

# על חלוקתיות ויעילות: הרהורים על הצורך בשיח הציבורי ובשינויים פרדיגמטיים

מאת  
דוד גליקסברג\*

## תקציר

תופעת אי-השוויון ההולכת ומתרחבת בעולמנו מציבה לכל מי שמתקשה להשלים עם קיומה אתגר גדול באשר לאופן ההתמודדות עימה. התגובות המרכזיות לתופעה זו גורסות כי הפתרון הוא בהגדלת נטל המס על השכבות החזקות, מה שיביא לחלוקה מחדש של ההכנסות בחברה ולצמצום אי-השוויון. עמדות אלה הושתתו בעיקרן על בסיס הפרדיגמה הרווחת בעשרות השנים האחרונות בשיח המשפטי, אשר חלחלה גם לשיח הציבורי, ולפיה על שכבת הסדר החברתי להתמקד בשיקולי יעילות בלבד ("הגדלת העוגה"), ואילו מקומם של השיקולים החלוקתיים ("חלוקת העוגה") הוא בשכבת המיסוי בלבד. אכן ניתן למצוא שיח ביקורתי על הפרדיגמה הרווחת לאורך כל שנות חייה; אולם לא היה בו כדי לשחוק את מעמדה הבכיר של פרדיגמה זו בשיח העיוני, ולהביא להעצמת מעמדו של השינוי הפרדיגמטי הנדרש תוך העמדתו כנושא חשוב בשיח הציבורי על אודות הסדר החברתי. המאמר קורא להכיר בשינוי הפרדיגמטי הנדרש כאחד האתגרים המרכזיים בשיח הציבורי, ולראות בו מכשיר חשוב ובלט בארגו הכלים של המדיניות הציבורית לצמצום אי-השוויון. המאמר מתאר את הפרדיגמה הקיימת, את ההצדקות לה ואת עיקר הביקורת עליה, ומציג מנעד של חלופות לשיח הקיים ולשינוי הפרדיגמטי הנדרש, תוך הבאת דוגמאות לכך.

---

\* פרופסור מן המניין, מחזיק בקתדרה לדיני מיסים ודיני קניין ע"ש מרי וצ'ארלס סטינובר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים. המאמר מבוסס על דברים שנשא המחבר בעת קבלת פרס חשין למצוינות אקדמית. עקב מגפת הקורונה הדברים מתפרסמים באיחור. תודתי נתונה לאילן בנשלום, לדפנה לוינסון-זמיר, ליורם מרגליות וליעקב נוסים על הערותיהם המעולות לטייטה קודמת של מאמר זה. ברצוני להודות לעמיחי פרידמן על עזרתו המחקרית יוצאת הרופן לאורך כל שלבי כתיבת המאמר, להרס פירדראש על עזרתה המחקרית המצוינת בשלביה הראשונים של כתיבת המאמר, למערכת כתב העת "עיוני משפט" ולעורכיו, ובמיוחד לעורך ענבל תמיר, על הערותיהם המצוינות.

477	ראשית דבר
484	א. הפרדיגמה הדו־שכבתית הרווחת
484	1. הערות מקדמיות
484	2. תוכנה של הפרדיגמה הרווחת
487	3. הרקע העיוני לקיומה של הפרדיגמה
488	(א) טיעון העיוות הכפול
488	(ב) שרירותיות ואקראיות
489	(ג) קיזוז ההשפעות החלוקתיות באמצעות שינוי מחירים
490	(ד) שיקולים נורמטיביים חוץ־יעילותיים התומכים בקיומה של הפרדיגמה
491	ב. ביקורת על הפרדיגמה הקיימת
491	1. ביקורת על הטיעונים התומכים בקיומה של הפרדיגמה
491	(א) העיוות הכפול
492	(ב) שרירותיות ואקראיות
493	(ג) קיזוז ההשפעות החלוקתיות באמצעות שינוי מחירים
495	2. ביקורות נוספות על תוכן הפרדיגמה והקשיים ביישומה
495	(א) חוסר הניטרליות החלוקתית של שכבת הסדר החברתי: הטיה לטובת העשירים
496	(ב) קשיים בזיהוי שתי השכבות ובזרימה ביניהן
496	(1) הקושי בחלוקה של משאבים שאינם כספיים דרך שכבת המיסוי והסוגיה של "זכאות" לעומת "נדבה"
496	(2) הקושי בזיהוי ההפרדה המהותית בין שתי השכבות לאור יחסי הגומלין ביניהן
497	(ג) מגבלות מערכת המס
498	(ד) הדיסוננס בין השיח הציבורי לתאוריות הכלכליות ולפרדיגמה הדו־שכבתית
500	ג. דוגמאות להתחשבות בשיקולים חלוקתיים בשכבת הסדר חברתי
506	ד. שלוש חלופות רפורמיות לפרדיגמה הרווחת
506	1. חלופה א – רפורמה זוטא תוך־פרדיגמטית: יישום מלא וקפדני יותר של הפרדיגמה הקיימת לצד זניחת הרטוריקה המתנגדת להגדלת נטל המס
508	2. חלופה ב – שינוי פרדיגמטי רך: קידום חלוקתיות בשכבה שבה המחיר היעילותי נמוך יותר
508	(א) הרקע לשינוי המוצע בפרדיגמה
510	(ב) השינוי המוצע בפרדיגמה הקיימת
514	3. חלופה ג – שינוי פרדיגמטי מלא: שחיקתו של שיח היעילות המונח בתשתית הפרדיגמה
517	אחרית דבר

## ראשית דבר

הסדר החברתי – ובכלל זה מוסד המס שהוא חלק מרכזי ממנו – רווי תכנים ומתחים פרדיגמטיים בהקשרים רבים, ובמרכזם צדק או הגינות (equity or fairness) ויעילות, אשר יוצרים זירות שיח שונות. כך למשל, במחוזות רבים רווחת גישה עוינת למיסים. בגלות מצרים נאמר "וישימו עליו שרי מיסים למען ענתו בסבלתם"<sup>1</sup>, וכך אונקלוס מתרגם על אתר: מיסים "מְבַאֲשִׁין"<sup>2</sup>. מנגד ניצבת קביעתו של השופט הולמס שלפיה המיסוי הוא מחיר הציוויליזציה,<sup>3</sup> וניתן להוסיף על אמירות אלה עוד כהנה וכהנה. כל אמירה מסוג זה משקפת בעומקה פרדיגמה על אודות המיסים, שעליהם אמר בנג'מין פרנקלין (כנראה) בהקשר של החוקה האמריקנית, כי שום דבר אינו ודאי בעולם הזה למעט מוות ומיסים.<sup>4</sup> ככלל, כל פרדיגמה בענייני מיסים קשורה במהותה לסדר החברתי. השוני בין הפרדיגמות הללו נגזר בדרך כלל מתפיסות חברתיות, כלכליות ותרבותיות הנושאות אופי קונטקסטואלי, והן תלויות זמן ומקום. אפשר להניח במידה גבוהה של ודאות, כי צפוי לנו ולדורות שיבואו מופע נרחב של פרדיגמות נוספות אשר ילוו את הסדר החברתי. מאמר זה יעסוק בפרדיגמה מרכזית (להלן: הפרדיגמה הרווחת) בעלת שתי שכבות, שלדעתי מייחדת את הסדר החברתי בזמננו. לפי פרדיגמה זו יש לקדם חלוקתיות אך ורק באמצעות משטרי המיסוי (להלן: שכבת המיסוי), ואילו את שאר הכללים המשפטיים כולל המדיניות הממשלתית (להלן: שכבת הסדר החברתי) יש לעצב אך ורק בהתאם לשיקולי יעילות. את התוצאות החלוקתיות שנוצרות עקב כך ששיקולי יעילות בלבד מנחים את עיצוב שכבת הסדר החברתי ניתן לתקן באמצעות מערכת המס. המאמר יעסוק בתוצאותיה החלוקתיות של פרדיגמה זו, בקשיים שבה ובשינויים הנדרשים שאולי חלקם כבר ניצבים בשער.<sup>5</sup> אדגיש כי הסוגיה שבה עסקינן

1 שמות א 11.

2 שמות א 11 (תרגום אונקלוס). במאמר מוסגר יצוין כי הזיקה שבין עבדות למיסים מצויה בהקשר נוסף. ראו את דבריו הנודעים של רוברט נוזיק: ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA ("Taxation of earnings from labor is on a par with forced labor") (1974) 169.

3 ראו *Compania General de Tabacos v. Collector*, 275 U.S. 87 (1927).

4 מכתב מבנג'מין פרנקלין לג'ין באפטסט לה-ררי (13.11.1789), ראו Letter from Benjamin Franklin to Jean Baptiste Le Roy (Nov. 13, 1789), in 10 THE WRITINGS OF BENJAMIN FRANKLIN 69 (Albert Henry Smyth ed., 1907), available at [https://archive.org/stream/writingsofbenjam10franuoft/writingsofbenjam10franuoft\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/writingsofbenjam10franuoft/writingsofbenjam10franuoft_djvu.txt). אין לשלול על הסף כי אמירה זו נאמרה על אישים אחרים מוקדם יותר.

5 אחת החלופות בשיח זה היא הגדלת נטל המס, כך למשל, רפורמת המס המוצעת של נשיא ארצות הברית ג'ו ביידן. הרפורמה כוללת העלאה של מס החברות מ-21% ל-28%, ביטול פטורים לחברות זרות ונקיטת צעדים לביטול יתרונות מס לתאגידים בינלאומיים בהשוואה לתאגידים מקומיים, תוך עידוד יצירת הסכמה בינלאומית שלפיה על מדינות זרות לאמץ רף מינימום לנטל המס התאגידי האפקטיבי. רף המינימום נועד כדי להתמודד עם נטלי המס התאגידיים האפקטיביים הנמוכים המאפיינים תאגידים בינלאומיים רבים בעולם, הנובעים בין היתר מקיומם של מקלטי מס. ראו U.S. Dep't of the Treasury, *The Made in America Tax Plan*, 205 (Apr. 2021), [home.treasury.gov/system/files/136/MadeInAmericaTaxPlan\\_Report.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/136/MadeInAmericaTaxPlan_Report.pdf)

היא רחבה מאוד, היא מאופיינת בהיבטים רבים ומגוונים ביותר, ויש לה השלכות כבדות משקל. מטבע הדברים אי-אפשר במסגרת זו להקיף את הסוגיה על כל צדדיה בצורה ממצה; הכוונה כאן להצגה כללית של המורכבות של הפרדיגמה המרכזית הרווחת בימינו אלה בסדר החברתי, לצורך בעדכונה או בשינויה ולחלופות השונות הניצבות בפני מעצבי הסדר החברתי. הדברים שלהלן הם בגדר קווי מתאר כלליים, המחייבים הרחבה והעמקה; שהרי למותר לציין כי הסוגיה הנדונה היא מקיפה מאוד, משתרעת על תחומים נרחבים וחורגת ממסגרתם של הדברים שלהלן. ועל כגון דא כבר ציוונו חכמינו: "לא עליך המלאכה לגמור, ולא אתה בן חורין ליבטל ממנה".<sup>6</sup> אני סבור כי סוגיה זו תתייבב בשנים הקרובות במרכזו של השיח הציבורי בכלל ושל השיח המשפטי בפרט. דבריי שלהלן הם בגדר הרהורים ראשוניים אשר יש אולי מי שיחלקו עליהם, אולם יש בהם כדי לאתגר את משתתפי השיח הציבורי והשיח המשפטי לדון בהם לעומקם, על כל היבטיהם, ובכלל זה בהיבטים הכמותניים הכרוכים בתפיסות ובטענות השונות.

כדי להבין את הרקע לדברים על אודות הפרדיגמה והצורך בשינויה, מן הראוי להטרים ולציין בקצירת האומר כי אנו נמצאים בתקופה מאתגרת מבחינה חלוקתית: אי-השוויון בעולמנו הולך ומתעצם.<sup>7</sup> לפי אחד המחקרים, לאחוזון העשיר ביותר בעולם יש פי שניים עושר מאשר ל-6.9 מיליארד בני אדם המהווים כ-90% מאוכלוסיית העולם.<sup>8</sup> מחקר נוסף מראה, שבשנת 2018 היה העושר המצרפי של 26 האנשים העשירים בעולם שווה לעושר המצרפי של 3.8 מיליארד אנשים, שהם מחצית מתושבי כדור הארץ; בשנת 2017 היו אלה 43 אנשים, ובשנת 2016 היו אלה 61 אנשים.<sup>9</sup> המגמה נראית אפוא ברורה. ישנם מחקרים שממצאיהם קיצוניים יותר. כך למשל, מחקר משנת 2017 מצא, כי עושרם המצרפי של

(להלן: *The Ingenious Biden*; *The Made in America Tax Plan*: Reuven S. Avi-Yonah, *Tax Plan*, 102 TAX NOTES INT'L (April 24, 2021). לאחרונה הושג הסכם היסטורי הכולל כ-140 מדינות, המאמץ מס חברות מינימלי בשיעור 15% לתאגידים בינלאומיים החל משנת 2023. ראו *International Community Strikes a Ground-Breaking Tax Deal for the Digital Age*, OECD (Aug. 10, 2021), <https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm> (last visited Feb. 26, 2022).

6 אבות ב, טז.

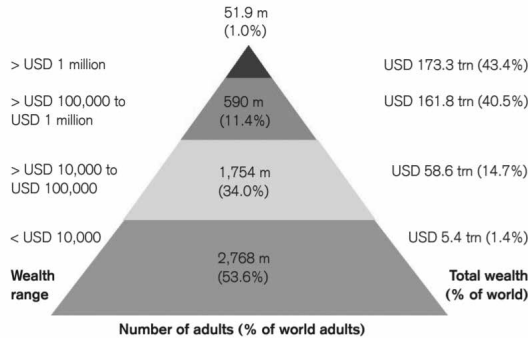
7 ראו למשל את מחקרו המקיף של THOMAS PIKETTY, העוסק בהשפעתה של המדיניות הכלכלית על ההרחבה הקיצונית של אי-השוויון בעולם: THOMAS PIKETTY, *CAPITAL IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* (Arthur Goldhammer trans., 2014); ראו גם: EMMANUEL SAEZ & GABRIEL ZUCMAN, *THE TRIUMPH OF INJUSTICE: HOW THE RICH DODGE TAXES AND HOW TO MAKE THEM PAY* (2019).

8 *A Deadly Virus: 5 Shocking Facts About Extreme Global Inequality*, OXFAM, <https://www.oxfam.org/en/5-shocking-facts-about-extreme-global-inequality-and-how-even-it> (last visited Feb. 26, 2022).

9 ראו גם: LARRY ELLIOTT, *World's 26 Richest People Own as Much as Poorest 50%*, Says *Oxfam*, THE GUARDIAN, Jan. 21, 2019, <https://www.theguardian.com/business/2019/jan/21/world-26-richest-people-own-as-much-as-poorest-50-per-cent-oxfam-report>

שמונת העשירים הגדולים בעולם שווה לעושרם של מחצית מתושבי כדור הארץ.<sup>10</sup> התרשים שלהלן מציג את אי-השוויון שבחלוקת העושר המצרפי העולמי בין כל בני האדם בעולם:<sup>11</sup>

**The global wealth pyramid end-2019**



מפירמידה זו עולה כי חלקם המצרפי של מי שעושרם האישי הוא פחות מ־10,000 דולרים של ארה"ב (להלן: דולרים), שהם 2.768 מיליארד בני אדם, המהווים 53.6% מאוכלוסיית המבוגרים בעולם, הוא 1.4% מכלל העושר העולמי. מנגד, חלקם המצרפי של מי שנמצאים בקודקודה העליון של הפירמידה שעושרם האישי הוא למעלה ממיליון דולרים, שהם 51.9 מיליון בני אדם, המהווים 1% מאוכלוסיית העולם, הוא 43.4% מכלל העושר העולמי. לא רק אי-השוויון העולמי גדל, אלא גם אי-השוויון בתוך המדינות גופו. כך למשל, בארצות הברית ל־50 העשירים ביותר יש עושר כמו ל־165 מיליון אמריקנים המהווים כ־50% מהאוכלוסייה.<sup>12</sup> כמו כן, בשנת 2017 היה השכר השנתי הממוצע כ־45,000 דולרים,

10 ראו מחקר של Oxfam המובא באתר של Reuters, *The World's 8 Richest Men*: Fortune, *Are Now as Wealthy as Half the World's Population*, FORTUNE, Jan. 16, 2017, <https://fortune.com/2017/01/16/world-richest-men-income-equality>.

11 מתוך Credit Suisse Rsch. Inst., *Global Wealth Report 2020* (Oct. 2020) וכן Credit Suisse Rsch. Inst., *Global Wealth Report 2019: Global Wealth Rises by 2.6% Driven by US & China, Despite Trade Tensions* (Press Release, Oct. 21, 2019), <https://www.credit-suisse.com/about-us-news/en/articles/media-releases/global-wealth-report-2019-global-wealth-rises-by-2-6--driven-by-201910.html>.

12 הוא מסד נתונים הנחשב למפורט ולאמין ביותר. הוא מתמקד בעושר האישי, ולא בהכנסה האישית, שהוא לדעתי משתנה ראוי יותר בשיח על צדק חלוקתי נשוא מאמר זה. יש לציין כי דוח העושר של שנת 2021 ובו נתוני שנת 2020 פורסם, אך לאור העובדה שנתונים אלו מושפעים ממגפת הקורונה ראיתי לנכון להציג את הנתונים הקודמים למגפה. לדוח העושר של שנת 2020, ראו Credit Suisse Rsch. Inst., *Global Wealth Report 2021* (June 2021). Ben Steverman & Alexandre Tanzi, *The 50 Richest Americans Are Worth As Much As the Poorest 165 Million*, BLOOMBERG, Oct. 8, 2020, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-10-08/top-50-richest-people-in-the-us-are-worth-as-much-as-poor-165-million>.

ואילו ההכנסה הממוצעת של האחוזון העליון הייתה כ-430,000 דולרים, ומובן שאי-השוויון בעושר גדול עוד יותר מאשר בהכנסות.<sup>13</sup> נתונים נוספים על צבירת העושר בארצות הברית מעידים אף הם על אי-שוויון הולך וגדל: כך למשל, לפי הערכה אחת בשנת 2018 האחוזון העליון החזיק בידיו כ-38% מהעושר והעשירון העליון החזיק בידיו כ-78%-77% מהעושר, נתונים המהווים עלייה של כ-10% לעומת נתוני שנת 1989. לפי הערכה זו העושר הממוצע של האחוזון העליון גדול בערך פי 38 מהעושר הממוצע.<sup>14</sup> נתון נוסף המבהיר את הפערים העצומים בחברה האמריקנית הוא שאדם ממוצע באחוזון העליון החזיק בשנת 2020 בעושר שהוא שווה ערך לכ-200 שנה של משכורות ממוצעות, בעוד שבשנת 1980 עושרו היה שווה ערך לכ-60 שנה של משכורות ממוצעות.<sup>15</sup> לפי הערכה אחרת (המבוססת על חישוב שונה מעט), האחוזון העליון מחזיק ב-31.2% מהעושר, ואילו ה-50% התחתונים מחזיקים רק ב-1.4% מהעושר. כמו כן, העושר החציוני הוא כ-120,000 דולרים, אך העושר הנדרש כדי להיכלל בעשירון העליון הוא כ-1.2 מיליון דולרים, באחוזון העליון הוא כ-11 מיליון דולרים ואילו העושר הנדרש כדי להיכלל באלפיון העליון הוא כ-43 מיליון דולרים.<sup>16</sup>

91 חברות מתוך רשימת 500 החברות המדורגות ראשונות בכתב העת "Fortune" כלל לא שילמו מס הכנסה פדרלי בשנת 2018, ובאופן כללי תאגידים שילמו בממוצע רק 8% מס על הכנסתם.<sup>17</sup> כמו כן חל שינוי משמעותי בחלק היחסי של ההכנסות ממיסוי תאגידים לעומת ההכנסות ממיסוי על עבודה ברמה הפדרלית. בשנות החמישים הגיע מיסוי תאגידים לכ-30% מההכנסות ממס, ואילו מיסוי עבודה עמד על כ-50% מההכנסות ממס; לעומת זאת

Edward J. McCaffery, *The Death of the Income Tax (or, The Rise of America's Universal* 13  
*Wage Tax)*, 95 IND. L.J. 1233, 1241-42 (2020). בהקשר זה אציין כי מועמרים שונים לנשיאות  
ארצות הברית הציעו מס עושר בשנת 2019. אליזבת' וורן הציעה מס עושר פרוגרסיבי על  
יחידים או על משפחות בעלי שווי נקי של מעל 50 מיליון דולרים. ברני סנדרס הציע גם הוא  
מס עושר פרוגרסיבי שבו עושר החל מ-32 מיליון דולר ממוסה בשיעור של 1%, ועולה בהדרגה  
עד 8% עבור אנשים בעלי שווי של מעל 10 מיליארד דולרים. מחקר משנת 2019 קובע, כי  
בארצות הברית מס מסוג ובשיעור זה יוטל בפועל על פחות מ-0.1% ממשקי הבית. להרחבה,  
ראו Emmanuel Saez & Gabriel Zuchman, *Progressive Wealth Taxation* (Brookings  
Papers on Economic Activity, Brookings Institution, 2019), <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/10/Saez-Zuchman-final-draft.pdf>

Emmanuel Saez & Gabriel Zuchman, *The Rise of Income and Wealth Inequality in* 14  
*America: Evidence from Distributional Macroeconomic Accounts*, 34 J. ECON. PERSP.  
3, 9 (2020).

שם, בעמ' 11. רפורמת המס המוצעת של הנשיא ג'ו ביידן מבוססת על התובנה כי הפערים  
בחברה האמריקנית הם בלתי-נסבלים. ראו לעיל ה"ש 5.

PK, *Who Are the One Percent in the United States by Income and Net Worth?*, DQYDJ, 16  
<https://dqydj.com/who-are-the-one-percent-united-states/>; PK, *Net Worth Percentile*  
*Calculator for the United States in 2020*, DQYDJ, <https://dqydj.com/net-worth-percentile-calculator-united-states>

The White House, *Fact Sheet: The American Jobs Plan*, THE WHITE HOUSE (Mar. 31, 17  
2021) <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/31/fact-sheet-the-american-jobs-plan>

בשנים האחרונות רק 10% מההכנסות ממיסים נובעות ממיסוי תאגידיים, בעוד שלמעלה מ-80% מההכנסות הם ממיסוי עבודה. שינוי זה נושא אופי דרמטי בראש ובראשונה בכל הקשור לגידול באי-השוויון, כיוון שנתח גדול יותר מהכנסות ההון מגיע לשכבות העשירות בהשוואה לנתח מההכנסות מעבודה, ולכן המיסוי בפועל על השכבה העשירה הוא נמוך יחסית. כך למשל, בשנת 2019 5% מבעלי ההכנסות הגבוהות ביותר הרוויחו 26% מכלל ההכנסה מעבודה ו-71% מכלל ההכנסה מהון.<sup>18</sup>

הגידול באי-השוויון בארצות הברית מתבטא גם בגידול בפערי השכר. בעוד שהשכר השבועי הממוצע של העשירון התחתון עלה רק ב-3% (במונחים ריאליים) משנת 2000 ועד שנת 2018, השכר השבועי הממוצע של העשירון העליון עלה ב-15.7% (במונחים ריאליים) באותה תקופה, כך שהמשכורת הממוצעת של העשירון העליון כיום היא כמעט פי 5 מהמשכורת הממוצעת של העשירון התחתון.<sup>19</sup> יש לציין כי הגידול באי-השוויון נובע לא רק מגידול מטאורי בהכנסות של המאון ושל האלפיון העליון, אלא גם בשל גידול בפערים בין קבוצות רחבות יותר. היחס בין ההכנסה של האחוזון התשיעים לבין ההכנסה של האחוזון העשירי גדל בהתמדה. בעוד שבשנת 1980 ההכנסה הייתה גדולה פי 8.1, בשנת 1990 היא הייתה גדולה פי 10.1, בשנת 2000 פי 10.6, בשנת 2010 פי 11.7 ובשנת 2018 פי 12.6. עם זאת הפער גדל גם כאשר נוטלים קבוצה רחבה יותר ומשווים את הגידול בהכנסה בין החמישונים השונים. בארבעת העשורים האחרונים גדלה ההכנסה של החמישון העליון בעקביות בקצב מהיר הרבה יותר מההכנסה של החמישון התחתון. כך למשל, בשנות השמונים גדלה ההכנסה של החמישון העליון ביותר מ-2% בממוצע בשנה, בעוד שההכנסה של החמישון התחתון לא גדלה כלל ואף ירדה. בשנות התשיעים גדלה ההכנסה של החמישון העליון ב-2.7% בשנה בממוצע, בעוד שההכנסה של ארבעת החמישונים האחרים גדלה רק ב-1% בממוצע בשנה. לאור המשבר הכלכלי ירדה ההכנסה הממוצעת בשנות האלפיים, אך הירידה השנתית הממוצעת בהכנסה של החמישון התחתון הייתה גדולה בערך פי 4 (באחוזים) מהירידה בהכנסה השנתית הממוצעת של החמישון העליון. פערים אלו מבטאים את הגידול האדיר באי-השוויון, הנוגע לא רק לקצוות אלא לכלל האוכלוסייה.<sup>20</sup>

בעיית אי-השוויון קיימת לא רק במישור העולמי ולא רק בארצות הברית, אלא גם במדינות מפותחות רבות אחרות ובהן ישראל. כך למשל, ההכנסה הממוצעת של החמישון העליון של משקי הבית בישראל (בשנת 2018) הייתה גדולה פי 6.5 מההכנסה הממוצעת של

18 *The Made in America Tax Plan*, לעיל ה"ש 5.

19 Drew Desilver, *For Most U.S. Workers, Real Wages Have Barely Budged in Decades*, PEW RSCH. CTR. CENTER (Aug. 7, 2018), <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/08/07/for-most-us-workers-real-wages-have-barely-budged-for-decades/>

20 Juliana Menasce Horowitz, Ruth Igielnik & Eakesh Kochhar, *Trends in Income and Wealth Inequality*. PEW RSCH. CTR. (JAN. 9, 2020), <https://www.pewresearch.org/social-trends/2020/01/09/trends-in-income-and-wealth-inequality>

יש לציין כי לנתונים אלו חשיבות רבה, שכן אי-השוויון אינו נוגע רק לקצוות האוכלוסייה אלא לכל שכבותיה. ממילא אי-אפשר לשנות ולתקן את המצב אך ורק באמצעות כלי מדיניות המוכוונים למיסוי העשירים ביותר, כגון מיסוי עושר ומיסוי על העברה בין-דורית שעליהם מתנהל שיח ציבורי ער לאחרונה.

החמישון התחתון. לשם השוואה, הממוצע במדינות ה-OECD הוא שההכנסה של החמישון העליון גדולה פי 5.4 מההכנסה של החמישון התחתון. כמו כן, ההכנסה של העשירון העליון של המועסקים במשרה מלאה גדולה פי 4.9 ממקביליהם בעשירון התחתון, בהשוואה לפער של פי 3.4 בממוצע במדינות ה-OECD.<sup>21</sup>

נקודת המוצא של מאמר זה היא, כי ישנה הסכמה רחבה – אך לא כוללת – ולפיה אי-השוויון בחלוקת העושר העולמי מצוי בנקודת שפל קשה וכי מן הראוי להקטין את אי-השוויון, מבלי לקבוע מסמרות בנוגע לרמת החלוקתיות הרצויה, שבעניינה עשויים מטבע הדברים להיות חילוקי דעות. חילוקי הדעות נוגעים הן לרמת החלוקתיות הרצויה והן לדרך ולאמצעים שיש לנקוט כדי להגיע ליעד החלוקתי הרצוי מהמצב החלוקתי שבו העולם מצוי עתה.<sup>22</sup> לכאורה ניתן לתאר את הפרדיגמה הקיימת כ"ניטרלית" מבחינה חלוקתית, שכן עניינה בקביעה מהי השכבה שבה רצוי לקדם חלוקתיות – מבלי לקבוע מהי

OECD, *How's Life in Israel?*, 6 (2020), <https://www.oecd.org/israel/Better-Life-Initiative-country-note-Israel.pdf>. ככלל אפשר לומר כי אי-השוויון בישראל הוא חמור יותר מאשר ממוצע מדינות ה-OECD. עם זאת בהיבטים שונים המידע על ישראל הוא פחות מדויק ומסודר, ולכן קשה לתאר תמונה מדויקת של השינויים באי-השוויון בעשור האחרון. ראו למשל את ההשוואה בין העמדות השונות בסוגיה זו של נשיא ארצות הברית דונלד טראמפ וג'ו ביידן: *A Tale of Two Tax Policies: Trump Rewards Wealth, Biden Rewards Work*, JOE BIDEN FOR PRESIDENT: OFFICIAL CAMPAIGN WEBSITE, <https://joebiden.com/two-tax-policies> (last visited Feb. 26, 2022); Erica York, *President Trump Outlines Second Term Tax Ideas*, TAX FOUND. (Aug. 25, 2020), <https://taxfoundation.org/president-trump-tax-plan-2020>. איננו מתעלמים מכך כי ישנן עמדות שלפיהן המצב החלוקתי הנוכחי אינו מחייב כל שינוי מבחינה חלוקתית. מאמר זה לא נועד כדי להתמודד עם עמדות אלה. נקודת המוצא שלו היא כי המצב החלוקתי הנוכחי מחייב שינוי באופן שיש להגדיל את החלוקתיות, גם אם אין הסכמה על מידת החלוקתיות הרצויה. כמו כן המאמר אינו עוסק בסוגיה הנורמטיבית השואלת מהי החלוקתיות הרצויה מבחינה פילוסופית. ההיבט האחרון מחייב דיון נפרד ומקיף, החורג כמובן ממסגרתו המצומצמת של מאמר זה, ובייחוד בכל הנוגע לזיקתו לשיח המיסוי, שרק הוא נועד להתמודד עם החלוקתיות על פי הפרדיגמה מושא מאמר זה. ראו למשל את המאמרים השונים בקובץ PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TAX LAW (Monica Bhandari ed., Oxford University Press, 2017); LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL, *THE MYTH OF OWNERSHIP: TAXES AND JUSTICE* (2002); Linda Sugin, *Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax Systems*, 72 *FORDHAM L. REV.* 1991 (2004); Joseph M. Dodge, *Theories of Tax Justice: Ruminations on the Benefit, Partnership, and Ability-to-Pay Principles*, 58 *TAX L. REV.* 399 (2005); Jennifer Bird-Pollan, *Why Tax Wealth Transfers: A Philosophical Analysis*, 57 *B.C. L. REV.* 859 (2016); Brian Galle, *Tax Fairness*, 65 *WASH. & LEE L. REV.* 1323 (2008); Linda Sugin, *A Philosophical Objection to the Optimal Tax Model*, 64 *TAX L. REV.* 229 (2011); Alex Raskolnikov, *Accepting the Limits of Tax Law and Economics*, 98 *CORNELL L. REV.* 523 (2013); Vincent Ooi, *Redistributive Taxation in the Modern World*, 34 *SING. L. REV.* 173 (2016); Ilan Benshalom, *The Rise of Inequality and the Fall of Tax Equity: A Call for a Non-Ideal Distributive Tax Theory*, 2021 *B.T.R.* 195



רמת החלוקתיות הנדרשת. אולם כפי שנראה להלן<sup>23</sup> תיאור זה הוא פשטני למדי; שכן יש להוסיף לכך, כי סביר להניח שגם מי שמצדדים בפרדיגמה הרווחת גורסים כי יש חשיבות בקידום חלוקתיות נוספת לאור אי-השוויון הקיצוני שאליו הגענו. הדיון שלהלן ממוקד בכך, שהפרדיגמה הרווחת בדבר המבנה של הסדר החברתי ושל משטרי המיסוי היא אחד הגורמים התשתיתיים בסדר החברתי הרווח במדינות רבות בעולם; בהינתן המצב החלוקתי הקשה הרווח במחוזותינו, יהיה סביר לטעון כי הפרדיגמה הקיימת נושאת באחריות חלקית (ואולי אף מלאה?) למצב חלוקתי זה. מכאן השיח בדבר השינוי הפרדיגמטי.

מן הראוי להבהיר כי אכן ניתן למצוא שיח ביקורתי על הפרדיגמה הרווחת לאורך כל שנות חייה, אולם לא היה בו כדי לשחוק את מעמדה הבכיר של פרדיגמה זו בשיח העיוני, והלכה למעשה גם בסדר החברתי הרווח. לשון אחר, לא היה בביקורת זו כדי להעצים את מעמדו של השינוי הפרדיגמטי ולהעמידו כנושא חשוב בשיח הציבורי על אודות הסדר החברתי. מנגד, לאורך כל השנים הללו, כאשר השיח הציבורי התמקד ומתמקד באי-השוויון המתרחב וחפץ בצמצמו, אזי לנגד הזרמים המרכזיים – העיוניים והפרגמטיים – עמדה הפרדיגמה הרווחת, ובעקבותיה יש בפייהם בדרך כלל קריאה אחת בלבד: יש להגדיל את נטל המס. הא ותו לא. בדברים שלהלן אני קורא להעמיד את השינוי הפרדיגמטי הנדרש כאחד האתגרים המרכזיים בשיח הציבורי, ולראות בו מכשיר חשוב וכולט בארגז הכלים של המדיניות הציבורית לצמצום אי-השוויון.

המצב החלוקתי הנוכחי הוא מאתגר בשל הבעיה המוסרית-דאונטולוגית שבפניהם כה גדולים. עם זאת סביר להניח כי גם מי שלטעמו המצב אינו בעייתי מבחינה מוסרית-דאונטולוגית יסכים לכך, שבפניהם חלוקתיים כה גדולים כמו אלה שהוצגו לעיל טמון פוטנציאל משמעותי ביותר לקיומה של השפעה יעילותית שלילית שבגינה יש לתקן (לפחות חלקית) את המצב החלוקתי. ההשפעה היעילותית השלילית של אי-שוויון גדול נובעת הן מגורמים מוכרים ורווחים בשיח העיוני, כגון התועלת השולית הפוחתת של הכסף, והן מהחשש כי אי-השוויון הגדול יערער את הסדר החברתי (שביתות עובדים, סכסוכים אזרחיים וכדומה) ועקב כך תיפגע היעילות הכלכלית. עוד ראוי לציין, כי לאור המגבלות הקיימות של משטר המיסוי לבצע חלוקה מחדש, כפי שיפורט להלן,<sup>24</sup> תוצאות חלוקתיות קיצוניות הנובעות משכבת הסדר החברתי עלולות להצר את מרחב התמרון הדמוקרטי היצרות ניכרת; במרחב זה מן הראוי שהשיח יתקיים אקס-אנטה, ושהוא יאפשר למחוקק לקבוע את רמת החלוקתיות הרצויה. לשון אחר, מבחינה דמוקרטית נדרש שמנעד האפשרויות העומד בפני המחוקק בקביעת רמת החלוקתיות הרצויה מבחינה חברתית יהיה אופטימלי; הדבר נדרש כדי לאפשר תהליך דמוקרטי שבו לנבחרי הציבור יהיו דרגות חופש בקביעת המדיניות בסוגיית החלוקתיות באופן שהן אינן מוגבלות "אקסוגנית" מאילוצים הנובעים מפעילותה של שכבת הסדר החברתי. המשך הדברים יראה, כי הפרדיגמה הקיימת נושאת באחריות לא-מבוטלת לצמצום מנעד האפשרויות העומד בפני המחוקק בשל האילוצים שהיא מציבה על קידום חלוקתיות.

23 ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 105.

24 ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 74-79.

## א. הפרדיגמה הדו־שכבתית הרווחת

### 1. הערות מקדמיות

בטרם אציג בהרחבה את הפרדיגמה הדו־שכבתית הרווחת, אציין שני דגשים. ראשית, העיסוק בהיבט החלוקתי מתפרס על כל המנעד של היחידים בחברה – החל מהעניים ביותר, עבור דרך המעמד הבינוני וכלה בעשירים ביותר. במאמר זה הצגת התכנים החלוקתיים תהיה באמצעות שתי קבוצות – עשירים ועניים, לשם נוחות הדיון. לפיכך הדיון שלהלן נוגע לכל הרצף של המנעד החברתי־כלכלי בהקשר החלוקתי. שנית, בנקיטת המונח "מס" או "מיסוי" במאמר זה הכוונה היא גם למיסים שליליים ולתשלומי העברה בהקשרם הרחב, ובמרכזם מס הכנסה שלילי, תשלומי רווחה וסובסידיות.

### 2. תוכנה של הפרדיגמה הרווחת

הפרדיגמה הרווחת היא בעלת מבנה דו־שכבתי. השכבה הראשונה היא שכבת הסדר החברתי, הכוללת את כל הכללים המשפטיים שהסדר החברתי מכיל למעט מערכת המיסוי.<sup>25</sup> השכבה השנייה כוללת את מערכת המיסוי בלבד. הפרדיגמה, שתפורט להלן, מושתתת בין היתר על כך שישנו "צינור" המעביר את התוצאות הכלכליות שנוצרות באמצעות שכבת הסדר החברתי (הנעדרת כאמור שיקולים חלוקתיים) לתוך השכבה השנייה, אשר תקלוט תוצאות אלה באמצעות מערכת המיסוי ותערוך חלוקה מחדש של ההכנסות בחברה. הפרדיגמה שבה עסקינן מונחת בכסיס הפלטפורמה המשמשת את המדינה (הסדר החברתי), ובמסגרתה נערכים שינויים שנעשים בשכבות הללו כ"פרויקטים" או כ"שינויי מדיניות", כדי לקדם יעדים שנועדו להשיא את הרווחה במובן של יעילות מחד ומתוך רצון לקדם חלוקתיות מאידך. במסגרת זו נכללים שינויים בדין, רגולציה או פעולות ממשלתיות אחרות שגורמים לשינוי בגודל העוגה הכלכלית או בחלוקתיות שלה.<sup>26</sup> ניתן לומר בקווים כלליים מאוד, כי בית הגידול של הפרדיגמה שבה עסקינן היא גישת הניתוח הכלכלי של המשפט.<sup>27</sup> גישה זו גורסת כי שתי השכבות האמורות שונות האחת

25 כללים משפטיים אלו כוללים בראש ובראשונה את המשפט הפרטי כגון דיני החוזים, הנזיקין והקניין. עם זאת שכבת הסדר החברתי כוללת לא רק דינים אלה, אלא גם הסדרים בתחום המשפט המנהלי והפלילי שעשויה להיות להם השפעה חלוקתית, כגון קנסות. שכבת הסדר החברתי כוללת גם את המדיניות הממשלתית לסוגיה, החל מאופן מימון ההוצאות על מוצרים ציבוריים וכלה במדיניות סחר, הגירה, רגולציה ועוד, וכן את מנגנוני התמחור של מוצרים מסוימים כגון שכר לימוד וכדומה. המאמר לא יעסוק בכל הנושאים הללו אך ישתמש בדוגמאות מן התחומים השונים, הן כדי להדגים את הבעיות בפרדיגמה הקיימת והן כדי להדגים כיצד ניתן לקדם חלוקתיות נוספת בשכבת הסדר החברתי.

26 ראו למשל: Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 YALE L.J. 165, 177 (1999).

27 גישה זו מכונה בכמה מונחים בספרות: "analysis of economic efficiency", "economic analysis of law", "cost-benefit analysis", "analysis of law". לשימוש במונח "cost-benefit analysis", ראו: Lisa Heinzerling, *Quality Control: A Reply to Professor Sunstein*, 102 CALIF. L. REV.

מרעותה מבחינה פונקציונלית, וכי הן נועדו להשלים זו את זו. שכבת הסדר החברתי מתמקדת ביעילות בלבד אך ורק כדי להגדיל את העוגה; היא, ככלל, אינה עוסקת בצדק החלוקתי<sup>28</sup> – קרי כיצד יש לחלק את העוגה בין הפרטים בחברה.<sup>29</sup> כך למשל, בשכבת הסדר החברתי דיני הנזיקין יעוצבו בצורה היעילה ביותר (מבחינת הכוונת התנהגות הצדדים) ולא יתמקדו בהיבטים החלוקתיים, בבחינת "ודל לא תהדר בריבו".<sup>30</sup> תפקידה של השכבה השנייה הוא שונה לחלוטין, והוא נועד להשיג צדק חלוקתי לצורך חלוקה הגונה של העוגה.<sup>31</sup> מובן שמטרה זו עומדת לצד המטרה העיקרית של מערכת המיסוי – מימון הוצאות הממשלה. נמצאנו למדים כי הפרדיגמה הרווחת מטילה על מערכת המיסוי – ורק עליה – לתקן חלוקתית את תוצאות שכבת הסדר החברתי. לפיכך, מדיניות מסוימת שאיננה קשורה לשכבת המיסים תאומץ אם היא משיאה את היעילות בחברה, ללא כל התחשבות בתוצאותיה החלוקתיות.<sup>32</sup> מדיניות מיסוי, לעומת זאת, תיבחר אם היא תורמת בקווים כלליים לחלוקה מחדש של העושר בצורה הוגנת יותר – שוב כמובן לצד גביית המס.<sup>33</sup>

בקצירת האומר, הפרדיגמה הדו-שכבתית הרווחת מושתתת על קריטריון היעילות של קלדור-היקס ולצידו קריטריון היעילות של פארטו,<sup>34</sup> שמטרתם מקסום הרווחה

Zachary (2014), 1457, 1458; לשימוש במונח "analysis of economic efficiency", ראו: Liscow, *Is Efficiency Biased?*, 85 U. CHI. L. REV. 1649, 1650-51 (2018) (להלן: Adler & Posner, *Is Efficiency Biased*), לעיל ה"ש 26, בעמ' 170-171.

28 לגישה זו, ראו: Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, 23(2) J. LEGAL STUD. 667 (1994); Richard Craswell, *Passing*; (Kaplow & Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L. REV. 361 (1991); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* (6<sup>th</sup> ed. 2012). עם זאת יש מי שמסתייגים מגישה זו וסבורים שיש להתחשב גם בשיקולי צדק מחלק. ראו למשל: אריאל פורת נזיקין כרך א 69 (2013) (להלן: אריאל פורת נזיקין).

29 ראו למשל STEVEN SHAVELL, *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 2-3 (Belknap 2004). המחבר מצהיר בתחילת ספרו כי הוא לא יתייחס לשיקולים חלוקתיים אלא רק להשאת היעילות, משום שכל השפעה חלוקתית של הכללים המשפטיים או של המדיניות הנבחרת יכולה להיות מקווצת באמצעות מערכת המס.

30 שמות כג 3; וכן "לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול בצדק תשפוט עמיתך", ויקרא יט 15. הפרשנות הקלאסית הרווחת היא כי המונח "צדק" המופיע בפסוק הוא צדק מתקן, תוך הדרתו של הצדק המחלק, דהיינו הפסוק מורה כי אין להעדיף את הרל או את הגדול משיקולים של צדק מחלק אלא יש לשפוט לפי עקרונות הצדק המתקן.

31 ראו לעיל ה"ש 28.

32 ראו למשל: אמל ג'בארין דיני מסחר אלקטרוני צרכני 130-131 (2015).

33 להרחבה על החלוקה המסורתית בין שתי השכבות בניתוח הכלכלי של המשפט, ראו: Adler & Posner, לעיל ה"ש 26 בעמ' 185-186.

34 אדלר ופוזנר מדגישים, כי ניתן לבסס גישה זו הן על קריטריון קלדור-היקס והן על קריטריון פארטו. ראו שם, בעמ' 176-177, 188-191.

המצרפית<sup>35</sup> הנמדדת בנכונותם של הפרטים לשלם עבור מוצרים או עבור שירותים (להלן: הפרויקט).<sup>36</sup> כלומר, פרויקט ייחשב ליעיל ביותר אם הוא מממש את העדפויותיהם של אנשים באופן שהסכום הכולל שכל המעורבים מוכנים לשלם עבור הזכות שהוא מקנה להם הוא מקסימלי.<sup>37</sup>

הבסיס לניתוח זה הוא התפיסה שלפיה מקסום הרווחה יתקבל בשעה שכל משאב מוגבל (כגון מקרקעין) יגיע לידי האנשים שמעריכים אותו בשווי הגבוה ביותר, ואילו משאבים שניתן לייצר בכמות משתנה (כגון שירותי בריאות או בניית פארקים) יחולקו רק לאנשים שמעריכים אותם ביותר מעלות הייצור שלהם. לעומת זאת, אנשים שמעריכים משאב בשווי הנמוך מעלות ייצורו לא יקבלו משאב זה, ותחת זאת יקבלו כסף באמצעות מנגנוני המס ותשלומי ההעברה, שכן התועלת שלהם מכסף גדולה יותר מאשר התועלת מהמשאב הנדון. באופן הזה התועלת מכל משאב ממוקסמת, וממילא התועלת הכללית מהמשאבים תמוקסם. אכן, בכך הרווחה תמוקסם, אך ייווצרו עיוותים חלוקתיים שיש לפתור באמצעות "פיצוי" כספי לאותם פרטים שלא זכו להקצאה של משאבים רבים. תיאור זה מהווה את הדפוס המרכזי לפעילותן של שתי השכבות. חריגה מדפוס זה – כלומר הקצאת משאבים לעניים בשם ה"הגינות" – תגרום לחוסר יעילות, שכן עניים עשויים לקבל משאב או זכאות מסוימת שהם מעריכים בפחות מאשר עלות הייצור שלהם או פחות ממה שמעריך אותם אדם אחר. ממילא, התועלת של כולם תגדל אם אותם עניים לא יקבלו משאב זה אלא תשלום העברה, קרי, כסף בשווי המשאב. כך למשל, מדיניות המקצה שירותי בריאות לכולם אינה יעילה, שכן ייתכן שיש עניים שמעריכים הטבה זו בפחות מעלותה ולכן עדיף לתת להם כסף במסגרת מערכת המיסוי. אולם יש לזכור שאי-חלוקת שירותי הבריאות לעניים אינה גוררת בהכרח שלכל העניים לא יהיו שירותי בריאות, מכיוון שכלכלת השוק החופשי תבטיח שעניים המעריכים משאבים אלו ביותר מעלות הייצור שלהם יוכלו לרכוש אותם במסגרת מנגנון השוק.<sup>38</sup> יש לציין כי לעיתים, באופן חריג, דווקא כללים משפטיים המקדמים חלוקתיות מעודדים גם התנהגות יעילה יותר.<sup>39</sup> עם זאת אין בכך כדי להקשות מהותית על הפרדיגמה הקיימת, שכן גם תומכיה יאמצו כללים אלו בשל יעילותם.

John R. Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, 49 *Econ. J.* 696 (1939); Nicholas Kaldor, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, 49 *Econ. J.* 549 (1939)

ראו למשל: איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 114 (1996).

Zachary Liscow, *Democratic Law and Economics* 8 (N.Y.U Tax Pol'y Colloquium, Working Paper No. 7, 2019), [https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/Democratic Law and Economics - Liscow.pdf](https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/Democratic%20Law%20and%20Economics%20-%20Liscow.pdf) (להלן: Liscow, *Democratic Law and Economics*) ("Efficient nontax policies are those that maximize individuals' willingness to pay given the existing distribution of wealth")

שם. להרחבה, ראו: Paul A. Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*, 36 *Rev. Econ. & Stat.* 387 (1954); RICHARD A. MUSGRAVE, *THE THEORY OF PUBLIC FINANCE: A STUDY IN PUBLIC ECONOMY* 18 (1959)

חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 59-62 (2005). דוגמאות לכך מתחום דיני החוזים הן העילות שבפרק ב לחוק החוזים, העוסק בביטול חוזה בשל פגם בכריתתו, שכן הכללים של טעות, של

### 3. הרקע העיוני לקיומה של הפרדיגמה

הפרדיגמה הרווחת שעליה עמדתי בסעיף הקודם מתבססת על כך, ששימוש במערכת המיסוי לשם חלוקה מחדש מצמצם את הפגיעה ביעילות, בין היתר בשל עלויות פחוטות, וזאת לצד יכולתה וגמישותה של מערכת זו להתאים את עצמה, בנסיבות המתאימות, לאתגרים חלוקתיים קונקרטיים. שכבת הסדר החברתי, לעומת זאת, לא נועדה מעיקרה להשגת חלוקה מחדש, בהיותה בין היתר חסרת כלים ראויים ויעילים, בהשוואה לשכבה השנייה, כדי לבצע זאת.<sup>40</sup>

הטעיה, של כפייה ושל עושק מקדמים חלוקתיות אך גם יעילות. נקודת המוצא היא שחוזים הם יעילים ומשיאים את הרווחה המצרפית כיוון שמדובר בהתקשרות רצונית של שני הצדדים, כך שכל צד מגדיל את התועלת שלו באמצעות החוזה, ובכך שהתועלת של שני הצדדים גדלה גם הרווחה הכללית גדלה. כאשר יש חשש שההתקשרות של אחד הצדדים בחוזה אינה לחלוטין רצונית (כפי שמתרחש באירועים שבהם יש פגם בכריתה), אזי יש חשש כי התועלת של צד זה תקטן בשל ההתקשרות, וכבר אין ערובה שהחוזה משיא את הרווחה המצרפית ושהוא יעיל. לכן עליות אלה המאפשרות ביטול של החוזה בשל פגם בכריתתו תורמות ליעילות, שכן הן מונעות אכיפה של חוזים שבהם יש חשש משמעותי שהם אינם יעילים. לצד זאת עליות ביטול אלה מקדמות חלוקתיות, שכן הן מגינות על הצד החלש בהתקשרות מפני הצד החזק. הצד החזק הוא לרוב העושה, הכופה והמטעה, ולכן עליות אלו מונעות את ניצול חוזקו. דוגמאות נוספות בתחום דיני החוזים הן קביעה של תניות מקפחות בחוק הגנת הצרכן וקביעת חובות גילוי בחוקי חוזים ספציפיים (כגון חוק המכר) או מכוח חובת תום הלב. גם בדיני הנזיקין יש דוגמאות לכללים שמקדמים הן יעילות והן חלוקתיות. כך למשל, הטלת אחריות חמורה על ספקים תורמת הן ליעילות, כיוון שצד זה הוא לרוב מונע הנזק היעיל ומפזר הנזק היעיל וכללים שכאלה עשויים גם לפתור כשלי שוק, אך היא תורמת גם לחלוקתיות, לאור ההגנה על הצרכן שהוא הצד החלש. גם רגולציה עשויה לעיתים לקדם הן יעילות והן חלוקתיות כאשר היא באה להתמודד עם כשלי שוק. דיני התחרות במקרים רבים הם גם יעילים וגם חלוקתיים, שכן הגבלות על מונופולים, על אוליגופולים ועל קרטלים מקטינות את הנטל העודף (deadweight loss) ובכך מגדילות את היעילות, אך הן גם מקדמות חלוקתיות לאור העברת העושר מגופים חזקים אלה לצרכן.

40 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient*, לעיל ה"ש 28; Louis Kaplow & Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income* 29 J. LEGAL STUD. 821, 823 (2000) (להלן: Kaplow & Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor*); Daphna Lewinsohn- Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326, 328 (2006); COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 28, בעמ' 8. טיעון נוסף בהקשר זה הוא כי פרויקטים שונים במסגרת שכבת הסדר החברתי נמצאים בסמכותם של גופים ממשלתיים שונים, אשר עוסקים בנושא ספציפי ואינם חשופים לתמונה החלוקתית הרחבה, מה שמקשה על חלוקה מחדש אפקטיבית. ראו David A. Weisbach, *Distributionally Weighted Cost-Benefit Analysis: Welfare Economics Meets Organizational Design*, 7 J. LEGAL ANALYSIS 151 (2014) דן בקושי שבהטלת משימת החלוקה מחדש על רשויות רגולטוריות. אציין כי כנגד טיעון זה ניתן לטעון כי גם רשויות המס עומדות בפני אתגר דומה. כמו כן, ראו להלן את הדיון בחלופה

השימוש בכללים המשפטיים שבשכבה הראשונה לשם חלוקה מחדש זכה לשלוש ביקורות עיקריות שיפורטו להלן. ביקורות אלה מתמקדות בעיקרן בהשפעות השליליות של נקיטת מדיניות של חלוקה מחדש באמצעות הכללים המשפטיים – בהשוואה למערכת המיסוי – באופן שהן מהוות את עיקר ההצדקה לשימוש במערכת המיסוי בלבד לשם חלוקה מחדש.<sup>41</sup>

#### (א) טיעון העיוות הכפול

לפי טיעון העיוות הכפול, מבית מדרשם של Steven Shavell ו־ Louis Kaplow,<sup>42</sup> לחלוקה מחדש בעזרת כללים משפטיים במסגרת שכבת הסדר החברתי יש חיסרון כפול. נוסף לעיוות שהיא יוצרת בכך שהיא פוגעת בתמריץ הקיים לפרטים בחברה להגדיל את תשואתם מפעילותם, כגון פגיעה בקיומם של תמריצי עבודה – עיוות אשר יוצרת גם מדיניות החלוקה מחדש באמצעות המיסים<sup>43</sup> – היא יוצרת עיוות נוסף. עיוות זה מתבטא בכך שחלוקה מחדש זו איננה יעילה במסגרת התחום הספציפי שבו עוסק הכלל המשפטי, והיא עלולה ליצור תמריץ מעוות לפרטים להתנהג בצורה שאיננה אופטימלית ויעילותית במסגרת אותו תחום.<sup>44</sup> על כן, לפי טיעון זה ישנו יתרון ברור לחלוקה מחדש באמצעות מערכת המס, שכן יש בה רק עיוות אחד – פגיעה בתמריצי הפרטים להגדיל את התשואה מפעילותם. כך למשל, כלל נזיקי חלוקתי שמעביר 1% מהעושר של הנתבע לתובע מעוות את תמריצי העבודה באופן זהה למס המעביר 1% מהעושר, אך לצד זאת פוגע גם בתמריצי הזהירות וגורם למזיק לנקוט זהירות יתר ולהימנע מפעולות יעילות; לכן הוא יעיל אף פחות מהעברה דרך מערכת המס, אשר רק מעוותת תמריצי עבודה.<sup>45</sup>

#### (ב) שרירותיות ואקראיות

טיעון שני שהועלה כתמיכה לשימוש במערכת המס בלבד לשם חלוקה מחדש הוא טיעון השרירותיות או האקראיות (להלן: טיעון האקראיות),<sup>46</sup> המורכב משתי תובנות שונות המבוססות על תכונות הכללים המשפטיים. ראשית, ישנה טענה שכללים משפטיים משפיעים

---

השנייה לשינוי הפרדיגמה, ובפרט באפשרות כי לכל הצעת חוק שתוגש תתווסף הערכה של השפעותיה החלוקתיות, אשר עשויה למתן קושי זה, בטקסט הסמוך לה"ש 114 ואילך.

41 Tomer Blumkin & Yoram Margalioth, *On the Limits of Redistributive Taxation: Establishing a Case for Equity-Informed Legal Rules*, 25 VA. TAX REV. 1, 4 (2005).

42 Kaplow & Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient*, בעמ' 667-669.

43 Steven Shavell, *A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?*, 71 AM. ECON. REV. 414 (1981).

44 COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 28, בעמ' 8. Kaplow & Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor*, 40 ORAON וגם COOTER.

45 ראו שם. וראו דוגמה לכך העוסקת בדיני נזיקין, במאמרה של Lewinsohn-Zamir, לעיל ה"ש 40, בעמ' 335.

46 באנגלית טיעון זה מכונה "haphazardness", ולכן כיניתי את הטיעון טיעון "האקראיות" או "השרירותיות". ראו David A. Weisbach, *Should Legal Rules Be Used to Redistribute Income?*, 70 U. CHI. L. REV. 439, 448-451 (2003).

יותר על מי שמגיעים להתדיינות משפטית, ופחות על הפרטים באוכלוסייה שלא יגיעו להתדיינות שכזו. לכן כלל משפטי שמיועד להעביר עושר מעשירים לעניים יחלק מחדש את העושר בצורה שרירותית כתלות בשאלה אילו מקרים יגיעו להתדיינות משפטית. יתרה מזו, ייתכן כי עלויות הדיון הגבוהות ירתיעו לרוב דווקא את העניים מלתבוע, בעוד שהתובעים הפוטנציאליים שכן יבחרו לפנות לבית המשפט יהיו תובעים עשירים דווקא.<sup>47</sup> לא זו אף זו, ישנה מידה מסוימת של שרירותיות לא רק בסוגיה של היקף המעגל של המשתתפים בהתדיינות משפטיות, אלא גם בסוגיה "קודמת יותר" – מבחינה לוגית וכרונולוגית – של היקף המעגל של המשתתפים בסכסוך משפטי. היות שישנו פיזור מקרי של הסכסוכים המשפטיים בחברה, אזי ייתכנו אנשים שאינם מעורבים בסכסוך שכזה, ולכן חלוקה דרך כללים משפטיים לא תיטיב עימם.<sup>48</sup>

שנית, תובנה נוספת התורמת להיבט השרירותי של כללים משפטיים היא, שכדי שכללים משפטיים יהיו חלוקתיים עליהם להעדיף סוג מסוים של תובעים על סמך Proxy שלפיו תובעים מסוג זה הם לרוב עניים יותר. כלל מסוג שכזה יהיה לא-מדויק ואף שרירותי במידה מסוימת, שכן לעיתים בעלי הכנסה גבוהה יהיו גם הם חלק מקבוצת התובעים.<sup>49</sup> לכן הכלל המשפטי לא בהכרח יחלק מחדש עושר כמתוכנן, ועשוי אף לפגוע בחלוקתיות. כך למשל, קביעה של כלל קנייני המבטא העדפה של שוכרים על פני משכירים על בסיס ההנחה שהשוכרים הם לרוב עניים יותר לעומת המשכירים עלולה לעורר קושי, שכן יש כמובן משכירים עניים ושוכרים עשירים, כגון פירמות השוכרות משרדים.<sup>50</sup>

### (ג) קיזוז ההשפעות החלוקתיות באמצעות שינוי מחירים

הטיעון השלישי מערער על האפקטיביות של הכללים המשפטיים בפועל. לפי טיעון זה כללים משפטיים רבים ינוטרלו למעשה, באמצעות גלגול העלויות על הצד החלש.<sup>51</sup> כך

- 
- 47 להרחבה על טיעון האקראיות, ראו שם; דגן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 58-59.
- 48 ראו Blumkin & Margalioth, לעיל ה"ש 41, בעמ' 5, אשר מתייחסים לעובדה שהביטוח מגלים את ההשפעה של שינוי המדיניות על כלל האוכלוסייה כטיעון נגד לטיעון האקראיות, משום שהוא מבטא השפעה של שינוי הכללים על כלל הפרטים באוכלוסייה.
- 49 COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 28, בעמ' 8. Kaplow & Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 823.
- 50 היות שה-Proxy שהוצג אינו מדויק ויתרונם של משכירים על פני שוכרים רלוונטי בעיקר בנדרל"ן למגורים, ניתן לשפר Proxy זה ולקבוע כלל קנייני שמיטיב עם שוכרי דירות מגורים. עם זאת גם הפרוקסי החדש אינו מדויק, שכן ישנם עשירים השוכרים בתי מגורים. כך גם עסקאות מסוג Non-Recourse Finance עשויות לשמש להשקעה בנדרל"ן למגורים. לכן, על אף שיש לשאוף לשפר את ה-Proxy, תמיד יישארו שוליים של היעדר חפיפה ושרירותיות. אציין כי הדוגמה לכלל Proxy המובאת אצל וייסבך (Weisbach, *Legal Rules*), לעיל ה"ש 46, בעמ' 449) היא דוגמה מעט קיצונית של כלל נזיקי המבטא העדפת התובע על פני הנתבע על בסיס ההנחה שהתובעים בנזיקין הם לרוב אנשים עניים יותר. דוגמאות אפשריות נוספות הן קביעת כללים משפטיים לטובת עובדים אל מול מעסיקים, מבוטחים אל מול חברות ביטוח וצרכנים אל מול ספקים.
- 51 COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 28, בעמ' 8.

למשל, הטיה לטובת השוכרים שלפיה המשכירים יהיו אחראים לתיקונים שונים בדירה עלולה להתבטא בהעלאת מחירי השכירות, כך שלבסוף היא לא תיצור חלוקה מחדש. לשון אחר, לא ברור כלל ועיקר מה תהיה התחולה (incidence) של הכלל המשפטי על מי מהצדדים. ככלל, סביר להניח שהוא יוכרע בהתאם לגמישויות היחסיות של ההיצע והביקוש של שוק הדירות להשכרה.<sup>52</sup> אם שבים לשיח החלוקתי, אזי אם מניחים כי יכולתם הכלכלית של השוכרים היא קטנה יותר בהשוואה לזו של המשכירים, אין ודאות כי כלל משפטי המוטה לטובתם של השוכרים ימלא את ייעודו. יתרה מזו, ייתכן שהשפעותיו של כלל משפטי מסוג זה יהיו מרחיקות לכת עוד יותר, ולא רק שמחירי השכירות יעלו אלא שהשוכרים העניים עשויים למצוא את עצמם ללא קורת גג. הכלל עשוי לגרום לחלוקה מחדש בקרב השוכרים, משום שבעקבות המדיניות החדשה השוכרים שישכרו את הדירות יהיו אלה שמעריכים את האחריות של בעלי הבתים לתיקונים במחיר גבוה יותר, על חשבון השוכרים שמעריכים את הכלל במחיר נמוך יותר. בפועל הכלל עשוי ליצור אפקט חלוקתי שמתבטא בעיקר בתוך קבוצת השוכרים עצמה, ולא אפקט חלוקתי בין המשכירים לשוכרים. יוצא שהשפעותיו של כלל משפטי שכזה אינן צפויים, ולכן הוא אינו מצוי בארגז הכלים של החלוקה מחדש.<sup>53</sup>

#### (ד) שיקולים נורמטיביים חוץ-יעילותיים התומכים בקיומה של הפרדיגמה

ישנם שיקולים שאינם מושתתים על שיקולי יעילות אלא על תפיסות נורמטיביות; כך למשל, השיקול הגורס כי בשל ערך החירות, הגוף שתפקידו לדאוג לרווחתם של הפרטים ולצדק החלוקתי הוא השלטון המרכזי, ולא הפרטים בחברה. מנגנון המיסוי הוא חלק מהותי ומרכזי במערכת היחסים שבין הפרט לשלטון המרכזי, בעוד שהכללים המשפטיים עניינם הסדרת מערכת היחסים שבין הפרטים לבין עצמם. על כן, ראוי שהחלוקה מחדש תבצע באמצעות מערכת המס, כך שתימנע פגיעה חמורה בחירויותיו של הפרט.<sup>54</sup> הטיעונים שהוצגו מהווים את עיקרה של התשתית העיונית לפרדיגמה הרווחת, שלפיה יש לבצע חלוקה מחדש באמצעות מערכת המס בלבד. במרכזו של מאמר זה מוצגת התפיסה

52 כמונח "גמישויות" הכוונה כאן היא למושג הכלכלי שמשמעותו גודל השינוי באחוזים של משתנה אחד לעומת השינוי באחוזים של משתנה אחר. במקרה הנוכחי הכוונה היא לגמישות הביקוש של שוכרי הדירות לעומת המחיר (כלומר גודל השינוי באחוזים של הביקוש לדירות לעומת גודל השינוי באחוזים של מחירן), ושל ההיצע של בעלי הדירות לעומת המחיר (כלומר גודל השינוי באחוזים של ההיצע של דירות להשכרה לעומת גודל השינוי באחוזים של מחירן). מבחינה כלכלית אין חשיבות לשאלה על מי מהצדדים נטל המס מוטל מבחינה פורמלית (התחולה המשפטית), שכן הנטל בפועל (התחולה הכלכלית) תלוי בשאלת היחס שבין גמישות הביקוש של הצרכנים לגמישות ההיצע של הספקים. ככל שצד מסוים גמיש יותר, כך הוא רגיש יותר לשינוי במחיר, ולכן חלק גדול יותר מנטל המס יוטל על הצד האחר. ככל שהביקוש או ההיצע של צד מסוים הוא קשיח יותר, כך הוא רגיש פחות לשינוי במחיר, ולכן בפועל הוא יספוג חלק גדול יותר מנטל המס.

53 Weisbach, *Legal Rules*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 448-449.

54 ראו למשל דגן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 59. שיקול נורמטיבי נוסף המובא אצל דגן הוא שחלוקה באמצעות מנגנון המיסוי מאפשרת פיזור של הנטל בין משלמי המס, כך שהנטל אינו נופל על קבוצה ספציפית. לביקורת על טיעון זה, ראו להלן ה"ש 64.



כי יש לאמץ פרדיגמה שונה תחת זו הרווחת, ולפיה יש להקצות את פונקציית החלוקה מחדש בין שתי השכבות באופן שונה, כך שגם שכבת הסדר החברתי תכלול שיקולים חלוקתיים. לשון אחר, יש לחלק מחדש את פונקציית החלוקה מחדש בין הסדר החברתי לבין המיסוי, ולהקל על העומס החלוקתי המוטל על משטרי המיסוי. השיח החדש נשען בין היתר על כישלונה של החברה בתחום הצדק החלוקתי.<sup>55</sup>

## ב. ביקורת על הפרדיגמה הקיימת

כפי שצוין בתחילת הדברים, אנו עדים לתהליך הולך ונמשך של התרחבות הפער החלוקתי. לאורך חייה של הפרדיגמה הרווחת הוצגה עליה ביקורת שהגיעה מכמה כיוונים. קצרה יריעתו של מאמר זה מלהכיל את כל הביקורות על הפרדיגמה הקיימת,<sup>56</sup> ובפרק זה יוצגו רק הביקורות שהן הבולטות לטעמי, והן בעיקר בעלות אופי כלכלי.

אם משרטטים בקצרה את מפת ההתנגדות הקיימת לפרדיגמה נשוא דיוננו, אני סבור כי היא מתמקדת בעיקרה בשלוש נקודות אלה: ראשית, ישנה ביקורת הולכת וגוברת על הנימוקים התומכים בקיומה של הפרדיגמה; שנית, באשר לשכבה הראשונה, היא שכבת הסדר החברתי, יש מי שגורסים כי שיקולי היעילות המופעלים בשכבה זו אינם ניטרליים חלוקתית באופן מלא, כמובן זה ששכבה זו אינה רק מגדילה את העוגה אלא היא עוסקת גם בחלוקתה, ובתהליך זה טמונה הטיה אנטי-חלוקתית המביאה להגדלת אי-השוויון; שלישית, נטען באשר לשכבה השנייה, היא שכבת המיסוי שנועדה להיות את המכשיר הבלעדי להשגת יעדי החלוקה מחדש, כי היא מתקשה למלא את תפקידה עקב מגבלות שונות – תוך-שכבתיות – הטמונות בה. פרק זה ידון בהתנגדויות אלה.

### 1. ביקורת על הטיעונים התומכים בקיומה של הפרדיגמה

שלושת הטיעונים המרכזיים התומכים בקיומה של הפרדיגמה הדו-שכבתית הם טיעון העיוות הכפול, טיעון האקראיות וטיעון הקיזוז וגלגול העלויות. כעת אציג את הביקורת המרכזית על טיעונים אלה.

#### (א) העיוות הכפול

הביקורת המרכזית על טיעון העיוות הכפול גורסת, כי העובדה שחלוקה מחדש באמצעות הכללים המשפטיים יוצרת עיוות כפול איננה מצביעה על כך שהיא פסולה לחלוטין. הטעם

55 ראו למשל, Nathaniel Hendren, *Efficient Welfare Weights* (Nat'l Bureau of Econ. Rsch., Working Paper No. 20351, Oct. 2017), <http://perma.cc/99J6-45ZK>.

56 כך למשל, נטען שקביעת מדיניות בתצורה של ניתוח עלות-תועלת בדרך כלל אינה משקפת את האינטרס של הדורות הבאים, משום שניתוח זה מתחשב אך ורק בהעדפותיהם של הפרטים משלמי המיסים הנוכחיים. לשון אחר, מדיניות זו מתעלמת לחלוטין מהמתח הבין-דורי, שהוא אחד המשתנים החשובים בעיצוב מדיניות חברתית. לטיעון זה, ראו: Lisa Heinzerling, *Inside EPA: A Former Insider's Reflections on the Relationship Between the Obama EPA and the Obama White House*, 31 PACE ENV'T. L. REV. 325, 354 (2014).

לכך הוא שחלוקה מחדש באמצעות מערכת המס כרוכה גם היא בסוג נוסף של עיוות, אשר לאחרונה מקבל הכרה כבעל חשיבות רבה יחסית; מדובר בעלויות הציות והאכיפה הכרוכות מעצם טיבם וטבעם של משטרי המיסוי. מכיוון שמשטרים אלה מאופיינים במורכבות רבה, אזי הם טומנים בחובם את העלויות האמורות באופן שהשימוש במערכת המס, כולל תשלומי ההעברה, עלול לגרום לעיוות כולל גדול יותר מהעיוות שייגרם מחלוקה מחדש באמצעות כללים משפטיים שבשכבה הראשונה. על אף העובדה שגם לכללים חלוקתיים בשכבת הסדר החברתי יש עלויות ציות ואכיפה, נטען כי עלויות אלו הן גבוהות יותר במערכת המס, בעיקר לאור העלויות האדמיניסטרטיביות של מערכת המס, הגדולות לאין שיעור מהעלויות של כללים חלוקתיים בשכבת הסדר החברתי.<sup>57</sup>

### (ב) שרירותיות ואקראיות

ההיבט הראשון של טיעון השרירותיות והאקראיות מתמקד בכך שכללים משפטיים משפיעים בעיקר על מי שמגיעים להתדיינות. ניתן לבסס טיעון המקשה טיעון זה במידת מה, משום ששינוי הכלל המשפטי משפיע לא רק על המתדיינים אלא אף על צדדים שאינם מגיעים בפועל להתדיינות בבית המשפט. כך למשל, קביעה של כלל משפטי שנותן עדיפות לצד החלש עשויה לגרום לכך שאף ללא פנייה לבית המשפט תושג פשרה בין הצדדים המשקפת העדפה זו, ובכך תהיה לכלל משפטי זה השפעה חלוקתית גם על מקרים שאינם מגיעים להתדיינות משפטית.<sup>58</sup> כמו כן ייתכן, שכלל המעדיף את הצד החלש ישפיע על התנהגותם של הפרטים בחברה ויתמרץ אותם מראש לפעול בצורה שלא תוביל לסכסוך משפטי, ובכך מצבו של החלש ישתפר אף מבלי להגיע להתדיינות משפטית. אפשר להעלות בהקשר זה דוגמאות כגון כלל נזיקי שימתן את מידת ההשפעה של רכיב ההכנסה בעת פסיקת פיצויים נזיקיים, ובכך ישחק את התמריץ לביצוע פעולות מסוכנות בסביבות עניות.<sup>59</sup> דוגמאות אלו רוחות לא רק בתחום דיני הנזיקין אלא גם בתחומים אחרים. כך למשל, קביעה שתניות מסוימות ייחשבו כתניות מקפחות צפויה להשפיע לא רק על מי שגיע להתדיינות משפטית, אלא גם למנוע (או לפחות להקטין) את השימוש בהן מראש. באופן דומה קביעת אחריות קוגנטית של ספקים ושל קבלנים תשפיע לא רק על מי שגיע להתדיינות משפטית, אלא תגרום לספקים ולקבלנים לספק אותה לכולם. בכך ישתפר מצבם של החלשים בעקבות

57 ראו למשל, Blumkin & Margalioth, לעיל ה"ש 41, בעמ' 12-14. לביקורת על העיוות הכפול, ראו גם Ronen Avraham, David Fortus & Kyle Logue, *Revisiting the Roles of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution: A Response to Kaplow & Shavell*, 89 IOWA L. REV. 1125 (2004); Chris William Sanchirico, *Taxes Versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View*, 29 J. LEGAL STUD. 797 (2000)

58 ראו התייחסות לתופעה זו בהקשר אחר אצל Weisbach, *Legal Rules*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 449.

59 לדיון בהשפעות החלוקתיות של דיני הנזיקין, ראו למשל בנימין פורת "שומת נזקי גוף: טבע האדם ומקומו בחברה" דיני ישראל לד' 11 (התשפ"א); אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 143 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים 2006); Ronen Avraham & Kim Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J. 661 (2007).

הכלל החלוקתי גם בלי להגיע להתדיינות משפטית. יתרה מכך, לית מאן דפליג כי מדיניות ממשלתית חלוקתית משפיעה על כלל הנמענים ללא צורך בהתדיינות משפטית. כמו כן, בתחומים מסוימים ייתכן ששינוי הכלל המשפטי יתבטא בפועל במחירי הביטוח (כאשר הצד החזק יידרש לשלם פרמיה גבוהה יותר והצד החלש שהכלל המשפטי מיטיב עימו ישלם פחות בעקבות שינוי הכלל). המשמעות של שינוי זה היא כי הכלל משפיע על כולם ולא רק על מי שמגיע להתדיינות משפטית, שכן הביטוח מפזר את ההטבה לחלשים ואת המחיר לחזקים בצורה אחידה.<sup>60</sup>

ההיבט השני התורם לאקראיות הוא אי-הדיוק של כלל משפטי המבוסס על Proxy. כנגד טיעון זה ניתן לטעון את הטיעון הבא: אומנם לשינוי של כלל משפטי יחיד המבוסס על Proxy תהיה השפעה לא-מדויקת, כך שהוא ייטיב רק עם חלק מהאוכלוסייה הענייה ובמקביל ייטיב עם עשירים מסוימים; אך לשינוי של כללים משפטיים רבים בהתבסס על Proxy שונה בכלל תיתכן השפעה מצטברת שתיטיב עם כלל האוכלוסייה הענייה, ואילו המיעוט העשיר שמרוויח מאי-הדיוק של כלל ספציפי יהיה שונה, כך שההטבה הלא-מתוכננת תהיה מפוזרת בצורה שוויונית יחסית. קביעת כללים רבים שמיטיבים עם שוכרים, עם מבוטחים, עם שכירים (אולי אף בדגש על עובדי צווארון כחול), עם צרכנים, עם משפחות חד-הוריות, עם תושבי הפריפריה וכדומה אומנם לא תהיה מדויקת כאשר בוחנים כל כלל בנפרד, אך ההשפעה הכוללת של כללים אלו היא העברת עושר מהאוכלוסייה החזקה והעשירה לאוכלוסייה הענייה והחלשה. כמו כן, יש מי שטענו כי אי-הדיוק שבכללים חלוקתיים מבוססי Proxy מהווה יתרון ולא חיסרון, שכן הוא מחזק את עמידותו של הכלל המשפטי החלוקתי לאורך זמן באופן הבא: אי-דיוק כאמור מוביל לכך שגם עשירים וחזקים ירוויחו מהכלל המשפטי, וכיוון שהם בין הגורמים הבולטים השולטים בסדר היום החברתי והפוליטי אזי הם יגנו על הכלל ויתרמו לעמידותו.<sup>61</sup>

### ג) קיזוז ההשפעות החלוקתיות באמצעות שינוי מחירים

כנגד טיעון קיזוז העלויות נטען שהוא אינו רלוונטי באותה מידה בכל ענפי המשפט הפרטי. אומנם כללים משפטיים הנוגעים לעסקאות חוזיות רצוניות חשופים לסיכון של גלגול עלויות, אך סיכון זה נפוץ פחות, למשל, בכללים מתחום דיני הנזיקין, שבהם הצדדים אינם בוחרים בהתקשרות וממילא יכולתו של הצד החזק לגלגל את עלויות הכלל המשפטי לצד השני היא קטנה.<sup>62</sup> לשון אחר, בחלק משכבת הסדר החברתי אי-אפשר לבצע גלגול עלויות,

60 ראו Blumkin & Margalioth, לעיל ה"ש 41, בעמ' 5.

61 דואר אלקטרוני מ-Guido Calabresi לעמיחי פרידמן, עוזר מחקר (3.12.2020, 18:50 (IST)). טיעון זה מציב קושי, שכן משמעותו היא שעשירים מסוימים עשויים לדרוש לקבל נתח מהתוצאה הכלכלית של הכלל בתמורה להגנה שיספקו לכלל במישור הפוליטי.

62 ראו Lewinsohn-Zamir, לעיל ה"ש 40, בהערת שוליים 87 בעמ' 350; Blumkin & Margalioth, לעיל ה"ש 41, בעמ' 5. נכונות הקביעה בדבר חוסר היכולת לגלגל עלויות בדיני נזיקין מניחה שאין מנגנוני ביטוח, הנחה שמתקיימת בתחומים רבים אך לא בכלום. כמו כן, גם במקרים שבהם ניתן לגלגל עלויות, לפעמים צדדים אינם עושים זאת. כך למשל, בנוגע ליחסי מומן בין בני הזוג, כנראה בשל אופטימיות יתר, בני הזוג אינם נוטים לעקוף את הכללים הדיספוזיטיביים. לדיון על אודות התנאים שבהם כללים לטובת שוכרים בכל זאת מצליחים להעביר עושר לשוכרים,

או שבפועל הצדדים אינם מגלגלים את העלויות. לצד זאת, קיזוז מעין זה מתרחש לא רק בחלק משכבת הסדר החברתי אלא גם בשכבת המס. גלגול המס מכתפי הנישום שעליו מוטל המס על פי החוק לכתפיהם של אחרים הנמצאים עימו בקשר מסחרי מקשה על קידום חלוקתיות דרך מערכת המס, בדומה לאופן שבו גלגול העלויות מקשה על קידום חלוקתיות דרך שכבת הסדר החברתי. ממילא אין בטיעון הקיזוז כדי לתמוך בקידום חלוקתיות דרך שכבת הסדר החברתי דווקא. בתחום המיסוי, גלגול מעין זה מתרחש, למשל, כאשר מס קנייה המוטל על יצרנים מגולגל אל כתפיהם של הצרכנים.<sup>63</sup>

לבסוף אזכיר כי מלבד הטיעונים היעילותיים, הפרדיגמה נתמכת גם בתפיסות נורמטיביות המתנגדות לפגיעה בחירות באמצעות כללים חלוקתיים במשפט הפרטי. בתגובה לטיעון זה נטען, כי טיעון זה רלוונטי רק בנוגע לגרעין הפרדיגמה העוסק בעיצוב כללים משפטיים בתחומי המשפט הפרטי, והוא אינו חל בנוגע להרחבת הפרדיגמה גם לעיצוב מדיניות ממשלתית, הדומה מבחינה מהותית למנגנון המס והשונה מהמשפט הפרטי המסדיר יחסים בין שני פרטים ולא בין המדינה לפרט. כמו כן נטען כי מיסים פוגעים בחירות בדומה לכללים משפטיים, שכן מערכת המס נוטלת חלק מקניינו של הנישום ובכך פוגעת בחירותו.<sup>64</sup> שיקול

Bruce Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 YALE L.J. 1093 (1971). לא רק בתחום דיני הנוזיקין הקיזוז אינו אפשרי. כללים חלוקתיים שמבוססים על התחשבות ברכיב ההכנסה, כגון קנסות היום שיידונו בהמשך, אינם חשופים לבעיית הקיזוז. לצד זאת מדיניות ממשלתית חלוקתית גם היא אינה חשופה לבעיית הקיזוז.

63 לניתוח של תופעת הגלגול ורוקטרינת הגנת הגלגול בדיני מיסים, ראו יעקב נוסים "ניתוח כלכלי של הגנת הגלגול בדיני מיסים" משפטים לח 43 (התשס"ח).

64 אני סבור כי מוסד המס מהווה פגיעה בזכות הקניין. על הסוגיה, ראו יוסף מ' אדרעי "פרשנות חוקתית וביקורת שיפוטית על חקיקה פיסקלית" דין ודברים יג 31 (2019); יוסף מ' אדרעי "דיני מיסים כמשפט ציבורי" משפט וממשל ה 57 (התש"ס); דוד אלקינס "יישום עליו שרי מיסים למען ענתו בסבלתם: המס כפגיעה בקניין" ספר שמגר חלק ג 529 (אהרן ברק ואח' עורכים 2003); דוד גליקסברג "אירועי מס רעיוניים: על ממדי השיח המסי והחוקתי" ספר שמגר, שם, 363; יצחק הררי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" הפרקליט מו 1 (התשס"ב); יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט כב 258, 273 (התשנ"ה); אהרן יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית" משפטים כח 443 (התשנ"ז). בית המשפט העליון נמנע במשך עשרות שנים מלהכריע בסוגיה זו, ראו למשל ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); רע"א 291/99 ד.ב.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221 (2004); ע"א 10608/02 הזימה נ' אגף המכס והמע"מ, פ"ד נח(3) (2004); בג"ץ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל (נבו) 21.5.2008; בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277 (2005); ע"א 8473/08 פקיד שומה חיפה נ' ריכנבך (נבו) 26.08.2012; בג"ץ 3734/11 דוריאן נ' כנסת ישראל (נבו) 15.8.2012; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, (נבו) 2 (1996); בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529 (1997); בג"ץ 4197/00 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ' שר האוצר (נבו) 17.01.2001; בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 2.9.2010; בג"ץ 6061/08 ישראלי נ' משרד החקלאות, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו) 19.8.2009; דנג"ץ

נורמטיבי נוסף שתומך בפרדיגמה הוא שחלוקה באמצעות מנגנון המיסוי מאפשרת פיזור של הנטל בין משלמי המס, כך שהנטל אינו נופל על קבוצה ספציפית. עם זאת יש לזכור, כי פיזור הנטל בין פרטים שונים אפשרי גם באמצעות כללים משפטיים חלוקתיים, ומנגד ייתכנו משטרי מיסוי שבהם הנטל נופל על קבוצה קטנה, כך שלשיקול זה אין משקל מכריע.<sup>65</sup>

## 2. ביקורות נוספות על תוכן הפרדיגמה והקשיים ביישומה

מעבר לביקורות על הטיעונים התומכים בקיומה של הפרדיגמה שצוינו לעיל ישנן ביקורות נוספות, המתמקדות בעיקרן ביישומה של הפרדיגמה. אתמקד בארבע ביקורות אלה: ההטיה החלוקתית הקיימת בשכבה הראשונה, בעיית הזרימה בין שתי השכבות, מגבלותיה של שכבת המיסוי להשיג את יעדיה והדיסוננס בין השיח הציבורי לבין הפרדיגמה הדו-שכבתית, המקשה על יישומה.

### (א) חוסר הניטרליות החלוקתית של שכבת הסדר החברתי: הטיה לטובת העשירים

ביקורת מרכזית על הפרדיגמה הדו-שלבית היא ההטיה המובנית הקיימת לטובת בעלי ההכנסות הגבוהות במסגרת השכבה הראשונה. קביעת מדיניות יעילה במסגרת שכבת הסדר החברתי טומנת בחובה הטיה לטובת העשירים; שכן מאחר שהקריטריון להשאת הרווחה הוא הנכונות לשלם וכיוון שלעשירים יש יכולת גבוהה יותר לשלם, בדרך כלל תהיה להם גם נכונות גבוהה יותר לשלם כסף עבור זכויות שונות. לפיכך, יהיה יעיל יותר להקצות באופן עקבי משאבים וזכויות ציבוריים לעשירים, שהנכונות שלהם לשלם גבוהה יותר, ולא לעניים. ממילא יהיה יעיל יותר שעשירים יקבלו את מרב המשאבים והזכויות הציבוריים ושחלק הארי של ההוצאה הציבורית יוקדש להם.<sup>66</sup> מנגנון זה יוצר אפוא הטיה מובנית לטובת העשירים במסגרת שכבת הסדר החברתי:

“Efficient policies will therefore tend to allocate more valuable legal entitlements to the rich: more spending on transportation, more parks, and cleaner air in rich places than in poor ones. This Article calls this phenomenon the ‘rich get richer’ principle of law and economics.”<sup>67</sup>

כל עוד ניתן לתקן את ההשפעות האלה באמצעות שכבת המיסוי, אין בכך כדי לפגוע בפרדיגמה הדו-שכבתית, משום שהמערכת המיסית תחלק מחדש את העושר שנצבר בשכבת

9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (נבו 19.10.2009); בג"ץ

4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ר) נ' כנסת ישראל (נבו 29.9.2016).

65 ראו למשל דגן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 63.

66 *Liscow, Is Efficiency Biased*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1680. טיעון ההטיה לטובת העשירים רלוונטי לא רק להקצאת משאבים ציבוריים אלא גם לקביעת כללים מתחומי המשפט הפרטי, כיוון שקביעת הכלל היעיל דורשת כימות של התועלת לצדדים מכלל זה ואיזון בין תועלות אלה. תועלת זו מחושבת במונחי נכונות לשלם, ובמקרים רבים הנכונות של עשירים לשלם תמורת כלל משפטי שמגן עליהם גבוהה יותר מנכונותם של עניים לשלם על כלל שכזה.

67 ראו שם, בעמ' 1658.

הסדר החברתי בין העשירים לעניים. ואולם כפי שיפורט מיד בהמשך,<sup>68</sup> לעיתים אי-אפשר לתקן את העיוות החלוקתי במסגרת השכבה השנייה של מערכת המיסוי.

### (ב) קשיים בזיהוי שתי השכבות ובזרימה ביניהן

הפרדיגמה הדו-שכבתית מניחה כי ישנה תחליפיות וזרימה מלאה בין השכבה הראשונה לבין השכבה השנייה, כך שניתן לתקן את עיוותי השכבה הראשונה באמצעות פיצוי בשכבה השנייה. באופן קונקרטי יותר, הפרדיגמה מניחה כי ניתן לטפל טיפול מלא בעיוות החלוקתי שנוצר בשכבה הראשונה באמצעות העברת כסף בשכבה השנייה בידי מערכת המס. עם זאת המשך המאמר יראה כי זרימה זו נתקלת בקשיים מהותיים הפוגעים בתפקודה וביישומה של הפרדיגמה, ולכך יש להוסיף את הקושי בזיהוי של שתי השכבות.

(1) הקושי בחלוקה של משאבים שאינם כספיים דרך שכבת המיסוי והסוגיה של "זכאות" לעומת "נדבה"

אחד הגורמים לזרימה החלקית בין שתי השכבות נעוץ בכך שלא כל המשאבים המחולקים בשכבה הראשונה ניתנים לחלוקה דרך השכבה השנייה. כך למשל, ישנה טענה ששכבת הסדר החברתי מחלקת באופן לא-הגון משאבים שאינם כספיים, כמו אוטונומיה וחירות, הבנה, הישגים, יחסים חברתיים משמעותיים והנאה. משאבים אלו אינם ניתנים להעברה דרך מערכת המס, כך ששכבת המס אינה מסוגלת לתקן את העיוות החלוקתי שנוצר בגין משאבים מסוג זה.<sup>69</sup> זאת ועוד, רווחתם של אנשים איננה תלויה אך ורק בחלוקת העושר, אלא גם בדרך שבה הגיע העושר לידיהם.<sup>70</sup> קבלת כסף באמצעות שכבת הסדר החברתי מעבירה מסר של "זכאות", בעוד שהעברת כספים באמצעות השכבה השנייה נתפסת במקרים רבים כ"נדבה"; על כן ישנו יתרון ייחודי שמצדיק חלוקה מחדש באמצעות הכללים המשפטיים במקביל לשימוש במערכת המס.<sup>71</sup> לכך יש להוסיף את סוגיית העיתוי: גם כאשר הזרימה בין

68 ראו גם Zachary Liscow, *Are Court Orders Sticky? Evidence on Distributional Impacts* from *School Finance Litigation*, 15 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 4 (2018) (להלן: Liscow, *Are Court Orders Sticky*).

69 ראו Lewinsohn-Zamir, לעיל ה"ש 40, בעמ' 340 ואילך.

70 Robert Shiller, חתן פרס נובל לכלכלה, ציין כי: "מס עושר או כל שיטת מס פרוגרסיבית אחרת הם אולי בלתי נמנעים אם אי-השוויון ימשיך להחריף. אבל זה לא מושך למרבית האנשים, אפילו האנשים העניים. המסר שהם מעדיפים, וזה נכון הרבה מאוד זמן, הוא מסר של העצמה: 'אני אגרום לך לשגשג'. הם לא כל כך אוהבים מסר של 'אתה כישלון ואנחנו נמסה אנשים עשירים וניתן לך'. זה לא מושך כמעט לאף אדם. הם רוצים שיהיו להם ההזדמנויות והאומץ לשנות זאת בעצמם. מס עושר גם פחות מושך ממס הכנסה משום שזה נראה לא הוגן שמישהו עבד מאוד קשה כל חייו והפך לעשיר, ולפתע שינו את החוקים וכעת ייקחו ממנו חלק מהעושר" (ראו אצל ויקי אוסלנדר "מי שמנסה להבין אירועים כלכליים רק מהנתונים מסתכן בהחמצת המניעים האמיתיים" כלכליסט (29.12.2019) [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3776372,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3776372,00.html)).

71 Lewinsohn-Zamir, לעיל ה"ש 40, בעמ' 358-360. ראו גם אריאל פורת נזיקין, לעיל ה"ש 28, בעמ' 72. בהתבסס על עמדה זו נטען גם, למשל בדיני הקניין הרוחני, כי יש לקדם חוקים

השכבות מתקיימת, אזי במקרים רבים התוצאות החלוקתיות של הסדר החברתי אינן עוברות מיידיית למשטרי המיסוי, ולעיתים הן "נתקעות" לתקופה ממושכת בשכבה הראשונה. בעיית העיתוי גורמת לפגיעה ממשית בשל הזמן שחלף, ומקשה אפוא גם היא על היכולת לתקן עיוות בשכבה הראשונה באמצעות תיקון בשכבה השנייה.<sup>72</sup>

(2) הקושי בזיהוי ההפרדה המהותית בין שתי השכבות לאור יחסי הגומלין ביניהן ביקורת נוספת שהוטחה נגד הפרדיגמה הרווחת גורסת כי אי-אפשר להפריד בין שתי השכבות כלל, משום שהעדפות הצרכנים שמהן נגזר אופן חלוקת המשאבים והזכויות בשכבת הסדר החברתי ואופן חלוקת המיסים בשכבה השנייה אינן אקסוגניות לשתי השכבות גם יחד, אלא אנדוגניות. כלומר, מערכת ההעדפות של הפרטים בחברה ונכונותם לשלם עבור משאבים ועבור זכויות אינה קיימת בוואקום, אלא נגזרת מהשאלה מהן הזכויות האחרות שיש לאותם פרטים ומהי יכולתם הכלכלית. השאלה בכמה פלוני מעריך משאב מסוים ואם הוא מעריך אותו יותר מאלמוני (כך שנקצה לו משאב זה) תלויה בשאלה כמה כבר יש לו ממשאב זה וממשאבים אחרים, וכמה כסף יש לו לשלם תמורת משאבים באופן כללי. לצורך הדגמה, התשובה על השאלה אם להקצות כיכר לחם לפלוני או לאלמוני תלויה בשאלה מי נכון לשלם יותר עבור אותה כיכר לחם, אך התשובה על שאלה זו תלויה בתשובה על השאלה כיצד בוצעה הקצאת המשאבים האחרים (פרטי מזון אחרים בדוגמה שלנו) וכמה כסף הוקצה לפלוני ולאמוני. לפיכך אי-אפשר להפריד בין שתי השכבות ולחלק את המשאבים ואת הזכויות בשכבה הראשונה לפי קריטריון הנכונות לשלם ורק אחר כך לתקן את הפער החלוקתי שנוצר עקב כך באמצעות מערכת המס, כיוון שמידת הנכונות לשלם מושפעת מאופן חלוקת העושר מחדש באמצעות מערכת המס.<sup>73</sup> לאור טיעון זה, הפרדיגמה שלפיה בשכבה הראשונה תהיה התחשבות רק בשיקולי יעילות ואילו בשכבה השנייה יתוקנו עיוותים חלוקתיים מבוססת על הפרדה מלאכותית בין השכבות אשר אינה אפשרית.

---

היוצרים הקצאה ראשונית צודקת יותר מבחינה חלוקתית על פני חוקים המקדמים מדיניות יעילה, ויש לעשות זאת באמצעות הקצאת זכויות בקניין הרוחני בצורה קוגנטית ליוצרים ולממציאים, בקביעת זכויותיהם לתמלוגים ובמנגנוני רגולציה שונים על ההסכמים שבין היוצרים והממציאים לבין מעבידיהם שיבטיחו את זכויותיהם ביצירה. ראו: שלומית יניסקי-רביד קניין רוחני בעבודה – תיאוריה, מעשה ומשפט משווה 183-186 (2013).

72 ראו Liscow, *Are Court Orders Sticky*, לעיל ה"ש 68.

73 טיעון זה מבוסס על הפרדוקס של Scitovsky. להרחבה ולשימוש בפרדוקס זה כרי להמחיש כיצד השינויים החלוקתיים משפיעים גם על המדיניות שתיבחר לפי שיטת הניתוח הכלכלי של המשפט וכיצד הם מקשים על הפרדה בין קביעת המדיניות היעילה לבין משטר המס, ראו: Adler & Posner, לעיל ה"ש 26, בעמ' 181-187. לפרדוקס גופו, ראו Tibor Scitovsky, *A Note on Welfare Propositions in Economics*, 9 REV. ECON. STUD. 77 (1941) Liscow, *Is Efficiency Biased*, לעיל ה"ש 27, בהערת שוליים 31 בעמ' 1659. ראו גם להלן ה"ש 123.

## (ג) מגבלות מערכת המס

בעשורים האחרונים ישנם גורמים מרכזיים נוספים המביאים לפגיעה חמורה ביכולת החלוקה מחדש של משטרי המס, קרי בשכבת המיסוי. שכבה זו כוללת כאמור הן את המיסים והן את תשלומי ההעברה. הדרישה לחלוקה מחדש של ההכנסה במסגרת שכבת המיסוי הלכה והתעצמה לנוכח ערטולו והנמשך והמעמיק של הסדר החברתי משיקולים חלוקתיים. היעדרה של חלוקה מחדש בשכבת הסדר החברתי מטילה עומס חלוקתי כבד ביותר על משטרי המיסוי. עומס זה משתקף בעיקר בעומקה הפרוגרסיבי של מערכת המס, כלומר בהטלת מיסים כבדים על העשירים. אולם השגת יעד זה כפופה למגבלות יעילותיות, שהרי העמקת הפרוגרסיביות מגדילה, למשל, את התמריצים של בעלי האמצעים להימנע או להשתמש ממס. עקומת לאפר, למשל, מראה שיש רף עליון להכנסה ממיסים אשר ממנה והלאה הגדלת שיעור המס מקטינה את הגבייה ומגבילה את האפשרות לקדם חלוקתיות.<sup>74</sup> כמו כן, המגבלות המוטלות על הפונקציה החלוקתית של שכבת המיסוי מתעצמות עקב הגלובליזציה שיוצרת תחרות מס. מדינות אינן יכולות לעצב משטר מיסי כרצונן באופן שיקדם חלוקתיות בצורה נאותה, שכן נטל מס גבוה ביחס למדינות אחרות יגרום להגירתם של הנישומים – תאגידים ויחידים. בפועל, בעידן המודרני הנישומים ובמרכזם התאגידים הרב־לאומיים ניצבים בפני שוק חופשי של משטרי מס שבו המדינות השונות מתחרות ביניהן, והנישומים בוחרים את משטר המס האופטימלי ביותר מבחינתם. לאור זאת שכבת המס נתונה בפני מגבלה בעלת רמת קשיחות גבוהה בכל הנוגע לקידום חלוקתיות. היו מי שטענו שדי בכך כדי לחייב שינוי של הפרדיגמה הקיימת.<sup>75</sup> אכן, היקפה של תחרות המס קטן בשנים האחרונות עקב שיתוף פעולה בין מדינות,<sup>76</sup> אולם תחרות זו עדיין מהדהדת היטב. לשון

74. Jude Wanniski, *Taxes, Revenues, and the "Laffer Curve"*, 46 NAT'L AFF. 3 (1978) בקצרה, עקומת לאפר היא המשגה תאורתית לעוכרה שיש נקודת מקסימום של תקבולי הממשלה ממיסים. בנקודת המוצא, כאשר שיעור המס הוא 0 – תקבולי המס הם אפס. עם זאת ככל שמעלים את שיעור המס – תקבולי המס גדלים אולם בשיעור מס מסוים הם עשויים לקטון, משום שהתמריץ לעבוד קטן והתמריץ להימנעות או להשתמטות ממס גדל. בקצה הרחוק ביותר (מראשית הצירים) של העקומה, כאשר שיעור המס הוא 100% – אין כל תמריץ לעבוד מכיוון שכל ההכנסה הולכת לממשלה, ולכן גם תקבולי המס יהיו אפס. בין שני הקצוות הללו תקבולי המס גבוהים מאפס. באשר לנקודת המוצא של שיעור מס בגובה 0, כל העלאה של שיעור המס מלווה בעלייה של תקבולי המס עד אשר מגיעים לנקודת הקיצון, שבה תקבולי המס הם מקסימליים ושוממנה והלאה העלאה נוספת של שיעור המס מקטינה את תקבולי המס, כיוון שכאמור הקטנת התמריץ לעבוד והגידול בתמריץ להימנעות או השתמטות ממס הם חזקים יותר מההשפעה של הגידול בשיעור המס. אין הצדקה אפוא להטלת מס בשיעור גבוה משיעור המס שבנקודת קיצון זו, כיוון שתקבולי המיסים יקטנו. יצוין כי על אף ששיקולי גבייה הם השיקולים המרכזיים באימוץ משטרי מס, ישנם שיקולים נוספים ובהם בין היתר הפנמה של החצנות שליליות, הניצבים בתשתית מיסים פיגוביאניים. עם זאת היקף הגבייה של מיסים אלה אינו משמעותי בהקשר שלפנינו.

75. Tsilly Dagan, *The Global Market for Tax & Legal Rules*, 21 FLA. TAX REV. 148 (2017)

76. ראו למשל OECD, Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting ("MLI"), <https://www.oecd.org/tax/treaties/>



אחר, הניסיונות ליצור סכיבה אקוסטית, חלוקתית, לאומית, תוך בידודה המוחלט מרעשי סביבת המיסוי הבינלאומית נדון לכישלון. תוצאה זו פוגעת ביכולת החלוקתית של משטרי המיסוי הלאומיים. דבר זה נכון במיוחד באשר למדינות קטנות, כמו ישראל למשל.<sup>77</sup> הוא הדין באשר לכלכלות חזקות; כך למשל, ארצות הברית נכנעה בקרב המיסוי עם מדינות שחזקת כלכלתן קטנה לאין ערוך מזו שלה, אולם יש להן נכס חשוב ביותר בזירה המיסית: משטרים של מקלטי מס. שיתוף הפעולה ההדוק בין מקלטי המס לבין תאגידי הענק הרב-לאומיים גרם לכך, שארצות הברית הקטינה את שיעור מס החברות מ-35% ל-21%, באופן שפוגע פגיעה ניכרת ביכולתו של משטר המס האמריקני להשיג יעדים חלוקתיים.<sup>78</sup>

זאת ועוד, שיקולי יעילות "פנימיים", בתוך השכבה המיסית, מכתיבים משטרי מיסוי רגרסיביים. הדוגמה הבולטת ביותר היא משטר מיסוי הערך המוסף. במדינות רבות בעולם חלקו של משטר מיסוי זה מגיע לעשרות אחוזים מסך כל גביית המס ואף משתווה למשטר מיסוי ההכנסה.<sup>79</sup> יתרונו של מס הערך המוסף הוא ביעילותו, וחולשתו היא בתוצאתו הרגרסיבית. היכולת המעשית להמירו למשטר מיסוי פרוגרסיבי היא קלושה. משטר מיסוי ההכנסה נדרש אפוא להעמיק את הפרוגרסיביות, ולו רק כדי לשחוק את הרגרסיביות של משטר מיסוי הערך המוסף. פרוגרסיביות זו תעמיק ככל שנרצה שמערכת המס בכללותה תהיה פרוגרסיבית. אולם לכולם ברור, כפי שצוין לעיל, כי יש לכך בעיקר מגבלות יעילותיות של פגיעה בתמריצי עבודה ותחרות מיסוי בינלאומית. לשון אחר, שיקולים יעילותיים, שהם

multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm (2016). ראו גם את ההסכם בנוגע למס חברות מינימלי בשיעור 15% לתאגידים בינלאומיים, לעיל ה"ש 5.

77 ראו למשל את השיח הציבורי הביקורתי באשר לחוק עידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, על גלגוליו השונים: אבי בן-בסט המהפכה בשוק ההון: ישראל 1985-2018 228 (2020); יוסף מ' אדרעי "מיסוי ועידוד השקעות הון פיננסי, הון חברתי והון אנושי" משפטים מ 437 (התשע"א).

78 McCaffery, לעיל ה"ש 13, בעמ' *Measuring the Effects of Corporate Tax Cuts*, 32 J. ECON. PERSP. 97-120 (2018); Kyle Pomerleau, *The United States' Corporate Income Tax Is Now More in Line with Those Levied by Other Major Nations*, TAX FOUND. (Feb. 12, 2018), <https://taxfoundation.org/us-corporate-income-tax-more-competitive>.

79 OECD, REVENUE STATISTICS 2020: TAX REVENUE TRENDS IN THE OECD 3-6, <https://data.oecd.org/tax/tax-revenue.htm>; [https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/revenue-statistics-2020\\_8625f8e5-en](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/revenue-statistics-2020_8625f8e5-en); Santiago Acosta-Ormaechea & Atsuyoshi Morozumi, *The Value Added Tax and Growth: Design Matters* 14-15 (Int'l Monetary Fund (IMF), Working Paper No. 19/96, 2019), <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/05/07/The-Value-Added-Tax-and-Growth-Design-Matters-46836>. דברים אלה באשר למשטר מיסוי ההכנסה ומיסוי הערך המוסף הם חלק מסוגיה נרחבת, החורגת ממסגרתו של מאמר זה. סוגיה זו עוסקת בהרכבה הפנימי של מערכת המס, דהיינו, בשיקולי המדיניות שלפיהם ייקבעו משטרי המיסוי שמהם מורכבת שיטת המס והיקפו של כל משטר מס. ראו למשל, David Gamage, *How Should Governments Promote Distributive Justice?: A Framework for Analyzing the Optimal Choice of Tax Instruments*, 68 TAX L. REV. 1, 25 (2014)

השיקולים הבלעדיים בשכבת הסדר החברתי על פי הפרדיגמה הרווחת, מצויים גם בשכבת המיסוי ומגבילים את היקף הפונקציה החלוקתית בשכבה זו.

(ד) הדיסוננס בין השיח הציבורי לתאוריות הכלכליות ולפרדיגמה הדו־שכבתית

אחת התפיסות החברתיות-כלכליות הרווחות, הנסמכת על גישות קנייניות, גורסת כי אנשים זכאים להכנסתם – ללא מיסוי – הן משיקולים דאונטולוגיים והן משיקולים תוצאתניים.<sup>80</sup> לפיכך, בקווים כלליים יש להקטין את נטל המס כדי שההכנסה הפנויה תהיה גבוהה ככל האפשר. פועל יוצא מתפיסה זו היא הגישה שלפיה אדם שעבד זכאי לגמול בעד עבודתו, ואילו אדם שאינו עובד אינו זכאי להכנסה. לאור תפיסות אלו תיקון באמצעות שכבת המיסוי עשוי להיתקל בהתנגדות ציבורית, ובכך לשבש את הזרימה שבין שתי השכבות. ההתנגדות נעוצה בכך שהציבור אינו מתייחס לסדר החברתי באופן הוליסטי, כבנוי מתהליך דו־שלבי שבו הגדלת נטל המס נועדה לתקן עיוותים חלוקתיים שנוצרו בשל קביעת מדיניות יעילה בשכבה הראשונה.<sup>81</sup> לפיכך ישנו קושי פוליטי ופרקטי לקזז את תוצאותיה החלוקתיות באמצעות משטרי המיסוי השונים בשכבה השנייה, וקושי זה עומד למכשול ביישומה של התאוריה הדו־שכבתית.

## ג. דוגמאות להתחשבות בשיקולים חלוקתיים בשכבת הסדר החברתי

הפרדיגמה הרווחת מתנגדת להתחשבות בשיקולים חלוקתיים במסגרת שכבת הסדר החברתי. עם זאת מאחר שישנם קשיים לא־מבוטלים בפרדיגמה הקיימת, יש לשקול הכללת שיקולים חלוקתיים לא רק במסגרת שכבת המיסוי אלא גם במסגרת שכבת הסדר החברתי. בטרם אציג בקצרה את החלופות לפרדיגמה הקיימת, אסקור ממעוף הציבור כמה אפשרויות

80 לתפיסה זו גוונים וגוונים, והיא זוכה לכינויים שונים: כך למשל, רעיון הזכות הקניינית של האדם בהכנסתו הגולמית או ה־"Just Deserts". ראו למשל MURPHY & NAGEL, לעיל ה"ש 22, בעמ' 34; N. Gregory Mankiw, *Defending the One Percent*, 27 J. ECON. PERSP. 21, 32 (2013).

81 Zachary Liscow, *Redistribution*; לעיל ה"ש 37, Liscow, *Democratic Law and Economics for Realists*, 16-24 (Working Paper, 2020), available at: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/liscow\\_-\\_redistribution\\_for\\_realists\\_2020-08-03.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/liscow_-_redistribution_for_realists_2020-08-03.pdf) (להלן: Liscow, *Redistribution for Realists*). גורם נוסף לקושי הציבורי לקדם חלוקתיות באמצעות מערכת המס לעומת קידום חלוקתיות באמצעות כללים משפטיים נעוץ בכך, שבשל "אפקט המזוהות" הפסיכולוגי אנשים מתנהגים באופן נדיב יותר כאשר הנהנים מזוהים. לכן עשירים עשויים לקבל בהבנה גדולה יותר קידום חלוקה באמצעות כללים משפטיים שבהם הנהנים מזוהים (עובד, שוכר וכדומה הנמצא במערכת יחסים עם המעביד או עם המשכיר) לעומת מערכת המס שבה הנהנים הם אנונימיים. ראו Daphna Lewinsohn-Zamir, Ilana Ritov, & Tehila Kogut, *Law and Identifiability*, 92 IND. L.J. 505, 542-547 (2017).

לקידום חלוקתיות בשכבת הסדר החברתי, ואדגים כיצד ניתן להתחשב במשתנים חלוקתיים כמו הכנסה כחלק ממנגנוני הסדר החברתי.

הפרדיגמה הרווחת נוגעת בראש ובראשונה לעיצוב כללים משפטיים בתחומי המשפט הפרטי. על פי המוצע במאמר זה, יש לעצב כללים אלה לא רק בהתאם לשיקולי יעילות – כפי שהפרדיגמה הרווחת גורסת – אלא גם תוך התחשבות בשיקולים חלוקתיים. למותר לציין כי כל תחום משפטי מחייב דיון נרחב בפני עצמו בהקשר של המתח היעילות-חלוקתי, החורג מטבע הדברים ממסגרתו של מאמר זה, אולם פטור בלא כלום אי-אפשר. כך למשל, את משטרי האחריות בדיני הנזיקין ניתן לעצב באופן שמתחשב לא רק ביצירת תמריץ אופטימלי למזיק ולניזוק אשר גורם להם להפנים החצנות שליליות, וכך לנקוט אמצעי זהירות שעלותם זהה לתוחלת הנזק מאי-הזהירות, אלא גם תוך התחשבות במאפיינים אחרים של הצדדים. כך למשל, ניתן להטיל אחריות מוגברת על צדדים חזקים. התמריץ לנהוג בזהירות בשכונות עניות הוא קטן יותר מהתמריץ לנהוג בזהירות בשכונות עשירות, כיוון שתוחלת הנזק קטנה יותר. בשל כך כמות התאונות צפויה להיות גדולה יותר בשכונות עניות. באופן דומה, יעיל יותר להקים מפעל מזהם בשכונה ענייה מאשר בשכונה עשירה.<sup>82</sup> כדי לקדם חלוקתיות אפשר להטיל אחריות מוגברת במצבים אלו.

גם בתחום דיני החוזים ניתן לקבוע בנסיבות המתאימות כללים משפטיים שמיטיבים עם הצד החלש: כך למשל, כללים קוגנטיים כגון אלו המופיעים בחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, המגינים על קוני דירות מול קבלני דירות, או כללים צרכניים המגינים על צרכנים מול ספקים כגון אלו המעוגנים בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.<sup>83</sup> דוגמה נוספת המופיעה בספרות היא של כללים קניינים המגינים על שוכרי דירות למגורים מול משכירי דירות אלו (מתוך הנחה שמדובר בפרוקסי טוב לחלשים), כך למשל בכל הנוגע לאחריות לרטיבות ולסטנדרט מגורים מינימלי.<sup>84</sup> תחום נוסף שבו ניתן לקבוע כללים משפטיים המתחשבים בשיקולים חלוקתיים הוא ביחסי עבודה בין עובד למעביד. דוגמה לכך היא רגולציה בדמות שכר מינימום או הגבלת שעות עבודה, מתן ימי מחלה, חופשת לידה וכיוצא באלה, שתפקידה המרכזי הוא חלוקתי.<sup>85</sup> מובן שכל אחת מהדוגמאות הללו מחייבת דיון פרטני והתחשבות בשיקולים שונים שהם ייחודיים לכל דוגמה, דיון שחורג כאמור מגבולות מאמר זה. למותר לציין כי ייתכן שכל אחת מהדוגמאות הללו בפני עצמה

82 Liscow, Is Efficiency Biased, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1674-1675, 1695.

83 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 53-54 (מהדורה שנייה 2018); עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** 395-401 (2007); אורנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט** 87-122 (התשס"ג).

84 ראו Lewinsohn-Zamir, לעיל ה"ש 40, בעמ' 335-336, 379-385. יש לציין כי גם ה-Proxy של דירות למגורים (בהשוואה לשוכרים מול משכירים באופן כללי) אינו מושלם. עם זאת כפי שהוסבר לעיל Proxy שאינו מושלם אינו בהכרח בעייתי, שכן ריבוי של כללי Proxy שונים המגינים בצורות שונות על חלשים עדיין צפוי להוביל לתוצאה טובה. כמו כן Proxy שאינו מושלם עשוי להיות יתרון בשל העובדה ש-Proxy כזה צפוי להיות עמיד יותר. ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 61.

85 Liscow, *Redistribution for Realists*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 44.

אינה מועמדת ראויה לשינוי הפרדיגמטי, אך הן ממחישות את מגוון התחומים שבהם ניתן לעצב כללים משפטיים במשפט הפרטי בהתחשב בשיקולים חלוקתיים.

אף על פי שהפרדיגמה במקורה התמקדה בראש ובראשונה בעיצוב כללים משפטיים בתחומי המשפט הפרטי, המחקר שבא בעקבות זאת גלש והתפתח למחוזות נוספים באופן שחסידי הפרדיגמה יישמו אותה גם בתחומים אחרים, ובכלל זה בקביעת מדיניות ממשלתית. כך למשל כיום, לאור הפרדיגמה הרווחת, הסכמי ליברליזציה של הסחר נקבעים תוך התחשבות בשיקולים יעילותיים בלבד ותוך התעלמות משיקולים חלוקתיים, קרי מהפגיעה בשכבות העובדים החלשות. עם זאת ניתן להתחשב בשיקולים חלוקתיים אלו בעת חתימה על הסכמי סחר, ולקבוע הסדרים מתונים יותר שמאפשרים הגנה אפקטיבית יותר על העובדים החלשים בשלבי הביניים של יישום הסכמים אלו.<sup>86</sup> באופן דומה, מדיניות הגירה נקבעת בנסיבות רבות על בסיס שיקולי יעילות, ופוגעת בעובדים לא-מיומנים. התחשבות בשיקולים חלוקתיים משמעותה עיצוב מדיניות הגירה תוך התחשבות בעובדים אלו.<sup>87</sup> בדומה, גם מדיניות הנוגעת לריכוזיות של שווקים ולרגולציה סביבתית עשויה לכלול התחשבות בשיקולים חלוקתיים.<sup>88</sup> דוגמה נוספת היא מדיניות ההשקעה בתשתיות כגון כבישים, רכבות, פארקים ציבוריים וכיוצא באלה. כאשר השיקול המנחה הוא השיקול היעילותי, הנטייה תהיה להשקיע יותר באזורים עשירים יותר, שכן התועלת החברתית היא גדולה יותר (בין היתר בשל הנכונות לשלם שהיא גבוהה יותר אצל האוכלוסייה המבוססת). לעומת זאת, התחשבות בשיקולים חלוקתיים משמעותה השקעה בתשתיות לא רק באזורים עשירים לפי מידת הנכונות לשלם, אלא השקעה שוויונית יותר ללא תלות ברווחה החברתית המצרפית.<sup>89</sup> למותר לציין, כי בנוגע לכל אחת מהדוגמאות הללו יש לערוך דיון מקיף שחורג מגבולות מאמר זה.

אפיק נוסף שבו ניתן להתחשב בשיקולים חלוקתיים בשכבת הסדר החברתי הוא באמצעות התחשבות בהכנסה של הפרטים במסגרת תשלומים שונים המוטלים על הציבור. דוגמה בולטת לכך מבחינה מתודולוגית ומהותית היא של "קנסות היום". קנסות יומיים אומצו במדינות רבות, ובהן פינלנד, שוודיה, דנמרק, גרמניה, אוסטרליה, הונגריה, צרפת, פורטוגל, ספרד, פולין ושווייץ.<sup>90</sup>

לפי משטר קנסות היום (day-fine), הענישה הפלילית (הקנסות) מושתתת על יכולתו הכלכלית של העבריין ביחידות מדידה של הכנסה יומית. על פי משטר זה הקנס יוטל בקנסות "יומיים" ולא בסכום קבוע לכולם. קנס של יום אחד יוערך כאחד חלקי 360 מההכנסה השנתית של העבריין. קנס בסכום אחד, כמקובל במחוזותינו, המוטל על עני ועשיר כאחד, אינו צודק; שכן הפגיעה האמיתית בכיס של עבריין עני היא גדולה יותר מהפגיעה בעבריין

Alex Raskolnikov, *Distributional Arguments, In Reverse*, 105 MINN L. REV. 1583, 86  
1602-06 (2021) (להלן: Raskolnikov, *Distributional Arguments*).

87 שם, בעמ' 1606-1609.

88 שם, בעמ' 1619-1606.

89 ראו Liscow, *Redistribution for Realists*, לעיל ה"ש 81, בעיקר בעמ' 61-65.

90 ראו Elena Kantorowicz-Reznichenko, *Day Fines: Should the Rich Pay More*, 11 REV. L. & ECON. 481, 485 (2013) (להלן: Kantorowicz-Reznichenko, *Should the Rich Pay*).  
(More)

עשיר, לאור עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף.<sup>91</sup> על פי משטר קנסות היום לעומת זאת, גובה הקנס בענישה הפלילית תלוי במספר ימי הכנסה וחומרת העבירה תשתקף במספר הימים, כך שכלל שחומרת העבירה גדולה יותר מספר ימי ההכנסה יגדל בהתאם. השיח עובר אפוא לימי הכנסה ולא לסכומי כסף, כך שגובה הקנס מותאם לכל עבריין, ועניים אינם נאלצים לשלם מחיר כבד יותר שכן כולם משלמים חלק זהה מבחינה אפקטיבית מהכנסתם.<sup>92</sup> באופן כללי מערכת הקנס היומי פועלת בשני שלבים. בשלב הראשון בית המשפט מעריך את חומרת העבירה, ולפיה קובע את מספר ימי הקנס שיהיה על העבריין לשלם. בשלב השני בית המשפט מעריך את מצבו הכלכלי של העבריין, וקובע מהי יחידת הקנס היומית שלו (daily unit of the fine).<sup>93</sup> בעקבות זאת הסכום שיוטל על כל אדם עבור עבירה זהה הוא שונה, אולם היחס בינו לבין הכנסתו הוא שווה.<sup>94</sup> ניתן להתחשב במשתנים נוספים כגון עברו הפלילי של העבריין, גילו או נסיבות נוספות במסגרת קביעת מספר ימי הקנס.<sup>95</sup>

91 מעבר לשיח החלוקתי בסוגיה, יש לדון בשאלה אם קנס בסכום אחיד (כמקובל כיום) הוא יעיל מבחינה הרטעיתית או שדווקא קנסות יומיים בשיעור משתנה לפי הכנסת העבריין הם יעילים. ככלל, תוכנה של ההרתעה תלוי בסוג העבירה ובתכלית הענישה בה. אפשר להבחין בין עבירות פליליות, שבהן העונש נועד להרתיע כליל מביצוע, לבין עבירות מנהליות, למשל, שבהן לעיתים המטרה היא הרתעה אופטימלית, במובן של הפנמת ההחצנות על החברה. הברל זה משפיע ישירות על השאלה אם המנגנון היעיל הוא קנסות קבועים או קנסות יום בהתאם להכנסה. כאשר המטרה היא מיגור הפשיעה, אזי הרתעה יעילה תיווצר רק באמצעות קנסות יום שבגינן העלות האמיתית של העבירה לעני ולעשיר היא זהה מבחינה אפקטיבית. קנס בשיעור קבוע יוצר מחיר פשיעה שונה עבור העני והעשיר, וייצור הרתעת חסר או הרתעת יתר. לעומת זאת כאשר המטרה היא הפנמת ההחצנות, ספק רב אם יש להבדיל בין העני ובין העשיר, במובן זה שדווקא קביעה של קנס קבוע בשיעור תוחלת ההחצנה החברתית הוא הקנס היעיל, ואילו קנסות יום תלויי הכנסה עשויים להרתיע עשירים מ"הפרות יעילות", שבהן התועלת המופקת מההפרה היעילה עולה על הנזק החברתי, כיוון שהקנס איננו בגובה הנזק החברתי אלא תלוי הכנסה. ראו Kantorowicz-Reznichenko, *Should the Rich Pay More*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 487-493, ובפרט הערת שוליים 17 בעמ' 490. מובן שגם שיקולי הגמול עצמם עשויים לכלול היבט חלוקתי, שכן גמול זהה לאדם עשיר ולאדם עני יתבטא בקנסות בגובה שונה. להרחבה בנוגע לשיקולי יעילות בבסיס קנסות היום, ראו שם, בעמ' 482, 492-493.

92 יש לציין כי מבחן העושר של העבריין אינו מבוסס בהכרח רק על המשתנה של הכנסה, אלא עשוי לכלול משתנים נוספים כדי למנוע פגיעה בצדק האופקי והאנכי בין עשירים עם מרכיבי עושר שונים: כך למשל, מניעת התוצאה הלא-ראויה שלפיה אדם עתיר נכסים שאיננו עובד ישלם סכום נמוך בהשוואה לסכום שישלם עובד חסר נכסים.

93 Kantorowicz-Reznichenko, *Should the Rich Pay More*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 482. ישנם הברלים שונים בין השיטות במדינות השונות הנוגעים לאופן חישוב ההכנסה, מספר הימים המקסימלי והמינימלי, ההכנסה היומית המקסימלית ועוד. לטבלה המשווה בין המדינות השונות לעניין המשתנים שיש לשקלל בעת חישוב ההכנסה, ראו Elena Kantorowicz-Reznichenko, *Day Fines: Reviving the Idea and Reversing the (Costly) Punitive Trend*, 55 AM. CRIM. L. REV. 333, 340 (2017) (להלן: Kantorowicz-Reznichenko, *Day Fines*).

94 Kantorowicz-Reznichenko, *Should the Rich Pay More*, לעיל ה"ש 90, בעמ' 482.

95 Elena Kantorowicz-Reznichenko, *Day Fines*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 346-357.

הרכיב של קביעת ימי הקנס בתוך הקנס הוא גמיש יחסית, ונתון לשיקול דעתו של בית המשפט. סכום יחידת הקנס היומית לעומת זאת אמור לשקף את עושרו של העבריין, ולכן הוא נוקשה. שלב הקביעה של יחידת הקנס היומית הוא השלב החלוקתי במודל, משום שהוא יוצר הבחנה בין הפרטים בחברה על בסיס העושר שלהם.<sup>96</sup>

לכאורה אחד האתגרים הגדולים בהקשר של הקנסות היומיים הוא הערכת יחידת ההכנסה היומית, הגורמת לעלות אכיפה יקרה המוטלת על שכמן של רשויות האכיפה, שכן הערכה פרטנית בנוגע להכנסתו של כל עבריין באמצעות בית המשפט דורשת משאבים רבים. בקביעת סכום יחידת הקנס היומית מעורבת סוגיה נוספת שהיא מהותית: סוגיית הפרטיות. השגת המידע הפיננסי על אודות יכולתו הכלכלית של העבריין והדיון באמינותו של המידע עלולים לפגוע בזכות לפרטיות. לא זו אף זו, פרסום העונש, כנגזר מעקרונות הפומביות של ההליך השיפוטי, עלול גם הוא לפגוע בזכות לפרטיות.<sup>97</sup>

96 אדגים זאת מספרית: נניח כי הקנס המרבי בגין עבירה מסוימת הוא 50 ימי הכנסה. בשלב הראשון בית המשפט מחליט כי עליו לשלם קנס של 50 ימי הכנסה. בשלב השני בית המשפט בוחן מהו מצבו הכלכלי של האדם. על עשיר שהכנסתו היומית היא 100 ש"ח יוטל קנס של 5,000 ש"ח, ואילו על אדם עני שהכנסתו היומית היא 10 ש"ח יוטל קנס של 500 ש"ח.

97 ההיבט של הפגיעה בפרטיות במהלך הדיון המשפטי בבית המשפט, ובייחוד באשר לרשות מנהלית, כגון קנס שניתן בידי המשטרה בגין עבירות תנועה או קנסות חניות המושתות בידי רשויות מקומיות, דורש ליבון מקיף יותר, החורג ממסגרת זו. אציין רק כי באירופה נהוגות שתי גישות עיקריות בהקשר זה, וההבדל ביניהן הוא בשאלה אם בית המשפט חשוף למידע על אודות הכנסתו של העבריין. בשוודיה ובפינלנד, שבהן יש לבית המשפט גישה חוקית לתיק המס של העבריין, ההערכה נעשית על בסיס המידע שבתיק. בגרמניה לעומת זאת, אין לבית המשפט גישה למידע על אודות מס ההכנסה של העבריין, והערכת ההכנסה נעשית בידי בית המשפט בהתבסס על נתונים המתקבלים מהמעסיק של העבריין ומהמשטרה ולאחר חקירה של העבריין בידי השופט. להרחבה על שיטות אלו, ראו: Kate Warner, *Equality Before the Law and Equal Impact of Sanctions: Doing Justice to Differences in Wealth and Employment Status*, in *PRINCIPLES AND VALUES IN CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE: ESSAYS IN HONOR OF ANDREW ASHWORTH* 225, 236-237 (Lucia Zedner & Julian V. Roberts eds., 2012). תוצאותיו של מחקר בנושא הראו, כי במקרים רבים ההערכה נעשית ללא כל מידע הנוגע להכנסתו או לעושרו של העבריין, אלא על בסיס משתנים כמו מקצועו של העבריין ומצבו המשפחתי. ראו Gary M. Friedman, *The West German Day-Fines System: A Possibility for the United States?* 50 U. CHI. L. REV. 281, 295-296 (1983). בכל הנוגע לסוגיית הפרטיות אני סבור כי יש לראות את הזכות לפרטיות בהקשר שלפנינו כזכות יחסית הנדחית מפני האינטרס הציבורי שקנסות היום מקדמים, כך שתינתן לבית המשפט גישה למידע על מצבו הכלכלי של העבריין, כולל דוחות המס, על פי דיווחיו לרשויות המס. עמדה זו עשויה לייעל את ההליך השיפוטי, משום שלא יהיה צורך בדיון הכולל הצגת תשתית ראיתית בידי שני הצדדים בנוגע למצבו הכלכלי של העבריין. גישה זו אינה פותרת את סוגיית הפרטיות במלואה, משום שיש לקבוע אם גם לגורמים נוספים תוענק הזכות לעיין בחומר שנמסר לשופט. לסוגיית הפרטיות, ראו גם Warner, שם. באשר לפרסום העונש, אזי גם לפי מי שנוקטים גישה מחמירה בנוגע לפרטיות ניתן לפרסם את ימי הקנס שנגזרו, ללא פרסום הסכום הסופי, אולם פרסום חלקי זה עשוי לשחוק את הערך ההרתעתי והציבורי הגלום בעיקרון של פומביות הענישה.

כדי להתמודד עם עלויות האכיפה הוצע להתבסס על דיווח עצמי של העבריין למטרת קביעה של ההכנסה היומית. ההצעה עלתה בהסתמך על מחקרים ועל ניסיונות פיילוט שונים שנערכו בהקשר זה, והראו דיוק רב בנתוני ההכנסה שדווחו באופן עצמי בידי העבריינים.<sup>98</sup> עם זאת חלק מהמחקרים תלו את הדיוק בכך שהעבריינים ידעו כי ייתכן שתשובותיהם ייבדקו.<sup>99</sup> גישה זו מקטינה את עלות האכיפה הכרוכה במעורבות של בית המשפט בקביעת יכולתו הכלכלית של העבריין, אולם אין בה פתרון מלא לסוגיית הפרטיות.

התמודדות אפשרית עם בעיית הפרטיות היא אימוצו של מנגנון דיגיטלי, שבו גורמי האכיפה – ובייחוד כאשר בקנסות שמטילות רשויות מנהליות עסקינן – מזינים את ימי הקנס שהושתו על העבריין למאגר הנתונים של רשות המיסים, והמאגר ישלח אוטומטית לעבריין – ללא מעורבות אנושית – את סכום הקנס שנגזר ישירות ממכפלת ההכנסה היומית במספר ימי הקנס.<sup>100</sup>

את המודל הנוגע לקנסות יום אפשר כמובן לתרגם גם לתחומים נוספים. כך למשל, ניתן לגבות שכר לימוד דיפרנציאלי בהתאם להכנסה כמו למשל במוסדות להשכלה גבוהה. דוגמה נוספת היא מערכת בריאות עם תשלומים מבוססי הכנסה. בניגוד למשאבים רגילים שניתן להעביר מאדם לאדם, משאבים אלו ניתנים בעיקרם ברמות שירות שאינו ניתן להעברה, ולכן ניתן לתמחרם באופן דיפרנציאלי בהתאם להכנסה מבלי לחשוש לקיומו של שוק שחור.<sup>101</sup> המכנה המשותף של דוגמאות אלו הוא שימוש בקריטריון של הכנסת הפרטים, כך שעשירים ישלמו מחיר שונה מעניים כדי לקדם חלוקתיות.

98 להרחבה, ראו: Beth A. Colgan, *Graduating Economic Sanctions According to Ability to Pay*, 103 IOWA L. REV. 53, 61-64 (2017).

99 שם; בשנת 1996 פורסם בידי ה־Justice Management Institute ומטעם משרד המשפטים האמריקני מסמך ובו המלצות עבור מדינות המבקשות לאמץ מדיניות של קנסות יום. בהתבסס על ניסיונות הפיילוט שנערכו כלל המסמך המלצה, כי מדינות שמבקשות לאמץ מדיניות של קנסות יום יבצעו בדיקה מדגמית כדי לעקוב אחר דיוק הדיווחים. United States Dep't of Justice, *How to Use Structured Fines (Day Fines) as an Intermediate Sanction*, 26 (1996), <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/156242.pdf>.

100 כאמור, פתרון זה נוגע בעיקר לקנסות המושתים בידי רשות מנהלית שבהם יש חשיפה גדולה לפגיעה בפרטיות, בכך שכל שוטר או פקח עירוני יראה את נתוני ההכנסה לצורך מתן הדוח. עם זאת אין לשלול על הסף אימוץ של גישה זו גם על קנסות המוטלים על עבריינים בבתי המשפט באופן שגור הדין יכול רק את ימי הקנס, ללא התייחסות להכנסה היומית. כאמור לעיל בה"ש 91, מתנהל שיח בנוגע לשאלה מתי יעיל להטיל קנס בגובה אחיד ומתי קנס תלוי הכנסה. במסגרת זו ייתכן שניתן לאפיין חלק גדול מהקנסות המנהליים כקנסות שמטרתם להפנים את ההחצנה השלילית ולכן ראוי שהקנס יהיה אחיד, בעוד שקנסות פליליים נועדו למנוע את ההתנהגות הפסולה ולכן הקנס הוא פונקציה של ההכנסה. בהנחה שתיאור זה נכון, אזי בעיית הפרטיות חמורה פחות משנרמה, משום שהיא מתעוררת רק לגבי הקנסות הפליליים. לדיון נוסף על אודות מנגנוני קביעת קנסות יומיים, אכיפתם, אופן הדיווח ויעילות המנגנון, ראו: Elena Kanterowicz-Reznichenko & Maximilian Kerk, *Day Fines: Asymmetric Information and the Secondary Enforcement System*, EUR. J.L. & ECON. 339 (2020).

101 יצוין כי לא ברור כלל ועיקר כי הצעות אלה יפגעו ביעילות. לאור הנכונות הגבוהה יותר של פרטים עשירים לשלם עבור חינוך ובריאות, ייתכן שתמחור דיפרנציאלי כמעט שלא

## ד. שלוש חלופות רפורמיות לפרדיגמה הרווחת

במאמר זה הוצגו עד כה קשיים שונים בפרדיגמה הקיימת. כאשר בוחנים פרדיגמה זו על פי מבחן התוצאה, יהיה סביר ביותר לגרוס כי יש לזקוף לחובתה – ולו גם חלקית – את אי-השוויון העצום הרווח בעולמנו. כאמור לעיל, גם תומכי הפרדיגמה הקיימת סבורים כי יש מקום לקידום חלוקתיות, הן מבחינה מוסרית דאונטולוגית והן מסיבות יעילותיות כגון עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף והשפעות שליליות של אי-השוויון על המשק; לכך יש להוסיף את ההקטנה של המרחב הדמוקרטי באשר להחלטה על מידת החלוקתיות הרצויה המתקיימת במסגרת שכבת המיסוי בעקבות ההדרה של השיקולים החלוקתיים בשכבת הסדר החברתי.

הגידול בפערים מעיד כי הפרדיגמה במתכונתה הנוכחית מתקשה למלא את תפקידה החלוקתי, וכי הגיעה העת לשקול מחדש חלופות אחרות. מן הראוי להדגיש – הדגש היטב – שאין בדברים אלה כדי להטיל עליה את כל האחריות למצב החלוקתי העגום הרווח בעולמנו, אולם אני סבור כי פרדיגמה זו נושאת באחריות לא-מבוטלת למצב החלוקתי הרווח; שכן הפרדיגמה לא רק שאינה תורמת לפתרון בעיית החלוקתיות הקיימת, אלא אף מעמיקה בעיה זו בשל העובדה שהיא מורה למעצבי הכללים המשפטיים ולקובעי המדיניות להתעלם משיקולים חלוקתיים בשכבת הסדר החברתי. בפרק זה אציג מבחינה טיפולוגית שלושה אבות טיפוס של פתרונות אפשריים לבעיה החלוקתית במסגרת שלושה מעגלים, ההולכים ומתרחבים מבחינת היקף השינוי הנדרש. למותר לציין כי חלופות אלה כוללות גם חלופות משנה או שילוב ביניהן, ומטבע הדברים הן מחייבות דיון מעמיק ונרחב – הן מבחינה עיונית והן מבחינה אמפירית – החורג ממסגרת זו.

1. חלופה א – רפורמה זוטא תוך-פרדיגמטית: יישום מלא וקפדני יותר של הפרדיגמה הקיימת לצד זניחת הרטוריקה המתנגדת להגדלת נטל המס

האפיק הראשון, המצומצם ביותר, הוא להשאיר את הפרדיגמה על כנה ולשנות את יישומה בסדר החברתי. לפי חלופה זו הבעיה המרכזית בפרדיגמה אינה הפרדיגמה כשלעצמה אלא היישום שלה. כלומר, הטענה היא שבפועל אין מקדמים מספיק חלוקתיות דרך מערכת המס, ולכן הפערים הם בלתי-נסבלים. הפרדיגמה אינה מכתובה את הרמה החלוקתית הרצויה, אלא רק את האופן היעיל ביותר להגיע למצב חלוקתי זה. לפיכך הכישלון הפרקטי של הפרדיגמה משמעותו כי מקבלי ההחלטות לא יישמו אותה באופן מספק.<sup>102</sup> ככל שהמצב

יפגע בתמריצי הפרטים. בהיבט של השכלה גבוהה למשל, ספק אם העלאה של שכר הלימוד לעשירונים העשירים תשפיע על הביקוש שלהם להשכלה גבוהה, כיוון שהביקוש שלהם הוא קשיח יחסית. דיון מעמיק יותר בדילמה היעילותית בהקשר שלפנינו חורג ממסגרת מאמר זה. 102 דוגמה לכך שבפועל הפרדיגמה אינה מיושמת במלואה היא השימוש במערכת המס כדי לקדם מטרות חוץ-מיסיות. כך למשל, הן בישראל והן בארצות הברית יש שימוש במערכת המס כדי להגביל שכר בכירים. כדי להתמודד עם שכרם המופרז של הבכירים, בין אם מסיבות חלוקתיות ובין אם מסיבות יעילותיות, נקבעה תקרת שכר שמעבר לה לא יותר בניכוי כהוצאה שכר של נושאי משרה. ראו ס' 32(17) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"ה-1965 וכן I.R.C.



החלוקתי הנוכחי איננו מספק, מה שנדרש איננו שינוי של הפרדיגמה אלא יישום מלא יותר שלה, קרי המשך עיצוב הכללים המשפטיים בשכבת הסדר החברתי בצורה יעילה בלבד, ולצד זאת העברה מסיבית יותר של עושר דרך השכבה השנייה.<sup>103</sup> חלופה זו טומנת בחובה את הצורך בשינוי הרטוריקה הנשמעת מבית המדרש של חלקים גדולים ממחנה הימין הכלכלי. באופן מסורתי מחנה זה מתנגד בדרך כלל להעלאת שיעורי המס – בשל טיעונים יעילותיים. מקובל כי ישנם עיוותים יעילותיים במערכת המס, אך הפרדיגמה שבה תומכים חלקים ממחנה זה (ובפרט אנשי הניתוח הכלכלי הנמנים עם מחנה זה) גורסת, כי המחיר היעילותי בקידום חלוקתיות בשכבת הסדר החברתי הוא גבוה יותר. ההתנגדות המהותית והרטורית של זרם זה להגדלת נטל המס (בדרך כלל באמצעות העלאת

§162(m). בארצות הברית השיח בהקשר זה סב בעיקרו על ציר יעילותי המתמקד ביצירת תמריצים מבוססי ביצועים שהם יעילים. ראו Noam Noked, *Can Taxes Mitigate Corporate Governance Inefficiencies*, 9 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 221 (2017) יצוין כי בארצות הברית עד שנת 2017 כלל החוק חריג שהתיר ניכוי של תגמול לנושאי משרה המבוסס על הישגים גם כאשר הוא חרג מהתקרה שנקבעה. עם זאת בשנת 2017 בוטל חריג זה, ונראה כי עקרונית מבנה שכר הבכירים לא השתנה בעקבות ביטול החריג. ראו: Brian D. Galle, Andrew Lund & Gregg D. Polsky, *Does Tax Matter? Evidence on Executive Compensation After 162(M)'s Repeal*, 26 Stan. J.L. Bus. & Fin. 1 (2021). בישראל השיח סב בעיקרו על ציר חלוקתי המתמקד בפערי השכר במשק או בתאגיד הקונקרטי. ראו דברי הסבר להצעת חוק תגמול לנושאי משרה בתאגידים פיננסיים (אישור מיוחד ואי-התרת הוצאה לצורכי מס בשל תגמול חריג), התשע"ד-2014, ה"ח 883; ועדת השרים לעניין שכר בכירים בחברות ציבוריות דוח (2011). בפועל הן בישראל והן בארצות הברית השימוש במשטר המס הוא אחד המנגנונים המרכזיים המתמודדים עם הגבלת שכר הבכירים. השימוש במערכת המס כדי לפתור סוגיה זו הוא לא-ראוי – חלוקתית ויעילותית – ועשוי להוביל לתוצאות לא-רצויות, בהשוואה לשימוש ברגולציה ישירה בשכבת הסדר החברתי (ישירות באמצעות דיני התאגידים) בלבד, בין היתר עקב הגורמים הבאים: ההשפעה של החוק על תאגידים שונים תלויה בשאלה אם התאגיד נושא בחבות מס עקב רווחיו או שמא הוא מצוי בהפסדים; הזיקה שבין נושאי המשרה לבין בעלי המניות (כך למשל, השאלה של היקף ההחזקה של נושאי המשרה במניות החברה); השונות במרחבי תכנון המס שבין התאגידים השונים ועוד כהנה וכהנה, היוצרים בין היתר תמריצים שונים לתכנוני מס שנועדו לסכל את תחולת התקרה הנדונה. כמו כן, שימוש במערכת המס כדי לפתור סוגיות חוץ-מיסיות פוגע באמון הציבור במערכת המס, שממלאת תפקידים השנויים במחלוקת בשיח הציבורי. ראו דוד גליקסברג "הניחו למערכת המס" כלכליסט (20.5.2010) <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3405114,0.html>

103 במאמר מוסגר אציון, כי אחד ההיבטים של היישום השגוי של הפרדיגמה נוגע לכך, שבמקרים רבים עיצוב יעיל של מדיניות ושל כללים משפטיים דורש גם התייחסות להיבטים חלוקתיים, כיוון שבמקרים מסוימים בחירה באפשרות חלוקתית במבט ראשון היא גם הבחירה הנכונה מבחינה יעילותית כוללת וזאת, בין היתר, בשל סיבות אינסטרומנטליות. העלאת שכר המינימום או הענקת הטבות סוציאליות שונות, למשל, עשויה לעיתים דווקא לתרום ליעילות בשל התרומה של שביעות רצון העובדים לתפוקה יעילה יותר. במקרים רבים יש "לתרגם" את המתח החלוקתי למונחים יעילותיים כדי לקבל את ההכרעה היעילה ביותר במובן הרחב. מובן שתרגום זה אינו שינוי של הפרדיגמה הקיימת, אלא יישום מדויק יותר שלה.

שיעורי המס) מאופיינת במידה רבה בחוסר קוהרנטיות באשר לפרדיגמה הדרו־שכבתית. כדי שהפרדיגמה תיושם בצורה אפקטיבית ותביא לתוצאות המיוחלות, על חסידי מחנה זה לזנוח את התנגדותם להגדלת נטל המס ולאמץ עמדה מתונה יותר, שתושתת על פרספקטיבה דרו־שכבתית ושתשקף את הצורך בהעצמת החלוקתיות בשכבת המיסוי עקב התוצאות החלוקתיות של שכבת הסדר החברתי.

אכן, עשויים לקום תומכים לפתרון זה, אולם נראה כי הוא אינו מספק מכמה סיבות. ראשית, ברמה הפרקטית עשויה להישמע הטענה שאין לקדם חלוקתיות נוספת דרך מערכת המס, לאור טענה רווחת המושמעת לעיתים מזומנות מפי המתנגדים להגדלת נטל המס, ולפיה מערכת המס מצויה בחוסר יעילות או על סף חוסר יעילות (המשתקפת, למשל, בעקומת לאפר).<sup>104</sup> שנית, כפי שהוצג לאורך המאמר, הקושי בפרדיגמה הקיימת אינו נעוץ רק בכישלונה במבחן התוצאה (קרי ביישומה), אלא היא גם מאתגרת בביקורות עיוניות רבות וחשובות, השוטטות את הקרקע מתחת להצדקות הקלאסיות לקיומה (לפחות במתכונת הנוכחית). לאור זאת יש לשקול שינוי בפרדיגמה.

2. חלופה ב – שינוי פרדיגמטי רך: קידום חלוקתיות בשכבה שבה המחיר היעילותי נמוך יותר

#### (א) הרקע לשינוי המוצע בפרדיגמה

אפיק שני להתמודדות עם מבחן התוצאה של הנתונים הקשים של אי־השוויון ועם הקשיים שהוצגו לעיל באשר לפרדיגמה הרווחת הוא שינוי רך בפרדיגמה הקיימת. שינוי זה מבוסס בעיקרו על הטמעת חלק מהותי מהביקורות השונות על הפרדיגמה, שהוצגו לעיל. בטרם אדון בתכנים השונים של השינוי המוצע בפרדיגמה אקדים הקדמות אחדות. ראשית, יש לשים לב לכך שהשיח הפרדיגמטי נשוא מאמר זה אינו עוסק בשאלה מהי רמת התיקון החלוקתי הנדרש (אף על פי שלטעמי נדרש תיקון), אלא בשאלה מהי השכבה הראויה שדרכה נכון להגיע לרמת החלוקתיות הרצויה. מובן שהשאלה מהי בדיוק רמת החלוקתיות הרצויה היא שאלה נורמטיבית שחורגת מגבולות מאמר זה. עם זאת אעיר, כי על אף שייתכן שיש מי שסוברים כי ישנה רמת חלוקתיות אופטימלית מבחינה נורמטיבית שאינה תלויה במחירה היעילותי, העמדה הקלאסית גורסת כי הרמה החלוקתית הרצויה תלויה במחירה היעילותי, ויהיו מצבים שבהם לאור המחיר היעילותי הגבוה תועדף רמת חלוקתיות נמוכה מהרמה ה"אידיאלית". לשון אחר, לעיתים, על מנת להגדיל את העוגה בצורה משמעותית נסכים לשלם את המחיר של חלוקה שלה בצורה ת־אופטימלית.<sup>105</sup> מטעמים מתודולוגיים, כדי

104 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 74 ואילך. ראו גם למשל את התנהגות המפלגה הרפובליקנית בוויכוח המתנהל בארצות הברית באשר להגדלת נטל המס שמציע הנשיא ביידן, Dominic Rushe, Phillip Inman & Richard Partington, *Republicans Threaten to Sink Biden's G7-Backed Plan to Fix Global Tax System*, THE GUARDIAN (Jun. 9, 2021), <https://www.theguardian.com/business/2021/jun/09/republicans-threaten-g7-joe-biden-global-tax>.

105 אציין כי ככל שההצדקה המרכזית לקידום חלוקתיות היא התועלת היעילותית הנובעת מכך (בין היתר בשל עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף), אזי כאשר משקללים את המחיר היעילותי שרצוי לשלם כדי לקדם חלוקתיות יש לקזז את העלות היעילותית מהתועלת היעילותית.

להציג את ההבחנה בין הפרדיגמה הרווחת לחלופה המוצעת, הדיון שלהלן יתבסס על הנחה מפשטת שלפיה ישנה רמת חלוקתיות רצויה אשר אינה תלויה במחיר היעילות. הנחה זו משמשת בסיס לדיון לא רק בפרדיגמה המוצעת, אלא גם בפרדיגמה הקיימת.

שנית, הפרספקטיבה החלוקתית שבה מתמקדת החלופה המוצעת, כמו זו הקיימת, היא הפרספקטיבה הכללית המתמקדת בשורה התחתונה, קרי מצבם הכלכלי הכולל של הפרטים בחברה ואי־השוויון ביניהם. בפרספקטיבה זו נקודת הייחוס אינה המצב הקיים אלא המצב החלוקתי האידיאלי. על פי פרספקטיבה זו השאלה הנדונה היא כיצד נכון ויעיל להגיע לתוצאה כללית חלוקתית שוויונית יותר, קרי, כיצד נכון להעביר עושר מהשכבות העשירות לשכבות העניות. לפי פרספקטיבה זו, המחלוקת שבין הפרדיגמה הקיימת לזו המתוקנת נוגעת לשאלה כיצד יעיל יותר להגיע לרמת החלוקתיות הרצויה ברמת ה"מאקרו".

עם זאת ניתן להשקיף על המתח היעילות־חלוקתי מפרספקטיבה אחרת (להלן): הפרספקטיבה הפרטנית, הבודקת בראיית "מיקרו" כל שינוי משפטי בפני עצמו. נקודת המוצא היא הסדר החברתי והמיסי הקיים, וכל שינוי כלל משפטי או שינוי מדיניות מסיבות יעילותיות טומן בחובו השפעה חלוקתית שיש לבחון ולקבוע הסדר לתיקונה. מנקודת מבט זו כל שינוי קונקרטי שנועד לקדם יעילות ולהגדיל את העוגה צריך להיות מלווה בתיקון חלוקתי מקביל המפצה את מי שנפגע. נקודת הייחוס לפי פרספקטיבה זו אינה המצב החלוקתי האידיאלי, אלא המצב החלוקתי הנתון ערב השינוי המשפטי או המדיניות הממשלתית החדשה. לפי גישה זו יש לשנות את הכללים המשפטיים הקיימים ולממש מדיניות ממשלתית כך שהם יקדמו את מקסום היעילות, ובמקביל יש לתקן את הפגיעה החלוקתית הפרטנית באוכלוסייה ספציפית של כל אחד מהכללים ששונו באמצעות מערכת המס. נקודת מבט זו מניחה הנחה נורמטיבית שלפיה התיקון החלוקתי שאליו יש לשאוף הוא תיקון נקודתי של כל אחד מהעיוותים שנוצרו מהשינויים היעילותיים, כך שהמצב החלוקתי הקודם ישוחזר.<sup>106</sup> פרספקטיבה פרטנית זו היא שונה מהפרספקטיבה הכללית. על פי הפרספקטיבה הפרטנית, העיוות החלוקתי נשוא הדיון איננו אי־השוויון החברתי הכללי בעושר ובהכנסות, אלא הפגיעה הלא־מאוזנת מבחינה חלוקתית שנוצרת בשל כל שינוי משפטי יעילותי. זאת ועוד, מבחינת אופן קביעת המדיניות, פרספקטיבה זו מתמקדת בתוצאות פרטניות של כל שינוי ולא בעיצוב של סדר חברתי ומיסי כולל בצורה שתאזן באופן ראוי יותר בין יעילות לחלוקתיות. כאמור, הפרספקטיבה שנבחרה לצורך הדיון בפרדיגמה הקיימת, כמו גם בחלופה המוצעת, היא הפרספקטיבה הכללית של "השורה התחתונה", שבה נקודת הייחוס אינה המצב החלוקתי הקיים אלא המצב החלוקתי הרצוי. הבחירה בפרספקטיבה הכללית, המתמקדת בשורה התחתונה של העיוות החלוקתי, מושתתת על ההנחה שהתמקדות בשורה התחתונה של אי־השוויון היא ראויה יותר, בהיותה משקללת בתוכה את כלל העיוותים החלוקתיים שנוצרו לאורך השנים משינויי מדיניות ממשלתית ומשינויים משפטיים.<sup>107</sup>

106 לדיון המבוסס על פרספקטיבה זו, ראו Raskolnikov, Distributional Arguments, לעיל ה"ש 86.

107 בהמשך לכך אעיר, כי הפרספקטיבה הפרטנית מחייבת דיון נורמטיבי בהצדקה שבפיצוי הנפגעים משינוי הכלל המשפטי הקונקרטי. הטעם לכך הוא שהמשמעות של פיצוי שכזה בהתאם לפרספקטיבה הפרטנית היא קידוש של הסטטוס קוו החלוקתי ערב השינוי המשפטי

## (ב) השינוי המוצע בפרדיגמה הקיימת

נקודת המוצא של השינוי המוצע בפרדיגמה היא שאין להעניק העדפה אפריורית לתיקון חלוקתי באמצעות אחת השכבות או שתיהן, בניגוד לפרדיגמה הקיימת שבה התיקון החלוקתי יתבצע אך ורק באמצעות שכבת המיסוי. לפי השינוי המוצע בפרדיגמה, יש להקצות את הפונקציה החלוקתית באחת משתי השכבות או בשתייהן יחדיו, באופן שהחלוקתיות תתבצע באמצעות השכבה שבה המחיר היעילותי הוא הנמוך ביותר. לשון אחר, בהינתן העובדה כי ישנן שתי חלופות מקבילות להעביר עושר, אחת באמצעות שכבת הסדר החברתי והאחרת באמצעות שכבת המיסוי, אזי הבחירה באיזו שכבה להשתמש תהיה בהתאם לעלות השולית היעילותית (במונחי יעילות) של העברת יחידת עושר מעשירים לעניים בכל אחת מהשכבות. ככל שהעלות השולית היעילותית של קידום חלוקתיות נמוכה יותר בשכבת המיסוי אזי יש לקדם חלוקתיות באמצעות שכבה זו, וככל שהעלות השולית נמוכה יותר בשכבת הסדר החברתי אזי יש לקדם את החלוקתיות בשכבה זו.<sup>108</sup> ברמה התאורטית, מדיניות המקצה את התיקון החלוקתי בין השכבות בצורה זו תשמור על שיווי משקל, כך שהעלות השולית

ושאיפה לתקן כל סטייה ממנו, על אף שאין ערובה לכך שהמצב החלוקתי הנתון ערב השינוי המשפטי הוא מצב חלוקתי ראוי. לעומת הפרספקטיבה הפרטנית, הפרספקטיבה הכללית איננה מתייחסת לסטטוס קוו החלוקתי כמצב חלוקתי שהוא בהכרח ראוי, אלא מכוונת למצב חלוקתי כללי צודק יותר ולפיכך בחרתי בה לצורך הדיון. על אף היתרונות שבפרספקטיבה הכללית שנבחרה, ראוי לציין שלפי הפרספקטיבה החלופית – הפרטנית – ישנו טיעון נוסף נגד הפרדיגמה הקיימת. אחד הטיעונים שעליו נסמכת הפרדיגמה הקיימת הוא טיעון האקראיות והשרירותיות של כללים משפטיים. כללים משפטיים חלוקתיים מבוססים בדרך כלל על Proxy, ולכן החפיפה בין מי שמפיקים תועלת בפועל מהכלל לבין הנמענים הרצויים של התיקון החלוקתי איננה מלאה. עם זאת נקודת מבט שלפיה התיקון הרצוי איננו בהכרח קשור לרמה הכוללת של הכנסה או עושר, אלא לנפגעים פרטניים במקרים פרטניים, הופך את הקערה על פיה. דווקא תיקון באמצעות מערכת המס הוא תיקון שרירותי ואקראי שאינו מזהה במדויק את הנפגעים שאותם יש לפצות, ואילו כלל משפטי עשוי לחול במדויק יותר על הקבוצה הנפגעת שאותה יש לפצות. כך למשל, ניתן לעדן את השינוי המשפטי שנעשה מסיבות יעילותיות, ובכך מצבם של הנפגעים יהיה טוב יותר לעומת השינוי היעילותי המלא. מובן שעידון זה מצריך לזהות בצורה מושלמת את הנפגעים הפוטנציאליים. ייתכנו כמובן מקרים שבהם ניתן לעצב כלל מיסי שמוזהה בצורה טובה את הנפגעים, אך ככלל נדמה שמערכת המס תהיה שרירותית יותר לעומת כלל משפטי המוכוון להיטיב עם האוכלוסייה הקונקרטי שנפגעה, ללא קשר למעמדה הסוציו-אקונומי.

108 ככל שהסיבה לקידום חלוקתיות טמונה בתועלת היעילותית הנובעת מכך, הרי יש לאמור את התועלת היעילותית מול העלות היעילותית. עם זאת כפי שראינו, סביר להניח שגם לשיטתם של תומכי הפרדיגמה הסיבה לקידום חלוקתיות אינה יעילותית גרידא. ממילא בהתלבטות שבין חלוקתיות נוספת ליעילות נוספת יש לקזז את התועלת היעילותית של החלוקתיות, ולהתמקד רק בטרייד-אוף שבין הדלתא של התוספת היעילותית בקידום יעילות לעומת יעילות הנגרמת כתופעת לוואי של קידום החלוקתיות, לבין הערך הנורמטיבי שבקידום חלוקתיות. לניתוח כלכלי של השימוש בכללים משפטיים לצורך השגת חלוקתיות, ראו גם Gamage, לעיל ה"ש 79, בעמ' 73-84; ובמאמרים המופיעים לעיל בה"ש 57.

של העברת עושר תהיה זהה בין שתי השכבות. הפועל היוצא מכך הוא, שהמחיר היעילותי הכולל של העברת כמות העושר המבוקשת יהיה הנמוך ביותר. מצב שבו העלות השולית של העברת עושר בכל אחת משתי השכבות אינה זהה הוא אינו יעיל, שכן ישנה הקצאה חלופית של התיקון החלוקתי בין השכבות, שבה האפקט החלוקתי הוא זהה אך העלות היעילותית נמוכה יותר. תיאור זה מציב את העיקרון הבסיסי לרפורמה המוצעת על פי חלופה זו.<sup>109</sup>

הפועל היוצא מיישום השינויים בפרדיגמה נבחן בפרספקטיבה יעילותית: המחיר היעילותי הכולל של העברת כמות העושר המבוקשת יהיה נמוך יותר על פי הפרדיגמה המוצעת בהשוואה לפרדיגמה במתכונתה הקיימת, כלומר העוגה שתיוותר עבור אותו מצב חלוקתי תהיה גדולה יותר. ניתן לתאר את היתרון שבפרדיגמה המוצעת על פני הפרדיגמה הקיימת גם מתוך פרספקטיבה חלוקתית. לפי פרספקטיבה זו, עבור אותו מחיר יעילותי – קרי עבור גודל עוגה נתון – ניתן להגיע למצב חלוקתי טוב יותר בהשוואה לפרדיגמה הקיימת, שבה עבור גודל עוגה זהה הרמה החלוקתית הייתה נמוכה יותר. פרספקטיבה חלוקתית זו היא חשובה, שכן היא מבהירה מדוע החלופה המוצעת עשויה לשמש פתרון – ולו גם חלקי – לבעיה החלוקתית הקיימת, ולא רק כלי לקידום היעילות. במישור התאורטי פרספקטיבות אלו הן חשובות כדי להראות שהיתרון בפרדיגמה המתוקנת על פני הפרדיגמה הקיימת עשוי להיות יעילותי ועשוי להיות חלוקתי, ובפועל סביר להניח שהשינוי יתרום הן ליעילות והן לחלוקתיות, כיוון שהגדלת העוגה מלווה לרוב בנכונות להגדיל את רמת החלוקתיות. למען הסר ספק יש להדגיש, כי לפי השינוי המוצע בפרדיגמה, גם בתוך כל אחת משתי השכבות יש לבחור במדיניות היעילה ביותר עבור כל רמה של חלוקתיות.<sup>110</sup>

על אף העובדה שהחלופה המוצעת כוללת רפורמה בפרדיגמה הקיימת, תיתכן חפיפה מסוימת בין הפרדיגמה הקיימת לפרדיגמה המתוקנת. ראשית, ברובד התאורטי החלופה המוצעת אינה שוללת את שיקולי היעילות התומכים בפרדיגמה הקיימת, אלא מאמצת אותם תוך מתן משקל מתאים בהתאם לטיעוני הנגד ותוך שקלול שלהם כנגד מגבלות היעילות של מערכת המס. כך למשל, מגבלות היעילות שבקידום חלוקתיות בשכבת הסדר החברתי, המונחות בתשתית הפרדיגמה הקיימת, הן חלק אינטגרלי משיבוש העלויות השוליות של השכבות לשם הקצאת החלוקתיות ביניהן על פי הפרדיגמה החדשה. שנית, באופן היפותטי תיתכן חפיפה בין הפרדיגמה המתוקנת לבין הפרדיגמה הקיימת, שכן עבור רמת חלוקתיות מסוימת ייתכן שהעלות השולית של העברת יחידת עושר מעשירים לעניים במסגרת שכבת הסדר החברתי היא גבוהה יותר מאשר במסגרת שכבת מערכת המס. במצב

109 על הצעה זו להתמודד עם סוגיות נוספות, כמו למשל זו העוסקת באגריגציה של התועלות השוליות. כך למשל ייתכן, כי אף שהמחיר השולי של העברת יחידת עושר אחת הוא נמוך יותר באחת השכבות, המחיר של העברת שתי יחידות עושר הוא נמוך יותר דווקא כאשר מעבירים את שתייהן בשכבה האחרת ולא אחת בכל שכבה או שתיים בשכבה הראשונה. במצב שכזה, לפי הפרדיגמה המוצעת יש לבחון את העלויות בהתאם לאגריגציה, ולהכריע לפי האופציה שבה העלות האגריגטיבית היא נמוכה יותר.

110 בשיח של הפרדיגמה הרווחת דיון מסוג זה יצטמצם רק לשכבת המיסוי, שכן רק בה יש לקדם חלוקתיות. הדיון יעסוק אפוא בשאלה, איזה הסדר מס יקדם את החלוקתיות המבוקשת הנמצאת על סדר היום הציבורי בצורה הזולה ביותר.

שכזה הן הפרדיגמה הקיימת והן הפרדיגמה המתוקנת יתמכו בשימוש במערכת המס בלבד לשם קידום החלוקתיות.<sup>111</sup>

אף שתיתכן חפיפה מסוימת בין הפרדיגמות, ההבדלים ביניהן ניכרים. הפרדיגמה הקיימת קובעת אקס-אנטה כי החלוקתיות תקודם באמצעות מערכת המס בלבד. לעומת זאת, לפי הרפורמה המוצעת אין לאף אחת מהשכבות עדיפות אקס-אנטה, וההכרעה באיזו שכבה להשתמש תתקבל בהתאם לעלויות היעילות השוליות (במונחי יעילות) של העברת כל יחידת עושר. הבדל נוסף הוא שתהליך קביעת המדיניות הנגזרת מהפרדיגמה הקיימת הוא פחות דינמי ומקיף, שכן בשכבת הסדר החברתי יש לקדם יעילות בלבד ואילו החלוקתיות תבוצע במערכת המס. לעומת זאת, התהליך בחלופה המוצעת הוא דינמי ומקיף יותר, שכן נדרשת בחינה מתמדת של העלויות השוליות של קידום חלוקתיות בשתי השכבות ושמירה על שיווי משקל ביניהן. הבדלים אלו גוררים שינוי משמעותי בשיח הציבורי. תחת הפרדיגמה הקיימת השיח הוא פשוט יותר, והוא מתמקד רק בעיצוב מערכת המס בהתאם לרמת החלוקתיות הרצויה. מנגד, תחת הפרדיגמה המתוקנת נדרשת בחינה מתמדת של העלויות השוליות (במונחי יעילות) של קידום חלוקתיות בכל אחת מהשכבות, ולאור זאת יוכרע באיזו שכבה למקם את החלוקתיות. הכרעה זו היא גם "זמנית", שכן העלות השולית של יחידת העושר הבאה עשויה מטבע הדברים להיות שונה, ונדרשת אפוא בחינה מחודשת כדי להכריע באיזה שכבה למקמה. גם היבט זה מוביל לכך שהחלופה המוצעת היא מורכבת יותר מהפרדיגמה הרווחת.

המשמעות של הפרדיגמה המוצעת היא למצער כי יש לזנוח את השיח הקלאסי של הפרדיגמה הדרו-שכבתית ולהמירו בשיח שתואר כאן. עצם השינוי המחשבתי בקרב קובעי המדיניות ובקרב השיח האקדמי הוא שלב ראשון בדרך לטיפול בחוסר הצלחתה של הפרדיגמה הקיימת. על פניו אין כל מניעה שחסידי הפרדיגמה הקיימת יאמצו את הרפורמה המוצעת בפרדיגמה; רפורמה זו מאפשרת מצד אחד הפנמה של ביקורות שאתגרו נקודות חולשה בפרדיגמה הקיימת, אך בד בבד הרפורמה שומרת על העקרונות הבסיסיים שבגינם חסידי הפרדיגמה הקיימת הציעו אותה, קרי ניסיון לקדם חלוקתיות במחיר יעילותי מינימלי.

למותר לציין שבמציאות יישומה של הפרדיגמה המוצעת הוא משימה מאתגרת, בשל הצורך לכמת הן את העלויות היעילות השוליות של כל מדיניות חלוקתית פוטנציאלית והן את ההשפעה החלוקתית של כללים משפטיים בשכבת הסדר החברתי ושל הסדרי המס המגוונים. עם זאת גם אם קשה להגיע לנקודת איזון ראויה ומדויקת, אין חולק כי יש לשאוף לנסות ולהתקדם לעברה.

חשיבותו של שינוי פרדיגמטי זה נובעת לא רק בשל התוצאה החלוקתית והיעילותית הטובה יותר שתתקבל מאימוצו לעומת הפרדיגמה הקיימת, אלא גם מסיבה מהותית נוספת. הפרדיגמה הרווחת, אשר מגבילה את התיקון החלוקתי לשכבת המיסוי ומתנגדת לקידום חלוקתיות דרך שכבת הסדר החברתי, פוגעת בהיקפן של דרגות החופש שיש בשיח הציבורי לקביעת המדיניות החלוקתית הרצויה, ויש בכך משום כרסום של ההליך הדמוקרטי. העובדה

111 מובן שלפי מי שסבור שיש הצדקה (מסיבות נורמטיביות) להעביר עושר גם בצורת משאבים שאינם כלכליים לא תיתכן סיטואציה שבה הפרדיגמה הקיימת והפרדיגמה המוצעת יובילו למסקנה אופרטיבית זהה.

שקידום חלוקתיות דרך שכבת המיסוי ניצב בפני קשיים שונים עקב המגבלות המצויות בשכבה זו, כפי שהוצג לעיל, משמעותה כי בפועל דרגות החופש של קובעי המדיניות בקביעת רמת החלוקתיות הרצויה הן מוגבלות. השיקולים שבבסיס הפרדיגמה הרווחת הם שיקולים יעילותיים, ועל אף חשיבותם שיקולים מסוג זה אינם משמעותיים מספיק כדי להצדיק הגבלה של היכולת החברתית לבחור את רמת החלוקתיות הרצויה. יהיה סביר להניח כי גם תומכי הפרדיגמה אינם תומכים בהגבלת החופש ובהגבלת מנעד האפשרויות העומדות בפני נבחרי הציבור, שכן הפרדיגמה הרווחת אינה מתימרת להכתוב את רמת החלוקתיות הרצויה אלא רק להגדיר את האופן הרצוי לקדם אותה. עם זאת בפועל המשמעות של הפרדיגמה היא הגבלה של ההליך הדמוקרטי. גם אם אקס-פוסט רמת החלוקתיות הרצויה מבחינה חברתית שקובעי המדיניות יבחרו בה היא רמת חלוקתיות שניתן לקדם תחת הפרדיגמה הרווחת (וכאמור אני מטיל בכך ספק), אין בכך כדי להצדיק כי אקס-אנטה האפשרות התאורטית לקדם חלוקתיות רבה יותר לא תעמוד בפני מקבלי ההחלטות בשל מגבלות פרדיגמטיות. השינוי הפרדיגמטי המוצע כאן מגדיל את דרגות החופש של קובעי המדיניות לבחור את רמת החלוקתיות הרצויה ובכך מאפשר הליך דמוקרטי תקין ומלא, כיוון שלפי ההצעה הנוכחית ניתן לקדם חלוקתיות הן דרך מערכת המס והן במסגרת שכבת הסדר החברתי. כאמור, בהתאם לחלופה המוצעת יש לבחון העברה הדרגתית של חלק מנטל התיקון החלוקתי אל עבר שכבת הסדר החברתי בנסיבות שבהן יעיל יותר לקדם חלוקתיות על פי המתווה המוצע. על כן מאמר זה מצטרף לקריאות שהושמעו לשימוש נרחב יותר בשכבת הסדר החברתי כדי לקדם חלוקה צודקת יותר.<sup>112</sup> יש לציין כי למרות הקושי לבחון את העלויות השוליות, מתקבל על הדעת שברובד הפרקטי יש להתחיל מהעברת עושר בתחומים שבהם הפער היעילותי בין שני כללים משפטיים הוא קטן, וכלל אחד הוא חלוקתי יותר. במצב זה סביר שהעלות היעילותית של החלוקתיות היא קטנה יחסית, ויש לבחור בכלל החלוקתי יותר. דוגמה אחת לצעד ראשוני של המסע הארוך שיש להתחיל ממנו היא משטר קנסות היום שהוצג לעיל. המחיר היעילותי של המעבר מקנסות סטנדרטיים לקנסות יום הוא נמוך מאוד, אם בכלל,<sup>113</sup> בעיקר בשל ההיבטים הטכנולוגיים, ולכן סביר להניח שמחיר זה הוא נמוך יותר מקידום חלוקתיות באמצעות מערכת המס.

בין אם השינויים המוצעים יתקבלו במלואם ובין אם רק בצורה חלקית, השלב הראשון הנדרש בתהליך הוא הנכחת השיקולים החלוקתיים בדיונים על אודות עיצוב המדיניות ובמרכזם הליכי החקיקה. הרפורמה בפרדיגמה הרווחת מחייבת הנכחה חדה וכוללת של התוצאות החלוקתיות של שינויי המדיניות בשכבת הסדר החברתי במסגרת השיח הציבורי. הדבר נדרש כדי לאפשר למעצבי שכבה זו לדעת את תוצאותיו החלוקתיות של שינוי המדיניות, ולהתמודד עימן כבר במסגרת שכבה זו וכן במסגרת הפרספקטיבה הדי-שכבתית לצורך

112 ראו למשל Liscow, *Is Efficiency Biased*, לעיל ה"ש 27; Liscow, *Democratic Law and Economics*, לעיל ה"ש 37; Lewinsohn-Zamir, לעיל ה"ש 40; Raskolnikov, *Distributional Arguments*, לעיל ה"ש 86.

113 בהקשרים מסוימים קנסות היום אף מקדמים יעילות, שכן קנסות רגילים בענישה פלילית מובילים להרתעה לא-אופטימלית (הרתעת חסר לעשירים או הרתעת יתר לעניים), ואילו קנסות יום פותרים בעיה זו. להרחבה על כך, ראו לעיל, בטקסט שלאחר ה"ש 90 ואילך.

השוואת המחיר היעילותי של הגדלת החלוקתיות. יש לציין כי הצורך בהנכחת התוצאות החלוקתיות קיים גם לפי הפרדיגמה הרווחת, משום שיש לדעת את התוצאות החלוקתיות של השינוי בשכבת הסדר החברתי כדי ששכבת המיסוי תשנה תוצאות אלה. במאמר קורם,<sup>114</sup> שעל בסיסו הוגשו שתי הצעות חוק בכנסת – הצעת חוק השלכות חלוקתיות בחקיקה, התשע"ד-2014<sup>115</sup> והצעת חוק השלכות חלוקתיות בחקיקה, התש"ף-2019,<sup>116</sup> הצעתי כי לכל הצעת חוק שתוגש לכנסת תתווסף ההערכה של השפעותיה החלוקתיות,<sup>117</sup> והוא הדין גם כאשר לחקיקת משנה.<sup>118</sup> החדרת ההיבט החלוקתי לתוך השיח הציבורי כל אימת שמוצע שינוי בחקיקה או בחקיקת משנה היא חלק מהותי מהתשתית הנדרשת לצורך קיומו של דיון ציבורי בדבר השגת המטרה של הכללת יעדים חלוקתיים במסגרת שכבת הסדר החברתי.

### 3. חלופה ג – שינוי פרדיגמטי מלא: שחיקתו של שיח היעילות המונח בתשתית הפרדיגמה

יש לשקול חלופה שלישית, הכוללת שינוי מהפכני גדול יותר בהשוואה לשינויים שהוצעו בחלופה השנייה, וודאי שגם בהשוואה לחלופה הראשונה. לפי חלופה שלישית זו, על מנת לקדם חלוקתיות בצורה נאותה יש לזנוח את השפה שבה הפרדיגמה הרווחת (וכן שתי החלופות הרפורמיות שצוינו לעיל) משוחחת בשיח החברתי-כלכלי, ולאמץ שפה חדשה שלפיה שיח היעילות אינו חזות הכול.<sup>119</sup>

כאמור בהרחבה לעיל, שיח היעילות המונח בתשתית הפרדיגמה לוקה בכמה כשלי יסוד מבניים, נוסף לביקורת על הטיעונים העומדים בבסיס הפרדיגמה הרווחת ולמגבלותיה של שכבת המיסוי. הכשל הראשון הוא ששיח היעילות המתבטא בפרדיגמה הקיימת אינו מביא בחשבון מגבלות פוליטיות ציבוריות על העברת עושר: ישנו דיסוננס בין הפרדיגמה הקיימת, הקושרת בין שתי השכבות כך שהמיסוי בשכבה השנייה אינו אלא אמצעי לתיקון התוצאות החלוקתיות שנוצרו בשל העדפת היעילות בשכבה הראשונה, לבין השיח הציבורי שאיננו קושר ביניהן ואינו רואה כל זיקה בין נטל המס שנקבע בשכבת המיסוי לבין שכבת הסדר החברתי. הדיסוננס נובע מכך שהתודעה הציבורית הרווחת היא "חד-שכבתית", וסבורה כי שכבת המיסוי מתפקדת באופן עצמאי שאינו קשור כלל ועיקר למתרחש בשכבת הסדר החברתי. הציבור אינו נותן את דעתו על ההשפעה החלוקתית של שכבת הסדר החברתי (או רואה השפעה זו כניטרלית מבחינה חלוקתית), ועל כן הוא אינו מטיל על שכבת המיסוי את

114 דוד גליקסברג "על משטר הנכחה נורמטיבי של הצדק החלוקתי" משפטים מג 961 (התשע"ג) (להלן: גליקסברג "על משטר הנכחה").

115 ראו את הצעת חוק השלכות חלוקתיות בחקיקה, התשע"ד-2014, פ/52/1925; ראו גם צבי זרחיה "זהבה גלאון: לבחון ההשלכות החלוקתיות של הצעות חוק לפי מדרג ג'יני" THE MARKER, 16.4.2014 (16.4.2014) [www.themarker.com/news/1.2298039](http://www.themarker.com/news/1.2298039).

116 ראו את הצעת חוק השלכות חלוקתיות בחקיקה, התש"ף-2019, פ/630/22.

117 זאת, למשל, באמצעות השימוש במדרג ג'יני. ראו גליקסברג "על משטר הנכחה", לעיל ה"ש 114, בעמ' 996-1002.

118 שם, בעמ' 994-995.

119 להרחבה על אודות כישלון השיח היעילותי וקריאה להחלפתו בשיח המוכוון בראש ובראשונה מחלוקתיות, ראו Raskolnikov, Distributional Arguments, לעיל ה"ש 86.



התפקיד של התיקון החלוקתי הנוסף, שנועד לפצות על העיוות החלוקתי הנוצר בשכבת הסדר החברתי. לאור זאת ישנה התנגדות ציבורית בלתי מבוטלת לקידום חלוקתיות בשכבת המיסוי, התנגדות שעומדת בסתירה לתשתית הבסיסית של הפרדיגמה הקיימת.<sup>120</sup> אף אם נגרום כי ברמה העיונית הדרך היעילה יותר להעביר עושר היא באמצעות מערכת המס, ניסיון זה כשל, בין היתר, לאור ההתנגדות הציבורית. הפרדיגמה הקיימת אינה מתייחסת לפער שבין התאוריה העיונית לבין יכולת יישומה במציאות, ומכאן מגבלתה. הצדקה של הפרדיגמה במישור התאורטי אינה ערובה להצלחתה במישור הפרקטי כאשר ישנן מגבלות פוליטיות וציבוריות על יישומה המלא. המשמעות של קושי זה היא, כי יש צורך לקדם חלוקתיות בכללים משפטיים דווקא, על אף הפגיעה היעילותית הטמונה בכך. שיח היעילות העיוני איננו יכול להיות הפרמטר המעצב של השיח כאשר יישום המודל היעיל איננו מתאפשר בפועל.

כך למשל, בשל התודעה הציבורית ה"חד-שכבתית" ישנה התנגדות להגדלת נטל המס באמצעות העלאת שיעורי מס ההכנסה, גם כשהגדלת הנטל באה לפצות על עיוות חלוקתי שנוצר למשל בשל חקיקה יעילה בתחום דיני החוזים המגדילה את העוגה אך טומנת בחובה מחיר חלוקתי כבד. ההתנגדות נובעת מכך שהציבור אינו מקשר בין הגדלת נטל המס בשכבת המיסוי לבין הגדלת היעילות בשכבת הסדר החברתי. לעומת זאת, ההתנגדות הציבורית לחקיקה צרכנית חלוקתית בדיני חוזים היא קטנה יותר לדעתי מאשר הגדלת נטל המס, גם כאשר השורה התחתונה – היעילות והחלוקתיות – של חקיקה שכזו היא טובה פחות מאשר חקיקה יעילה לצד הגדלת נטל המס.<sup>121</sup> לכן, גם אם ברובד התאורטי הפרדיגמה תומכת בקביעת דיני חוזים יעילים ובמקביל בהגדלת נטל המס, בפועל ההתנגדות הציבורית לכך גדולה, ומבחינה פרקטית האופציה הריאלית יותר היא קידום חלוקתיות באמצעות חקיקת דיני חוזים צרכניים.<sup>122</sup>

הכשל השני הוא שישנו קושי מהותי בתחליפיות וזרימה בין שתי השכבות, כך שלא תמיד ניתן לתקן ולפצות על עיוות בשכבת הסדר החברתי באמצעות שכבת המיסוי. הקושי בולט במיוחד במשאבים שאינם כספיים, אשר אי-אפשר לחלקם מחדש בשכבת המיסוי. קיומו של מודל תאורטי יעיל בדמות הפרדיגמה הקיימת איננו רלוונטי כאשר הוא מהווה מחסום בפני חלוקה נאותה של משאבים שאינם כספיים. למשאבים אלו חשיבות רבה, גם אם מניחים שהם נופלים מחשיבותם של משאבים כלכליים קלאסיים, ועל כן חוסר היכולת של

120 ראו לעיל ה"ש 87-88.

121 ראו שם.

122 ניתן לטעון שהמעבר מעיצוב כללים משפטיים בהתאם לשיקולי יעילות לעיצובם תוך התחשבות בשיקולים חלוקתיים עשוי לעורר גם הוא התנגדות ציבורית. עם זאת בשל היעדר המודעות הציבורית לכל השיקולים העומדים ברקע עיצובם של כללים משפטיים שונים בשכבת הסדר החברתי, סביר להניח כי שינוי שכזה יעורר התנגדות ציבורית קטנה בהיקפה בהשוואה להיקפה של זו המלווה בדרך כלל קידום חלוקתיות באמצעות מערכת המס. אילו היה הציבור מודע למלוא שיקולי המדיניות העומדים ברקע עיצובה של שכבת הסדר החברתי, הייתה התנגדותו לקידום חלוקתיות באמצעות שכבת המיסוי פוחתת, שכן הוא היה מודע לכך כי מדובר ביישום של הפרדיגמה הרווחת וכי חלוקתיות זו באה לפצות על העיוותים החלוקתיים שנוצרים בשל ביכור היעילות בעיצוב שכבת הסדר החברתי.

שיח היעילות לעצב מערכת שמחלקת אותם בצורה נאותה משמעותו היא כי על היעילות לסגת בפני ערכים חלוקתיים ככל שמדובר בחלוקת משאבים לא-כספיים.

הכשל השלישי, ולדעתי המשמעותי ביותר, טמון בהטיה המובנית לטובת העשירים בשכבת הסדר החברתי. הפרדיגמה הקיימת מבוססת על שיח יעילות שבו הקריטריון המרכזי המשמש להערכת היעילות הוא קריטריון הנכונות לשלם. כנטען לעיל קריטריון זה גורם להטיה מובנית לטובת העשירים, כיוון שבאופן אינהרנטי הנכונות של אנשים עשירים לשלם עבור משאבים היא גדולה יותר מאשר נכונותם של חסרי היכולת.<sup>123</sup> משמעותה של הטיה מובנית זו היא, כי קביעת מדיניות וכללים משפטיים בשכבת הסדר החברתי על בסיס קריטריון היעילות בהכרח תיצור פערים חלוקתיים מהותיים, שספק אם ניתן לתקנם באמצעות מערכת המס בלבד. פרדיגמה המבוססת על שיח היעילות בדמותה של הפרדיגמה הרווחת נדונה להנצחת העיוות החלוקתי.<sup>124</sup>

מדברים אלה עולה כי על פי חלופה זו (חלופה ג) נדרש שינוי של השיח הציבורי וכי יש לבחור בחלוקתיות כערך מהותי המצדיק את השגתו גם במסגרת שכבת הסדר החברתי, על אף מחירו היעילות, לצד השגתה במסגרת שכבת המיסוי. אם במסגרת חלופה ב<sup>125</sup> השימוש בשכבת הסדר החברתי להשגת חלוקתיות יהיה רק אם עלותו היעילותית קטנה מהעלות היעילותית הכרוכה בהשגתה במסגרת שכבת המיסוי, הרי בחלופה זו יהיה שימוש בשכבת הסדר החברתי גם אם יש לכך עלות יעילותית גבוהה, מעבר לעלות היעילותית

123 סוגיה זו מציפה גם את הפרדוקס של סקיטובסקי. לפי פרדוקס זה, העדפות הצרכנים ונכונותם לשלם עבור כל משאב אינן אקסוגניות אלא אנדוגניות. כפי שצינתי לעיל (ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 73), העדפות הצרכנים ונכונותם לשלם עבור המשאבים השונים תלויה בשאלה מהן הזכויות והמשאבים האחרים שיש לפרטים ומהי יכולתם הכלכלית. עם זאת השאלה אלו זכויות יש לכל פרט ומהי היכולת הכלכלית שלו אמורה להיות מוכתבת משתי השכבות של הפרדיגמה, ולכן אי-אפשר להשתמש בהן כנתון שעליו החלוקה עצמה תתבסס. כך למשל, השאלה אם פרט א מעריך משאב מסוים יותר מפרט ב תלויה בשאלה אלו משאבים אחרים (וכמה כסף) יש לכל אחד מהפרטים הללו, אך כשם שחלוקת המשאב הנוכחי אמורה להתבצע לאור ההעדפות הצרכניות השונות, כך גם החלוקה של המשאבים האחרים שבגינם פרט אחד מעריך משאב זה יותר מהפרט האחר. לשון אחר, העדפות הצרכנים המשמשות לחלוקת המשאבים אינן אקסוגניות לשתי השכבות אלא אנדוגניות. ראו Scitovsky, לעיל ה"ש 73. דיון מעמיק בפרדוקס זה ובהשלכותיו על פרדיגמות חלוקתיות ויעילותיות שונות חורג מגבולות הדיון של מאמר זה; אך בקצירת האומר ניתן לומר בזהירות, שיהיה סביר לטעון כי הקשיים שפרדוקס זה מעורר הם משמעותיים יותר באשר לפרדיגמה הקיימת, שבה ליעילות הנבחנת לפי קריטריון הנכונות לשלם יש מעמד של בכורה, לעומת השינוי הפרדיגמטי המוצע שבו יש שחיקה של שיח היעילות.

124 ניתן לטעון, כי אימוץ קריטריון השונה מהקריטריון של נכונות לשלם כקריטריון ליעילות, במקום זניחת שיח היעילות, מעדן במידה מסוימת חלק מהקשיים שבפרדיגמה הקיימת ובשיח היעילות הקיים. אפשרות זו חורגת מגבולות מאמר זה, אך אציין כי ספק אם היא עשויה להצמיח פתרון משמעותי, הן לאור הקשיים שביישום קריטריונים אחרים והן לאור העובדה שלא כל הקשיים שהוצגו מקבלים מענה באמצעות שינוי קריטריון הנכונות לשלם. לדיון בנושא, ראו Adler & Posner, לעיל ה"ש 26.

125 ראו לעיל פרק ד.2.

הכרוכה בשימוש המיסוי. למותר לציין כי דברים אלה הם בגדר יריית פתיחה לדיון עמוק ומפורט יותר, הן ברמה העיונית והן ברמה האמפירית, המצוי מעבר לגבולותיו של מאמר זה, ובייחוד באשר לחלופה זו. דיון זה יכלול סוגיות רבות, ובהן אלה: מהם המשאבים, מתוך רשימת המשאבים שאי אפשר לחלקם מחדש באמצעות שכבת המיסוי, שהחברה מוכנה להכיר בהם במובן זה שהיא תחלקם מחדש באמצעות שכבת הסדר החברתי, על אף עלותם היעילותית? מהי העלות היעילותית שהחברה מוכנה לשלם, שהיא בעיקרון גבוהה יותר מזו המשתלמת על פי שתי החלופות הקודמות, עבור הגדלת החלוקתיות באמצעות השימוש בשכבת הסדר החברתי? למותר לציין כי נכונות זו (של הציבור) היא מסגרת דינית לדיון מפורט יותר בקביעת יחסי הגומלין בין גודל העוגה ואופן חלוקתה, והכול תוך התייחסות להקשר הנסיבתי.<sup>126</sup>

## אחרית דבר

תופעת אי-השוויון הגדול המצוי בעולמנו, לצד תוכנה של הפרדיגמה הרווחת ולפיה שכבת הסדר החברתי לא תכלול יעדים חלוקתיים אלא תתמקד ביעילות בלבד, מציבים את האתגר של שינוי הפרדיגמה על מנת לצמצם את אי-השוויון. לתרומתה של הפרדיגמה הרווחת לאי-שוויון בהקשר התשתיתי-חלוקתי גורמים אחדים, ובמרכזם חוסר היכולת העיונית, הפרקטית והפוליטית של שכבת המיסוי לתקן חלוקתית את כל תוצאותיה החלוקתיות של שכבת הסדר החברתי. למותר לציין כי הסוגיה שבה עסקינן היא רחבה ביותר, והדברים שהוצגו במאמר זה הם בגדר הצבת קווי מתאר לדיון, ובעיקר קריאה למעצבי הסדר הכלכלי-חברתי להציב את השינוי הפרדיגמטי במקום גבוה על סדר היום הציבורי, כחלק מההתמודדות עם אי-השוויון. אפשר לסכם ולומר כי בפני השיח הציבורי בעניין זה ניצבות שלוש חלופות בולטות, אשר מחייבות מטבע הדברים עיון נוסף ומעמיק, כולל בהיבט האמפירי. חלופה ראשונה להתמודדות עם התוצאות החלוקתיות הלא-רצויות הוא ניסיון ליישום מלא וקפדני יותר של הפרדיגמה. חלופה זו דורשת מחסידי הפרדיגמה הרווחת להגדיל את נטל המס כדי לאפשר יישום מלא של הפרדיגמה. למותר לציין, כי עם חסידי הפרדיגמה הרווחת נמנים לא-מעטים מן המתנגדים להגדלת נטל המס, כך שהמשימה של הגדלת נטל המס אינה פשוטה כלל ועיקר. ניתן לשקול חלופה שנייה, המהווה שינוי פרדיגמטי, ולפיה יש לקדם חלוקתיות לא רק במערכת המס אלא גם בשכבת הסדר החברתי. האלוקציה של קידום החלוקתיות בין השכבות לפי הצעה זו תבסס על העלויות השוליות (במונחי יעילות) של קידום חלוקתיות בכל אחת מהשכבות. אכן, תחת הפרדיגמה המוצעת יעילות שכבת הסדר החברתי עשויה להיפגע, אולם פגיעה זו תפוצה קרוב לוודאי באמצעות יעילות גבוהה יותר בשכבת המיסוי, אשר במצב הקיים נדרשת לשאת על כתפיה את כל הנטל החלוקתי. כפרספקטיבה דו-שכבתית היעילות המצרפית תחת הפרדיגמה המתוקנת עשויה אולי להיות אף גדולה בהשוואה לפרדיגמה הישנה, וסביר מאוד להניח שבהקשר שלפנינו גם רמת

126 הדרישה להנכחה בשיח הציבורי של התוצאות החלוקתיות של חקיקה ושל חקיקת משנה המצויות בשלבי חקיקה שאזכרה לעיל באשר לחלופה השנייה רלוונטית גם באשר לחלופה השלישית.

החלוקתיות תשתפר. המאמר כולל חלופה שלישית, מאתגרת ורדיקלית יותר, ולפיה יש לזנוח את הפרדיגמה הקיימת בדבר הדומיננטיות של שיח היעילות הרווח בשכבת הסדר החברתי, ולהעניק לשיח החלוקתי בה מעמד ראוי יותר בהשוואה לזה שרווח היום, תוך תשלום המחיר היעילותי הכרוך בכך שהחברה תחליט שהיא מוכנה לשלמו עבור חברה צודקת והוגנת יותר בהשוואה למצב הנוכחי.

נראה כי חלקים גדולים ממשנתפי השיח הציבורי על אודות המצב החלוקתי גורסים כי אין להתיר על כנו את המצב הקיים. כל אחת מהחלופות דורשת שינוי בשיח הציבורי, ובייחוד בכל הנוגע לביטול הבלעדיות של השיח היעילותי במסגרת שכבת הסדר החברתי ולהענקת משקל גדול יותר לשיח החלוקתי בשכבה זו.