

איל זמיר וברק מדינה, משפט, כלכלה ומוסר (הוצאת אוקספורד)

מאת

אריאל פורת*

בספר מושא הביקורת מציעים זמיר ומדינה תאוריה מרתקת ליישוב שיקולים תוצאתניים עם דאונטולוגיים בתוך שיטת המשפט ומיישמים את התאוריה שהם מציעים בכמה תחומים משפטיים.¹ בחלק הראשון של הביקורת נבחנת בקצרה דרך חלופית ליישוב שיקולים תוצאתיים עם דאונטולוגיים, נמתחת ביקורת על האופן שבו זמיר ומדינה מציעים לבחור מבין דרכי פעולה שונות שמפרות מגבלות דאונטולוגיות ועם זאת מותרות לכאורה מכיוון שהתועלת שבהן רבה במיוחד, ונמתחת ביקורת על טענה של זמיר ומדינה באשר לאופן שבו על המשפט להתייחס לסיכונים קטנים לעומת סיכונים גדולים. החלק השני של הביקורת מתמקד ביישום התאוריה של זמיר ומדינה בתחום דיני החוזים, הן בדיני כריתת החוזה והן בדיני התרופות בגין הפרתו. בין היתר מבוקרת עמדתם של זמיר ומדינה שעל פיה כל הפרת חוזה היא הפרה של מגבלה דאונטולוגית.

מבוא. א. התאוריה. 1. הצגת הטענות; 2. נקודות למחשבה; ב. היישום: דיני חוזים. 1. הצגת הטענות; 2. נקודות למחשבה; סוף דבר.

מבוא

כמעט כל מי שמחליט החלטות עומד מדי פעם בפני דילמה כשעליו להחליט בין "יעיל" לבין "צודק". קחו למשל מורה בבית ספר אשר ברור לו שאחד התלמידים בכיתתו השתולל בהפסקה ושבר שולחן. מקרים כאלה קורים לעתים קרובות מדי, אך המורה מתקשה להפסיקם שכן אינו יודע מי עשה זאת. הניחו שאין לו דרך אפקטיבית למנוע התנהגויות כאלו באמצעות פיקוח הדוק יותר על תלמידיו. המורה מאמין שענישה עשויה להרתיע אך אינו יודע את מי להעניש. אחת האפשרויות העומדות בפניו היא להעניש את כל הכיתה, למשל בביטול הביקור שתוכנן למחרת היום לאוניברסיטת תל אביב (הניחו

* פרופ' מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט פרטי ע"ש אלן פוהר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודה לכתב העת משפטים, לעורכים זאב גוטרייך ורפי הרבסט, וכן לחברי המערכת שעברו על המאמר: לנטע ברק-קורן, ליותם זעירא ולגלעד יניב, על הערות חשובות ועל עריכה מצוינת.
1 Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics, and Morality (2010).

שבשביל כל התלמידים ביטול הביקור הוא אכן "עונש". האם ראוי שינקוט ענישה קולקטיבית? הבעייתיות שבכך ברורה: תלמידים שאין להם יד ורגל (תרחי משמע) בשבירת השולחן ישלמו את המחיר. עם זאת המורה מבין שעליו למצוא דרך להפסיק אחת ולתמיד את שבירת השולחנות בהפסקה. אם יעניש את כל הכיתה אולי ירגיע את מצפונו בכך שרבים יודעים מי שבר את השולחן אך שומרים על קשר של שתיקה, ולכן במובן מסוים גם הם אשמים, אך עם זאת הוא מבין היטב שרבים אחרים אינם יודעים. המורה עומד אפוא בפני דילמה אמיתית: להחליט החלטה יעילה שתפסיק את ההרס בכיתה אך תהיה בלתי צודקת כלפי התלמידים החפים מפשע או להימנע מקבלת החלטה כזו. סביר להניח שאם יבטל את הביקור באוניברסיטה, רובנו לא נבוא אליו בטענות על כך. אך אם במקום זאת יטיל עונש חמור יותר, למשל קנס כספי נכבד על כל אחד מהתלמידים, היינו אולי מבקרים את החלטתו ואומרים כי היא "בלתי צודקת" או "בלתי מוסרית".

הספר המרתק והחשוב של איל זמיר וברק מדינה, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY, שהתפרסם בהוצאת הספרים של אוניברסיטת אוקספורד, מתמודד חזיתית עם השאלה כיצד על המשפט ליישב דילמות מן הסוג שדוגמת המורה ממחישה. במילים אחרות, השאלה שבמרכזו של הספר היא כיצד על המשפט לנהוג, וכיצד הוא אכן לעתים נוהג, כאשר מצד אחד הרצון להגדיל את הרווחה החברתית או להשיג תוצאות רצויות באופן כללי יותר מושך לכיוון אחד, אך שיקולים מוסריים-דאונטולוגיים, דהיינו שיקולים הנוגעים למוסריות הפעולה להבדיל מתוצאתה, מושכים לכיוון ההפוך. הספר מניח כמובן שאכן קיימת כאן דילמה. יהיו כאלו, למשל תוצאתנים מובהקים כמו רבים מן העוסקים בניתוח הכלכלי של המשפט, שבעיניהם אין כאן דילמה מלכתחילה: פעולה היא טובה כאשר היא משיגה תוצאות טובות ותו לא. אך בעיני רבים מאוד אכן קיימת כאן דילמה, והשאלה שהספר מבקש לענות עליה ניקרה ומנקרת במוחם של רבים וטובים (באינטנסיביות משתנה אולי): במוחם של פילוסופים של המוסר, של משפטנים, של כלכלנים, של אנשי עסקים, של מדינאים, ולמעשה במוחו של כל מי שקובע כללים או מחליט החלטות ברמה כזו או אחרת.

רבים נרתעים מן הניתוח הכלכלי של המשפט, שכן קשה להם לקבל תוצאתנות טהורה כתאוריה נורמטיבית ואף לא כתאוריה אשר יש בכוחה לתאר או להסביר את המשפט הנוהג. מטרתו של הספר היא להציע מסגרת מחשבתית שעשויה לקרב בין תוצאתנים, בעיקר כאלו העוסקים בשיקולי עלות-תועלת במשפט ומחוצה לו, ובהם חוקרי הניתוח הכלכלי של המשפט, לבין דאונטולוגים.

בחלק הראשון אעמוד על תוכנו של הספר ומבנהו. אתמקד בתאוריה שבבסיסו, דהיינו בהצעה של המחברים כיצד לשלב שיקולים תוצאתניים עם שיקולים דאונטולוגיים. בחלק השני אבחן את היישום שהמחברים מציעים לתאוריה שלהם בדיני החוזים. אך לפני כל זאת יש להדגיש שמדובר בספר חשוב ומעניין ביותר, הכתוב היטב והמאתגר

מאוד את המחשבה. אין לי ספק שהוא יעורר – יש להניח שכבר החל לעורר – עניין רב אצל כל מי שעוסק בתאוריה של המשפט.

א. התאוריה

1. הצגת הטענות

הפרק הראשון של הספר פותח בהצגה קצרה של אופי הניתוח הכלכלי הנורמטיבי בכלל והניתוח הכלכלי של המשפט בפרט.² בבסיס הניתוח הכלכלי עומד הרעיון של הגדלת סך הרווחה החברתית, שהיא סך הרווחה של הפרטים המרכיבים את החברה, ועיקר עיסוקו בשאלה כיצד לספק תמריצים לשחקנים השונים בזירה כדי שיתרמו להשגת מטרה זו. המחברים מציגים כמה ביקורות שנמתחו על הניתוח הכלכלי, בין היתר שהגשמת ההעדפות של הפרטים כדי להגדיל את הרווחה החברתית אינה צריכה להיות המטרה האולטימטיבית, ושהניתוח הכלכלי מושתת על הנחת רציונליות של השחקנים השונים, שעה שהנחה זו לעתים קרובות אינה מתקיימת. ביקורות אחרות על הניתוח הכלכלי תוקפות את הנחת הקומנסורביליות של הניתוח הכלכלי, דהיינו ההנחה שכל טוב או רע ניתנים לתרגום לערכים כספיים ולהשוואה זה עם זה על פי אותו מדד, וכן את השימוש הרווח בנכונות לשלם או לקבל כסף כאמת מידה להערכת חיים וגוף של בני אדם. שימוש באמות מידה אלו הוא רגרסיבי, לטענת המבקרים, שכן על פיהן חיהם וגופם של עשירים שווים יותר משל עניים, שכן נכונותם של עשירים לשלם (או לקבל) רבה מזו של עניים. אך הביקורת החשובה ביותר המוצגת בפרק היא שהניתוח הכלכלי אינו מביא בחשבון שיקולים דאונטולוגיים – דהיינו שיקולים הנוגעים למוסריות הפעולה עצמה – אלא תוצאות בלבד, ועל כן אינו מוסרי. לפיכך, כך ממשיכה הביקורת, יש להכפיף את הניתוח הכלכלי למגבלות הנובעות מן הציוויים הדאונטולוגיים, וכאשר יש סתירה בין השניים, על הראשון להיסוג בפני האחרונים. ביקורת זו היא הביקורת הדאונטולוגית, והיא שתוקפת חזיתית את הניתוח הכלכלי. למשל, על פי ביקורת זו, שיקולים של הגינות מובאים בחשבון בניתוח הכלכלי רק כאשר הם משפיעים על הרווחה החברתית, אך לא בזכות עצמם, אף על פי שהגינות היא ערך חשוב בפני עצמו. בדומה לכך, על פי ביקורת זו, לא ניתן בניתוח הכלכלי משקל לכיבוד הבטחות, לאמירת האמת, לאוטונומיה, לזכות לכבוד ולזכויות בסיסיות אחרות כל עוד הפגיעה בערכים אלו אינה פוגעת ברווחה החברתית. אף בכך, על פי הביקורת, טמון פגם מוסרי בסיסי. הביקורת הדאונטולוגית מכוונת לא רק נגד הניתוח הכלכלי, אלא נגד כל ניתוח תוצאתני,

דהיינו נגד כל ניתוח הבוחן את התוצאות אך מתעלם מן המוסריות של הפעולות המביאות להן.

ביקורת דאונטולוגית מזווית אחרת שמביאים המחברים נגד תורות תוצאתניות היא שהן דורשות מן הפרט להשיג את התוצאות הרצויות גם כאשר המאמץ להשיגן נוגד את האינטרס שלו או של אחרים הקרובים לו ואינן מותירות לו את האופציה שלא לעשות כן. לעומת הביקורת הדאונטולוגית הראשונה שבבסיסה עומד אפוא הטיעון שיש להציב מגבלות על הניתוח הכלכלי (והתוצאתני), בבסיס הביקורת השנייה עומד הטיעון שיש ליתן אופציות פעולה לפרט ולא לחייבו לפעולה אם אינו חפץ בכך.

בפרק השני של הספר עוברים המחברים לדיון במה שהם מכנים "דאונטולוגיית סף"³. דאונטולוגיית סף היא דאונטולוגיה מתונה (להבדיל מדאונטולוגיה אבסולוטיסטית), אשר אינה מתעקשת על כך שלעולם אין להפר את המגבלות הדאונטולוגיות. דאונטולוגיית סף מכירה בכך שקיימים מקרים שכיבוד מגבלה דאונטולוגית יביא בהם לתוצאה גרועה עד כדי כך שהפרת המגבלה תהיה מותרת, ואף רצויה. למשל, לעומת דאונטולוגיה אבסולוטיסטית העשויה לאסור על אמירת שקרים בכל מצב שהוא, דאונטולוגיה מתונה תתיר לשקר אם השקר נועד להציל את חייו של אדם חף מפשע (ויש להניח שאף במקרים קיצוניים פחות). דאונטולוגיה מתונה עשויה להתיר אפילו הריגה של אדם חף מפשע אם הדבר דרוש בוודאות להצלת חייהם של אלפי בני אדם. זו נקודת המוצא שממנה מפתחים המחברים את התאוריה שלהם לאחר מכן, בפרק הרביעי של הספר.⁴

המחברים ערים לאפשרות שיכולה להיות מחלוקת באשר לתוכן המגבלות הדאונטולוגיות, והם אינם מתיימרים לספק רשימה ממצה של הציוויים הדאונטולוגיים אשר יוצרים את המגבלות הללו או של הספים שמעבר להם מותר או אף מתחייב להפר את המגבלות. עם זאת הם מציעים כי במסגרת הציוויים הדאונטולוגיים נכללים האיסורים על פגיעה בחייו של אדם, בגופו ובכבודו. הציוויים הדאונטולוגיים אף מטילים חובות לקיים הבטחות, לא לשקר ולא לבגוד, כמו גם לנהוג עם בני אדם בהגינות. תורות מוסר דאונטולוגיות רבות מבחינות בין התנהגות בלתי מוסרית אקטיבית (כגון מעשה של הרג) לבין התנהגות פסיבית (כגון אי־מניעת הרג על ידי אחר). ההתנהגות הראשונה תהווה באופן רגיל (עם חריגים ידועים, כגון הגנה עצמית) הפרת צו דאונטולוגי, ואילו ההתנהגות השנייה בדרך כלל לא תהווה הפרה כזו. מכאן אפשר להבין לכאורה מדוע בכל שיטות המשפט קיימת הבחנה ברורה בין מעשים לבין מחדלים. כך בשיטות משפט רבות אין מוטלות על הפרט חובות הצלה, ובשיטות משפט אחרות חובות כאלו יוחדו למקרים קיצוניים בלבד. הבחנה אחרת הנפוצה אצל דאונטולוגים רבים היא בין כוונה לגרום לפגיעה לבין צפייה גרדא שתתרחש הפגיעה מבלי להתכוון לכך. מעשה שמכוון לגרום לפגיעה יהווה הפרה של מגבלה דאונטולוגית

3 שם, בעמ' 41–56.

4 שם, בעמ' 79–104.

לעתים קרובות יותר מאשר מעשה שלא כוון לכך אך שעושהו צפה את תוצאות מעשיו. לכן למשל מי שמציית לאיסור על הריגת אדם כדי לקצור את איבריו ולהשתמש בהם להצלת חייהם של שלושה בני אדם אחרים אמנם צופה שאי-הריגתו של אותו אדם תוביל למותם של שלושה, אולם תוצאה זו לא נגרמה על ידיו באופן אקטיבי או מכוון, ולכן אי-ההצלה של שלושה לא תהווה הפרה של מגבלה דאונטולוגית.

החשוב ביותר לעניינו הוא שכשנתון קיומה של מגבלה דאונטולוגית, אפשר וראוי לדעת המחברים לקבוע לה סף, דהיינו להתיר את הפרתה של המגבלה אם כיבודה יביא לתוצאות רעות במיוחד (או אי-כיבודה יביא לתוצאות טובות במיוחד). קיימות כמה דרכים לעשות זאת: דרך אחת תהיה לקבוע ספים שונים למגבלות שונות, על פי חומרת הפרתן; דרך אחרת תהיה להטיל מגבלות על אופן ביצועם של ניתוחי עלות-תועלת, כגון איסור על הבאת נזקים או טובות הנאה מסוימים בחשבון. למשל, אם הריגת אדם תחסוך חיים של רבים וכן תמנע כאבי ראש מרבים אחרים, מגבלה דאונטולוגית עשויה לקבוע שאין להביא בחשבון העלות-תועלת את סוג הנזקים האחרונים. רוב התאוריות הדאונטולוגיות כוללות הן סף של כמות הטוב "נטו", אשר עשוי להצדיק הפרתה של מגבלה, והן מגבלות על סוגי ה"טוב" שראוי להתחשב בהם בהקשר זה.

דאונטולוגיה המבוססת על הרעיון של קביעת סף למגבלות היא המאומצת על ידי המחברים, והיא המשמשת בסיס להצעתם, בפרק הרביעי של הספר, להשתמש בפונקציות שייבטאו הן את החישוב של עלות-תועלת והן את הכפיפות של חישוב זה לקיומן של מגבלות (ואופציות) דאונטולוגיות.⁵ בדרך זו מבקשים המחברים לשלב את היתרונות המתודולוגיים של הניתוח הכלכלי הסטנדרטי עם תפיסה מוסרית לא-תוצאתנית שבה הם דוגלים ואשר לטענתם תואמת את התפיסות המוסריות הרווחות. לסברתם, כיום הנחת המוצא הנורמטיבית המקובלת בניתוח הכלכלי – דהיינו תפיסה תוצאתנית שאינה מכירה במגבלות על השאת הרווחה החברתית הכוללת – גורמת לאתיקנים ולמשפטנים רבים לדחות את הניתוח הכלכלי על הסף ובכך להפסיד את היתרונות המתודולוגיים הכרוכים בהצרנה ריגורוזית של טיעונים ושל היחסים בין ערכים מתחרים. בד בבד אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט נוטים להתעלם מטיעונים מוסריים לא תוצאתניים משום שהם מובעים בדרך כלל באופן שאינו ניתן למידול, להצרנה ולביטוי כמותי. המחברים מאמינים ששילוב של מוסר דאונטולוגי עם שיטות ההצרנה והמידול הכלכליות יכול לקדם את הדיאלוג הנורמטיבי בין אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט לבין מי שדוגל במוסר דאונטולוגי. לכך עשויה להיות חשיבות הן במישור הניתוח האקדמי המופשט של סוגיות משפטיות והן במישור המעשי של קביעת מדיניות על ידי מחוקקים, רגולטורים ואחרים.

הפרק הרביעי של הספר הוא אפוא התרומה התאורטית המרכזית של המחברים⁶ הרעיון הכללי הוא שבררת המחדל תהיה ניתוח עלות-תועלת. באותם המקרים שבהם חלה על המקרה מגבלה הנובעת מציווי דאונטולוגי ייסוג הניתוח הכלכלי מפניה אלא אם הנזק מן העמידה במגבלה, או התועלת מאי-העמידה בה, מקיים את תנאי פונקציית הסף החלה על המקרה הנדון. המחברים מציעים שלוש דוגמאות לפונקציות סף שבהן אפשר להשתמש: של הוספה, של הכפלה ושל הוספה והכפלה בעת ובעונה אחת.

פונקצייה של הוספה⁷ משמעה שאם התועלת בפעולה גדולה מסך הנזק בתוספת גורם קבוע, אין להתחשב במגבלה ויש לפעול על פי ניתוח עלות-תועלת. בניסוח אחר, המגבלה הדאונטולוגית לא תחול אם התועלת נטו מן הפעולה (תועלת פחות עלות) היא לפחות בגודל מסוים שנקבע מראש. נניח למשל שעולה השאלה אם מותר להרוג 10 בני אדם חפים מפשע כדי להציל 30 בני אדם אחרים, חפים גם הם. עוד נניח שהפונקצייה החלה על המקרה היא של הוספה, והגורם הקבוע הוא 15. בנתונים אלו המגבלה הדאונטולוגית שעל פיה אין להרוג בני אדם חפים מפשע נסוגה מפני ניתוח עלות-תועלת, שכן התועלת נטו בפעולה היא חיסכון בחיים של 20 בני אדם, ו-20 גדול מ-15. אם לעומת זאת הגורם הקבוע היה 25, התוצאה הייתה הפוכה.

פונקצייה של הכפלה⁸ משמעה שאם התועלת בפעולה גדולה ממכפלה של הנזק בגורם קבוע, אין להתחשב במגבלה ויש לפעול על פי ניתוח עלות-תועלת. בניסוח אחר, צריך שיהיה יחס מינימלי בין התועלת לבין העלות של הפעולה כדי שהמגבלה הדאונטולוגית לא תחול. וכך בדוגמה דלעיל אם הפונקצייה החלה על המקרה היא של הכפלה, והגורם הקבוע הוא 4, הרג 10 בני אדם יהיה אסור מכיוון שהתועלת בפעולה היא הצלת 30 בני אדם, הנזק (הרג 10 בני אדם) מוכפל בגורם הקבוע (4) הוא 40, ו-30 קטן מ-40. אם לעומת זאת הגורם הקבוע היה 2, התוצאה הייתה הפוכה במקרה זה.

פונקצייה של הוספה והכפלה⁹ משמעה שאם התועלת בפעולה גדולה מסך המכפלה של הנזק בגורם קבוע ועוד גורם קבוע נוסף, לא תחול המגבלה הדאונטולוגית. וכך בדוגמה דלעיל, אם הפונקצייה החלה על המקרה היא של הוספה והכפלה, הגורם הקבוע להכפלה הוא 2, והגורם של הוספה הוא 15, הרג 10 בני אדם יהיה אסור מכיוון שהתועלת בפעולה היא הצלת 30 בני אדם, הנזק (הרג 10 בני אדם) מוכפל בגורם הקבוע (2) הוא 20, והוספתו של הגורם הקבוע (15) תביא ל-35, שהוא גדול מ-30.

"שם המשחק" הוא כמובן הבחירה בין הפונקציות השונות ומתן ערכים לגורמים הקבועים. המחברים אינם מתיימרים ליתן הנחיות מדויקות כיצד לעשות זאת, שכן מדובר בשאלות נורמטיביות מורכבות אשר התשובות להן משתנות לפי ההקשר המשפטי

6 ש.ם.

7 ש.ם, בעמ' 84.

8 ש.ם.

9 ש.ם.

שבו הן מתעוררות; קובעי המדיניות המשפטית, כגון המחוקק, הם שאמורים להכריע בהן. ודאי שאין הם באים לספק "מספרים" שאותם יש להציב בנוסחות. כוונת המחברים היא אך להציע מתודה או מסגרת לדיון: כיצד אפשר להכריע בין שיקולים תוצאתניים לבין שיקולים דאונטולוגיים שעה שאין הם עולים בקנה אחד אלו עם אלו.

עם זאת המחברים מבהירים את היתרון בפונקצייה של הכפלה: היא מביאה להגדלה בהפרש המינימלי הנדרש בין התועלת לבין הנזק בפעולה לשם הסרתה של המגבלה, ככל שהפרתה של המגבלה חמורה יותר. בדוגמה שנדונה לעיל, הריגה של אדם אחד תוצדק להצלת ארבעה בני אדם, הריגת שניים להצלת שמונה, הריגת שלושה להצלת שנים-עשר וכן הלאה. החיסרון בפונקצייה של הכפלה, לאלו שרואים בכך חיסרון, שהיא תדרוש סף של אפס כאשר הפרת המגבלה הדאונטולוגית אינה גורמת לנזק כלשהו. למשל, פונקציית הכפלה תביא לידי כך שהפרת הבטחה שאינה גורמת נזק תהיה תמיד מותרת. בנקודה זו יש להניח ששימוש בה יזכה לאהדתם של התוצאתנים, הסבורים כמובן שבהיעדר נזק כל פעולה מותרת, קל וחומר אם יש בה תועלת.¹⁰

המחברים דנים בשאלה כיצד אפשר לבחור בין שתי חלופות או יותר אשר עוברות את הסף הנדרש לפי הפונקצייה החלה על המקרה. הם מעלים כמה אפשרויות: אפשרות אחת היא לבחור את החלופה הכדאית ביותר לפי ניתוח עלות-תועלת. אפשרות אחרת, הרלוונטית למקרים מסוימים בלבד, היא לבחור את החלופה אשר דורשת מחיר הנמוך לקסיקלית מן המחיר שדורשת החלופה האחרת.¹¹ למשל, אם חלופה אחת דורשת הקרבת חיים והאחרת הוצאה כספית, ייתכן (אך לא הכרחי, כמובן) לאמץ כלל שלפיו יש להעדיף תמיד את החלופה השנייה על פני הראשונה אף אם שתי החלופות עוברות את הסף הנדרש כדי להכשירן. בדומה לכך, אם חלופה אחת דורשת הגבלת חופש תנועה והאחרת כרוכה בפגיעה גופנית בחפים מפשע, ייתכן שיהיה כלל שלפיו יש להעדיף תמיד את החלופה הראשונה על פני השנייה, אף זאת בשל העדפה לקסיקלית של הערך שאין לפגוע פיזית בבני אדם על פני הערך שאין להגביל את תנועתם.¹²

המחברים מציעים שיכול שפונקציית הסף תהיה כזו שתתיר התחשבות בנזקים או בטובות הנאה מסוימים בלבד, אך לא באחרים. למשל, ייתכן שפונקציית הסף תאסור להביא בחשבון, בעת קבלת החלטה אם ראוי להרוג מעטים כדי להציל רבים, שהריגת המעטים אף תמנע נזקים קלים, חולפים, מאחרים. כן ייתכן שפונקציית הסף לא תתיר לשקול שהריגת המעטים תפחית סיכון לרבים אחרים, להבדיל מהצלתם הוודאית.¹³

10 שם, בעמ' 94.

11 שם, בעמ' 81-87.

12 המחברים מבהירים במקום אחר בספר, שכאשר יש לבחור בין חלופות, היתרון השולי של האחת על פני האחרת צריך להיות שיקול מרכזי. ראו שם, בעמ' 149-150, ו-155-156. בנוסף ראו דיון להלן פרק ב.2.

13 שם, בעמ' 90-91.

המחברים מעלים את האפשרות שיהיו מקרים שבהם סיכונים קטנים לחיים יובאו בחשבון, אך לסיכום שלהם יינתן משקל קטן מזה שיינתן לסיכום של סיכונים גדולים.¹⁴ ולכן אם למשל מותר להרוג אדם אחד כדי להציל חמישה, אין משמעו שמותר להרוג אחד כדי להציל 20 מפני מוות בהסתברות של 25%. במקרה האחרון ייתכן שיידרש מספר גדול יותר של "ניצולים" כדי להצדיק את הריגתו של האחד. בדומה לכך ייתכן שחיי של הקרבן המזוהה יקבלו משקל רב מזה של חיי קרבן שאינו מזוהה גם אם חיי השניים מצויים באותה הסכנה.

לבסוף המחברים מעלים את האפשרות שייקבע משקל שונה בפונקציית הסף למניעת נזקים, להבדיל מיצירת טובות הנאה.¹⁵ וכך גם אם יהיה מותר בשיטה מסוימת לפגוע פיזית באדם אחד כדי למנוע קיצור חיים של חמש שנים מעשרה בני אדם, אין משמעו שמותר לפגוע באדם אחד כדי להאריך בחמש שנים את חייהם של עשרה בני אדם. יכול שפגיעה באדם לעולם לא תותר כדי ליצור טובות הנאה, אך יכול גם שפגיעה כזו תותר רק אם התועלת תהיה רבה במידה ניכרת ממניעת הנזק שהייתה נדרשת כדי לאפשר את אותה הפגיעה.

כאמור, המחברים אינם מציעים מתכונת קבועה או אחידה לפתור את המתח בין שיקולים תוצאתניים לבין שיקולים דאונטולוגיים אלא שיטה או דרך מחשבה. הם מציעים מגוון אפשרויות שמתוכן על האתיקן, המשפטן האקדמי, המחוקק או מחליט ההחלטות, לבחור. לאחר מכן, בפרק החמישי, המחברים דנים בפירוט בביקורות אחדות שאפשר להעלות נגדם ודוחים אותן אחת לאחת. הם דנים בין היתר בטיעון ששיטתם תפגע בניטרליות של הניתוח הכלכלי, שתעשה קומודיפיקציה לערכים שונים ושתפגע בתפקיד האקספרסיבי של המשפט.

בשאר הספר מיישמים המחברים את המסגרת האנליטית המוצעת שהם מציעים בכמה תחומי משפט שבהם בא לידי ביטוי בולט המתח שבין הניתוח התוצאתני, בעיקר הניתוח הכלכלי, לבין השיקולים הדאונטולוגיים. לאורך כל הדרך שומרים המחברים על קשר בין החלק היישומי של הספר לחלקו התאורטי, ולקורא יש תחושה שהתאוריה של המחברים מזינה היטב את החלק היישומי. בפרק השישי לספר נדון המאבק בטרור והדילמות שמאבק זה מעורר: האם מותר לחסל טרוריסטים לאחר מעשה לא לשם מניעה של נזק שהם עומדים לגרום אלא לשם הרתעה או ענישה? כיצד יש להתייחס לסיכון של פגיעה בחפים מפשע תוך כדי המלחמה בטרור? באילו נסיבות, אם בכלל, עניינים לשם מניעת נזקי טרור מותרת? ועוד. הפרק השביעי עובר לדון בחופש הביטוי, מציג את הניתוח הכלכלי המסורתי שלו, עומד על החשיבות של חופש הביטוי מנקודת מבט דאונטולוגית ומציע כיצד לקבוע סף למגבלות הדאונטולוגיות על הניתוח הכלכלי

14 שם, בעמ' 89–91.

15 שם, בעמ' 91–92.

במצבים שונים.¹⁶ הפרק השמיני עוסק בדינים נגד הפליה במגזר הפרטי. אף כאן עומדים המחברים על המגבלות הדאונטולוגיות האוסרות הפליה גם כאשר היא יעילה אלא אם התועלת גדולה דייה כדי לעבור את הסף הנדרש ולהפוך את ההפליה למותרת. המחברים מבחינים בין סוגי הפליות שונות ומפרטים בין היתר אילו נזקים וטובות הנאה צריכים להיות מובאים בחשבון ואילו לא.

הפרק התשיעי של הספר עוסק בדיני חוזים, ואליו אתייחס בפירוט בחלק הבא, והפרק העשירי והאחרון עוסק בפטרנליזם משפטי. כמו הניתוח הכלכלי הסטנדרטי, אף הניתוח הכלכלי הכפוף למגבלות דאונטולוגיות שעורכים המחברים בפרקים השונים של הספר נעשה לפעמים באורח מילולי ולפעמים תוך שימוש בנוסחאות שנועדו להמחיש את היחס שבין הגורמים השונים שיש להביא בחשבון.

2. נקודות למחשבה

(א) דרכים שונות לאזן בין שיקולים תוצאתניים לדאונטולוגיים
הספר מציע תאוריה המושתתת על שלושה אדנים: א. ניתוח כלכלי (או תוצאתני) הוא בררת המחדל; ב. אם יש מגבלה דאונטולוגית הניתוח הכלכלי נדחה מפניה; ג. אך אם הנזק או אבדן הרווחה החברתית שבאכיפת המגבלה הם גבוהים דיים, יש לפעול על פי הניתוח הכלכלי.¹⁷

קיימות לפחות שתי דרכים אחרות שעל פיהן אפשר לאזן בין שיקולים של רווחה חברתית לבין שיקולים דאונטולוגיים:

על פי הדרך האחת, שנקרא לה "דאונטולוגיה כבררת מחדל", לא ניתוח עלות-תועלת אלא הניתוח הדאונטולוגי דווקא הוא בררת המחדל, ורק אם פעולה לפי זה האחרון מביאה לנזק גדול העובר סף מסוים, יש להעדיף את התוצאה המוכתבת על ידי ניתוח עלות-תועלת. נניח למשל שעל שיטת משפט מסוימת לקבוע אם להטיל אחריות פלילית, או נזיקית, על חולה נפש. נניח ששיקולים דאונטולוגיים פועלים לשני הכיוונים, והאזון ביניהם מביא בסופו של דבר לתוצאה שאין להטיל אחריות כזו. עוד נניח ששיקולי עלות-תועלת תומכים באופן מתון בהטלת אחריות על חולה הנפש. מאחר ששיקולים דאונטולוגיים פועלים לשני הכיוונים, ספק אם קיימת במקרה כזה מגבלה דאונטולוגית בשיטה המשפטית. לכן לשיטתם של המחברים, שיקולי עלות-תועלת צריכים להכריע את הכף. לעומת זאת לפי הדרך "דאונטולוגיה כבררת מחדל", השיקולים הדאונטולוגיים

16 שם, בעמ' 218–221, מציעים המחברים הסברים מעניינים להבחנה בין היקף ההגנה השונה הניתן לסוגים שונים של ביטוי (מסחרי, פוליטי וכו'), ואף מעלים הסבר חדשני מדוע, בניגוד לעולה מן הניתוח הכלכלי המסורתי, אין חשיבות לתועלת של ביטויים אלא רק לעלויותיהם.

17 במקרים מסוימים, לטענת המחברים, חישובי עלות-תועלת עצמם יהיו כפופים למגבלות דאונטולוגיות. ראו הדיון להלן, חלק א, פרק 2.1.

היו מכריעים את הכף אלא אם שיקולי עלות-תועלת היו מושכים חזק מאוד לכיוון ההפוך, תנאי שאינו מתקיים בדוגמה שלנו.

ההבדל בין שתי השיטות, זו של המחברים ו"דאונטולוגיה כבררת מחדל", יכול להיות תאורטי גרידא אם הנחתנו היא שבכל מקרה נתון או שיש מגבלה דאונטולוגית, או שהטיעון הדאונטולוגי הוא ניטרלי לחלוטין ואינו מכתיב פתרון כלשהו. אך אם הנחה זו אינה נכונה, וקיימים מקרים בתוך "התחום האפור" שבהם על אף היעדרה של מגבלה דאונטולוגית ניתוח דאונטולוגי מניב תוצאה מסוימת ולא אחרת, הפער בין שתי השיטות עשוי להיות משמעותי.

לכאורה, ניתוח דאונטולוגי אינו מכיר בתחום אפור כזה: אם הניתוח הדאונטולוגי מביא למסקנה שאין לבצע פעולה מסוימת, תמיד ביצוע הפעולה יהווה הפרה של המגבלה הדאונטולוגית. אך מסקנה זו אינה הכרחית בתוך השיטה המשפטית במצב שבו קיימות כמה טענות דאונטולוגיות שאינן עולות בקנה אחד זו עם זו, וכל אחת מהן מביאה לתוצאה שונה. במקרה כזה על השיטה המשפטית להכריע, או לבצע איזון כלשהו, בין הטענות או התאוריות הדאונטולוגיות.¹⁸ איזון כזה יכול למשל להעדיף טענה אחת על פני האחרת, אך בה בעת לא ליצור מגבלה דאונטולוגית שתמנע, לפי שיטת המחברים, ניתוח עלות-תועלת. במצב עניינים כזה עשוי להיות הבדל משמעותי אם בררת המחדל היא הניתוח הדאונטולוגי, שמביא לתוצאה אחת, לעומת ניתוח העלות-תועלת שעשוי להביא לתוצאה אחרת. נניח שבדוגמת חולה הנפש קיימים טיעונים דאונטולוגיים המתמקדים ביחס של כבוד לחולה הנפש והמלמדים שאין להטיל עליו אחריות. טיעונים דאונטולוגיים אחרים, המושתתים על תפיסה אחרת של כבוד לחולה הנפש או של קרבתו מלמדים שיש להטיל עליו אחריות.¹⁹ השיטה המשפטית מבקשת להכריע בין שתי הטענות. נניח שטנטיבית היא הכריעה שאין להטיל אחריות על חולה הנפש. עתה עולה השאלה אם מסקנה זו צריכה להשתנות כאשר ניתוח עלות-תועלת מושך במתינות לכיוון של הטלת אחריות. במקרה זה תיתכן טענה שהשיטה איננה מכירה במגבלה דאונטולוגית, ולכן לפי שיטת המחברים, ניתוח עלות-תועלת הוא הפתרון ותוטל אחריות על חולה הנפש. לפי השיטה "דאונטולוגיה

18 המחברים ערים לצורך באיזון כזה. ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 81.
 19 לדין בשאלת אחריותו של חולה הנפש בניזיקין, ראו רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג (פורסם בנבו, 2.12.2007). לדין בשאלת אחריותו של חולה הנפש מנקודת מבט דאונטולוגית, ראו Avihay, Dorfman, *Reasonable Care: Equality from Beginning to End* (on file with author), עותק אלקטרוני זמין ב: <http://ssrn.com/abstract=1562576>.

כבררת מחדל", הניתוח הדאונטולוגי הוא שיקבע, ולכן לא תוטל אחריות על חולה הנפש.²⁰

דרך אחרת לאזן בין שיקולים דאונטולוגיים לבין שיקולים תוצאתניים, כגון שיקולי רווחה חברתית, היא להחיל את הראשונים בתחומים מסוימים ואת האחרים בתחומים אחרים. נדמה שדרך איזון כזו נפוצה בשיטות המשפט השונות ואף בשיטת משפטנו. קחו למשל את דיני הנזיקין. נניח שעולה השאלה אם ראוי להטיל אחריות מוחלטת על אדם אף אם אין בו כל אשם לתאונה, ואף אם הקרבן הוא שגרם לה.²¹ עוד נניח, וכמובן שהעניין יכול להיות שנוי במחלוקת, שבאופן רגיל הטלת אחריות בנסיבות כאלה מפרה ציווי דאונטולוגי, אך עם זאת יש בה כדי להביא להפחתת נזקי התאונות. נראה שאם מדובר בפעילות אשר באופן רגיל המזיקים הפוטנציאליים בה רוכשים ביטוח, או שיכולים לרכוש ביטוח בנקל, ההתנגדות הדאונטולוגית לא תשכנע את רובנו להימנע מהטלת אחריות. בסוג כזה של מקרים יש אולי מקום תמיד לתת עדיפות לשיקולי הרווחה החברתית, גם כאשר מופר ציווי דאונטולוגי. נכון שגם לפי שיטת המחברים אפשר להגיע לתוצאה כזו, אם ייאמר שעמידה במגבלה הדאונטולוגית תהיה די מזיקה כדי להצדיק את אי-העמידה בה.²² אך דרך אחרת היא לומר שבסוג כזה של פעילות אין מקום להתחשב כלל במגבלות דאונטולוגיות. אין מדובר אפוא בדרך איזון אחרת, מהותית, מזו שמציעים המחברים אלא בנקודת מבט שונה.

(ב) בחירה בין חלופות והקשר לקביעת הסף

המחברים מתייחסים למצבים שבהם קיימות כמה חלופות של התנהגות אשר כולן מפרות מגבלות דאונטולוגיות. לשיטתם, כל החלופות אשר עוברות את הסף הנדרש להסרת המגבלה הן מועמדות אפשריות לפעולה, והבחירה ביניהן תהיה לפי ניתוח של עלות-תועלת (אלא אם יש עדיפות לקסיקלית לאפשרות אחת על פני האחרת).²³ למשל, נניח שעומדות בפני אדם שלוש דרכי פעולה: הריגת שני בני אדם כדי להציל 280 מתוך 500, הריגת שלושה בני אדם כדי להציל 290 מתוך אותם ה-500 או אי-הצלת איש מבין

20 דרך אחרת לנסח את הטעון היא שאפשר לחשוב על שיטה שבה כאשר יש מחלוקת דאונטולוגית, יכריעו שיקולי עלות-תועלת (שיטת המחברים), לעומת שיטה אחרת, שבה שיקולי עלות-תועלת יכריעו רק אם הם מושכים באופן חזק לכיוון מסוים (השיטה "דאונטולוגיה כבררת מחדל").

21 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 780.

22 או שייאמר שאין כאן מלכתחילה הפרה של מגבלה דאונטולוגית, לפחות אם רכישת הביטוח היא חובה.

23 ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 81.

ה-24,500 עוד נניח שהמגבלה הדאונטולוגית היא של הכפלה, והגורם הקבוע הוא 90, ובמילים אחרות: מותר להרוג חפים מפשע אם מספרם של אלה שיינצלו יהיה גדול בסך הכול פי 90 מזה של אלו שהיה צריך להרוג לשם כך. בנסיבות אלו כל שלוש החלופות הן מותרות, במובן זה שהמגבלה הדאונטולוגית אינה אוסרת אותן. לשיטת המחברים, יש להעדיף את האפשרות השנייה, שכן היא מביאה לחיסכון בחיים של 287 בני אדם שעה שהאפשרות הראשונה מביאה לחיסכון בחיים של 278 בני אדם בלבד. האפשרות השלישית היא לכאורה הגרועה מבין השלוש, שכן פעולה על פיה לא תביא לחיסכון כלשהו בחיי בני אדם.

מסקנה זו של המחברים מפתיעה ונראית בלתי קוהרנטית עם פונקציית הסף שלפיה הוכשרו שלוש החלופות. הדרך הפשוטה ביותר להבין מדוע היא להתמקד בהבדל שבין החלופה הראשונה לשנייה או ביתרון השולי של החלופה השנייה על פני הראשונה. לפי החלופה השנייה יהיה צורך להרוג עוד אדם כדי להציל עוד עשרה בני אדם. אם מתייחסים ברצינות למגבלה הדאונטולוגית, שלפיה היחס בין אלו שמותר להקריב לבין הניצולים צריך להיות לפחות 1:90, אין זה ברור מדוע מגבלה זו אינה מחייבת לבחור בחלופה הראשונה דווקא ולא בשנייה, שאם לא כן יתאפשר להרוג אדם אחד כדי להציל עשרה בני אדם בלבד. למעשה, אף המחברים מציינים שקיימים מקרים שבהם שתי חלופות (או יותר) יעברו את המגבלה הדאונטולוגית, אך היות שיש יחס לקסיקלי ביניהן, תועדף האחת (בעלת העדיפות הלקסיקלית) על פני האחרת גם אם היא טובה פחות משיקולים של עלות-תועלת.²⁵ לפיכך אין זה ברור מדוע טיעון דומה, או היגיון דומה, אינו מביא להעדפת החלופה הראשונה על פני השנייה גם בדוגמה שלנו. בקצרה, המחברים מחילים את פונקציית הסף רק בשלב שבו הם קובעים אם פעולה מסוימת עוברת את הסף הנדרש, אך מתעלמים מן ההיגיון שבפונקציית הסף בשלב שבו יש לבחור בין האפשרויות השונות שעברו את הסף. אכן, בהמשך הספר, בחלק היישומי שלו, נראה שהמחברים מבינים נקודה זו ומציינים במפורש שחשוב לבחון את התועלת נטו שיש בדרך הפעולה שמוסריותה נבדקת, ולא רק את הערכים המוחלטים שלה.²⁶ דרך אחרת לבקר את המסקנה של המחברים באשר להעדפת החלופה השנייה על פני הראשונה היא שגם אם שתי החלופות מותרות, הרי שאין לחייב את מקבל ההחלטה לבחור את החלופה השנייה; לכל היותר יש לו אופצייה לעשות כן. אכן, המחברים עומדים על כך שלעתים ציוויים דאונטולוגיים ימנעו מלחייב אדם לבחור את הבחירה

24 לדין בדוגמה זו ראו שם, בעמ' 81-83. לטיעון כללי שאין להעדיף את חיי המעטים על פני הרבים ראו John M. Taurek, *Should the Numbers Count?*, 6 *PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* 293 (1977).

25 ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 83.

26 שם, בעמ' 149-150, 155-156.

הטובה יותר לפי ניתוח עלות-תועלת,²⁷ והדוגמה שלנו עשויה להיות מקרה כזה. אגב, המחברים טוענים שאף החלופה השלישית, שעל פיה לא יינצל איש, היא מותרת, שכן למעשה היא אינה מפרה מלכתחילה את המגבלה הדאונטולוגית, אך הם מדרגים אותה כשלישית, שכן לפי ניתוח עלות-תועלת היא הגרועה ביותר. ברם גם מסקנה זו אינה הכרחית כלל: מהיותה של החלופה השלישית הגרועה ביותר במושגי עלות-תועלת אין להסיק כי אסור לבחור בה. אפשרות אחת היא שקיימת אופציה שלא לבחור בה אף על פי שהיא מותרת; אפשרות אחרת היא שעקב המספר הגבוה מאוד של ניצולים פוטנציאליים אסור לבחור בה. השאלה אם מדובר במקרה זה באופציה או באיסור אמורה לקבל מענה בשיטה המשפטית, על פי ערכיה.

בקצרה, מהסיבות שהובאו בפסקה הקודמת, ההיגיון הפנימי של התאוריה של המחברים מחייבת לדעתי שהחלופה הראשונה תועדף על פני השנייה. מיקומה של החלופה השלישית ברור פחות: רק אם השיטה המשפטית תגיע למסקנה שזהו מקרה שבו ראוי שתהיה חובה – להבדיל מרשות – להרוג חפים מפשע כדי להציל רבים, הבחירה בחלופה השלישית תהיה אסורה, והיא אכן תהיה הגרועה מבין שלוש החלופות המוצגות על ידי המחברים.

(ג) סיכונים גדולים וקטנים

בעקבות כותבים אחרים המחברים מעלים את האפשרות שיכול שמגבלה דאונטולוגית תאסור לשקול בתוך ניתוח העלות-תועלת נזקים וטובות הנאה מסוימים או שתחייב לתת להם משקל שונה מזה הנדרש לפי ניתוח עלות-תועלת. בין היתר מעלים המחברים את האפשרות שלהפחתה קטנה של סיכון לחיים יינתן בשיטה המשפטית ערך קטן מזה שיינתן להפחתה גדולה של סיכון לחיים, זאת מלבד המתבקש מכך שתוחלת הנזק במקרה של סיכון גדול גבוהה יותר, בהגדרה, מתוחלת הנזק של סיכון קטן.²⁸ במילים אחרות, אימוץ מגבלה דאונטולוגית כזו יביא לידי יחס לא-ליניארי בין סיכון לחיים (ואולי לגוף) לבין הערך החברתי שיינתן להפחתת הסיכון (או לבין העלות החברתית שתינתן להגדלתו). לכן אם יש לבחור בין הגדלת סיכון של 25% לארבעה בני אדם לבין הגדלת סיכון של 1% ל-200 בני אדם, המגבלה הדאונטולוגית האמורה עשויה לחייב בחירה באפשרות השנייה אף שסך הסיכונים על פי אפשרות זו יהיה גדול יותר.

טיעון זה אינו פשוט, במיוחד במקרים שבהם הסיכונים נוצרים כלפי קבוצות אוכלוסייה גדולות באופן חוזר ונשנה. לטווח ארוך, מדיניות שמעדיפה השקעה בסיכונים גדולים לחיי אדם על פני השקעה בסיכונים קטנים תביא לידי כך שיותר בני אדם ישלמו בחייהם ובבריאותם. לכן אם בבית חולים שמצויים בו אנשים בעלי סיכונים

27 שם, בעמ' 46-47, 83-84, 98-103.

28 שם, בעמ' 89-91.

גדולים ואחרים בעלי סיכונים קטנים נכונות ההשקעה בבריאותם של בעלי סיכונים תעלה עם גודל הסיכון באופן לא-לינארי, יותר בני אדם יקפדו את חייהם. אמת, בדוגמת בית החולים יהיו רבים שיאמרו שאין כל הפרה של ציווי דאונטולוגי, ממילא לא חלה כל מגבלה דאונטולוגית, ועל כן אף אין סיבה שנכונות ההשקעה של בית החולים לא תעלה עם גודל הסיכון באופן לינארי. ויש אף להדגיש שזמיר ומדינה אינם משתמשים בדוגמת בית החולים או דומה לה. אך טענתי היא שאם תאוריה דאונטולוגית נותנת משקל מיוחד לסיכונים גדולים לעומת סיכונים קטנים בהקשר אחד (למשל, כאשר עולה השאלה אם מוצדק להרוג אדם חף מפשע כדי להפחית סיכונים לרבים אחרים), ההיגיון הפנימי של גישה כזו מחייב שכך תעשה אף בהקשר אחר, שבו אדם או מוסד נדרש לבחור בין הגדלה או הפחתה של סיכונים גדולים לעומת הגדלה או הפחתה של סיכונים קטנים.

מכל מקום, הטיעון של היחס הלא-לינארי בין גודל הסיכון לבין הערך החברתי שבהקטנתו (או העלות החברתית שבאי-הקטנתו), בעייתי ככל שיהיה, עולה לכאורה גם מתוך הניתוח הכלכלי בלא כל קשר לטענות דאונטולוגיות. הניתוח הכלכלי מאמץ נכונות לשלם או לקבל כסף כמדד להערכת התועלת החברתית בהפחתת סיכונים לחיים ולגוף. נתונים אמפיריים מלמדים שהנכונות של בעלי סיכונים לשלם כסף כדי להפחית סיכונים (או לקבל כסף בתמורה להסכמתם להגדילם) עולה עם גודל הסיכון שבו מצוי האדם, באופן לא-לינארי. לפיכך משיקולים של רווחה חברתית, ובלא צורך להיזקק לטיעונים דאונטולוגיים, יש מקום לכאורה להתייחס "ברצינות" רבה יותר לסיכונים הגדולים.²⁹ במאמר שכתבתי עם ד"ר אבי טבח טענו שמנקודת מבט חברתית טענה זו מוטעית.³⁰ על פי טענתנו, שלא כאן המקום להיכנס לפרטיה, כאשר בני אדם מוכנים לשלם סכום כסף כדי להפחית סיכונים לחיים, סכום זה מופחת בעיניהם בהסתברות שלמרות הפחתת הסיכון הם ימותו ולא יוכלו ליהנות מכספם כפי שנהנו ממנו בחייהם (הנחתנו היא שבני אדם אלו מייחסים לכספם ערך נמוך יותר במקרה של מוות מאשר בחייהם). לכן ככל שהסיכון שבו יימצאו לאחר הפחתת הסיכון יהיה גדול יותר, כך נכונותם לשלם להפחתת הסיכון תגדל. טענתנו היא שבשל כך אי אפשר "לסמוך" על נכונות לשלם או לקבל כסף

29 ראו Eric Posner & Cass Sunstein, *Dollars and Death*, 72 U. CHI. L. REV. 537, 587-590 (2005); Jennifer Arlen, *Tort Damages*, ENCYCLOPEDIA OF L. & ECON. 709 (1999); RICHARD L. REVESZ & MICHAEL A. LIVERMORE, RETAKING RATIONALITY: HOW THE COST-BENEFIT ANALYSIS CAN BETTER PROTECT THE ENVIRONMENT AND OUR HEALTH (2008), אשר דן בדרכים שונות להעריך חיי אדם, והתומך באופן כללי בנכונות לשלם כאמת מידה טובה במצבים שבהם בני אדם כפופים לסיכוני חיים קטנים.

30 Ariel Porat & Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Death, Wealth and Damages*, 13 AM. J. L. & ECON. REV. 45 (2011); John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser, *Willingness to Pay and the Distribution of Risk and Wealth*, 104 J. POL. ECON. 747 (1996).

כמדד לערך החברתי בהפחתת סיכונים, ויש לבצע התאמה המביאה בחשבון את גודל הסיכון. התאמה זו מביאה למסקנה שבניגוד לדעה המקובלת בין אנשי משפט וכלכלה, הערך החברתי בהפחתת סיכון מקיים יחס לינארי עם גודל הסיכון המופחת. לפיכך מבחינה חברתית מוטב להפחית סיכון של 1% ל-200 בני אדם מסיכון של 25% ל-4 בני אדם.

תאוריה דאונטולוגית המציעה להתייחס לסיכונים גדולים "ברצינות" רבה יותר, אפילו בהקשרים שבהם מופרת בכירור מגבלה דאונטולוגית, אמורה לדעת לטעון ליחס כזה לסיכונים גדולים אף בהקשרים אחרים. הסברתי מדוע טיעון כזה הוא בעייתי במיוחד במקרים שבהם הסיכונים נוצרים כלפי קבוצות אוכלוסייה גדולות באופן חוזר ונשנה, אך באופן חוזר טיעון זה עולה בקנה אחד עם מה שנטען, לדעתי בטעות, על ידי רבים מאנשי הניתוח הכלכלי.

ב. היישום: דיני חוזים

1. הצגת הטענות

אחד מן התחומים שבו מיישמים המחברים את התאוריה שלהם הוא דיני החוזים. הם מוצאים שיש מקום לכמה מגבלות דאונטולוגיות על הניתוח הכלכלי של דיני החוזים, מקצתן מתייחסות לתחום כריתת החוזה ואחרות לתחום התרופות בגין הפרת חוזה.

בתחום הכריתת מתמקדים המחברים בהטעיה ובאי-גילוי. שאלה חוזרת ונשנית בתחום זה היא עד כמה אפשר להרשות לצד אחד לחוזה להטעות את הצד השני או לא לגלות לו מידע. במקרים רבים קיימת הצדקה כלכלית חזקה למניעת הטעיה ולחיוב בגילוי מידע: ככל שלצדדים לחוזה יש מידע רב יותר, גדל הסיכוי שהם יכנסו לעסקאות יעילות אשר יגדילו את הרווחה של שניהם, וכך גם את הרווחה החברתית. אולם לעתים דווקא הטעיה ואי-גילוי יהיו מוצדקים כלכלית, מסיבות שונות: לעתים אין צורך שצד אחד יגלה מידע לצד השני, שכן הצד השני ישיג את המידע ממילא; לעתים גילוי מידע או אי-הטעיה יקטינו תמריצים לתור אחר מידע שיש לו ערך כלכלי; לעתים היעדר מידע דווקא יאפשר עסקאות יעילות אשר יימנעו אם תהיה חובה שלא להטעות או חובת גילוי.³¹

על אף היתרונות הגלומים לעתים בהטעיה ובאי-גילוי מנקודת המבט של השאת הרווחה החברתית, קיימות לטענת המחברים מגבלות דאונטולוגיות האוסרות הטעיה. לפיכך הם מציעים שהטעיה תהיה אסורה אלא אם התועלת הכלכלית שבה מקיימת את

31 ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 271–273.

דרישת הסף אשר ראוי להעמיד למגבלה.³² הם טוענים שבהקשר של חובות גילוי ואיסורי הטעיה טרום-חוזיים סביר שנוסחת הסף שתנחה את קובעי המדיניות המשפטית תיראה בין היתר כך: רק הטעיה שמזיקה לצד השני מפרה מגבלה דאונטולוגית; אין מניעה שצד יטעה לגבי ה-*reservation value* שלו (כלומר, מה המחיר המרבי שהקונה יהיה מוכן לשלם, או המחיר המינימלי שהמוכר יהיה מוכן לקבל); הטעיה מכוונת מפרה ציווי דאונטולוגי אך לא כן הטעיה רשלנית; כאשר הנזק מן ההטעיה לצד השני הוא תוצאה אגבית, הסף של המגבלה צריך להיות נמוך יותר מבמקרה שבו ההטעיה היא מטרתו של המטעה; אף על פי שכל הטעיה (להוציא זו הרשלנית ותמת הלב) מפרה מגבלות דאונטולוגיות, על הספים להשתנות על פי השאלה אם מדובר בשקר מתוכנן או בשקר ספונטני, בשקר מפורש או בשתיקה וכד'; על גודל הסף להיות קשור בטבורו בגודל הנזק שנגרם לצד המוטעה.

עוד טוענים המחברים שמאחר שהיתרונות הכלכליים שיש בהטעיה הם בדרך כלל במישור של הגדלת רווחים ולא במישור של מניעה או הקטנה של הפסדים, על הסף הנדרש כדי להצדיק את הסרתה של המגבלה להיות גבוהה מבמקרה של מניעת הפסדים. אשר לחובות גילוי, לטענת המחברים גם אם הגילוי מועיל כלכלית אך נוגד את האינטרסים של הצד בעל המידע, מנקודת מבט דאונטולוגית לא תמיד תהיה הצדקה להטיל חובת גילוי. אמנם מנקודת מבטה של הגישה הכלכלית בעל המידע היה חייב לגלות את המידע, אך שיקולים דאונטולוגיים מצדיקים ליתן לו אופציה לגלות את המידע או להותיר אותו חסוי – לפחות כל עוד אבדן הרווחה הנגרם עקב אי-הגילוי אינו עולה על סף מסוים (שכן גם לאופציות יש ספים).

בתחום התרופות (וביצוע החוזה) אפשר לחלק את טענות המחברים לשלוש (לאו דווקא לפי הסדר הכרונולוגי שלהן): ראשית, הפרת חוזה כשלעצמה מהווה הפרת מגבלה דאונטולוגית, ולכן הטענה שהפרה יעילה אינה מפרה מגבלה דאונטולוגית – אינה נכונה. שנית, למרות זאת, עקב עמימות ומתחים הן בתוך הניתוח הדאונטולוגי והן בתוך הניתוח הכלכלי של דיני התרופות, והיות שבמצב הידע הנוכחי האתגרים הניצבים בפני הצרנה של מגבלות דאונטולוגיות בתחום דיני התרופות הם גדולים, יש להימנע מהצרנת אילוצים דאונטולוגיים באמצעות פונקציית סף בתחום זה. שלישיית, בתחום דיני התרופות קיימים כמה כללים אשר אי אפשר להסבירם באמצעות הניתוח הכלכלי אלא רק בשיקולים דאונטולוגיים.

הטענה הראשונה והשלישית דורשות פירוט מסוים. נפתח בטענה הראשונה: כאן מתייחסים המחברים לטענה רווחת אצל אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, שהפרה יעילה היא למעשה מה שהיו הצדדים רוצים גם אם לא אמרו זאת במפורש בחוזה, ולכן אין בה כל פגם מוסרי. על כך עונים המחברים בשלושה נימוקים:³³

32 שם, בעמ' 274–277.

33 שם, בעמ' 265–267.

א. קיימת נטייה ברורה אצל בני אדם רבים להתייחס להפרה הנגרמת מעלייה חדה בהוצאות הביצוע בסלחנות רבה יותר מאשר להפרה אשר נגרמת מרצונו של המבצע להרוויח רווח נוסף מצד שלישי. לכן, לפחות לגבי ההפרה מן הסוג השני, אין זה נכון לומר שהצדדים לחוזה היו רוצים בה;

ב. אם אכן היו צודקים אנשי הניתוח הכלכלי שהצדדים לחוזה רוצים הפרה יעילה, לא היה מקום להטלת חובת פיצוי על המפר, שכן לכאורה לא עשה כל רע. המחברים ערים לתשובה אפשרית לטיעון זה, שעל פיה חובת הפיצוי נועדה להבטיח שהמפר יפנים את נזקי ההפרה ויפר רק כאשר ההפרה תהיה יעילה, ולכן ניתנת לו אופציה לקיים או להפר ולשלם פיצוי. אך תגובתם לתשובה זו היא שבפועל אין המפר מתייחס לחוזה שהפר כאופציה לקיים או לשלם פיצוי, שכן אין הוא מציע בדרך כלל פיצוי לנפגע בעקבות ההפרה;

ג. גם כאשר החוזה קובע חד-משמעית שעל המבצע לקיים את החוזה ולא להפר ולשלם פיצוי, יצדיקו אנשי הניתוח הכלכלי הפרה יעילה אף על פי שאין עוד לומר שהפרה יעילה עולה בקנה אחד עם רצון הצדדים. מכאן שלא רצון הצדדים הוא שבאמת עומד בבסיס תורת ההפרה היעילה.

אשר לטענה השלישית (כללים המוצדקים דאונטולוגית אך לא כלכלית), המחברים מציעים שתי דוגמאות עיקריות:³⁴ הדוגמה האחת עניינה בהבחנה שקיימת בשיטות המשפט השונות בין פיצוי מוסכם על איחור בביצוע לבין תשלום בונוס על החשת הביצוע. למשל, יכול חוזה לקבוע שעל הקבלן לבצע את החוזה עד ה-1.1.2011 במחיר X, ועל כל יום איחור ישלם פיצוי מוסכם של 500 דולר. לחלופין יכול החוזה לקבוע כי יש לבצע את החוזה עד ה-1.2.2011 במחיר X מינוס 15,000 דולר כאשר על כל יום בהקדמתה של השלמת הבנייה יקבל הקבלן בונוס של 500 דולר. לעומת המקרה הראשון שבו בית המשפט עשוי להתערב בשיעור הפיצוי שכן מדובר בפיצויים מוסכמים שהזכות להם קמה בגין הפרת חוזה, במקרה השני לא יתערב בית המשפט, שכן אין מדובר בהפרת חוזה. לטענת המחברים, בכך נותן הדין נפקות לשאלה אם מדובר בהפרת חוזה או לא, אף על פי שמבחינה כלכלית מדובר בהסדרים זהים לחלוטין. ללמדך, שהמשפט

34 הם מציעים שתי דוגמאות נוספות שם, בה"ש 136. הדוגמה האחת עניינה בכך שבתי המשפט אינם מנכים מן הפיצויים סכום המשקף את הסנקציה הלא משפטית המוטלת על המפר, ניכוי שעשוי להיות מוצדק מנקודת מבט כלכלית; הדוגמה השנייה עניינה בכך שלמרות בעיית הסתמכות-היתר של הנפגע על החוזה עקב הפיצוי המלא שלו הוא זכאי במקרה של הפרה, אין שיטות המשפט השונות בוחרות לשחרר את המפר מחובת פיצוי כדי לשפר את תמריצי הנפגע. לדעתי, לפחות הדוגמה השנייה אינה משכנעת. שחרור המפר מאחריות יהיה בעייתי מאוד מנקודת מבט כלכלית, שכן תמריציו לקיים את החוזה ייפגעו. פתרון ביניים אשר עשוי להיות אופטימלי הוא לאמץ את הגנת האשם התורם, הגנה הנוהגת בשיטות משפט רבות, ובכלל זה בשיטת המשפט הישראלי. ראו ע"א Eximin 3912/90 נ' טקסטיל והנעלה, פ"ד מז(4) 64 (1993). המשפט האמריקאי טרם אימץ אותה.

אינו אדיש, מן הבחינה הערכית, להפרת חוזה. הדוגמה האחרת עניינה בכלל שלפיו במקרה של ביטול חוזה לא תוגבל ההשבה בפיצויי ציפיה, וכך הנפגע יכול להיות במצב טוב מזה שבו היה אלמלא ההפרה. למשל, אם אדם מוכר נכס לאחר בעבור 10,000 דולר, לאחר התשלום ולפני שהוא מעביר לו את הנכס מחיר השוק יורד ל-8,000 דולר, והמוכר אינו מעביר את הנכס ובכך מפר את החוזה – זכאי הקונה לבטל את החוזה ולתבוע השבה בסכום של 10,000 דולר אף על פי ששווי הביצוע הוא רק 8,000 דולר. בכך רואים המחברים פתרון הנוגד את ההיגיון הכלכלי שלפיו הפיצוי צריך להיות לפי שווי הביצוע – ולא מעבר לכך – כדי לעודד הפרות יעילות.

2. נקודות למחשבה

(א) חשש למניפולציות

אתחיל בחלק העוסק בכריתת החוזה, בהצעה של המחברים לקבוע ספים שונים למגבלות הדאונטולוגיות לפי אופייה של הטעיה, וכן בטענתם שאין כל ציווי דאונטולוגי האוסר הטעיה רשלנית. מבלי להיכנס לשאלה הלא פשוטה – אם מנקודת מבט דאונטולוגית אכן יש הבדל בין שקר מפורש לבין שתיקה מטעה (במכוון) ולבין התנהגויות מטעות אחרות שנקט המטעה מתוך ידיעה שהן מטעות, כפי שסבורים רבים – טענתי היא שקביעת כללים שונים ביחס לסוגי הטעיות שונות המזיקות באותה מידה עשויה לתמרץ צדדים שרוצים להטעות את הצד השני לתמרץ את צעדיהם באופן ש"יכנסו" לתחום המסוכן להם פחות. למשל, צד מתוחכם דיו יימנע משקרים מפורשים אך ישיג את התוצאה שהוא מבקש להשיג בדרכים אחרות. למשל, הוא ינסה לעשות שימוש בצדדים שלישיים כדי להטעות מבלי שהדבר יתגלה ולאחר מכן יסתפק בהתנהגות מטעה שאינה שקר מפורש. תופעות כאלו יכולות לקרות כך או אחרת, אך יכול ששכיחותן תגבר אם סוגי הטעיה שונים יקבלו יחס שונה במשפט (ויש שיאמרו אולי שבפועל הם אכן מקבלים יחס שונה).

אך מעניין במיוחד הוא הדין השונה שמציעים המחברים להחיל על הטעיה מכוונת לעומת הטעיה רשלנית.³⁵ אמנם, הם מבהירים, היעדר מגבלה דאונטולוגית ביחס להטעיה רשלנית אין משמעו שהדין אינו יכול לאסור אותה, אך הקביעה שאין ציווי דאונטולוגי האוסר הטעיה רשלנית משמעה שעל הדין להיות כנראה, באופן כללי, מחמיר ביחס להטעיות מכוונות יותר מאשר ביחס להטעיות רשלניות. המחברים אינם מציינים זאת במפורש, אך מסקנה אפשרית מכך היא למשל שבמקרים מסוימים הטעיה רשלנית לא תהיה עילה לביטול החוזה (או לפיצויים בגין הפרתה של חובת תום הלב במשא ומתן), ואילו הטעיה מכוונת תהיה עילה לכך. אף על פי שקיימת אינטואיציה מוסרית חזקה לתמוך בתוצאה כזו, גם כאן יש לתת את הדעת על כך שצדדים מתוחכמים

35 השוו לדעה של דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 806–807 (ס' 15.26) (1992).

יכולים לגרום בנקל שהטעיה מכוונת תיראה כהטעיה רשלנית, ואף כאן עולה השאלה אם הדין השונה ביחס לשני סוגי ההטעיות יעודד אותם לעשות זאת.³⁶ יתרה מזו, פעמים רבות קו הגבול המוסרי בין הטעיה מכוונת לרשלנית אינו כה ברור וחד. התנהגות רשלנית היא לא אחת תוצאה של החלטה מודעת, מכוונת, להיזהר פחות. למשל, צד יכול להחליט לא להשקיע באמצעי זהירות (למשל לא להיזקק לשירותי עורך דין) מתוך הבנה שהסיכוי שיהיה רשלן בשלב מאוחר יותר יגדל. משטר משפטי של רשלנות (בדיני הנזיקין, אך גם בהקשר של הטעיה בדיני החוזים) מבטיח שכך או אחרת, אם יתשלם, הוא ישלם את המחיר. משטר משפטי המטיל סנקציות על התנהגות מכוונת אך לא על רשלנית (או הסנקציות שהוא מטיל במקרה הראשון חריפות מאלה שבמקרה השני) עלול לעודד התנהגויות מכוונות (שבית המשפט לא יבחין בהן) אשר יגבירו את הסיכוי שהתנהגות רשלנית תתרחש בעתיד.

(ב) ההפרה היעילה

המחברים טוענים נגד הטיעון שהפרה יעילה אינה מפרה מגבלה דאונטולוגית כי היא משקפת את רצונם של הצדדים לחוזה.³⁷ לדבריהם, על פי תאוריות דאונטולוגיות רבות כל הפרת חוזה היא הפרת מגבלה דאונטולוגית.

הטיעון הראשון של המחברים מבחין בין הפרה שהיא תוצאה של עלייה חדה בהוצאות ביצוע לבין הפרה שנועדה להוסיף רווח למפר מצד שלישי. לטענתם, לפחות ההפרה מן הסוג השני, אף אם היא יעילה, לא תעלה בקנה אחד עם רצון הצדדים לחוזה. לטענה זו, ככל שהיא מבקשת להסתמך על הדעה הפופולרית, יש סימוכין בניסויים שבהם גילו המשתתפים בניסוי יחס שלילי כלפי הפרות שנועדו להוסיף רווח למפר יותר מאשר כלפי הפרות שנועדו למנוע ממנו הפסד.³⁸ אולם ככל שמדובר בצדדים מתחכמים

36 סביר שקיימת טענה אנלוגית אף בהקשרים משפטיים אחרים שבהם מגבלות דאונטולוגיות יבחינו בין התנהגויות מכוונות לכאלו שאינן מכוונות. אימוץ משפטי של הבחנות אלו עלול לתמרץ את הפועל לגרום שמעשיו המכוונים יראו כבלתי מכוונים. כאשר סכנה כזו היא ממשית ומוחשית, וקשה להתגבר עליה בדרך ראייתית, על המשפט יהיה להביא זאת בחשבון. עניין זה חורג מתחום דיוננו.

37 לכתיבה חרשה בנושא זה מנקודת מבט כלכלית ראו Richd Posner, *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, in *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* 3 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010); Steven Shavell, *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts*, in *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* 257 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010). לטענה נגד תורת ההפרה היעילה מנקודת מבט דאונטולוגית ראו לאחרונה Seana Shiffrin, *Could Breach of Contract Be Immoral?*, 107 *MICH. L. REV.* 1551 (2009).

38 ראו Tess Wilkinson-Ryan, *Fault in Contracts: A Psychological Approach*, in *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* 289 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds. 2010). ליישומים שונים של התובנה שבני אדם מתייחסים באופן שונה להפסד שהינו חסרון כיס ולהפסד שהינו אבדן

אשר מבקשים להשיא רווחים מן החוזה, קשה לכאורה לראות מדוע נפגע בכוח לא יסכים להרשות למפר להפר גם כאשר ההפרה תביא להגדלת רווחיו מצד שלישי כל עוד הנפגע "מפוצה" על כך כראוי, מראש, במחיר החוזה, ובוודאי אם הפיצויים שיקבל במקרה של הפרה יהיו פיצויים מלאים (או כמעט מלאים). אמת, אפשר לטעון שהפיצויים כמעט לעולם אינם מלאים (או כמעט מלאים), ומטעם זה נפגעים רבים לא יסכימו ל"הפרה יעילה", אך טיעון זה חל על כל הפרה יעילה, לאו דווקא כזו הבאה עקב ניסיון להרוויח מהתקשרות עם צד שלישי.

עם זאת אפשר אולי להציע הבחנה בין שני סוגי ההפרות, אשר אם יש בה ממש היא עשויה לחזק את טענתם של המחברים אם כי מסיבות כלכליות ולא דאונטולוגיות. כאמור, המיוחד בהפרות שנועדו להביא רווחים למפר שהן תלויות בהופעתו של צד שלישי בזירה. ייתכן שפעמים רבות יש אסימטריה במידע בין המפר לבין הנפגע באשר לסיכויים שצד כזה יופיע. יתרה מזו, לעתים המפר יכול לפעול להגדלת הסיכוי שכך יקרה ואף יש לו עניין ברור לעשות זאת, וגם באלו יש אסימטריה בינו לבין הנפגע. עקב כך ייתכן שנפגעים יחששו להסכים להפרה כזו מתוך ידיעה שהפיצוי שיקבלו באמצעות המחיר, עקב האסימטריות האמורות, לא ישקף באמת את הסיכון שהם לוקחים על עצמם שהחוזה יופר (טיעון זה תקף רק בהנחה שהפיצויים בגין הפרה אינם מלאים, שאמלא כן היה הסיכון של הנפגע מן ההפרה אפס). המצב עשוי להיות שונה כאשר מדובר בהפרה הנובעת מייקור בעלויות הביצוע. אמנם ייתכן שגם כאן המידע שיהיה למפר בעניין זה יהיה רב מזה שיהיה לנפגע, אך למפר אין בדרך כלל יכולת מיוחדת, ובעיקר אין לו עניין מיוחד, להגדיל את עלויות הביצוע ולהפר את החוזה עקב כך. מכך נובע אולי השוני הקיים בין נפגעים ביחסם להפרה הנגרמת מעליית מחיר הביצוע ולהפרה הנגרמת משאיפתו של המפר להגדיל את רווחיו.

הטיעון השני של המחברים הוא שהטלת חובת פיצוי על המפר מלמדת שהדין מתייחס להפרה כדבר אסור ולא כהפעלת אופציה על ידי המפר כפי שעולה מתורת ההפרה היעילה. לכך קשה לי להסכים. למדנו עוד מקלברזי ומלמד³⁹ כי הדין מתיר, וראוי שיתיר, במקרים רבים גרם נזק בצד תשלום. כללי האחריות הם בדיוק כאלה, ולפי הגישה הכלכלית ההיתר להפר ולשלם אינו אלא כלל אחריות. המחברים צופים תשובה מעין זו ומציעים לדחות אותה מכיוון שלטענתם, בפועל מפרים אינם מתייחסים להפרה כהפעלת אופציה, שכן אילו התייחסו אליה בדרך זו היו מציעים פיצוי בעקבות ההפרה. בפועל, טוענים המחברים, אין הם עושים זאת.

רווח, בתחומי משפט שונים, ובכלל זה בדיני חוזים, Eyal Zamir, *Loss Aversion and Law's Formation*, זמין ב: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1638527.

Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

אף קו טיעון זה אינו משכנע. איני יודע אם מפרים מציעים בדרך כלל פיצוי בעקבות הפרה או לא. ממילא המקרים שבאים לבית המשפט, ושעליהם סומכים המהברים, אינם מדגם מייצג, שכן המקרים שמגיעים לבית המשפט הם בדיוק המקרים שבהם ההפרה גורמת לסכסוך בין הצדדים. ייתכן שקיימים מקרים רבים אחרים שבהם ההפרה מלווה בהצעת פיצוי. אך חשוב יותר: קשה ללמוד מהצעת פיצוי או מאי-הצעת פיצוי דבר לענייננו. הן גם אם אין מדובר באופציה, אדם ישר ומקיים חוק שמפר חוזה אמור להציע תשלום בגין הנזק שגרם, ממש כמו כל מי שפוגע באשמו בזולת. בעניין זה אחת היא אם מדובר באופציה או בחובה מוחלטת לבצע את החוזה. אדרבה, אולי זה שהפר חוזה מתוך מחשבה שאין לו אופציה להפר ולשלם, הוא שמצופה ממנו למהר ולהציע תשלום פיצוי, כמתחייב על פי הדין, עוד יותר מזה אשר חשב שיש לו אופציה כזו.

הטיעון השלישי והאחרון של המהברים בעניין זה הוא שגם כאשר החוזה קובע במפורש שאין אופציה להפר ולשלם, הגישה הכלכלית תתמוך בהפרה יעילה. אף לכך קשה לי להסכים. איני מכיר טענה כזו בספרות הכלכלית-משפטית, אך גם אם היא נטענה קשה לי לראות איך אפשר להגן עליה מנקודת מבט כלכלית. הגישה הכלכלית גורסת שמטרת דיני החוזים היא להקטין את עלויות המשא ומתן בין הצדדים לחוזה. לפיכך דיני החוזים קובעים ברורות מחדל שיתאימו לרוב הצדדים לחוזה, ודיני התרופות הם חלק מבררות המחדל.⁴⁰ צדדים שאינם חפצים בבררת מחדל רשאים לשנות אותה, שאם לא כן לא יתאפשר להם למקסם את התועלת שהם מפקים מן החוזה. קשה לראות כיצד בתוך מסגרת זו יכולה להשתלב הטענה שכאשר הצדדים קובעים במפורש שהחוזה שביניהם יבוצע בלא אפשרות להפרה ופיצוי, תוצדק התעלמות מרצונם זה. בכך אין כדי לטעון, כעניין של דין פוזיטיבי, שבתי המשפט יראו בקביעה של הצדדים שהם מעוניינים בסעד של אכיפה במקרה של הפרה, כמתחייבת את בית המשפט. אדרבה, יכול שתהיינה סיבות שאינן קשורות לרצון הצדדים שיצדיקו אף מן הבחינה הכלכלית אי-אכיפה בעין של החוזה אף על פי שהצדדים הביעו רצון נוגד (כגון שעלויות אכיפת החוזה מוחצנות לבית המשפט או ללשכת ההוצאה לפועל),⁴¹ או שייווצרו נסיבות שבהן למרות הסכמת הצדדים שהחוזה ייאכף בעין, האכיפה תגרום קושי גדול ובלתי צפוי למפר.⁴² אך

40 לטיעון כי לכללי בררת המחדל, ולדיני התרופות בכלל זה, יש לעתים גם תפקיד של הכוונת התנהגויות ראו ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה" עיוני משפט כב 685 (1999). לטיעון שלעתים כללי בררת מחדל הם עונשיים, במובן זה שהם פועלים לרעת הצד שיש לו מידע כדי לתמרץ את זה האחרון לגלותו לצד השני, ראו Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989).

41 ראו ס' 3(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. ראו גם בעניין זה Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 YALE L.J. 271 (1979).

42 ראו ס' 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

בהיעדר נסיבות מיוחדות מעין אלה איני חושב שאפשר לתמוך, מנקודת מבט כלכלית, בהתעלמות מוחלטת של בית המשפט מרצון מפורש של הצדדים שהחווה ביניהם יהיה חוזה שבו אין אופצייה להפר ולשלם פיצוי.

(ג) כללים לא יעילים בדיני התרופות?

האומנם קיימים כללים לא יעילים בדיני התרופות המוצדקים דאונטולוגית? קשה מאוד לדעתי למצוא כללים לא יעילים בדיני התרופות, לפחות למי שמתייחס אל התובנות הבסיסיות של הניתוח הכלכלי ברצינות. הטעם לכך הוא שלו היו כללים כאלו, היו הצדדים "עוקפים" אותם כדי להגדיל את התועלת שיפיקו מן החוזה, והמטרה להשריש כללים אלו הייתה נכשלת.⁴³ הדרך היעילה ביותר למנוע עקיפה כזו הייתה לאסור התניה עליהם, אך דרך זו עצמה, בהיעדר החצנות או פגמים ברצון, היא בעייתית כלכלית ודאונטולוגית גם יחד. אך כאמור, המחברים מספקים שתי דוגמאות עיקריות לכללים לא יעילים בדיני התרופות אשר לטענתם מוצדקים דאונטולוגית. בשורות הבאות אבחן דוגמאות אלו בקצרה:

הדוגמה הראשונה עניינה בהבחנה הנעשית בפסיקה בין פיצוי מוסכם על איחור בביצוע לבין תשלום בנזק על הקדמת ביצוע. לטענת המחברים, בתי המשפט מתייחסים התייחסות שונה לכל אחד משני ההסדרים אף על פי שכלכלית הם זהים. מכאן שבתי המשפט אינם אדישים, ערכית, לעצם העובדה שהופר חוזה.

איני משוכנע שדוגמה זו מוכיחה את מה שהמחברים רוצים להוכיח. ראשית, ייתכן מאוד שהיחס של המשפט לא יהיה שונה לכל אחד משני המקרים אם ברור בעליל שהסדר הבנוס אינו אלא פיצוי מוסכם במסווה. גם הפסיקה בישראל⁴⁴ וגם ה־Restatement האמריקאי של דיני החוזים⁴⁵ מלמדים שיש לבחון אם הסדר מסוים הוא פיצוי מוסכם או לא לפי המהות ולא לפי הצורה. ב־Restatement האמריקאי אחת מהערות העורך יחדה ל"הסוואת פיצוי מוסכם", ואחת הדוגמאות הניתנות בה להסוואת פיצויים מוסכמים – הסוואה שאותה על בית המשפט לחשוף – היא זו שבה הצדדים קובעים "a discount for prompt performance".⁴⁶ לפיכך אם ישתכנע בית המשפט, הישראלי או האמריקאי, שמחיר השוק של עבודה מסוימת הוא X, אך בפועל נקבע בחוזה מחיר נמוך בהרבה תוך מתן בנזק למבצע על הקדמת ביצוע שיביא את המחיר חזרה ל־X, הוא עשוי לקבוע שמדובר בפיצוי מוסכם גם אם הצדדים השתמשו במינוח אחר. עם זאת, אני מסכים עם

43 אך ראו מדינה, לעיל ה"ש 40.

44 לגישה מהותית אשר מגדירה את הפיצויים המוסכמים לפי המהות ולא לפי המינוח שנקט בחוזה, ראו ע"א 40/85 שמואלי נ' ג'פאלי, פ"ד מא(1) 701 (1987).

45 Restatement (second) of Contracts §356, cmt. c (1979).

46 שם.

המחברים שקיימים בתי משפט, בעיקר באנגליה, שאינם נוהגים כך, ובצדק נמתחה עליהם ביקורת נוקבת.⁴⁷

שנית, באותם מקרים שבהם הצדדים באמת ובתמים מתכוונים לבנוס ולא לפיצוי מוסכם במסווה – כגון שאם המבצע יקדים את הביצוע הוא אכן יזכה במחיר הגבוה ממחיר השוק – צודקים המחברים שבתי המשפט לא יתערבו, אך אילו היה מדובר בפיצוי מוסכם הם היו מתערבים. אכן, יש שיאמרו שיש בכך אנומליה מנקודת מבט כלכלית. אלא שאנומליה זו נובעת בראש ובראשונה מאנומליה אחרת (לפחות בעיני רבים), שפיצויים מוסכמים כפופים לביקורת שיפוטית ואילו תניות אחרות בחוזה, מכל מין וסוג, אינן כפופות לביקורת בעלת אופי דומה.⁴⁸ אנומליה אחרונה זו היא שמביאה לידי כך שהסדרים כה דומים זוכים ליחס שונה, ולא דווקא תפיסה ערכית של המשפט את הפרות החוזה.

שלישית, ביקורת מדוקדקת של בית המשפט אם פיצויים שבאים בעקבות הפרה, להבדיל מתשלום בנוס, אינם מופרזים אינה מלמדת דבר על יחס ערכי כלשהו להפרת חוזה. אדרבה, בחינת הפיצויים המוסכמים, אם מופרזים הם אם לאו, נועדה להגן על המפר. מכאן שדווקא ההגנה על המפר מפני הסיכון שישלם פיצוי מופרז טובה מזו של נותן הבנוס מפני הסיכון שישלם בנוס גבוה מדי.

הדוגמה השנייה של המחברים היא אכן דוגמה מעניינת ויפה. דיני החוזים יאפשרו לקונה ששילם 10,000 דולר לזכות בהשבה אף על פי שערכו של הנכס שרכש ירד ושוויו עתה הוא 8,000 דולר. הגישה הכלכלית הייתה מחייבת לכאורה פיצויי ציפייה של 8,000 דולר כדי לאפשר למוכר הפרה יעילה. עם זאת יש לומר שבמקרים שבהם מדובר בביצוע עבודה, יש מחלוקת בפסיקה ובספרות האמריקאית אם על ההשבה להיות מוגבלת בגובה פיצויי הציפייה.⁴⁹ למשל, אם קבלן ביצע עבודה שהעלתה את שווי המקרקעין של המזמין ב-10,000 דולר, ואילו המחיר שנקבע לתשלום הוא 8,000 דולר, והמזמין הפר, אין זה ברור אם יוכל הקבלן לתבוע 10,000 דולר כדמי השבה.⁵⁰ מכל מקום, צודקים

47 HARVEY MCGREGOR, ON DAMAGES 451 (18th ed. 2010).

48 ישנם כמובן מצבים רבים שבהם בית המשפט, והמחוקק, מתערבים בתוכן החוזה, אך זאת כאשר מדובר בתניות שיש להן השלכה על החברה או צדדים שלישיים, או מסיבות של פגמים ברצון, בעיות מידע מיוחדות, יחסי כוחות בלתי שווים וכדומה. ראו אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 76–71 (1997). לביקורת על הפיקוח ההדוק של בתי המשפט על סעיפי פיצויים מוסכמים, ראו Alan Schwartz, *The Myth that Promisees Prefer Supercompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damages Measures*, 100 YALE L.J. 369 (1990).

49 ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 768–770 (ס' 23.33) (מהדורה שנייה, 1998) והאסמכתאות האמריקאיות המובאות שם.

50 שם.

המחברים שניתוח כלכלי מסורתי היה מצדיק כנראה פיצוי בגובה אינטרס הציפייה, ולא מעבר לכך.⁵¹

סוף דבר

סיפרם החשוב מאוד של זמיר ומדינה, עוסק באחד הנושאים הקשים ביותר בתורת המשפט, ואולי אף בפילוסופיה של המוסר: אם אפשר, ואם כן כיצד, ליישב תוצאתנות עם דאונטולוגיה. בפועל כל שיטה משפטית מושפעת הן משיקולים תוצאתניים והן משיקולים דאונטולוגיים. מכאן הצורך לנסות ולהסביר, ואף להציע, כיצד אפשר ליישב ביניהם. זו המשימה השאפתנית שקיבלו על עצמם המחברים, ובה הם עמדו בכבוד רב. הם מפתחים בספרם בבהירות רבה תאוריה מפורטת לשילוב של שיקולים תוצאתניים, בעיקר של רווחה חברתית, עם שיקולים דאונטולוגיים.

בניגוד לחלק ניכר מן הכתיבה התאורטית, שהיא אבסטרקטית ואינה יורדת לפרטים, הספר של זמיר ומדינה יורד לשדה המשפט, "מפשיל שרוולים" ומיישם את התאוריה הלכה למעשה בכמה תחומים חשובים. הירידה לפרטים חשובה לא רק כדי שנדע כיצד ליישם את התאוריה, אלא כדי להבין אותה טוב יותר. אחרי הכול כוחה של תאוריה שנועדה למשפט היא היכולת ליישמה. תאוריה שנועדה למשפט ואי אפשר ליישמה, אינה תאוריה טובה.

במאמר קצר זה ניסיתי לחשוב "בקול" על התאוריה המוצעת בספר ולעורר כמה נקודות למחשבה. אשר ליישום, התמקדתי בדיני החוזים שכן זהו תחום שאותו אני מכיר טוב יותר מתחומי היישום האחרים שבהם בחרו המחברים. הביקורת שהייתה לי פה ושם על הטענות של המחברים אינה גורעת מאיכות התאוריה או מאיכות היישום, להפך: ככל שמאמר משפטי, קל וחומר ספר, מצליח לעורר דיון ומחלוקת, כך תרומתו חשובה יותר. הספר של זמיר ומדינה אינו יוצא מן הכלל מבחינה זו: הוא מרבה – וירבה – מחלוקת וויכוח, וזהו בלי ספק אחד מיתרונותיו הרבים.

51 בע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45 (1992) הביע השופט חשין עמדה, בדעת יחיד, שאין מניעה שהפיצוי יהיה בגובה אינטרס ההסתמכות אף כאשר הוא עולה על אינטרס הציפייה. דעה זו אינה עולה בקנה אחד עם הדין הנהוג במדינות אחרות, ובהיותה דעת יחיד אין היא קובעת את הדין בישראל. מכל מקום על עמדה מעין זו קשה מאוד להגן מנקודת מבט כלכלית.