

מה בין חופש הביטוי ל"חופש המימון"? על תשלומי העברה מותנים ועל חופש הביטוי הפוליטי במדינת הרווחה

מאת

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

המאמר ממשיג מחדש מחלוקת ותיקה שמעסיקה בשנים האחרונות את הפוליטיקה ואת המשפט בישראל, שעניינה הדרישות שהמדינה רשאית להציב כתנאי לתמיכתה בפעילויות תרבות. הטענה הבעייתית בדבר "חופש המימון", שלפיה למדינה יש חירות לקבוע באילו תכנים תתמוך ובאילו לא, נענית בדרך כלל בטיעונים 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 עקיבה ומשכנעת. קושי זה ניכר בפסיקה בנושא בישראל, כמו בארצות הברית. 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 אידאולוגיות מגוונות של מעצבי המדיניות בשאלות של שייכות, אחריות, סולידריות, זכות, שוויון והגינות. כל הסדר של תשלומי העברה כורך עימו תיחום בין זכאים ללא זכאים, וממילא מבטא העדפה אידאולוגית מסוימת. במישור הנורמטיבי, בהתחשב בהיותה של ההתניה מובנית בכל הסדר של תשלומי העברה, מציע המאמר לעבור לבחינת עוצמתה של הכפייה שיוצרת ההתניה ולא של הלגיטימיות של תוכנה. בהקשר של תמיכה בפעילות תרבות משמעות הדבר תהיה פיתוח דוקטרינה שבוחנת עד כמה ההתניה שוללת מן היוצר את האפשרות להמשיך ליצור לפי הקריטריונים המקצועיים הפנימיים של הסוגה היצירתית. התשובה לשאלה זו היא בהכרח תלויה-הקשר: ככל שתלותו של הענף התרבותי בתמיכה מדינתית גדולה יותר כדי להתקיים ולהמשיך ליצור, כך התניות מבוססות-תוכן על התמיכה תהיינה כופות יותר, ולכן ראוי להגביל את שיקול הדעת של המדינה בהצבתן. לעומת זאת אם לענף התרבותי יש מקורות תמיכה חלופיים שיאפשרו את קיומו הנמשך גם אם תצומצם התמיכה המדינתית, יש להתיר

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, ori.aronson@biu.ac.il.

** הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, hshamir@tauex.tau.ac.il.

*** בית הספר למשפטים, אוניברסיטת הרווארד, gpriver@sjd.law.harvard.edu.

אנו 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 קרדו ובוניברסיטת תל אביב, ובכינוסים השנתיים של האגודה הבינ-לאומית למשפט ציבורי (ICON-S) ושל הסניף הישראלי שלה (ICON-S-IL). נבקש להודות גם ליואב קני על תרגום חלקים מן הטקסט שנכתבו במקור באנגלית.

למדינה להציב תנאים רבים יותר להשתתפותה החלקית 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 המבוססת על מעמד אזרחי. 4. זכאות שתנאיה קשורים להכלית הקצבה. 5. זכאות המבוססת על תרומה כלכלית. 6. תשלומי העברה מותנים. 7. תשלומי העברה מותנים שטיבם אידאולוגי. **ג. מטענת זכות לניתוח מבני: מימון תרבות בראי העקרון נגד כפייה.** 1. העיקרון נגד כפייה והמבנה של שוקי אומנות. 2. דרגות שיקול דעת. 3. אתגרים ביישום וביקורות אפשריות. **ד. סיכום.**

מבוא

בעשור האחרון השתמשו הממשלה והכנסת במנגנוני מימון המיועדים לתמיכה ביצירה אומנותית ובמחקר אקדמי כדי להעניש, או לתמרץ, את מי שהתבטאו התבטאות פוליטית בהקשרים אידאולוגיים שנויים במחלוקת. לטענת תומכי הגישה הזו, ובכללם גם כמה 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 להיקפה ולאופייה של התמיכה בפעילות פרטית באמצעות כספי ציבור. הצגתו של הדיון כתחרות בין שתי זכויות מקבילות לכאורה – חופש הביטוי מול חופש המימון – קנתה אחיזה רטורית חזקה בשיח הציבורי בישראל אף שבמסורת הפוליטית הליברלית רשויות המדינה אינן נהנות מ"חירויות"¹. עם זאת הטיעון המהותי שבבסיס טענתה של הממשלה אכן ראוי לבחינה נורמטיבית: אם יש 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 בהחלת תנאים מבוססי-תוכן על מקבלי המימון. במאמר זה נמחיש שטיעונים מעין אלה מובילים על פי רוב לתוצאות מעורפלות ולא שיטתיות, ונציע לבחון את סוגיית 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 באידאולוגיה, ושהסדרה החוקית של התנאים הללו מורכבת ושנויה במחלוקת. על רקע הדיון התאורטי והדוקטרינרי בהתנאת קצבאות ושירותים במדינת הרווחה, נפתח מודל נורמטיבי לבחינת

1 ראו ליאורה בילסקי ועפרה בלוח "הפליה ניאורליברלית: בחזרה אל המסה 'מחשבה ביקורתית בצל המשפט' (2012)" **תיאוריה וביקורת** 50, 175, 186–187 (2018) (אפיון אסטרטגיית הלגיטימציה של צעדי הממשלה כ"רסיגניפיקציה" – שימוש בשיח ליברלי להצדקת מהלכים לא ליברליים).

הלגיטימיות של תנאי מימון ממשלתיים באשר לביטוי אומנותי. המודל אינו מבוסס על תוכנו של התנאי – שכפי שנמחיש, לעולם נושא משקל אידאולוגי, ללא קשר למידת האוניברסליות או הטכנוקרטיות של תכליתו – כי אם על מידת מעורבותה של המדינה בקיומו ובשימורו של תחום האומנות הנתמך. הרכיב המבני הזה מוביל למבחן נורמטיבי בעל אופי ליניארי, אשר מושתת על מידע ממשי בנוגע ל"נתח השוק": ככל שהישענותו של התחום האומנותי על תמיכה ממשלתית רבה יותר, 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 הנוגעות להתניות שניתן להטיל על מימון תרבות מאת המדינה, ונתמקד במחלוקות שהתעוררו בנושא זה בשנים האחרונות ובפסיקה שביקשה להנחות את מקבלי ההחלטות בנושא. נוסף על זה יסקור הפרק 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 וברישות המגלמות הכרעות אידאולוגיות מורכבות ומעוררות מחלוקת. בהתבסס על ההקשר החדש שבו 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 שכבר נעשה במשפט הישראלי בנוגע לזכות לקיום בכבוד, ששימשה לביקורת חוקתית של חלק ממערכי מדינת הרווחה הישראלית. הדיון בפרק זה יכלול הן הצגה של מודל עקרוני והן ברור של כמה וכמה 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 פרדיגמת חופש הביטוי – שפותחה במידה המקיפה ביותר אך באופן לא 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 השנייה 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 שווה בשווה, ואף מורה על קביעת מבחנים שוויוניים לחלוקה בידי הממונה על סעיף התקציב בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה.² 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 לאפליה בהקצאת כספים לתאטרונים, בין "תאטרונים ותיקים" ל"תאטרונים חדשים", כאשר רק לתאטרונים הוותיקים הובטחה תמיכה קבועה מבסיס התקציב (ואילו תמיכה ב"תאטרונים חדשים" הייתה מותנית בתוספת תקציבית) – במנותק ממבחנים של רמת הפעילות והיקפה. פסק הדין, שניתן בידי 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 את עקרון השוויון וימנעו שרירות.³ 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 לפי שיקול דעת מקצועי-טכנוקרטי, והמדינה צריכה להישאר ניטרלית בנוגע לזהותם של מקבלי המימון או לתוכן פעילותם.

פרדיגמת איסור האפליה היא הפרדיגמה השלטת בניתוח המשפטי הישראלי, אך היא הולכת ונכרכת בפרדיגמת חופש הביטוי, אם כי למעשה זה עשורים ששתיהן משמשות את בית המשפט בערבוביה ולא ניתן למצוא דיון סדור בעניינן. בחלק זה נדגים כיצד ביקש בית המשפט העליון ליישם את שתי הפרדיגמות למן שנות השבעים בהקשר של תמיכות מותנות בתרבות,⁴ ונעמוד על חוסר הקוהרנטיות המובנה בניתוח מבוסס-זכויות שמתקשה לשמש מצפן לבית המשפט ומוביל בשיטתיות לניתוחים פתלתלים, מבולבלים ולא צפויים.

2 ס' 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 ס"ח 60. ראו גם עמ' 3 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2005 "תמיכת המדינה במוסדות ציבור לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985" (18.8.2009), "במרכז ההסדר שנקבע בחוק עומדת חובת השוויון בתמיכת המדינה בגופים השונים הפעילים באותו תחום".

3 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 באמצעות קביעת מבחנים מפורטים תהיה כסות ל"תפירתם".

4 למיטב ידיעתנו, הדיון שלהלן סוקר את כלל פסקי הדין המרכזיים שניתנו בהקשר של תמיכות מותנות במוסדות תרבות. קיימת כמובן פסיקה נוספת העוסקת בתמיכות מותנות (ובעיקר בתמיכות מותנות-אידאולוגיה) בשדות נוספים. ראו למשל בתחום החינוך: בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (נבו 5.1.2012) (עתירה נגד חוקתיות התיקון לחוק יסודות התקציב שהסמך 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 העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל); בתחום התמיכה במוסדות העוסקים בהכנה לגיור: בג"ץ 11585/05 **התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד העלייה והקליטה** (נבו 19.5.2009) (עתירה נגד מבחני תמיכה

כנקודת מוצא מועילה לדיון בניתוח המשפטי של מימון התרבות בישראל ניתן לסמן את פסק הדין בעניין **פסטיבל אבו גוש**.⁵ בשנות השבעים סורבה בקשתו של פסטיבל אבו גוש לתמיכה כספית ממוסד החינוך והתרבות בתוכנית שכללה את היצירה יוהנס-פסיון של באך, בטענה כי "אין זה מתפקיד משרד החינוך והתרבות לתמוך במוסד שמטרתו היא ביצוע מוסיקה כנסייתית", אגב הבהרה כי אין בכך כדי לגרוע מחשיבותו של הפסטיבל "כזימה פרטית".⁶ דעת הרוב, שנכתבה בידי השופט קיסטר, עמדה על שיקול הדעת הרחב המסור לממשלה באשר לתמיכה הכספית שהיא מעניקה למוסדות תרבות. לשיטתו, דבר אינו מחייב את המדינה לתמוך באופן פוזיטיבי, באמצעות כספי המיסים, בהפצת האמונה הנוצרית וב"פעולות מיסיונריות",⁷ או לחלופין (בהתעלם מהממד הדתי), בתוכנית המביאה מיצירותיהם של גדולי המוסיקה הגרמנית דווקא.⁸ 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 האומנות שצרכניה יכולים לממנה בעצמם. כך או כך, ההחלטות נתונות למשרד התרבות, והיות שלאיש אין זכות קנויה שיצירתו תיתמך בתקציב המדינה, ככלל, בית המשפט צריך למשוך ידיו מלהתערב בסוגיות אלה.⁹

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 שמעלים אותם מוסדות נתמכים. לגישתו, קיים חשש אינהרנטי שהתמיכה הממשלתית שנדרשת להבטחת קיומם של רוב רובם של מוסדות התרבות והמדע תוביל להתערבות בתוכני היצירות, והאחריות המוטלת על הרשות היא אפוא "להעניק תמיכה למוסדות הזכאים והראויים לה, ובמידה שהם זכאים וראויים לה, אבל יחד עם זאת להבטיח שלא הבירורים המוקדמים להענקה, לא ההענקה עצמה, מועדה, צורתה ותנאיה, ולא

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** (נבו 29.3.2022). במאמר זה אנחנו מתמקדים בתמיכות מותנות למוסדות תרבות בלבד, ואולם אנו סבורים כי הניתוח המוצע תקף עקרונית בשדות נוספים.

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

6 שם, בעמ' 823. במסגרת ההליך המשפטי עידן משרד החינוך את עמדתו, ומה שהודגש היה 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.

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

8 שם, בעמ' 841.

9 שם, בעמ' 835. קבוצת המקרים שלשיטתו 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.

הפיקוח על השימוש בכספים שהוענקו, לא יפגעו במלוא נימה בחופש האקדמי והאמנותי, בחופש הדעה והמצפון, או בחופש הדיבור והביטוי"¹⁰. ואולם, בהתחשב בהיותו של התקציב הנתון לתמיכה במוסדות תרבות מטבעו מוגבל, תיעודף המוסדות בהכרח נדרש. לעומת שיקולי תוכן, שהם פסולים, רשאי משרד החינוך והתרבות לשקול את "העניין הציבורי שבקיום המפעל [התרבותי]"; את מיקומו של מפעל התרבות כדי לבזר ולקדם את הנגשתה של התרבות; את מידת הצורך של המפעל התרבותי בתמיכה, בהתחשב במקורות תמיכה נוספים העומדים לרשותו.¹¹ עיקרי המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט באותו מקרה ניכרים גם עתה, מקץ חמישים שנה, בישראל ומחוצה לה. ואולם, נדמה כי הגישה המובעת בדעת המיעוט של השופט כהן, שהושתתה על חופש הביטוי האומנותי, קנתה לה אחיזה חזקה בפסיקה העכשווית, והיא משמשת כאמור את בתי המשפט ואת הייעוץ המשפטי לצד הדוקטרינה המושתתת על עקרון השוויון.

אנו סבורים שהמתח שבין דעת הרוב לדעת המיעוט בעניין אבו גוש מובנה באופן אינהרנטי ולא פתיר אנליטית בעתירות 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.¹² תחושת המתח ניכרת ביתר שאת כאשר הביטוי

10 שם, בעמ' 828.

11 שם, בעמ' 830.

12 ניסיונות לאתגר את תנאי התמיכה הציבורית בבתי המשפט נסבו לא רק על תנאים הקשורים באופי היצירה אלא גם על תנאים מבניים. כך בבג"ץ 2023/19 **תיאטרון האינקובטור נ' שרת התרבות והספורט** (נבו 8.8.2019), טען התאטרון האינקובטור בירושלים כי המשקל הרב שניתן ל"גודל" במבחני התמיכה (כפונקציה של תקציב והיקף הפעילות) מנציח את הפערים הקיימים בין תאטראות ופוגע ביכולתם להתחרות בחופש העיסוק ובשוויון, תוך כדי יצירת "תקרת זכוכית". פסק הדין, שניתן בידי השופט מיניץ בהסכמת השופטים מזוז וגרוסקופף, דחה את העתירה בקובעו 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 לפי היקף תקציבם, היא "בלבית שיקול הדעת המקצועי" של משרד התרבות (שם, פס' 12); כי לא ברור כלל שמטרת התמיכה התקציבית היא לסייע למוסדות תרבות לגדול ולטפס במעלה קטגוריות התמיכה (שם); כי לא ניתן לקבוע שמבחני התמיכה מציבים "תקרת זכויות", בהינתן מקורות התמיכה הנוספים שמהם נהנה התאטרון (שם, פס' 13). עניין **תאטרון ארצי לנוער**, לעיל ה"ש 3, נסב על מבחן תמיכה שהבחין בין "תיאטרונים ותיקים" ל"תיאטרונים חדשים". פסק הדין, שדחה כאמור לפירוט ולפורמליזציה 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 מצוינות 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 העממית; ועוד" (שם, בפס' 36). כמו כן ראו בג"ץ 8003/12 **העמותה לאומנות המשחק לתיאטרון וקולנוע נ' שרת התרבות והספורט** (נבו 15.7.2013), שם נידונה

שאינו זוכה לתמיכה ציבורית חורג מגבולות המיינסטרים התרבותי או הפוליטי. המחלוקת הציבורית והמשפטיות סביב כמה וכמה דברי חקיקה ויוזמות מנהליות שראשיתן בתחילת העשור הקודם ממחישות זאת היטב.

ב-2011 חוקקה הכנסת שני דברי חקיקה שהוקדשו במפורש לביטויים פוליטיים בשני הקשרים טעונים אידאולוגית: (1) ההתייחסות ליום העצמאות כיום הנכבה ו-(2) קמפיין ה-BDS, שקורא להחרים את ישראל, את מוסדותיה ואת היצוא הכלכלי שלה כדי 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, ולכן 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,¹³ או אם יציינו את יום העצמאות של ישראל כיום אבל.¹⁴ התבהלה 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 על סמך דוקטרינת אי-הבשלות, משום שהמנגנון שנקבע בחוק עדיין לא הופעל.¹⁵ בעניין שלילת המימון בשל התחייבות להשתתף בחרם נדחתה העתירה לגופו של

עתירה נגד מבחן שהגדיל את שיעור התמיכה למוסדות שגייסו גם תמיכה חיצונית (הסדר matching). בית המשפט דחה את הטענה לפגיעה בשוויון, שלפיה המבחן מעדיף מוסדות חזקים ומבוססים על פני מוסדות חלשים ללא מקורות תמיכה נוספים, כמו גם את הטענה לפגיעה בחופש העיסוק, שלפיה בהיעדר תמיכה ציבורית לא יוכל בית הספר להתקיים.

13 חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 ס"ח 972. החוק מגדיר בס' 1 "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". החוק קובע כי במקרים שבהם גוף שנתמך או מתוקצב על ידי המדינה וקורא 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. נוסף על זה, החוק מקנה לשר המשפטים, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, למנוע מגופים שקוראים לחרם או שמתחייבים להשתתף בחרם להשתתף במכרזים לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 ס"ח 114. 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).

14 חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011 ס"ח 686. מלבד הסעיף שמתייחס לנכבה, החוק מוסיף כמה תנאים מבוססי-תוכן שעלולים להוביל להפסקת מימון ציבורי. רוב התנאים הללו מתייחסים לעבירות פליליות, כגון הסתה לטרור ולגזענות או השחתת הדגל, ולפיכך נתפסו כשנויים פחות 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).

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

עניין, משנקבע בדעת רוב שהסעיפים שמקנים סמכות לשלול תקציבים ממוסדות שקוראים לחרם צולחים את מבחני החוקתיות.¹⁶

לצד החקיקה בכנסת שרת התרבות והספורט בשנים 2015–2020, מירי רגב, הובילה מהלך נפרד לאיתור מקרים שבהם יחידים או גופים שזכו למימון, כגון תיאטרות, קולנוענים ולהקות מחול, יצרו עבודות אומנות שהובנו בממשלה באותה העת כהבעת תמיכה במסרים החותרים תחת הלגיטימיות של מדינת ישראל או המצדדים בטרור. רגב הודתה שהמסרים עצמם מוגנים במסגרת חופש הביטוי, אך התעקשה שהזכות לחופש הביטוי אינה מחייבת את הממשלה לסבסד ביטויים שהיא תופסת כפוגעניים.¹⁷ לפיכך בכמה הזדמנויות שונות הנחתה רגב את אנשי משרדה לבחון מחדש את המימון הממשלתי לכמה מוסדות תרבות. מרבית הניסיונות האלה נגדעו באיבם כשחוקיותם נשללה בידי הייעוץ המשפטי לממשלה. חוות הדעת המשפטיות הדגישו בעקיבות את זכותם של מקבלי המימון לחופש ביטוי פוליטי ואומנותי ואת חובתה של הממשלה להביא בחשבון רק את השיקולים הרלוונטיים לתכלית המימון: תמיכה ביצירתה של אומנות איכותית על פי אמות מידה מקצועיות ובלי קשר לאידאולוגיה.¹⁸ גם במקרה זה קשה לאמוד את ההשפעה המצננת והמרסנת של מהלך כזה 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 – שהגדרתה כוללת את היישובים הישראליים ביהודה ושומרון – יהיו גורם שישפיע על הקטנת המימון (במקרה של סירוב להופיע ביהודה ושומרון, בנגב או בגליל ובהיעדר טעם שמשרד החינוך ימצא שהוא מוצדק), או על הגדלת המימון, כעין "בונוס" שיוענק למוסד תרבות שיופיע ביהודה ושומרון (סעיף הבונוס לא הוחל לא על הנגב ולא על הגליל). עתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח לביטולם של הקווים המנחים התקבלה בחלקה: דעת הרוב, שניתנה בידי המשנה לנשיאה מלצר בהסכמתה של הנשיאה חיות, קבעה את בטלותו של סעיף הבונוס, שהופעל בכמה וכמה מקרים; באשר לסעיף ההפחתה, שלא הופעל קודם למתן פסק הדין, נקבע כי העתירה אינה בשלה, בהתחשב בכך שנקבעו בו כמה סייגים והוא מותר אפוא

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

17 ראו למשל דברי השרה רגב בטקס הענקת פרסי התיאטרון הישראלי לשנת 2014, לי נעים "צפו: האמנים קוטעים את נאום רגב" מאקר 19.6.2015, <https://tinyurl.com/2hahjxxa>, דקות 3:32–3:42 ("חופש הביטוי והיצירה מעניק לסרט [העוסק ברוצח ראש הממשלה] חסינות מהותית, אבל כשהדבר נוגע לשאלת המימון, אני אומר: לא").

18 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 על 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 קשות ברגשות של נוצרים).

שיקול דעת רחב ביישום.¹⁹ דעת הרוב התבססה בעיקרה על עקרון השוויון ואיסור אפליה:²⁰ כך, הגם שתכליתו של סעיף הבונוס, שהובנה כהענקת גישה 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 בונוס המתייחס לאזור זה בלבד.²¹ עוד קבעה דעת הרוב כי סעיף הבונוס 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 האומנותי, וניתן להסתפק בחובתה שלא להפלות בין אישים וכן בין מוסדות על רקע עמדותיהם, ולשמור על ניטרליות בהפעלת מבחני התמיכה.

בדעת מיעוט סבר השופט מינץ כי סעיף ההפחתה וסעיף הבונוס אינם פוגעים כלל בשוויון או בחופש הביטוי של מוסדות התרבות: הרי לאלו אין זכות קנויה במדיניות תקצוב, ואילו לממשלה, מצידה, שיקול דעת רחב בקביעת תכליות שראוי לקדםן ובאשר לאמצעים לעשות כן. הרי אין חולק שהתכליות הראויות הפוטנציאליות שניתן לקדם באמצעות מדיניות התקצוב אינן תחומות ל"לב העשייה" האומנותית של המוסד, והן יכולות להתמקד אף בייצוג הולם או בעידוד צריכת תרבות על ידי מגוון של קבוצות אוכלוסייה והנגשת התרבות לכלל האוכלוסייה. לשם הגשמת התכלית האחרונה, כך לשיטתו של השופט מינץ, יכולה הממשלה להביא בחשבון סוגים שונים של "מרחק" – לאו דווקא במובן הגאוגרפי אלא גם במובן הנחיתות התרבותית הנטענת של אזור יהודה ושומרון. מכאן שסעיפי ההפחתה והבונוס משקפים שיקולים ענייניים ולא "פוליטיים", המבחינים הבחנה רלוונטית לפי התכלית שאותה מבקשת המדינה לקדם.²² מטעמים דומים סבר השופט מינץ כי אין פגיעה של ממש בחופש הביטוי: ההגבלה המגולמת בסעיפי ההפחתה והבונוס אינה נוגעת לתוכן הביטוי הפוליטי במישרין, 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 גדולה בלבד.²³

מקרה מבחני התמיכה הוא מעניין במיוחד משום שבאמצעות הקווים המנחים לתמיכה ממשלתית במוסדות תרבות הממשלה אינה בוחנת את התוכן האומנותי של המופעים אלא בודקת אם המופיעים מפלים קהלים מסוימים; בכך מקרה זה מדגים את הקושי בזיהוי התערבות המדינה ממניעים פוליטיים-אידאולוגיים, שהמבקרים מזהים אותה בדרך כלל

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

20 שם, פס' 53 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

21 למשל, לא הוכח כי המספר הקטן של ההופעות ביהודה ושומרון ביחס לאזורים אחרים אינו בהלימה לאוכלוסייה 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.

22 שם, פס' 13 לפסק הדין של השופט מינץ.

23 שם, פס' 26-33 לפסק הדין של השופט מינץ.

דווקא כהתערבות בתוכני היצירה, ובמיוחד ב"ניטור" או בצנזורה של יצירות קונקרטיות.²⁴ הקווים המנחים הללו הוצגו כחלק מרפורמה גדולה יותר שמבקשת לתקן את החלוקה הלא צודקת של כספי ציבור בין המרכז העירוני הפריויליגי של המדינה לפריפריה המקופחת שלה. אומנם ההתנחלויות הישראליות בגדה המערבית רחוקות מלהיות מקופחות בכל הנוגע למימון ציבורי,²⁵ ובה בעת חלקן קטנות, מפורדות, והחיים בהן כרוכים בסיכון; מובן אפוא שכמעט כל קו שיחלק את המפה לאזורים פריויליגים ואזורים נזקקים יעורר מחלוקת אידיאולוגית – תזכורת לכך שעקרונות חלוקה ממשלתיים מקצועיים "לחלוטין" או שאינם אידיאולוגים כלל הם מעטים מאוד, אם בכלל אלה קיימים. פסק הדין שניתן בעניין מבחני התמיכה ממחיש היטב את הקושי לגזור הכרעות משפטיות ברורות במחלוקות המימון מתוך זכויות האדם.

אם כן, כפי שכבר טענו חוקרים אחדים,²⁶ שתי הפרדיגמות הזכותניות הללו – של חופש הביטוי ושל איסור האפליה – אינן 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 שהיא 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 – בייחוד כשמדובר בתמיכה ביצירות תרבות, שבה קשה להבחין בין הערכה מקצועית מבוססת-איכות לבין טעם אומנותי אישי. אתגר מרכזי נוסף הוא כמובן כיצד לקבוע אילו תכליות שהמדינה מבקשת לקדם הן ראויות ולגיטימיות ולפיכך ראויות למימון. שדה המוקשים הנורמטיבי הזה הפכפך לא פחות מן השאלות האחרות, וחצייתו מחייבת מעבר דרך ויכוחים עובדתיים (למשל אם הממשלה באמת מעוניינת לתמוך בפריפריה הגאוגרפית, או שמא ההתייחסות לחלוקה מחודשת של משאבים רק מסווה תמיכה בהתנחלויות) כמו גם ויכוחים אידיאולוגיים (אם 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 רו ואליוזבת אנדרסון, למשל, מגדירים את האוטונומיה כאפשרות לבחור מתוך קשת של הזדמנויות בתחומים חשובים של החוויה האנושית. גישתם זו יכולה לשמש בסיס לדרישה מהמדינה להבטיח את הפקתו של מרחב

24 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).

25 ראו בילסקי ובלוך, לעיל ה"ש 1.

26 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 הנצחה" *משפטים על אתר* יב 29 (2018); אוון פיס "החירות הפוליטית וחופש המימון" *מעשי משפט* ט 243 (2018).

תוכן אומנותי מגוון דיו.²⁷ מנחם מאוטנר קרא למדינה בכתיבתו על ה"ליברליזם של השגשוג" לממן יצירות אומנותיות כבסיס להעשרה אינטלקטואלית ומוסרית כדי לאפשר לכל אדם גישה לשיפור עצמי ולמימוש האידיאל ההומניסטי הליברלי.²⁸ זיקה לטיעונים אלה ניתן למצוא ב"עקרון אי-ההנצחה" שמציע אדם שנער. עיקרון זה מבקש לחייב מדינות דמוקרטיות לכלול דעות אופוזיציוניות במרחב הציבורי כדי למנוע מהשלטון המכהן להפוך, כברירת מחל, לאפשרות השלטון היחידה בדמיון הפוליטי של ציבור הבוחרים.²⁹ שנער מהדהד את גישתו של אוון פיס, שטוען כי יש להגביל את כוח המימון אם נעשה בו שימוש המגביל את חילופי הרעיונות החופשיים בנושאים הנמצאים בלב השיח הציבורי.³⁰ תפיסות שונות של הזכות להשתייכות פוליטית דורשות קיומו של שיח פוליטי מושכל כתנאי לאזרחות דמוקרטית משמעותית, ולפיכך הן מתורגמות לעיתים להגבלות על שיקול דעתה של הממשלה בנוגע למימון מיזמים ופעילויות של יצירתיות אינטלקטואלית ותרבותית.³¹ 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".³² 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 על זהות זו מאיימת חדירתה של תרבות הרוב.³³

בכל אחד מהטיעונים הללו, שמבקשים לבסס "זכות לקבלת מימון", כרוכים אתגרים ומורכבויות שדיון מקיף בהם לא יתאפשר במאמר זה. הזכויות החיוביות מן "הדור השני", שמציבות בפני מדינת הרווחה דרישות מבניות וכספיות רבות, קנו לעצמן אחיזה מסוימת בעיצובן של חוקות ברחבי העולם בעשורים האחרונים, אך גם הן עדיין גוררות מחלוקות תאורטיות, אידאולוגיות ופרגמטיות עמוקות ונרחבות. בישראל, שבה מתמקד המחקר הנוכחי, תפיסות אלה עדיין רחוקות מלהיכלל בפרדיגמה השלטת של המשפט החוקתי,³⁴

27 ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 149 (1993); JOSEPH RAZ, ראו Ori Aronson, *The How Many Question: an* THE MORALITY OF FREEDOM 412 (1986) *Institutionalist's Guide to Pluralism, in* INSTITUTIONALIZING RIGHTS AND RELIGION: COMPETING SUPREMACIES 147 (Leora Batnitzky & Hanoch Dagan eds., 2017)

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

29 שנער, לעיל ה"ש 26.

30 פיס, לעיל ה"ש 26.

31 ראו Owen M. Fiss, *State Activism and State Censorship*, 100 YALE L.J. 2087, 2098-2106 (1991).

32 עדנה הראל-פישר *ממלכתיות במדיניות תרבות*: מחקר מדיניות 139 146 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

33 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).

34 ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" *שנתון משפט העבודה* ז 65 (התשנ"ט); דפנה ברק-ארוז "זכויות חברתיות במשפט

שעשויה בעיקרה פסיקות שיפוטיות הממוקדות במה שנתפס כצרכים החומריים המינימליים של קיום אנושי – הכנסה, דיור, רפואה וחינוך.³⁵ 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 התאורטי ואת חוסר הקוהרנטיות הדוקטרינרית הכרוכים במפגש שבין תמיכה תקציבית מדינתית לחופש הביטוי. פרדיגמת חופש הביטוי האמריקאית מבחינה בין תפקידה הרגולטורי של המדינה לבין תפקודה כדוברת. אם בתפקידה כרגולטורית המדינה מחויבת לשמור על ניטרליות,³⁶ 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 ארצות הברית מתייחסים שוב ושוב לפתלתלותה של דוקטרינת ההתניה הלא חוקתית (unconstitutional conditioning). כפי שחלקם אף ציינו, ללב מתגנבת התחושה שלמעשה תורה כזאת אינה קיימת כלל, או שלכל הפחות אין בנמצא "מבחן חד ומבוסס" לבחינת השאלות הללו.³⁷ נדון להלן במקרים הבולטים שבהם נדרש המשפט האמריקאי להתמודד עם המתח שבין חופש הביטוי לבין סמכות המימון הסלקטיבית של הממשל. אומנם לא כל המקרים עוסקים בחופש ביטוי בהקשר האומנותי דווקא, אולם 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 שעמם נאלצים בתי המשפט להתמודד.

שני גלגוליו של ההליך המשפטי בעניין *Open Society* ממחישים את הקשיים. בסיבוב הראשון של פרשה זו, בפסק דינו משנת 2013, ביטל בית המשפט העליון האמריקאי את חוק המנהיגות (The Leadership Act) מ-2003, חוק פדרלי שהתנה מימון ממשלתי לארגונים

הישראלי: הגנה ישירה, הגנה עקיפה ואתגרים להמשך הדרך" ספר אדמונד לוי 53 (אוהד גורדון עורך, 2017).

35 ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012); עע"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 פלוגית נ' משרד הבינוי והשיכון (נבו) 21.10.2020. וראו גם פסק דינה של השופטת מיכל אגמון גונן בעת"מ (ת"א) 28922-03-17 אלבו נ' משרד הבינוי והשיכון (נבו) 1.4.2019, שנהפך בערעור: עע"מ 3554/19 משרד הבינוי והשיכון נ' אלבו (נבו) 31.5.2020; עע"מ 4589/18 רובין נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (נבו) 30.4.2019.

36 *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95–96 (1972).

37 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).

שנלחמים במחלת האיידס ובנגיף ה-HIV ברחבי העולם באימוץ עמדה מפורשת נגד זנות וסחר בבני אדם (תנאי שהוגדר כ"דרישת המדיניות").³⁸ בית המשפט העליון קיבל את הטענה של **קבוצת ארגונים אמריקאיים** שאליהם התייחס החוק הנדון, שלפיה דרישת המדיניות פוגעת בחופש הביטוי, והיא צפויה למנוע שיתוף פעולה שלהם עם ממשלות זרות, להרתיע נשים וגברים בזנות מפנייה אליהם, ולצנזר את הדיונים ואת הפרסומים שלהם. הפסיקה הדגישה שהקונגרס רשאי להגדיר את גבולותיה של תוכנית התמיכה הממשלתית לפי המטרות והפעילויות שהוא מבקש לסכסד, אולם אסור לו לכפות תנאים המבקשים למנף את המימון במידה המגבילה את הביטוי מחוץ לקווי המתאר של התוכנית עצמה. "דרישת המדיניות" היא מקרה מן הסוג השני, כך נקבע, משום שהיא דורשת מהארגונים לאמץ מדיניות ממשלתית כשלהי, ולכן אינה חוקתית, אפילו אם לכאורה ניתן להפחית את הפגיעה באמצעות התבטאותם של 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 בו, רשאית ואף חייבת לבחור בין מטרות וקווי מדיניות שונים ולפעול למימוש בחירותיה, כשלעצתם קרובות הדבר כרוך בהסתייעות בגופים פרטיים שמקדמים את אותן המטרות. מובן שברובד זה של פעילותה לא תשתף הממשלה פעולה עם ארגונים שחולקים עליה ואף מתנגדים למדיניותה, וכל עוד ארגונים שאינם מקבלים מימון ממשלתי חופשיים לבטא את דעותיהם השונות, הסירוב הממשלתי להיעזר בהם אינו פוגע בחופש הביטוי שלהם או מפר את הזכויות שמקנה להם התיקון הראשון לחוקה, אשר מגן מפני **ביטוי כפוי** ולא מפני אפליה נגד עמדות מסוימות.³⁹ ביישמה את התשתית האנליטית החליפית, מסקנתה של דעת המיעוט הייתה שדרישת המדיניות היא תנאי רלוונטי לתכלית התוכנית, שכן הממשלה רואה במניעת זנות צעד הכרחי במלחמה בהתפשטות מחלת האיידס ונגיף ה-HIV, בין שעמדתה נכונה ובין שלא.

גם אחרי פסק הדין מ-2013, שעסק בתחולת החוק על ארגונים אמריקאיים, נותרה על כנה השאלה אם הארגונים הזרים שממומנים דרך חוק המנהיגות כפופים לדרישת המדיניות. שאלה זו עמדה לפתחו של בית המשפט העליון בגלגול השני של הפרשה.⁴⁰ דעת הרוב, שאותה כתב 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 מהסיבוב הראשון, שהתניית מימון במחויבות האידאולוגית של ארגונים זרים (למשל לקידום ערכים דמוקרטיים או זכויות נשים) הכרחית כדי להבטיח שהסיוע הכספי משרת את האינטרסים של ארצות הברית ועולה בקנה אחד עם ערכיה, ושהתניה כזאת היא פרקטיקה מסורתית של מדיניות החוץ שהתערבות בה אינה מעניינה של

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

39 שם, בעמ' 221-227.

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

הרשות השופטת. כפי שניתן להבחין, זוהי גישה מרחיבה, אם כי לא בלתי אפשרית, לתנאי הרלוונטיות לתוכנית. דעת המיעוט, שאותה כתב השופט ברייר, הציעה לזנוח שיקולים פורמליסטיים שעניינם היעדר התחולה החוקתית על אזרחים זרים: העיקר, לשיטתו, הוא שהחלטה של דרישת המדיניות על הארגונים השותפים הזרים תעוות את המסרים של הארגונים האמריקאיים שאיתם הם עובדים, ומכאן פסלותה.⁴¹

שני פסקי הדין בעניין *Open Society* מדגימים את חוסר הבהירות שיוצרות ההבחנות שהם מציעים. הדבר נכון במיוחד להבחנות בין "פנים" התוכנית 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 העקיבות 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.⁴² בית המשפט דחה את הטענה שמדובר בהפרה של הזכויות המוקנות מתוקף התיקון הראשון לחוקה, בקובעו כי התקנה אינה מונעת מימון אלא רק מבטיחה שכספי ציבור ישרתו את התכליות שהם נועדו לקדם.⁴³ תוצאה אחרת, כך סבר בית המשפט, עלולה לגרום שלממשל – המאשר את כספי התמיכה – תיוחס מדיניות התומכת בהפלות, שממנה 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 ללא ממומנת, שכן ביכולתם להתבטא כרצונם בתוכניות נפרדות. ואולם, ישימותה של הבחנה זו מוטלת בספק. הקביעה כי אין פגיעה חוקתית כשהגופים המממנים יכולים להמשיך ולהתבטא במסגרת פעילויות אחרות, מקורה בעניין *Regan*,⁴⁴ שבו נדחתה הטענה שהתניית פטור ממס לעמותות באיסור על "תעמולה או ניסיונות אחרים להשפיע על חקיקה" היא לא-חוקתית. בדומה לזה 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 כל אחד בנפרד ומקפידים על רשומות נפרדות שיעידו שתרומות מוכרות לצורכי מס לא הופנו לטובת פעילות שידול. נתיב פעולה כזה, 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-1984.⁴⁵ 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 שאף שהקונגרס ורשות התקשורת הפדרלית רשאים לפקח על התבטאויותיהן של תחנות השידור החינוכי הלא-מסחרי, בהתחשב בכך שהבעת דעותיהם של העורכים עומדת בלבנה של ההגנה שמקנה התיקון הראשון לחוקה,

41 שם, בעמ' 2090–2103.

42 *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

43 שם, בעמ' 196.

44 *Regan v. Taxation with Representation of Wash.*, 461 U.S. 540 (1983).

45 *FCC v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364 (1984).

האיסור רחב מכפי שראוי לאפשר לו להיות; המטרות המסוימות שהאיסור על הבעת דעת העורכים ניסה לקדם הן "או לא משמעותיות מספיק או שאינן מוצגות במידה מצומצמת מספיק כדי להצדיק את הפגיעה בחירויות עיתונאיות חשובות שמוגנות בקנאות על ידי התיקון הראשון לחוקה".⁴⁶ בדומה לזה, בעניין *Velazquez* משנת 2001 פסק בית המשפט העליון 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 באשר לעורכות הדין שמעניקות את הסיוע המשפטי וגם באשר ללקוחותיהן.⁴⁷ נקבע שבהגשת תביעה לקצבאות עורכת דין הממומנת על ידי תאגיד השירותים המשפטיים (Legal Services Corporation) מדברת בשם הלקוחה שתובעת קצבאות רווחה מהממשלה. עורכת הדין איננה דוברת מטעם הממשלה, ומדובר אפוא בביטוי פרטי ולא בביטוי ממשלתי "אפילו במסגרת פרשנות נדיבה למושג".⁴⁸

בחינת פסיקה זו מראה כי אותה מסגרת אנליטית מובילה במקרים השונים לתוצאות שלעיתים קשה ליישב: אי-קביעות (indeterminacy) שמשקפת, 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 שמייצעת 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 שמייצעת ללקוח שלה נתפסים כ"ביטוי פרטי" (ומשום כך החלת תנאים על התבטאויותיה מובנת כהפרה של זכויות חוקתיות, כפי שנקבע בעניין *Velazquez*).⁴⁹ 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.⁵⁰ תנאי הרלוונטיות מציב אתגרים רציניים עוד יותר, והבולט

46 שם, בעמ' 399-402.

47 *Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001).

48 שם, בעמ' 543.

49 און פיס הציע ליישב את הסתירה לכאורה בין ביטוי הרופאה האסור לביטוי עורכת הדין המותר בטענה כי ביטוי עורכת הדין תורם תרומה מובהקת יותר לשיח הציבורי על סוגיות שנויות במחלוקת. ההסבר טמון בצירור של בית המשפט כמעין אספה ציבורית, בניגוד לשיח ה"פרטי" שבין רופאה ללקוחה. ניסיון זה ליישוב חוסר הקוהרנטיות מעורר קשיים, לכל הפחות משום שהוא נמנע מלאתגר הבחנות מסורתיות שבין הספרה הפרטית לספרה הציבורית ומאמצן 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, דחה בית המשפט העליון את עמדת הממשלה שלפיה העובדה שמקבלי המימון יכולים להביע את עמדתם דרך ארגונים שפועלים לצידם 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. ואף על פי כן קשה ליישב את הקו שנקט בית המשפט העליון במקרה זה בפסיקתו 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.

שבהם הוא כמובן סכנת המניפולציה. התנייתן של התבטאויות צריכה להיות רלוונטית לתוכנית הממומנת, אבל הממשלה תמיד יכולה לעצב את תכליות התוכנית, שתתאים למגבלות כלשהן על ההתבטאויות שאותן היא מבקשת לממש.⁵¹ 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 שתהפוך את התיקון הראשון לתרגיל סמנטי.⁵²

לניתוח המוצע במאמר זה חשוב במיוחד לשים לב לניסיונות השונים להמשיג כפייה, כפי שהם באים לידי ביטוי בפסקי הדין הללו. ניכר שיש טווח רחב של דעות מגוונות בנוגע להגדרתו של תנאי כפועל 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 במוכן המילולי ביותר של כורח, אך כאשר הממשלה מתנה את המימון מטעמה ולמעשה מניחה על השולחן הצעת חבילה שאפשר לקבלה או לדחותה במלואה, אין בכך משום כפייה, שכן מקבלי המימון הפוטנציאליים חופשיים לסרב להצעת הממשלה.⁵³ עמדה זו בוטאה שוב בבהירות בחוות דעתו של השופט תומאס בפסק הדין השני באותה פרשה. בהתייחסו למחלוקת שהתעוררה בהליך הראשון בעניין ובהדהדו את דברי השופט סקאליה הדגיש השופט תומאס "הסיבה שדרישת המדיניות לא מפרה את התיקון הראשון לחוקה פשוטה הרבה יותר: היא אינה מכריחה איש לעשות דבר".⁵⁴ אם כן, לפי תפיסה זו, כל עוד מקבלי הפוטנציאליים של המימון הממשלתי יכולים לבחור שלא לקבל אותו, התנייתו של המימון במחויבות אידאולוגית שקשורה לתכלית התוכנית הממשלתית אינה מפירה 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, אישר בית המשפט העליון את התנאי וקבע שהאפשרות להתבטא דרך גופים שותפים הופכת את הנטל על חופש הביטוי לחסר משמעות.⁵⁵ לעומת זאת בעניין *League of Women Voters* נקבע שהתנאי מטיל נטל כבד מדי, משום שהוא מחיל הגבלות רחבות על פרסום ועל הבעת דעה, שניצבים "בלב התיקון הראשון לחוקה".⁵⁶ גישות אלה משקפות את העמדה הריאליסטית שלפיה כאשר לממשלה יש כלי השפעה יעיל, שהיא יכולה להפעילו כנגד מקבלי המימון מטעמה, קשה להבחין בבירור בין שכנוע, למקח ולכפייה.⁵⁷ מה שמקשה עוד יותר על זיהויה של כפייה ככזו ולא פעם הופך את הניתוח המבוסס על התיקון הראשון לחוקה לחסר תועלת, היא העובדה שרק לעיתים רחוקות (אם בכלל) הזכאות לקצבאות ממשלתיות נגזרת מן הכתוב

51 לביקורת על "הסוואת תכליות" במשפט המינהלי והחוקתי הישראלי, ראו: אהרונסון, לעיל ה"ש 24.

52 עניין *Velazquez*, לעיל ה"ש 47.

53 עניין *Open Society I*, לעיל ה"ש 38, עמ' 221–227.

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

55 עניין *Regan*, לעיל ה"ש 44.

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

57 *Cox & Samaha*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 68; ראו גם: LOUIS MICHAEL SEIDMAN & MARK V.

.TUSHNET, REMNANTS OF BELIEF: CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL ISSUES 83 (1996)

באופן חד-משמעי; למעשה, כמעט תמיד הן מבוססות על שיקול דעת. לטענת החוקרים סיידמן וטשנט, היות שהזכויות הקבועות בחוקה רחוקות מלהבטיח כשלעצמן לאנשים את מה שהם לרוב צריכים, הממשלה תמיד תוכל לאיים לפגוע בקצבאות שאינן מובטחות בחוקה, ובדרך זו להביא את הפרט להתפשר בנוגע לזכויותיו החוקתיות.⁵⁸ כפי שנדגים בחלק הבא, החששות האלה מתעצמים לנוכח התפיסה שכמעט בכל הקשר קצבאות ממשלתיות כוללות התניות המגלמות עמדות אידאולוגיות 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.⁵⁹

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 לדיוננו כאן – זהו פסק הדין בעניין *Finley*.⁶⁰ במקרה זה דן בית המשפט העליון בתיקון לחוק הקרן הלאומית לאומנויות ולמדעי הרוח (The National Foundation on the Arts and the Humanities Act) מ-1965, שקבע ש"ר הקרן הלאומית לאומנויות (The National Endowment on the Arts – NEA) יוודא 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 האמריקאי" (קריטריוני המהוגנות והכבוד).⁶¹ דרישה זו מיו"ר הקרן הגיעה לאחר דיונים סוערים בציבור ובקונגרס, שהתעוררו בעקבות הצגתן של שתי "עבודות פרובוקטיביות" בתערוכות שנהנו ממימון הקרן הלאומית לאומנויות: הראשונה כללה תצלומים הומו-ארוטיים, והשנייה, *Piss Christ*, הייתה תצלום שהציג את "דמות [ישן] הצלוב שקועה בשתן".⁶²

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 לאומנויות להביא בחשבון שיקולי "מהוגנות וכבוד" כחלק ממבחן אקסוגני, ולפיכך לא **מנעו** כל ביטוי שמבוסס על עמדה מסוימת כזו או אחרת.⁶³ אוקונור הדגישה שנדרשות סכנות ברורות וגדולות יותר כדי להצדיק פסילה של חקיקה. היות שקריטריוני "המהוגנות והכבוד" [...] אינם משתיקים דוברים באמצעות איום מפורש בצנזורה על רעיונות, אין

58 שם, בעמ' 89.

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

60 National Endowment for Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998).

61 שם, בעמ' 572.

62 שם, בעמ' 574.

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

נשקפת סכנה ממשית ל"ערכי התיקון הראשון לחוקה".⁶⁴ ראוי לציין שבית המשפט העליון הכיר בכך שאם הממשלה תנסה לעקוף זאת ולהרחיק רעיונות או עמדות מסוימות מהשוק, תהיה בכך כפייה שאינה חוקתית, אך פסק הדין קבע שזוהי סוגיה הנוגעת ליישום החוק, וכי האפשרות התאורטית עצמה שמשוהו מעין זה יתרחש אינה עילה מספיקה לפסילת חקיקה.⁶⁵ לבסוף הדגיש פסק הדין שבהקשרן של תמיכות סלקטיביות, כאשר הקונגרס אינו מפקח על הביטוי ישירות, יש לו "שיקול דעת רחב בנוגע לסדר העדיפויות של ההוצאות", והואיל והקונגרס פועל "כפטרון ולא כריבון", לא ניתן לומר שהשלכותיו של החוק מחמירות.⁶⁶ 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 אינם שוללים התבטאות, לרבות התבטאויות לא מהוגנות וחסרות כבוד. "אומני אוואנגרד דוגמת המשיבים חופשיים לחלוטין להמשיך לזעזע את הבורגנים [les bourgeois]; כל שנשלל מהם הוא הסיפוק הנוסף הטמון בכך שמיסי הבורגנים הם שמממנים זאת".⁶⁷ על פי גישה זו, ככלל ובשונה ממניעה או מאיסור ישירים, החלטה ממשלתית שלא לתמוך תקציבית בדבר מה אינה כפייה מכבידה. בתור גורם תומך ומתקצב, הממשלה רשאית לבחור אילו פעילויות היא מעדיפה ומבקשת לעודד.⁶⁸ השופט סקאליה שלל את הטענה שאין למנוע מימון בהיעדר מקור מימון חלופי, שכן קבלה של טענה זו תהפוך את הקרן הלאומית לאומנויות, לשיטתו, ל"פטרון חובה" של כל אומנות שהיא, כולל אומנות שאינה מכבדת. מכל מקום, שאלה זו לא עמדה על הפרק באותו מקרה, משום שהיא אפשר להצביע על מקורות מימון חלופיים.⁶⁹ השופט סוטר, בדעת מיעוט, מצא את התיקון לא חוקתי, בהדגישו את חובת המדינה לפעול בניטרליות כשהיא מקצה משאבים לשם מימושו של חופש הביטוי. לשיטתו, קריטריוני המהוגנות והכבוד עולים כדי אפליית מקבלי התמיכה הפוטנציאליים על בסיס השקפת עולמם, ובכך מפירים את התיקון הראשון לחוקה.⁷⁰

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 שבארצות הברית מדיניות מימון התרבות נסמכת במידה רבה על תמיכה עקיפה (כלומר עידוד תרומה פרטית באמצעות תמריצים כלכליים), ואם כן, הסכנה שבמניעת תמיכה ציבורית למוסדות היא פחותה. לעומת זאת בישראל עיקר התמיכה באומנות ובתרבות היא

64 עניין *Finley*, לעיל ה"ש 60, בעמ' 583.

65 שם, בעמ' 587.

66 שם, בעמ' 588–589.

67 שם, בעמ' 595–596.

68 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).

69 שם, בעמ' 597.

70 שם, בעמ' 600–623.

ישירה. עוד עומדת הראל פישר על כך שעל פי הדין האמריקאי, שנידון בעניין *Finley*, הגורם המוסמך לקבל החלטות הנוגעות לתקצוב היא הקרן הלאומית לאומנויות ולא גורם פוליטי, וכן על כך שמאז שנידון עניין *Finley*, מתקיים בארצות הברית שיח ער על חופש הביטוי האומנותי ועל חשיבותו של המימון הציבורי לקיומו.⁷¹ הבחנות אלו אכן במקומן, ואנו מצטרפים אפוא לסקפטיות 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, ובייחוד מחופש הביטוי.

לפיכך 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 האומנותית". כפי שנמחיש בחלק הבא, הצבת תנאים למתן כספי ציבור לגופים פרטיים – לרבות תנאים אידאולוגיים מובהקים – היא דרך נהוגה ומקובלת להקצאת משאבים לפרטים אשר קיימת בבסיס מנגנוני החלוקה של מדינת הרווחה. מבחינה זו החלת תנאים מבוססי-תוכן על מימונה של יצירה אומנותית 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 הטיעון 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 אומנותית.

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.⁷² הדבר נכון גם ברמת המקרו – סוגי משטרי הרווחה השונים והיחס בין הציבורי לפרטי שכל משטר כזה מבטא – וגם ברמת המקרו – עיצובן של תוכניות לתשלומי העברה ספציפיות ולשירותים נוספים שמדינת הרווחה מספקת. השינויים העמוקים שמדינות רווחה רבות חוו בעשורים האחרונים הולידו חלוקת עבודה חדשה בין המדינה למגזר הפרטי (שכולל את השוק הפרטי אך גם את החברה האזרחית והמשפחה), שבה המדינה שוב אינה נתפסת כספקית ישירה של שירותים אלא מובנת יותר ויותר כמי

71 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*).

72 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., 2001).

שתפקידה מתרכז בהסדרה, בפיקוח ובמימון.⁷³ עלייתה של המדינה הרגולטורית יצרה רפרטואר עשיר של סוגי מדיניות, כמו גם מגוון רחב של שיטות משטר שונות במדינות שונות.⁷⁴ 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 שבמסגרתה האחריות הפרדיגמטית של הממשלה אינה אספקה כי אם אסדרת השוק.⁷⁵ 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 נסוגה⁷⁶ אלא עוברת שינוי מבני שלפיו במקום לספק את שירותי הרווחה ממשלות מסדירות, מממנות ומפקחות. לפיכך ניתן לטעון כי גרסה של שאלת "חופש המימון" של הממשלה היא חלק מהוויכוח על מדינת הרווחה ומהדינאם המשפטיות על זכויות חברתיות וכלכליות. הדוגמה הישראלית ממחישה זאת היטב. למן שנות השמונים המאוחרות של המאה העשרים עברה מדינת הרווחה הישראלית שינויים ניכרים שהופכים אותה ממה שהיה נהוג 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,⁷⁷ כמו גם שינויים הדוגמתיים 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 משרד הרווחה מוקדש לתשלום לאספקת שירותי רווחה על ידי גורמים חיצוניים, ותפקידו העיקרי של המשרד הוא אפוא

MICHAEL MORAN, THE BRITISH REGULATORY STATE: HIGH MODERNISM AND 73
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).

Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, *The Rise of the Regulatory State*, 41 J. ECON. LIT. 401 74
(2003).

ראו שם. מובן שמאפיינים אלה הם רק אידיאלי טיפוס. המציאות היא לא פעם נשף מסכות מוסדי, שבו 75
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").

Paul Pierson, *Coping with Permanent Austerity: Welfare State Restructuring in Affluent 76
Democracies*, in THE NEW POLITICS OF THE WELFARE STATE 410 (Paul Pierson ed., 2001)

77 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 שאלה הם פני הדברים במצבה הנוכחי של ישראל.

לפקח על אספקת שירותי הרווחה, ואילו גופים אחרים – פרטיים, פרטיים למחצה או ציבוריים – הם שמספקים את שירותי הרווחה בפועל ומנהלים את האספקה.⁷⁸ אם כספקית של שירותי רווחה ואם כגורם המפקח והמממן שלהם, המדינה היא שמסורתית אמונה על הצבת תנאים שונים לקביעת הזכאות לקבלת קצבאות רווחה. הדוגמאות לתנאים כאלה הן רבות וכוללות תושבות, גיל, תקופת אכשרה (ותק) בשוק העבודה, תשלומי עבר לביטוח לאומי או קיומו של אירוע מזכה (כגון תאונה, לידה, פיטורים וכו'). מטבע הדברים יש תנאים שונים לקצבאות שונות. לדוגמה, כדי לקבל דמי אבטלה בישראל, נוסף על התנאים שפורטו לעיל יש להוכיח פיטורים או עזיבת מקום עבודה, לבקר בלשכת שירות התעסוקה בקביעות 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 כדי להיות זכאית לדמי אבטלה ופיטורין? איזו עבודה לא תיחשב למתאימה למבקש דמי אבטלה מסוים? וכו'), ולפיכך הם עוברים תדיר תיקוני חקיקה ונהלים.⁷⁹ 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.⁸⁰ עיצוב דמי האבטלה הוא 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 כשמדובר בביטוי אומנותי, ונבחן אותו מבעד לדיון במדינת הרווחה הרגולטורית. נתאר את התנאים השונים שהמדינה קובעת בדרך כלל בהקשרי רווחה שונים כדי 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 אידאולוגית ונושאים משקל נורמטיבי רב.

78 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).

79 סעיף דמי האבטלה בחוק הביטוח הלאומי (סעיף 7) שונה יותר משלושים פעמים מאז 1990. מתוך התיקונים הללו, לפחות 12 עסקו בקריטריון הזכאות לקבלת דמי אבטלה.

80 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.⁸¹ אנחנו מבקשים למסגר מחדש את הטיפולוגיה הזאת בצורה קצת שונה, כדי להתאימה לדיונונו כאן. המחקרים שעוסקים בעיצוב זכאות לקצבאות במדינת הרווחה נוטים להבחין בין שני סוגי קצבאות עיקריים: קצבאות אוניברסליות וקצבאות סלקטיביות.⁸² בחלוקה הדיכוטומית הזאת קצבאות אוניברסליות אינן מבוססות על קשר קודם לשוק העבודה או לצורך 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 שיוולדת בבית חולים, ובנסיבות מסוימות גם למי שיוולדת בביתה ללא קשר לרמת ההכנסה שלה או להשתתפותה בשוק העבודה.⁸³ לעומת זאת קצבאות סלקטיביות תלויות ברמת ההכנסה והן מכוונות אל בעלי הכנסה נמוכה, כפי שאלה מוגדרים בתנאי הזכאות. לדוגמה, בישראל קצבאות הבטחת הכנסה מוענקות רק למי שמצויים בעשירוני ההשתכרות התחתונים,⁸⁴ כשהמטרה היא להעניק הכנסה נוספת למשפחות וליחידים שחיים בעוני. מימים ימימה נחשבה ההכרעה בין אוניברסליות לסלקטיביות למאפיין מרכזי ומגדיר של משטרי רווחה במדינות שונות,⁸⁵ כאשר המודל הסוציאל-דמוקרטי מבוסס על אוניברסליות והמודל הליברלי מבוסס על סלקטיביות.⁸⁶ עם זאת יש המבקרים את הדיכוטומיה הזאת וסבורים שהיא מטעה. לטענת המבקרים, יש לחשוב על האוניברסליות ועל הסלקטיביות כשני קצוות של אותו הספקטרום. הסיבה לכך היא שקצבאות סלקטיביות יכולות להשתמש במבחני הכנסה

81 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 כדי לתמרץ התנהגות מסוימת. הספרות המחקרית העדכנית מוסיפה לדיון את תגמולי הנאמנות, שמוענקים כדי לתמרץ או לתגמל קבוצות שסגנון חייהן, בחירות חייהן, התנסויותיהן ומעשייהן תורמים למה שנתפס כטוב הכללי המשותף של המדינה. ראו למשל אייל פרידמן ומיכאל שלו "תגמולי נאמנות" בתוך מדינה מפקירה – מדינה משגיחה: מדיניות חברתית בישראל 1985–2008 55 (תנה כץ וארז צפדיה עורכים, 2010).

82 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* 171 (Peter Townsend & David Gordon eds., 2002); Hila Shamir, Tsilly Dagan & Ayelet 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).

83 ראו ס' 44 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה–1995. בשנת 2017 המענק שונה וכך גם נשים שיוולדות בביתן, בתנאים מסוימים, תהיינה זכאיות לו (ראו חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 191), התשע"ז–2017; וראו גם חוזר המוסד לביטוח לאומי 1458 "תשלום מענק לידה בלידות בית" (24.5.2017)).

84 ס' 2 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1989.

85 R.M. TITMUS, *COMMITMENT TO WELFARE* 128–137 (1968)

86 GØSTA ESPING-ANDERSEN, *THE THREE WORLDS OF WELFARE CAPITALISM* 26–29 (1990)

נדיבים, רחבים וכוללניים, ואילו קצבאות אוניברסליות יכולות להתבסס על קריטריוני זכאות מגבילים, גם אם אינם תלויי-הכנסה, ושכפועל הם בררניים יותר. לפיכך במקום לדון באוניברסליות ובסלקטיביות, יש לבחון עד כמה נוקשים תנאי הזכאות (בין שהם מבוססי-הכנסה ובין שהם משקפים קריטריון חלוקתי אחר), לאיזה נתח מהאוכלוסייה מגיעות הקצבאות, ומהי תוצאתן החלוקתית בפועל.⁸⁷ בהמשך לטיעון זה אנו מציעים, לצורך דיוננו כאן, למסגר מחדש את הקטגוריות כדי שתתייחסנה לזכאות המבוססת על מעמד אזרחי בלבד (לרבות קצבאות אוניברסליות שמותנות רק בתנאי האזרחות או התושבות) ולתנאי זכאות הקשורים לתכלית הקצבה (לרבות קצבאות סלקטיביות שמותנות במבחני הכנסה, כאשר מטרת הקצבה היא מתן כסף או שירותים למשפחות ברמות הכנסה נמוכות), באופן שתופס את מבחן ההכנסה כלא יותר מתנאי זכאות אחד מני רבים שהמדינה קובעת בנוגע לקצבאות רווחה. מהלך זה יתברר כשימושי במיוחד כשנציע לחשוב מחדש על שיטות קביעת התנאים למימון ממשלתי של ביטוי אומנותי שהביקורת הציבורית עליהן רואה בקריטריונים שאינם מתבססים על הכנסה פגיעה בחופש הביטוי.

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

3. זכאות המבוססת על מעמד אזרחי

מדינות רווחה שונות, ובראשן מדינות הרווחה הסוציאל-דמוקרטיות, מתנות חלק ניכר מתשלומי ההעברה והשירותים שלהן במעמדו של אדם כאזרח (או כתושב), כשלעיתים 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.⁸⁸ זכויות אוניברסליות אינן תלויות במבחני הכנסה – הן מוענקות באופן שווה ליחידים ולמשפחות שהכנסתם גבוהה או נמוכה – ולפיכך הן מנוגדות לתוכניות רווחה סלקטיביות (המכונות לעיתים גם שיוריות (residual) או ממוקדות (targeted)), אשר כרוכות במבחני אמצעים ומכוונות ליחידים ולמשפחות

87 איאן גוף "גמלאות מותנות במבחן אמצעים בפרספקטיבה משווה" בטחון סוציאלי 43, 24 (1995).
 88 Duane Swank, *Social Democratic Welfare States in a Global Economy: Scandinavia in Comparative Perspective*, in GLOBALIZATION, EUROPEANIZATION AND THE END OF SCANDINAVIAN SOCIAL DEMOCRACY? 85 (Robert Geyer, Christine Ingebritsen & Jonathon W. Moses eds. 2000).

שהכנסתם נמוכה. עם זאת, מכיוון שתנאים אחרים עשויים להחליש את האוניברסליות של קצבאות שאינן תלויות-הכנסה ולהגביל אותן באמצעות התניית הזכאות באלמנטים נוספים,⁸⁹ נדמה כי יהיה מדויק יותר לכנות קצבאות אלה קצבאות המבוססות על מעמד אזרחי. ניקח כדוגמה את הזכות ללמוד במערכת החינוך הציבורית ואת הזכות להיות מבוטחים דרך תוכנית ביטוח בריאות ממלכתית בישראל: כדי ליהנות מהראשונה נדרשת שהות בטיטוריה ותו לא,⁹⁰ ואילו כדי ליהנות מהשנייה נדרש מעמד תושב.⁹¹ בדומה לזה, תוכניות משכורת בסיסית לכול (basic income) – שמדינות שונות דנות בהן כיום⁹² – שבהן כל תושבי המדינה מקבלים סכום כסף שמשמש בסיס הכנסה לכל חברי הקהילה נחשבות לצורה האוניברסלית ביותר של תשלומי העברה, כשהיחידים שמודרים מתוכניות אלה בדרך כלל הם מי שאינם בעלי מעמד תושב.⁹³

אם כן, גם תוכניות המבוססות על מעמד אזרחי אינן אוניברסליות במלואן אלא עלולות למנוע קצבאות מקבוצות אוכלוסייה מסוימות ולהדיר את מי שאינם 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 על פי חוק במשך עשורים), ובית המשפט העליון מצא שהסדר זה חוקתי.⁹⁴ לפי אחת מהטענות שבאמצעותן הצדיק בית המשפט את החלטתו, למדינה נתון הכוח הריבוני להחליט מי יכולים להיות חברים בקהילה בהקשרי רווחה, כל עוד ההחלטה מבוססת על קריטריונים רלוונטיים. זמניות מעמדם של מהגרי העבודה אשר מחזיקים באשרת עבודה זמנית הוכר כקריטריון הגיוני להחרגה כזאת, במיוחד בשל זמינותו של ביטוח בריאות פרטי שמעסיקים חויבו לרכוש עבור עובדיהם.⁹⁵ למעשה, היבטים רבים של תוכניות הרווחה המדינתיות כוללות החרגה מסוג זה, שכן בסופו של דבר מדינת הרווחה הוא פרויקט לאומי ולא פרויקט שמהותו אוניברסלית.⁹⁶

עבור מי שנחשבים חלק מקהילת הסולידריות כפי שהיא מוגדרת בתנאי הזכאות, זכאות המבוססת על מעמד אזרחי בלבד היא הקריטריון השוויוני ביותר וזה שבמסגרתו פגיעתה של מדינת הרווחה בחירות הפרט היא הקטנה ביותר. זכאות המבוססת על 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

89 ראו גוף, לעיל ה"ש 87.

90 גלעד נתן ילדי עובדים זרים ומבקשי מקלט במערכת החינוך (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2010).

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

92 לסקירת המדינות המתנסות בתוכניות משכורת בסיסית לכול, ראו אתר מעבדת המחקר Basic Income Lab שבסטנפורד <https://basicincome.stanford.edu>.93 ראו ליה אטינגר ועופר סיטבון **משכורת בסיס לכל** (2017); GUY STANDING, BASIC INCOME: A GUIDE FOR THE OPEN-MINDED (2017).

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

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

96 David Garland, *The Welfare State: a Fundamental Dimension of Modern Government*, 55

EUR. J. SOCIO. 327 (2014). לכתובה שמנסה לאתגר תפיסה זו ולהציע חזון אלטרנטיבי ראו John

Clarke, *Welfare States as Nation States: Some Conceptual Reflections*, 4 SOC. POL'Y & SOC'Y

407 (2005).

חדירה מדינתית לחייהם דרך בחינת הכנסתם, מבנה משק הבית שלהם ועוד. יתרה מזאת, המחקר בנושא ממחיש בעקיבות שקריטיוני זכאות שמתבססים על מעמד אזרחי יוצרים תחושת סולידריות לאומית ואף מחזקים את התחושה הזאת, ובמדד ג'יני מדינות רווחה סוציאל-דמוקרטיות אכן נמנות עם המדינות השוויוניות ביותר בעולם.⁹⁷

4. זכאות שתנאיה קשורים לתכלית הקצבה

מטרת חלק ניכר מקצבאות הרווחה היא לייצר רשת ביטחון חברתית נגד סיכונים שעלולים למנוע השתתפות של פרטים בשוק העבודה זמנית או לתמיד. לפיכך לעיתים 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 (במלואה או בחלקה) את ההכנסה שאבדה. "סיכונים" אלה אינם ייחודיים לשכבות החלשות אלא יכולים להתממש אצל כל אחת ואחד מהפרטים בחברה באופן שיביא לאובדן הכנסה ולפגיעה בכושר ההשתכרות.⁹⁸ דמי אבטלה לדוגמה מוענקים מייד רק למי שפוטרו, ודמי פגיעה בביטוח נפגעי עבודה ניתנים רק למי שנפצעו במסגרת עבודתם. כל הקצבאות והגמלאות מזן זה כוללות אפוא קריטריון זכאות שקשור לתכליתן. אחד מה"סיכונים" שהמדינה מבטחת נגדו הוא חוסר יכולת להשתלב כלל בשוק העבודה או חוסר יכולת להשתכר שכן מספיק לכלכלת משפחה. לפיכך תכליתן של כמה קצבאות, כגון קצבת הבטחת הכנסה, היא לסייע ליחידים ולמשפחות שהכנסתם נמוכה מאוד או שאין להם הכנסה כלל. במקרים כאלה ננקטים מבחני הכנסה. כאשר מדובר בקצבאות ש"מבטחות" מפני אובדן הכנסה ושאינן כוללות מבחן הכנסה, מתעוררת השאלה אם ראוי שביטוח לאומי יבטח פרטים בכל רמות ההכנסה נגד סיכונים אלה, או שמא מוטב להעניק רשת ביטחון כזו רק למי שהכנסתם נמוכה. שאלה זו מעוררת לעיתים קרובות מחלוקת אידאולוגית,⁹⁹ והטיעונים שמועלים בה נוגעים למגוון סוגיות אמפיריות וערכיות כמו פוטנציאל החלוקה של כל אסטרטגיה,¹⁰⁰

97 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.

Gillian Lester, *Can Joe the Plumber Support Redistribution – Law*, REV. 661 (1998) ראו גם.

98 *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 שקצבאות אוניברסליות אכן פופולריות יותר ומייצרות סולידריות רבה יותר: Tijds 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)

99 לעיתים קצבאות אלה מותנות לא רק בהתרחשותו של אירוע מזכה אלא גם בהשתתפות קודמת בשוק העבודה. על כך נרחיב להלן בחלק העוסק בזכאות המבוססת על תרומה כלכלית.

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

100 Korpi & Palme, לעיל ה"ש 97.

הדעות הקדומות והסטיגמה שנלוות לקצבאות שמכוונות לאוכלוסייה נזקקת בלבד,¹⁰¹ סולידריות שיוצרות קצבאות אוניברסליות ומידת התמיכה בהן¹⁰² והקשר בין תנאי הזכאות לשיעור הניצול של הקצבאות בידי הזכאים להן.¹⁰³

אם כן, תשלומי העברה במדינת הרווחה נשענים על מגוון תנאים שאינם מבוססי-הכנסה, אשר מרחיבים או מצמצמים את קבוצות אוכלוסיית היעד הזכאיות להן. בישראל, לדוגמה, אומנם שיעורם של דמי האבטלה 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.¹⁰⁴ כל אחד מהתנאים הללו קשור לתכלית תשלומי ההעברה בעיני מעצבי המדיניות ומשקף עמדה מסוימת כלפי גורמי האבטלה, כלפי זהות האחראים לצמצומה וכלפי סעדים הנדרשים כדי להתמודד איתה. הם מבקשים לגרום ללא-מועסקים לנהוג באופן שיחזיר אותם במהירות לשוק העבודה ומדגישים את טבעה הזמני של התמיכה הממשלתית שמוצעת להם רק לתקופה קצרה "בין עבודות". בעקבות זאת המחקר בנושא מעיד שרק כ-32% מהלא-מועסקים בישראל מקבלים דמי אבטלה.¹⁰⁵ אם כן, אף על פי שדמי האבטלה אינם תלויים במבחן הכנסה, הם בכל זאת מוענקים בצורה סלקטיבית בשל תנאים 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 בבתי חולים ולא חל על לידות בית.¹⁰⁶ חלוקת המענק החלה בשנות החמישים של המאה

Tomer Blumkin, Yoram Margalioth & Efraim Sadka, *The Role of Stigma in the Design of Welfare Programs*, CESIFO Working Paper No. 2305 (2008), <https://tinyurl.com/knahsh6w>
ראו גם Staffan Blomberg & Jan Petersson, *Stigma and Non-take up in Social Policy*, in SOCIAL EXCLUSION IN EUROPE 157 (Paul Littlewood et al. eds., 1999).

Lester, לעיל ה"ש 97, וראו גם הספקות שמטילים בכך Laenen & Gugushvili, לעיל ה"ש 97.
103 לדיון 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 שבין סוג הקצבה למימון הזכות ראו ג'וני גל, מיכאל שלו ומימי אייזנשטדט "בזכות האוניברסליות? מימון זכויות אוניברסליות במערכת הביטחון הסוציאלי בישראל" בתוך נגישות לצדק חברתי בישראל 187 (מרכז טאוב, ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

104 ראו פרק ז לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה–1995 ובמיוחד סעיפים 160–161, 163–165. גם השאלה מהי "עבודה מתאימה", שלה חייב מבקש דמי האבטלה להיענות, שנויה במחלוקת חריפה וניסוחה שונה מקבוצת אנשים אחת לאחרת לפי גיל ולפי רמות הכשרה שונות, ומשתנה לעיתים קרובות. היא קשורה בין היתר גם לניסיון עבודה קודם, להשכלה, למרחק הגאוגרפי ממקום העבודה המוצע ולהרכבו של משק הבית. ראו דיון דומה 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).

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

106 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

הקודמת, והתנייתו בלידת בית חולים נועדה להקטין את שיעורה של תמותת היולדות באמצעות עידוד לידה כזאת בקרב קבוצות אוכלוסייה שהמדיקליזציה של הלידה הייתה זרה להן. ב-2017, בעקבות מאבק ציבורי של נשים ומיילדות שהתנגדו למדיקליזציה של ההיריון והלידה וביקשו לקדם לידות ביתיות, שונתה הדרישה, ואימהות שבחרו בלידת בית תקבלנה אפוא את המענק כל עוד הריוןן היה תקין והצפי היה ללידה שגרתית בסיכון נמוך.¹⁰⁷

תנאי זכאות שקשורים ישירות לתכלית הקצבה עשויים להשפיע על חירות הפרט בדרכים שונות בהתחשב בחוזקו של התמריץ ובעומקו 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 מאוד על התנהגותה של משפחה בעלת הכנסה נמוכה.¹⁰⁸ לדוגמה, הואיל ומענק הלידה הוא קטן יחסית (תשלום חד-פעמי שנכון ל-2022 היה 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 חדירתה של מדינת הרווחה לתוך ההחלטות והבחירות של חייו של הפרט משתנה לפי מצבו הכלכלי.¹⁰⁹ עם זאת ככל שהתנאי כוללני יותר ומחמיר פחות, כך השפעתו תהיה חודרנית פחות ושוויונית יותר. כך, לדוגמה, בישראל קצבת סיעוד מוענקת למי שהגיעו לגיל פרישה, לזקוקים לעזרת אדם אחר בביצוע פעולות היום-יום, לחיים בביתם והעומדים במבחן הכנסה, אך מכיוון שמבחן ההכנסה הוא נדיב יחסית (נכון ל-2022, מי שהכנסתו אינה עולה על 10,551 ש"ח בחודש יכול לקבל את מלוא הקצבה), שיעור ניכר מן הישראלים בגיל פרישה שאינם עצמאים זכאים לקצבה.¹¹⁰

5. זכאות המבוססת על תרומה כלכלית

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

לתיקון זה ולאחריו ראו אומי לייסנר "לידה וחוק, הביצה והתרנגולת" משפט חברה ותרבות 305, 320-343 (האם המשפט חשוב, דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010); אומי לייסנר כרית נשים יולדות: כלכלת הלידה בישראל (יהונתן דיין עורך, 2018).

107 ראו לייסנר כרית נשים לידה, שם.

108 Yael Cohen Rimer, *What's Choice Got to Do with It? Addressing the Pitfalls of Using Choice-Architecture Discourse in Welfare Law*, 86 MODERN L. REV. 843 (2023).

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

110 המוסד לביטוח לאומי "גמלת סיעוד – תנאי זכאות" <https://tinyurl.com/bdcm5222>; גלעד כהן קובץ, תמר רמות ניסקה ומאיה הרן רוזן הביטוח הסיעודי בישראל 2 (בנק ישראל, יואב פרידמן עורך, 2016) ("מבחני ההכנסה לגמלת הסיעוד מאפשרים לקשישים עד העשירונים השמיני והתשיעי ליהנות מהביטוח הציבורי").

דוגמה לשירותי רווחה המבוססים על 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 ושתלומי התושבים הם חלק מבסיס המימון של המערך או כל בסיס מימון זה.¹¹¹ 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.¹¹² לפי שיטה זו, הזכאות נקבעת על סמך בחינה של תשלומים לביטוח הלאומי לאורך פרק זמן מסוים (המכונה תקופת אכשרה), כשברוך כלל תשלומים אלה משולמים כשיעור מההכנסה על ידי המעסיק וכן על ידי העובד, בצורת ניכוי ישיר מהמשכורת, ולכן יש המתייחסים אליה כאל מעין "מס".¹¹³ 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), ששיעורם נגזר מהמשכורת שהזכאים קיבלו לפני הפיכתם ללא-מועסקים או לפני הלידה.¹¹⁴ אך יש תוכניות שונות לחלוקת משאבים, שבהן מתן הקצבאות 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 לסכום דמי הביטוח הלאומי שלהם.¹¹⁵ חשוב להבין שהביטוח הלאומי אינו משמש קרן חיסכון והתשלום שהזכאי מקבל אינו מתיימר להיות שווה ערך לסכומי הכסף שהתקבלו ממנו. כך המערכת שואפת לבצע חלוקה מחדש ולהיות מערכת של ערבות הדדית שמספקת רשת ביטחון לכול ומאפשרת מתן תמיכה לזקוקים לה.¹¹⁶

דמי ביטוח בריאות ממלכתי הם דוגמה חשובה לאספקת שירות רווחה מבוססת-תשלום דמוי-דמי-ביטוח. כאשר השתתפות בביטוח מעין זה היא חובה – ולעיתים קרובות היא כזו, כדי להימנע מניצול לרעה של השירותים בידי מי שאינם משלמים, וכדי להבטיח שיעור מסוים של מימון אזרחי ישיר – היא דומה מאוד למס.¹¹⁷ עם זאת השתתפות כזאת משרתת גם מטרה אקספרסיבית בכך שהיא יוצרת תפיסה של זכאות, של זכות לקבל קצבה הודות לתשלום נמשך, בניגוד לתפיסה של צדקה, שעלולה להתלוות להבטחת הכנסה ולקצבאות רווחה אחרות שאינן מבוססות על תרומה כלכלית כלשהי של המקבל.¹¹⁸ מנגנונים

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

ESPING-ANDERSEN, לעיל ה"ש 86. 112

יורם מרגליות "הבחירה בין אוניברסליות לסלקטיביות כשאלה של מודל מס הכנסה אופטימלי" עיוני 113

Ernest Harvey, *Social Security Taxes – Regressive or Progressive*, 18 (2006) 33; **משפט** ל 33 (2006); **משפט** ל 33 (2006) 33; Ernest Harvey, *Social Security Taxes – Regressive or Progressive*, 18 (1965) 408. NAT'L TAX J. 408 (1965)

114 ס' 53–54 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה–1995.

Robert L. Brown, *Social Security: Regressive or Progressive*, 2 N. AM. ACTUARIAL J. 27 (1998) 115

116 יורן הנריק פיטרסן "היסוד המוסרי של מדינת הרווחה לעומת המנגנון" **בטחון סוציאלי** 52, 12 (1998).

117 ראו לעיל ה"ש 113.

LINDA GORDON, PITIED BUT NOT ENTITLED: SINGLE MOTHERS AND THE HISTORY OF WELFARE, 1890–1935 (1995) 118

שפועלים על פי ההיגיון הזה מתאפיינים בתשלומים תקופתיים מטעם כל מי שעובד ומשתכר, ללא קשר לצורך האישי הנוכחי שלהם או למידת החשיפה לסיכון. נוסף על זה, תוכניות המבוססות על תרומה כלכלית שכזאת יוצרות תחושת סולידריות הודות להגנה החברתית המשותפת שכולם נהנים ממנה ומשתתפים במימונה.¹¹⁹ יישומם של מנגנוני רווחה המבוססים על תרומה כלכלית דמוית-ביטוח שקשורה בטבורה להשתתפות בשוק העבודה והמבנה שלהם עומדים לא פעם במרכזן של מחלוקות אידאולוגיות אשר משקפות את העובדה שהתנאים שהם מציבים מובילים לתוצאות חלוקתיות – פרוגרסיביות, גרסיביות או אחרות – שאינן מובנות מאליהן.¹²⁰

סוג הזכאות שמבוסס על תשלום ישיר עבור שימוש בשירותים ובטובין הוא בדרך כלל מנגנון שולי יותר במדינת רווחה ומתנהל אחרת. מנגנונים אלה כוללים תשלום עבור שירותים ועבור טובין 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 את דמי הכניסה לשמורות טבע וגנים לאומיים כאשר אלה מסובסדים או מוסדרים על ידי המדינה באופן שהתשלום עליהם אינו משקף מחיר שוק. אלו הם שירותים שנתונים להסדרה ולפיקוח מחמירים, מסובסדים ואפילו ממומנים בכספי ציבור, אך שההנאה מהם מותנית בתרומה כספית כלשהי, גם אם לעיתים היא סמלית בלבד.¹²¹

התניה כלכלית המבוססת על תשלום עבור שימוש נועדה להעניק לפרט את החירות לבחור אם ובאיזו כמות לצרוך את השירותים ואת המוצרים ולהבטיח שידו משגת לצרוך אותם באמצעות הוצאתם מתחרות בשוק החופשי. יתרה מכך, התניה כזאת גם אמורה לקדם הימנעות משימוש יתר בשירותים ובמוצרים הללו באמצעות הפנמת חלק מעלותם על ידי הנהנים מהשירות או מהטובין. צידו 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 מצידם של אלה שהתועלת השולית מעושרם פוחתת, ובכך למעשה לקיים אפליה אפילו בגישה לשירותים ולמוצרים שאינם הכרחיים. בעיות אלה יכולות לקבל מענה בעיצובה 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.¹²²

119 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).

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

121 דפנה ברק-ארז "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" *עיני משפט* ל 461, 477 (2008).

122 ש.ם.

האופן שבו כל אחד מההסדרים הללו משלב רמות שונות של אוטונומיה ושוויון משקף את הטבע האידאולוגי 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 אגב התניית בהתנהגות שנתפסת בעיני המחקק 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.¹²³ הספרות העוסקת במנגנון זה בהקשר של מדיניות רווחה נוטה להתמקד בהתניית תשלום קצבאות למשפחות בעלות הכנסה נמוכה במאמצייהן של המשפחות ליצור "הון אנושי" כדי להימנע מעוני בטווח הארוך.¹²⁴ ההתניה בהקשר של קצבאות רווחה מבקשת, ככלל, לעודד התנהגויות שנתפסות כראויות ומועילות לפרטים ולמשפחות בכלל ולמשפחות עניות בפרט, כמו גם לחברה כולה. לפי תוכנית טיפוסית של תשלומי העברה מותנים, הורים מקבלים תשלום המותנה בכך שיקדמו פעילויות רצויות בקרב ילדיהם, למשל: אשר לפעוטות, התנאים יכולים לכלול ביקור במרכזים לרפואה מונעת; אשר לילדים בוגרים יותר, העברת התשלום מותנית בהגעה לבית הספר או בפעילויות חינוכיות אחרות כגון ביקורים בספרייה.¹²⁵ למן תחילת שנות האלפיים תשלומי העברה מותנים הולכים וצוברים פופולריות ככלים לשיפור מצבן של משפחות מעוטות יכולת – בעיקר בתחומי החינוך והבריאות – במדינות מתפתחות.¹²⁶ תוכניות אלה זכו מפי חלק מהחוקרים ומעצבי המדיניות לשבחים רבים בטענה כי הן יעילות, ומדינות מתפתחות, בעיקר באמריקה הלטינית, אפוא אימצו אותן.¹²⁷ תוכניות תשלומי העברה מותנים הלכו והתפשטו בעשור

RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (2009) 123

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

125 ORAZIO ATTANASIO ET AL., HOW EFFECTIVE ARE CONDITIONAL CASH TRANSFERS? EVIDENCE FROM COLOMBIA I (2005) 125

126 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) 126

127 ATTANASIO ET AL., לעיל ה"ש 125. על אף התמיכה הרבה כותבים אחרים משמיעים ביקורות נגד 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). אלויאר 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 כדי לסייע למשפחות ברגעי משבר". היא ממשיכה ואומרת כי "תשלומי העברה מותנים בקולומביה אינם מאופיינים בגמישות, בקונטקסטואליות ובביזור" שמאפשרת נסיגות והתאמה מקומית אלא משקפות את

האחרון ממדינות הדרום הגלובלי אל מדינות צפוניות יותר ונעשות נפוצות יותר גם במדינות מפותחות.¹²⁸ עם זה תוכניות אלה גם זכו לביקורות על הפגיעה באוטונומיה שפעמים רבות שזורה בהן.¹²⁹

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 לקצבות כאל התניה של תשלומי העברה שמבקשת לעודד התנהגויות מסוימות מן הזן של תשלומי העברה מותנים. כך למשל אם נחזור לדוגמה 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. בדומה לזה, תוכניות "מרווחה לעבודה" רבות אשר מתנות קצבות הבטחת הכנסה בהשתתפות בהכשרה תעסוקתית, בשירות קהילתי, בפגישות קבועות עם עובד סוציאלי וכדומה, מבוססות גם הן על אותו הרעיון של תמרוץ פרטים החיים בעוני לשנות את דפוסי התנהגותם.¹³⁰ ייתכן שמה שמקבל משקל רב יותר בתוכניות תשלומי העברה מותנים הוא העידוד הברור והמוכחן להתנהג באופן שהתוכנית מבקשת לקדם, כשעל פני הדברים נראה שאין כאן קשר ישיר בין תכליתה המקורית של ההטבה (סיוע למשפחות בעוני) לתנאים 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 התוכנית ולא באופן הפעולה של מנגנון ההתניה.

חוקתיותן ומידתיותן של כמה תוכניות של תשלומי העברה מותנים הגיעו לבתי המשפט בישראל, כשהשאלה שעמדה על הפרק היא אם תנאי הזכאות לתשלומים שהציבה המדינה מקיימים את תנאי המשפט המנהלי והמשפט החוקתי. נבחן שתי דוגמאות בולטות: כבר בשנת 1989 הכריע בית הדין הארצי לעבודה, שהוא בעל הסמכות לדון בערעורים על החלטות המוסד לביטוח לאומי, בערעור שהוגש על החלטת המוסד שלא להעניק מענק לידה לאישה בגין הכלל שהתנה קבלת מענקי לידה בלידה בבית חולים.¹³¹ באותו מקרה לא

היעדר הגמישות והריכוזיות שמשקפות את מדינת הרווחה המתפתחת בקולומביה בחלק משנות השישים (שם, בעמ' 349–350).

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

129 ראו למשל Cohen-Rimer לעיל ה"ש 108; David Enoch, *How Nudging Upsets Autonomy*, 121 THE JOURNAL OF PHILOSOPHY 657 (2024).

130 בישראל מופעלת תוכנית מרווחה לעבודה בשם "מעגלי תעסוקה", שהחלה כמחקר חלוץ (פיילוט) והורחבה בשנת 2017. התוכנית מתנה הבטחת הכנסה בהשתתפות בכמה מפגשים בשבוע 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 שנת דו"ח הערכה של תוכנית מעגלי תעסוקה (2019).

131 דב"ע (ארצי) 191-0/מח לדווין – המוסד לביטוח לאומי, כא (1) 005 (1989). החלטה זו הולידה מקרים שקראו תיגר על חוק הביטוח הלאומי ועל מדיניות המוסד לביטוח לאומי, כשהמקרה האחרון שנדון,

הומשג הדיון כסוגיה של תשלומי העברה מותנים, אך מהותית עסק בית הדין בשאלת סבירותו של קריטריון התנאת הזכאות. בית הדין קבע שאף שהמענק נועד לשרת את המטרה הרחבה של תמיכה כספית במשפחות בתקופה שאחרי הלידה, התכלית שהמדינה ביקשה לקדם באמצעות עידוד נשים ללדת בסביבה בטוחה, נקיייה מבחינה תברואתית ומקצועית מצדיקה את מתן המענק אך ורק לאימהות 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 דן בית המשפט העליון בתשלומי העברה מותנים.¹³² באותו מקרה ארגון עדאלה עתר לבית המשפט העליון כדי 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 – אם הוריהם חיסנו אותם. העותרים טענו שהחלתו של תיקון החוק והפחתת הקצבאות תגביר את תחולת העוני בקרב הילדים הנפגעים מהתיקון, ובמיוחד אלו המשתייכים למשפחות עניות. נוסף על זה טענו העותרים שהתיקון יפגע בשוויון בין ילדים עניים ועשירים וכן בין ילדים על בסיס גישה לשירותי רפואה מונעת. העותרים הסבירו שהחלטה של הורים אם לחסן את ילדיהם קשורה, בין היתר, לנגישותם של שירותי 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 האוכלוסייה הבדואית בדרום, בעיקר זו המתגוררת ב"כפרים לא מוכרים",¹³³ אשר גישתם למרכזי רפואה מונעת אינה מספקת. בית המשפט קבע פה אחד שהעותרים לא הוכיחו שמתקיימת אפליה ושהעובדה שהקצבה מקוצצת ולא מבוטלת מעידה 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 בפסק דינה בעניין ביקורת שיפוטית על תשלומי העברה מותנים וקבעה "אמות מידה מנחות אשר ראוי שינחו את המחוקק, ובעקבותיו את ובעקבותיו את בית המשפט, בהתוויית המסגרת הראויה להתנאתן של זכויות משפטיות".¹³⁴ בהתבסס על התפיסה האמריקאית בנוגע לתנאים לא-חוקתיים,¹³⁵ ובהתאמתה למקרה הישראלי של הזכות

לפני שהחקיקה בנושא שונתה בשנת 2017, היה עב"ל (ארצי) 26677-07-11 לייסור – המוסד לביטוח לאומי (נבו) 23.12.2012.

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

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

134 עניין עדאלה I, לעיל ה"ש 132, פס' 40 לפסק הדין של השופט ברק-ארז.

135 ראו Allen Redlich, *Unconstitutional Conditions on Welfare Eligibility*, Wis. L. Rev. 450 (1970); Richard A. Epstein, *Unconstitutional Conditions, State Power and the Limits of Consent*, 102 HARV. L. REV. 4 (1988); Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARV. L. REV. 1413 (1989), לעיל ה"ש 50.

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; המבחן השלישי עוסק בהיקף ההתנאה: עד כמה הזכות חשופה לכוחו המסייג של התנאי.¹³⁶ מבחן אחרון זה בוחן הן את היקף פריסתו של התנאי והן אם הוא מתייחס למלוא הזכות או רק לחלק ממנה. השופטת ברק-ארוז מצאה שבמקרה הנדון תשלומי ההעברה המותנים עברו בהצלחה את כל שלושת המבחנים: חיסונים הם חלק בלתי נפרד מבריאותם ומרווחתם של ילדים, שהן תכליתיה של קצבת הילדים; שנית, תשלומי ההעברה המותנים לא נתפסו ככרוכים בכפייה חריפה, שכן בית המשפט מצא שהגישה לשירותי רפואה מונעת מניחה את הדעת, ולכן התנאי מכוון בעיקר להורים שהחליטו שלא לחסן את ילדיהם ולא להורים שאין להם גישה סבירה לשירותים אלה; לבסוף, מכיוון שהתנאי אינו מתייחס לקצבה בכללותה, אלא רק לחלק ממנה, נקבע שהיקפו סביר ומידתי.¹³⁷

נמצא שכדי שתשלומי העברה מותנים ייחשבו מידתיים וסבירים, לפחות לפי 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 לא אפשריות או לא מידתיות בפני מבקשי הקצבה. גם כאן ההחלטה כמה עידוד זה יהיה חזק נגזרת ממצבה הכלכלי של המשפחה, משום שבפועל יכולת ההגבלה שלה גדולה יותר כשמדובר במשפחות 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 לא אסרה המדינה 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 שנקטה 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 שנסקלו לעידוד התחסנות אל מול טענות תקיפות של כפייה מדינתית בתנאים של חוסר ודאות.¹³⁸

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

137 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 הקצבות בוטלה במסגרת חוק ההסדרים של תקציב 2013–2014. ראו שי ניב "מי מתנגדת להתניית קצבאות ילדים בכיפוע חיסונים? גרמן" **גלובס** (19.8.2013) <https://tinyurl.com/3c6c6xkt>; יובל יועז "וינשטיין: קצבאות הילדים לא יותנו במתן חיסונים" **גלובס** (8.5.2013) <https://tinyurl.com/2my5p47s>.

138 לדין מסוג זה במדיניות הראויה בנוגע לחיסונים, ראו למשל את הדין שערך לאחרונה: 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** יח (11.10.2021).

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

7. תשלומי העברה מותנים שטיבם אידאולוגי

כמה מקצבאות מדינת הרווחה בנויות במוצהר סביב אינטרסים אידאולוגיים-לאומיים שלה. תשלומי העברה מותנים שטיבם אידאולוגי נועדו לתגמל התנהגויות, בחירות חיים והתנסויות לא משום שהן מתמודדות עם סיכונים כלכליים, עם אי-שוויון כלכלי-חברתי כלשהו, אלא משום שהממשלה תופסת אותן כמשרתות אינטרסים לאומיים או כמקדמות ערכים לאומיים. תשלומי העברה כאלה עשויים לכלול תוכן אידאולוגי מסוגים שונים: סוג אחד שנפוץ במיוחד בישראל ושמתקשר ישירות להתפתחויות שתוארו לעיל בנוגע לביטוי אומנותי מכונה בפי חוקרי מדינת הרווחה פרידמן ושל "תגמולי נאמנות".¹³⁹ מקבלי הקצבאות הללו "מגויסים" ומתמרצים לרתום את התנסויותיהם ואת בחירות חייהם לטובת מטרה לאומית כלשהי, או נרטיב לאומי כלשהו. פרידמן ושל מגדירים תגמולי נאמנות כקצבאות רווחה שמוצדקות באופן רטורי באמצעות התייחסות לתרומתן לטובת הציבור ולאתוס 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 זאת קשר הדוק למדיניות הרווחה. המדינה משתמשת במערכות הביטחון הסוציאלי שלה על מנת לתגמל קבוצות נבחרות של אזרחים על נאמנותם לאינטרסים שלה ועל הביטוי הרעיוני-לאומי שהם מעניקים לה בפועלם ובנוכחותם".¹⁴⁰

יש דוגמאות רבות לתגמולי נאמנות כתת-סוג של תשלומי העברה מותנים שטיבם אידאולוגי, ובהקשר הישראלי הן כוללות למשל קצבאות, גמלאות ותגמולים שונים שמועברים לתלמידי ישיבות, לניצולי שואה, לחיילי מילואים, לאנשי צבא קבע וגמלאיו, לנכי מערכת הביטחון, לנפגעי פעולות איבה ולעולים חדשים. לטענת פרידמן ושל, במקרה הישראלי תשלומי העברה מותנים שטיבם אידאולוגי משמשים כדי "לקדם קבוצות מובחנות על פני האחרות למען מטרות לאומיות, כמו האבחנה הדואליסטית בין יהודים ללא יהודים במדינת הרווחה הישראלית",¹⁴¹ אך תגמולים מסוג זה אינם ייחודיים לישראל: "גם מדינות דמוקרטיות אחרות שלא הציגו פרויקט זהות ייחודי לאומי השתמשו בתשלומי העברה למען מטרות סמליות".¹⁴²

בכמה מקרים הנוגעים לתשלומי הבטחת הכנסה למי שלומדים בישיבות בלבד ולהענקת הנחות ברכישת נדל"ן לאנשי צבא קבע וגמלאיו הוגשו לבית המשפט עתירות שטענו

139 ראו פרידמן ושל, לעיל ה"ש 81.

140 שם בעמ' 55.

141 שם בעמ' 57.

142 שם בעמ' 57.

שתגמולי הנאמנות אינם שוויוניים.¹⁴³ באחד המקרים הללו מה שהועמד למבחן לא היה תגמול נאמנות כי אם "קנס נאמנות". ב-2015 חוקקה הכנסת תיקון לחוק הביטוח הלאומי, ששלל כמה קצבאות ביטוח לאומי מהוריהם של קטינים שביצעו עבירות ביטחוניות, לרבות זריקת אבנים.¹⁴⁴ זוהי גרסה שונה של תשלומי העברה מותנים שטיבם אידאולוגי, משום שבשונה מהמקרים שבהם ההעברות הללו מבקשות לתגמל את מי שהפגין "נאמנות", כאן יש ניסיון להשתמש בשלילת הזכאות לתשלומי רווחה כסנקצייה נגד מי שהפגין "חוסר נאמנות", או כפי שניסחה זאת הכנסת בתגובתה לעתירה לבג"ץ נגד חוקתיות החוק, לשם "הגנה על עקרונות הסולידריות החברתית והערבות ההדדית".¹⁴⁵ התיקון לחוק היה חלק מכמה פעולות חקיקה שנועדו לגרום לצעירים פלסטינים להפסיק לזרוק אבנים כחלק ממחאתם הפוליטית. לצד הטיעון בנוגע לשוויון העמידה העתירה 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 (4–5) והורה על ביטול החוק (תוך השעיית הבטלות בשנה). השופטת ברק-ארז, שכתבה את פסק הדין העיקרי עבור הרוב, הצביעה על כך שבפועל החוק "אינו מבקש לקדם סולידריות חברתית אלא להגביל אותה" מעצם החרגתן של משפחות קטינים שעברו עבירות חמורות מחלק ממערכי התמיכה של מדינת הרווחה,¹⁴⁶ ותהתה "אם התפיסה הגמולית יפה כתכלית של חקיקה סוציאלית בעניינים של קטינים".¹⁴⁷

בהיותם סוג של תשלומי העברה מותנים שטיבם אידאולוגי, האופן שבו תגמולי נאמנות משפיעים על חירות הפרט משתנה לפי סוג התנאים שכרוכים בהם. חלקם קצבאות המבוססות על מעמד אזרחי שמוחנות בבחירות חיים מסוימות (כגון עידוד שירות בצבא קבע, או במקרה של קנס הנאמנות, תמרוץ נגד ידוי 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

143 ראו למשל בג"ץ 11956/05 **בשורה 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, התשנ"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 שלפיה 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 בלי 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, שבה נקבע שאומנם אין פסול בבנייה של עיר המיועדת מלכתחילה רק לחרדים, אך ההסתמכות על הקריטריון של חרדיות אינו ראוי משום שהוא איננו מבוסס על אמת מידה כללית של נזקקות אלא על סיוע לקבוצה שאין ראיות שהיא בהכרח נזקקת יותר מקבוצות אחרות).

144 חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו–2015, ס"ח 12.

145 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).

146 שם, פס' 60 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

147 שם, פס' 63 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

הללו מהווים עבור מקבליהם, כמו גם עוצמת הכפייה שלהם, משתנים לפי ההקשר. מה שמשותף להם היא המחלוקת האידאולוגית החזקה שבתוכה הם מתקיימים. הבנייתם כחלק מהמנגנון שבאמצעותו המדינה מעבירה כספים לגופים פרטיים הופכת אותם לקרובים ביותר לתנאים מבוססי-התוכן שמוצבים בפני אומנים ויוצרים שמבקשים את תמיכת המדינה.

8. סיכום: מדינת הרווחה כמערכת של העברות מותנות

אם כן, המבנה המשפטי של מדינת הרווחה המודרנית רווי כולו בהסדרים סלקטיביים של מימון ותשלומי העברה, וכל ההסדרים הללו מבטאים העדפות אידאולוגיות מגוונות ושנויות במחלוקת של קבוצות שונות (לעיתים רוב ולעיתים מיעוט, לעיתים אליטות ולעיתים 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 שהמבקש אינו 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 למגוון תמריצים כספיים שנועדו לעודד אותנו לאמץ עמדות או לנקוט פעולות אשר משקפות מן הסתם העדפות אידאולוגיות או מערכת אמונות שאיננו שותפים להן במלואן.

תובנה קריטית זו אינה מכריעה את השאלה הנורמטיבית באשר למוסריות של תמריצים תקצוביים אידאולוגיים 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 אידאולוגיות 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, שאומנם פותח מתוך בחינת הסדרי מדינת הרווחה, על חובתה של המדינה להגן על הזכות לקיום בכבוד: על המדינה להימנע משימוש במימון כאמצעי לכפיית העדפותיה במצבים שבהם המימון חיוני לשרידות החומרית של המקבל.

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

כפי שראינו, מדינת הרווחה המודרנית עמוסה בתנאי זכאות שמגבילים את הגישה לתשלומי העברה מסוגים שונים, בדיוק כשם שעושים זאת חוקי הביטוי האומנותי. חלק מהתנאים מנוסחים ניסוח המשקף את מטרתם המוצהרת – לקדם התנהגות מסוימת או להניא מהתנהגות אחרת, וחלקם מוגדרים כמהותיים לתהליך החלוקתי של תוכנית הרווחה. כל התנאים מבוססים על העדפות, על רגישויות או על ברירות מחדל של רוב שלטוני (או של קבוצות העניין שאוחזות בו), שהן אידאולוגיות עמוקות. 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 אינה 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.¹⁴⁸

אנו סבורים שהתנאי החוקתי שראוי שיוחל על מימון תרבות בישראל דומה לניתוח שפותח במשפט הישראלי בנוגע לזכות לקיום בכבוד: הימנעות מכפייה תוך כדי בחינת החלופות שעומדות בפני הפרט לשרוד כלכלית (באשר לקיום בכבוד) או ליצור ולהתבטא (באשר למימון תרבות). במילים אחרות, אין להתיר למדינה להשתמש בתשלומי ההעברה שלה כדי לכפות על אנשים לעשות דברים שמפירים את האוטונומיה שלהם, כלומר את חירותם לעצב לעצמם את חייהם לפי העדפותיהם. השאלה אם מנגנון תקצובי כלשהו מוביל לכפייה כזו אינה יכולה להיענות בחלל ריק; היא תלויה במציאות האמפירית של התחום המתוקצב: אם קיימים מקורות חיצוניים שעשויים לממן את הפעילות גם בהיעדר התמיכה המדינית, או ששלילה או הפחתה של תקצוב יכפו בפועל על המקבל לנהוג לפי העדפותיו 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 העיקרון נגד כפייה, את פעולתו ברוח הקריטריון להגנה על הקיום בכבוד ואת יתרונו על פני 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 בנוגע 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 אומנות

(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, משום שהיא משנה, בעצם קיומה, את מערך התמריצים של הפרט

148 אומנם הביקורת המוצעת כאן מתמקדת בתשלומי העברה, אולם ראוי לציין כי היא תקפה גם 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 אף שמדובר במוסד הפועל למטרות ציבוריות, ממחישה את אופיים האידאולוגי 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 מנהליים ופרלמנטריים לאישור הטבות מס שיפעלו בניטרליות בנוגע לתוכן פעילותם של המוסדות השונים הפועלים לצרכים ציבוריים, מזמין חשיבה מחודשת ברוח הביקורת המוצעת כאן גם באשר לטכניקות נוספות שנוקטת מדינת הרווחה כדי לעצב את מערך התמריצים הכלכלי של המוסדות הפועלים בה.

(הרציונלי) ולפיכך גם את תחשיב העלות-תועלת שלו בנוגע לכל אחת מדרכי הפעולה האפשריות שעומדות בפניו. כמובן, כפי שהסברנו, כוחה היישומי של ההבנה הזאת נחלש אם המקבלת הפוטנציאלית של התמיכה עשירה יותר ועומדים לרשותה אמצעים אחרים שיכולים לכלכל את דרך הפעולה הנבחרת שלה – נחזור לדון בהסתייגות הזו בהמשך. אך התובנה שבכל הקצאת כספים מדינתית – פרס או סנקצייה – גלום רכיב של כפייה אינה אומרת הרבה כשלעצמה. ראשית, התפיסה שרואה בחוק את מבנה הרקע לכל הפעולות וליחסי הגומלין האנושיים הופיעה כבר אצל הריאליסטים; מרגע שכונן החוק, שוב אי אפשר להתייחס למצב "פרה-פוליטי" של אוטונומיה, שבו היה אפשר כביכול להחליט באופן רציונלי בלי להביא בחשבון את ההשפעות המשפטיות של ההחלטות, כלומר את עמדת המדינה כלפי המעשה הפרטי.¹⁴⁹ שנית, העובדה שבכל תמריץ משפטי גלומה כפייה אינה אומרת דבר בנוגע להצדקה המוסרית שלה. אדרבה, יש מקרים של ביטוי אומנותי שהוא מתועב על פי כל גרסה מקובלת של הומניזם, ללא קשר לאידאולוגיה, ולעיתים קרובות אנו משתמשים באמצעים המשפטיים הכופים ביותר כדי להרתיע אנשים מהעיסוק בו. חשבו לדוגמה על פורנוגרפיה המשתמשת בילדים או על הוצאת דיבה בכוונה לפגוע.¹⁵⁰ 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 אידאולוגית של קידום אמונות ודעות מסוימות על פני אחרות. למשל, תמיכת המדינה ביצרנים של מוצרים מסוימים משפיעה על המגוון ועל האיכות של מבחר האפשרויות שעומדות בפני חקלאים ותעשיינים. בדומה לזה, הסדרת שוק הבריאות בידי המדינה מבטאת מערך שיפוטים בנוגע לערכן הגבוה או הנמוך של טכניקות טיפול וסיעוד, לא כל שכן לערך 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 בהכרעה אידאולוגיות ביותר ופילוסופיות עמוקות בנוגע לערכם של רכיבי ידע שונים. בכל הספרות הללו הקצאת כספי ציבור משמשת לקידומן של אמונות אידאולוגיות כלשהן של המחזיקים בהגה השלטון, הנוגעות לרווחה חברתית ולצדק חלוקתי. בהיעדר מגבלות חוקתיות – שקיימות לעיתים רחוקות מאוד בהקשרים אלה – דמוקרטיה ליברליות נוהגת להתייחס להחלטות אלה כמצויות בסמכות התוויית המדיניות של נבחר 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 כדי להרתיע מפני התנהגות מזיקה חברתית וגם כדי לעודד התנהגות רצויה חברתית, לרבות בתחומים שמצויים במחלוקת אידאולוגית חריפה. גם כאן, במסגרת הגבולות

Robert Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State*, 38 POL. SCI. Q. 149 (1923) 470.

150 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 הומניסטים אוניברסליים. בישראל, למשל, הסתה לגזענות היא עבירה פלילית (ראו ס' 144א–ד לחוק העונשין, התשל"ז–1977) ושליטת זהותה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" מהווה עילה לפסילת רשימה או מועמד מהתמודדות בבחירות (ראו ס' 7א לחוק יסוד: הכנסת).

החוקתיים (הרפויים ביותר), מנגנוני החלוקה באמצעות תשלומי העברה במדינת הרווחה הם אמצעים חשובים בידי ממשלות דמוקרטיות המבקשות לקדם את עמדותיהן בדבר סולידריות, אחריות ושותפות.¹⁵¹ בדרך כלל המאבק על עמדות אלה מתנהל במונחים פוליטיים ולא במונחים שמעוגנים בשיח הזכויות.

ובכן, אם אומנם הכפייה – ולו במובן שינוי בכוח של תחשיב העלות-תועלת של הפרט – מצויה בכל, לרבות במקום שבו אנו נוהגים להאמין שלרוב הפוליטי צריכה להיות היכולת לקבוע את התנאים לזכאות לתשלומי העברה, האם עדיין אפשר למצוא גבול בר הצדקה לשיקול הרעת 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 שבהם נקבעו תנאים דרקוניים לקבלת תמיכה. בפסק הדין המנחה בנושא משנת 2006 הדגיש בית המשפט העליון שהחוקתיות של כל מנגנון רווחה שכולל תמיכה – ובייחוד של הפחתה בתמיכה קיימת – צריכה להיבחן באשר למערך הכולל של מנגנוני התמיכה שמופעלים יחד כדי להגן על הזכות לקיום בכבוד.¹⁵² מדברי בית המשפט השתמע שאם יתברר שלקצבאות הרווחה שהמדינה מחלקת חלק ניכר בהגנה על זכות זו, הבדיקה השיפוטית של התנאים ושל ההגבלות שחלים על הגישה לקצבאות אלה תהיה קפדנית. זהו הבסיס לשתי ההחלטות השיפוטיות הכולטות שהוציאו את העיקרון מן הכוח אל הפועל, האחת בבית המשפט העליון ב-2012 והשנייה בבית הדין הארצי לעבודה מ-2018, שבהן נפסלו הוראות ששללו זכאות לקצבאות רווחה ממי שהיו זכאים להן על פי כל התנאים, אך היה ברשותם רכב,¹⁵³ או שקיבלו תמיכה משפחתית.¹⁵⁴ בשני המקרים בית המשפט קבע שמכיוון שתשלומי העברה ציבוריים הם האמצעי העיקרי שמאפשר למעוטי יכולת בישראל לשמור על כבוד האדם שלהם, יש לבחון בקפדנות תנאים דרקוניים שנקבעו לקבלת התשלומים, ותנאים אלה אומנם נפסלו. הבסיס הנורמטיבי של מכלול פסיקה זה הוא רעיון האוטונומיה, כפי שהתפרש במסורת הליברלית: אדם אינו

151 למעשה, על כך נשענה שרת התרבות והספורט בעניין מבחני התמיכה להנגשת תרבות ב"פריפריה": כשידוע שהכול 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).

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

153 ראו עניין חסן, לעיל ה"ש 35.

154 עניין קרול, לעיל ה"ש 35.

חופשי אם נגזר עליו לכלות ימיו בחיפוש אחר מקורות מחיה ואין הוא פנוי לפתח את אישיותו ולכתוב את סיפור חייו.¹⁵⁵

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 התנאת 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 שבהם הם פועלים – להתאים עצמם לאידאולוגיה המדינתית או לחדול מן היצירה. בשני המקרים מדובר בכפייה בהקשרים קריטיים מבחינה מוסרית: שרידותו ושגשוגו הגשמיים והנפשיים של האדם ושרידותו ושגשוגו של שוק הדעות, הרעיונות והיצירות בדמוקרטיה הליברלית.

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 על סמך היקפו וטבעו של תפקיד הרקע של המדינה ביצירת השדה הממומן ובהחזקתו. בקצרה, **היקף שיקול הדעת של הממשלה במימון יצירות אומנותיות צריך לעמוד ביחס הפוך להיקף המעורבות שלה בשדה הממומן**. אם קיומו של השדה הממומן – תיאטרון, קולנוע, אופרה, מוזאונים, מחול וכו' – יהא תלוי במימון ציבורי, אזי על מידת שיקול הדעת שיש למדינה בהחלטות המימון הנוגעות לו להיות מוגבלת, ועל התנאים שהיא רשאית להטיל להיות מנוסחים בקפידה כדי שיגלמו קריטריוני הצטיינות מבוססי-מומחיות וניטרלים באשר לתוכן, כלומר כאלה שאינם חיצוניים לעשייה האומנותית עצמה. לעומת זאת אם המדינה מעניקה רק חלק מוגבל מהתמיכה הכלכלית שמקיימת שדה ממומן כלשהו, ורוב התמיכה הדרושה לקיום הפעילות מגיעה ממקורות לא-מדינתיים, אזי, עקרונית, יש לאפשר למדינה מידה גדולה יותר של שיקול דעת בבואה לבחור אילו גופים לממן, אם בכלל, ואילו תכנים לקדם, ובכך לממש את העדפות המדיניות המשתנות שלה באמצעות תקצוב דיפרנציאלי של יצירות אומנותיות.

מה פירוש הדבר ש"קיומו" של שדה יצירה אומנותי תלוי בכספי ציבור, לפחות כשהדברים נוגעים לניתוח שמוצע כאן? לפני כמה שנים, בדיון על המחלוקת סביב שאלת המימון, טען הכונראוגרף הישראלי המפורסם אוהד נהרין ש"אמנות לא תלויה בכסף, אנחנו יוצרים בלי תלות בכסף. צריך לזכור שהממשלה היא לא זאת שמאפשרת ותאפשר לנו להיות מי שאנחנו וליצור".¹⁵⁶ נהרין הדהד בדבריו תפיסות אידיאליסטיות שרואות ביצירה

155 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, כאשר ניטל כוחו לפתח את גופו ואת רוחו על פי רצונו, בתוך החברה שבה הוא חי").

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

האומנותית דחף בלתי נשלט¹⁵⁷ וניסה להרגיע את הרוחות ולהבטיח שאי אפשר להטיל סנקציות על אומנות "אמיתית", באשר זו תמשיך להיעשות ללא קשר למגבלות חומריות. מבלי לפגוע באידיאליזם, מעטים יקבלו את העמדה הזאת מילולית: עשיית אומנות אינה זולה בדרך כלל, והחיים לעולם אינם זולים. אם בעבר פטרוניס מקרב האליטות הפוליטיות, הדתיות והכלכליות תמכו ברוב היצירה האומנותית על צורותיה השונות, הרי שהיום, לפחות בחלק משדות האומנות, ולפחות בישראל, ההסתמכות על המדינה הפכה להכרחית עבור הפקה רציפה של יצירות אומנותיות איכותיות.

הספרות המחקרית הדנה בפיתוח מדיניות תרבות אפינה כמה אזורי עשייה אומנותית אשר יתקשו להתקיים ללא תמיכת המדינה. ככלל, ניתן לאפינים כתחומי האומנות שקשה "למסחר", למשל כאשר מדובר באומנויות שטיפוחן כרוך בעלויות רבות כמו מוסיקה קלאסית-סימפונית או אופרה;¹⁵⁸ יצירות מופת שלא דווקא זוכות לפופולריות שבתורה מיתרגמת לרווחיות, אולם מעמדן הקאנוני מצדיק את שימורן גם בהתעלם מתנאי השוק;¹⁵⁹ אומנות חדשנית, ניסיונית, "בועטת" ורדיקלית – אשר לא פונה, בדרך כלל, לזרם המרכזי הציבורי. על כך יש להוסיף ביטויים אומנותיים של קבוצות מיעוט, וכן אומנות המונגשת לקהל אשר מרכזי התרבות המטרופולינים אינם נגישים לו.¹⁶⁰ אכן, לא אחת תואר לב האתגר בעיצובה של מדיניות תרבות כאיזון בין תכליות שונות אלה, בייחוד בין קידום מצוינות לבין הרחבת ההשתתפות והחוויה בעולם התרבות, אשר בהתחשב בסל המשאבים המוגבל יבואו בהכרח האחת על חשבון האחרת. תכנון ותייעודף שיגשים את האיזון שמבקשת המדינה להשיג הוא חלק הכרחי אפוא ממדיניות התרבות, וההכרעה במתחים שתוארו משליכה גם על טכניקות התמיכה שייבחרו להגשמת התכליות.¹⁶¹

ההסתמכות על מימון מטעם המדינה לשם **יצירה איכותית רציפה ומגוונת** היא המבחן שאנו מציעים כגורם הקובע בהסדרת שיקול הדעת הממשלתי בהחלטות בדבר מימון. כאשר

157 לעיתים קרובות מצטטים בהקשר זה את האמירה המיוחסת לפרידה קאלו: "אני מצוירת כי אני צריכה לצייר".

158 וראו את התייחסותו של השופט חיים כהן לתמיכה הממשלתית-פדרלית שניתנה לאופרה המטרופולינית של ניו יורק בתחילת שנות השישים: עניין **פסטיבל אבו גוש**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 827-828.

159 ניתן להניח שתיזכר בהקשר זה אמירתה הסאטירית של ורה, מנהלת תיאטרון המשכן בסדרה "חזרות" (בגילומה של יבגניה דודינה) כאשר היא נוכחת לראות שההצגה "ריצ'רד השני" ממלאת רק רבע אולם: "לעשות שייקספיר בלבנט זה כמו לזרוק פנינים מול חזירים". וראו בהקשר זה יואב רינון "זו הייתה סדרה מצוינת, שחשפה את התאטרון הישראלי במלוא עליבותו" **הארץ** (14.1.2021) <https://tinyurl.com/mry289pn>

160 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' 829-883), וכשסבורים שערכה של יצירת האומנות בא לידי ביטוי במפגש שלה עם הקהל, ניתן לראות בהנגשת התרבות אף ערך אינטרינסי (ראו DAVID THROSBY, THE ECONOMICS OF CULTURAL POLICY 57-73 (2012)).

161 כך למשל ניתן להניח שהנטייה של מדיניות שחותרת ל"מצוינות אומנותית" תהא לתמוך ביוצרים עצמם, ואילו חתימה להנגשה תנסה לשפר את יכולת הקנייה של הצרכן (ראו שם, בעמ' 65). מלבד זאת, היות שפילנתרופיה מכוונת בעיקר לזרם המרכזי ולקונצנוואלי, מדיניות תרבות המקדמת תמיכה עקיפה מסתכנת בתמיכה חסרה לפרינג'.
מסתכנת בתמיכה חסרה לפרינג'.

הפסקת התמיכה הציבורית מאלצת שיעור ניכר מן היוצרים – אומנים אינדיווידואלים או מוסדות מפיקים – בשדה אומנות מסוים לפרוש מקו היצירה האומנותי שלהם (אם מימון אחר אינו זמין) או לחלופין לבסס את הבחירות היצירתיות שלהם אך ורק על מגבלות הביקוש בשוק הצריכה ובשוק ההשקעות, אז היא בבחינת כפייה פסולה, ויש להתיר אותה רק בתנאים מצומצמים ביותר. מנגד, אם השוק עשיר ופעיל דיו כדי לקיים נפח, איכות וגיוון של ממש בשדה היצירתי, אזי הממשלה רשאית לראות בעצמה לא יותר מעוד "שחקן" בשוק אשר תר אחרי הזדמנויות לפי טעמו.¹⁶²

דרך נוספת שבה אפשר להציג את המודל המוצע היא הקבלה להגבלים עסקיים. ניתן לשאול אם הדרישות שהמדינה מציבה כתנאים להעברות תשלומים פועלות לתיקון "כשלים" בשוק מימון האומנות או שמא להעצמתם. בהקשרו של עולם האומנות, כשל שוק עלול להתרחש כשחלק ניכר מהתעשייה נשלט בידי משקיע יחיד: מפיק סרטים מונופוליסטי, תיאטרון רפרטוארי דומיננטי, מוזאון שמעצב טעם ודעת קהל, עורך של רשימת השמעה בתחנת רדיו מבוססת ופופולרית וכדומה. אם שחקנים אלה משתמשים במעמדם בשוק כדי להשפיע על התוכן האומנותי שמיוצר בשדה הפעולה שלהם, ובכך למעשה משתיקים בצורה מסוימת חלקים כאלה ואחרים ביצירה האומנותית, יש הצדקה להצבת תנאי מימון מבוססי-תוכן על ידי הממשלה כדי למנוע משחק מוטה ולא הוגן. לעומת זאת אם האידאולוגיה של הממשלה עולה בקנה אחד עם המושכים בחוטים בשדה האומנותי הממומן, או אם היא מחזיקה בפועל בכוח מונופוליסטי על תחום יצירה כלשהו, תמיכה מטעמה תהיה 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 שלה.¹⁶³

העמדה שאנו נוקטים אומנם מנוגדת לאינטואיציה במידה מסוימת. אופייני לשווקים פיננסיים ולמקומות אחרים ש"בעל המאה הוא בעל הדעה", ולכן בדרך כלל השקעה חומרית גדולה יותר במיזם משמעה כוח רב יותר בהתוויית תכנון של המיזם.¹⁶⁴ אנו סבורים שבכל הנוגע להשקעותיה של המדינה באומנות, הכלל צריך להיות הפוך. בשדה אומנותי, שרובו נשען על תמיכת המדינה, ניצול התלות הזו לשם השפעה על תכנים אומנותיים כמוה ככפייה, ולמדינה אסור לכפות דבר ללא הצדקה. בכך המדינה נבדלת משחקנים לא-מדינתיים שמממנים יצירה אומנותית ושסביר להניח שהטעמים המסחריים והאוצרותיים

Robert C. Hockett & Saule T. Omarova, "Private" Means to "Public" Ends: Governments as Market Actors, 15 THEORETICAL INQ. L. 53 (2014)

163 ראו שנער, לעיל ה"ש 26.

164 השרה מירי רגב, שעמדה במרכזן של מחלוקות מימון רבות בישראל, אחראית גם לציטוט המפורסם הזה מישיבת 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>

המגוונים שלהם יגולמו במדיניות המימון שלהם, דבר שיהיה לגיטימי מנקודת מבט משפטית (אם לא בהכרח מוסרית).¹⁶⁵

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 הלא-חוקתיים, כמו אלה שהוצגו מוקדם יותר, הופכות לחשובות באותם מקרים שבהם המדינה מתערבת בחוזקה בהסדרת השווקים. סביר להניח שזו הסיבה ששאלות אלה החלו להופיע בארצות הברית סביב הניו דיל (new deal). כפי שקוקס וסמחה מציינים, "ככל שהמוצרים, השירותים והפטורים לפי כללי הפוליטיקה הרגילה שהממשלה עשויה להציע – רבים יותר, כך גדלה ההזדמנות של פקידי הממשלה להתנות הטבות אלה בהקרבה של זכויות חוקתיות".¹⁶⁶

התוכנות האלה הולידו אצל מגוון חוקרים קריאה לשינוי פרדיגמה והפניית זרקור לניתוחים מבניים וממוקדי-שוק. השינוי שהציעה קת'לין סאליבן מתמקד בתוצאות חלוקתיות.¹⁶⁷ לטענתה, שלוש ההמשגות העיקריות של בעיית התנאים הלא-חוקתיים – כפייה, רלוונטיות וטבען הבלתי ניתן להפקעה (inalienability) של הזכויות – כשלו כולן בניסיון לייצר תאוריה לכידה ומובחנת. רעיון הכפייה אינו מועיל משום שלא ברור היכן עובר הגבול בין שכנוע לאילוץ כוחני; רלוונטיות אינה מועילה מסיבות דומות; הקביעה שזכויות חוקתיות אינן בנות העברה או הפקעה סותרת את רעיון האוטונומיה (שאמור לאפשר לפרט להתמקח). נדרש אפוא לחשוב על תנאים לא-חוקתיים דרך רעיון החלוקה: עיצוב הגבולות בין המרחב הפרטי למרחב 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 בהצבת התנאים).¹⁶⁸ עם זאת, היא מוסיפה, "אפילו כשאין מתקיים מונופול כזה, כל אימת שהממשלה מוציאה שירותים (כגון חינוך, אספקת צורכי קיום בסיסיים או ביטוח רפואי למעוטי יכולת) מידיים פרטיות בהיקף גדול, היא משיגה כוח מידתי שמאפשר להשתמש בהתניית קצבאות כדי לצמצם סטיות ומחלוקות".¹⁶⁹

165 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 שמעלה להקה קטנה, אפילו ארעית, סכום צנוע של תמיכה ציבורית יכול להיות בעל חשיבות גדולה, ואולם הענקת יחידת מימון מקבילה למיזמי תרבות גדולים ולמוסדות מבוססים הממונים במידה נרחבת יותר תהא בעלת חשיבות פחותה, "בהינתן לא רק הגודל שלהם אלא אף נטייתם להיסמך על תכנון בטוח ושמרני יותר" (THROSBY, לעיל ה"ש 160, בעמ' 68).

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

167 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.

168 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" (שם, בעמ' 331).

169 שם.

ג'וזף בלוז'ר, שכתב בהקשר אחר ומנקודת מבט שונה, הבליט אף הוא את רעיון התוצאות החלוקתיות ותהה אם האינטואיציה האמיתית של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Open Society*, שנסקרה לעיל, נשענה לא על מסקנות שנגזרו מזכויות התיקון הראשון לחוקה כי אם על ניתוח מבנה התלות בתמיכה המדינית. לטענתו, אפשר להבין את הפסיקה כמקרה שעניינו עסקאות שוק והסכמה חופשית להצעות כלכליות. כזכור, פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון באותה פרשה אתגר את תפיסת הכפייה הצרה שלפיה מקבלי המימון תמיד יכולים להחליט שלא לקבל את התמיכה. על פי ההסבר שבלוז'ר מציע, פסק הדין למעשה נובע מהעובדה שמקבלי המימון "פשוט לא היו יכולים להרשות לעצמם לסרב להצעת הממשלה", שכן רבים מהארגונים שקיבלו מימון היו תלויים בממשלה כגורם שאחראי לעד לשני שלישים ממימונם.¹⁷⁰

גם פיליפ המבורגר הפנה את הזרקור להשפעה הרגריסיבית שיש לתנאים שנלווים למימון ממשלתי על שחקנים פרטיים, בשל ההבדלים שמתקיימים בכוח השוק וביציבות הפיננסית שלהם, כמו גם בשל השוני 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 כזאת "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".¹⁷¹

אומנם דרכי החשיבה החדשות הללו על הטבות כספיות ממשלתיות שונות באופיין, אך יש להן כמה 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 על המצב המשפטי הקיים

אכן, שיקולי צורך ומבנה שוק אינם זרים לחלוטין לתחום התמיכה בתרבות, גם במודל הקיים. כבר בעניין **פסטיבל אבו גוש**, שהוזכר קודם לכן, מנה השופט חיים כהן עם 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.¹⁷² גם סעיף הפחתה בחוק יסודות התקציב, המתייחס לכמה וכמה עילות שהוזכרו קודם לכן, לרבות ציון הנכבה, מגביל את שיעור הפחתה, ומונה עם השיקולים שעל שר האוצר לשקול במקרה של הפחתה תקציבית דוח של צוות מקצועי שיתייחס בין היתר

Joseph Blocher, *New Problems for Subsidized Speech*, 56 WM. & MARY L. REV. 1083, 1107 170 (2015).

Hamburger, לעיל ה"ש 50, בעמ' 490.

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

"[ל]השלכות ההפחתה על הגוף או על גורמים אחרים הקשורים בו וסכום ההפחתה הראוי בהתחשב בכלל נסיבות העניין".¹⁷³

ועדיין, אנו סבורים כי האופן שבו מנותחת סוגיית התמיכה בתרבות במחקר, בקרב קובעי המדיניות ובפסיקה כאחד, מזמין בחינה מחודשת, גם ברמה המושגית וגם ברמה הדוקטרינרית. מבחינה מושגית, אנו מבקשים להאיר את המגבלות האינהרנטיות של שיח זכויות האדם כמצפן שנועד להכווין את ההכרעה בסוגיות מימון ולאגור את הגישה הרווחת שלפיה שיח "חופש המימון" וה"נאמנות בתרבות" מבטא בהכרח התערבות אידאולוגית "עודפת", שחורגת מעקרון הניטרליות השלטונית.¹⁷⁴ להבנתנו, וכפי שהראינו בפירוט בדיוננו בפרק הקודם על 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 היה אפשר לחשוב כי קיים מתח בפסיקה הישראלית בין הגנה על חופש הביטוי האומנותי לבין שיקול הדעת הרחב שניתן לרשות המבצעת לקבוע מדיניות וקריטריונים לתמיכה, שבתורם נתונים לביקורת שיפוטית מרוסנת המונחית אך ורק על ידי עקרון השוויון (ולא על ידי חופש הביטוי).¹⁷⁵ ואולם, לשיטתה, מתח זה אינו אפשרי עוד לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהרי חוק יסודות התקציב אינו הסמכה לפגוע בחופש הביטוי ובזכות לתרבות, בהינתן מעמדתם החוקתית. מסקנה זו מתחזקת, בעיני הראל-פישר, בהתחשב בחקיקתו של חוק התרבות והאומנות, המעגן את "מחויבות המדינה לתחום התרבות", אשר מתבטאת בתמיכות כספיות ואינה נתונה לשיקול דעתה, ואשר תואמת "את התפתחותה הבינלאומית של הזכות לתרבות".¹⁷⁶

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 המנהלית אם לאחרונה סמכות לסרטט את משמעותם היישומית. הקריאות במחקר ובפסיקה לגישה "ממלכתית", א-אידאולוגית וא-פוליטית,¹⁷⁷ שלפיה על המדינה לפעול באופן שוויוני לחלוקת משאבים במסגרת מבחני התמיכה, מתעלמת מההטיות האידאולוגיות והפוליטיות המובנות אל תוך מבחני התמיכה, ואלו, כפי שהדגמנו קודם לכן, מצויות בכול.

173 ס' 3ב(ד)(1) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985.

174 הראל-פישר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 139.

175 שם, בעמ' 137–138.

176 שם.

177 "גישה ממלכתית מחייבת א-פוליטיות והימנעות מקידום אינטרסים של תנועה או אידאולוגיה מסוימת, 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).

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 שבהינתן ש"הקומץ אינו משביע את האריה", ותיעדוף 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 תפקידו ואם באשר רמתו האמנותית אינה מספקת".¹⁷⁸ 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 אפוליטית למהות שהיא פוליטית. הקושי העקיב של שיח הזכויות בכלל ושל חופש 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 בעיקרון לפרשו בדרכים שונות ובהיקפים שונים, ולכן מה 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 שבין תפיסת החירות של הובס – האפשרות לפעול בעולם ללא מעצורים – לזו של רוסו: היכולת לחיות חיים בעלי משמעות.¹⁷⁹ בענייננו הדבר יכול להקשות את הפעלת המבחן המבני המוצע אם תתעורר למשל מחלוקת בקביעת רף ההשתתפות המדינתית במימון תחום יצירה אשר ירידה מתחת לו אינה מסכנת את שרידות התחום ולכן מאפשרת התנאה מבוססת-תוכן, לעומת תמיכה ברמה גבוהה ממנו שתיחשב למאפשרת כפייה ולכן למונעת התנאה. ועדיין, יתרונה של גישה זו הוא ברכיב האמפירי הכרוך בהפעלתה:¹⁸⁰ כדי לדעת את עוצמת הכפייה הכרוכה בתנאי המימון נדרשת בחינה של שדה היצירה בזמן נתון, של סוגי השחקנים הפעילים בו, של מאפייני הצריכה, של מקורות המימון והסבסוד האחרים, וכן הלאה. מובן שגם בחינה כזו לא תביא למענה בינארי החלטי בשאלה אם הכפייה נסבלת או לא מבחינה חוקתית, אבל היא תאפשר מענה מנומק ובהיר בהרבה מזה 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

178 עניין פסטיבל אבו גוש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 829–830.

179 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).

180 השוו נטע ברק-קורן "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" משפטים על אתר יט (2024).

מאפשר גם פיתוח כלים דיפרנציאליים להערכה של חוקיותם של תנאי המימון, ולכן כפונקצייה של התלות (ופוטנציאל הכפייה), שיקול הדעת המנהלי יהא מצומצם יותר, ולפי זה תשתנה קפדנותה של הביקורת השיפוטית על ההחלטה המנהלית.

יתרון נוסף של המודל המבני המוצע הוא שהוא מזמין נסיינות ומעודד פיתוח דמיון מוסדי שיאפשר הבניה של גישות רגולטוריות דיפרנציאליות להיבטים שונים של תמיכה בביטוי אומנותי בהתחשב במבנה השוק הרלוונטי. כפי שהראינו בפרק הקודם בנוגע להתנאות זכויות במדינת הרווחה, מרגע שאיננו מוגבלים בשיח הזכויות הדיכטומי ניתן לחשוב על מודלים שמבטאים קשרים מגוונים בין התנאה לזכאות למימון. הדגמנו זאת באמצעות חמש קטגוריות שונות, שכל אחת מהן המחישה איזון אחר בין כפייה לבחירה. לפיכך כל אחת מהן חשופה לביקורת משפטית וציבורית לפי התכליות שהיא מדגישה, לפי ההקשר המוסדי שבו היא פועלת ולפי האופן שבו היא מבנה זכאות. בחלק מן הקטגוריות ניתן אף להשתמש שימוש אנלוגי ישיר לתחום התמיכה בתרבות. כך למשל זכאות המבוססת על מעמד אזרחי תהיה הקטגוריה הקרובה ביותר להענקת מימון לכל מי שעומדים בקריטריוני סף בסיסיים של ביטוי אומנותי, אך משמעותה, במציאות של משאבים מוגבלים, מימון נדיב פחות לכל אחד מסוגי היצירה הממומנים, לצד יתרונות של יצירת סולידריות בין אומנים 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 האומנותית, להבחין בין התנאות תמיכה לפי מידת הצורך של תחום היצירה בתמיכה המדינתית לצורך שרידותו, ולעיתים אף לצורך קיומו בכלל (כמו אופרה בפריפריה). כמוכן, מנגנוני העברה דיפרנציאליים משמשים את מדינת הרווחה גם כדי לקדם בגלוי התנהגויות מסוימות הנתפסות בעיניה כרצויות, בין מטעמים של רווחה חברתית כוללת (כמו תמריצי התחסנות) ובין מטעמים של אידאולוגיה לאומית (כמו תגמולי נאמנות). כאן האנלוגיה למחלוקות התמיכה בתרבות ברורה, אך מבחינה נורמטיבית היא מעוררת שאלות דומות: עוצמת הכפייה שבמנגנון ההעברה בהיתן החלופות. כל אחת מהחלופות האלה מייצרת אפוא מערך שונה של בחירה, כפייה ותמרוץ. חשוב מכך, על כל אחת מהן יש 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 הדיכטומי. 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 כמערב שיפוטי טעם ותנאים אידאולוגיים בתהליך המימון, צריך לעמוד ביחס הפוך לגודל התפקיד שהוא משחק בעצם קיומו של השדה הממומן. יש לזכור שזהו מודל ליניארי ולא בינארי: הוא אינו מורה לממשלה חד-משמעית מתי מותר להתחשב בשיקולים אידאולוגיים ומתי הם אסורים. תחת זאת הוא מניח, כפי שנכון להניח בנוגע לכל מנגנוני מדינת הרווחה, שכמעט כל שיקול חשוב בהקשרי מימון יהיה בעל משקל אידאולוגי כלשהו ושזהו פן בלתי

נמנע של המעורבות של המדינה בשוק היצירה האומנותית. את גבולותיו של שיקול הדעת הממשלתי יש לנסח אפוא בצורה מבנית ולא במונחים מבוססי-תוכן. להלן נציע קריטריונים מבניים כאלה למדידת דרגות שיקול הדעת, אך אנו צופים את הופעתם של שיקולים נוספים מסוג זה בעתיד. המשמעות המשותפת לכולם תהיה שהשימוש בתנאים הכוללים כפייה רבה יותר יתאפשר בהקשרים שבהם המדינה היא שחקן משני בשוק המימון, ואילו התנאים הפולשניים פחות יוצבו כשקימו 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 לאוטונומיה יותר מאשר הטלת אחריות אזרחית, כללי קניין נתפסים לרוב כפולשניים יותר מכללי אחריות, ואיסורים רגולטוריים נתפסים לרוב ככופים יותר ממנגנוני תמחור, מדרישות גילוי או מהינדים.

ברומה 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 יכולים גם להסתפק בהפחתת התמיכה ולא לשלול אותה לחלוטין (וראו בהקבלה הדיון בעניין **חסן**).¹⁸¹ נוסף על כך, 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 "חוק הנכבה" מתיר צמצום של הסכומים ותו לא,¹⁸² ואילו הנחיות המימון לתיאטראות ראו בנכונות 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 אומנות, ובמילים אחרות – כפייה חמורה. לעומת זאת במקרים שבהם המדינה משחקת תפקיד שולי בשדה פעילות בר קיימה שמתקיים ככזה גם בלעדיו, 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, לתוצאות השימוש הממשלתי בתמריצים חיוביים כגון פרסים ובונוסים למי שמפיקים תוכן רצוי? ניתוח כלכלי בסיסי ישיב על כך בשלילה. בהינתן משאבים

¹⁸¹ עניין **חסן**, לעיל ה"ש 35, והדיון בהתנאה כזו בפרק ג.1 (ב) לעיל, ובמיוחד בטקסט סביב ה"ש 153.
¹⁸² ראו גם עניין **עדאלה 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).

תקציביים מוגבלים וביקוש למימון העולה בשיעורו על ההיצע, תמריצים חיוביים יחייבו צמצום של מאגר הכספים הכללי, ומכאן הקטנת המימון למקבלי תמיכה שלא זכו בפרסים. ואפילו אם מצב כזה יימנע, כל עוד התנאי לתמיכה נוספת למטרות שיפור היצירה האומנותית והעצמתה מתקיים בקביעות, הענקת מימון לגוף אחד תהיה בגדר הטלת עונש על גוף אחר שלא יוכל לקבל מימון.

ובכל זאת, כמה גורמים מסבכים את הניתוח הזה: ראשית, חלק מהמקרים שבהם האומנות זקוקה למימון ציבורי עשויים להיות בפועל סופיים, וכך מתן בונוסים למי שעדיין זקוקים לסיוע בלי לגרוע מכך כספים לטובת מי שמצבם מספק אינו 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 לסנקצייה ציבורית. לפיכך ועל אף מה שאומר הניתוח הכלכלי הסטנדרטי, נראה שאפשר לטעון שתמריצים חיוביים כוללים כפייה פחות מתמריצים שליליים (בה בעת, דווקא אופיים המקומם של תמריצים שליליים יכול למשוך תשומת לב, לעורר שיח ולהניע לפעולה פוליטית בעניינם – תוצאה שעשויה להיות רצויה בנסיבות של גירעון דמוקרטי או אדישות אזרחית).

מנגד, ובהמשך לנקודה שהועלתה לעיל בנוגע לתיקון כשלי שוק, תמריצים חיוביים יכולים להיות מנוצלים לשם קידום מיזמים יצירתיים מסוימים אל מקומות שלא היו מגיעים אליהם רק בשל מוטיבציה פנימית, כישרון וערך אומנותי, כשהתוצאה עלולה להיות הצפה של שוק התוכן בתכנים מסוימים ודחיקה לשוליים של קולות חלופיים. 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 חכם יותר מבחינה פוליטית ורצוי יותר מבחינה מוסרית.

משמעות הדבר היא שתפקיד הממשלה בקיומו של שדה פעילות ממומן עשוי להשפיע על הבחירה בין תמריצים שליליים לתמריצים 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 בהיעדר תמיכה ממשלתית) וגם בטיבו של התמריץ שנקט – אם הוא צפוי להשפיע על שחקנים אחרים בשוק, ואם כן, באיזה אופן.¹⁸³

(ג) שדות "חשודים"

הזכרנו מוקדם יותר כמה קטגוריות של שדות עשייה אומנותית 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 תיחשב "חשודה" ותצדיק ביקורת

183 סעיף הבנוס שנפסל בבית 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 בא בהכרח על חשבון מוסדות אחרים, ומבחינה זו אינו תמריץ חיובי "טהור".

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

המקרה של התיאטרון הפלסטיני אלמידאן בחיפה יכול לשמש להדגמת הטענה.¹⁸⁵ 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 השרה להקפיא את התמיכה המועברת לתיאטרון.¹⁸⁶ עתירה שהוגשה לבג"ץ בעניין זה הובילה לפשרה בין משרד התרבות לתיאטרון שבה היה משרד התרבות צריך 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, וההרצות בכלל, הייתה קטנה במידה ניכרת מזו הנדרשת לעמידה בתנאי הסף.¹⁸⁷ 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 ניהוליות של התיאטרון.¹⁸⁸ כמו כן דחה בית המשפט העליון את טענות התיאטרון לשיקולים זרים שהנחו את משרד התרבות, לאפלייתו ולפגיעה בחופש הביטוי.¹⁸⁹

184 ס' 2(ג) לחוק התרבות והאמנות, התשס"ג–2002.

185 בג"ץ 6488/17 תיאטרון אלמידאן נ' משרד התרבות (נבו 22.7.2019).

186 סוהא עראף "מירי רגב לא רוצה שלפלסטינים בישראל יהיה קול" שיחה מקומית (23.7.2019) <https://tinyurl.com/3xwhy38>.

187 יובהר כי התמיכה לשנת 2016 אושרה על סמך שנת ההערכה 2015, ואילו דוח הביצוע הוגש בסוף שנת 2016.

188 בין היתר, בהתחשב ביתרות תקציביות שעימן סיים התיאטרון את שנות הפעילות 2015–2016, וכן בהתחשב בכך שתמיכת משרד התרבות בתיאטרון היא בממוצע 32% בלבד ממחזור ההכנסות שלו, לצד 40% שהם כספי תמיכה מהעירייה ו-28% שהן הכנסות עצמיות ממכירת כרטיסים ומתרומות (עניין תיאטרון 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 התיאטרון למשרד 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 2015–2017... הדבר לא יהווה עילה לאי מתן אישור התמיכה עבור אותה שנה" (שם, פס' 11). המשנה לנשיאה מלצר, ואילו הצטרפה השופטת וילנר, סבר כי הסכם הפשרה אינו מתייחס למקרה של "פגיעה נגררת", כלומר למצב

פסק הדין אינו מזכיר את ניסיונותיה של שרת התרבות, באמצעים שסמכותה להפעילם מוטלים בספק, לפעול לשלילת תקציב התיאטרון. תחת זאת הוא נסב על סטנדרטים של ניהול תקין ואי-עמידה בתנאי הסף, שהצדיקו לשיטתם של שופטי ההרכב את שלילת התקציב. עם זאת על פני הדברים קשה לנתק בין הרכדים, ונוצר הרושם כי הייתה זו הקפאת התקציב בשנת 2015 שהובילה למעין מעגל של ביצה ותרנגולת: אין תקציב – אין הפקות, וחוזר חלילה.¹⁹⁰ קשה אף להתעלם מהקישור שעשתה שרת התרבות בין מאמציה 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 ובוגרי הטרור', שכונה בטעות 'תיאטרון אל-מידאן'.¹⁹¹

המקרה של תיאטרון אלמידאן מובא כדי להמחיש את ההשפעה הדיפרנציאלית שעלולה להיות שלילתה או הפחתתה של תמיכה על מוסדות שונים, ובייחוד את עוצמת הפגיעה שעלולות אלו להסב למוסד תרבות של המיעוט הפלסטיני, שתכנון 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 עם מקרים נוספים כמו מאמציה להחרים ולשלול את התמיכה הישראלית בפסטיבל הקולנוע הישראלי בפריז, שהציג את הסרט "פוקסטרוט" של הבמאי שמואל מעוז.¹⁹² אכן, בחינה מנקודת המבט של חופש הביטוי והניסיון להגבילו עשויה ללמד על דמיון, ואולם במקרים שבהם למפעל התרבות עומדים מקורות תמיכה חלופיים (והוא אף זוכה למידה של אהדה ציבורית),¹⁹³ עוצמת הפגיעה תהא פחותה במידה רבה 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 המנהלי והשיפוטי. כפי שהצביעה הספרות שנסקרה קודם לכן, וכפי שאף עשוי ללמד הניסיון הישראלי, כאשר מדובר במוסדות של קבוצות מיעוט בחברה, יכול הדבר לשמש ראיה לעוצמת הפגיעה ולחייב משנה זהירות.

3. אתגרים ביישום וביקורות אפשריות

להלן נציג כמה אסטרטגיות אפשריות שלטעמנו עשויות לסבך את המודל של הגבלת שיקול הדעת על סמך מידת מעורבותה של המדינה בשדה הפעילות שזוכה למימון. אומנם יישום

שבו עיכוב העברת התמיכה בשנת 2015 הוביל לפגיעה בפעילות הנתמכת בשנים שלאחר מכן. הנשיאה חיות, לעומתו, ראתה בפרשנות של התיאטרון פרשנות אפשרית. מכל מקום, שלושת השופטים הסכימו כאמור כי אין קשר סיבתי בין עיכוב 2015 לבין אי-העמידה בתנאים בשנת 2016.

189 שם, בפס' 24.

190 עראף, לעיל ה"ש 186.

191 שם.

192 נירית אנדרמן "מ'פוקסטרוט' ועד גלריה ברבור: ניסיונות הצנזור הכושלים של מירי רגב" **הארץ** (13.2.2019) <https://tinyurl.com/4ps2m869>

193 ראו למשל איתי שטרן, "נחמה ריבלין: 'משמח אותי ש'פוקסטרוט' יוקרן בצרפת" **הארץ** (15.2.2018) <https://tinyurl.com/4j8tf963>

מלא של המודל 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 אומנותית – 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 במימונו של תיאטרון גדול, אך היא מקור התמיכה העיקרי של הפקות פרינג' באותו תיאטרון? או כאשר המימון שהיא מעניקה לאומנות חזותית קטן ככלל ביחס למקורות המימון של תחום אומנות זו, אך תמיכתה בתת-שדה במסגרתו – למשל וידאו-ארט – חיונית? האם היא יכולה להסתמך על מעמדה בקטגוריה הרחבה כדי להיות בררנית מבחינה אידאולוגית בתחום המצומצם יותר ולטעון שאין בכך משום כפייה גדולה כל עוד קיימים באותו התחום ערוצי ביטוי אומנותי 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 אומנותי 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 לתיאטרון, שמתקיים בבירור אף בשני השדות שייכים לאומנויות הבמה (למרות קיומן של קטגוריות כמו אומנות מיצג, שבהן הגבולות אינם כה ברורים).¹⁹⁴ אולם בכל הנוגע לתתי-קטגוריות, המודל כשלעצמו אינו מספיק לשם הגדרה של מידת הרזולוציה הנדרשת. מידה זו צריכה להיקבע מחדש לכל מקרה ומקרה, לפי ההקשר, על בסיס המידע הקיים על מידת הנבדלות בין שדה הפעילות המסוים לשדה הפעילות הכללי יותר (לדוגמה, בנוגע למידה שבה יוצרים נעים בין שני השדות) ועל סמך התוכן 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 פנימיים לחלוקה בתוך ענף),¹⁹⁵ אולם החלה רגישה של

194 הזכרנו לעיל את דעת המיעוט של השופט חיים כהן בעניין פסטיבל אבו גוש, לעיל ה"ש 5, אשר סבר כי הניטרליות של המדינה צריכה להתבטא בתיעדוף ענפים: למשל, תיאטרון על פני תזמורת, תזמורת על פני אופרה ואופרה על פני אופרטה. אכן, כשמדוברים הדברים, כך קשה יותר (אם כי אפשרי) לדמיין הבניה אידאולוגית לתוך התיעדוף.

195 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 (באשר לסוג מוסדות) ייקבעו על ידי הממונה על סעיף התקציב בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, ואילו סעיף 3א(ו) קובע כי שר האוצר יקבע בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה נוהל להגשת בקשות לתמיכה.

המודל תידרש לבחון רזולוציות שונות בשלבים שונים, עד לרמת המוסד בשלב ההחלטה המנהלית לחלוקה תוך-ענפית ובשלב הביקורת השיפוטית. ובכל זאת, כל תיחום "פורמלי" כולל בתוכו היבט של מהות. איון מוחלט של החשש ממניפולציות אסטרטגיות, בעיקר מצידם של הגורמים המממנים, אינו בגדר האפשרי. יתרה מכך, חשוב להבהיר כי המהות האידאולוגית של תיחומי ענפים ומבחני תמיכה היא לא בהכרח עניין של מניפולציה מכוונת ומודעת: השלכות חלוקתיות-ערכיות יתלוו לכל מבחן באשר הוא, טכנוקרטי ככל שייראה. דוגמה טובה לכך יכולים לשמש מבחני גודל וותק, הנהוגים בשיטת התמיכה בישראל.¹⁹⁶ התמיכה היתרה הניתנת למוסדות גדולים וחזקים מבחינה תקציבית – מאפיינים שהוכרו כראיה לרמה אומנותית גבוהה,¹⁹⁷ יכולה לקפל בחובה הטיה אידאולוגית לעבר השמרני והקונצנזואלי, בהנחה (הסבירה) שמוסדות הפונים לקהל הרחב יקדמו יצירות מסוג זה.¹⁹⁸ לחלופין, בהנחה שיש קורלציה בין גודל המוסד לבין אומנויות הדורשות השקעת משאבים רבים, כגון אופרה ומוזיקה קלאסית תזמורתית, מבחנים מכווני גודל יכולים ליצור הטיה של סבסוד "אומנויות יקרות", שהיא מטבע הדברים שנויה במחלוקת ערכית.¹⁹⁹ אלו הן רק הנחות אפשריות, שעשויות להוכיח את עצמן כנכונות במקרים מסוימים וכשגויות באחרים. ייתכן למשל (כפי שטענה המדינה בעניין **תאטרון האינקובטור**), כי התחשבות בגודל המוסד תשמש דווקא לקידום פלורליזם ביצירה ובאומנים.²⁰⁰ כך או כך, הן נועדו להדגים את המהות הערכית ואת ההשלכות האידאולוגיות הטבועות במבחנים טכנוקרטיים לכאורה ששחקנים שונים אף יכולים להשתמש לצורכי אסטרטגיה.²⁰¹

אנו מודעים לכך שניתן להשמיע ביקורת דומה על העיקרון נגד כפייה המוצע פה. לא מן הנמנע שבפועל יקדם העיקרון בעקיפין הגנה על תכנים מאתגרים, פלורליסטיים ואופוזיציוניים, שנושאים כמובן מטען ערכי פרטיקולרי. אם כך, במבחן התוצאה עשוי להוביל העיקרון נגד כפייה לתוצאות דומות לאלו שמבקש לקדם עקרון אי-ההנצחה של שנער,²⁰² או עקרון הממלכתיות בתרבות של הראל-פישר.²⁰³ 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 כדי צמצום

196 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 ה"ש 12, שבו נטען כי המשקל הגדול שניתן ל"גודל" במבחני התמיכה (כפונקציה של תקציב והיקף הפעילות) מנציח את הפערים הקיימים בין תיאטראות ופוגע ביכולתם להתחרות.

197 שם.

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

199 לניתוח בראי הגישה הכלכלית ראו THROSBY, לעיל ה"ש 160, בעמ' 70.

200 עניין **תאטרון האינקובטור**, לעיל ה"ש 12, פס' 14.

201 מבחינה זו, יש אף לקחת בעירבון מוגבל את הטענה כי חיץ בין נבחרי הציבור לבין הוועדות המקצועיות יקדם מדיניות תמיכה א-פוליטית. ראו הראל-פישר, לעיל ה"ש 32.

202 שנער, לעיל ה"ש 26.

203 הראל-פישר, לעיל ה"ש 32.

השרירות ומרחב ההתערבות הפוטנציאלי של הממשלה, וכן להבטיח תמיכה במגוון יצירתי המתקיים על פני צירים תרבותיים שונים, ולא רק כאלה שנחתכים לפי מבחן התמיכה בשלטון או לפי הביקורת עליו.

(ב) העיקרון נגד כפייה במציאות של גיוון במקורות המימון

אחד הקשיים הכרוכים ביישומו של העיקרון נגד כפייה הוא שברבים מן המקרים ניתן לזהות צינורות תמיכה חלופיים, והמדינה כמעט לעולם לא תהיה התומכת הבלעדית.²⁰⁴ כך נוצר אפוא הרושם של גיוון בתמיכה וקושי להוכיח תלות קיומית בממשלה – רושם שהיה לא פעם בבסיס נימוקיו של בית המשפט העליון, בהחלטותיו לדחות עתירות לתמיכה ציבורית.²⁰⁵ בישראל מודל התמיכה הציבורית הישירה הוא הדומיננטי, אולם ניתן לראות תהליך הולך ומתגבר של תמיכה המוענקת לא מאת הממשלה אלא מאת השלטון המקומי, או תמיכה משולבת.²⁰⁶ אכן, לפי העיקרון נגד כפייה, אם ניתן לזהות תמיכה רבה חלופית, תתאפשר לממשלה יד חופשית יותר בקביעת תנאים לתמיכתה בעולם התרבות. 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 חלקי, עשוי להיות קיומי, ואפשר שיהיה לו גם ערך מייצר-תועלת בפני עצמו, למשל במוניטין שנלווה לתיוג כתיאטרון "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 אם יש לזהות את השלטון המקומי כמקור תמיכה נפרד.²⁰⁷ לבסוף, יש לזכור ששליטת תמיכה ממשלתית, בייחוד כאשר היא מלווה במסע פוליטי ותקשורתי נגד המוסד הנתמך, עלולה להיות דרמטית גם כאשר ההפחתה נדמית שולית

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

205 ראו למשל עניין **תיאטרון אלמידאן**, לעיל ה"ש 185, פס' 51 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר; עניין **תאטרון האינקובטור**, לעיל ה"ש 12, פס' 13: "העותר מתייחס אל התמיכות של המשרד כמקור המימון היחיד לפעילותו, ועל כן, לשיטתו, ללא שינוי במבחינת התמיכה אין באפשרותו לפרוץ את תקרת הזכוכית. ברם, המציאות בשטח מלמדת שהיקף תקציבו של תיאטרון אינו נובע בהכרח ממדיניות התמיכות של המשרד. עובדה היא שהתיאטרון הצליח להגדיל באופן משמעותי את תקציבו השנתי במהלך השנים וזאת חרף העובדה שסווג כתיאטרון קטן".

206 ראו למשל עניין **תיאטרון אלמידאן**, לעיל ה"ש 185, פס' 51 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר, וכן לעיל ה"ש 188.

207 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 הזיכרון 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** <https://tinyurl.com/bddmdxrk> (12.4.2018).

מבחינה יחסית או נומינלית (אף שבצידה, לעיתים, יתרונות של חשיפה וגיוס תמיכה חדשה משחקני אופוזיציה).

(ג) נסיגה ממימון

סיכון מסוג אחר הוא שבשל ההבנה שהיא אינה יכולה לשלוט בתוכן ההתבטאויות שהיא מתקצבת, המדינה תחליט לסגת ממימון ביטוי אומנותי, 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 באומנויות. ניתן לחלוק על האפיון המרדד של ממשלות המוקרטיות לכדי גופים שאינם עושים דבר מלבד מקסום 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 האומנויות וייטול מהממשלה את הפררוגטיבה להחליט אם להתערב בתקצוב יצירה אומנותית מלכתחילה. המקום שבו מתבקש למצוא מנדט כזה הוא החוקה, שאמורה להיות חסינה בפני העדפות אידאולוגיות משתנות וחילופי קבוצות רוב. יש חוקות שאכן כוללות סעיפים מפורשים יותר או פחות הדורשים מהמדינה לתמוך באומנויות,²⁰⁸ אף על פי שבדרך כלל הסעיפים הללו אינם כוללים הוראות מפורטות בנוגע לקטגוריות אומנותיות או לחלקו של התקציב הציבורי מהסך הכולל של שוק האומנות. 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.²⁰⁹ בסופו של דבר, דליברציה, ליבון ועיגון של מדיניות תרבות סדורה, זאת לצד תרבות פוליטית פתוחה וסובלנית, השתתפות פעילה של קבוצות עניין ומחויבות טכנוקרטית – כולם הם בעלי חשיבות עליונה, והמנגנון המוצע כאן יכול רק להשליםם.

(ד) עיגון משפטי

הטיעון שהצגנו במאמר זה הובנה בהקשר של מחלוקות המימון הישראליות וניזון מן השיח החוקתי המקומי, ויש לו עוצמה הקשירת במדינות רווחה כישאל, 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

208 ראו למשל ס' 19(10) לחוקת צ'ילה, ס' 16(1) לחוקת יוון, ס' 9 לחוקת איטליה, ס' 80(6) לחוק תאילנד.
209 במחקר המדיניות של עדנה הראל-פישר עומדת הכותבת על היעדרה של מדיניות תרבות סדורה בישראל, הכוללת הגדרה של תכליות ויעדים לטווח רחוק, מיפוי האמצעים הקיימים וזיהוי כלים נוספים שיש לפתח, שלא כמצב הקיים במדינות אחרות, כדוגמת אנגליה. כך, הגם ששני העשורים האחרונים התאפיינו ביוזמות לגיבוש מדיניות תרבות לישראל, שהולידו מגוון כינוסים ומסמכי מדיניות, אלו לא הובילו, לשיטתה של הכותבת, לפעילות סדורה ועקיבה, המלווה בדיון ציבורי רחב (הראל-פישר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 108–111).

היסוד. 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 חייו²¹⁰ – רעיון שהיצירה האומנותית 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.²¹¹

אך חשוב מהמישור החוקתי הוא המישור המנהלי, שבו מתקבלות רוב ההחלטות הן בדבר מדיניות המימון של תרבות והן בדבר החלוקה הנקודתית של תקציבי תמיכה. במישור זה כולל המשפט המנהלי את חובת ההגיונות, שהיא ביטוי לתפיסה שלפיה הרשות היא נאמן הציבור.²¹² 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 למונעה. אכן, המשפט המנהלי הישראלי החל בשנים האחרונות להכיר בכך שחוקיותן של פעולות מנהליות עשויה להיות תלויה בבחינה אמפירית של תוצאותיהן בשטח ושל השפעתן על בחירות של אנשים וקבוצות.²¹³ הצעתנו במאמר הנוכחי מאמצת גישה זו ורואה בה את הפתח למשפט ציבורי הקשרי, המתחשב בתנאי הרקע המוסדיים כבסיס להערכה נורמטיבית של מדיניות שלטונית.

ד. סיכום

הוויכוחים שמתנהלים כיום בנוגע לשימוש הממשלתי במנגנוני מימון לשם מתן תמריצים או עונשים בגין התבטאויות אידאולוגיות אינם מנוסחים באופן ברור דיו, 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 כדי לקדם את המחויבויות האידאולוגיות שלה. ליד זאת הסתמך השיח המשפטי על טיעוני חופש הביטוי בצורה מגושמת ולא הציע נתיב ברור שיבחין בין תנאי מימון לגיטימיים לכאלה שאינם לגיטימיים. לטענתנו, הסיבה לכך היא שמרגע שמתברר שתנאים ששנויים במחלוקת אידאולוגית הם למעשה חלק מהותי בכל מנגנון חלוקה של מדינת הרווחה – כפי שהדגמנו בדיון במאמר זה – קשה לסרטט 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

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

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

212 ראו דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ב 631 (2010).

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

ומעשיות רבות שלא לכולן נתנו מענה במאמר זה, ומוכן 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.