

על המשמעויות של קיזוז הפסדים לאחור

ניתוח חוקתי וניתוח כלכלי של פרשת הירשזון

מאת

עו"ד ורו"ח אמיר קופר¹

מבוא

פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת הירשזון² חולל מהפיכה של ממש בתחום דיני המס בישראל. בית המשפט העליון קבע ברוב דעות כי יש לבכר פרשנות המרחיבה את אפשרות קיזוז ההפסדים, ולפיה יש לקרוא את שתיקת סעיף 28 לפקודה³ בנושא האפשרות לקזז הפסד כנגד הכנסה חייבת משנות מס קודמות ("קיזוז לאחור") כהתרת הדבר במקרים המתאימים.

פרשנות סעיף 28 לא הייתה מוסכמת על כל שופטי המותב באותה פרשה,⁴ והיא עוד תזכה לבירור במסגרת דיון נוסף בפרשה.⁵ אין ספק כי פרשת הירשזון מעוררת שאלות בנוגע לפרשנות שתיקתו של החוק. ככלל, שתיקת החוק יכולה להתפרש בארבעה אופנים שונים⁶ - כהסדר שלם, כהסדר משתמע, כהסדר שלילי או כחסר (לאקונה). ההסדר השלם משמעו כי המחוקק הסדיר במפורש את שהסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש - הוא הותר במצב שהיה קיים טרם ההסדר. ההסדר המשתמע משמעו כי המחוקק הסדיר במפורש את אשר הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש - הוא הסדיר במשתמע. ההסדר השלילי משמעו כי את אשר הסדיר המחוקק במפורש הוא הסדיר לחיוב, ואת אשר לא הסדיר הוא הסדיר לשלילה. החסר משמעו כי שתיקת המחוקק אינה מדעת, באופן שהשתיקה נוגדת את תכלית החקיקה.

1. הכותב עבד בלשכתו של השופט מגן אלטוביה בבית המשפט המחוזי בתל אביב כאשר פסק הדין בע"מ 10-03-16546 בעניינו של אברהם הירשזון ניתן על ידי בית המשפט. האמור במאמר מייצג את דעתו האישית של הכותב בלבד. תודתי נתונה לעו"ד צבי דרנגר ולעו"ד רותם שדה על הערותיהם המועילות והמחכימות.
2. ע"א 4157/13 דמארי אילנה נ' פקיד שומה רחובות, "מיסים" כט/2 (אפריל 2015) ה-75 (להלן: "פרשת הירשזון").
3. פקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961, דמ"י 6 (להלן: "הפקודה").
4. ההכרעה ניתנה על פי פסק דינו של השופט רובינשטיין, אשר אליו הצטרף השופט סולברג. השופט הנדל כתב חוות דעת חולקת.
5. בקשה לדיון נוסף בסוגיית קיזוז ההפסדים לאחור בלבד הוגשה והתקבלה על ידי בית המשפט ביום 18.06.2015, דנ"א 2308/15.
6. אהרן ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית (1992) 465-470.

אילו סעיף 28 מהווה הסדר שלילי, הרי שמשמעות הדבר היא ששתיקת המחוקק נועדה למנוע קיזוז לאחור. השאלה, האם מדובר בהסדר שלילי, תלויה בתכלית החקיקה, וכדברי השופט (כתוארו אז) ברק:

"לעתים השתיקה מהווה "הסדר שלילי". דבר זה יקרה מקום שתכלית החקיקה הינה לשלול הסדר משפטי מסוים. "הסדר שלילי" קיים אפוא, רק מקום ששתיקת החוק היא "שתיקה מדעת"... שתיקה היא "מדעת" מקום שהגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה בהסדר השלילי".⁷

ניתוח תכלית החוק, אם כך, הוא צעד הכרחי בפרשנות ההסדר החוקי כהסדר שלילי או כלאקונה. מאמר זה יציע ניתוח חוקתי וניתוח כלכלי של הוראת קיזוז ההפסדים שבסעיף 28 לפקודה. תחילה אבחן האם מניעת קיזוז הפסד לאחור עשויה להיחשב כהפרה של זכות חוקתית המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁸ במסגרת בחינה זו אציע מתודה חדשה לבחינת השאלה, האם, ובאילו מקרים, הטלת מס מהווה פגיעה בזכות חוקתית. לאחר מכן, אבחן את ההשלכות הכלכליות של הרחבת הזכות לקיזוז הפסדים או צמצומה. כפי שאראה, הגבלה מוחלטת של קיזוז הפסדים לאחור אכן יכולה להוביל לפגיעה בזכות חוקתית ועשויה להיות בעלת השלכות שליליות על היעילות הכלכלית של מערכת המס.

בפרשת **הירשזון** איפשר בית המשפט למערערים לקזז לאחור את ההפסד, אך סייג את הדברים כי **"אין הכוונה ליצור מצב בו כל דכפין יוכל לקזז הפסדים לאחור בטענה כי אחרת ייגרם לו עוול"**.⁹ עדיין רב הנסתר על הגלוי בדבר האפשרות לקזז הפסדים לאחור. תכלית מאמר זה היא להציג קווי יסוד לניתוח שאלות של קיזוז הפסדים, אשר יסייעו בקביעת ההיקף הראוי של הזכות לקיזוז הפסדים.

בחלק הראשון של המאמר אציג בתמציתיות את השיקולים שהנחו את בית המשפט בהחלטתו בפרשת **הירשזון**. החלק השני של המאמר יעסוק בניתוח חוקתי של האפשרות לקזז הפסד לאחור. בחלק זה של המאמר אציע כי עקרונות מסורתיים של דיני המס - עקרון היושר האופקי ועקרון היושר האנכי - מהווים ביטוי ספציפי של כללים חוקתיים. מניעת קיזוז הפסד לאחור עלולה, במקרים מסוימים, לעלות עד לכדי פגיעה בזכות מוגנת. בחלק השלישי של המאמר אבחן את ההשלכות הכלכליות של הרחבת הזכות לקיזוז הפסדים וצמצומה.

חלק ראשון - הצגת השיקולים שהנחו את הכרעת בית המשפט בפרשת הירשזון

החלטת בית המשפט בפרשת **הירשזון** להתיר קיזוז הפסדים לאחור אינה החלטה גורפת. בית המשפט מתיר למערערים את קיזוז ההפסד, אך מוסיף כי **"אין הכוונה ליצור מצב בו כל דכפין יוכל לקזז הפסדים לאחור בטענה כי אחרת ייגרם לו עוול"**.¹⁰

7. על"ע (י-ם) 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, פס" 3 לדברי השופט ברק.

8. ס"ח 1391.

9. פרשת **הירשזון**, לעיל ה"ש 2, פסקה ק"י לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

10. פרשת **הירשזון**, לעיל ה"ש 2, פסקה ק"יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

בית המשפט לא מספק הנחיה ברורה לגבי השאלה, באילו מקרים עתידיים יותר קיזוז לאחור. נראה כי הזכות לקיזוז לאחור תוגבל בעתיד ובית המשפט קובע כי "יש לנהוג במשנה זהירות ובכל מקרה לגופו על פי נסיבותיו"¹¹. בטרם נצלול לניתוח השיקולים השונים הרלוונטיים לפרשנות סעיף 28 לפקודה, ראוי להתעכב תחילה על הנסיבות הספציפיות שהביאו להתרת הקיזוז לאחור בפרשת הירשזון.

פרשת הירשזון מאגדת שני ערעורים בעלי רקע עובדתי דומה. המערערת הראשונה, אילנה דמארי, הורשעה על פי הודאתה בעבירת גניבה על ידי עובד. במקביל, ובטרם ניתן פסק הדין הפלילי בעניינה, חתמה המערערת על הסכם פשרה, שקיבל תוקף של פסק דין, עם מעבידה לשעבר והשיבה את כספי הגניבה לרבות ריבית ותשלומי הצמדה. פקיד השומה קבע בשומתו כי למערערת יש הכנסה על פי סעיף (2)2 ועל פי סעיף (1)2 לפקודה בגובה הסכום שנגנב. המערער השני, אברהם הירשזון, הורשע בעבירות של גניבה בידי מנהל, מרמה והפרת אמונים, רישום כוזב במסמכי תאגיד, הלבנת הון אסורה ושתי עבירות של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. בטרם ניתן גזר הדין בעניינו, השיב המערער את חלק או את כל כספי הגניבה. פקיד השומה הוסיף בשומתו את כספי הגניבה להכנסתו החייבת של המערער כהכנסה לפי סעיף (1)2 למשך תקופה של חמש שנות מס. ערעורי שני המערערים נדחו בבתי המשפט המחוזיים. בערעור לבית המשפט העליון טען המערער, בין היתר, כי יש להתיר לו ליחס את ההפסד בגין השבת הכסף לשנה בה נוצרה ההכנסה, כפי שהתירו פקידי שומה במקרים אחרים לטענתו, וכן כי אי-מתן אפשרות זו אינו מתחשב בהיעדר מקורות הכנסה נוכחיים, שכן כבר פרש לגמלאות ואינו עובד עוד.¹²

בית המשפט דחה את טענות המערערים כי ההכנסה היא נטולת מקור וכן קבע כי השבת כספי הגניבה מהווה הוצאה הניתנת לניכוי בשנת המס שבה היא הוצאה. מן האמור עולה כי למערערים נוצר הפסד בשנת המס בה הושבו הכספים. כעת נדרש בית המשפט לשאלה האם יש לאפשר למערערים לקזז את ההפסד כנגד הכנסה חייבת שנוצרה בשנות מס קודמות.

בית המשפט מבסס את קביעתו להתיר את הקיזוז לאחור על שלושה צידוקים. ראשית, עקרון מס האמת מוביל למסקנה כי יש "לתת ביטוי לכך שלצד הכנסתם [של המערערים] צברו הוצאות או הפסדים"¹³. בית המשפט רואה בשומת אמת כחלק מהזכות החוקתית לקניין המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁴ בהקשר זה, בית המשפט מעניק משקל מיוחד לעובדה כי "התוצאה לפיה לא יוכלו המערערים לקזז השבה זו כהפסד - ואולי בפרט המערער, אשר פרש לגמלאות ובפועל נעדר הכנסה עתידית שכנגדה יוכל לקזז הפסד זה - אינה נראית צודקת; ראוי להביא לידי ביטוי את העובדה שבסופו של יום הכספים הושבו, ובאופן זה להתקרב, במידת האפשר, להטלת מס אמת"¹⁵.

11. שם, פסקה ק"י"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
12. לתיאור מלוא הרקע העובדתי וכל טענות הצדדים, ראו - פרשת הירשזון, לעיל ה"ש 2, פסקאות ד-י"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
13. שם, פסקה ק"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
14. שם, פסקה ק"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
15. שם, שם.

שנית, בית המשפט מונחה על ידי שיקולי יושר, ובעניין זה מצטט פסק הדין את גישתו של אדרעי¹⁶, כי תכלית מנגנון קיזוז ההפסדים היא "השגת יושר אופקי ואנכי בין משלמי מס שוים, מניעת הפליה וקידום פירוש סביר וצודק"¹⁷. בכדי להשיג מטרה זו, בית המשפט קובע כי "יש להתחשב במצבו הכלכלי של נישום על פני שנים אחדות, ובדרך זו להגיע למיסוי אמיתי שלו"¹⁸.

נראה כי היעדר היכולת לקזז את ההפסד בשנים העוקבות וחוסר הצדק שייגרם כך למערערים הוא השיקול העיקרי של בית המשפט. השופט רובינשטיין מציין בסיום דבריו: "דומני כאמור - והוא עיקר - כי תוצאה מוחלטת, שלפיה אין המערערים רשאים לקזז ולו חלק מכספי הגניבה שהשיבו, תגרום לחוסר צדק כלפיהם" (ההדגשה אינה במקור).¹⁹ בית המשפט, כך נראה, בוחן את הפגיעה בזכות הקניין וההפליה כלפי הנישומים במסגרת ניתוח שיקולי צדק, ולא במסגרת הניתוח החוקתי המסורתי. למעשה, מלבד ציון העובדה כי פגיעה בקניין חייבת לעמוד במבחני פסקת ההגבלה,²⁰ אין כמעט זכר לניתוח חוקתי בפסק הדין.

לבסוף, בית המשפט מונחה בהחלטתו גם על ידי שיקולי תקנת הציבור, הן בהתרת קיזוז הפסדים לאחור והן בקביעת היקף הקיזוז שיותר. כך נקבע מחד בפסק הדין כי יש "[לשמר] ככל הניתן תמריץ לגנבים להשיב את שללם, במובן זה שיידעו כי אף אם יוטל על כספיהם אלה מס הכנסה, יוכלו להביא זאת לידי ביטוי בניכוי סכום ההשבה או קיזוזו"²¹; קרי, האינטרס הציבורי מחייב במקרה זה התרת קיזוז לאחור. מאידך, בית המשפט הפחית את סכום הקיזוז עקב "הרקע הלא חיובי בעניינו", "ובשל הרצון למנוע אי צדק"²². בית המשפט דימה את הפחתת סכום הקיזוז להגנת האשם התורם בדיני חוזים ונזיקין שתכליתה השגת תוצאה ראויה של עשיית צדק.²³ עם זאת, דומני כי השימוש במונח "אשם תורם" עשוי לבלבל במקצת. ברי כי אין כוונת בית המשפט לאשם תורם במובן המסורתי, קרי כי המערערים גרמו להפסד במעשיהם או במחדליהם. הרי תמיד ניתן לטעון כי מעשי הנישומה הם שמובילים להפסדיה. נראה כי נכון למקם את "האשם התורם" במקרה זה כחלק משיקולי תקנת הציבור ומניעת תמריץ לעסוק בפעילות לא רצויה מבחינה חברתית. בהמשך המאמר, שיקולי בית המשפט בדבר תקנת הציבור ייבחנו במסגרת הניתוח הכלכלי של הסדר קיזוז ההפסדים, ותמרוץ פעילות מסוימת באמצעות מתן אפשרות לקזז הפסדים.

16. בית המשפט מצטט את טיוטת מאמרו של י' אדרעי "על הכנסה גולמית ועל הכנסה חייבת: על ההבחנה בין אי-חבות במס לבין ניכוי הוצאות"; כן ראו גם את י' אדרעי, אירועי מס - עלייתם (ואיבונם?) של דיני המס בישראל (תשס"ז), עמ' 196-191 (להלן: "אירועי מס").

17. פרשת הירשזון, לעיל ה"ש 2, פסקה ק"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

18. שם.

19. שם, פסקה קכ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

20. שם, פסקה ק"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

21. שם, פסקה ק"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

22. שם, פסקה קי"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

23. שם, שם.

השיקולים שמציג בית המשפט בפרשת הירשזון אינם תקדימיים. הן הפסיקה²⁴ והן הספרות²⁵ הכירו בעבר בקידום יושר והגינות וביעילות כלכלית כתכליות שבבסיס הסדר קיזוז ההפסדים שבסעיף 28 לפקודה. החלקים הבאים של המאמר ידונו בשאלות היושר (במסגרת הניתוח חוקתי) ובשאלות של יעילות כלכלית.

חלק שני - ניתוח חוקתי של קיזוז ההפסדים לאחור

היושר האופקי והיושר האנכי הם חלק מדרישת ההגינות של המס. דרישת ההגינות הייתה מאז ומעולם אחת מהדרישות המסורתיות של "מס טוב".²⁶ היושר האופקי מחייב כי נישומות בעלות הכנסה זהה יישאו בנטל מס זהה, בעוד היושר האנכי מחייב כי נישומות בעלות הכנסה שונה יישאו בנטל מס שונה. כיום, מלומדים רבים רואים את המושג 'יושר אופקי' כמושג ריק מתוכן.²⁷ על פי גישה זו, שיקולי היושר האנכי מכילים בתוכם ממילא את שיקולי היושר האופקי. כלומר, לא ייתכן יושר אנכי שלא מקיים יושר אופקי, ולכן אין מקום לדון בשאלת היושר האופקי בנפרד. השאלה המרכזית במדיניות המס, אם כך, נהפכת להיות האם קיימת הצדקה ליחס השונה כלפי נישומות שונות. כלומר, מרכז הכובד של הניתוח הוא בשאלה החלוקתית הנובעת מהיושר האנכי.

קצרה כאן היריעה מלדון ברלוונטיות המונח 'יושר אופקי'.²⁸ אציין רק כי הניתוח להלן מציע להתייחס למונחים יושר אופקי ויושר אנכי במושגים השייכים לעולם התוכן החוקתי, ולא המיסוי. ככאלו, מטרתם להבטיח ערכים חוקתיים מוגנים, ובפרט, כפי שיוסבר להלן, את הזכות לשוויון ואת זכות הקניין. בכך, ייתכן כי ניתן לצקת תוכן חדש למונחים יושר אופקי ויושר אנכי. יושר אופקי, בגישה זו, אינו רק דרישה לשוויון בנטל הכלכלי של המס המוטל על נישומות בעלות הכנסה זהה, אלא דרישה לשוויון במובן הרחב יותר. יושר אופקי הוא יחס שווה לנישומות שוות. ניתן להרחיב דרישה זו כך שתכלול, למשל, גם שוויון במובן הפורמלי של הליך הטלת וקביעת חבות המס של כל נישומה. מאמר זה לא ירחיב על המובן החדש המוצע ליושר האופקי, אלא יציג רק את הניתוח החוקתי ביחס ליושר האופקי בהקשר לקיזוז לאחור.

24. ראו ע"א 2895/95 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' חברת מודול בטון השקעות בתעשייה, "מיסים" כד/2 (אפריל 2010) ה-118, שם, בפסקה 15, מתייחס בית המשפט העליון לשיקולים אלו ומוסיף עליהם מספר שיקולים נוספים - שיקול המיצוע (מיצוע ההכנסה על פני מספר שנים באופן המונע את התוצאות השליליות הכרוכות במיסוי פרוגרסיבי על בסיס שנת מס יחידה), שיקול ההזדויות ושיקול מניעת פירוק חברות. לטעמנו, גם את השיקולים הנוספים האלו שצוינו שם ניתן לסווג כשיקולי צדק ויושר או שיקולים כלכליים.

25. אירוועי מס, לעיל ה"ש 16, עמ' 194; דוד גליקסברג "דיני קיזוז ההפסדים השוטפים וכוונת המחוקק" משפטים כ"א 531 (תשנ"ב), 539; אמנון רפאל, **מס הכנסה**, כרך א', 753 (מהדורה רביעית, בהשתתפות שלומי לור, שנת 2010).

26. Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* 825 (R.H. Campbell & A.S. Skinner eds., Liberty Classics, 1981) (1776) (Book V, Ch. II, Part II).

27. Louis Kaplow, "Horizontal Equity: Measures in Search of a Principal", 42 *National Tax J.* 139 (1989).

28. לסיכום קצר של הדיון בנושא, ראו: McDaniel, Paul R., and James R. Repetti. "Horizontal and vertical equity: the Musgrave/Kaplow exchange." *Fla. Tax Rev.* 1 (1992): 607.

פרק I - הניתוח החוקתי הוא הניתוח הראוי לשאלות של יושר אופקי ויושר אנכי

הגשמת היושר האופקי והאנכי נחשבה, באופן מסורתי, כאחת ממטרות מערכת המס. ניתוח של הפרות דרישות ההגיונות נעשה מאז ומעולם בדלת אמותיו של עולם המס. כך גם בית המשפט בפרשת **הירשזון** מסתפק בקביעה כי הגבלת הקיזוז לאחור תפגע ביושר האופקי וביושר האנכי בכדי לבסס את פרשנותו החדשה לסעיף 28. בית המשפט אינו מבצע ניתוח חוקתי, אלא מסתפק בקביעה כי מניעת הקיזוז לאחור פוגעת בזכות לקניין ובזכות לשוויון.

הפסיקה טרם דנה באופן מהותי בקשר שבין עקרונות היושר האופקי והיושר האנכי, השגורים בשיח המימון הציבורי ומדיניות המס, לבין הערכים החוקתיים המסורתיים. בבג"צ **קניאל**²⁹ ניתח בית המשפט את הפרת עקרונות היושר שנטענה על ידי העותר כהפליה אסורה הפוגעת בזכות השוויון. למרות שבית המשפט נמנע מהכרעה בשאלה, האם זכות חוקתית הופרה באותו מקרה (לאור העובדה שהחוק עמד בתנאי פסקת ההגבלה), יש הרואים בבג"צ **קניאל** כקובע עמדה עקרונית לפיה דרישות היושר האופקי והאנכי הן חלק מהסטנדרטיים החוקתיים בישראל.³⁰

קיים יתרון ברור לבחינת סוגיות של יושר אופקי ויושר אנכי דרך האספקלריה החוקתית. הדין החוקתי מותאם מטיבו לאיזון זכויות הפרט מול האינטרסים הכלליים של הציבור; הוא מצוי בתוך שבין האזרחים לבין המדינה ועוסק ביחסים שביניהם. עקרונות היושר האופקי והאנכי עוסקים בשאלה, האם המדינה לקחה מן הנישומה הבודדת יותר מכפי חלקה. סוגיית היושר היא במהותה סוגיה חוקתית. כידוע, "**לחוקי המס אין משפט חוקתי משלהם. המשפט החוקתי החל על כלל החקיקה חל גם על חקיקת המיסים**".³¹ משכך, קשה למצוא צידוק לניתוח שאלות של הפליה דווקא באמצעות כלים של דרישות היושר המסורתיות של דיני המס, ולא באמצעות כלים חוקתיים.

על פי רוב, היושר האופקי והיושר האנכי הם כשני צידי מטבע יחיד - שני העקרונות הם ביטוי ספציפי לערך השוויון הכללי. עם זאת, דומני כי בחינה מעמיקה של הדברים תעלה כי מדובר בשני עקרונות נפרדים, אשר כל אחד נועד להגן על ערך חוקתי אחר.

היושר האופקי הוא הביטוי הברור של ערך השוויון. הטלת נטל מס שונה על שתי נישומות בעלות אותה יכולת לשלם מס היא בבירור הפליה של האחת על חשבון האחרת, אם אין כל הצדקה או שוני רלוונטי בין הנישומות. היושר האנכי נתפס כחלק מדרישת השוויון, בעיקר עקב ההצדקות המסורתיות לפרוגרסיביות מערכת המס. ראשית, תיאוריית ההנאה קובעת כי מאחר שבעלי הכנסות גבוהות מפיקים הנאה גבוהה יותר מהגנת המדינה, עליהם לשאת בנטל מס גבוה יותר; ושנית, תיאוריית ההקרבה השווה קובעת כי מאחר שלכסף יש תועלת שולית פוחתת, נטל המס יהיה שווה באופן מהותי רק אם יוטל נטל מס גדול יותר על בעלות ההכנסות הגבוהות יותר. לפי הצדקות מסורתיות אלו, שוויון מהותי ייתכן רק אם יתקיים יושר אנכי.

29. בג"ץ 9333/03 פרופ' שמואל קניאל נ' ממשלת ישראל, "מיסים" יט/3 (יוני 2005) ה-76 (להלן: "**פרשת קניאל**").

30. אירוועי מס, לעיל ה"ש 16, עמ' 31; רפעתא עזאם, "פרשנות דיני המיסים: מס-אמת וזכויות האדם בפסיקת בית-המשפט העליון", **משפט ועסקים** יח, 401, תשע"ה (דצמבר 2014).

31. פרשת **קניאל**, לעיל ה"ש 29, פסי' 13.

הצדקות מסורתיות אלו נחשבות כיום כלא רלוונטיות. בפועל, אין כל אפשרות לאמוד את ההנאה של כל נישומה משירותי המדינה או את ההקרבה הסובייקטיבית של כל נישומה.³² לאור זאת, קשה למצוא הצדקה ליושר האנכי בערך השוויון המסורתי. דווקא הבחירה להטיל מס שונה על נישומות שונות עלולה להיתפס כהפרה של דרישת השוויון לנהוג בכלל אזרחי המדינה באותו האופן.

הבסיס התיאורטי המצדיק את היושר האנכי כיום הוא עקרון היכולת לשלם,³³ קרי - ראוי שנישומה בעלת יכולת גבוהה יותר לשלם מס, תישא בנטל מס גבוה יותר. לפי גישה זו, היכולת השונה לשאת בנטל המס היא הבחנה רלוונטית בין הנישומים, המצדיקה את נטלי המס השונים. ניתן לחלוק על קביעה זו. לכאורה, ניתן לתאר מערכת מס פרוגרסיבית שמטילה נטל מס שאינו 'הוגן', בכך שנישומות מסוימות משלמות יותר מכפי הנאתן מההוצאה הציבורית אך בהתאם ליכולתן לשלם עבור ההוצאה הציבורית. האם אין להגיד כי בדרך זו מערכת המס הפרוגרסיבית דווקא מפלה נגד עשירות? עקרון היושר האנכי אינו נפגע, אך עקרון השוויון עלול להיות מופר.

התשובה לשאלה, האם ראוי להטיל נטל מס מוגבר על נישומות בעלות יכולת לשלם, בהכרח תהא מבוססת על עולם הערכים האישי של העונה. הטענה כי היושר האנכי מחייב פרוגרסיביות היא טענה ערכית. זוהי בסך הכל החלטה אפשרית, אך אינה הכרחית.³⁴ אין ספק כי המחוקק הישראלי אימץ את עקרון הפרוגרסיביות, ובכך יצק תוכן ערכי ספציפי לתוך דרישת היושר האנכי. אך בין החלטה ערכית זו לבין השוויון אין ולו דבר. הפרוגרסיביות היא החלטה ערכית ליטול יותר מנישומים מסוימים בשביל להגשים ערכים חברתיים בסיסיים אחרים - צדק חלוקתי, ויש אף שיגידו דמוקרטיה מהותית.³⁵ מבחינה זו, היושר האנכי לא יכול להיחשב כחלק מערך השוויון החוקתי - תכליתו היא הטלת נטל שונה על כל נישומה. לטעמי, עקרון היושר האנכי מתכתב דווקא עם זכות הקניין.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אין פוגעים בקניינו של אדם.³⁶ אין חולק כי הטלת מס עלולה, לפחות במקרים מסוימים, לפגוע בזכות הקניין.³⁷ עם זאת, קיימת מחלוקת בין המלומדים לגבי השאלה האם כל מס מבטא פגיעה בזכות הקניין.

32. על דחיית עקרון ההנאה, ראו י' אדרעי "בסיס מס כולל לישראל" **משפטים** י"ב 431 (תשמ"ג), 434; על דחיית עקרון ההקרבה השווה, ראו אבי נוב "עקרונות הצדק במערכת המס ויישומם במיסוי בינלאומי" **מיסים** טז/א-76 (דצמבר 2002), ה"ש 50 במאמר (להלן: "עקרונות הצדק במערכת המס").

33. ראו עקרונות הצדק במערכת המס, לעיל ה"ש 32, עמ' 85.

34. כך למשל, הפילוסוף רוברט נוזיק התנגד מטעמים מוסריים לשימוש במערכת המס לשם חלוקה מחדש של עושר בחברה. לסיכום גישתו של רוברט נוזיק, ראו:

Marjorie E. Kornhauser, Equality, Liberty and a Fair Income Tax, 23 **Fordham Urb. L.J.** 607, 621 (1996).

35. לעמדה כי לא ייתכנו זכויות פוליטיות במובן המהותי ללא הגנה כלכלית בסיסית על כלל אזרחי המדינה, ראו יואב דותן "המעמד המשפטי של זכות הקניין" **משפטים** כ"ח 535 (תשנ"ז), 546.

36. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

37. ראו למשל, ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995), 431 (להלן: "פרשת בנק המזרחי"); פרשת **קניאל**, לעיל ה"ש 29, פס" 16.

עמדתו של פרופ' יורן הייתה כי "עצם הטלת מס פוגעת בקניינו של אדם".³⁸ לגישה זו שותף גם פרופ' הדרי.³⁹ לעומתם, פרופ' אדרעי סבור כי "מס טוב" אינו פוגע בזכות הקניין, אלא מבטא רק את ההשתתפות של הנישום באמנה החברתית.⁴⁰ כך, גם פרופ' אייל גרוס נקט בעמדה דומה ולגישתו, לזכות הקניין יש בעיקר משמעות חלוקתית, במובן שהיא נועדה להבטיח קיום בכבוד לכל אדם, וזכות אישיותית במובן שהקניין מבטא את אישיותו של אדם.⁴¹ הפסיקה טרם הכריעה בין הגישות השונות ועדיין לא ברור אם יש לראות בכל מס פגיעה בזכות הקניין.⁴²

כשלעצמי, אני תומך בעמדה שלא כל הטלת מס היא פגיעה בקניין. השאלה העיקרית בהקשר זה, לטעמי, היא האם לנישומה יש מלכתחילה זכות במלוא ההכנסה, עוד טרם הפקתה, ולכן כל מס מהווה צמצום של זכות הקניין, או שמא המס הוא שמגדיר מלכתחילה את היקף זכות הקניין בהכנסה העתידית, ולכן הוא אינו יכול לפגוע ברגיל בזכות הקניין. כלומר, האם המס הוא הסדר ראשוני - הקובע את היקף זכות הקניין, או הסדר שניוני - המצמצם או מרחיב את היקף זכות הקניין לאחר שכבר נקבעה.

הקניין הוא יציר המשפט. הקביעה כי הבעלות על קניין היא פרטית היא החלטה חברתית-פוליטית שאין לה כל משמעות ללא הגנה משפטית. רכוש שאינו מוגן על ידי המשפט הוא הפקר לציבור; ההסדר המשפטי הוא שקובע את הבעלות על הרכוש, ולא ניתן לתאר קניין שיש בו תכונה מולדת כלשהי המשייכת אותו דווקא לאדם ספציפי מסוים. החוק עצמו לא מקנה רק את ההגנה לקניין, אלא גם קובע למי שייך הקניין - הגנת החוק מגדירה את גבולות הקניין הפרטי של כל אחד ואחת. כך למשל, נישומה אשר מתאגדת עם אחרות במסגרת משפטית מסוימת קובעת בכך את היקף ההכנסה לה היא תהא זכאית מעבודתה. ברי כי לא ניתן להגיד כי המסגרת בה בחרה הנישומה להתאגד מצמצמת את היקף הקניין שלה בהכנסה, אלא מדובר בהסדר ראשוני שמגדיר מלכתחילה את היקף הכנסתה. ההכנסה אינה 'צבועה' מראש כשייכת לעובדת וההסדר המשפטי הרלוונטי הוא זה שמסווגה דווקא לעובדת המסוימת. מנגד, נישומה אשר כבר הפיקה הכנסה וקיבלה לידה רכוש, עשויה להעביר את קניינה לאחרת, בעסקה אשר תהווה בבירור הסדר שניוני המשנה את היקף הקניין שבידיה.

בניגוד להלאמה או להפקעה, שם הקניין נלקח מהפרט לאחר שהמשפט כבר ייעד את הקניין לבעלות פרטית מסוימת, המס נקבע עוד בטרם הופקה ההכנסה בפועל. בכך המס דומה להסדר ראשוני המחלק מלכתחילה את הבעלות על הקניין בין הפרט לבין החברה כולה.

38. אהרן יורן "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג 55 (1994), 61.
39. יצחק הדרי "נורמת המידתיות ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי המס" הפרקליט מו 11 (תשס"ב), 13.
40. יוסף מי אדרעי "מכשולים קונסטיטוציוניים וערכיים בהטלת מס על רווחי הון בבורסה" "מיסים" ח 6/א-34 - א-35; יוסף מי אדרעי "זכות הקניין החוקתית" משפטים כח 461 (תשנ"ז), 527.
41. אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא, 405 (1998), 410-412 (להלן: "גרוס, זכות הקניין").
42. ראו בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2006); בג"ץ 6304/09 לה"ב - לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.2010); בג"ץ 3734/11 חיים דודיאן נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, ניתן ביום 15.8.2012) (להלן: "פרשת דודיאן").

עוד לפני שהופקה ההכנסה, המדינה מציעה לנישומה שותפות. ההצעה היא כי הנישומה תפיק הכנסה שתחולק בין שני השותפים, ובתמורה המדינה תספק הגנה משפטית לחלקה של הנישומה ברווח. שותפות זו היא יקרת ערך לשני הצדדים. במדינות בהן המשטר רעוע ואינו מסוגל לאכוף הגנה מינימלית על הקניין, הנישומה לא תוכל להפיק כל הכנסה מאחר שתמיד קיים איום כי גורם פרטי אחר, חזק יותר, ייטול שלא בצדק את הכנסתה ממנה. המס דומה באופיו להסדר ראשוני בכך שהנישומה אינה מאבדת זכות קיימת בקניין, אלא בוחרת האם - בתנאים המוצעים על ידי המדינה - משתלם לה להפיק את ההכנסה. אמנם, מחקרים מראים כי שינויים בהסדרי המס משפיעים על היצע העבודה של הנישומות.⁴³ אופיו זה של המיסוי מצדיק התייחסות אליו כהסדר ראשוני - החלטה האם להיכנס לשותפות, ולא כהסדר שניוני - העברה של הקניין לאחר שכבר קמה בו זכות.

קביעת מס על הכנסה עתידית היא למעשה חלוקה בין הפרט ובין החברה של הרכוש שעוד עתיד להיווצר. זהו ההסדר המשפטי הראשוני המגדיר מהו הקניין הפרטי, ומייעד ליחיד את אשר שלו ולחברה את אשר שלה. על רקע זה ניתן להבין את הרתיעה המסוימת של הפסיקה מהקביעה כי מס פוגע בקניין הפרטי. אכן, בתי המשפט אימצו עמדה עקרונית לפיה "טענה חוקתית נגד חוק מס המבוססת אך ורק על פגיעה בזכות הקניין, יכולה להתקבל רק במקרים חריגים ביותר".⁴⁴ עמדה זו היא סבירה, בהתחשב באופיו של המס כהסדר ראשוני המחלק את זכות הקניין על ההכנסה, ולא כהסדר שניוני הנוטל זכות קניין קיימת.

אם כך, אימתי כן יש לראות את המס כפוגע בזכות הקניין? דומני כי עקרון היושר האנכי עשוי לספק תשובה לשאלה זו, ואבהיר את הדברים. כל קביעה בנוגע להיקף ההגנה על הקניין הפרטי בהכרח מבטאת גם קביעה בדבר היעדר הגנה עבור הפרט בנוגע לקניין הציבורי. כלומר, הקניין הפרטי מגדיר את הקניין הציבורי, ולהיפך. בכך, הזכות החוקתית להגנה על הקניין היא זכות בעלת שתי פנים - מחד, הזכות מבטיחה הגנה של קניין היחיד, ומאידך, ההיקף שיגדיר המשפט לזכות הקניין מבטא ערכים של צדק חלוקתי והעברת עושר מידי היחיד לידי הציבור. מאחר שהצדק החלוקתי בישראל מבוסס על היושר האנכי, הרי שהיושר האנכי מסמן את גבולות הקניין הציבורי, וכך גם את גבולות הקניין הפרטי.

בכדי להעריך את היקף ההגנה על הקניין הפרטי, יש להבין את נטל המס העולה מיישום היושר האנכי. כאמור, הצידוק התיאורטי ליושר האנכי הוא עקרון היכולת לשלם. שמירה על עקרון היכולת לשלם מבטיחה למעשה שההשתתפות בהוצאה הציבורית תהיה רק מתוך הקניין הציבורי, ולא מתוך הקניין הפרטי. כאשר נטל המס הוא גבוה מהיכולת לשלם, הרי שמדובר במס שבהכרח ישולם מתוך הקניין הפרטי. הגדרת המונח 'היכולת לשלם' היא שלב הכרחי בהגדרת הקניין הפרטי. בניגוד לניסיון להגדיר את הקניין הפרטי בנפרד, כמונח עצמאי, הרי שהגדרה עקיפה, באמצעות עקרון היכולת לשלם, מבהירה את הקשר ההכרחי בין הקניין הפרטי לקניין הציבורי ומדגישה את האחראיות של כל פרט לתרום לחברה, לצד אחריות החברה להבטיח את קיומו של כל פרט בה.

43. Jerry A. Hausman, *Taxes and Labor Supply*, in *Handbook of Public Economics* 213 (2002), 240- 241; .Louis Kaplow, *The Theory of Taxation and Public Economics* (2008), p. 82

44. פרשת דודיאן, לעיל ה"ש 42, פס' 30.

דומני כי מדובר בהתייחסות שלמה יותר ובהסתכלות מדויקת יותר על מהותה של מערכת המס.

אין ספק כי עקרון היכולת לשלם מחייב כי, לכל הפחות, הנישומה תהיה מסוגלת לשלם את חבות המס מתוך ההכנסה. לגישתי, פרשנות ראויה ליכולת לשלם היא אף מרחיבה יותר ועל פיה, לנישומה יש יכולת לשלם את המס רק אם לאחר ניכוי המס מן ההכנסה עדיין ייוותר בידיה רכוש המאפשר לה קיום בסיסי בכבוד.⁴⁵ דומני כי זו המסקנה המתבקשת לאור ההגנה החוקתית על כבוד האדם. אודה כי קיים קושי מהותי בהגדרה זו, בכך שהיא לא מאפשרת כלל ברור המבהיר מתי הקניין הפרטי נפגע. 'קיום בסיסי בכבוד' הוא מושג ערכי שתלוי בתפיסה הרצויה של היקף אחריות הממשלה והחברה לקיומו של היחיד. עם זאת, דומני כי בכל זאת מדובר במונח פחות אמורפי ממושג הקניין הפרטי. אחד מהקשיים בהגדרת הקניין הפרטי היה מאז ומתמיד הסכנה כי בתי המשפט ייאלצו להפוך עצמם למפקחים על המדיניות הכלכלית במשק.⁴⁶ היתרון בקביעה כי הקניין הפרטי הוא אותו קניין מינימלי המאפשר קיום בכבוד לאחר הטלת המס, הוא בכך שבתי המשפט יוכלו להיעזר בהגדרות המחוקק בקלות יחסית.

לדוגמה, הפקודה מעניקה 2.25 נקודות זיכוי לכל יחיד תושב ישראל.⁴⁷ נקודות זיכוי אלו קובעות את רף המס המינימלי שעל יחיד תושב ישראל לשלם, כלומר - הן קובעות את ההכנסה שבגינה לא ישולם כלל מס.⁴⁸ ניתן לטעון כי עבור יחיד תושב ישראל, הסכום השנתי הפטור מהוה מינימום הכרחי לשם קיום לכבוד. עבור נישומות אחרות, הסכום המינימלי הדרוש לקיום בכבוד עשוי להיות אף גבוה יותר. לדוגמה, נישומה הזכאית לנקודות זיכוי כאם חד-הורית⁴⁹ תוכל לטעון כי הזיכוי הנוסף מבטא את הסכום הנוסף הדרוש לה לשם קיום בכבוד, לאור קיומן של הוצאות פרטיות נוספות. מאידך, ניתן לטעון, לדוגמה, כי נקודות זיכוי הניתנות עקב סיום תואר אקדמי⁵⁰ הן תמריץ מיסויי ללימודים אקדמאים ולא ביטוי לרף מינימלי של קניין הדרוש לשם קיום בכבוד.⁵¹

-
45. זוהי, כאמור, גם הגישה המבוטאת בגרוס, הזכות לקניין, לעיל ה"ש 41.
46. כך למשל, בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 37, כתב הנשיא שמגר בפסקה 69 לפסק דינו כי: "יישום סמכויותיו של בית-המשפט מן הראוי שיעשה תוך שמירת האיזון בין עקרון הפרדת הרשויות מחד גיסא, לבין חובתו של בית-המשפט לפקח על החוקתיות, מאידך גיסא... מחד גיסא, דרושה זהירות כדי לא לשתק גלגלי הכלכלה ומאידך גיסא דרושה פתיחות לשוועת הפרט הנפגע... הלזו של הביקורת השיפוטית בעניני קניין, טמון בזכויות האדם ולא בעיצוב מחדש של המדיניות הכלכלית... אין מגמתה של החקיקה החוקתית בתחום הקניין לכך שבית-המשפט יהפוך לרביזור העליון של סדרי הכלכלה והמשק ויבחן תבונתה של מדיניות כלכלית. אין כוונה לכך שבמסגרת הפיקוח החוקתי בית-המשפט יארגן מחדש את ההסדרים הכלכליים, בצורה הנראית לו צודקת יותר או נבונה יותר".
47. סעיפים 34 ו-35 לפקודה.
48. נכון לשנת המס 2015, ערכה של נקודת זיכוי אחת לפי סעיף 33 לפקודה הוא 218 ש"ח בחודש. משמעות הדבר היא כי 2.25 נקודות זיכוי מבטיחות כי הכנסה חודשית של 4,905 ש"ח לפחות תהא פטורה ממס, זאת בהנחה כי מדובר בהכנסה מיגיעה אישית.
49. סעיף 40 לפקודה.
50. סעיף 40 לפקודה.
51. למעשה, הבחנה זו דומה להבחנה המסורתית בין הוצאות מס (Tax Expenditure), הלא היא הוראת פטור המהווה הטבת מס מקבילה לסובסידיה, לבין מבנה המס הנורמטיבי, הלא היא הוראה המגדירה את ההכנסה החייבת מבלי שהיא מהווה הטבת מס. ראו:
- S. Surrey & P. McDaniel, **Tax Expenditures** (1985).

על פי גישה זו, שינוי בשיעור המס לא יוכל להיחשב ברגיל כפגיעה בקניין, שכן המבנה המדורג של מס ההכנסה מבטיח כי שינוי בשיעור המס לא יגזול מן הנישומה את הסכום המינימלי הדרוש לה לשם קיום בכבוד.⁵² מנגד, שלילת ניכוי הוצאה עלולה, במקרים מסוימים, להיחשב כפגיעה בקניין. כאשר ההוצאה גדולה מסך ההכנסה, הרי ששלילת הניכוי תוביל לכך שהמס המוטל יהיה גבוה מסך ההכנסה (כלומר, הנישומה מפסידה אך נאלצת לשלם מס).

בשלב זה, ניתן לראות כי אפשר שהוראת חוק מסוימת תפגע בזכות לשוויון אך לא בזכות לקניין. אילו העלאת שיעור המס החל על הכנסה מסוימת מ-30% ל-35% אינה פוגעת בעקרון היכולת לשלם, הרי שהעלאה זו תוכל לפגוע רק בשוויון אך לא בקניין. במילים אחרות, ובשימוש בטרמינולוגיה החוקתית הייחודית לעולם המס, היושר האופקי מופר, מאחר שנטל המס מוגדל רק לגבי נישומות מסוימות, אך היושר האנכי נשמר מאחר שלא ניתן להגיד בהכרח שנישומות אלו נדרשות כעת לשאת בנטל ההוצאה הציבורית מעבר ליכולתן. אכן, הטלת שיעור מס מוגבר או מופחת על הכנסה מסוימת מנותחת לרוב, באופן אינטואיטיבי, כפגיעה בזכות לשוויון ולא כפגיעה בזכות לקניין.⁵³

לעומת זאת, נניח כי המחוקק הישראלי מחליט להטיל מס גולגולת על כלל הנישומות.⁵⁴ הוראה זו יכולה לפגוע בקניין, אך לא בשוויון. במינוח הייחודי של עולם המס - מס שכזה יפר את עקרון היושר האנכי, אך לא יגרע מהיושר האופקי. מאחר שכל נישומה תשלם את אותו המס, הרי שאף אחת לא תוכל לטעון כי היא משלמת יותר מאשר נישומה אחרת בעלת אותה הכנסה, קרי - היושר האופקי הוגשם. עם זאת, נישומה תוכל בוודאי לטעון שהיא נושאת באותו נטל מס כמו אחרת בעלת הכנסה גבוהה יותר, קרי - היושר האנכי מופר. אכן, גם מבחינה חוקתית ניתן לראות בקלות, כי מס גולגולת שכזה אינו מאיים כלל על עקרון השוויון, אך הוא מהווה איום על הקניין הפרטי. מס גולגולת עלול להטיל על הנישומה נטל הגבוה מיכולתה לשלם, אולי אף גבוה מכלל הכנסתה, ולכן עשוי לפגוע בקניינה הפרטי.

גישה זו אינה חפה מקשיים. ראשית, צפויה התדיינות משפטית נרחבת אודות תכלית נקודות הזיכוי הקבועות בפקודה - האם הן נועדו להגן על הכנסה מינימלית הדרושה לשם קיום בכבוד או שמא מדובר בהטבות מס. עם זאת, זוהי סוגיה פשוטה יחסית לביורור ואין ספק כי קל יותר לקבוע את תכלית הוראת מס המעניקה נקודת זיכוי, מאשר לקבוע את היקף ההגנה על הקניין הפרטי - אתגר שעד היום נראה שבית המשפט לא צלח ואף נמנע מלהתמודד איתו ישירות.

שנית, יהיו אלו שיטענו כי ההתבססות על רף המס שנקבע בפקודה מניח את המבוקש במידה מסוימת - כי הוראות הפקודה הן חוקתיות.

52. אסייג את הדברים - אילו המחוקק יקבע, למשל, שיעור מס של 100% על הכנסה מסוימת, או קרוב לכך, קשה שלא לראות בכך מס מוגזם המהווה פגיעה בקניין פרטי.

53. ראו פרשת קניאל, לעיל ה"ש 29; ע"א 900/01 רון קלס נ' פקיד שומה ת"א 4, "מיסים" יז/ה-96 (יוני 2003) (להלן: "פרשת קלס").

54. גם אגרות מסוימות המוטלות על כל הציבור או מיסים לא ישירים בשיעור מס אחיד יכולים להתאים לדוגמה זו.

אילו הפקודה עצמה קובעת מהו הקניין הפרטי, ולא עקרונות חוקתיים חיצוניים, הרי שהמחוקק יוכל פשוט להפחית את נקודות הזיכוי (בין אם על ידי הפחתה בפועל ובין אם בדרך של אי-עדכון סכום נקודת זיכוי המוביל לשחיקת ההגנה), ובכך להפחית את היקף ההגנה החוקתית על הקניין הפרטי. ביקורת זו היא מוצדקת. עם זאת, טענתי אינה כי בתי המשפט יהיו כבולים בהכרח לרף המס הקיים במועד הדיון בעתירה מסוימת; איני רואה כל מניעה שבית המשפט ידון בטענה כי הפחתת רף המס מהווה פגיעה בקניין הפרטי, או אפילו בטענה כי על המחוקק לקבוע שווי גבוה יותר לכל נקודות זיכוי בכדי להגן על הזכות לקניין. ההסתמכות על מנגנון רף המס, ונקודות הזיכוי הקובעות את רף המס, לא נועד לצמצם את ההגנה על הקניין. התכלית היא כפולה: ראשית, להעניק לנישומה שמערת על חוקיות הוראה מסוימת נקודת אחיזה מינימלית בחוק, שתקל עליה להוכיח את הפגיעה בקניינה במצבים מסוימים; ושנית, להדגיש כי חקיקת מס מסוג מסוים - כגון העלאת שיעורי המס - אינה מהווה ברגיל פגיעה בקניין, מבלי שקיימות נסיבות נוספות. למעשה, על ידי שימוש ברף המס, יוכלו בתי המשפט למצוא ביטוי גשמי יותר לעקרון הקניין המופשט בדמות הוראת חוק ספציפית שניתן לפרשה ולנתח בפשטות יחסית, אך אין משמעות הדבר כי העיקרון המופשט הוחלף על ידי הביטוי הגשמי שלו. רף המס הוא עוגן, כלי עזר, לאיתור פגיעה חוקתית. רף המס אינו הוראה חוקתית בפני עצמו.

הקושי השלישי שניתן לזהות הוא היעדר התייחסות ברורה לתאגידים במודל המתבסס על נקודות זיכוי הניתנות ליחיד. מניעת מס מוגזם על התאגיד מהווה הגנה על קניין בעלות המניות. מאחר שלתאגיד אין רף מינימלי של קיום בכבוד, קיים קושי מסוים בזיהוי המס המוגזם המהווה פגיעה בקניינו של התאגיד. אין ספק, לדוגמה, כי הטלת מס הגבוה מסך הכנסת התאגיד תהווה פגיעה בקניין התאגיד, וכך בקניין של בעלות המניות. נראה לי כי אילו נטל מס החברות והמס על חלוקת דיבידנד במשולב יוביל לכך שהכנסתה של בעלת המניות מהתאגיד תהא נמוכה מרף הקניין המינימלי לפי המודל המוצע, ניתן יהיה לראות את מס החברות כפוגע בקניין הפרטי.

לסיכום הדברים עד כה, את חוקי המס יש לפרש באמצעות הכלים החוקתיים הרגילים, שכן אין להם משפט חוקתי משלהם. עקרונות היושר האופקי והיושר האנכי הם ביטוי מיסוי ספציפי של ערכים חוקתיים מוגנים - הזכות לשוויון והזכות לקניין, בהתאמה. הטלת נטל מס שונה על נישומות בעלות הכנסה זהה צריכה להיות מטופלת כהפרה אפשרית של הזכות לשוויון; הטלת נטל מס בסטייה מעקרון היכולת לשלם של הנישומה צריכה להיות מטופלת כהפרה אפשרית של הזכות לקניין.

נאמנים לאופן הניתוח המוצע לעיל, נתפנה כעת לניתוח שאלת הקיזוז לאחור בראי חוקתיות סעיף 28 - האם הגבלת הקיזוז לאחור מהווה פגיעה בזכות חוקתית. מעבר לעובדה שהכפפת חקיקת המס לחוקי היסוד מאפשרת פסילת חוק שאינו עומד בבחינה החוקתית, הרי שלדרישת החוקתיות יש גם, ואולי אף בעיקר, חשיבות עצומה בפרשנות החקיקה. הפסיקה קבעה זה מכבר כי הוראות החוקים הקודמים לחוקי היסוד ייקראו לאורם של חוקי היסוד.⁵⁵ חזקת החוקתיות של מעשה החקיקה מחייבת כי **"מבין שני פירושים אפשריים יש לבחור באתו פירוש המתיישב עם החוקה"**.⁵⁶

55. בש"פ 537/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355.
56. בג"צ 4562/93 ח"כ אליעזר זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 807.

היטיב לנסח זאת פרופ' אדרעי באומרו כי "חשיבותם של חוקי היסוד אינה רק בביקורת השיפוטית של בתי המשפט על מעשי ידיו של המחוקק הישראלי, כי אם, ואולי בעיקר, בפרשנותם. הנורמות החוקתיות מאפשרות לאתר את עקרונותיה של השיטה המשפטית המקומית ולשרטט את הקווים המנחים לאיתור התכלית האובייקטיבית גם של חוקי המס".⁵⁷

פרק II - האם מניעת קיזוז הפסדים לאחור היא הפרה של הזכות לשוויון?

כאמור, כאשר חוק המס מוביל לתוצאה כי נטל המס על נישומה מסוימת הוא גבוה מנטל המס על נישומה אחרת, בעלת אותה יכולת לשלם, הרי שמדובר בהוראה העלולה לפגוע בעקרון השוויון. כאשר ההבדל בנטלי המס אינו נובע מהבחנה רלוונטית כלשהי, הפרת עקרון השוויון עלולה לעלות עד כדי הפליה אסורה. אף על פי כן, נראה כי הטענה שאיסור קיזוז הפסד לאחור מהווה פגיעה חוקתית אסורה עלולה להתקבל במספר קשיים.

ראשית, מתעוררת השאלה מהו פרק הזמן הנכון להשוות בין הכנסתן הפוטנציאלית של שתי נישומות תיאורטיות. כאשר שתי הנישומות הרוויחו הכנסה זהה באותה שנת מס, הטלת נטל מס שונה היא פגיעה ברורה בשוויון. במקרה של קיזוז הפסדים לאחור, אי-השוויון נובע מהבדלים בחבות המס על פני תקופה רב-שנתית. כל הוראת מס המייחסת הכנסה או הוצאה לשנת מס מסוימת עלולה להוביל לאי-שוויון בבחינה רב-שנתית. כך למשל, הניחו כי נישומה א' הרוויחה 120,000 ש"ח בשנה 1, ו-120,000 ש"ח בשנה 2. לעומתה, נישומה ב' הרוויחה 240,000 ש"ח בשנה 1 בלבד. מבנה מדרגות המס בישראל יוביל לכך שנטל המס הרב-שנתי על נישומה ב' יהיה גבוה יותר. במידה שמדובר במקרה זה באי-שוויון, הרי שכל ייחוס הכנסה לשנת מס מסוימת יכול להיחשב כהפליה אסורה. בבחינה רב-שנתית, פוטנציאל הפגיעה בשוויון הוא אינסופי. רק בערוב ימיה של נישומה ניתן להסיק האם היא הופלתה ביחס לנישומה פוטנציאלית אחרת עקב ייחוס ההכנסות וההוצאות לשנות מס ספציפיות. מערכת המס, כמערכת שנתית, אינה יכולה להיבחן בכלים רב-שנתיים. בחירה לבחון רק הוראה מסוימת בראייה רב-שנתית, כאשר יתר הכנסת הנישומה נקבעת על בסיס שנתי, תוביל בהכרח למסקנות מעוותות.

שנית, אפילו אם נסכים כי במקרים מסוימים ראוי לבחון הוראה מסוימת בחקיקת המס בראייה רב-שנתית, עדיין לא ברור האם ההפליה במקרה זה מהווה פגיעה בכבוד האדם. גם כאשר קיימת הפליה בין נישומות, אין לראותה תמיד כהפליה אסורה חוקתית. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל זכות עצמאית שכותרתה "שוויון", אלא הוא כולל זכות לכבוד, אשר ממנה נגזרת הזכות לשוויון. על כך כבר אמר השופט זמיר, כי "גם מי שגורס שהזכות לשוויון היא חלק מן הזכות לכבוד, אינו גורס בהכרח שכל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד".⁵⁸

⁵⁷. אירוועי מס, לעיל ה"ש 16, עמ' 27.

⁵⁸. בג"צ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד (ב) 193, 203.

עיקרון זה הוביל את הפסיקה הישראלית למסקנה, כי רק הפליה אשר "פוגעת[ת] באותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי"⁵⁹ מהווה פגיעה אסורה בכבוד האדם. מטבע הדברים, נדיר למצוא מקרה של הפליה שאינה פוגעת בכבודו של אדם. עצם ההעדפה של אחר, ללא כל סיבה רלוונטית, מהווה לרוב פגיעה בכבוד האדם, אך אין זה הכרחי שכבוד האדם ייפגע ממעשה ההפליה.

כאשר דיני המס קובעים נטל מס מוגבר על קטגוריה מסוימת של נישומות, הרי שהכבוד של כל אחת מחברות הקבוצה עלול להיפגע. אילו הפקודה הייתה קובעת, במפורש או במשתמע, כי בני דת, גזע,⁶⁰ מין⁶¹ או מקצוע מסוים⁶² יישאו נטל מס יחסי גדול יותר, הרי שהיה מדובר בפגיעה בכבוד חברות הקבוצה. אפילו הטלת מס פרוגרסיבי או רגרסיבי, שמשמעותו נטל מס יחסי מוגבר על נישומות בעלות או חסרות אמצעים כלכליים, עשוי להתפס לעיתים כפגיעה המכוונת לקטגוריה מסוימת.⁶³ לעומת זאת, קשה לתאר שקיים מאפיין משותף בין הנישומות המבקשות לקזז הפסד לאחור; לא מדובר דווקא בנישומות בעלות אמצעים, או בכאלה המשויכות לקבוצה אתנית או דתית כלשהי, או בנישומות המתגוררות באיזור מסוים. קשה לדמיין כיצד כבודן של נישומות שנמנע מהן קיזוז לאחור יכול להיפגע בנסיבות אלו. נישומה עשויה להתרגז עד מאד על כך שעקב ביש מזל היא ספגה הפסד לאחר רווח, ולא להיפך, אך קשה להאמין כי נישומה כלשהי תחוש כי כבודה נפגע רק משום שאיננה מזלה. ללא כל נסיבות נוספות המעידות על כך שהוראה מסוימת פוגעת דווקא בנישומות מסוג מסוים, קשה לראות פגיעה בשוויון במקרה זה כפגיעה בכבוד האדם.

בפרשת הירשזון נעשה ניסיון, כך ניתן לטעון, למצוא נסיבות נוספות שכאלו. בית המשפט מציין במיוחד את העובדה שהמערערים לא יוכלו לקזז את ההפסד בשנות המס העוקבות, ובפרט המערער אשר כבר פרש בפועל לגמלאות. ייתכן כי בכך מסמן בית המשפט קבוצת נישומות מסוימות - אלו לפני גיל פרישה - כקבוצה שמופליית לרעה עקב ההסדר המונע קיזוז לאחור. ככל שזו כוונת הדברים, אכן ניתן לתאר כי מדובר בפגיעה שעלולה לעלות, במקרים מסוימים, עד כדי פגיעה בכבוד האדם. עם זאת, מדובר, לטעמי, בטיעון דחוק במקצת. קשה להאמין שקבוצת הנישומות שנמנע מהן לקזז הפסד לאחור היא כה הומוגנית שמוצדק לראותה כקטגוריה נפרדת המופליית לרעה. נישומות בכל הגילאים ובכל המעמדות החברתיים סופגות הפסדים, ומניעת הקיזוז לאחור משפיעה על רבות מהן.

-
59. בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סא(1), 619 (פורסם בנבו, 11.5.2006), פסקה 41 לפסק דינו של הנשיא ברק.
60. להפרה של עקרון השוויון עקב מתן הטבת מס לתושביהם של ישובים יהודיים ושליטת אותה הטבה מתושבים של ישובים ערביים הסמוכים להם, ראו: בג"צ 8300/02 גדבאן נאסר נ' ממשלת ישראל, "מיסים" כ/3-ה-51 (יוני 2012).
61. להפרה של עקרון השוויון עקב הוראה הפוגעת בנשים בעיקר, ראו: ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' ורד פרי, "מיסים" כ/3-ה-90 (יוני 2009); פרשת קלס, לעיל ה"ש 53.
62. למרות שטענת הפרת עקרון השוויון לא הועלתה במפורש באותו מקרה, ניתן לטעון כי ע"א 1527/97 אינטרביילדינג חברה לבנין בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, "מיסים" י/ג-ה-73 (אפריל 1999) מציג מקרה של אי-שוויון כלפי בעלי מקצוע מסוים, עקב ההגבלה של ניכוי הוצאות מימון על ידי קבלני בנייה בסעיף 18 לפקודה.
63. להפרה של עקרון השוויון עקב הוראה המטילה נטל מס מוגבר יחסי על הכנסה מעבודה, ראו פרשת קניאל, לעיל ה"ש 29.

בפועל, הפגיעה הנובעת ממניעת קיזוז הפסדים לאחור היא פגיעה רוחבית, אשר משפיעה על כלל הנישומות במשק. פשוט לא מדובר בסוגיה שהיא באופן מובהק עלבון לעקרון השוויון. עם זאת, אכן מדובר בשאלה עובדתית ובית המשפט עשוי להשתכנע כי קיים נזק מיוחד לקבוצה מסוימת, אשר עולה עד כדי פגיעה בכבוד האדם.

פרק III - האם מניעת קיזוז הפסדים לאחור מהווה הפרה של הזכות לקניין?

כאמור, לגישתי, הוראת חוק פוגעת בזכות לקניין כאשר היא מטילה מס המפר את עקרון היכולת לשלם. עקרון היכולת לשלם מחייב במינימום כי הנישומה תהא מסוגלת לשלם את סך המס, כלומר שחבות המס לא תאפס את ההכנסה. ניתן לטעון אף, וזוהי גם עמדתי כאמור, כי הזכות החוקתית לקניין מחייבת כי לאחר תשלום המס ייוותר בידי הנישומה חלק מההכנסה המאפשר קיום מינימלי בכבוד.

איסור קיזוז הפסד לאחור אכן יכול להוות פגיעה ברורה בקניינה של נישומה. נישומה המרוויחה הכנסה בשנה 1, אך מפסידה את מלוא ההכנסה בשנה 2, תיאלץ בהכרח לשלם את המס החל על ההכנסה מקניינה הפרטי אם לא יותר לה לקזז את ההפסד לאחור. במקרה זה, תשלום המס, בהיעדר הכנסה, יחייב את הנישומה לבזבז את קניינה הפרטי במקום להעביר לידי הממשלה את חלקה שלה בהכנסה. בפרשת הירשזון, אכן נראה כי המערערים ספגו הפסד בגובה מלוא ההכנסה החייבת, הפסד אשר ניתן אפילו לשייכו לאותה פעילות ממש. הטענה, כי הטלת מס על ההכנסה מבלי לאפשר קיזוז הפסד לאחור תפגע בזכות הקניין של המערערים, נשמעת סבירה בנסיבות המקרה.

השאלה העיקרית המתעוררת בפרשת הירשזון היא באלו נסיבות אחרות ניתן יהיה לקזז הפסד לאחור. פסק הדין כמעט ולא מספק הנחיה בסוגיה. ככל שקיזוז ההפסד לאחור נועד להגן על זכות הקניין, ייתכן כי גישת בית המשפט היא כי יש להוכיח שהגבלת הקיזוז מובילה לפגיעה בקניין הפרטי, במובן שתואר לעיל, ולא סתם לפגיעה כלכלית כלשהי. לדוגמה, ניח כי נישומה בעלת הכנסה של מיליוני ש"ח בשנות המס הקודמות סופגת הפסד צנוע יחסית בשנת המס הנוכחית. שלילת הקיזוז לאחור של ההפסד לא תפחית במקרה זה באופן משמעותי את יכולתה לשלם את המס, ולכן ניתן לטעון כי אין מדובר בפגיעה אסורה בקניין הפרטי. בדומה, כאשר לנישומה יש אפשרות לקזז את ההפסד בשנות מס עוקבות, ייתכן כי מניעת הקיזוז לא תהווה פגיעה אסורה בקניין הפרטי, מאחר שההפסד יפחית ממילא את חבות המס בעתיד. סך חבות המס לא יהיה גבוה מסך ההכנסה, בראייה רב-שנתית. כך, ניתן להבין את המשקל שמעניק בית המשפט לחוסר היכולת של המערער בפרשת הירשזון לקזז את ההפסד בשנות המס העוקבות.

ככל שזוהי אכן כוונת בית המשפט, דומני כי מדובר בגישה מצמצמת יחסית אשר בצידה מספר קשיים. קיים קושי ממשי לקבוע מתי הופר עקרון היכולת לשלם ונפגע הקניין הפרטי. ברור מפרשת הירשזון כי חוסר יכולת לקזז אף חלק מן ההפסד בשנים העוקבות יהווה פגיעה בקניין שתוביל להתרת קיזוז לאחור. מהו הדין כאשר הנישומה תוכל לקזז רק מחצית מן ההפסד בעתיד? או חמישית מן ההפסד? או עשירית מן ההפסד? פרשנות הדורשת מהנישומה להראות פגיעה ברורה בקניין תוביל להתדיינות משפטית בלתי פוסקת ולבחינת היכולת של הנישומה לשלם את המס בכל מקרה בו היא ספגה הפסד. כלל פרשני מוצלח יותר מבחינה זו יקבע, כי לאור פוטנציאל הפגיעה בקניין ראוי להתיר קיזוז הפסד לאחור, אלא אם רשויות המס יכולות להוכיח כי הקניין הפרטי לא ייפגע לו ייאסר קיזוז ההפסד לאחור.

כלל זה יצמצם התדיינויות משפטיות וימנע מצב שבו קניינן של נישומות נפגע משום שהן לא עמדו על זכויותיהן, מכל סיבה שהיא.

יצוין כי בעבר כבר נרמז בפסיקה כי עצם קיומו של פוטנציאל לפגיעה בזכות יסוד עלול לערער על התוקף של מעשה חקיקה. בבג"צ **המרכז האקדמי**,⁶⁴ הודן בהפרטת בית סוהר, הציעה השופטת פרוקצ'יה כי די בפגיעה פוטנציאלית בכבוד האדם, אפילו מבלי שהוכחה פגיעה קונקרטית, בכדי להצדיק ביטול חקיקה ראשית. גישה זו נדחתה על ידי הנשיאה בייניש,⁶⁵ שלדעתה הצטרפו מרבית שופטי הרוב. אמנם, פגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות אדם אינה מספקת כנראה לביטול חקיקה ראשית, אך ייתכן כי לפחות בפרשנות מעשה חקיקה ראוי לאמץ פרשנות המונעת פגיעה פוטנציאלית בזכות חוקתית.

לסיכום הדברים עד כה, מניעת קיזוז הפסד לאחור עלולה להיחשב הפליה כלפי נישומות שנמנעה מהן הזכות לנצל את הפסדיהן, אך קיים ספק רב לטעמי אם ראוי לראות הפליה זו כפוגעת בכבוד האדם. קשה לראות כיצד פגיעה בשוויון, שאינה מכוונת כלפי קבוצה מוגדרת וברורה של נישומות, יכולה לפגוע בכבוד חברות הקבוצה. לעומת זאת, מניעת קיזוז ההפסד עשויה להיחשב במקרים מסוימים כפגיעה בקניין של הנישומה המפסידה. פגיעה בקניין פרטי צריכה להיבחן על פי הוראות פסקת הגבלה, והיא תותר ככל שיש תכלית ראויה לפגיעה.

בחלק הבא של המאמר אבחן את ההשלכות הכלכליות של מניעת או התרת קיזוז הפסד לאחור. ניתוח כלכלי זה הוא מהותי הן בקביעת התכלית האובייקטיבית של החקיקה, והן בזיהוי תכלית ראויה לפגיעה בקניין הפרטי.

חלק שלישי - ניתוח ההשלכות הכלכליות של הרחבת הזכות לקיזוז הפסדים או צמצומה

ברגיל, נישומה המחפשת אפיק השקעה חדש תקבע כיצד להשקיע את כספה לפי תוחלת הרווח הצפויה לה. מערכת המס מפחיתה את הרווח הצפוי ובכך מעוותת את הליך קבלת ההחלטות הרגיל של הנישומה. כאשר מערכת המס מתעלמת מהפסדים שצברה הנישומה, נוצר תמריץ שלילי נגד נטילת סיכונים - המדינה משתתפת בתשואה על הרווח, אך הנישומה נושאת במלוא הסיכון הכלכלי. קיזוז הפסד משנת מס אחת כנגד הכנסה משנת מס אחרת מאפשר לתקן חלק מהעיוות הטבוע במערכת המס. יובהר, העברת הפסד בין שנות מס אינה מתמרצת נטילת סיכון, אלא מבטלת את העיוות כנגד נטילת סיכונים שמערכת המס יוצרת מלכתחילה. העברת ההפסד לשנת מס אחרת מקדמת יעילות ונייטרליות של מערכת המס. מנגד, כל הגבלה על קיזוז הפסדים (אחורה או קדימה) עלולה למנוע מנישומות לבחור בפעילות כלכלית רצויה חברתית, רק עקב הסיכון הכרוך בה. אבהיר את הדברים באמצעות דוגמה מספרית פשוטה.

64. בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2), 545.
65. שם, פסקה 67.

נניח לדוגמה כי ניתן לקזז הפסדים קדימה בלבד, והכנסותיה של נישומה כפופות לשיעור מס של 50%. לפני הנישומה עומדות שתי חלופות להשקעה בעסק חדש. להערכת הנישומה, החלופה הראשונה תניב לה הכנסה של מיליון ש"ח בשנה הראשונה והפסד של חצי מיליון ש"ח בשנה השנייה, קרי רווח נטו של חצי מיליון ש"ח בשנה השנייה, קרי רווח נטו של 200 אלף ש"ח בשנה השנייה, קרי רווח נטו של 400 אלף ש"ח בלבד. בעולם ללא מיסים, החלופה הראשונה עדיפה מבחינה כלכלית כמובן. למרות זאת, הנישומה תעדיף במקרה לעיל את החלופה השנייה, עקב ההגבלה על קיזוז הפסדים לאחר. במקרה הראשון, תרוויח הנישומה 500 אלף ש"ח נטו ממס בשנה הראשונה (הכנסה של מיליון ש"ח ושיעור מס של 50%), ולאחר מכן תפסיד את מלוא הסכום בשנה השנייה מבלי שתוכל לקזז את ההפסד כנגד חבות המס מהשנה הראשונה. בחלופה השנייה, תרוויח הנישומה 300 אלף ש"ח בשנה הראשונה (הכנסה של 600 אלף ש"ח ושיעור מס של 50%) ולאחר מכן תפסיד 200 אלף ש"ח ותיוותר עם 100 אלף ש"ח נטו בתום השנה השנייה. ההגבלה על קיזוז הפסדים לאחר תגרום לנישומה להעדיף חלופה פחות כדאית מאחר שהסיכון בה הוא נמוך יותר. עיוות זה יוצר חוסר יעילות ופוגע ברווחה המצרפית, מאחר שהשקעה רצויה נדחתה.

היקף הזכות לקזז הפסדים קובע את היקף השתתפות הציבור בסיכון של הנישום. איסור מוחלט על קיזוז הפסדים מוביל לכך שהנישום נוטל על עצמו את מלוא את הסיכון, כאשר המדינה מוסיפה למסות את התשואה. כאשר ניתן לקזז הפסדים באופן מוחלט וללא כל הגבלה, האוצר הציבורי חולק הן בתשואה והן בסיכון.⁶⁶ השתתפות המדינה בסיכון של הנישומים חשובה במיוחד בתקופה של שפל כלכלי, ויכולה להוות את ההבדל בין קריסתו של עסק שסופג הפסדים⁶⁷ ובין הצלתו.

ככלל, נראה כי פיזור ההפסד הפוטנציאלי של הנישומה על כלל הציבור, בדיוק כשם שכלל הציבור חולק ברווחיה, מספק את הפתרון היעיל ביותר שמעודד נטילת סיכונים חיוביים מבחינה חברתית. עם זאת, פתרון זה מגיע עם עלות כלכלית שתוטל על הציבור בכללותו. מבחינה זו, היקף קיזוז הפסדים המותר מבטא את תפיסת העולם של המחוקק - האם ראוי לעודד נטילת סיכון או לאו, ועד כמה מבקש המחוקק לפזר את נטל ההשתתפות בסיכון על כלל הציבור. ככל שהמחוקק סבור שהמגזר העסקי נוטל סיכונים מיותרים ולא רצויים מבחינה חברתית, ייתכן שהוא יבקש לרסן את נטילת הסיכונים על ידי צמצום הזכות לקיזוז הפסדים; ככל שהמחוקק סבור כי המגזר העסקי אינו מצליח להעריך כהלכה את תוחלת הרווח וההפסד הצפויה מהשקעות מסוימות, ייתכן שהוא יבקש למנוע מהציבור בכללותו להשתתף בסיכון של היזמת הבודדת.

66. ניתוח השפעת היקף קיזוז הפסדים על נטילת סיכונים, ראו:

E. Domar, R. Musgrave, *Proportional Income Taxation and Risk-Taking*, 58 Q. J. E. (1944), 338

(להלן: "Domar and Musgrave").

67. כך למשל, בשנת 2009 בעיצומו של המשבר הכלכלי, חוקק הממשל האמריקאי את Worker, Homeownership and Business Assistance Act of 2009, אשר סעיף 13 בו תיקן את סעיף 172 לקוד המס האמריקאי ואיפשר לנישומים לקזז הפסד (שאינו הפסד הון) כנגד הכנסה חייבת שהופקה בחמש השנים הקודמות, במקום המגבלה שהייתה קיימת באותה עת שהתירה לקזז את ההפסד רק כנגד הכנסה שהופקה בשתי שנות המס הקודמות להיווצרות ההפסד. באופן דומה, גם באנגליה בשנת 2009 הועבר חוק ה-Finance Act 2009, אשר הרחיב את אפשרות קיזוז הפסדים לאחר משנת מס קודמת אחת בלבד לשלוש שנות מס קודמות.

מדובר בשאלה אמפירית - האם העלות של השתתפות הציבור בהפסד היא גבוהה מהרווח המצרפי שייוצר ממניעת העיוות של מערכת המס?

לאור העובדה שתיקון העיוות נגד נטילת סיכונים הוא התכלית העיקרית של הסדר קיזוז הפסדים, עולה השאלה האם כלל יש צורך לעודד נישומה מסוימת ליטול סיכון. ככל שהנישומה תיטול את הסיכון ותשקיע במיזם המסוכן למרות שנמנע ממנה קיזוז ההפסד, אין כל טעם להשית את נטל ההשתתפות בסיכון על כלל הציבור. כלל קיזוז ההפסדים הוא יעיל רק ככל שהוא חל על הנישומות המתלבטות אם להשקיע במיזם רצוי חברתית אך בעל רמת סיכון גבוהה. בהקשר זה, מידת שנאת הסיכון של הנישומה המבקשת לקזז את ההפסד נחפכת לשאלה מהותית ועיקרית. גורמים שונים בחברה שונאים סיכון ברמות משתנות, ואפילו אותו אדם עשוי לשנוא סיכון במידה שונה לאורך חייו. הגבלה מוצלחת על קיזוז הפסדים יכולה להיות הגבלה המתבססת על מידת שנאת הסיכון של הנישומה המפסידה. עם זאת, מרבית מערכות המס בעולם לא ניסו לקשר בין האפשרות לקזז הפסדים לבין שנאת הסיכון של הנישומה, כנראה בין היתר לאור חוסר היכולת לאמוד את שנאת הסיכון האינדיבידואלית.

מחקרים אמפיריים תומכים ברעיון כי קיים קשר הפוך בין שנאת סיכון לבין עושר, השכלה וגיל, אך זאת רק עד גיל 65 שבו מתחילה שנאת הסיכון לעלות שוב.⁶⁸ תוצאות אלו הן אינטואיטיביות למדי, וניתן להסבירן בקלות באמצעות עקרון התועלת השולית של הכסף. הקשר ההפוך בין העושר לשנאת סיכון הוא ברור - מטבע הדברים, אישה עשירה כקורח תוכל לסכן סכומי כסף גדולים יותר, לעומת אישה אביונה, שעבורה סיכון של סכום כסף קטן מהווה סיכון של שיעור משמעותי יותר מכלל הכנסותיה וחסכוניותה. כך גם השכלה, אשר מקושרת ליכולת להפיק הכנסה, מגדילה את האפשרות שנישומה תיטול סיכונים, שכן אמצעי הייצור הרבים שבידה יסייעו להרוויח בחזרה את ההפסד אם הסיכון ייכשל. שנאת הסיכון בגילאים צעירים תואמת גם היא למציאות שבה נשים בגיל מבוגר יותר הן לרוב יותר מבוססות כלכלית. מנגד, כאשר אישה מתקרבת לגיל הפרישה וזרם התקבולים הצפוי לה בעתיד פוחת, סביר כי שנאת הסיכון שלה תגדל.

על רקע זה, הלכת הירשזון יכולה להיתפס כניסיון חדשני של בית המשפט הישראלי לקשור בין שנאת הסיכון לבין היקף הזכות לקזז הפסדים. מטבע הדברים, קשה עד בלתי אפשרי לקבוע כלל המאפשר קיזוז הפסדים רק לקבוצות אלו באוכלוסייה. כלשון המימרה הידועה - ישנם שלושה סוגי שקרים: שקרים, שקרים ארוכים וסטטיסטיקה.⁶⁹ הסטטיסטיקה של שנאת סיכון אכן מצביעה על קבוצות מסוימות שבקרב חברותיהן סביר יותר שנמצא נישומות שונאות סיכון, אך אין משמעות הדבר שאין נישומות שונאות סיכון מחוץ לקבוצות אלו, או שכל חברות הקבוצה הללו הן שונאות סיכון. הלכת הירשזון מוצלחת, מבחינה זו, בכך שהיא מגבילה את קיזוז ההפסדים בעיקר לנישומות שבפועל לא הצליחו להפיק הכנסה חייבת בשנות המס העוקבות.

68. William B. Riley Jr. & K. Victor Chow, *Asset Allocation and Individual Risk Aversion*, Financial Analysts Journal, November-December 1992, 32-37, וראו גם את המאמרים אליהם מפנים המחברים שם.

69. המימרה התפרסמה על ידי הסופר מארק טוויין, אשר ייחס אותה לראש ממשלת בריטניה בנימין דיזראלי. עם זאת, פתגם זה מעולם לא נכלל בכתביו של דיזראלי והתפרסם לראשונה רק לאחר מותו. למידע נוסף, ראו: https://en.wikipedia.org/wiki/Lies,_damned_lies,_and_statistics#cite_note-1.

כלומר, הלכת הירשזון מספקת רשת ביטחון לנישומות שונאות סיכון ומבטיחה שבמידה שהסיכון יתממש, ההפסד יותר לקיזוז. כך נמנע מחד העיוות של מערכת המס, אך מאידך, הציבור אינו נדרש להשתתף בסיכון שהתממש עבור נישומות שהצליחו להפיק הכנסה מספקת לניצול מלוא ההפסד בשנות המס העוקבות - נישומות אלו מטבען אינן צפויות להיות שונאות סיכון.

אף על פי כן, יצויין כי תכלית קיזוז ההפסדים היא כמובן לעודד נטילת סיכונים רצויים חברתית. קשה מאד להצדיק, מבחינת יעילות כלכלית גרידא, את התרת הקיזוז לאחור דווקא למערערים בפרשת הירשזון. באותו מקרה מדובר בשני מערערים שבבירור נטלו סיכון עסקי שהחברה שוללת - הם עסקו בגניבה. בעוד שהשיקול של יעילות כלכלית מצדיק את ההלכה הכללית המתירה קיזוז הפסדים לאחור, במידה שלנישומה אין כל הכנסה חייבת בשנות המס העוקבות, הרי שדווקא במקרה הספציפי הנידון בפרשת הירשזון - שיקול זה הוא חסר כל תוחלת. נראה כי בית המשפט היה מודע לבעייתיות שבמקרה זה. כאמור, בית המשפט התיר קיזוז רק מחצית מן ההפסד, עקב "האשם התורם" של המערערים. "האשם התורם" הלה משלב את הניתוח הכלכלי, במידת מה, בפסיקת בית המשפט. התרת הקיזוז לא תיעשה, על פי בית המשפט, תוך התחשבות בזכות החוקתית של הנישומה היחידה בלבד, אלא גם תוך שקילת המשמעויות החברתיות-כלכליות הרחבות הנובעות מהתרת הקיזוז בנסיבות המסוימות.

לעומת השיקול בדבר עידוד נטילת סיכונים, קיימים גם שיקולים הפוכים התומכים בצמצום היקף קיזוז ההפסדים שסופגת הנישומה.

ראשית, קיזוז הפסדים לאחור מעניק יתרון בפועל לנישומות אשר צברו הכנסה חייבת בעבר על פני משתתפות חדשות בשוק. חברה ותיקה, שעבר צברה הכנסה חייבת משמעותית, תיטה יותר להשתתף במיזמים שעשויים להניב תשואה גבוהה שגם קיים סיכון מוגדל של הפסד בצידם (זאת בהנחה כי ההפסד האפשרי הוא קטן מסך ההכנסה החייבת, כך שניתן יהיה לקזז את מלוא ההפסד מיידית). לחברות ותיקות יהיה יתרון בשוק, אשר עשוי לדחוק משתתפות חדשות מחוץ לשוק ולהפחית את סך ההשקעה המיצרפית במיזמים מסוכנים וכדאיים מבחינה חברתית.⁷⁰

יתרון נוסף שניתן להעלות בהקשר להגבלת האפשרות לקזז הפסדים לאחור מתבטא בכך שהגבלה זו עשויה, במקרים מסוימים, לעודד נישומות למצות את פוטנציאל ההשתכרות שלהן ובכך להגדיל את הרווחה החברתית. תורת מיסוי אופטימלי מבקשת להשתמש במערכת המס בכדי למקסם את הרווחה החברתית. לדוגמה, הטלת מס על ההון האנושי של נישומה, כלומר על פוטנציאל ההשתכרות שלה, יכולה לחייב אותה למצות את הפוטנציאל בכדי לעמוד בחבות המס. הנחת המוצא היא כי מיצוי פוטנציאל ההשתכרות הוא רצוי חברתית, שכן החברה מתגמלת פעילויות חיוביות. הקושי העיקרי הוא, כמובן, בקביעת היקף ההון האנושי של הנישומה (לדוגמה, האם מדובר בהשכלה או הכשרה פורמלית גרידא, או שמא יש לכלול בו "רעיונות" שיש לנישומה או כישורים מופשטים אחרים).

70. ראו: Domar and Musgrave, לעיל ה"ש 66, עמ' 392.

את האיסור לקזז הפסדים לאחור ניתן לראות כניסיון למסות בעקיפין את ההון האנושי. נישומה שספגה הפסד תהא חייבת "לחזור לשוק" בשנים הבאות ולהרוויח הכנסה חייבת בכדי לנצל את ההפסד. מאחר שכל הכנסה חייבת שהנישומה תרוויח, עד גובה ההפסד, תהיה פטורה בפועל ממס, המנגנון מעודד נישומות למקסם את פוטנציאל ההשתכרות שלהן לאחר ספיגת הפסד. בכך מושגת תוצאה דומה למיסוי ההון האנושי, פעולה שקשה עד בלתי אפשרי לבצע באופן ישיר.

עם זאת, יתרון זה אינו נקי מספקות. ראשית, מניעת הקיזוז משפיעה בשני הכיוונים. כאמור לעיל, עבור נישומות שצריכות לבחור פעילות עסקית חדשה - מניעת הקיזוז תתמרץ אותן שלא לבחור בפעילות המסוכנת והראויה חברתית, מאחר שככל שישפגו הפסד, הן לא יוכלו להשתמש בו באופן מיידי. מנגד, עבור נישומות שכבר ספגו הפסד - מניעת הקיזוז תתמרץ אותן להרוויח הכנסה חייבת. קשה לקבוע מה תהיה ההשפעה "המנצחת" במאזן הכולל, והאם מניעת קיזוז הפסדים תגדיל את ההכנסה הלאומית או תקטין אותה.

שנית, ניתן להטיל ספק בשאלה האם המטרה לעודד נישומים למצות את פוטנציאל ההשתכרות היא תכלית ראויה למערכת המס. מיסוי המבוסס על פוטנציאל ולא על הכנסה בפועל מטיל קנס על נישום שמסוגל להרוויח הכנסה גבוהה, אך בחר, מטעמים אישיים, בקריירה אחרת, שכנראה מעניקה לו סיפוק רב יותר במובנים לא כלכליים. רבים עשויים לחלוק על הקביעה כי תכלית מערכת המס היא להקריב שיקולים אלו לטובת היעילות הכלכלית. יתירה מכך, תורת המיסוי האופטימלי מתבססת על הנחת המוצא כי השוק מצליח לתמחר נכון את הפעילויות הכלכליות השונות; כלומר, התגמול שניתן לנישומה על עבודתה אכן מבטא נכונה את הערך החברתי של אותה עבודה. ניתן לחלוק גם על הנחת יסוד זו.

לסיכום הניתוח לעיל, להגבלת הזכות לקיזוז הפסדים ולהרחבתה יש השלכות כלכליות וחברתיות. מדובר בביטוי של העדפות המחוקק בדבר החלוקה הרצויה של הסיכון העסקי של הנישומה הבודדת על פני הציבור כולו, תוך איזון הצורך לעודד נטילת סיכונים רצויים והצורך לאפשר לשחקניות חדשות להצטרף לשוק.

סיכום

שאלת קיזוז ההפסד לאחור היא שאלה סבוכה, אשר מערבת סוגיות חוקתיות וסוגיות כלכליות. בית המשפט בפרשת הירשזון התיר את הקיזוז לאחור, לאור הפגיעה הנטענת בזכות לקניין של המערערים, ההפליה של המערערים ביחס לנישומות אחרות וכן לאור השיקול לתמרץ גנבים להשיב את שלל הגניבה.

כאמור, לטעמי אין לראות את האיסור על קיזוז לאחור כפגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה בכבוד האדם של הנישומה שממנה נמנע הקיזוז לאחור. ראשית, איתור פגיעה בשוויון על רקע ניתוח רב-שנתי היא בעייתית בפני עצמה ואינה בהכרח מוצדקת. שנית, אפילו לו נשתכנע כי קיימת כאן פגיעה בשוויון, הרי שפגיעה זו מפירה את הזכות לכבוד רק כאשר היא מכוונת נגד נישומה או נגד קבוצת נישומות בעלות מאפיינים ייחודיים מסוימים.

מניעת הקיזוז היא כללית וחלה על כלל הנישומות באופן זהה. כשלעצמו, חוסר מזל אשר הוביל לכך שנישומה מסוימת ספגה הפסד לאחר שהרוויחה הכנסה חייבת, ולא ההיפך, אינו מהווה פגיעה כה חמורה העולה עד כדי פגיעה בכבוד.

מנגד, אכן מדובר במקרה זה בפגיעה מובהקת בזכות לקניין. הזכות לקניין, לגישתי, נפגעת כאשר עקרון היכולת לשלם מופר. בפרשת הירשזון, למערערים לא הייתה יכולת לשלם את המס מתוך ההכנסה שהרוויחו, מאחר שכבר הפסידו את מלוא ההכנסה, והם אף לא היו צפויים להרוויח הכנסה נוספת בעתיד שתגדיל את היכולת לשלם. זוהי פגיעה חוקתית, שראוי שתיעשה רק לתכלית ראויה.

ניתן לאתר תכלית ראויה שכזו בשיקולים הכלכליים השונים המעורבים בהסדר קיזוז הפסדים. נייטרליות מירבית של מערכת המס תושג כאשר אין כל מגבלה על קיזוז הפסדים. עם זאת, המחוקק עשוי לבחור להטיל מגבלה מסוימת על קיזוז הפסדים בכדי לצנן את נטילת הסיכונים על ידי המגזר העסקי, ובכך להגן על הציבור מפני השתתפות בסיכונים העסקיים ה'מוגזמים' של המגזר העסקי. מדובר בשאלת מדיניות שרק המחוקק רשאי ומסוגל להכריע בנוגע אליה. תכלית ראויה נוספת להגבלת קיזוז הפסד לאחר עשויה להיות ניסיון המחוקק לעודד תחרות בשוק על ידי צינון הרצון של תאגידי גדולים להיכנס למיזמים מסוכנים ולדחוק מתחרים חדשים. תכלית ראויה אחרת, שלא נידונה במאמר זה, היא הניסיון לצמצם תכנוני מס. מערכות מס שונות בחרו להגביל את אפשרות קיזוז הפסדים לאחר בכדי לאזן תכליות אלו. לרוב, מערכות מס המתירות את ניצול הפסד לאחר, מגבילות את הקיזוז לאחר למספר מצומצם של שנות מס קודמות.⁷¹

הכלל שקבע בית המשפט העליון בפרשת הירשזון הוא כלל מוצלח יחסית, הן מבחינת ההגנה על זכות הקניין והן מבחינת היעילות הכלכלית. כלל זה מבטיח כי הקניין הפרטי לא ייפגע מכך שנמנע קיזוז לאחר, אך לא מספק הגנה חוקתית על כל פגיעה כלכלית שאינה עולה לכדי פגיעה ממשית בקניין. בנוסף, הכלל מספק לנישומות שונאות סיכון רשת ביטחון אשר עשויה לצמצם את העיוות שיוצרת מערכת המס, מבלי להטיל נטל משמעותי על הציבור או לספק יתרון לא הוגן לתאגידי גדולים.

אין ספק כי לאור השיקולים המתחרים הרבים המעורבים בנושא קיזוז הפסד - התערבות המחוקק היא הכרחית. רק בחינה מעמיקה, המבוססת על נתונים אמפיריים של המשק הישראלי, יכולה לאפשר בחירה של הכלל הנכון ביותר בנושא קיזוז הפסדים לאחר. עם זאת, אין בכך לקבוע בהכרח כי בית המשפט שגה בהכרעתו בפרשת הירשזון. אפילו אם ראוי כי המחוקק יאמר דברו בנושא זה, כאשר בפני בית המשפט עומדות שתי חלופות - הראשונה מובילה לפגיעה בקניין ולחוסר יעילות כלכלי והשנייה מונעת את הפגיעה בקניין ומתקנת את חוסר היעילות - על בית המשפט לבחור בפרשנות הנכונה יותר, מבחינת שיטת המשפט הישראלית ועקרוניתה. אפילו אם החלופה הנכונה ביותר עבור המשק הישראלי יכולה להיקבע רק במסגרת הליך חקיקה, ולא במסגרת השיפוטית, הרי שאין משמעות הדבר כי עד התערבות המחוקק על בתי המשפט לבכר דווקא את הפרשנות השגויה יותר מבין השתיים.

71. כך בארה"ב, במסגרת סעיף 172 לקוד המס האמריקאי (Internal Revenue Code), וכך באנגליה, במסגרת סעיף 64 לחוק מס ההכנסה האנגלי (Income Tax Act).

בית המשפט העליון בפרשת הירשזון אימץ פרשנות ראויה לתכלית האובייקטיבית של סעיף 28 לפקודה, אפילו אם פסק הדין אינו בוחן באופן מעמיק את מלוא השיקולים החוקתיים והכלכליים הרלוונטיים. בסופו של יום, פרשנות בית המשפט מספקת מחד הגנה ראויה לזכויות חוקתיות ומקדמת מאידך את התכלית הבסיסית של מערכת המס לשמר ככל הניתן את הנייטרליות.