחיש בחלק הבא, הצבת תנאים למתן כספי ציבור לגופים פרטיים – לרבות תנאים אידיאולוגיים מובהקים – היא דרך נהוגה ומקובלת להקצאת משאבים לפרטים, אשר עומדת בבסיס מנגנוני החלוקה של מדינת הרווחה. מבחינה זו, החלת תנאים מבוססי-תוכן על מימונה של יצירה אמנותית אינה כה ייחודית. אם נמקם את החשיבה המחודשת על התנאים הללו כנגד הרקע של משפט וחלוקה במדינת הרווחה, נוכל לשאוב מניתוחיו של שיח מדינת הרווחה כלים שיאפשרו להעריך באופן נורמטיבי את הטעויות בדבר "חופש המימון" של הממשלה. לשם כך, נתחיל בתיאור התניות המימון המקובלות במנגנוני רווחה ולאחר מכן נחליץ מן ההקשר החדש הזה תשתית מבנית שתאפשר לבחון את הלגיטימיות של תנאים למימון יצירה אמנותית.

## ב. מנגנוני חלוקה במדינת הרווחה

### 1. מדינת הרווחה המודרנית: אספקת שירותים, חלוקת קצבאות, הסדרה והתנאה

שיקול דעת (פוליטי, מקצועי וביורוקרטי) של הממשלה בנוגע למימון ממשלתי הוא חלק בלתי נפרד מעיצוב משטרי רווחה.<sup>72</sup> הדבר נכון גם ברמת המאקרו – סוגי משטרי הרווחה השונים והיחס בין הציבורי והפרטי שכל משטר כזה מבטא; וגם ברמת המיקרו – עיצובן של תוכניות תשלומי העברה ספציפיות ושירותים נוספים שמדינת הרווחה מספקת. השינויים העמוקים שמדינות רווחה רבות חוו בעשורים האחרונים הולידו חלוקת עבודה חדשה בין המדינה והמגזר הפרטי (שכולל

<sup>71</sup> הראל-פישר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 95-100. ראו גם עניין *מבחני התמיכה*, לעיל ה"ש 19, פס' 78 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (המצביע גם הוא על הספק בתוקפה העומד של דעת הרוב בעניין *Finley*).

<sup>72</sup> Paul Pierson, *Introduction: Investigating the Welfare State at Century's End*, in *THE NEW POLITICS OF THE WELFARE STATE* 1, 1-8 (Paul Pierson ed., 2000).

את השוק הפרטי אך גם את החברה האזרחית והמשפחה), שבה המדינה שוב אינה נתפסת כספקית ישירה של שירותים, אלא מובנת יותר ויותר כמי שתפקידה מתרכז בהסדרה, בפיקוח ומימון.<sup>73</sup> עלייתה של המדינה הרגולטורית יצרה רפרטואר עשיר של סוגי מדיניות, כמו גם מגוון רחב של שיטות משטר שונות במדינות שונות.<sup>74</sup> ברמה הכללית ביותר, המדינה הרגולטורית מייצגת מעבר מהתמקדות בחלוקה מחדש ומפוליטיקה מדינתית המושתתת על זכותו של הרוב לקבל החלטות עבור הכלל, אל עבר פוליטיקה טכנוקרטית ושכמסגרתה האחריות הפרדיגמטית של הממשלה אינה אספקה, כי אם אסדרת השוק.<sup>75</sup> זהו מעבר ממדינת רווחה שמבוססת על בעלות ציבורית ואספקה ישירה של שירותים חברתיים, למדינת רווחה שבראש ובראשונה מסדירה את פעילות השוק ומעדיפה בעלות פרטית, מיקור חוץ של פעילויות רווחה ומימון של ספקי שירותים פרטיים. על אף השינוי בתפקיד המדינה, מדינת הרווחה והאחריות החלוקתית של המדינה אינה נסוגה,<sup>76</sup> אלא עוברת שינוי מבני שבמסגרתו במקום לספק את שירותי הרווחה, ממשלות מסדירות, מממנות ומפקחות. לפיכך, ניתן לטעון כי גרסה של שאלת "חופש המימון" של הממשלה מהווה חלק מהוויכוח על מדינת הרווחה ומהדיונים המשפטיים על זכויות חברתיות וכלכליות. הדוגמה הישראלית ממחישה זאת היטב. החל משנות השמונים המאוחרות של המאה העשרים, מדינת הרווחה הישראלית עברה שינויים משמעותיים שהופכים אותה ממה שנהוג היה לאפיין כמשטר מדינת רווחה סוציאלי דמוקרטי למשטר מדינת רווחה ליברלי, המאופיינת בתהליכים כגון הפרטה, קיצוץ בהוצאות הרווחה, מעבר למיקור חוץ וניהול שירותים חברתיים במקום אספקה שלהם,<sup>77</sup> כמו גם שינויים הדרגתיים יותר במבנה קצבאות הרווחה ובמבנה המנהלי והממשלי שמסדיר אותן. אחד השינויים החשובים הוא התנועה לעבר ממשלה שמתפקדת כגורם מסדיר, מפקח ומממן, במקום כספק של השירותים החברתיים. נכון לשנת 2016, 80% מסך ההוצאה של

MICHAEL MORAN, THE BRITISH REGULATORY STATE: HIGH MODERNISM AND HYPER INNOVATION 12 (2003); HILA SHAMIR, THE PUBLIC/PRIVATE DISTINCTION NOW: THE CHALLENGES OF PRIVATIZATION AND OF THE REGULATORY STATE, 15 THEORETICAL INQUIRIES L. 1 (2014).<sup>73</sup>

Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, The Rise of the Regulatory State, 41 *J. Econ. Lit.* 401 (2003).<sup>74</sup>

ראו שם. כמובן שמאפיינים אלה הם רק אידיאלי טיפוס. המציאות היא לא פעם נשף מסיכות מוסדי, שבו מדינות רגולטוריות עוסקות בחלוקת משאבים ומדינות רווחה מתנהלות באופן טכנוקרטי. ראו: Oren Perez & Daphne Barak-Erez, *Whose Administrative Law Is It Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State*, 46 CORNELL INT'L L.J. 455 (2013). כן ראו דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית: ממושג רזה וחד-ממדי למושג עבה ורב-ממדי" בתוך **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 23, 25 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016) (זיהוי המדינה הרגולטורית עם "יישום של חקיקה ביורוקרטית פורמלית ולא-פורמלית ועם תביעת המדינה למונופול הלגיטימי על הרגולציה").<sup>75</sup>

PAUL PIERSON, *Coping with Permanent Austerity: Welfare State Restructuring in Affluent Democracies*, in THE NEW POLITICS OF THE WELFARE STATE 410-456 (2001).<sup>76</sup>

מדינת הרווחה הרגולטורית אינה פרויקט נאו-ליברלי בהכרח; אפשר לראות בה שיטה חדשה להשגת מטרות סוציאל-דמוקרטיות. ראו לוי-פאור, לעיל ה"ש 75. אך לא נראה שזהו המקרה במצבה הנוכחי של ישראל.<sup>77</sup>

משרד הרווחה מוקדש לתשלום לאספקת שירותי רווחה על ידי גורמים חיצוניים, כך שתפקידו העיקרי של המשרד הוא לפקח על אספקת שירותי הרווחה, בעוד גופים אחרים – פרטיים, פרטיים למחצה או ציבוריים – הם אלו שמספקים ומנהלים את מתן שירותי הרווחה בפועל.<sup>78</sup> בין אם כספקית של שירותי רווחה ובין אם כגורם המפקח והמממן שלהם, המדינה היא שאמונה באופן מסורתי על הצבת תנאים שונים לקביעת הזכאות לקבלת קצבאות רווחה. הדוגמאות לתנאים כאלה הן רבות וכוללות תושבות, גיל, תקופת אפשרה (ותק) בשוק העבודה, תשלומי עבר לביטוח לאומי, או קיומו של אירוע מזכה (כגון תאונה, לידה, פיטורים וכו'). באופן טבעי, ישנם תנאים שונים עבור קצבאות שונות. כך, לדוגמה, על מנת לקבל דמי אבטלה בישראל, בנוסף לתנאים שפורטו לעיל יש להוכיח פיטורים או עזיבת מקום עבודה, לבקר בלשכת שירות התעסוקה באופן קבוע, ולהסכים לקבל הצעות עבודה שנחשבות מתאימות. מכלול התנאים הללו רלוונטי לפלח אוכלוסייה מסוים ויכול לשרת תכליות שונות ולתמרץ התנהגויות שונות. יתרה מכך, חלק לא מבוטל מהתנאים הללו מעוררים מחלוקות ערכיות ומעשיות מורכבות (מיהו תושב? מה משך הזמן שעל מובטלת להיות מועסקת לפני פיטוריה על מנת להיות זכאית לדמי אבטלה ופיטורין? איזה עבודה לא תחשב עבודה מתאימה למבקש דמי אבטלה מסוים? וכו'), ולפיכך הם עוברים תיקוני חקיקה ונוהלים באופן תדיר.<sup>79</sup> תנאי הזכאות לקצבאות רווחה, ככל שהם משתקפים במדיניות דמי האבטלה, מבקשים לאתר את האוכלוסייה הרלוונטית (בגירים, תושבים, נכונים לעבוד וכו'), לתמרץ התנהגות רצויה (ותק כלשהו בשוק העבודה, חיפוש אקטיבי של עבודה) ואולי אף לתמרץ התנהגויות נוספות בדרכים מעודנות יותר (הענקת סכום דמי אבטלה גדול יותר להורים ליותר מילד אחד). מובן שתנאים כאלה מבטאים קשת רחבה של מחויבויות נורמטיביות לסוגיות של זכאות, צורך, אינטרס, חובה, סולידריות וקהילה.<sup>80</sup> המקרה של עיצוב דמי האבטלה היא דוגמה קלאסית אחת לשלל התנאים שהמדינה מציבה בכל פעם שהיא מנסחת תוכנית רווחה שמציעה קצבאות או שירותים.

בעמודים הבאים נמסגר מחדש את הדיון סביב שאלת שיקול דעתה של המדינה בנוגע לשימוש בסמכות המימון שלה ביחס לביטוי אמנותי, ונבחן אותו מבעד לדיון במדינת הרווחה הרגולטורית. נתאר את התנאים השונים שהמדינה קובעת בדרך כלל בהקשרי רווחה שונים על מנת להדגיש את ריבוי הדרכים שבהן היא מתנה קצבאות ושירותים ובדרך זאת מבטאת עמדות ערכיות מגוונות על ההתנהגות הראויה בהקשרי חיים שונים. נבקש אפוא להראות שכל הקריטריונים ותנאי הזכאות שנויים במחלוקת אידיאולוגית ונושאים משקל נורמטיבי רב.

<sup>78</sup> ראו שביט מדהלה-בריק וג'וני גל "מיקור חוץ של שירותי רווחה: מגמות ותמורות" בתוך דו"ח מצב המדינה: חברה, כלכלה ומדיניות 2016, 293 (אבי וייס עורך, מרכז טאוב 2016); אבישי בניש, "משילות ורגולציה של שירותי רווחה במיקור חוץ: אזרחות חברתית בעידן המדינה הרגולטורית" בתוך הזכות לרווחה טובה (ג'וני גל ושביט מדהלה עורכים, 2022).

<sup>79</sup> סעיף דמי האבטלה בחוק הביטוח הלאומי (סעיף 7) שונה מעל 30 פעמים מאז 1990. מבין התיקונים הללו, לפחות 12 עסקו בקריטריון הזכאות לקבלת דמי אבטלה.

<sup>80</sup> ראו למשל ג'וני גל "על מטוטלת ביטוח האבטלה בישראל 1972-2003" ביטחון סוציאלי 67, 109 (2004).

## 2. מודלים שונים של תנאי זכאות במדינת הרווחה

בספרות המחקרית על משטרי מדינת הרווחה נהוג להציג טיפולוגיה שמבחינה בין סוגים שונים של קריטריונים לחלוקה בתוכניות הרווחה של מדינות.<sup>81</sup> אנחנו מבקשים למסגר מחדש את הטיפולוגיה הזאת בצורה קצת שונה, במטרה להתאימה לדיוננו כאן. המחקרים שעוסקים בעיצוב זכאות לקצבאות במדינת הרווחה נוטים להבחין בין שני סוגי קצבאות מרכזיים: קצבאות אוניברסליות וקצבאות סלקטיביות.<sup>82</sup> בחלוקה הדיכוטומית הזאת, קצבאות אוניברסליות אינן מבוססות על קשר קודם לשוק העבודה או צורך כלכלי, כי אם על קריטריון כללי של מעמד, כגון מעמד אזרחי (כגון אזרחות או תושבות). כך, לדוגמה, בישראל מענק הלידה הוא כללי והוא ניתן לכל תושבת ישראל שילדת בבית חולים, ובנסיבות מסוימות גם למי שילדת בביתה.<sup>83</sup> ללא קשר לרמת ההכנסה שלה או להשתתפותה בשוק העבודה. לעומת זאת, קצבאות סלקטיביות תלויות ברמת ההכנסה והן מכוונות אל בעלי הכנסה נמוכה, כפי שאלה מוגדרים בתנאי הזכאות. כך, לדוגמה, בישראל קצבאות הבטחת הכנסה מוענקות רק למי שמצויים בעשירוני ההשתכרות התחתונים,<sup>84</sup> כשהמטרה היא להעניק הכנסה נוספת למשפחות וליחידים שחיים בעוני. באופן מסורתי ההכרעה בין אוניברסליות לסלקטיביות נחשבה למאפיין מרכזי ומגדיר של משטרי רווחה במדינות שונות, כגון, כאשר המודל הסוציאלי-דמוקרטי מבוסס על אוניברסליות והמודל הליברלי מבוסס על סלקטיביות.<sup>86</sup> עם זאת, יש המבקרים את הדיכוטומיה הזאת וסבורים שהיא מטעה.

<sup>81</sup> על פי רוב, המחקרים מבחינים בין סוגים שונים של שיטות לקביעת תנאי הזכאות לקצבאות ושירותי רווחה: (1) קצבאות אוניברסליות, שאינן כרוכות במבחן אמצעים; (2) קצבאות סלקטיביות, שכרוכות במבחן אמצעים; (3) תוכניות מבוססות ביטוח, אשר מסתמכות על מידת תרומה כלכלית; (4) תשלומי העברה מותנים, שלפעמים כרוכים במבחן אמצעים ולפעמים לא, ושמוסיפים תנאי ייעודי כזה או אחר על מנת לתמרץ התנהגות מסוימת. הספרות המחקרית העדכנית מוסיפה לדיון את תגמולי הנאמנות, שמוענקות על מנת לתמרץ או לתגמל קבוצות מסגנון חייהן, בחירות חייהן, התנסויותיהן ומעשיהן תורמים למה שנתפס כטוב הכללי המשותף של המדינה. ראו למשל: אייל פרידמן ומיכאל שלו "תגמולי נאמנות" בתוך *מדינה מפקירה – מדינה משגיחה: מדיניות חברתית בישראל - 2008*, 1985, 55 (חנה כץ וארו צפדיה עורכים, 2010).

<sup>82</sup> W.J.H. van Oorschot, *Targeting Welfare: on the Functions and Dysfunctions of Means-Testing in Social Policy*, in *WORLD POVERTY: NEW POLICIES TO DEFEAT AN OLD ENEMY* Hila Shamir, Tsilly Dagan & Ayelet; 171 (Peter Townsend & David Gordon eds., 2002) Carmeli, *Questioning Market Aversion in Gender Equality Strategies: Designing Legal Mechanisms for the Promotion of Gender Equality in the Family and the Market*, 27 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 717 (2018).

<sup>83</sup> ראו ס' 44 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה-1995. בשנת 2017 המענק שונה כך שגם נשים שילדות בביתן, בתנאים מסוימים, תהיינה זכאיות לו (ראו חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 191), התשע"ז-2017; וראו גם חזון המוסד לביטוח לאומי 1458 "תשלום מענק לידה בלידות בית" (24.5.2017)).

<sup>84</sup> ס' 2 לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1989.

<sup>85</sup> R. M. TITMUS, COMMITMENT TO WELFARE 128-137 (1968)

<sup>86</sup> GØSTA ESPING-ANDERSEN, THE THREE WORLDS OF WELFARE CAPITALISM 26-29 (1990)

לטענת המבקרים, יש לחשוב על האוניברסליות והסלקטיביות כשני קצוות של אותו הספקטרום. הסיבה לכך היא שקצבאות סלקטיביות יכולות לעשות שימוש במבחני הכנסה נדיבים, רחבים וכוללניים, ואילו קצבאות אוניברסליות יכולות להתבסס על קריטריוני זכאות מגבילים, גם אם אינם תלויי הכנסה, ושבפועל הם בררניים יותר. בהתאם לכך, במקום לדון באוניברסליות ובסלקטיביות, יש לבחון עד כמה נוקשים תנאי הזכאות (בין אם הם מבוססי הכנסה או משקפים קריטריון חלוקתי אחר), לאיזה נתח מהאוכלוסייה מגיעות הקצבאות ומהי תוצאתן החלוקתית בפועל.<sup>87</sup> בהמשך לטיעון זה, אנו מציעים, לצורך דיוננו כאן, למסגר מחדש את הקטגוריות כך שתתייחסנה לזכאות מבוססת מעמד אזרחי בלבד (לרבות קצבאות אוניברסליות שמתנות רק בתנאי האזרחות או התושבות) ולתנאי זכאות קשורים לתכלית הקצבה (לרבות קצבאות סלקטיביות שמתנות במבחני הכנסה, כאשר מטרת הקצבה הינה מתן כסף או שירותים למשפחות ברמות הכנסה נמוכות), באופן שתופס את מבחן ההכנסה כלא יותר מתנאי זכאות אחד מני רבים שהמדינה קובעת ביחס לקצבאות רווחה. מהלך זה יתברר כשימושי במיוחד כשנציע לחשוב מחדש על שיטות קביעת התנאים למימון ממשלתי של ביטוי אמנותי, שהביקורת הציבורית עליהן רואה בקריטריונים שלא מתבססים על הכנסה פגיעה בחופש הביטוי.

אנו מציעים את חמש הקטגוריות הבאות: 1. זכאות מבוססת מעמד אזרחי (לרבות קצבאות אוניברסליות שמתנות רק במעמד אזרחי); 2. זכאות שתנאיה קשורים לתכלית הקצבה (לרבות קצבאות סלקטיביות); 3. זכאות מבוססת תרומה כלכלית (השתתפות בשוק העבודה או תשלום); 4. תשלומי העברה מותנים (conditional cash transfers – CCTs); 5. תשלומי העברה מותנים שטיבם אידיאולוגי (ideological conditional cash transfers – ICCTs) (לרבות תגמולי נאמנות). הקטגוריה האחרונה היא כמובן הרלוונטית ביותר לדיון בשיקול הדעת הממשלתי בנוגע למימון ביטוי אמנותי. אך אנו סבורים שהבנה של ריבוי השיטות הנהוגות ושל מה שעומד בבסיס אופיין הנורמטיבי והנימוקים שמצדיקים אותן, כמו גם הטבע השנוי במחלוקת של כל אחת מהן, ידגיש את הטיעון שלנו על היקפן של המגבלות המוצדקות על שיקול דעת בנוגע למימון ממשלתי בהקשר זה.

### 3. זכאות מבוססת מעמד אזרחי

מדינות רווחה שונות, ובראשן מדינות הרווחה הסוציאל-דמוקרטיות, מתנות חלק ניכר מתשלומי ההעברה והשירותים שלהן במעמדו של אדם כאזרח (או כתושב), כשלעתים קרובות הזכאות מתחילה רק בהגיעו לגיל מסוים. שיטה זו מזוהה בעיקר עם מדינות הרווחה הסוציאל-דמוקרטיות, שבהן קצבאות הרווחה שמעניקה המדינה נחשבות זכויות המוקנות ליחיד בשל השתייכותו לקולקטיב הלאומי.<sup>88</sup> זכויות אוניברסליות אינן תלויות במבחני הכנסה – הן מוענקות באופן שווה

איאן גוף "גמלאות מותנות במבחן אמצעים בפרספקטיבה משווה" בטחון סוציאלי 43, 24 (1995).  
 Duane Swank, *Social Democratic Welfare States in a Global Economy: Scandinavia in Comparative Perspective*, in GLOBALIZATION, EUROPEANIZATION AND THE END OF

87

88

ליחידים ולמשפחות שהכנסתם גבוהה או נמוכה – ולפיכך הן עומדות בניגוד לתוכניות רווחה סלקטיביות (המכונות לעתים גם שווריות [residual] או ממוקדות [targeted]), אשר כרוכות במבחני אמצעים ומכוונות ליחידים ולמשפחות שהכנסתם נמוכה. יחד עם זאת, מכיוון שתנאים אחרים עשויים להחליש את האוניברסליות של קצבאות שאינן תלויות-הכנסה ולהגביל אותן על ידי התניית הזכאות באלמנטים נוספים,<sup>89</sup> נדמה כי יהיה מדויק יותר לכנות קצבאות אלה, קצבאות מבוססות מעמד אזרחי. ניקח כדוגמה את הזכות ללמוד במערכת החינוך הציבורית ואת הזכות להיות מבוטחים דרך תוכנית ביטוח בריאות ממלכתית בישראל: בעוד שכדי ליהנות מהראשונה נדרשת שהות בטריטוריה ותו לא,<sup>90</sup> כדי ליהנות מהשנייה נדרש מעמד תושב.<sup>91</sup> באופן דומה, במסגרת תוכניות משכורת בסיסית לכל (basic income) - שמדינות שונות דנות בהן כיום<sup>92</sup> - כל תושבי המדינה מקבלים סכום כסף שמשמש כבסיס הכנסה עבור כל חברי הקהילה נחשבות לצורה האוניברסלית ביותר של תשלומי העברה, כשהיחידים שמודרים מתוכניות אלה בדרך כלל הם מי שאינם בעלי מעמד תושב.<sup>93</sup>

אם כן, גם תוכניות מבוססות מעמד אזרחי אינן אוניברסליות באופן מלא אלא עלולות למנוע קצבאות מאוכלוסיות מסוימות ולהדיר את מי שלא נתפסים כחלק מהאומה: לא-אזרחים, לא-תושבים וכד'. בישראל, לדוגמה, חוק הביטוח הלאומי קובע שביטוח בריאות אוניברסלי יכול שלא לכלול מהגרי עבודה בעלי אשרת עבודה זמנית (אפילו כאשר הם שוהים במדינה באופן חוקי במשך עשורים); ובית המשפט העליון מצא שהסדר זה חוקתי.<sup>94</sup> אחת מהטענות שבאמצעותן הצדיק בית המשפט את החלטתו גרסה שלמדינה נתון הכוח הריבוני להחליט מי יכולים להיות חברים בקהילה בהקשרי רווחה, כל עוד ההחלטה מבוססת על קריטריונים רלוונטים. זמניות מעמדם של מהגרי העבודה אשר מחזיקים באשרת עבודה זמנית, הוכר כקריטריון הגיוני להחרגה שכזו, במיוחד לנוכח זמינותו של ביטוח בריאות פרטי שמעסיקים חויבו לרכוש עבור עובדיהם.<sup>95</sup> למעשה, היבטים רבים של תוכניות הרווחה המדינתיות כוללות החרגה מסוג זה, שכן בסופו של דבר מדינת הרווחה הוא פרויקט לאומי ולא פרויקט שמהותו אוניברסלית.<sup>96</sup>

SCANDINAVIAN SOCIAL DEMOCRACY? 85 (Robert Geyer, Christine Ingebritsen & Jonathon W. Moses, eds. 2000)

ראו גוף, לעיל ה"ש 87.

גלעד נתן ילדי עובדים זרים ומבקשי מקלט במערכת החינוך (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2010).

בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (נבו 22.6.2014).

לסקירת המדיניות המתנסות בתוכניות משכורת בסיסית לכל, ראו אתר מעבדת המחקר Basic Income Lab שבסטנפורד [./https://basicincome.stanford.edu](https://basicincome.stanford.edu).

ראו ליה אטינגר ועופר סיטבון, משכורת בסיס לכל (מכון שחרית 2017); GUY STANDING, BASIC INCOME: A GUIDE FOR THE OPEN-MINDED (2017).

בג"ץ 494/03 רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2004).

שם, בעמ' 332. ראו גם בג"ץ קו לעובד, לעיל ה"ש 91.

David Garland, *The Welfare State: a Fundamental Dimension of Modern Government*, 55 EUR. J. SOCIO. 327 (2014). לכתבה שמנסה לאתגר תפיסה זו ולהציע חזון אלטרנטיבי ראו John Clarke,



עבור מי שנחשבים חלק מקהילת הסולידריות כפי שהיא מוגדרת על ידי תנאי הזכאות, זכאות מבוססת מעמד אזרחי בלבד היא הקריטריון השוויוני ביותר וזה שבמסגרתו פגיעתה של מדינת הרווחה בחירות הפרט היא הקטנה ביותר. זכאות מבוססת מעמד אזרחי מצמצמת את שיקול הדעת הממשלתי והביורוקרטי למינימום, משום שהיא מבוססת על קריטריון שקל לעמוד בו ושקל לאמתו, ובכך חושפת את חברי הקהילה לכמה שפחות חדירה מדינתית לחייהם דרך בחינת הכנסתם, מבנה משק הבית שלהם ועוד. יתרה מכך, המחקר בנושא ממחיש באופן עקבי שקריטריוני זכאות שמתבססים על מעמד אזרחי יוצרים תחושת סולידריות לאומית ואף מחזקים את התחושה הזו, ובמדד ג'יני מדינות רווחה סוציאל-דמוקרטיות אכן נמנות עם המדינות השוויוניות ביותר בעולם.<sup>97</sup>

#### 4. זכאות שתנאיה קשורים לתכלית הקצבה

מטרת חלק ניכר מקצבאות הרווחה הינה לייצר רשת בטחון חברתית כנגד סיכונים שעלולים למנוע השתתפות של פרטים בשוק העבודה באופן זמני או קבוע. בהתאם לכך, לעתים קרובות תשלומי העברה מדינתיים ניתנים רק כאשר מתרחש אירוע מזכה - כגון לידה, תאונה, פיטורים, הגעה לגיל פרישה וכו' - שמונע מהפרט להשתתף בשוק העבודה. במצבים אלה מדינת הרווחה מספקת רשת חברתית בדמות תשלומי העברה שנועדו להחליף (באופן מלא או חלקי) את ההכנסה שאבדה. 'סיכונים' אלה אינם יחודיים לשכבות החלשות אלא יכולים לקרות לכל אחת ואחד מהפרטים בחברה באופן שיביא לאובדן הכנסה ופגיעה בכושר ההשתכרות.<sup>98</sup> דמי אבטלה, לדוגמה, מוענקים מיידית רק למי שפוטרו, וביטוח נפגעי עבודה ניתנים רק למי שנפצעו במסגרת עבודתם. כל הקצבאות והגמלאות מזן זה כוללות, אפוא, קריטריון זכאות שקשור לתכליתן. אחד מה'סיכונים' שהמדינה מבטחת נגדה הינה חוסר יכולת להשתלב כלל בשוק העבודה או חוסר יכולת להשתכר שכר שמספיק לכלכלת משפחה. בהתאם, תכליתן של כמה קצבאות, כגון קצבת הבטחת הכנסה, היא לסייע ליחידים ולמשפחות שהכנסתם נמוכה מאוד או שאין להם הכנסה כלל. במקרים כאלה נעשה שימוש במבחני הכנסה. כאשר מדובר בקצבאות ש'מבטחות' מפני אובדן

*Welfare States as Nation States: Some Conceptual Reflections*, 4 SOC. POL'Y & SOC'Y 407 (2005).

Walter Korpi & Joakim Palme, *The Paradox of Redistribution and Strategies of Equality: Welfare State Institutions, Inequality, and Poverty in the Western Countries*, 63 AM. SOCIO. REV. 661 (1998). ראו גם: Gillian Lester, *Can Joe the Plumber Support Redistribution – Law*, 64 TAX L. REV. 313 (2011). *Social Preferences, and Sustainable Policy Design*, 64 TAX L. REV. 313 (2011). אך ראו לעניין זה מחקרים חדשים שמטילים ספק בממצאים אלה וטוענים כי אין עדות חותכת לכך שקצבאות אוניברסליות אכן פופולריות יותר ומייצרות סולידריות גבוהה יותר: Tijs Laenen & Dimitri Gugushvili, *Are Universal Welfare Policies Really More Popular Than Selective Ones? A Critical Discussion of Empirical Research*, SPSW Working Paper No. CeSO/SPSW/2020-02 (2020). לעתים קצבאות אלה מותנות לא רק בהתרחשותו של אירוע מזכה אלא גם בהשתתפות קודמת בשוק העבודה. על כך נרחיב להלן בחלק העוסק בזכאות מבוססת תרומה כלכלית.

<sup>97</sup>

<sup>98</sup>

הכנסה ואינן כוללות מבחן הכנסה מתעוררת השאלה האם ראוי שביטוח לאומי יכסה פרטים בכל רמות ההכנסה כנגד סיכונים אלה, או שמא מוטב להעניק רשת בטחון כזו רק למי שהכנסתם נמוכה. שאלה זו לעתים קרובות מעוררת מחלוקת אידיאולוגית,<sup>99</sup> והטענות שמועלים במסגרתה נוגעים למגוון סוגיות אמפיריות וערכיות כמו פוטנציאל החלוקה של כל אסטרטגיה,<sup>100</sup> הדעות הקדומות והסטיגמה שנלוות לקצבאות שמכוונות לאוכלוסיה נזקקת בלבד,<sup>101</sup> סולידריות שיוצרות קצבאות אוניברסליות ומידת התמיכה בהן<sup>102</sup> והקשר בין תנאי הזכאות ושיעור הניצול של הקצבאות בידי הזכאים להן.<sup>103</sup>

אם כן, תשלומי העברה במדינת הרווחה נשענים על מגוון תנאים שאינם מבוססי הכנסה, אשר מרחיבים או מצמצמים את אוכלוסיות היעד הזכאיות להן. בישראל, לדוגמה, גובהם של דמי האבטלה אמנם נקבע על פי ההכנסה, אך *הזכאות* לקצבה אינה תלויה בהכנסה והיא נקבעת על סמך גורמים אחרים כמו משך ההשתתפות בשוק העבודה לפני הפיטורים או ההתפטרות, ביקורים קבועים בלשכת האבטלה, הנכונות להיענות להצעות עבודה מתאימות, ועוד.<sup>104</sup> כל אחד מהתנאים הללו קשור לתכלית תשלומי ההעברה בעיני מעצבי המדיניות ומשקף עמדה מסוימת ביחס לגורמי האבטלה, לזהות האחראים לצמצומה, ולסעדים הנדרשים כדי להתמודד איתה. הם מבקשים לגרום לבלתי-מועסקים לנהוג באופן שיחזיר אותם במהירות לשוק העבודה ומדגישים את טבעה הזמני של התמיכה הממשלתית שמוצעת להם רק לתקופה קצרה "בין עבודות". כתוצאה מכך, המחקר בנושא מצביע על כך שרק כ-32% מהבלתי-מועסקים בישראל מקבלים דמי אבטלה.<sup>105</sup>

<sup>99</sup> ראו למשל בעבר את הצעתו של ח"כ אלי אלאוף לבטל את כל קצבאות הביטוח הלאומי שאינן כרוכות במבחן הכנסה: צבי זרחיה "הצעה דרמטית בכנסת: לבטל קצבאות לבעלי הכנסות גבוהות – יש להם מספיק כסף" *TheMarker* (11.9.2015).

<sup>100</sup> Korpi & Palme, לעיל ה"ש 97.

<sup>101</sup> Tomer Blumkin, Yoram Margalioth & Efraim Sadka, *The Role of Stigma in the Design of Welfare Programs*, CESIFO Working Paper No. 2305 (2008), available at Staffan Blomberg & Jan Petersson, *Stigma*, ראו גם SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1137843> and *Non-take up in Social Policy*, in *SOCIAL EXCLUSION IN EUROPE* 157 (Paul Littlewood et al. eds., 1999).

<sup>102</sup> Lester, לעיל ה"ש 97, וראו גם הספקות שמטילים בכך Laenen & Gugushvili, לעיל ה"ש 97.

<sup>103</sup> לדין במימון זכויות נמוך בישראל ראו מבקר המדינה "המוסד לביטוח לאומי: אי-מימון של זכויות חברתיות – ביקורת מעקב" בתוך דו"ח שנתי 72א – חלק ראשון (התשפ"א-2021). על הקשר בין סוג הקצבה למימון הזכות ראו ג'וני גל, מיכאל שלו ומימי אייזנשטדט, "זכות האוניברסליות? מימון זכויות אוניברסליות במערכת הביטחון הסוציאלי בישראל" בתוך *נגישות לצדק חברתי בישראל* 187 (מרכז טאוב, ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

<sup>104</sup> ראו פרק ז' לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה-1995 ובמיוחד סעיפים 160, 161, 163-165. גם השאלה מהי "עבודה מתאימה" שלה חייב מבקש דמי האבטלה להיענות שנויה במחלוקת עמוקה והיא מנוסחת באופן שונה עבור אנשים בקבוצות גיל שונות וברמות הכשרה שונות, ומשתנה לעתים קרובות. היא קשורה, בין היתר, גם לניסיון עבודה קודם, להשכלה, למרחק הגיאוגרפי ממקום העבודה המוצע ולהרכבו של משק הבית. ראו דיון מקביל לעניין חוק הבטחת הכנסה: עינת אלבין, "דיני הבטחת הכנסה והשלכתם על זכותן של נשים עניות לשוויון בשוק העבודה" *עבודה חברה ומשפט* יא 155, 166-170 (2006).

<sup>105</sup> אסתר טולדנו ודניאל גוטליב *מימון זכויות בביטוח אבטלה* (המוסד לביטוח לאומי, מנהל המחקר והתכנון, 2014).

אם כן, אף על פי שדמי האבטלה אינם תלויי מבחן הכנסה, הם בכל זאת מוענקים בצורה סלקטיבית הודות לתנאים אחרים שמטרתם לעודד תושבים בגיל העבודה להשתתף בשוק העבודה.

ישנן דוגמאות רבות לתנאי זכאות שנויים במחלוקת שמייצרים הינדים (nudge) ומבקשים לעודד התנהגות שמתאימה לעמדות בדבר ההתנהגות הראויה על ידי מעצבי המדיניות במדינת הרווחה. כך, למשל, מענק הלידה עד לשנת 2017 כלל רק לידות בכתי חולים ולא חל על לידות בית.<sup>106</sup> חלוקת המענק החלה בשנות החמישים של המאה הקודמת והתנייתו בלידת בית חולים נועדה להקטין את שיעור תמותת היולדות באמצעות עידוד לידה שכזו בקרב אוכלוסיות שהמדיקליזציה של הלידה הייתה זרה להן. ב-2017, בעקבות מאבק ציבורי של נשים ומיילדות שהתנגדו למדיקליזציה של ההריון והלידה וביקשו לקדם לידות ביתיות, הדרישה שונתה כך שאימהות שבחרו בלידת-בית תקבלנה את המענק כל עוד הריונן היה תקין והצפי היה ללידה שגריתית בסיכון נמוך.<sup>107</sup>

תנאי זכאות שקשורים באופן ישיר לתכלית הקצבה עשויים להשפיע על חירות הפרט באופן שונה בהתאם לחוזקו של התמריץ ולעומקו של הצורך בקצבה. חוזק התמריץ תלוי במצבו הכלכלי של מקבל הקצבה הפוטנציאלי: מה שגורם למשפחה בעלת הכנסה בינונית לשקול התנהגות מסוימת מעט יותר בחיוב, יכול להשפיע מאד על התנהגותה של משפחה בעלת הכנסה נמוכה.<sup>108</sup> לדוגמה, הואיל ומענק הלידה הוא קטן יחסית (תשלום חד-פעמי שנכון ל-2022 עמד על 1,826 ש"ח), רוב הנשים יראו בו לא יותר מעידוד עדין ללדת בבית חולים. אך העידוד הזה עשוי להפוך לדחיפה של ממש עבור נשים עניות. ההשפעה על חירות הפרט תלויה אפוא גם בגודל הקצבה וגם במידת ההזדקקות הכלכלית של המשפחה. התוצאה הלא שוויונית היא שמידת חירותה של מדינת הרווחה לתוך ההחלטות והבחירות של חייו של הפרט משתנה בהתאם למצבו הכלכלי.<sup>109</sup> יחד עם זאת, ככל שהתנאי יותר כוללני ופחות מחמיר, כך השפעתו תהיה פחות חודרנית ויותר שוויונית. כך, לדוגמה, בישראל קצבת סיעוד מוענקת למי שהגיעו לגיל פרישה, זקוקים לעזרת אדם אחר בביצוע פעולות היום יום, חיים בביתם ועומדים במבחן הכנסה. אך מכיוון שמבחן ההכנסה הוא נדיב יחסית (נכון ל-2022, מי שהכנסתו אינה עולה על 10,551 ש"ח בחודש יכול

<sup>106</sup> ראו חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 191), התשע"ז-2017; וכן חוזר המוסד לביטוח לאומי 1458 "תשלום מענק לידה בלידות בית" (24.5.2017). כן ראו לעיל ה"ש 83. לדיון במצב המשפטי קודם לתיקון זה ולאחריו ראו אומי לייסנר "לידה וחוק, הביצה והתרנגולת" משפט חברה ותרבות: האם המשפט חשוב? 305, 320-343 (תשע"א); אומי לייסנר, כרית נשים יולדות: כלכלת הלידה בישראל (2018).

<sup>107</sup> ראו לייסנר כרית נשים ללדת, שם.

<sup>108</sup> Yael Cohen Rimer, *What's Choice Got to Do with It? Addressing the Pitfalls of Using Choice-Architecture Discourse in Welfare Law*, MODERN LAW REVIEW (Early View, 2023)

<sup>109</sup> תוצאה זו אינה מפתיעה. החדירה העמוקה של מדינת הרווחה לתוך חייהן של משפחות שיכולתן הכלכלית נמוכה משל משפחות אחרות מתועדת החל מימיה הראשונים של מדינת הרווחה המודרנית. ראו: A. Dale Tussing, *The Dual Welfare System*, 11 SOC'Y 50 (1974)

לקבל את מלוא הקצבה), אחוז ניכר של הישראלים בגיל פרישה שאינם עצמאיים זכאים לקצבה.<sup>110</sup>

## 5. זכאות מבוססת תרומה כלכלית

שיטה שלישית לקביעת תנאי הזכאות במדינת רווחה מבוססת על תרומה כלכלית. אפשר לחלק אותה לשני סוגי תרומה עיקריים: דמי ביטוח ותשלום ישיר.

דוגמה לשיירותי רווחה מבוססי תרומה כלכלית אפשר למצוא בתשלומים למערכת הביטוח הלאומי. בכל מדינות הרווחה יש צורה כזו או אחרת של הסדר ביטוח לאומי שמאפשרת להתמודד עם סיכונים מסוימים באופן קיבוצי ושתשלומי התושבים מהווים חלק או כל מבסיס המימון של המערך.<sup>111</sup> מדינות רווחה קורפורטיסטיות [corporatist] (שמכונות גם שמרניות) – למשל, מדינות אירופה הקונטיננטלית כמו גרמניה ואיטליה – מסתמכות על צורה זו של רווחה דמוית ביטוח ומותנית בתשלום יותר מאחרות.<sup>112</sup> במסגרת שיטה זו, הזכאות נקבעת על סמך בחינה של תשלומים לביטוח הלאומי לאורך פרק זמן מסוים (המכונה תקופת אכשרה), כשבדרך כלל תשלומים אלה משולמים כאחוז מההכנסה על ידי המעסיק וכן על ידי העובד, בצורת ניכוי ישיר מהמשכורת ולכן יש המתייחסים אליה כאל מעין "מס".<sup>113</sup> מערכות כאלה עלולות להיות רגרסיביות ולהנציח את הסטטוס-קוו החלוקתי, למשל באמצעות כללים שלפיהם מי שמשלם יותר מקבל יותר. כך מתנהלים דמי האבטלה בישראל כמו גם תשלום דמי הלידה (הגמלה מחליפת השכר שמשולמת עבור חופשת הורות), שגובהם נגזר מהמשכורת שהזכאים קיבלו לפני הפיכתם לבלתי-מועסקים או לפני הלידה.<sup>114</sup> אך ישנן תוכניות שונות לחלוקת משאבים, שבהן מתן הקצבות נעשה באופן פרוגרסיבי יותר – מי שמשכר פחות ותורם פחות אך זקוק יותר מקבל יותר – או על פי אותו קנה מידה אחיד – כולם מקבלים את אותה הקצבה ללא קשר לגובה דמי הביטוח הלאומי שלהם.<sup>115</sup> חשוב להבין שהביטוח הלאומי אינו משמש כקרבן חסכון והתשלום שמקבל הזכאי אינו מתיימר להיות שווה ערך לסכומי הכסף שהתקבלו על ידי המבוטח. כך

<sup>110</sup> המוסד לביטוח לאומי, "גמלת סיעוד – תנאי זכאות" [https://www.btl.gov.il/benefits/Long\\_Term\\_Care/Pages/zakaut.aspx](https://www.btl.gov.il/benefits/Long_Term_Care/Pages/zakaut.aspx); גלעד כהן קוביץ', תמר

רמות ניסקה ומאיה הרן רוזן

**הביטוח הסיעודי בישראל** 2 (בנק ישראל, 2016) ("מבחני ההכנסה לגמלת הסיעוד מאפשרים לקשישים עד העשירונים השמיני והתשיעי ליהנות מהביטוח הציבורי").

<sup>111</sup> Michal Koreh & Daniel Béland, *Reconsidering Social Insurance: a Fiscal-Centered Perspective*, 45 POLICY & POLITICS 271 (2017).

<sup>112</sup> ESPING-ANDERSEN, לעיל ה"ש 86.

<sup>113</sup> יורם מרגליות "הבחירה בין אוניברסליות לסלקטיביות כשאלה של מודל מס הכנסה אופטימלי" **עיוני משפט** ל 33 Ernest Harvey, *Social Security Taxes – Regressive or Progressive*, 18 NAT'L TAX J. ; (2006) 408 (1965).

<sup>114</sup> ס' 53-54 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה-1995.

<sup>115</sup> Robert L. Brown, *Social Security: Regressive or Progressive*, 2 N. AM. ACTUARIAL J. 1 (1998).

המערכת שואפת לבצע חלוקה מחדש, ולהוות מערכת של ערבות הדדית שמספקת רשת בטחון לכל ומאפשרת מתן תמיכה לזקוקים לה.<sup>116</sup>

דמי ביטוח בריאות ממלכתי מהווים דוגמא חשובה לאספקת שירות רווחה מבוסס תשלום דמוי דמי ביטוח. כאשר השתתפות בביטוח מעין זה היא חובה – ולעתים קרובות היא כזו, על מנת להימנע מניצול לרעה של השירותים על ידי מי שאינם משלמים וכדי להבטיח אחוז מסוים של מימון אזרחי ישיר – היא דומה מאד למס.<sup>117</sup> יחד עם זאת, השתתפות שכזו משרתת גם מטרה אקספרסיבית בכך שהיא יוצרת תפיסה של זכאות, של זכות לקבל קצבה הודות לתשלום נמשך, וזאת בניגוד לתפיסה של צדקה, שעלולה להתלוות להבטחת הכנסה ולקצבאות רווחה אחרות שאינן מבוססות על תרומה כלכלית כלשהי של המקבל.<sup>118</sup> מנגנונים שפועלים על פי ההגיון הזה מתאפיינים בתשלומים תקופתיים מטעם כל מי שעובד ומשתכר, ללא קשר לצורך האישי הנוכחי שלהם או למידת החשיפה לסיכון. בנוסף, תוכניות המבוססות על תרומה כלכלית שכזו יוצרות תחושת סולידריות הודות להגנה החברתית המשותפת שכולם נהנים ממנה ומשתתפים במימונה.<sup>119</sup> יישומם של מנגנוני רווחה מבוססי תרומה כלכלית דמוית ביטוח שקשורה בטבורה להשתתפות בשוק העבודה והמבנה שלהם עומדים לא פעם במרכזן של מחלוקות אידיאולוגיות אשר משקפות את העובדה שהתנאים שהם מציבים מובילים לתוצאות חלוקתיות – פרוגרסיביות, רגרסיביות או אחרות – שאינן מובנות מאליהן.<sup>120</sup>

סוג הזכאות שמבוסס על תשלום ישיר עבור שימוש הוא בדרך כלל מנגנון שולי יותר במדינת הרווחה ומתנהל באופן שונה. מנגנונים אלה כוללים תשלום עבור שירותים וטובין שנחשבים לחלק בלתי נפרד מהזכויות החברתיות של הפרט. דוגמאות קלאסיות לכך כוללות את התשלומים עבור מים, חשמל, חינוך, אגרות בתי המשפט ובמובן רחב יותר אף דמי הכניסה לשמורות טבע וגנים לאומיים כאשר אלה מסובסדים או מוסדרים על ידי המדינה באופן שהתשלום עליהם לא משקף מחיר שוק. אלו הם שירותים שנתונים להסדרה ולפיקוח מחמירים, מסובסדים ואפילו

<sup>116</sup> ירון הנריק פיטרסן "היסוד המוסרי של מדינת הרווחה לעומת המנגנון" בטחון סוציאלי 52, 12 (1998).

<sup>117</sup> ראו לעיל ה"ש 113.

<sup>118</sup> LINDA GORDON, PITIED BUT NOT ENTITLED: SINGLE MOTHERS AND THE HISTORY OF WELFARE, 1890-1935 (1995).

<sup>119</sup> Kees Tinga & Egon Verbraak, *Solidarity: an Indispensable Concept in Social Security*, in SOCIAL SECURITY AND SOLIDARITY IN THE EUROPEAN UNION 254 (Joos P.A. Vugt et al. eds., 2000).

<sup>120</sup> ראו למשל Peter Taylor-Gooby, *Justifying State Welfare, The Contribution of Social Policy* June E. O'Neill, *Why ; to Social Cohesion in Market Capitalism*, 2 SOC. SEC. STUD. 10 (2007) Peter Diamond, ; *Social Security Needs Fundamental Reform*, 65 OHIO ST. L.J. 79 (2004) ; *Social Security*, 94 AM. ECON. REV. 1 (2004) ; אברהם דורון "50 שנה לפרסום התוכנית לביטוח סוציאלי בישראל: דוח ועדת קנב" בתוך *זכות מדינת הרווחה: מבחר ממאמריו של אברהם דורון* 81 (גי'וני גל ואבישי בניש עורכים, 2018).

ממומנים בכספי ציבור, אך שההנאה מהם מותנית בתרומה כספית כלשהי, גם אם לעתים היא סמלית בלבד.<sup>121</sup>

התניה כלכלית המבוססת על תשלום עבור שימוש נועדה להעניק לפרט את החירות לבחור אם ובאיזה כמות לצרוך את השירותים והמוצרים ולהבטיח שידו משגת לצרוך אותם על ידי הוצאתם מתחרות בשוק החופשי. יתרה מכך, התניה שכזו גם אמורה לקדם הימנעות משימוש יתר בשירותים ובמוצרים הללו, על ידי הפנמת חלק מעלותם על ידי הנהנים מהשירות או הטובין. צדו השני של המטבע הוא שהתניה מבוססת תשלום ישיר עלולה לחסום את הגישה לטובין הציבוריים הקולקטיביים בפני מי שזקוקים לשירותים ולמוצרים הללו, אך אינם יכולים לשלם עבורם; והיא עלולה להוביל לשימוש יתר מצד של אלה שהתועלת השולית מעושרם פוחתת, ובכך למעשה לקיים אפליה אפילו ביחס לגישה לשירותים ולמוצרים שאינם הכרחיים. בעיות אלה יכולות לקבל מענה דרך עיצובה של דרישת התשלום, למשל אם התשלום עבור השירות הוא פרוגרסיבי, אם מי שהכנסתו נמוכה פטור מתשלום כליל, או אם נקבעת מכסה לשימוש בשירותים ובמוצרים שחלה על כולם.<sup>122</sup> האופן שבו כל אחד מההסדרים הללו משלב רמות שונות של אוטונומיה ושוויון, משקף את הטבע האידיאולוגי העמוק של המצבים – מובנים וברורים לכאורה ככל שיהיו – שבהם לגישה לשירותים ולמוצרים ציבוריים מוצמד מחיר.

## 6. תשלומי העברה מותנים

תוכניות תשלומי העברה מותנים מציעות תשלומי העברה לפרטים ולמשפחות תוך התנייתן בהתנהגות שנתפסת בעיני המחוקק כראויה לתמרוץ. בספרות בתחום הרגולציה מקובל לדבר על תשלומי העברה מותנים כעל סוג של הינד (nudge): עידוד התנהגות עדין ולא כופה, שמטרתו לעודד פרטים וארגונים לקבל בחירות טובות ויעילות יותר.<sup>123</sup> הספרות העוסקת במנגנון זה בהקשר של מדיניות רווחה נוטה להתמקד בהתניית תשלום קצבאות למשפחות בעלות הכנסה נמוכה במאמצייהן של המשפחות ליצור "הון אנושי" במטרה להימנע מעוני בטווח הארוך.<sup>124</sup> ההתניה בהקשר של קצבאות רווחה, מבקשת, ככלל, לעודד התנהגויות שנתפסות כראויות ומועילות לפרטים ומשפחות בכלל ולמשפחות עניות בפרט, כמו גם לחברה כולה. במסגרת תוכנית טיפוסית של תשלומי העברה מותנים, הורים מקבלים תשלום המותנה בכך שיקדמו פעילויות רצויות בקרב ילדיהם: למשל עבור פעוטות, התנאים יכולים לכלול ביקור במרכזים לרפואה מונעת; ועבור ילדים בוגרים יותר, העברת התשלום מותנית בהגעה לבית הספר או

<sup>121</sup> דפנה ברק-ארוז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל 461, 477 (2008).  
<sup>122</sup> שם.

<sup>123</sup> RICHARD THALER & CASS SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (2009)

<sup>124</sup> ג'וני גל "שירותים בעין לעומת קצבאות: מה ניתן ללמוד מתשלומי העברה מותנים?" **בטחון סוציאלי** 77, 5 (2008);  
וראו Cohen-Rimer, לעיל ה"ש 108

בפעילויות חינוכיות אחרות כגון ביקורים בספריה.<sup>125</sup> החל מתחילת שנות ה-2000, תשלומי העברה מותנים הולכים וצוברים פופולריות ככלים לשיפור מצבם של משפחות מעוטות יכולת – בעיקר בתחומי החינוך והבריאות - במדינות מתפתחות.<sup>126</sup> תוכניות אלה זכו על ידי חלק מהחוקרים ומעצבי המדיניות לשבחים רבים בטענה כי הן יעילות ובהתאם מדינות מתפתחות, בעיקר באמריקה הלטינית, אימצו אותן.<sup>127</sup> תוכניות תשלומי העברה מותנים הלכו והתפשטו בעשור האחרון ממדינות הדרום הגלובלי אל מדינות צפוניות יותר ונעשות נפוצות יותר גם במדינות מפותחות,<sup>128</sup> אך גם זכו לביקורות על הפגיעה באוטונומיה שפעמים רבות שזורה בהן.<sup>129</sup>

הלכה למעשה, תוכניות תשלומי העברה מותנים אינן מחדשות כמעט דבר. למעשה, ניתן לראות בהן חלק מקבוצת "זכאות שתנאיה קשורים לתכלית הקצבה" שתוארה לעיל. כך למשל ניתן להתייחס לסוגים שונים של קריטריונים מוכרים וותיקים לזכאות לקצבאות כאל התניה של תשלומי העברה שמבקשת לעודד התנהגויות מסוימות מן הזן של תשלומי העברה מותנים. כך למשל, אם נחזור לדוגמא שעסקנו בה קודם לכן, התניית מענק הלידה בלידת בית-חולים, שנדונה לעיל, יכולה להיות מובנת כתשלום העברה מותנה וכך גם התניית דמי האבטלה בקבלת עבודה מתאימה. באופן דומה, תוכניות "מרווחה לעבודה" רבות, אשר מתנות קצבאות הבטחת הכנסה בהשתתפות בהכשרה תעסוקתית, בשירות קהילתי, בפגישות קבועות עם עובד סוציאלי וכדומה,

ORAZIO ATTANASIO ET AL., HOW EFFECTIVE ARE CONDITIONAL CASH TRANSFERS? EVIDENCE FROM COLOMBIA I (2005)

Sarah M. Brooks, *Social Protection for the Poorest: The Adoption of Antipoverty Cash Transfer Programs in the Global South*, 43 POL. & SOC'Y 551 (2015)

ATTANASIO ET AL., לעיל ה"ש 125. על אף התמיכה המשמעותית כותבים אחרים משמיעים ביקורות כנגד השימוש בכלים אלה. ראו למשל: Helena Alviar Garcia, *Social Policy and the New Developmental State: The Case of Colombia*, in LAW AND THE NEW DEVELOPMENTAL STATE 345, 349 (David M. Trubek et al. eds., 2013). אלוויאר גרסיה מזהירה מפני פתרונות אחידים וטוענת ש"הצלחתה של מדיניות חברתית חדשה תלויה לא רק בנתיב הנבחר, אלא גם, כך נראה, בבחירות הפוליטיות המסוימות שאפשרו את אימוץ המדיניות הזו. אין להשוות בין תוכניות תשלומי העברה מותנים שאומצו על רקע החלטה פוליטית לצמצם אי-שוויון מבני והיסטורי, לבין אלה שאומצו על מנת לסייע למשפחות ברגעי משבר". היא ממשיכה ואומרת כי "תשלומי העברה מותנים בקולומביה אינם מאופיינים בגמישות, קונטקסטואליות וביזור" שמאפשרת נסינות והתאמה מקומית אלא משקפות את העדר הגמישות והריכוזיות שמשקפות את מדינת הרווחה המתפתחת בקולומביה החלק משנות ה-60 (שם בעמ' 349-350).

אחד היישומים הראשונים של תוכנית תשלומי העברה מותנים במדינה מפותחת מומן באופן פרטי והחל לפעול בעיר ניו יורק בשנת 2007. ראו: RICCIO ET AL., TOWARDS REDUCED POVERTY ACROSS GENERATIONS: EARLY FINDINGS FROM NEW YORK CITY'S CONDITIONAL CASH TRANSFER PROGRAM (2010).

ראו למשל: Cohen-Rimer, *How Nudging Upsets Autonomy, The* (2023); David Enoch, *How Nudging Upsets Autonomy, The* (2023); *Journal of Philosophy* (forthcoming, 2023)

מבוססות גם הן על אותו הרעיון של תמרוץ פרטים החיים בעוני לשנות את דפוסי התנהגותם.<sup>130</sup> ייתכן שמה שמקבל יותר משקל בתוכניות תשלומי העברה מותנים, הוא העידוד הברור והמובחן להתנהג באופן שהתוכנית מבקשת לקדם, כשעל פניו נראה שלא מעורב בכך קשר ישיר בין תכליתה המקורית של ההטבה (סיוע למשפחות בעוני) והתנאים שהותאמו לה (למשל השאלת ספרים בספרייה), מה שגורם לתוכנית להעביר מסר ממשלתי מתערב ופטרנליסטי. עם זאת זהו במידה רבה הבדל "כמותי" ולא איכותי, קרי הבדל בדגשי התכנית ולא באופן הפעולה של מנגנון ההתניה.

חוקתיותן ומידתיותן של מספר תוכניות של תשלומי העברה מותנים הגיעו לבתי המשפט בישראל, כשהשאלה שעמדה על הפרק היא האם תנאי הזכאות לתשלומים שהציבה המדינה מקיימים את תנאי המשפט המנהלי והמשפט החוקתי. נבחן שתי דוגמאות מרכזיות. כבר בשנת 1989, בית הדין הארצי לעבודה, אשר הינו בעל הסמכות לדון בערעורים על החלטות המוסד לביטוח לאומי, הכריע בערעור שהוגש על החלטת המוסד שלא להעניק מענק לידה לאישה בגין הכלל שהתנה קבלת מענקי לידה בלידה בבית-חולים.<sup>131</sup> באותו מקרה הדיון לא הומשג כסוגיה של תשלומי העברה מותנים, אך מהותית עסק בית הדין בשאלת סבירותו של קריטריון התנאת הזכאות. בית הדין קבע שלמרות שהמענק נועד לשרת את המטרה הרחבה של תמיכה כספית במשפחות בתקופה שאחרי הלידה, התכלית שהמדינה ביקשה לקדם באמצעות עידוד נשים ללדת בסביבה בטוחה, נקייה מבחינה תברואתית ומקצועית מצדיקה את מתן המענק אך ורק לאמהות שילדו בבית-חולים. בית הדין מצא מתאם סביר בין ה"סיכון" (הלידה וההתמודדות עם ההוצאות הנוספות שכרוכות בגידול תינוקות) לבין תנאי הזכאות (לידה בבית-חולים).

במקרה מאוחר יותר,<sup>132</sup> דן בית המשפט העליון בתשלומי העברה מותנים. באותו מקרה, ארגון עדאלה עתר לבית המשפט העליון על מנת לבטל תיקון לחוק הביטוח הלאומי שהתנה תשלום חלק מקצבת הילדים (סכום של כמאה ש"ח בחודש), קצבה שניתנת על בסיס מעמד אזרחי בלבד, במתן חיסונים לילדים. הטיעון המרכזי של עדאלה היה שקיצוץ בקצבת הילדים אינו חוקתי משום שהוא מפלה בין ילדים על בסיס הבחנה שאינה רלוונטית לתכלית הקצבה – האם הוריהם חסנו אותם. העותרים טענו שהחלתו של תיקון החוק והפחתת הקצבאות תגביר את תחולת העוני בקרב הילדים הנפגעים מהתיקון, ובמיוחד אלו המשתייכים למשפחות עניות. בנוסף טענו העותרים

<sup>130</sup> בישראל מופעלת תוכנית מרווחה לעבודה בשם "מעגלי תעסוקה", שהחלה כפיילוט והורחבה בשנת 2017. התוכנית מתנה הבטחת הכנסה בהשתתפות במספר מפגשים שבוע עם "מאמנת תעסוקה", פגישה שבועית עם מתאמת השמה בשירות התעסוקה, כמו גם עמידה בתנאיה של תוכנית מותאמת אישית הכוללת סיוע בחיפוש עבודה, סדנאות שונות והכשרה תעסוקתית. לתיאור התוכנית ולהערכת הצלחתה, ראו: אנליה שלוסר וינאי שן **דו"ח הערכה של תוכנית מעגלי תעסוקה** (2019).

<sup>131</sup> דב"ע (ארצי) 191/0-מח **לדווין – המוסד לביטוח לאומי**, כא (1) 005 (1989). החלטה זו הולידה שורה של מקרים שקראו תגר על חוק הביטוח הלאומי ומדיניות המוסד לביטוח לאומי, כשהמקרה האחרון שנדון, לפני שהחקיקה בנושא שונתה בשנת 2017, היה עב"ל (ארצי) 11-07-26677 **נעמי לייסנר – המוסד לביטוח לאומי** (23.12.2012).

<sup>132</sup> בג"ץ 7245/10 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה**, סו (2) 442 (2013) (להלן: עניין **עדאלה I**)



שהתיקון יפגע בשוויון בין ילדים עניים ועשירים וכן בין ילדים על בסיס גישה לשירותי רפואה מונעת. העותרים הסבירו שההחלטה האם לחסן את ילדיך קשורה, בין היתר, לנגישות לשירותי רפואה מונעת וכי שלילת הקצבה מילדים שלא חוסנו כמוה כאפליית ילדים שעבורם הגישה לשירותים כאלה לא הובטחה על ידי המדינה. ספציפית, טענו העותרים שהדבר יביא לאפליית האוכלוסיה הבדואית בדרום, בעיקר זו המתגוררת ב"כפרים לא מוכרים"<sup>133</sup>, אשר גישתם למרכזי רפואה מונעת אינה מספקת. בית המשפט קבע פה אחד שהעותרים לא הוכיחו שמתקיימת אפליה ושהעובדה שהקצבה מקוצצת ולא מבוטלת מעידה על כך שמדובר בתמריץ שמטרתו לקדם את בריאות הציבור ובמיוחד את בריאות הילדים, מטרה שאינה מרוחקת מתכלית קצבת הרווחה הנדונה. השופטת ברק-ארז, הצטרפה לדעת הרוב, אך הרחיבה בפסקה דינה ביחס לביקורת שיפוטית על תשלומי העברה מותנים, וקבעה "אמות מידה מנחות אשר ראוי שינחו את המחוקק, ובעקבותיו את ובעקבותיו את בית המשפט, בהתוויית המסגרת הראויה להתנאותן של זכויות משפטיות"<sup>134</sup>. בהתבסס על התפיסה האמריקאית בנוגע לתנאים לא-חוקתיים<sup>135</sup> ותוך התאמתה למקרה הישראלי של הזכות החוקית (ולא החוקתית) לקבלת קצבת רווחה, קבעה השופטת מבחן משולש לבדיקת הקשר בין התנאי לקצבה.

המבחן הראשון הוא ענייניות התנאי וזיקתו לזכאות; המבחן השני הוא עד כמה התנאי מאפשר בחירה וולונטרית או עד כמה התנאי מתייחס למאפייני זהות טבועים; והמבחן השלישי עוסק בהיקף ההתנאה: עד כמה הזכות חשופה לכוחו המסייג של התנאי.<sup>136</sup> מבחן אחרון זה בוחן הן את היקף פרישתו של התנאי והן האם הוא מתייחס למלוא הזכות או רק לחלק ממנה. השופטת ברק-ארז מצאה שבמקרה הנדון תשלומי ההעברה המותנים עברו בהצלחה את כל שלושת המבחנים: חיסונים מהווים חלק בלתי נפרד מבריאותם ורווחתם של ילדים, שהן-הן תכליתיה של קצבת הילדים. שנית, תשלומי ההעברה המותנים לא נתפסו ככרוכים בכפייה חריפה, שכן בית המשפט מצא שהגישה לשירותי רפואה מונעת מניחה את הדעת, כך שהתנאי מכוון בעיקר להורים שהחליטו שלא לחסן את ילדיהם ולא להורים שאין להם גישה סבירה לשירותים אלה. לבסוף, מכיוון שהתנאי לא מתייחס לקצבה בכללותה, אלא רק לחלק ממנה, נקבע שהיקפו סביר ומידתי.<sup>137</sup>

ראו: אורלי אלמי, **בשטח הפקר: בריאות בכפרים הבלתי מוכרים בנגב** (2003).

עניין **עדאלה I**, לעיל ה"ש 132, פסקה 42 לפסק-הדין של השופט ברק-ארז.

ראו: Allen Redlich, *Unconstitutional Conditions on Welfare Eligibility*, WIS. L. REV. 450 (1970)

Richard A. Epstein, *Unconstitutional Conditions, State Power and the Limits of*; (1970)

Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, ; *Consent*, 102 HARV. L. REV. 5 (1988)

Hamburger; 102 HARV. L. REV. 1413 (1989), לעיל ה"ש 50.

עניין **עדאלה I**, לעיל ה"ש 132, פס' 46-42 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז.

מעניין לציין שהגושפנקה שנתן בית המשפט לא הובילה בסופו של דבר ליישום מעשי של התנאי: השילוב בין בית

משפט ספקני (הגם שאישר את התנאי בסופו של דבר), התנגדויות מטעם משרד הבריאות, וחוות דעת של היועץ

המשפטי לממשלה בעקבות קיצוץ כללי בלתי-קשור בגובה הקצבה, הוביל להימנעות מהפעלת התנאי. הוראת חוק

הביטוח הלאומי בעניין קיצוץ הקצבאות בוטלה במסגרת חוק ההסדרים של תקציב 2014-2013. ראו שי ניב "מי

מתנגדת להתניית קצבאות ילדים בביצוע חיסונים? גרמן" **גלובס** 19.8.2013

133

134

135

136

137

נמצא, שעל מנת שתשלומי העברה מותנים יחשבו מידתיים וסבירים, לפחות במסגרת הגישה הנוכחית של בית המשפט הישראלי, מצופה מהם לתפקד כעידוד עדין יחסית בכיוון הרצוי למחוקק, אשר אינו מאיין את מלוא הזכות לקצבה וגם אינו מציב דרישות בלתי אפשריות או בלתי מידתיות בפני מבקשי הקצבה. גם כאן ההחלטה כמה עידוד זה יהיה חזק נגזר ממצבה הכלכלי של המשפחה, משום שבפועל יכולת ההגבלה שלה גדולה יותר ביחס למשפחות שהכנסתן נמוכה. אם כן, עולה שתשלומי העברה מותנים כרוכים בקביעת יעדים ומטרות של מעצב המדיניות בנוגע לאינטרס הציבורי, והם מבטאים תפיסה ערכית מובחנת בנוגע לאופן שבו יש לשמר ולקדם את בריאות הציבור, את חינוכו ואת רווחתו. בנסיבות המקרה המדינה לא אסרה על הבחירה שלא לחסן – הורים שמתנגדים לחיסונים עדיין יכלו לבחור שלא לחסן את ילדיהם – אבל המדינה הבהירה שלבחירה כזו יש מחיר. מקרה זה רלוונטי לצעדים בהם נקטה המדינה לעידוד התחסנות גם בתקופת מגפת הקורונה. עם זאת, כזכור, הצלחתו המהירה של מבצע החיסונים נגד נגיף הקורונה בשנת 2021 חסכה מן המשפט הישראלי את הצורך לבחון את חוקתיותם של מגוון אמצעים שנשקלו לעידוד התחסנות, אל מול טענות תקיפות של כפייה מדינתית בתנאים של חוסר ודאות.<sup>138</sup>

כפי שהדיון בשיטות השונות של קביעת תנאי זכאות במדינת הרווחה המחיש עד כה, כל סוג התניה על קצבה שמחלקת המדינה – אפילו התניה מבוססת מעמד אזרחי – כוללת הכרעות אידיאולוגיות ברמות שונות. שיטת ההתניה האחרונה, שתדון להלן, מציבה את התנאי האידאולוגי בקדמת במת הזכאות לרווחה.

## 7. תשלומי העברה מותנים שטיבם אידיאולוגי

כמה מקצבאות מדינת הרווחה בנויות באופן מוצהר סביב אינטרסים אידיאולוגיים-לאומיים שלה. תשלומי העברה מותנים שטיבם אידיאולוגי נועדו לתגמל התנהגויות, בחירות חיים והתנסויות, לא משום שהם מתמודדות עם סיכונים כלכליים אי-שוויון כלכלי-חברתי כלשהו, אלא משום שהממשלה תופסת אותן כמשרתות אינטרסים לאומיים או כמקדמות ערכים לאומיים. תשלומי העברה שכאלה עשויים לכלול תוכן אידיאולוגי מסוגים שונים. סוג אחד שנפוץ במיוחד בישראל ושמקשר באופן ישיר להתפתחויות שתוארו לעיל ביחסי לביטוי אמנותי, הוא זה שחוקרי מדינת הרווחה פרידמן ושלדו מכנים "תגמולי נאמנות".<sup>139</sup> מקבלי הקצבאות הללו "מגויסים" ומתמרצים לרתום את התנסויותיהם ואת בחירות חייהם לטובת מטרה לאומית כלשהי, או נרטיב לאומי

<https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000873371>; יובל יועז "וינשטיין: קצבאות הילדים

לא יותנו במתן חיסונים" גלובס 8.5.2013 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000842752>

<sup>138</sup> לדיון מסוג זה במדיניות הראויה בנוגע לחיסונים, ראו למשל את הדיון שנערך לאחרונה ב"משפטים על אתר": דוד אנוך, נטע ברק-קורן, מיכל שור-עופרי, דוד הד ועופר מלכאי "חיסונים, התניות, ונשיאה בעלויות" משפטים על אתר יז (11.10.2021); אלון הראל "על חיסונים וזכויות אדם" משפטים על אתר יז (11.10.2021).

<sup>139</sup> אייל פרידמן ומיכאל שלדו "תגמולי נאמנות" בתוך מדינה מפקירה מדינה משגיחה: מדיניות חברתית בישראל- 2008-1985, 55 (חנה כץ וארו צפדיה עורכים, 2010).

כלשהו. שלו ופרידמן מגדירים תגמולי נאמנות כקצבאות רווחה שמוצדקות באופן רטורי באמצעות התייחסות לתרומתן לטובת הציבור, ולא תוס הלאומי, כפי שזו מוגדרת על ידי מעצבי המדיניות. הם אומרים שזו:

תופעה ארוכת שנים בישראל שבה המדינה מתגמלת כספית אזרחים שונים על בסיס קריטריונים לאומיים וקושרת בקשר הדוק למדינת הרווחה. המדינה משתמשת במערכת הבטחון הסוציאלי שלה על מנת לתגמל קבוצות נבחרות של אזרחים על נאמנותם לאינטרסים שלה ועל הביטוי הרעיוני-לאומי שהם מעניקים לה בפועלם ובנוכחותם.<sup>140</sup>

ישנן דוגמאות רבות לתגמולי נאמנות כתת-סוג של תשלומי העברה מותנים שטיבם אידיאולוגי, ובהקשר הישראלי הן כוללות, למשל, קצבאות, גמלאות ותגמולים שונים שמועברים לתלמידי ישיבות, לניצולי שואה, לחיילי מילואים, לאנשי צבא קבע וגמלאיו, לנכי מערכת הבטחון, לנפגעי פעולות איבה ולעולים חדשים. לטענת פרידמן שלו, במקרה הישראלי תשלומי העברה מותנים שטיבם אידיאולוגי משמשים כדי "לקדם קבוצות מובחנות על פני האחרות למען מטרות לאומיות, כמו האבחנה הדואליסטית בין יהודים ללא יהודים במדינת הרווחה הישראלית."<sup>141</sup> אך תגמולים מסוג זה אינם ייחודיים לישראל: "גם מדינות דמוקרטיות אחרות שלא הציגו פרויקט זהות ייחודי לאומי השתמשו בתשלומי העברה למען מטרות סמליות."<sup>142</sup> במספר מקרים הנוגעים לתשלומי הבטחת הכנסה למי שלומדים בישיבות בלבד ולהענקת הנחות ברכישת נדל"ן לאנשי צבא קבע וגמלאיו הוגשו לבית המשפט עתירות שטענו שתגמולי הנאמנות אינם שוויוניים.<sup>143</sup> באחד המקרים הללו, מה שהועמד למבחן לא היה תגמול נאמנות, כי אם "קנס נאמנות". ב-2015 הכנסת חוקקה תיקון לחוק הביטוח הלאומי ששלל כמה קצבאות ביטוח לאומי מהוריהם של קטינים שביצעו עבירות בטחוניות, לרבות זריקת אבנים.<sup>144</sup> זוהי גרסה שונה של תשלומי העברה מותנים שטיבם אידיאולוגי, משום שבשונה מהמקרים שבהם ההעברות הללו מבקשות לתגמל את מי שהפגין "נאמנות", כאן יש ניסיון להשתמש בשלילת הזכאות

<sup>140</sup> שם בעמ' 55.

<sup>141</sup> שם בעמ' 57.

<sup>142</sup> שם בעמ' 57.

<sup>143</sup> ראו למשל: בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (נבו 13.12.2006) (דחיית עתירה נגד קריטריון שקבע משרד הבינוי והשיכון, שלפיו מחוסר דיור יהיה זכאי להלוואה לפי חוק הלוואות לדיור, תשנ"ב-1992, רק אם שירת בצבא, משום שנקבע שהעובדה שמשרתים אינם משתכרים בתקופת שירותם הצבאי ולכן מדובר בהבחנה רלוונטית ממי שלא שירתו בצבא); בג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673 (2001) (קבלת עתירה נגד תקנה לפיה אברכים 'שתורתם אומנותם' שזוכים לקבל תשלום להבטחת הכנסת מינימום ממשרד הדתות יזכו גם להנחה בתשלום ארנונה, בין היתר משום שמדובר באפליה של סטודנטים שלכאורה יכולים להימצא במצב זהה לאברכים מבלי להיות זכאים לפטור); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000) (עתירה נגד החלטה של משרד הבינוי והשיכון לתת הטבה לחרדים שקונים דירות בעיר אלעד, בה נקבע שאמנם אין פסול בבניה של עיר המיועדת מלכתחילה רק לחרדים, אך ההסתמכות על הקריטריון של חרדיות הוא לא ראוי משום שהוא איננו מבוסס על אמת-מידה כללית של נזקקות, אלא על סיוע לקבוצה שאין ראיות לכך שהיא בהכרח יותר נזקקת מקבוצות אחרות).

<sup>144</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ס"ח 12.

לתשלומי רווחה כסנקציה כנגד מי שהפגין "חוסר נאמנות" - או, כפי שניסחה זאת הכנסת בתגובתה לעתירה לבג"ץ נגד חוקתיות החוק, לשם "הגנה על עקרונות הסולידריות החברתית והערבות ההדדית".<sup>145</sup> התיקון לחוק היה חלק משורה של פעולות חקיקה שנועדו לגרום לצעירים פלסטיניים להפסיק לזרוק אבנים כחלק ממחאתם הפוליטית. לצד הטיעון בנוגע לשוויון, העתירה העמידה בסימן שאלה גם את השימוש בשלילה אוטומטית של זכאותם של הורים לתשלומי רווחה בגין מעשי ילדיהם כאמצעי ענישה. בית המשפט קיבל את העתירה ברוב דחוק (5-4) והורה על ביטול החוק (תוך השעיית הבטלות בשנה). השופטת ברק-ארוז, שכתבה את פסק-הדין העיקרי עבור הרוב, הצביעה על כך שבפועל החוק "אינו מבקש לקדם סולידריות חברתית אלא להגביל אותה",<sup>146</sup> מעצם החרגתן של משפחות קטינים שעברו עבירות חמורות מחלק ממערכי התמיכה של מדינת הרווחה, ותהתה "אם התפיסה הגמולית יפה כתכלית של חקיקה סוציאלית בעניינים של קטינים".<sup>147</sup>

בהיותם סוג של תשלומי העברה מותנים שטיבם אידיאולוגי, האופן שבו תגמולי נאמנות משפיעים על חירות הפרט משתנה בהתאם לסוג התנאים שכרוכים בהם. חלקם מהווים קצבאות מבוססות מעמד אזרחי שמותנות בבחירות חיים מסוימות (כגון עידוד שירות בצבא קבע, או במקרה של קנס הנאמנות, תמרוץ כנגד יידי אבנים) ולפיכך מתמרצות סגנונות חיים מסוימים. חלקם תלויים בהתנהגויות שאינן תוצר של בחירה, או שאי אפשר לשלוט בהן (שירות חובה בצבא, פציעה במתקפת טרור וכו'). לפיכך, כוחם של התמריצים שהתגמולים הללו מהווים עבור מקבליהם, כמו גם עוצמת הכפייה שלהם, משתנים בהתאם להקשר. מה שמשותף להם היא המחלוקת האידיאולוגית החזקה שבתוכה הם מתקיימים. הבנייתם כחלק מהמנגנון שבאמצעותו המדינה מעבירה כספים לגופים פרטיים הופכת אותם לקרובים ביותר לתנאים מבוססי התוכן שמוצבים בפני אמנים ויוצרים שמבקשים את תמיכת המדינה.

\* \*

אם כן, המבנה המשפטי של מדינת הרווחה המודרנית רווי כולו בהסדרים סלקטיביים של מימון ותשלומי העברה, וכל ההסדרים הללו מבטאים העדפות אידיאולוגיות מגוונות ושנויות במחלוקת של קבוצות שונות (לעתים רוב ולעתים מיעוט, לעתים אליטות ולעתים לא), שעלה בידיהן להשפיע על עיצוב רכיביו של משטר מדינת הרווחה. התניית זכאות לדמי אבטלה בתקופת אכשרה באורך מסוים, התניית זכאות לקצבת הבטחת הכנסה בכך שאינך לומד/ת במוסד להשכלה גבוהה או התניית קצבת ילדים בחיסון הילדים, התניית הזכאות לדמי לידה בלידה בבית חולים, התניית הזכאות להנחה בשכר לימוד בשירות צבאי, ועוד ועוד – כולן שקולות מבחינה אנליטית לשימוש בתקצוב מדינתי כדי לתמרץ מעשה או ביטוי כזה או אחר בתחום התרבות. אנו חשופים בכל עת

<sup>145</sup> בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פס' 15-19 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו, 8.7.2021).

<sup>146</sup> שם, פס' 60 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז.

<sup>147</sup> שם, פס' 63 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז.

למגוון תמריצים כספיים שנועדו לעודד אותנו לאמץ עמדות או לנקוט פעולות אשר משקפות מן הסתם העדפות אידיאולוגיות או מערכת אמונות שאיננו שותפים להן במלואן. תובנה קריטית זו אינה מכריעה את השאלה הנורמטיבית באשר למוסריות של תמריצים תקצוביים אידיאולוגיים כאלה, אך היא ממקמת אותה בהקשר מוסדי רחב ביותר ושונה לגמרי; אכן, בהקשר שמקובל לחשוב עליו כמשקף את הפררוגטיבה הבסיסית של רוב פוליטי במדינה דמוקרטית לקדם העדפות אידיאולוגיות מסוימות על פני אחרות. כיצד ניתן אפוא להעריך מבחינה נורמטיבית את המנגנונים הללו? בפרק הבא נבקש להציע מסגרת חדשה למתן מענה לשאלה זו. המסגרת שתוצע יונקת מן השיח הראשוני במשפט החוקתי הישראלי, שאמנם פותח מתוך בחינת הסדרי מדינת הרווחה, אודות חובתה של המדינה להגן על הזכות לקיום בכבוד: על המדינה להימנע משימוש במימון כאמצעי לכפיית העדפותיה, במצבים בהם המימון חיוני לשרידות החומרית של המקבל.

### ג. מטענת זכות לניתוח מבני: מימון תרבות בראי העקרון נגד כפייה

כפי שראינו, מדינת הרווחה המודרנית עמוסה בתנאי זכאות שמגבילים את הגישה לתשלומי העברה מסוגים שונים, בדיוק כשם שעושים זאת חוקי הביטוי האמנותי. חלק מהתנאים מנוסחים במטרה מוצהרת לקדם התנהגות מסוימת או להניא מהתנהגות אחרת וחלקם מוגדרים כמהותיים לתהליך החלוקתי של תוכנית הרווחה. כל התנאים מבוססים על העדפות, רגישויות או ברירות מחדל של רוב שלטוני (או של קבוצות העניין שאוחזות בו), שהן אידיאולוגיות באופן עמוק. האמצעים והדוקטרינות המשפטיים שמשמשים לבחינת התנאים הללו ולהסדרתם מגוונים, ומציעים דרגות שונות של בהירות ולכידות. אך לכולם משותפת ההבנה שיצירתו של מנגנון חלוקתי להעברת כסף לא פוגמת בכוחה של המדינה להטיל תנאים על מקבלי הפוטנציאלים: למעשה, תנאים אלו הם חלק אינהרנטי ממנגנון החלוקה. בהמשך לכך, מוקד השאלה הופך להיות הגבולות הלגיטימיים של כוח ההתניה של הממשלה. כפי שיוצג להלן, אנו מציעים מבחן מבני, מבוסס-צורך שיאפשר להתמודד עם שאלה זו.<sup>148</sup>

אנו סבורים שהתנאי החוקתי שראוי שיוחל על מימון תרבות בישראל דומה לניתוח שפותח במשפט הישראלי ביחס לזכות לקיום בכבוד: הימנעות מכפייה תוך בחינת האלטרנטיבות שעומדות בפני הפרט לשרוד כלכלית (ביחס לקיום בכבוד) או ליצור ולהתבטא (ביחס למימון

<sup>148</sup> בעוד שהביקורת המוצעת כאן מתמקדת בתשלומי העברה, ראוי לציין כי היא תקפה גם ביחס לטכניקות נוספות של מדינת הרווחה, למשל כאלו הננקטות כחלק ממדיניות מיסוי. פסק הדין שניתן לאחרונה בעניין עמותת יחד, שבמסגרתו קיבל בג"ץ עתירה נגד החלטתה של ועדת הכספים של הכנסת שלא לאשר הטבות מס לעמותת היהדות המשיחית למרות שמדובר במוסד הפועל למטרות ציבוריות, ממחישה את אופיים האידיאולוגי של מבחני המיסוי הטכניים-אובייקטיביים לכאורה. ראו בג"ץ 2334/17 יחד, רמת השרון נ' ועדת הכספים של הכנסת (נבו 15.6.2021). הקושי העולה מפסק הדין לייצר מנגנונים מינהליים ופרלמנטריים לאישור הטבות מס שיפעלו באופן נייטרלי ביחס לתוכן פעילותם של המוסדות השונים הפועלים לצרכים ציבוריים, מזמין חשיבה מחודשת ברוח הביקורת המוצעת כאן גם ביחס לטכניקות נוספות שנוקטת מדינת הרווחה כדי לעצב את מערך התמריצים הכלכלי של המוסדות הפועלים בה.

תרבות). במלים אחרות, אין להתיר למדינה להשתמש בתשלומי ההעברה שלה כדי לכפות על אנשים לעשות דברים שמפרים את האוטונומיה שלהם, כלומר את חירותם לעצב לעצמם את חייהם לאור העדפותיהם. השאלה אם מנגנון תקצובי כלשהו מוביל לכפייה כזו אינה יכולה להיענות בחלל ריק; היא תלויה במציאות האמפירית של התחום המתוקצב: האם קיימים מקורות חיצוניים שעשויים לממן את הפעילות גם בהעדר התמיכה המדינתית; או ששיללה או הפחתה של תקצוב תכפה בפועל על המקבל לנהוג בהתאם להעדפות של השלטון. כפי שנראה, זו גישה שגם לה מורכבויות שונות, אך יש בה כדי להסיר מן הניתוח החוקתי רכיבים בעלי אופי שרירותי או מוטה, המנסה להבחין בין סוגי פעילויות לפי "ערכן החברתי", ומתקשה לשכנע את מי שאינו שותף להערכות אלה.

חלק (א) להלן יציג במפורט את הטיעון המרכזי המבוסס על העקרון נגד כפייה, את פעולתו ברוח הקריטריון להגנה על הקיום בכבוד, ואת יתרונו על הגישות המשפטיות הקיימות, נוכח העיגון הייחודי שלו בבחינה מבנית אמפירית של השוק הממומן. חלק (ב) יבחן היבטים יישומיים של הטיעון, וידגים את כוחו לפעול באופן דיפרנציאלי ביחס להקשרים שונים של יצירה ולמנגנונים שונים של התנאת המימון. חלק (ג) ימנה כמה ביקורות ואתגרים לטיעון ויבקש לתת להם מענה ראשוני.

## 1. העיקרון נגד כפייה והמבנה של שוקי אמנות

### (א) הכפייה מצויה בכל

נפתח בהבנה, העולה בבירור מן הדיון בפרק הקודם בסוגים השונים של התנאה במדינת הרווחה, שכל דרישה שהמדינה מטילה על הפרט כתנאי לקבלת כספי ציבור נושאת בחובה רכיב כלשהו של כפייה. זאת, משום שהיא משנה, בעצם קיומה, את מערך התמריצים של הפרט (הרציונלי) ולפיכך גם את תחשיב העלות/תועלת שלו ביחס לכל אחת מדרכי הפעולה האפשריות שעומדות בפניו. כמובן, כפי שהסברנו, כוחה היישומי של ההבנה הזאת נחלש ככל שהמקבלת הפוטנציאלית של התמיכה עשירה יותר ועומדים לרשותה אמצעים אחרים שיכולים לכלכל את דרך הפעולה הנבחרת שלה – נחזור לדון בהסתייגות הזו בהמשך. אך התוכנה שבכל הקצאת כספים מדינתית – פרס או סנקציה – גלום רכיב של כפייה לא אומרת הרבה כשלעצמה. ראשית, התפיסה שרואה בחוק את מבנה הרקע לכל הפעולות ויחסי הגומלין האנושיים הופיעה כבר אצל הריאליסטים; מרגע שכוונן החוק, שוב אי אפשר להתייחס למצב "פרה-פוליטי" של אוטונומיה, שבו ניתן היה כביכול להחליט באופן רציונלי מבלי לקחת בחשבון את ההשפעות המשפטיות של ההחלטות, כלומר את עמדת המדינה ביחס למעשה הפרטי.<sup>149</sup> שנית, העובדה שבכל תמריץ משפטי גלומה כפייה לא אומרת דבר בנוגע להצדקה המוסרית שלה. אדרבה, ישנם מקרים של ביטוי אמנותי שהוא מתועב על פי כל גרסה מקובלת של הומניזם, ללא קשר לאידיאולוגיה,

Robert Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923).

ולעתים קרובות אנו משתמשים באמצעים המשפטיים הכופים ביותר על מנת להרתיע אנשים מהעיסוק בו. חשובו, לדוגמה, על פורנוגרפיה שעושה שימוש בילדים או על הוצאת דיבה בכוונה לפגוע.<sup>150</sup>

חשוב מכך, מרגע שמניחים לפיקציית הניטרליות של המדינה ומכירים בהשפעה שיש למשפט על התנהגות הפרט בכל תחומי הקיום האנושי, נוכחים לדעת שהמדינה מעורבת בפרויקט נרחב, רצוף ומותנה אידיאולוגית של קידום אמונות ודעות מסוימות על פני אחרות. למשל, מתן תמיכות מטעם המדינה ליצרנים של מוצרים מסוימים משפיע על המגוון והאיכות של מבוחר האפשרויות שעומדות בפני חקלאים ותעשיינים. בדומה, הסדרת שוק הבריאות בידי המדינה מבטאת מערך שיפוטים בנוגע לערכן הגבוה או הנמוך של טכניקות טיפול וסיעוד, לא כל שכן על הערך המוסרי של הליכים כגון הפלות, תרומת זרע, הפריה חוץ גופית, או המתת חסד. כמו כן, כשהמדינה מממנת חינוך והשכלה גבוהה – קל וחומר כשהיא מספקת אותם בעצמה – הדבר כרוך בהכרח בהכרעות אידיאולוגיות ביותר ופילוסופיות באופן עמוק בנוגע לערכם של רכיבי ידע שונים. בכל הספירות הללו, הקצאת כספי ציבור משמשת לקידומן של אמונות אידיאולוגיות כלשהן של המחזיקים בהגה השלטון, הנוגעות לרווחה חברתית ולצדק חלוקתי. בהעדר מגבלות חוקתיות – שקיימות לעתים רחוקות מאד בהקשרים אלה – דמוקרטיה ליברלית נוהגת להתייחס להחלטות אלה כמצויות תחת סמכות התוויית המדיניות של נבחרים ציבור הפועלים במסגרת הפוליטיקה הרובנית.

דברים אלה נכונים באותה מידה גם להתניות מדינת הרווחה מהסוגים השונים שנסקרו בפרק הקודם של המאמר. כפי שראינו, מדינת הרווחה משתמשת במגוון תמריצים כלכליים גם על מנת להרתיע מפני התנהגות מזיקה חברתית וגם כדי לעודד התנהגות רצויה חברתית, לרבות בתחומים שמצויים במחלוקת אידיאולוגית חריפה. גם כאן, במסגרת הגבולות החוקתיים (הרפויים ביותר), מנגנוני החלוקה באמצעות תשלומי העברה במדינת הרווחה הם אמצעים חשובים בידי ממשלות דמוקרטיות המבקשות לקדם את עמדותיהן בדבר סולידריות, אחריות ושותפות.<sup>151</sup> בדרך כלל, המאבק על עמדות אלה מתנהל כמונחים פוליטיים ולא כמונחים שמעוגנים בשיח הזכויות. ובכן: אם אמנם הכפייה – ולו במובן שינוי בכוח של תחשיב העלות/תועלת של הפרט – מצויה בכל, לרבות היכן שאנו נוהגים להאמין שלרוב הפוליטי צריכה להיות היכולת לקבוע את

<sup>150</sup> חברות הנתונות בפרדיגמת "הדמוקרטיה המתגוננת", דוגמת גרמניה וישראל, הוסיפו לרשימת ההתבטאויות שיש להרתיע מפניהן (ושלפעמים יש לאסור) גם תכנים שמאתגרים ערכי יסוד נקודתיים, אשר חורגים מערכים הומניסטיים אוניברסליים. בישראל, למשל, הסתה לגזענות היא עבירה פלילית (ראו: ס' 144א-ד לחוק העונשין, תשל"ז-1977) ושלילת זהותה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" מהווה עילה לפסילת רשימה או מועמד מהתמודדות בבחירות (ראו: ס' 7א לחוק יסוד: הכנסת).

<sup>151</sup> למעשה, על כך נשענה שרת התרבות והספורט בעניין **מבחני התמיכה** להנגשת תרבות ב"פריפריה": בהינתן שהכל מסכימים כי מבחני התמיכה נועדו לקדם תכליות שונות של מדיניות התרבות, לא ברור מדוע תכלית של "הנגשת התרבות לכלל האוכלוסייה", שונה מהתכלית של קידום יצירה חדשנית, באמצעות מבחני התמיכה המעניקים הגדרה תקציבית למוסדות המעלים יצירות פרינג' (עניין **מבחני התמיכה**, לעיל ה"ש 19, פס' 28 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר).

התנאים לזכאות לתשלומי העברה, האם עדיין אפשר למצוא גבול בר הצדקה לשיקול הדעת של המדינה בהחלטות הנוגעות למימון? אנו סבורים שהתשובה לכך חיובית.

### (ב) גבול הכפייה המותרת: מבחן הקיום (בכבוד) – יצירה איכותית רציפה

המשפט הישראלי הכיר כבר, גם אם באופן ראשוני, במשמעות החוקתית של הכוח הכופה של מנגנוני ההעברה של מדינת הרווחה. כוונתנו לפסיקה שאכפה את הזכות לקיום בכבוד, הנכללת בזכות היסוד לכבוד האדם, במצבים בהם נקבעו תנאים דרקוניים לקבלת תמיכה. בפסק הדין המנחה בנושא משנת 2006, בית המשפט העליון הדגיש שהחוקתיות של כל מנגנון רווחה שכולל תמיכה – ובפרט של הפחתה בתמיכה קיימת – צריכה להיבחן ביחס למערך הכולל של מנגנוני התמיכה שמופעלים יחד על מנת להגן על הזכות לקיום בכבוד.<sup>152</sup> מדברי בית המשפט השתמע שאם יתברר שלקצבאות הרווחה שהמדינה מחלקת חלק משמעותי בהגנה על זכות זו, הבדיקה השיפוטית של התנאים וההגבלות שחלים על הגישה לקצבאות אלה תהיה קפדנית. זהו הבסיס לשתי ההחלטות השיפוטיות הבולטות שהוציאו את העיקרון מן הכוח אל הפועל, האחת בבית המשפט העליון ב-2012 והשנייה בבית הדין הארצי לעבודה מ-2018, ובהן נפסלו הוראות ששללו זכאות לקצבאות רווחה ממי שהיו זכאים להן על פי כל התנאים, אך היה ברשותם רכב,<sup>153</sup> או שקיבלו תמיכה משפחתית.<sup>154</sup> בשני המקרים בית המשפט קבע שמכיוון שתשלומי העברה ציבוריים הם האמצעי המרכזי שמאפשר למעוטי יכולת בישראל לשמור על כבוד האדם שלהם, יש לבחון בקפדנות תנאים דרקוניים שנקבעו לקבלת התשלומים, ותנאים אלה אמנם נפסלו. הבסיס הנורמטיבי של מכלול פסיקה זה הוא רעיון האוטונומיה, כפי שהתפרש במסורת הליבראלית: אדם אינו חופשי אם נגזר עליו כללות ימיו בחיפוש אחר מקורות מחיה, ואין הוא פנוי לפתח את אישיותו ולכתוב את סיפור חייו.<sup>155</sup>

אנו סבורים שהבנה זו של ההגנה על הקיום האנושי בכבוד, כפי שנוסחה בפסקי הדין שביקרו התנאות דרקוניות במנגנוני העברה במדינת הרווחה, רלוונטית גם לבחינת הלגיטימיות של התנאות התמיכה בתרבות. הן בהקשר של רווחה והן בהקשר של תמיכה בתרבות, ההגנה על האוטונומיה היא היסוד הנורמטיבי הראשוני; מדינה שמחויבת לאוטונומיה אינה רשאית לאלץ פרטים להגיע לכלל מחסור קיומי כדי להיות זכאים לתמיכתה, כפי שהיא אינה רשאית לאלץ יוצרים – בין ישירות ובין באמצעות המוסדות במסגרתם הם פועלים – להתאים עצמם לאידיאולוגיה המדינתית או לחדול מן היצירה. ובשני המקרים מדובר בכפייה בהקשרים קריטיים מבחינה מוסרית: שרידותו ושגשוגו הגשמית והנפשית של האדם; ושרידותו ושגשוגו של שוק הדעות, הרעיונות והיצירות בדמוקרטיה הליבראלית.

<sup>152</sup> בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס (3) 464 (2005).

<sup>153</sup> ראו עניין חסן, לעיל ה"ש 35.

<sup>154</sup> עניין קרול, לעיל ה"ש 35.

<sup>155</sup> ראו עניין עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 152, בעמ' 481 ("הזכות לכבוד האדם, במובנה המהותי, היא אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. אלה אותן זכויות שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ואת רוחו על פי רצונו, בתוך החברה שבה הוא חי").



אם כן, מכוח אותו העיקרון נגד כפייה, אנו טוענים שיש להגביל את סוגי התנאים שהמדינה יכולה להטיל כאשר היא מממנת תחום יצירה תרבותית שעצם קיומו תלוי בגישה לכספי ציבור. אנו מציעים מבחן מבני שיעריך את עוצמת הכפייה שמעורבת בתנאי העברת התשלומים, ויעשה זאת לא על סמך סוג התוכן שהם מבקשים לקדם (או לסכל), כי אם בהתאם להיקף ולטבע של תפקיד הרקע של המדינה ביצירת השדה הממומן ובהחזקתו. בקצרה: **היקף שיקול הדעת של הממשלה במימון יצירות אמנותיות צריך לעמוד ביחס הפוך להיקף המעורבות שלה בשדה הממומן**. ככל שקיומו של השדה הממומן – תאטרון, קולנוע, אופרה, מוזיאונים, מחול וכו' – יהא תלוי במימון ציבורי, אזי מידת שיקול הדעת שיש למדינה בהחלטות המימון הנוגעות לו צריכה להיות מוגבלת, והתנאים שהיא רשאית להטיל צריכים להיות מנוסחים בקפידה כך שיגלמו קריטריוני הצטיינות מבוססי מומחיות וניטראליים ביחס לתוכן, כלומר כאלה שאינם חיצוניים לעשייה האמנותית עצמה. לעומת זאת, אם המדינה מעניקה רק חלק מוגבל מהתמיכה הכלכלית שמקיימת שדה ממומן כלשהו, בעוד שרוב התמיכה הדרושה לקיום הפעילות מגיעה ממקורות לא-מדינתיים, אזי, באופן עקרוני, יש לאפשר למדינה מידה גדולה יותר של שיקול דעת בבואה לבחור אילו גופים לממן, אם בכלל, ואילו תכנים לקדם, ובכך לממש את העדפות המדיניות המשנתות שלה באמצעות תקצוב דיפרנציאלי של יצירות אמנותיות.

מה פירוש הדבר ש"קיומו" של שדה יצירה אמנותי תלוי בכספי ציבור, לפחות ככל שהדברים נוגעים לניתוח שמוצע כאן? לפני מספר שנים, במסגרת דיון על המחלוקת סביב שאלת המימון, הכוריאוגרף הישראלי המפורסם אוהד נהרין טען ש"אמנות לא תלויה בכסף, אנחנו יוצרים בלי תלות בכסף. צריך לזכור שהממשלה היא לא זאת שמאפשרת ותאפשר לנו להיות מי שאנחנו וליצור."<sup>156</sup> נהרין הדהד בדבריו תפיסות אידיאליסטיות שרואות ביצירה האמנותית דחף בלתי נשלט<sup>157</sup> וניסה להרגיע את הרוחות ולהבטיח שאי אפשר להטיל סנקציות על אמנות "אמיתית", באשר זו תמשיך להיעשות ללא קשר למגבלות חומריות. מבלי לפגוע באידיאליזם, מעטים יקבלו את העמדה הזאת באופן מילולי: עשיית אמנות אינה זולה בדרך כלל, והחיים לעולם אינם זולים. אם בעבר פטרוניים מקרב האליטות הפוליטיות, הדתיות והכלכליות תמכו ברוב היצירה האמנותית על צורותיה השונות, הרי שהיום, לפחות בחלק משדות האמנות, ולפחות בישראל, ההסתמכות על המדינה הפכה להכרחית עבור הפקה רציפה של יצירות אמנותיות איכותיות.

הספרות המחקרית הדנה בפיתוח מדיניות תרבות אפיינה מספר אזורי עשייה אמנותית אשר יתקשו להתקיים ללא תמיכת המדינה; באופן כללי, ניתן לאפיינם כתחומי האמנות שקשה "למסחר", למשל כאשר מדובר באמנויות שטיפוחן כרוך בעלויות רבות כמו מוסיקה קלאסית-סימפונית או אופרה;<sup>158</sup> יצירות מופת, שלא דווקא זוכות לפופולריות שבתורה מיתרגמת

<sup>156</sup> שגיא בן נון "אוהד נהרין: 'מירי רגב באה ותלך, אמנות לא תלויה בכסף'" וואלה! (15.6.2016) <https://goo.gl/NZ6BPv>

<sup>157</sup> לעתים קרובות מצטטים בהקשר זה את האמירה המיוחסת לפרידה קאלו: "אני מציינת כי אני צריכה לצייר."  
<sup>158</sup> וראו את התייחסותו של השופט חיים כהן לתמיכה הממשלתית-פדרלית שניתנה לאופרה המטרופוליטית של ניו-יורק בתחילת שנות הששים: עניין פסטיבל אבו גוש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 827-828.

לרווחיות, אולם מעמדן הקאנוני מצדיק את שימורן גם בהתעלם מתנאי השוק;<sup>159</sup> וכן אמנות חדשנית, ניסיונית, "בועטת" ורדיקלית – אשר לא פונה, בדרך כלל, למיינסטרים הציבורי. לכך יש להוסיף ביטויים אמנותיים של קבוצות מיעוט, וכן אמנות המונגשת לקהל אשר מרכזי התרבות המטרופולינים אינם נגישים בעבורו.<sup>160</sup> אכן, לא אחת תואר לב-האתגר בעיצובה של מדיניות תרבות כאיזון בין תכליות שונות אלה, בפרט בין קידום מצוינות לבין הרחבת ההשתתפות והחוויה בעולם התרבות, אשר בהינתן סל המשאבים המוגבל בהכרח יבואו האחת על חשבון האחרת. תכנון ותיעדוף שיגשים את האיזון שמבקשת המדינה להשיג הוא חלק הכרחי, אם כן, ממדיניות התרבות, וההכרעה במתחים שתוארו משליכה גם על טכניקות התמיכה שייבחרו להגשמת התכליות.<sup>161</sup>

ההסתמכות על מימון מטעם המדינה לשם יצירה איכותית רציפה ומגוונת היא המבחן שאנו מציעים כגורם הקובע בהסדרת שיקול הדעת הממשלתי בהחלטות לגבי מימון. כאשר הפסקת התמיכה הציבורית מאלצת שיעור משמעותי מן היוצרים – אמנים אינדיבידואליים או מוסדות מפקים – בשדה אמנות מסוים לפרוש מקו היצירה האמנותי שלהם (במידה שמימון אחר אינו זמין) או, לחילופין, לבסס את הבחירות היצירתיות שלהם אך ורק על מגבלות הביקוש בשוק הצריכה ובשוק ההשקעות, אזי היא מהווה כפייה פסולה, ויש להתיר אותה רק תחת תנאים מצומצמים ביותר. מצד שני, אם השוק עשיר ופעיל דיו על מנת לקיים נפח, איכות וגיוון של ממש בשדה היצירתי, אזי הממשלה רשאית לראות בעצמה לא יותר מעוד "שחקן" בשוק, אשר תר אחרי הזדמנויות בהתאם לטעמו.<sup>162</sup>

דרך נוספת שבה אפשר להציג את המודל המוצע היא באמצעות הקבלה להגבלים עסקיים. ניתן לשאול האם הדרישות שהמדינה מציבה כתנאים להעברות תשלומים פועלות לתיקון

<sup>159</sup> ניתן להניח שתיזכר בהקשר זה אמירתה הסאטירית של ורה, מנהלת תאטרון המשכן בסדרה "חזרות" (בגילומה של יבגניה דודינה) כאשר היא נוכחת לראות שההצגה ריצרד השני ממלאת רק רבע אולם: "לעשות שייקספיר בלבנט זה כמו לזרוק פנינים מול חזירים". וראו בהקשר זה: יואב רינן "זו הייתה סדרה מצוינת, שחשפה את התאטרון הישראלי במלוא עליבותו" **הארץ** (14.1.2021). <https://www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/premium.HIGHLIGHT-1.9449945>

<sup>160</sup> לכאורה, עניין מבחני התמיכה עוסק בניסיון של משרד התרבות לקדם את הנגשת התרבות, הגם שעורר מחלוקת חריפה כפי שהוסבר לעיל. מכל מקום, אין חולק כי ברמה העקרונית, התכלית של הנגשת התרבות לחלקים נרחבים של האוכלוסייה הוכרה כתכלית ראויה של מדיניות התרבות (ראו גם בעניין פסטיבל אבו גוש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 829-83), וככל שסבורים שערכה של יצירת האמנות בא לידי ביטוי במפגש שלה עם הקהל, בהחלט ניתן לראות בהנגשת התרבות אף ערך אינטרינזי (ראו: DAVID THROSBY, THE ECONOMICS OF CULTURAL POLICY (2012) 57-73).

<sup>161</sup> כך למשל, ניתן להניח שהנטייה של מדיניות שחותרת ל"מצוינות אמנותית" תהא לתמוך ביוצרים עצמם, בעוד שחתיירה להנגשה תנסה לשפר את יכולת הקניה של הצרכן (ראו: THROSBY, שם, בעמ' 65). מעבר לכך, בהינתן שפילנתרופיה מכוונת בעיקר למיינסטרים ולקונצנזואלי, מדיניות תרבות המקדמת תמיכה עקיפה מסתכנת בתמיכה חסרה לפרינג'.

<sup>162</sup> Robert Hockett & Saule Omarova, "Private" Means to "Public" Ends: Governments as Market Actors, 15 THEORETICAL INQ. L. 53 (2014)

“כשלים” בשוק מימון האמנות, או שמא להעצמתם. בהקשרו של עולם האמנות, כשל שוק עלול להתרחש כשחלק משמעותי מהתעשייה נשלט על ידי משקיע בודד: מפיך סרטים מונופוליסטי, תאטרון רפרטוארי דומיננטי, מוזיאון שמעצב טעם ודעת קהל, עורך של רשימת השמעה בתחנת רדיו מבוססת ופופולרית וכדומה. במידה ששחקנים אלה משתמשים במעמדם בשוק על מנת להשפיע על התוכן האמנותי שמיוצר בשדה הפעולה שלהם, ובכך למעשה משתיקים בצורה מסוימת חלקים כאלה ואחרים ביצירה האמנותית, יש הצדקה להצבת תנאי מימון מבוססי-תוכן על ידי הממשלה על מנת למנוע משחק מוטה ולא הוגן. לעומת זאת, אם האידיאולוגיה של הממשלה עולה בקנה אחד עם המושכים בחוטים בשדה האמנותי הממומן, או אם היא בפועל מחזיקה בכוח מונופוליסטי על תחום יצירה כלשהו, תמיכה מטעמה תהווה רתימה של כוח הכפייה שלה לטובת מי שהשוק כבר מצוי בשליטתם ולפיכך תגביר את הפגיעה באוטונומיה. במצבים אלה, יש להגביל את התנאים מבוססי-התוכן שהממשלה יכולה להציב. עקרון אי ההנצחה של שנער מבטא תפיסה דומה: ככל שכוחה של הממשלה גדל, כך תתעצם חובתה לוודא את אפשרות החלפתה-היא.<sup>163</sup>

העמדה שאנו נוקטים אמנם מנוגדת לאינטואיציה במידה מסוימת. באופן טיפוסי, בשווקים פיננסיים ובמקומות אחרים “בעל המאה הוא בעל הדעה”, כך שבדרך כלל השקעה חומרית גדולה יותר במיזם משמעה כוח רב יותר בהתוויית תכניו של המיזם.<sup>164</sup> אנו סבורים שבכל הנוגע להשקעותיה של המדינה באמנות, הכלל צריך להיות הפוך. בשדה אמנותי שרובו נשען על תמיכת המדינה, ניצול התלות הזו לשם השפעה על תכנים אמנותיים כמוה ככפייה, ולמדינה אסור לכפות ללא הצדקה. בכך המדינה נבדלת משחקנים לא-מדינתיים שמממנים יצירה אמנותית ושסביר להניח שהטעמים המסחריים והאוצרותיים המגוונים שלהם יגולמו במדיניות המימון שלהם, דבר שיהיה לגיטימי מנקודת מבט משפטית (אם לא בהכרח מוסרית).<sup>165</sup>

הצעתנו עולה בקנה אחד עם הצעותיהם של חוקרים בארצות הברית, אשר ביקשו להגיב לעמימות המתסכלת של שיח הזכויות בהקשר זה, באמצעות הערכה של דוקטרינת התנאים הלא-חוקתיים בהקשרה של מדינת הרווחה. לפי גישה זו, שאלות הנוגעות לתנאים לא-חוקתיים, כמו אלה שהוצגו מוקדם יותר, הופכות לחשובות באותם מקרים שבהם המדינה מתערבת בחוזקה בהסדרת השווקים. סביר להניח שזו הסיבה לכך ששאלות אלה החלו להופיע בארצות הברית

<sup>163</sup> ראו שנער, לעיל ה"ש 26.

<sup>164</sup> השרה מירי רגב, שעמדה עמדה במרכזן של מחלוקות מימון רבות בישראל, אחראית גם לציטוט המפורסם הבא משיבת ממשלה שדנה בעתידו של תאגיד השידור הישראלי: “מה שווה התאגיד אם אנחנו לא שולטים בו? השר צריך לשלוט, מה נעמיד כסף ואז הם ישדרו מה שהם רוצים?”. ראו: יונתן כיתאין “מירי רגב: מה שווה התאגיד אם אנחנו לא שולטים בו?” **גלובס** (31.7.2016) <https://goo.gl/ki9rJa>.

<sup>165</sup> עם זאת, יצוין כי העיקרון המוצע יכול להיות מוצדק גם באמצעות ניתוח כלכלי המתמקד בתועלת השולית הפוחתת. כך למשל, מצוין הכלכלן דייוויד ת'רוסבי כי בעבור הפקה של דרמה חדשה ונועזת המועלת על-ידי להקה קטנה, אפילו ארעית, סכום צנוע של תמיכה ציבורית יכול להיות בעל משמעות גדולה; ואולם, הענקת יחידת מימון מקבילה למיזמי תרבות גדולים, ולמוסדות מבוססים הממומנים באופן נרחב יותר תהא בעלת משמעות יחסית פחותה, “בהינתן לא רק הגודל שלהם אלא אף נטייתם להיסמך על תכנון בטוח ושמרני יותר” (THROSBY, לעיל ה"ש 160, בעמ' 68).

סביב הניו דיל (New Deal). כפי שקוקס וסמחה מציינים, "ככל שהממשלה עשויה להציע יותר מוצרים, שירותים ופטורים בהתאם לכללי הפוליטיקה הרגילה, כך גדלה ההזדמנות של פקידי הממשלה להתנות הטבות אלה בהקרבה של זכויות חוקתיות."<sup>166</sup>

שורת התובנות האלה הולידו אצל מגוון חוקרים קריאה לשינוי פרדיגמה והפניית זרקור לניתוחים מבניים וממוקדי-שוק. השינוי שהציעה קת'לין סאליבן מתמקד בתוצאות חלוקתיות.<sup>167</sup> לטענתה, שלוש ההמשגות המרכזיות של בעיית התנאים הלא-חוקתיים – כפייה, רלוונטיות, וטבען הבלתי ניתן להפקעה (inalienability) של הזכויות – כשלו כולן בניסיון לייצר תיאוריה לכידה ומובחנת. רעיון הכפייה אינו מועיל משום שלא ברור היכן עובר הגבול בין שכנוע לאילוץ כוחני; רלוונטיות אינה מועילה מסיבות דומות; והקביעה שזכויות חוקתיות אינן בנות העברה או הפקעה עומדת בסתירה לרעיון האוטונומיה (שאמור לאפשר לפרט להתמקח). נדרש אפוא לחשוב על תנאים לא-חוקתיים דרך רעיון החלוקה: עיצוב הגבולות בין המרחב הפרטי והמרחב הציבורי ומניעת השימוש בכוחה המונופוליסטי של הממשלה במסגרת מעורבותה בשוק. כך, לדוגמה, מציעה סאליבן לבדוק באיזה היקף הממשלה החליפה ספקים פרטיים בתחום מסוים (ואם אכן התבצעה החלפה שכזו, יש להגביל אותה בהתאם במסגרת הצבת התנאים).<sup>168</sup> עם זאת, היא מוסיפה, "אפילו כשלא מתקיים מונופול כזה, כל אימת שהממשלה מוציאה שירותים (כגון חינוך, אספקת צרכי קיום בסיסיים או ביטוח רפואי למעוטי יכולת) מידיים פרטיות בהיקף משמעותי, היא משיגה כוח מידתי שמאפשר להשתמש בהתניית קצבאות על מנת לצמצם סטיות ומחלוקות."<sup>169</sup>

ג'וזף בלוצ'ר, שכותב בהקשר אחר ומנקודת מבט שונה, מבליט אף הוא את רעיון התוצאות החלוקתיות כשהוא תוהה האם האינטואיציה האמיתית של בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת **Open Society**, שנסקרה לעיל, נשענה לא על מסקנות שנגזרו מזכויות התיקון הראשון לחוקה, כי אם על ניתוח מבנה התלות בתמיכה המדינתית. לטענתו, אפשר להבין את הפסיקה כמקרה שעניינו עסקאות שוק והסכמה חופשית להצעות כלכליות. כזכור, פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון באותה פרשה איתגר את תפיסת הכפייה הצרה, שלפיה מקבלי המימון תמיד יכולים להחליט שלא לקבל את התמיכה. על פי ההסבר שבלוצ'ר מציע, פסק הדין למעשה נובע מהעובדה שמקבלי המימון "פשוט לא היו יכולים להרשות לעצמם לסרב להצעת הממשלה," שכן

RICHARD A. EPSTEIN, BARGAINING WITH THE STATE 37, בעמ' 69; ראו גם Cox & Samaha, לעיל ה"ש 37, בעמ' 69; ראו גם STATE 239 (1993).

Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions and the Distribution of Liberty*, 26 SAN DIEGO L. REV. 327 (2019); ראו גם Sullivan, *Unconstitutional Conditions*: לעיל ה"ש 135.

בלשונה: "כשלממשלה יש מונופול מוחלט על קצבה שהכרחית למימושה של חירות כלשהי, ייתכן שעומדת לה חובה חיובית מוגבלת כלשהי לקיים את התנאים המוקדמים המינימליים הנדרשים לשם מימוש חירות זו." Sullivan, *Unconstitutional Conditions and the Distribution of Liberty*, שם, בעמ' 331.

שם.<sup>169</sup>

רבים מהארגונים שקיבלו מימון היו תלויים בממשלה כגורם שאחראי לעד לשני שלישים ממיומנם.<sup>170</sup>

גם פיליפ המבורגר מפנה את הזרקור להשפעה הרגרסיבית שיש לתנאים שנלווים למימון ממשלתי על שחקנים פרטיים, כתוצאה מההבדלים שמתקיימים בכוח השוק וביציבות הפיננסית שלהם, כמו גם מהשוני במידת התלות שלהם במימון הממשלתי. סכנה שעולה ממה שהמבורגר מתאר כמעבר משלטון על פי חוק לשלטון על פי חוזה (שמצורפים לו תנאים שמגבילים זכויות חוקתיות), היא ההשפעה על העניינים והפגיעים שאין להם ברירה מלבד "למכור את זכויותיהם בתמורה לקצבאות ממשלתיות." על פי המבורגר, צורת שלטון שכזו "נוטה ליצור מערכת קאסטות לא רשמית, שמציעה את הפורמליות של חירות שוויונית, אך בפועל נוטלת מאלו שחלשים מבחינה כלכלית את חירותם ובכך מחזקת את הפגיעות בהצמידה אליה גם אי-שוויון משפטי.<sup>171</sup> דרכי החשיבה החדשות הללו על הטבות כספיות ממשלתיות אמנם שונות באופיין, אך יש להן מספר מאפיינים משותפים ראויים לציון: כולן נובעות מההדרכה הלקויה ומחוסר הבהירות של דוקטרינת התנאים הלא-חוקתיים וממושג הכפייה השנוי במחלוקת; וכולן מנסות להפנות את הזרקור לשיקולים מבניים של כוח, צורך ותלות, ועושות זאת על רקע של יותר ויותר מצבים של מימון ממשלתי מותנה בהקשרה של מדינת הרווחה.

### (ג) יתרון המודל המבני ביחס למצב המשפטי הקיים

אכן, שיקולי צורך ומבנה שוק אינם זרים לחלוטין לתחום התמיכה בתרבות, גם במודל הקיים. כבר בעניין פסטיבל אבו גוש, שהוזכר מוקדם יותר, מנה השופט חיים כהן במסגרת השיקולים הענייניים שעל הממשלה לשקול את מידת הצורך בתמיכה ממשלתית בהתחשב בגורמי תמיכה נוספים והכנסה עצמאית, ושיקול זה ממשיך להבנות את שיקול הדעת של הרשות.<sup>172</sup> גם סעיף ההפחתה בחוק יסודות התקציב, המתייחס לשורה של עילות שהוזכרה מוקדם יותר לרבות ציון הנכבה, מגביל את גובה ההפחתה, ומונה בין השיקולים שעל שר האוצר לשקול במקרה של הפחתה תקציבית דו"ח של צוות מקצועי שיתייחס בין היתר "[ל]השלכות ההפחתה על הגוף או על גורמים אחרים הקשורים בו וסכום ההפחתה הראוי בהתחשב בכלל נסיבות העניין".<sup>173</sup> ועדיין, אנו סבורים כי האופן שבו מנותחת סוגיית התמיכה בתרבות במחקר, בקרב קובעי המדיניות ובפסיקה כאחד, מזמין בחינה מחדשת, גם ברמה המושגית וגם ברמה הדוקטרינרית. מבחינה מושגית, אנו מבקשים להאיר את המגבלות האינהרנטיות של שיח זכויות האדם כמצפן הנועד להכווין את ההכרעה בסוגיות מימון, ולאתגר את הגישה הרווחת לפיה שיח "חופש המימון" וה"נאמנות בתרבות" מבטא בהכרח התערבות אידיאולוגית "עודפת", שחורגת מעיקרון

Joseph Blocher, *New Problems for Subsidized Speech*, 56 WM. & MARY L. REV. 1083, 1107 (2015).

Hamburger, לעיל ה"ש 50, בעמ' 490.

עניין פסטיבל אבו גוש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 830.

ס' 3ב(ד)1 לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985.

170

171

172

173

הניטרליות השלטונית;<sup>174</sup> להבנתנו, וכפי שהראנו בפירוט בדיוננו בפרק הקודם אודות התנאות במדינת הרווחה, עיקרון כזה הוא זר להגיונה של מדינת הרווחה, וחשוב להכיר בכך. יש הסבורים כי עיגון החוקתי של זכויות האדם, ובהן הזכויות לשוויון ולחופש הביטוי, יכול ליישב את חוסר הקוהרנטיות היסודי הכרוך בסוגיית המימון. כך למשל, טוענת הראל-פישר שלכאורה, ניתן היה לחשוב כי קיים מתח בפסיקה הישראלית בין הגנה על החופש הביטוי האמנותי, לבין שיקול הדעת הרחב שניתן לרשות המבצעת לקבוע מדיניות וקריטריונים לתמיכה, שבתורם נתונים לביקורת שיפוטית מרוסנת המונחת אך ורק על-ידי עיקרון השוויון (ולא על-ידי חופש הביטוי).<sup>175</sup> ואולם, לשיטתה, מתח זה אינו אפשרי עוד לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהרי חוק יסודות התקציב אינו מהווה הסמכה לפגוע בחופש הביטוי ובזכות לתרבות, בהיתן מעמדתם החוקתי. מסקנה זו מתחזקת, בעיני הראל-פישר, בהתחשב בחקיקתו של חוק התרבות והאמנות, המעגן את "מחויבות המדינה לתחום התרבות", אשר מתבטאת בתמיכות כספיות ולא נתונה לשיקול דעתה, ואשר תואמת "את התפתחותה הבינלאומית של הזכות לתרבות".<sup>176</sup>

אלא, שלשיטתנו, יישוב זה של המתח, אף אם לכאורה יש לו אטרקטיביות אנליטית מסוימת, אינו יכול להנביע מתוך עצמו עקרונות מנחים לסימון גבולות הלגיטימיות של התמיכה או ההימנעות ממנה. אין משמעות רבה לעליונות החוקתית של חופש הביטוי או של "הזכות לתרבות" על פני החלטת הרשות המינהלית, אם לאחרונה סמכות לשרטט את משמעותם היישומית. הקריאות במחקר ובפסיקה לגישה "ממלכתית", א-אידיאולוגית וא-פוליטית,<sup>177</sup> לפיה על המדינה לפעול באופן שוויוני לחלוקת משאבים במסגרת מבחני התמיכה, מתעלמת מההטיות האידיאולוגיות והפוליטיות המובנות אל תוך מבחני התמיכה; ואלו, כפי שהדגמנו קודם לכן, מצויות בכל. מעניינים במיוחד דבריו של השופט חיים כהן בעניין פסטיבל אבו גוש: חוות דעתו, שהייתה כזכור מרחיקת לכת בתפיסתה את חובת הניטרליות של הממשלה, הבהירה כי "סמכותו [של שר החינוך] לחלק תמיכות ממשלתיות במוסדות אמנות אין בה כדי להסמיכו לפגוע, ולו רק על-ידי שלילת התמיכה או דחייתה, בחופש הביטוי האמנותי של העותרת"; בחינת תוכן התוכנית בפסטיבל, מהווה אפוא חריגה מסמכותו של השר. ואולם, בד בבד, הכיר השופט כהן בכך שבהיתן ש"הקומץ אינו משביע את האריה", ותיעדוף בין ענפים ומוסדות הוא אפוא בגדר הכרח, יכול השר לשקול שיקולים הנוגעים לעניין הציבורי במפעל, "שיכול ומבחינת העניין הציבורי קודמות ספריות ציבוריות לתיאטראות ותיאטראות לתזמורות ותזמורות לאופרות ואופרות לאופרטות ואופרטות לקברטים וכולי, ויכול ומבחינת העניין הציבורי הסדר יהיה הפוך או שונה, ועוד יכול ומבחינת העניין הציבורי מפעל פלוני אין לו זכות קיום, אם באשר אינו מסוגל למלא

<sup>174</sup> הראל-פישר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 139.

<sup>175</sup> שם, בעמ' 137-138.

<sup>176</sup> שם.

<sup>177</sup> "גישה ממלכתית מחייבת א-פוליטיות והימנעות מקידום אינטרסים של תנועה או אידאולוגיה מסוימות, על פי עיקרון השוויון בחלוקת משאבי ציבור, והימנעות מהבחנות על בסיס השקפה או עמדה פוליטית" (שם, בעמ' 169). וכן: "הדרישה לממלכתיות עניינה בציפייה מגופי השלטון לכבד את עקרונות קיומה של המדינה, לפעול מתוך מחויבות כלפיהם ולא לנצל את השררה שבידיהם לקידום אידאולוגיה והשקפה פוליטית" (שם, בעמ' 179).

תפקידו ואם באשר רמתו האמנותית אינה מספקת".<sup>178</sup> הבחנה זו, בין קביעת קריטריונים שהיא מותרת ואין בה כדי לפגוע בחופש הביטוי, לבין התערבות מבוססת תוכן שהיא אסורה מתוקף חופש הביטוי מניחה הפרדה – פיקטיבית להבנתנו – בין פורמליות א-פוליטית למהות שהיא פוליטית. הקושי העקבי של שיח הזכויות בכלל וחופש הביטוי בפרט לתחום את שיקול הדעת של הממשלה ולהנחות את בתי המשפט באופן קוהרנטי הוא שמחייב בעינינו שינוי פרדיגמה אל עבר גישה מבנית מבוססת צורך.

אמת, גם מושג ה"כפייה" – כמו שוויון וחופש ביטוי לפניו – סובל ממידה של עמימות וניתן בעקרון לפרשו בדרכים שונות ובהיקפים שונים, כך שמה שייראה לאחד כשלילה חמורה של האוטונומיה ייתפס אצל האחר כמחלוקת על טעמים או העדפות, שאין לה דבר עם שיח זכויות. ההיסטוריה של הרעיונות מכירה בפערים אלה, כפי שהם ניבטים למשל מן המתח בין תפיסת החירות של הובס – האפשרות לפעול בעולם ללא מעצורים – לזו של רוסו: היכולת לחיות חיים בעלי משמעות.<sup>179</sup> בענייננו הדבר יכול להקשות על הפעלת המבחן המבני המוצע, אם תתעורר למשל מחלוקת בקביעת רף ההשתתפות המדינית במימון תחום יצירה, אשר ירידה מתחת לו אינה מסכנת את שרירות התחום ולכן מאפשרת התנאה מבוססת-תוכן, בעוד תמיכה ברמה גבוהה ממנו תיחשב למאפשרת כפיה ולכן מונעת התנאה. ועדיין, יתרונה של גישה זו הוא ברכיב האמפירי הכרוך בהפעלתה:<sup>180</sup> כדי לדעת את עוצמת הכפייה הכרוכה בתנאי המימון, נדרשת בחינה של שדה היצירה בזמן נתון, סוגי השחקנים הפעילים בו, מאפייני הצריכה, מקורות המימון והסכסוד האחרים, וכן הלאה. כמובן שגם בחינה כזו לא תביא למענה בינארי החלטי בשאלה אם הכפייה נסבלת או לא מבחינה חוקתית, אבל היא תאפשר מענה מנומק ובהיר בהרבה מאשר כזה המבוסס על הערכה ערכית טהורה באשר לרלוונטיות של הבחנות מסוגים שונים (לפי תורת השוויון) או של התוכן הפנימי של חופש המצפון או של שוק הרעיונות (לפי דוקטרינת חופש הביטוי). נוסף על כך, כפי שיוסבר בחלק הבא, המבחן המבוסס על עוצמת הכפייה מאפשר גם פיתוח כלים דיפרנציאליים להערכה של חוקיותם של תנאי המימון, כך שכפונקציה של התלות (ופוטנציאל הכפייה), שיקול הדעת המינהלי יהא מצומצם יותר, ובהתאם תשתנה קפדנותה של הביקורת השיפוטית על ההחלטה המינהלית. יתרון נוסף של המודל המבני המוצע הינו שהוא מזמין נסיינות ומעודד פיתוח דמיון מוסדי שיאפשר הבניה של גישות רגולטוריות דיפרנציאליות להיבטים שונים של תמיכה בביטוי אמנותי בהתחשב במבנה השוק הרלוונטי. כפי שהראינו בפרק הקודם ביחס להתנאות זכויות במדינת הרווחה, מרגע שאיננו מוגבלים בשיח הזכויות הדיכוטומי ניתן לחשוב על מודלים שמבטאים קשרים מגוונים בין התנאה וזכאות למימון. הדגמנו זאת באמצעות חמש קטגוריות שונות, שכל אחת מהן המחישה איזון אחר בין כפייה ובחירה. בהתאם, כל אחת מהן חשופה לביקורת משפטית וציבורית לפי התכליות שהיא מדגישה, ההקשר המוסדי

<sup>178</sup> עניין פסטיבל אבו גוש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 829-830.

<sup>179</sup> ראו למשל ROBERT WOKLER, *Rousseau's Two Concepts of Liberty*, in ROUSSEAU, THE AGE OF ENLIGHTENMENT, AND THEIR LEGACIES 154-184 (Bryan Garsten ed., 2012).

<sup>180</sup> השוו נטע ברק-קורן "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" משפטים על אתר (צפוי 2023).

בו היא פועלת והאופן בו היא מבנה זכאות. בחלק מן הקטגוריות ניתן אף לעשות שימוש אנלוגי ישיר לתחום התמיכה בתרבות. כך, למשל, זכאות מבוססת מעמד אזרחי תהיה הקטגוריה הקרובה ביותר להענקת מימון לכל מי שעומדים בקריטריוני סף בסיסיים של ביטוי אמנותי. אך משמעותה, במציאות של משאבים מוגבלים, מימון נדיב פחות לכל אחד מסוגי היצירה הממומנים, לצד יתרונות של יצירת סולידריות בין אמנים שונים וקהילות שונות, בשל כוחו הסימבולי של מנגנון העברה כזה ביצירת תחושה של פרויקט משותף. לעומת זאת, ראינו שבהקשרים אחרים מדינת הרווחה מפעילה מנגנוני העברה דיפרנציאליים. דוגמה מובהקת לכך היא מבחני האמצעים השונים, שלהם זיקה להצעת המאמר, בהקשר של שוק היצירה האמנותית, להבחין בין התנאות תמיכה לפי מידת הצורך של תחום היצירה בתמיכה המדינתית לצורך שרידותו, ולעתים אף לצורך קיומו בכלל (כמו אופרה בפריפריה). כמובן, מנגנוני העברה דיפרנציאליים משמשים את מדינת הרווחה גם כדי לקדם באופן גלוי התנהגויות מסוימות הנתפסות על ידה כרצויות, בין מטעמים של רווחה חברתית כוללת (כמו תמריצי התחסנות) ובין מטעמים של אידיאולוגיה לאומית (כמו תגמולי נאמנות). כאן האנלוגיה למחלוקות התמיכה בתרבות ברורה, אך מבחינה נורמטיבית היא מעוררת שאלות דומות: עוצמת הכפייה שבמנגנון ההעברה בהינתן החלופות. כל אחת מהחלופות האלה מייצרת אפוא מערך שונה של בחירה, כפייה, ותמרוץ. חשוב מכך, ביחס לכל אחת מהן ישנן מגבלות שונות להצדקת שיקול הדעת בהקשרים חלוקתיים מגוונים, אשר מנכיחות, משקפות, ומייצרות דיון ציבורי ומשפטי על התכליות שבבסיסן, באופן מורכב, רב פנים, ועדין מזה שמאפשר שיח הזכויות הדיכוטומי. למגבלות ולהצדקות שבדרגות שיקול דעת אלה נפנה עתה.

## 2. דרגות שיקול דעת

בחלק הקודם טענו שהיקף שיקול הדעת של המדינה בהחלטות הנוגעות למימון, אשר מובן כמערכ שיפוטי טעם ותנאים אידאולוגיים בתהליך המימון, צריך לעמוד ביחס הפוך לגודל התפקיד שהוא משחק בעצם קיומו של השדה הממומן. יש לזכור שזהו מודל לינארי ולא בינארי: הוא אינו מורה לממשלה באופן חד משמעי מתי מותר להתחשב בשיקולים אידאולוגיים ומתי הם אסורים. תחת זאת הוא מניח, כפי שנכון להניח ביחס לכל מנגנוני מדינת הרווחה, שכמעט כל שיקול משמעותי בהקשרי מימון יהיה בעל משקל אידאולוגי כלשהו ושזהו פן בלתי-נמנע של המעורבות של המדינה בשוק היצירה האמנותית. גבולותיו של שיקול הדעת הממשלתי צריכים להתנסח, אפוא, בצורה מבנית ולא במונחים מבוססי-תוכן. להלן נציע מספר קריטריונים מבניים שכאלה למדידת דרגות שיקול הדעת, אך אנו צופים את הופעתם של שיקולים נוספים מסוג זה בעתיד. המשמעות המשותפת לכולם תהיה שהשימוש בתנאים הכוללים יותר כפייה יתאפשר בהקשרים שבהם המדינה היא שחקן משני בשוק המימון, ואילו התנאים הפחות פולשניים יוצבו כשיקומו של השדה הממומן תלוי בעיקר במדינה.



**(א) חומרת הסנקציה**

תמריצים שונים כוללים מידות שונות של כפייה. אפשר להתמודד עם בעיה חברתית באמצעות מגוון מנגנוני הסדרה – כל אחד מהם כרוך בכפייה המגולמת בהשפעתו הבלתי-נמנעת על מערך הבחירות של הפרט, אך חלק מהמנגנונים כרוכים בכפייה רבה יותר מאחרים: קביעת עבירה פלילית בחוק נתפסת לרוב כמזיקה יותר לאוטונומיה מאשר הטלת אחריות אזרחית, כללי קניין נתפסים לרוב כפולשניים יותר מכללי אחריות ואיסורים וגולטוריים נתפסים לרוב ככופים יותר ממנגנוני תמחור, מדרישות גילוי או מהינדים.

בדומה לכך, גם בהקשר הנוכחי תנאי מימון יכולים לפעול בתצורות שונות. הם יכולים לקבוע סף זכאות, שלפיו אי עמידה בתנאי משמעה ביטול מוחלט של הקצבה. אך הם גם יכולים להסתפק בהפחתת התמיכה ולא לשלול אותה לחלוטין (וראו בהקבלה הדיון בפרשת חסן).<sup>181</sup> בנוסף לכך, גם תנאים מבוססי-תוכן יכולים להימנות עם השיקולים שמעורבים בתהליך קבלת ההחלטות בנוגע למימון, במקום להכריע באופן נחרץ את שיקול דעתם של מקבלי ההחלטות. כך, לדוגמה, החקיקה הישראלית נגד קמפיין ה-BDS מאפשרת עצירה מוחלטת של העברת כספי ציבור, בעוד ש"חוק הנכבה" מתיר צמצום של הסכומים ותו לא,<sup>182</sup> ואילו הנחיות המימון לתאטרות ראו בכוננות להופיע בגדה המערבית שיקול אחד מני רבים בהליך קבלת ההחלטות.

במסגרת שיטת הניתוח שאנו מציעים, באותם ההקשרים שבהם המדינה היא שחקן מפתח בשמירה על עצם קיומו של שדה הפעילות הממומן, יש להרשות לה לפנות אך ורק לדרכי התניית מימון שאינן כה מגבילות. אם המדינה תוכל לעצור לגמרי את תמיכתה בגוף כלשהו גם במקרים שבהם לגוף זה אין מקורות מימון חלופיים, משמעות הדבר תהיה מניעת יכולתו להמשיך ליצור אמנות, כלומר, במילים אחרות, כפייה חמורה. לעומת זאת, במקרים שבהם המדינה משחקת תפקיד שולי בשדה פעילות בר-קיימא שמתקיים כזוה גם בלעדיה, ניתן להרשות לה להציב מבחנים מגבילים יותר כתנאי לתמיכתה, עד כדי הצבת סף מוחלט.

**(ב) תמריצים חיוביים מול תמריצים שליליים**

האם צריך להיות הבדל בין תוצאות השימוש הממשלתי בתמריצים שליליים, דהיינו מניעת תמיכה או צמצומה, ותוצאות השימוש הממשלתי בתמריצים חיוביים כגון פרסים ובונוסים למי שמפיקים תוכן רצוי? ניתוח כלכלי בסיסי ישיב על כך בשלילה. בהינתן משאבים תקציביים מוגבלים וביקוש למימון העולה בשיעורו על ההיצע, תמריצים חיוביים יחייבו צמצום של מאגר הכספים הכללי וכפועל יוצא הקטנת המימון למקבלי תמיכה שלא זכו בפרסים. ואפילו אם מצב כזה יימנע, כל עוד התנאי לתמיכה נוספת למטרות שיפור היצירה האמנותית והעצמתה מתקיים באופן קבוע, הענקת מימון לגוף אחד תהיה בגדר הטלת עונש על גוף אחר שלא יוכל לקבל מימון.

<sup>181</sup> עניין חסן, לעיל ה"ש 35, והדיון בהתנאה מזן בחלק 3(א)(2) למאמר זה, ובמיוחד בטקסט סביב הערה 153. ראו גם: עניין עזאלה I, לעיל ה"ש 132, שבו בית המשפט העליון אישר התניית תשלום העברה על בסיס העובדה שאי עמידה בתנאי הובילה רק להפחתת הסכום שלו (ולא לביטול מוחלט שלו).

181

182

ובכל זאת, מספר גורמים מסבכים את הניתוח הזה. ראשית, חלק מהמקרים שבהם האמנות זקוקה למימון ציבורי עשויים להיות בפועל סופיים, כך שמתן בונוסים למי שעדיין זקוקים לסיוע מבלי לגרוע מכך כספים לטובת מי שמצבם מספק לא חייב להיות כפייה. שנית, ובאופן שקרוב יותר למציאות, הטיות התנהגותיות, כגון שנאת הפסד (loss aversion), גורמות לאנשים להצמיד ערך חווייתי שונה למקרה שבו משהו נלקח מהם, לעומת מקרה שבו משהו ניתן לאחר. לכך מצטרפים המאפיינים האקספרסיביים של פעולת השלייה או המניעה של המימון, שמתייגת את מי שלא קיבל מימון כנתון לסנקציה ציבורית. בשל כך, ועל אף מה שאומר הניתוח הכלכלי הסטנדרטי, נראה שאפשר לטעון שתמריצים חיוביים כוללים פחות כפייה מאשר תמריצים שליליים (בה בעת, דווקא אופיים המקומם של תמריצים שליליים יכול למשוך תשומת לב, לעורר שיח, ולהניע לפעולה פוליטית ביחס אליהם - תוצאה שעשויה להיות רצויה בנסיבות של גרעון דמוקרטי או אדישות אזרחית).

מצד שני, ובהמשך לנקודה שהועלתה לעיל בנוגע לתיקון כשלי שוק, תמריצים חיוביים יכולים להיות מנוצלים לשם קידום מיזמים יצירתיים מסוימים אל מקומות שלא היו מגיעים אליהם הודות למוטיבציה פנימית, כשרון וערך אמנותי בלבד, כשהתוצאה עלולה להיות הצפה של שוק התוכן עם תכנים מסוימים ודחיקה לשוליים של קולות אלטרנטיביים. כמובן שאפשר להשיג את המטרה הזו גם באמצעות פגיעה בחלופות, אבל תמריצים חיוביים הם אמצעים עדינים יותר, ולפחות במישור האקספרסיבי מחויבים יותר לפלורליזם, ולכן השימוש בהם יותר מבחינה פוליטית ורצוי יותר מבחינה מוסרית.

משמעות הדבר היא שתפקיד הממשלה בקיומו של שדה פעילות ממומן עשוי להשפיע על הבחירה בין תמריצים שליליים ותמריצים חיוביים, אך הבחירה עצמה חייבת להיעשות על בסיס ההקשר המסוים של כל מקרה. הכפייה שגלומה במערך התמריצים תלויה גם במבנה השוק הממומן (ובמודל הנוכחי, בעיקר באופן שבו הממשלה פועלת בו ובפוטנציאל שתתקיים בו יצירה משמעותית בהעדר תמיכה ממשלתית), וגם בטיבו של התמריץ שבו נעשה שימוש – האם הוא צפוי להשפיע על שחקנים אחרים בשוק ואם כן, באיזה אופן?<sup>183</sup>

### (ג) שדות "חשודים"

הזכרנו מוקדם יותר כמה קטגוריות של שדות עשייה אמנותית, שמתקשים באופן פרדיגמטי לקיים יצירה איכותית רציפה ללא תמיכה ציבורית. עם אלו נמנים, למשל, יוצרים ומוסדות תרבות של קבוצות מיעוט, וכן כאלה הפועלים בריחוק מהמטרופולין, ומנגישים את עולם התרבות לפריפריה. ניתן לצפות כי פגיעה במוסדות אלו תחשב "חשודה", ותצדיק ביקורת קפדנית יותר. יודגש שגם כאן, הבסיס לזיהוי שדות יצירה מסוימים כ"חשודים" – במובן של חשופים יותר מאחרים לאופי הכופה של תנאי המימון – הוא אמפירי ולא ערכי. כעניין תיאורי, יצירה שמקורה

<sup>183</sup> סעיף הבונוס שנפסל על-ידי בית המשפט העליון בעניין **מבחני התמיכה**, לעיל ה"ש 19, הוא דוגמה מובהקת ל"תמריץ חיובי" שמוענק במסגרת מנגנון ניקוד כולל לחלוקת קופה מוגבלת, באופן כזה שהוא בהכרח בא על חשבון מוסדות אחרים ומבחינה זו אינו תמריץ חיובי "טהור".

או שקהל היעד שלה במיעוט או בפריפריה היא יצירה שמקורות המימון העצמאיים שלה צפויים באופן מובנה להיות מצומצמים יחסית ומכאן שתלותה במדינה גבוהה (להוציא חריגים ייחודיים כמו קיומו של נדבן מקומי או קהילה מבודדת אך חזקה). אכן, תובנה זו עומדת בבסיס אחת ההצדקות המרכזיות להשתתפות ציבורית במימון יצירה תרבותית, שעניינה "מתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל", כלשון חוק התרבות והאמנות.<sup>184</sup> מתוך עמדה זו יש להיזהר במיוחד בהצבת תנאים מבוססי-תוכן למימון יצירות במרחבים "חשודים" כאמור, פן יוביל הדבר להשבתת היצירה הזו ועמה לאובדן הביטוי הזהותי והגיוון התרבותי.

המקרה של התיאטרון הפלסטיני אלמידאן בחיפה יכול לשמש להדגמת הטענה.<sup>185</sup> בשנת 2014, העלה התיאטרון את ההצגה "הזמן המקביל", המבוססת על יומניו של וליד דקה, שמרצה מאסר עולם על רצח החייל משה תמם. בעקבות מחאת משפחתו של תמם, ופנייתה לשרת התרבות, החליטה האחרונה להקפיא את התמיכה המועברת לתיאטרון.<sup>186</sup> עתירה שהוגשה לבג"ץ בעניין זה הובילה לפשרה בין משרד התרבות לתיאטרון במסגרתה צריך היה משרד התרבות להעביר לתיאטרון את הכספים שהוקפאו; ואולם, בשנת 2019, נדחתה עתירה נוספת שהגיש התיאטרון לבג"ץ לקבלת תמיכה ממשרד התרבות והספורט לשנת 2016, לאחר שנקבע כי כמות ההפקות החדשות שהעלה, וההוצאות בכלל, הייתה נמוכה באופן משמעותי מזו הנדרשת לעמידה בתנאי הסף.<sup>187</sup> בית המשפט דחה את טענתו המרכזית של התיאטרון, כי אי-העמידה בתנאי הסף בשנת 2016 נובעת מהעיכוב בהעברת כספי התמיכה לשנת 2015, שהוביל לקשיים שנגררו לשנים שלאחר מכן. בסופו של דבר, הסכימו שופטי ההרכב כי לא נמצא קשר סיבתי בין עיכוב העברת התמיכה בשנת 2015 לבין אי העמידה בתנאי הסף בשנתיים שלאחר מכן, שנראה כי נבע מהחלטות

<sup>184</sup> ס' 2(ג) לחוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002.

<sup>185</sup> בג"ץ 6488/17 תיאטרון אלמידאן נ' משרד התרבות (נבו 22.7.2019) (להלן: עניין אלמידאן).

<sup>186</sup> סוהא עראף "מירי רגב לא רוצה שלפלסטינים בישראל יהיה קול" שיחה מקומית (23.7.2019). [shorturl.at/wHNR2](http://shorturl.at/wHNR2).

<sup>187</sup> יובהר, כי התמיכה לשנת 2016 אושרה על סמך שנת ההערכה 2015; ואילו דו"ח הביצוע הוגש בסוף שנת 2016.

ניהוליות של התאטרון;<sup>188</sup> כמו כן, דחה בית המשפט העליון את טענות התאטרון לשיקולים זרים שהנחו את משרד התרבות, להפלייתו ולפגיעה בחופש הביטוי.<sup>189</sup>

פסק הדין לא מזכיר את ניסיונותיה של שרת התרבות, באמצעים שסמכותה להפעילם מוטלים בספק, לפעול לשלילת תקציב התאטרון. תחת זאת, הוא נסוב על סטנדרטים של ניהול תקין ואי-עמידה בתנאי הסף, שהצדיקו לשיטתם של שופטי ההרכב את שלילת התקציב. קשה עם זאת על פניו לנתק בין הרבדים, ונוצר הרושם כי הייתה זו הקפאת התקציב בשנת 2015 שהובילה למעין מעגל של ביצה ותרנגולת: אין תקציב – אין הפקות, וחוזר חלילה.<sup>190</sup> קשה אף להתעלם מהקישור שעשתה שרת התרבות בין מאמצייה לבין שלילת התקציב: לאחר דחיית העתירה הצהירה כי "לצד ניצחוננו של המשפט המנהלי בסוגיית אל-מידאן, אני גאה, כי עלה בידי להוביל לשלילת התמיכה ב'מרכז אל-מידאן למופעי הנכבה ובווגרי הטרור', שכונה בטעות 'תיאטרון' אל-מידאן".<sup>191</sup>

המקרה של תאטרון אלמידאן מובא כדי להמחיש את ההשפעה הדיפרנציאלית שעלולה להיות לשלילת או הפחתת תמיכה על מוסדות שונים, ובפרט את עוצמת הפגיעה שעלולות אלו להסב למוסד תרבות של המיעוט הפלסטיני, שתכניו מסווגים על-ידי השלטון כ"חתרניים" – במיוחד אם קיים מחסור ביוצרים ובמוסדות המפיקים יצירה שתשמיע את קולו של המיעוט הזה. מקרה זה של התערבות מצד שרת התרבות מוזכר פעמים רבות יחד עם מקרים נוספים כמו מאמצייה להחרים ולשלול את התמיכה הישראלית בפסטיבל הקולנוע הישראלי בפריז, שהציג את הסרט "פוקסטרוט" של הבמאי שמואל מעוז.<sup>192</sup> אכן, בחינה מנקודת המבט של חופש הביטוי והנסיון להגבילו עשויה ללמד על דמיון. ואולם, במקרים שבהם למפעל התרבות עומדים מקורות תמיכה חלופיים (והוא אף זוכה למידה של אהדה ציבורית),<sup>193</sup> עוצמת הפגיעה תהא פחותה

זאת, בין היתר, בהתחשב ביתרות תקציביות עמן סיים התאטרון את שנות הפעילות 2015-2016, וכן בהתחשב בכך שתמיכת משרד התרבות בתאטרון מהווה בממוצע 32% בלבד ממחזור ההכנסות שלו, לצד 40% שהם כספי תמיכה מהעירייה, ו-28% שהן הכנסות עצמיות ממכירת כרטיסים ומתרומות (עניין אלמידאן, לעיל ה"ש 185, פס' 51 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר, וראו גם את חוות דעתה של הנשיאה חיות). שופטי בג"ץ נחלקו בשאלת משמעותו של הסכם פשרה שנחתם בין התאטרון ומשרד התרבות בזיקה לעיכוב, שבו נכתב כי "אם יתברר כי העיכוב לשנת 2015 גרם לפגיעה באשר לזכאות או לסכום כספי התמיכה שהתיאטרון היה מקבל אלמלא העיכוב לשנים 2017-2015... הדבר לא יהווה עילה לאי מתן אישור התמיכה עבור אותה שנה...". (שם, פסקה 11). בעוד המשנה לנשיאה מלצר, אליו הצטרפה השופטת וילנר, סבר כי הסכם הפשרה אינו מתייחס למקרה של "פגיעה נגררת", כלומר למצב שבו עיכוב העברת התמיכה בשנת 2015 הוביל לפגיעה בפעילות הנתמכת בשנים שלאחר מכן, הנשיאה חיות ראתה בפרשנות של התאטרון פרשנות אפשרית. מכל מקום, שלושת השופטים הסכימו, כאמור, כי לא קיים קשר סיבתי בין עיכוב 2015 לבין אי העמידה בתנאים בשנת 2016.

<sup>188</sup> שם, בפסקה 24.

<sup>189</sup> עראף, לעיל ה"ש 186.

<sup>190</sup> שם.

<sup>191</sup> נירית אנדרמן "מ'פוקסטרוט' ועד גלריה ברבור: ניסיונות הצנזור הכושלים של מירי רגב" הארץ (13.2.2019) <https://www.haaretz.co.il/gallery/premium-1.6933623>

<sup>192</sup> ראו למשל: איתי שטרן, "נחמה ריבלין: 'משמח אותי ש'פוקסטרוט' יוקרן בצרפת" הארץ (15.2.2018) <https://www.haaretz.co.il/gallery/cinema/premium-1.5823154>

משמעותית מאשר במקרה של מפעל תרבות שאינו זוכה לתמיכה זו (ובהתקיים התנאים הנכונים, לא מן הנמנע שיחסים קונפליקטואליים עם השלטון אף עשויים לסייע לתהודה של היצירה); הבחנה זו צריכה לדעתנו להנחות את שיקול הדעת המינהלי והשיפוטי. כפי שהצביעה הספרות שנסקרה קודם לכן, וכפי שאף עשוי ללמד הניסיון הישראלי, כאשר המדובר במוסדות של קבוצות מיעוט בחברה, יכול הדבר לשמש ראייה לעוצמת הפגיעה ולחייב משנה זהירות.

### 3. אתגרים ביישום וביקורות אפשריות

להלן נציג מספר אסטרטגיות אפשריות שלטעמנו עשויות לסבך את מודל הגבלת שיקול הדעת על סמך מידת מעורבותה של המדינה בשדה הפעילות שזוכה למימון. יישום מלא של המודל אמנם כרוך באתגרים, אך אנו סבורים שאין בכך כדי לפגוע במהות שהופכת אותו למושך מבחינה נורמטיבית.

#### (א) שינוי הרזולוציה

הגדרת תחום של "שדה" או "ספרה" של יצירה אמנותית – שביחס אליו נמדד "נתח השוק" של הממשלה, שממנו נגזרת מידת שיקול דעתה – מעוררת קשיים עקרוניים ויישומיים, ואף עלולה לשמש פתח למניפולציות. מה קורה כאשר הממשלה משחקת תפקיד שולי במימון של תאטרון גדול, אך מהווה את מקור התמיכה העיקרי של הפקות פרינג' באותו תאטרון? או כאשר המימון שהיא מעניקה לאמנות חזותית קטן באופן כללי, ביחס למקורות המימון של תחום אמנות זו, אך תמיכתה בתת-שדה במסגרתו - למשל ווידאו-ארט - חיונית? האם היא יכולה להסתמך על מעמדה בקטגוריה הרחבה על מנת להיות בררנית מבחינה אידיאולוגית ביחס לתחום המצומצם יותר ולטעון שאין בכך משום כפייה גדולה כל עוד קיימים באותו התחום ערוצי ביטוי אמנותי אחרים המקבלים מימון? או שמא יש לבחון כיצד פועלת המדינה כמממנת בכל תת-שדה בנפרד? במילים אחרות, באיזו רזולוציה צריכה להתבצע ההבחנה בין שדות ביטוי אמנותי שונים לשם הערכת היקף תפקידה של המדינה בשמירה על קיומו של כל שדה?

לחלק מהמצבים האלה יהיה פתרון פשוט ולכן לא סביר שיהיו פתוחים בפני מניפולציות אסטרטגיות. מצבים כאלה יתאפיינו בקונצנזוס מקצועי רחב בנוגע לייחודיותו של שדה אחד ביחס לאחר, כמו לדוגמה ההבדל בין מחול לתאטרון, שמתקיים בבירור על אף ששני השדות שייכים לאמנויות הבמה (וזאת למרות קיומן של קטגוריות כמו אמנות מיצג, שבהן הגבולות אינם כה ברורים).<sup>194</sup> אולם בכל הנוגע לתתי-קטגוריות, המודל כשלעצמו אינו מספיק לשם הגדרה של מידת הרזולוציה הנדרשת. מידה זו צריכה להיקבע מחדש ביחס לכל מקרה ומקרה, בהתאם להקשר, על בסיס המידע הקיים על מידת הנבדלות בין שדה הפעילות המסוים ושדה הפעילות הכללי יותר (לדוגמה, בנוגע למידה שבה יוצרים נעים בין שני השדות) ועל סמך התוכן

<sup>194</sup> הזכרנו לעיל את דעת המיעוט של השופט חיים כהן בעניין פסטיבל אבו גוש, לעיל ה"ש 5, אשר סבר כי הניטראליות של המדינה צריכה להתבטא בתערוך ענפים: למשל, תאטרון על פני תזמורת, תזמורת על פני אופרה ואופרה על פני אופרטה. אכן, כשמוצגים הדברים, כך קשה יותר (אם כי בהחלט ניתן) לדמיין הבניה אידיאולוגית לתוך התערוך.

שהממשלה מבקשת להעניש או לתמרץ (לדוגמה, העצמת קולות המייצגים את הרוב או כאלה המייצגים מיעוטים). התייחסותנו לשדה פעילות תואמת במידה רבה את המצב הפוזיטיבי בחוק, הרואה לנגד עיניו "מוסדות תרבות" כענפים (ורק לאחר מכן מייצר קריטריונים פנימית לחלוקה בתוך ענף),<sup>195</sup> אולם, החלה רגישה של המודל תידרש לבחון רזולוציות שונות בשלבים שונים, עד לרמת המוסד בשלב ההחלטה המינהלית לחלוקה תוך-ענפית ובשלב הביקורת השיפוטית. ובכל זאת, כל תיחום "פורמלי" כולל בתוכו היבט של מהות. איון מוחלט של החשש ממניפולציות אסטרטגיות, בעיקר מצדם של הגורמים המממנים, אינו בגדר האפשרי. יתרה מכך, חשוב להבהיר כי המהות האידיאולוגית של תיחומי-ענפים ומבחני תמיכה היא לא בהכרח עניין של מניפולציה מכוונת ומודעת: השלכות חלוקתיות-ערכיות יתלוו לכל מבחן באשר הוא, טכנוקרטי ככל שיראה. דוגמה טובה לכך יכולים לשמש מבחני גודל וותק, הנהוגים בשיטת התמיכה בישראל.<sup>196</sup> התמיכה היתרה הניתנת למוסדות גדולים וחזקים מבחינה תקציבית – מאפיינים שהוכרו כראייה לרמה אמנותית גבוהה,<sup>197</sup> יכולה לקפל בחובה הטיה אידיאולוגית לעבר השמרני והקונצנזואלי, בהנחה (הסבירה) שמוסדות הפונים לקהל הרחב יקדמו יצירות מסוג זה.<sup>198</sup> לחלופין, בהנחה שיש קורלציה בין גודל המוסד לבין אמנויות הדורשות השקעת משאבים רבים כגון אופרה ומוסיקה קלאסית תזמורתית, מבחנים מכווני גודל יכולים ליצור הטיה של סבסוד "אמנויות יקרות", שהיא מטבע הדברים שנויה במחלוקת ערכית.<sup>199</sup> אלו הן רק הנחות אפשריות, שעשויות להוכיח את עצמן כנכונות במקרים מסוימים ושגויות באחרים; ייתכן למשל (כפי שטענה המדינה בעניין **תאטרון האינקובטור**), כי התחשבות בגודל המוסד תשמש דווקא לקידום פלורליזם ביצירה ובאמנים.<sup>200</sup> כך או כך, הן נועדו להדגים את המהות הערכית וההשלכות

<sup>195</sup> כך, סעיף 3א(ג) לחוק יסודות התקציב קובע כי "הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בכל סעיף תקציב בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור", ואילו סעיף 3א(ד) קובע כי "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים". סעיף 3א(ה) קובע כי המבחנים לחלוקת סכום שנקבע בסעיף תקציב (ביחס לסוג מוסדות) ייקבעו על-ידי הממונה על סעיף התקציב בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, ואילו סעיף 3א(ו) קובע כי שר האוצר ייקבע בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה נוהל להגשת בקשות לתמיכה.

<sup>196</sup> כזכור, השלכותיה הדרמטיות של ההבחנה לפי "ותק" עמדו בבסיס פסק הדין היסודי של בית המשפט העליון בעניין **תאטרון ארצי לנוער**, לעיל ה"ש 3. כמו כן ראו עניין **תאטרון האינקובטור**, לעיל בה"ש 11, שבו נטען כי המשקל המשמעותי שניתן ל"גודל" במבחני התמיכה (כפונקציה של תקציב והיקף הפעילות) מנציח את הפערים הקיימים בין תאטרות ופוגע ביכולתם להתחרות.

<sup>197</sup> שם.

<sup>198</sup> ואכן, תשובת המדינה בעניין **תאטרון האינקובטור** משקפת הערפה, המתבטאת במבחני התמיכה, של "היצע רפטוארי רחב... [הפונה] לקהל גדול ומגוון" (שם, פס' 14).

<sup>199</sup> לניתוח בראי הגישה הכלכלית ראו: THROSBY, לעיל ה"ש 160, בעמ' 70.

<sup>200</sup> עניין **תאטרון האינקובטור**, לעיל ה"ש 11, פס' 14.

האידיאולוגיות הטבועות במבחנים טכנוקרטיים לכאורה, ששחקנים שונים אף יכולים לעשות בו שימוש אסטרטגי.<sup>201</sup>

אנו מודעים לכך שניתן להשמיע ביקורת דומה ביחס לעיקרון נגד כפייה המוצע פה. לא מן הנמנע שבפועל, יקדם העיקרון באופן עקיף הגנה על תכנים מאתגרים, פלורליסטים ואופוזיציוניים, שנושאים כמובן מטען ערכי פרטיקולרי; אם כך, במבחן התוצאה עשוי להוביל העיקרון נגד כפייה לתוצאות דומות לאלו שמבקש לקדם עיקרון אי ההנצחה של שנער,<sup>202</sup> או עיקרון הממלכתיות בתרבות של הראל-פישר.<sup>203</sup> ואולם, גישה מבוססת זכויות המבקשת להפקיד בידי השלטון במישרין את החובה לטפח תכנים אופוזיציוניים המאתגרים אותו מעוררת קושי לא מבוטל. תחת זאת, אנו סבורים כי הגישה המוצעת במאמר זה, המבוססת על שיקולים מבניים של צורך, עתידה לספק הגנה שיטתית יותר, תוך צמצום השרירות ומרחב ההתערבות הפוטנציאלי של הממשלה, וכן להבטיח תמיכה במגוון יצירתי המתקיים על פני צירים תרבותיים שונים, ולא רק כאלה שנחשבים לפי מבחן התמיכה בשלטון או הביקורת עליו.

### (ב) העיקרון נגד כפייה במציאות של גיוון במקורות המימון

אחד הקשיים הכרוכים ביישומו של העיקרון נגד כפייה, הנו שברבים מן המקרים ניתן לזהות צינורות תמיכה חלופיים, והמדינה כמעט אף פעם לא תהיה התומכת הבלעדית.<sup>204</sup> כך, נוצר אפוא הרושם של גיוון בתמיכה וקושי להוכיח תלות קיומית בממשלה – רושם שעמד לא פעם בבסיס נימוקיו של בית המשפט העליון, בהחלטותיו לדחות עתירות לתמיכה ציבורית.<sup>205</sup> בעוד שבישראל מודל התמיכה הציבורית הישירה הוא הדומיננטי, ניתן לראות תהליך הולך ומתגבר של תמיכה המוענקת לא על-ידי הממשלה אלא על-ידי השלטון המקומי, או תמיכה משולבת.<sup>206</sup> אכן, העיקרון נגד כפייה מכתוב כי ככל שניתן לזהות תמיכה משמעותית חלופית, תתאפשר לממשלה יד חופשית יותר בקביעת תנאים לתמיכתה בעולם התרבות. יחד עם זאת, ביישום העיקרון יש לזכור כי השפעתה של הממשלה בפועל יכולה להיות גדולה ממה שנראה כחלקה היחסי. מטבע הדברים, בעבור מוסדות מסוימים התוספת השולית של רכיב התמיכה הממשלתי, גם אם הוא

<sup>201</sup> מבחינה זו, יש אף לקחת בערבון מוגבל את הטענה כי חייץ בין נבחרי הציבור ולבין הועדות המקצועיות יקדם מדיניות תמיכה א-פוליטית. ראו: הראל-פישר, לעיל ה"ש 32.

<sup>202</sup> שנער, לעיל ה"ש 26.

<sup>203</sup> הראל-פישר, לעיל ה"ש 32.

<sup>204</sup> בכלל, מבחינה השוואתית, נדיר יהיה לזהות מדיניות תרבות אשר מבטאת באופן "טהור" את אחד המודלים המרכזיים למימון: תמיכה ישירה מתקציב המדינה אל מול תמיכה עקיפה באמצעות תמריצים. ראו: THROSBY, לעיל ה"ש 160, בעמ' 63.

<sup>205</sup> ראו למשל: עניין אלמידאן, לעיל ה"ש 185, פס' 51 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר; עניין תאטרון האינקובטור, לעיל ה"ש 11, פס' 13: "העותר מתייחס אל התמיכות של המשרד כמקור המימון היחיד לפעילותו, ועל כן, לשיטתו, ללא שינוי במבחני התמיכה אין באפשרותו לפרוץ את תקרת הזכוכית. ברם, המציאות בשטח מלמדת שהיקף תקציבו של תאטרון אינו נובע בהכרח ממדיניות התמיכות של המשרד. עובדה היא שהתאטרון הצליח להגדיל באופן משמעותי את תקציבו השנתי במהלך השנים וזאת חרף העובדה שסוג תאטרון קטן".

<sup>206</sup> ראו למשל עניין אלמידאן, לעיל ה"ש 185, פס' 51 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה מלצר, וכן לעיל ה"ש 188.

חלקי, עשוי להיות קיומי; ואפשר שיהיה לו גם ערך מייצר-תועלת בפני עצמו, למשל במוניטין שנלווה לתיוג כתאטרון "הלאומי" או בגישה לקהלים שמגיעה עם הכללת יצירה ב"סל תרבות" של משרד החינוך. באשר לגיוון במקורות המימון הכולל את השלטון המקומי לצד הממשלה, ראוי להבחין בין מקרים שבהם השלטון המקומי פועל בסימביוזה עם הממשלה, לבין מקרים שיפעל באופן קונפליקטואלי. בקבוצת המקרים הראשונה, עולה השאלה האם יש לזהות את השלטון המקומי כמקור תמיכה נפרד.<sup>207</sup> ולבסוף, יש לזכור ששליטת תמיכה ממשלתית, במיוחד כאשר היא מלווה במסע פוליטי ותקשורתי נגד המוסד הנתמך, עלולה להיות דרמטית גם כאשר ההפחתה נדמית שולית מבחינה יחסית או נומינלית (אף שבצידה, לעתים, יתרונות של חשיפה וגיוס תמיכה חדשה משחקני אופוזיציה).

### (ג) נסיגה ממימון

סיכון מסוג אחר הוא שלנוכח ההבנה שהיא אינה יכולה לשלוט בתוכן ההתבטאויות שהיא מתקצבת, המדינה תחליט לסגת ממימון ביטוי אמנותי, או לפחות לתחום את השקעותיה ולהגביל את מידת מעורבותה בשדה פעילות ממומן כלשהו לדרגה שבה יורשה לה לכפות תנאים מבוססי-תוכן על מקבלי המימון. במקרה כזה, המודל המוצע יוביל שלא בטובתו לירידה בתמיכת המדינה באמנויות. ניתן לחלוק על האיפיון המרדד של ממשלות דמוקרטיות לכדי גופים שלא עושים דבר מלבד מיקסוס רציונלי של תועלת פוליטית, אבל כך או כך הסיכון נותר על כנו וכאמור, המודל אינו יכול לפתור זאת בכוחות עצמו. לשם כך נדרש מקור חיצוני שיעודד או אף יחייב את המדינה להמשיך לממן את האמנויות ויטול מהממשלה את הפררוגטיבה להחליט האם להתערב בתקצוב יצירה אמנותית מלכתחילה. המקום שבו מתבקש למצוא מנדט שכזה הוא החוקה, שאמורה להיות חסינה בפני העדפות אידיאולוגיות משתנות וחילופי קבוצות רוב. ישנן חוקות שאכן כוללות סעיפים מפורשים יותר או פחות הדורשים מהמדינה לתמוך באמנויות,<sup>208</sup> אף על פי שבדרך כלל הסעיפים הללו לא כוללים הוראות מפורטות בנוגע לקטגוריות אמנותיות או חלקו של התקציב הציבורי מהסך הכולל של שוק האמנות. בישראל, לא זו בלבד שחובת התמיכה של המדינה בתרבות אינה מעוגנת חוקתית, אלא שגם ניסיונות שבוצעו לאורך השנים לגבש מדיניות תרבות סדורה וארוכת-טווח העלו חרס.<sup>209</sup> בסופו של דבר, דליברציה, ליבון ועיגון של מדיניות תרבות

<sup>207</sup> דוגמה לפעילות "סימביוטית" שכזאת בין שרת התרבות לשעבר מירי רגב לראש עיריית ירושלים לשעבר ניר ברקת ניתן לזהות בעניין גלריה ברבור; השניים ניסו לפעול במקביל נגד הגלריה, שאירחה דיון ציבורי בנוגע ליום הזכרון הישראלי-פלסטיני, אם כי "מאמצם המקביל" לווה בהאשמות הדדיות על שימוש לא מספק בסמכות. ראו: שני ליטמן, "ניר ברקת הפך למלשין וזה מעצבן את מירי רגב" **הארץ** (12.4.2018) <https://www.haaretz.co.il/gallery/opinion/premium-1.5993082>

<sup>208</sup> ראו למשל ס' 19(10) לחוקת צילה, ס' 16(1) לחוקת יוון, ס' 9 לחוקת איטליה, ס' 80(6) לחוק תאילנד.  
<sup>209</sup> במחקר המדיניות של עדנה הראל פישר, עומדת הכותבת על היעדרה של מדיניות תרבות סדורה בישראל, הכוללת הגדרה של תכליות ויעדי טווח רחוק, מיפוי האמצעים הקיימים וזיהוי כלים נוספים שיש לפתח. זאת, בניגוד למצב הקיים במדינות אחרות, כדוגמת אנגליה. כך, הגם ששני העשורים האחרונים התאפיינו בשורה של יוזמות לגיבוש



סדורה, זאת לצד תרבות פוליטית פתוחה וסובלנית, השתתפות פעילה של קבוצות עניין ומחויבות טכנוקרטית, הם כולם בעלי חשיבות עליונה, והמנגנון המוצע כאן יכול רק להשליםם.

#### (ד) עיגון משפטי

הטיעון שהצגנו במאמר זה הובנה בהקשר של מחלוקת המימון הישראליות וניזון מן השיח החוקתי המקומי, ויש לו עוצמה הקשרית במדינות רווחה כישראל, שלהן מערכי חלוקה מגוונים ומרובדים ומעורבות אינטנסיבית בתמיכה בתרבות. בה בעת הוא נוסח כטיעון נורמטיבי עקרוני, ולהבנתנו יש בכוחו לתרום לשאלת הלגיטימיות של תנאי תמיכה בתרבות גם בשיטות אחרות. ועדיין נשאלת השאלה אם יש לו עוגן במשפט הישראלי הפוזיטיבי. כידוע, חוקי היסוד אינם מטילים חובה מפורשת על המדינה לתמוך בתרבות, וחובה כזו גם לא הוכרה עד כה כנגזרת פרשנית של איזו מהוראות הזכות או הערך המופיעות בחוקי היסוד. יחד עם זאת, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אוסר על המדינה לפגוע בכבוד האדם ומחייבה להגן על כבוד האדם – מושג שנתפרש במסורת החוקתית הישראלית ככרוך ברעיון האוטונומיה, במובן של יכולתו של אדם לכתוב את סיפור חייו<sup>210</sup> – רעיון שהיצירה האמנותית החופשית כרוכה בו בבירור. בלא להאריך בדבר, ניתן לסבור שמהבנה זו עולה שהמדינה אינה רשאית להשתמש במנגנוני העברה כדי לכפות על אנשים אורח חיים או מערכת אמונות, במידה השוללת מהם את האפשרות המעשית לבחור לעצמם את דרכם בשדה היצירה.<sup>211</sup>

אך חשוב מהמישור החוקתי הינו המישור המנהלי, בו מתקבלות רוב ההחלטות הן אודות מדיניות המימון של תרבות והן אודות החלוקה הנקודתית של תקציבי תמיכה. במישור זה כולל המשפט המנהלי את חובת ההגיונות, שהיא ביטוי לתפיסה לפיה הרשות היא נאמן הציבור.<sup>212</sup> ניצול כוחה של המדינה כדי "לסחוט" ממקבלי תמיכה יצירה של תכנים מסוימים או הימנעות מיצירת אחרים היא הפרה מובהקת של חובה זו, ובכוחו של המשפט למנעה. אכן, המשפט המנהלי הישראלי החל בשנים האחרונות להכיר בכך שחוקיותן של פעולות מינהליות עשויה להיות תלויה בבחינה אמפירית של תוצאותיהן בשטח ושל האופנים בהם הן משפיעות על בחירות של אנשים וקבוצות.<sup>213</sup> הצעתנו במאמר הנוכחי מאמצת גישה זו, ורואה בה את הפתח למשפט ציבורי הקשרי, המתחשב בתנאי הרקע המוסדיים כבסיס להערכה נורמטיבית של מדיניות שלטונית.

מדיניות תרבות לישראל, שהולידו מגוון כנסים ומסמכי מדיניות, אלו לא הובילו, לשיטתה של הכותבת, לפעילות סדורה ועקבית, המלווה בדיון ציבורי רחב (הראל-פישר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 108-111).

<sup>210</sup> לסיכום הפסיקה המבטאת רוח זו ראו אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 250-245 (2014) (על "אנושיותו של האדם כיצור חופשי").

<sup>211</sup> השוו לדעת המיעוט של השופטת ארבל בבג"ץ 3752/10 **רובינשטיין נ' הכנסת** (17.9.2014) אודות חוקתיות הפטור מלימודי ליבה לתלמידי תיכון חרדיים.

<sup>212</sup> ראו דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי – כרך ב'**, 631 (2010).

<sup>213</sup> ראו למשל בג"ץ 7016/16 **עדאלה נ' שרת המשפטים** (17.9.2018); בג"ץ 8010/16 **ברזון נ' מדינת ישראל** (12.7.2021); ברק-קורן, לעיל ה"ש 180.

#### ד. סיכום

הוויכוחים שמתנהלים כיום בנוגע לשימוש הממשלתי במנגנוני מימון לשם מתן תמריצים או עונשים בגין התבטאויות אידיאולוגיות אינם ברורים די צרכם גם מבחינה מושגית וגם מבחינה נורמטיבית. במובן מסוים יש צדק בטענה שהמדינה ניגשת אל הסוגיה ללא כיוון עקרוני של ממש ולמעשה מנסה להשתמש בכלי ההסדרה והפיקוח שלתפיסתה עומדים לרשותה על מנת לקדם את המחויבויות האידיאולוגיות שלה. במקביל, השיח המשפטי הסתמך על טיעוני חופש הביטוי בצורה מגושמת ולא הציג נתוב ברור שיבחין בין תנאי מימון לגיטימיים לכאלה שאינם לגיטימיים. לטענתנו, הסיבה לכך היא שמרגע שמתברר שתנאים ששנויים במחלוקת אידיאולוגית הם למעשה חלק מהותי בכל מנגנון חלוקה של מדינת הרווחה - כפי שהדגמנו בדיון במאמר זה - קשה לשרטט קווי גבול ברורים, כפי ששיח הזכויות תובע. תחת זאת הצענו כאן מבחן מבני שמבוסס על מידת המעורבות הממשלתית בקיומו של שדה הפעילות הנתמך. המודל המוצע מעורר שאלות עקרוניות ומעשיות רבות שלא לכולן נתנו מענה במאמר זה, ומובן שגם הפעלתו כרוכה בהכרעות שבשיקול דעת, שאף בהן אין להימלט מן ההטיות הערכיות והאידיאולוגיות הנוכחות בכל החלטה ציבורית. אך אנו סבורים שהוא מציע דרך להתגברות על הטשטוש הנורמטיבי הנוכחי ונתיב ראשוני אל עבר הסדרה מובנית יותר של מנגנוני המימון של המדינה.