

קוראים נכבדים,

אנו שמחים להגיש לכם חוברת זו, המוקדשת לניתוח הכלכלי של המשפט. בשנות החמישים, הוציאה אוניברסיטת הל-אביב כתב עת בשם "כלכלה ומשפט" שביקש לשלב במסגרתו פרסומים של כותבים משני התחומים. המעיין בחוברות אותו כתב עת יזכור כי אף שמספר מאמרים נוגעים בנקודת התפר, הרי שאין בחוברת זיקה בין הכתיבה בתחום האחד לתחום האחר למעט היותם משוכנים באותה אכסניה. החוברת הנוכחית מציגה משמעות אחרת לצירוף "כלכלה ומשפט": שימוש במתודות כלכליות כדי לנתח ולבחון את החומר המשפטי; בחינת הכלל המשפטי לאור משמעויותיו הכלכליות. כלכלה ומשפט שלובים זה בזה בכל מאמר ומאמר.

נראה שנקודת ההתחלה של הניתוח הכלכלי של המשפט מצויה במאמריהם של רונלד קוז מ-1960, וגוידו קלברזי מ-1961 ובמאמרו של ריצ'רד פוזנר שהופיע כעשור לאחר מכן. במאמרים אלו נפתח פתח לסוג חדש של כתיבה משפטית שרבתה והלכה והגיעה לשיאה בשנות השמונים. מבחינה זו יוצאת החוברת באיחור אחר ההתפתחות העולמית. כיום יש לניתוח הכלכלי תפקיד מוכר ונכבד בשדה המשפט. לאחרונה זכו שניים מהבולטים שבכותבים שבתחום זה: רונלד קוז וגרי בקר בפרסי נובל לכלכלה, האחרון ביחוד על תרומתו לניתוח כלכלי של גורמים חברתיים שונים בהם מוסדות וכללים משפטיים.

חלק ניכר מהכתיבה בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט דן בערך הנורמטיבי ה"כלכלי" שראוי שינחה את המערכת המשפטית: היעילות על משמעויותיה השונות (ראו גלעד). ובפרט בתפישת היעילות של הדובר הבולט ביותר של הניתוח הכלכלי של המשפט – ריצ'רד פוזנר – המציע את עקרון "מקסום העושר".

מאמרו של עלי זלצברגר סוקר את טיעונו של פוזנר בזכות עקרון מקסום העושר ומציג ביקורות מקובלות המופנות כלפיו. על רקע ביקורות אלו מציע הכותב עיקרון נורמטיבי חליפי. בתחילת המאמר ימצא הקורא סקירה של הרקע הפילוסופי וההתפתחויות ההסטוריות העומדים מאחורי הגישה הכלכלית אל המשפט.

המאמרים האחרים בחוברת מדגימים את השימוש בניתוח הכלכלי בכמה ענפי משפט:

בתחום דיני החברות בוחן אודיאל פרוקצ'יה, תוך שימוש בניתוח כלכלי תאורטי ובמחקר אמפירי, את הכלל הקלאסי לפיו חובות אמון זהירות של נושאי משרה בחברה מופנות כלפי החברה ובעליה, קרי: בעלי המניות, בלבד. הכותב מראה כיצד בסיטואציות מסוימות הבעלים השיווריים של החברה אינם בעלי המניות ומכאן הוא גוזר קבוצות נוספות בתאגיד כלפיהן יש, לדעתו, להפנות חובות אלו. אירית חביב-סגל פונה במאמרה כלפי עצם ההבחנה בין חובות אמון לחובות זהירות. החלק הפוזיטיבי של המאמר בוחן את מערכת התמריצים הפועלים על מנהלים – לגלוי מידע, ועל בעלי המניות – לשימוש במערכת המשפטית, ומגיע למסקנה שאין היא יעילה. בעקבות זאת מוצע, בחלק הנורמטיבי של המאמר,

להכניס שנויים בדין הקיים, הכוללים ביטול ההבחנה בין שתי החובות ואיתורן תחת חובת הרציונל העיסקי וכן שינויים במישור נטלי הראייה, שיאפשרו הפעלת התמריצים הראויים על הצדדים.

במאמר העוסק בדיני הנזיקין, סוקר ישראל גלעד את נקודות המוצא והגישות המקובלות במסגרת הניתוח הכלכלי בתחום זה. הוא מצביע על קשיים וחוסר אחידות בגישתם של גדולי הכותבים למושגים יסודיים כמו החצנת נזקים והפנמתם. עיקרו של המאמר עוסק בשאלה של מידע ומראה כיצד העדר שכלולו של השוק בהבט זה הופך את תפקידו של הניתוח הכלכלי ככלי המאפשר לקבוע את רמת ההרחעה היעילה, לכמעט בלתי אפשרי. הדגש של הניתוח הכלכלי בהקשר הנזיקי צריך לעבור משאלות של הרתעה לשאלות של פיזור, ומן הערך הכלכלי של יעילות להגשמת מטרות אחרות של המשפט.

אלון הראל מיישם את הניתוח הכלכלי על תחום שבו הוא נתפש כנטע זר, תחום המשפט הפלילי. המאמר יוצא מנקודת המוצא של העדר דוקטרינה של אשם תורם במשפט הפלילי, ומעלה תמיהות באשר להצדקה לכך הן מתוך שיקולי יעילות והן מתוך שיקולים של צדק חלוקתי. לאחר מכן כוחן המחבר את הרין הפוזיטיבי ומעלה את הטענה שיתכן ומובלעת הכרה באשם תורם גם במשפט הפלילי הקיים. הכתיבה הכלכלית מדגימה את השימוש בכלים מתחומי המתמטיקה והסטטיסטיקה, ובכלל זה נוסחאות, תרשימים וגרפים. עם זאת, הניתוח הכלכלי אינו נברל רק בכלים הנוספים, אלא בכך שהוא מעמיד לרשות המשפטן "שפה" בין-תחומית הישימה בכל תחום בו קיימים יחסים חברתיים. "שפה" המאפשרת לקיים דיון מאוחד בכמה תחומים משפטיים. כדי ליישם את המתודה הכלכלית על החומר המשפטי נדרש המשפטן, ששפה זו זרה לו, ללימוד מספר מושגי יסוד בכלכלה ולהתוודעות להנחות יסוד לגבי טבע האדם והשוק (על כך ראה מאמריהם של פרוקציה, ולצברגר וגלעד).

שימוש במתודה ובשפה הכלכלית אינם מחייבים אימוץ של הערך הנורמטיבי הכלכלי. בהחלט ניתן לעשות שימוש בניתוח כלכלי לבדיקת מידת האפקטיביות של הסדרים משפטיים בהגשמת מטרות וערכים חברתיים שונים כמו צדק, מוסר ושוויון – ערכים שאינם בהכרח כלכליים. על השוני בין שימוש בכלכלה כדי לקבוע את הערך החברתי לבין השימוש האינסטרומנטלי בה על מנת לבחון את התאמת המשפט להשגת ערכים "לא כלכליים" ניתן לקרוא אצל ולצברגר, גלעד וכן במאמרו של הראל אשר גם מדגים את השימוש בכלים כלכליים לצורך ניתוח מידת ההצלחה בהשגת מטרות של צדק חלוקתי.

אבחנה אחרת בספרות של הניתוח הכלכלי של המשפט היא בין כתיבה נורמטיבית – הבוחנת את המוסדות והסדרים המשפטיים הקיימים, לבין כתיבה נורמטיבית – המציעה לשנות את המצב המשפטי הקיים בהסתמך על ניתוח כלכלי. אף שמדובר בשני סוגים שונים של טיעונים, מרבית הכותבים בתחום מעלים טיעונים משני הסוגים. דוגמאות לכך ניתן למצוא במאמרים שבחברת זו.

הכתיבה הכלכלית מתאפיינת בכך שהיא נותנת תיאור שונה – אולי באופן רדיקלי – מהמקובל, של תהליך החשיבה המשפטי: לא רק שיקולי צדק ומוסר אלא (גם) פרמטרים כלכליים, ושיקולים של יעילות. לעומת זאת, אחת הטענות

המועלות כנגד הניתוח הכלכלי היא שלעיתים קרובות הוא מוביל למסקנות שמרניות המצדיקות ותומכות בכללים ובמוסדות המשפטיים הקיימים. עם זאת, לעיתים מוביל המבט הכלכלי דוקא למסקנה שיש לשנות את הכלל המשפטי הקיים. המאמרים של פרוקצ'יה, חביב סגל והראל משתמשים בניתוח כלכלי כדי לערער על כללים משפטיים הנתפסים כיסודיים בשיח המשפטי המקובל. פרוקצ'יה בשאלה של הכתובת אליה מופנות חובות זהירות ואמון, חביב סגל על עצם ההבחנה בין חובות אמון וזהירות והראל על ההצדקה להעדרה של דוקטורינת אשם הודם במשפט הפלילי, ועל הטענה המקובלת שהמשפט הפלילי מופנה אל העברייין בלבד ולא אל הקרבן. גם מי שלא ישתכנע מהטענות המועלות במאמרים יווכח שהניתוח הכלכלי והכלים שהוא נותן בידי המשתמשים בו מאפשרים נקודת מבט שונה על הכללים המשפטיים בהם הם עוסקים, ומאפשרים לערער הנחות שאליהן השיח המשפטי ה"רגיל" מתייחס – אולי באופן לא מוצדק – כמובנות מאליהן, ומטרה זו חשובה בפני עצמה.

לצערנו נעדר מהחוכרת מאמרי ביקורת על הניתוח הכלכלי של המשפט. מאמרו של זלצברגר מציג מקצת מהביקורות שהופנו כלפי הבסיס הנורמטיבי של הגישה. להבדיל מהבקורת המוצגת אצל זלצברגר שהיא חיצונית לשיטה, במאמרו של גלעד ניתן למצוא ביקורת מתוך השיטה על הבעייתיות של שאלת המידע, ואי התקיימות תנאי יסודי זה של המודל הכלכלי במציאות. עדיין קיימות ביקורות וקיימים אספקטים של הניתוח הכלכלי שזכו בחוכרת זו, אם בכלל, לכסוי מועט מכפי שראוי להם.

מטרת החוכרת להוות נקודת מוצא ולא סיכום. היקף הכתיבה בישראל בתחום זה דל מאד, וגם בחוכרת זו כוונה, באופן לא ממצה, רק מספר מצומצם של תחומים משפטיים. השתדלנו להלך על חבל דק ולהגיש חוכרת שיש בה מאמרים כלליים המציגים את עיקרי הניתוח הכלכלי של המשפט, בסיסיו, מושגי היסוד שלו ומקורותיו; בד בבד עם ניתוח לעומק של מספר סוגיות ספציפיות המדגימות את כוחו של הניתוח הכלכלי ואת השימוש שניתן לעשות בו. אנו מקווים שהצלחנו לקלוע לטעמם הן של אלה שעבורם חוכרת זו תהווה שער ראשון לתחום זה והן של אלה שכבר נחשפו אליו קודם לכן. אנו מקווים שחוכרת זו תפתח פתח ותתן תנופה לכתיבה מסוג זה בזירה הישראלית.

בברכה

יובל טל אלכסנדר לבונטין

העורכים

* אנו מודים לאוריאל פרוקצ'יה, ישראל גלעד ואלון הראל על עזרתם החשובה בכתיבת הקדמה זו.
