

משפט, כלכלה ומוסר דאונטולוגי – תגובה לאריאל פורת

מאת

איל זמיר וברק מדינה*

רשימה זו היא תגובה להערותיו המרכזיות של אריאל פורת על הספר LAW, ECONOMICS, AND MORALITY. הרשימה עוסקת בין היתר בדרכים חלופיות לשילוב אילוצים דאונטולוגיים עם ניתוח כלכלי שמציע פורת, ביחס שבין תורת ההפרה היעילה לבין האיסור המוסרי על הפרת הבטחות ובהשוואה של תניות פיצויים מוסכמים בשל איחור בביצוע לבונוס על הקדמת השלמתו של הביצוע.

א. המסגרת הכללית. ב. דיני חוזים.

אנו מודים לפרופ' אריאל פורת על ביקורת הספרים שכתב על ספרנו LAW, ECONOMICS, AND MORALITY.¹ ביקורתו של פורת היא חדה, מעמיקה ובהירה. כפי שכותב פורת בסיום דבריו, אחד ממבחניו של חיבור אקדמי טוב הוא אם הוא מעורר מחשבה ומזמין דיון וליבון נוספים של הסוגיות הנדונות בו. ביקורתו של פורת עומדת יפה במבחן זה. אנו נענים אפוא לאתגר, ובשורות הבאות נתייחס לאחדים מטיעוניו של פורת. הספר שלנו מתחלק לשני חלקים: החלק הראשון מציג באופן כללי את המסגרת האנליטית שבאמצעותה אנו מציעים לשלב אילוצים דאונטולוגיים עם ניתוח עלות-תועלת, והחלק השני מיישם את המסגרת האנליטית בכמה הקשרים משפטיים חשובים.² חלוקה זו משתקפת גם בדבריו של פורת ובדבריו שלהלן. נדון תחילה בהערותיו של פורת על המסגרת האנליטית הכללית שלנו ואחר כך נדון בביקורתו על אחד היישומים שבחלק השני: תרופות בשל הפרת חוזה.

* פרופ' מן המניין, מכהן בקתדרה למשפט מסחרי ע"ש אוגוסטו לוי; פרופסור-חבר, מכהן בקתדרה ע"ש לורנס ד' ביל, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 אריאל פורת "איל זמיר וברק מדינה, משפט, כלכלה ומוסר (הוצאת אוקספורד)" בחוברת זו בעמ' 415. הביקורת מתייחסת לספר LAW, ECONOMICS, AND MORALITY (2010).

2 לתיאור כללי של הספר ראו פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 417–423. דיון בסוגיות נוספות מובא בסימפוזיון על הספר העתיד להתפרסם בקרוב בכרך השלישי של כתב העת JERUSALEM REVIEW OF LEGAL STUDIES.

א. המסגרת הכללית

בהתייחסו למסגרת האנליטית הכללית המוצעת בספר מעלה פורת כמה נקודות למחשבה ולהלן נתייחס למרביתן: ראשית הוא סבור שאפשר להציע דרכים נוספות לשילוב שיקולי עלות-תועלת עם אילוצים דאונטולוגיים. דרך אחת היא "דאונטולוגיה כבררת מחדל".³ כאשר שיקולים דאונטולוגיים מושכים בכיוונים שונים, ובכך מנטרלים אלה את אלה במידה רבה, מסביר פורת, המסגרת האנליטית שלנו תוביל לכך שההכרעה תיעשה לפי שיקולי עלות-תועלת. לעומת זאת לפי השיטה החלופית, אם העלויות והתועלות של פעולה או כלל כלשהם שוות פחות או יותר, הרי שההכרעה תיעשה לפי מאזן השיקולים הדאונטולוגיים. מאחר שהכרעה לפי שיקולי עלות-תועלת (לשיטתנו) עשויה להוביל למסקנה שונה מהכרעה לפי איזון בין השיקולים הדאונטולוגיים (לפי השיטה החלופית), הרי שלבחירת השיטה שתיחשב לבררת המחדל עשויה להיות משמעות מעשית. כפי שפורת מסביר בהמשך בדבריו, משמעות מעשית כזו לא תתקיים אם מניחים שבכל מקרה ומקרה אפשר לסכם את הדיון הדאונטולוגי באחת משתי מסקנות: או שנתר אילוץ דאונטולוגי המגביל את חישובי העלות-תועלת, או שלא נותר אילוץ כזה, ואז אפשר להכריע לפי חישובי עלות-תועלת. לדעתו של פורת ייתכן "תחום אפור" שבו למרות היעדרו של אילוץ דאונטולוגי, הניתוח הדאונטולוגי מניב תוצאה כלשהי העשויה להיות שונה מזו של שיקולי עלות-תועלת.

אנו מודעים היטב לכך שאילוצים דאונטולוגיים עשויים להתנגש זה בזה, ובספר⁴ אנחנו עומדים על הצורך להכריע ביניהם או לקבוע את היקף התחולה של כל אחד מהם בטרם משלבים את האילוץ הדאונטולוגי בחישובי עלות-תועלת. במיוחד אנו דנים בהתנגשות כזו בהקשר של האילוץ המוסרי נגד הפליה (למשל מטעמי גזע) בידי אנשים פרטיים, העשוי להתנגש באילוץ המוסרי החל על המדינה, שלא להתערב בחירותם של אנשים לבחור את האנשים שעמם הם קושרים קשרים חברתיים או משפחתיים.⁵ כמסביר בספר, המסגרת האנליטית שאנו מציעים לא נועדה לתרום להכרעה – שלפעמים היא חשובה ביותר – בין אילוצים דאונטולוגיים שונים או לתיחום של כל אחד מהם. מטרתנו היא להראות כיצד אפשר, לאחר שמכריעים בין האילוצים הללו או תוחמים אותם, לשלבם בניתוח עלות-תועלת (ובמקרים שהדבר נדרש – לבחור בין דרכי פעולה שונות הכרוכות בהפרה מוצדקת-לכאורה של אילוצים דאונטולוגיים, או בינן לבין דרכי פעולה שאינן כרוכות בהפרות כאלה). במקרים שבהם משקלו של האילוץ הנתר לאחר מלאכת האיזון או ההכרעה בין אילוצים מתחרים מועט למדי, וגם התועלת הנקייה (התועלת נטו), החיובית או השלילית, מפעולה או מכלל מסוימים קטנה למדי, מציע פורת

3 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 423.

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

5 שם, בעמ' 244–246.

שההחלטה תתקבל לפי השאלה אילו מבין שני תהליכי שקילה אלה נתפס כבררת המחדל. אנו עדיין סבורים שבמקרים אלה מוטב לערוך ניתוח עלות-תועלת בכפוף לאילוף הנותר. גובהו של הסף הדאונטולוגי (הכמות המזערית של תועלת נקייה הנדרשת כדי להצדיק את הפרת האילוף) תלוי בדרך כלל בטיבו של האילוף ובשיעור הפגיעה בו. לפיכך אם מדובר באילוף חלש או בפגיעה מועטה בו, כמות התועלת הנקייה שתידרש להצדקת ההפרה תהיה קטנה למדי.⁶ דומה שהמסגרת האנליטית שלנו מתיישבת טוב יותר עם האופן שבו דאונטולוגיה מתונה נתפסת במישור הגורמים הקובעים את מוסריותם של פעולות, כללים או כל דבר אחר.

דרך אחרת שמעלה פורת לאיזון בין שיקולים דאונטולוגיים ותוצאתיים היא לייחד לכל אחד מהם תחומי תחולה נפרדים.⁷ בהקשר זה הוא מזכיר את הדוגמה של הטלת אחריות נזיקת ללא אשם. פורת מציע שכאשר הנושאים באחריות יכולים לרכוש ביטוח נגד אחריות זו ללא קושי, הדיון יתבסס על שיקולי עלות-תועלת בלבד, בהתעלם מאילוצים דאונטולוגיים. אנו מסכימים למסקנה זו בדוגמה זו משום שנראה לנו (אולי בניגוד לתפיסות אפשריות של צדק מתקן) שאכן בהקשר זה הטלת האחריות ללא אשם אינה מפרה אילוף דאונטולוגי. במקרה כזה פשיטא שהמסגרת האנליטית שאנו מציעים איננה חלה.

ככל שהדוגמה של פורת מושתתת על כך שביטוח מסלק את הפגיעה במזיק עקב הטלת אחריות ללא אשם, הרי שהיא מתקשרת לשאלות מורכבות בדבר הפרות אילוצים שאינן כרוכות בגרימת נזק, או הגורמות לנזק המפוצה במלואו. אנו דנים בשאלות אלה בספר בהקשרים של האילוף נגד שקרים⁸ ונגד הפרת הבטחות:⁹ האם שקרים בלתי מזיקים, הפרות הבטחה בלתי מזיקות או הפרות הבטחה שבצדן פיצוי מלא של מקבל ההבטחה על ההפרה ראויות להיחשב הפרות של אילוף?¹⁰ אנו מצביעים על כך שגם אם עשוי להתקיים איסור מוסרי על הפרת אילוף שאינה גורמת נזק, המשפט עשוי להתעלם מהפרות כאלה מטעמים מוסדיים ואחרים. השאלה אם מבחינה מוסרית ומשפטית יש

6 נניח למשל שאין מדובר בהפליה בידי מעסיק גדול (שאו האילוף נגד הפליה גובר על האילוף נגד התערבות המדינה באוטונומיה הפרטית), אך גם לא בהפליה בבחירת בן זוג (שאו האילוף נגד התערבות המדינה באוטונומיה הפרטית גובר על האילוף נגד הפליה, בהנחה שהוא קיים במקרה מסוג זה), אלא במקרה ביניים כגון הפליה בידי מעסיק קטן, המעסיק עובדים אחדים בלבד, במקום עבודה אינטימי. גם אם במקרה שכזה ההפליה מהווה הפרה של אילוף דאונטולוגי, די יהיה בעלות נקייה קטנה יחסית בעקבות החלת האיסור להפלות כדי להתיר למעסיק לנקוט פרקטיקה מפלה. ראו גם שם, בעמ' 244–246.

7 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 425.

8 ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 275, 278–279.

9 שם, בעמ' 298–300.

10 שאלה קרובה היא כיצד להתייחס למקרים שבהם האדם שזכויותיו הופרו הוא גם הנהנה מהפרת האילוף. ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 97, ה"ש 41 ועמ' 342.

לראות הפרה של אילון גם במקרים שבהם לא נגרם נזק או שהנזק מופצה במלואו חשובה גם לעניין הבחירה בין נוסחאות סף שונות. בניגוד לספים הכוללים רק מרכיב קבוע (מה שאנו מכנים בספר additive functions) או הכוללים מרכיב קבוע ובצדו מרכיב התלוי בגובה הנזק (combined functions), כאשר הסף כולל רק מרכיב התלוי בגובה הנזק (multiplier functions), בהיעדר נזק יהיה הסף אפס.¹¹

מעבר לדוגמה הספציפית, אנו סבורים שבכל תחומי המשפט הן ניתוחי עלות–תועלת הן אילוצים דאונטולוגיים עשויים להיות רלוונטיים. גם בתחום שוקי, כמו דיני חוזים, יש משמעות לאילוצים נגד שקרים והטעיות ונגד הפרת הבטחות, וגם בתחומים שאינם שוקיים, כמו המאבק בטרור או חופש הביטוי, יש משמעות לניתוחי עלות–תועלת. על כן איננו סבורים שיש לייחד לכל אחד מסוגי השיקולים תחומי תחולה נפרדים.

עניין אחר שבו דן פורת הוא הבחירה בין דרכי פעולה שונות, שכל אחת מהן כשהיא לעצמה מצמיחה תועלת נקייה גדולה דייה כדי להצדיק הפרה של אילון דאונטולוגי, או כאשר מקצתן אינן כרוכות בהפרת אילון כלשהו.¹² בהקשר זה מבקר פורת את ההצעה לבחור בדרך המצמיחה את סך כל התועלת הנקייה הגבוהה ביותר כל אימת שדרך זו מצמיחה תועלת נקייה שולית שהיא נמוכה מכדי להצדיק הפרה של האילון. בעקבות הספר מתייחס פורת לדוגמה שלפיה הסף העשוי להצדיק הריגה של אנשים חפים מפשע הוא הצלת לפחות 90 אנשים כנגד כל קרבן של הפעולה. במקרה כזה אפשר להצדיק הריגה של שני אנשים כדי להציל 280 אנשים, כשם שאפשר להצדיק הריגה של שלושה אנשים כדי להציל 290 (בשני המקרים מספר המוצלים גדול ביותר מפי 90 ממספר הקרבנות). אם שתי אפשרויות אלה מותרות, הרי שלפי ניתוח עלות–תועלת יש להעדיף את השנייה, שבה נותרים בחיים בסך הכול 287 אנשים, על פני האפשרות הראשונה, שבה נותרים בחיים רק 278. אולם כאשר שתי דרכי הפעולה הללו פתוחות בפנינו, כך מסביר פורת, הריגת שלושה אנשים הופכת לאסורה משום שהתועלת השולית מהריגת האדם השלישי היא הצלה של עשרה אנשים בלבד.

כפי שאנו כותבים מפורשות בסמוך לדין בדוגמה המספרית הנזכרת,¹³ בצד ההשוואה בין סך כל התועלת הנקייה מכל דרך פעולה אפשר לבחון את עצם ההצדקה של כל אחת מהפעולות באמצעות נוסחת סף המתמקדת בתועלת הנקייה השולית של כל דרך פעולה בהשוואה לדרכי הפעולה החלופיות הפתוחות בפני הפועל. הלכה למעשה, כאשר אנו

11 עם זאת יצוין שהואיל ונוסחת הסף אינה מתחשבת בהכרח בכל העלויות והתועלות שחישוב עלות–תועלת סטנדרטי מביא בחשבון, לפחות תאורטית ייתכן שהכרה בקיומה של הפרת אילון תוביל לכך שפעולה כלשהי תיחשב אסורה מנקודת מבט דאונטולוגית אף לפי נוסחת מכפלה. ראו שם, בעמ' 94–95, ה"ש 34.

12 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 425–427.

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

מיישמים את המסגרת האנליטית שלנו בהקשרים שונים, אנו אכן משתמשים בדרך כלל בנוסחאות סף של תועלת שולית.¹⁴

בד בבד ראוי לציין שתאוריה דאונטולוגית הבוחנת את מוסריותה של כל פעולה לפי נסיבותיה המיוחדות עשויה להגיע גם למסקנה אחרת. בהמשך לדוגמה המספרית הקודמת, הצורך לבחור בין שתי דרכי הפעולה עשוי להתעורר בנסיבות שונות. נניח למשל שכל אחת משתי דרכי הפעולה שתוארו לעיל כרוכה בהריגת החפים מפשע בזה אחר זה. בנסיבות אלה אכן מתקבל על הדעת שאחרי הריגה של שני אנשים אסור לפועל להמשיך ולהרוג את השלישי, משום שהתועלת מהריגה זו תהא הצלה של עשרה אנשים נוספים בלבד, שאינה עומדת בדרישת הסף. אולם תיתכן גם אפשרות אחרת, ולפיה על הפועל לבחור בין הטלת פצצה שתהרוג שני אנשים ותציל 280 לבין הטלת פצצה שתהרוג שלושה ותציל 290. גם בנסיבות אלה נוכח קיומן של שתי החלופות אפשר להגיע למסקנה שרק החלופה הראשונה מותרת, שכן התועלת השולית מהחלופה השנייה אינה גדולה מספיק. אולם אפשר להעלות על הדעת תאוריה דאונטולוגית שבמקרה האחרון תתיר את הטלת הפצצה שתהרוג שלושה אנשים. תאוריה כזו יכולה לקבוע למשל שיש לבחון את ההצדקה המוסרית לכל פעולה ופעולה בנפרד. משום כך בתרחיש הראשון (הריגה של חפים מפשע בזה אחר זה), שבו מדובר בשלוש הפרות נפרדות, רק השתיים הראשונות ניתנות להצדקה משום שהשלישית אינה עומדת בדרישת הסף. לעומת זאת בתרחיש השני (הריגת החפים מפשע בבת אחת) מדובר בהפרה אחת בלבד, וכל אחת משתי האפשרויות עומדת אז בסף הנדרש.

ב. דיני חוזים

פורת דן בכמה מן הטיעונים שאנו מעלים בהקשר של תרופות בשל הפרת חוזה. כל הסוגיות שתידונה להלן סובבות סביב היחס שבין התפיסה הכלכלית של דיני התרופות בשל הפרת חוזה לבין התפיסה הדאונטולוגית שלפיה הפרת חוזה מפרה את החובה המוסרית לקיים הבטחות. סדרת הטענות הראשונה שבה נדון עוסקת ביחס שבין תורת ההפרה היעילה לבין האיסור המוסרי על הפרת הבטחות. הסדרה השנייה עוסקת בהשוואה שאנו עורכים בספר בין תניות פיצויים מוסכמים בשל איחור בביצוע לבין בונוס על הקדמת השלמתו של הביצוע.

14 שם, בעמ' 149–150, 155–156, 169–170, 223 ו-346–347. בה"ש 5 בעמ' 83 אנו מפנים לדייונים אלה. כמו כן כפי שאנו מציינים בעמ' 82, הבחירה בין דרכי פעולה מותרות מנקודת מבט דאונטולוגית יכולה להיעשות גם בדרכים אחרות מלבד העדפת זו המצמיחה את התועלת הרבה ביותר. דרך אפשרית כזו היא העדפה לקסיקלית להפרות מסוג אחד (למשל, הפרת הבטחות או גרימת נזק גופני קטן) על פני הפרות מסוג אחר (למשל נטילת חיים).

לפי תורת ההפרה היעילה שבבסיס הניתוח הכלכלי של דיני התרופות בשל הפרת חוזה, על הדין לעודד קיום חוזים כל עוד התועלת מהקיום עולה על עלותו, ועליו לעודד אי-קיום של חוזים כל אימת שאי-הקיום יעיל יותר. לפי הניתוח הכלכלי הסטנדרטי, פיצויים המעמידים את הנפגע במצב שבו היה אילו קיים החוזה (פיצויי ציפיה) הם הסעד היעיל ביותר, לפחות כל עוד מתמקדים בתמריצים לקיום ולהפרה, משום שהם גורמים לחייב להפנים את מלוא נזקיו של הנושה מאי-קיום החוזה. על כן הם מבטיחים שהחוזה יקום כל עוד הרווחים שמצמיחה ההפרה למפר קטנים מהנזקים שהיא גורמת לנפגע, ושהחוזה לא יקום אם רווחי ההפרה עולים על נזקי הנפגע.

בספר אנו דנים בטענה של סטיבן שאוול,¹⁵ שלפיה הפרה יעילה איננה רק יעילה אלא גם מתיישבת עם התפיסות המוסריות הרווחות כל עוד המפר מפצה את הנפגע לפי אינטרס הציפיה של האחרון.¹⁶ לדידו של שאוול, כל עוד החוזה אינו קובע באורח ברור ומפורש אם יש לקיימו בנסיבות כלשהן, אפשר להניח שהצדדים היו מעדיפים לפטור את החייב מקיום כל אימת שעלות הקיום לחייב עולה על תועלתו לנושה. בספר אנו עומדים על כך שהסתמכות זו על הרצון המשוער של הצדדים דומה מאוד להסתמכות של דאונטולוגים אבסולוטיסטים על הרצון המשוער כבסיס לפטור מהחובה לקיים הבטחות במקרים שבהם עמידה בהבטחה תוביל לתוצאות חמורות ובלתי סבירות במיוחד. בהקשר זה אנו אף מציינים שבדומה לדאונטולוגים האבסולוטיסטים שאוול בוחר להתמקד במקרים שבהם המניע להפרה הוא מניעת הפסדים גדולים לחייב. אנו טוענים שגם אם במקרים כאלה, הקרובים לסיכול, הצדדים עצמם – ובעקבותיהם המוסר הנוהג – עשויים להצדיק את ההפרה, אין הדבר כך במקרים שבהם המניע להפרה הוא הפקת רווח גדול מזה שהחייב היה מפיק אילו קיים את החוזה כלשונו – הפרדיגמה של תורת ההפרה היעילה בספרות המשפטית-כללית.

פורת מכיר בקיומן של ראיות ניסוייות התומכות בטענה שלנו, אך אינו משוכנע שזו גם עמדתם של צדדים מתוחכמים המבקשים להשיא את רווחיהם מהחוזה.¹⁷ מכל מקום, הטענה המקורית והמעניינת ביותר שהוא מעלה בהקשר זה היא שתיתכן הצדקה כלכלית להבחנה בין שני סוגי ההפרות, שאינה קשורה כלל למוסריות.¹⁸ ההצדקה שמציע פורת מניחה שבמקרים רבים פיצויים בשל הפרת חוזה אינם מפצים את הנפגע באורח מלא על נזקיו, וכי על פי רוב אין לנושה מידע מושלם על ההסתברות שהחייב יפר את החוזה. לפי הנחות רְאליסטיות אלה, יש הבדל בין הפרות המיועדות למזער את הפסדי החייב מהחוזה לבין הפרות המיועדות להגדיל את רווחיו על ידי עשיית עסקה חלופית משתלמת יותר. כאשר ההפרה נובעת מהתייקרות של עלויות הביצוע, כלומר מכוונת

15 שם, בעמ' 263–267.

16 Steven Shavell, *Is Breach of Contract Immoral?*, 56 EMORY L.J. 439 (2006).

17 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 433–434.

18 שם, בעמ' 433.

למזער הפסדים, אפשר להניח שלחייב יש תמריץ חזק להימנע מהפרה כזו ולכלכל את צעדיו באופן שהחווה יקום ויצמיח לו את מרב הרווחים. לעומת זאת כאשר מקור ההפרה הוא בהזדמנות חלופית להפקת רווח גבוה יותר, בתנאים של תת-פיצוי יש לחייב תמריץ להשקיע מאמצים במציאת הזדמנויות כאלה, כלומר בחיפוש אחר הזדמנויות להפר את החווה. על כן נושה הפועל כממקסם רציונלי של רווחיו עשוי להצדיק הפרות יעילות במקרה הראשון (משום שהתרתן עשויה להגדיל את סך רווחי החווה ולהתבטא בתמורות החוזיות המוסכמות ללא חשש שהדבר יגביר את כמות ההפרות ויחמיר את הבעיה הנלווית של תת-פיצוי). לעומת זאת נושה שאינו יודע מהי ההסתברות של הפרה והחושש מהבעיה של תת-פיצוי, לא יתיר הפרות יעילות במקרה השני בשל החשש שהיתר כזה ימריץ את החייב לחפש דרכים להפר את החווה.

טיעון מקורי זה מדגים כיצד תוצאתנים מתוחכמים, לרבות אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, יכולים למצוא דרכים יצירתיות לגשר על הפער בין תוצאתנות לדאונטולוגיה. בפרק השני של הספר אנו מתארים מגוון של דרכים כאלה, אך טוענים שאף אחת מהן איננה מגשרת על הפער באורח מלא. הוא הדין כמדומה בטיעון של פורת. טיעון זה מניח שפיצויים בשל הפרת חווה אינם מפצים את הנפגע פיצוי מלא על נזקיו. הטיעון אינו תופס כל אימת שבכוחם של פיצויים להעמיד את הנפגע במצב שבו היה אילו קיום החווה. במקרים אלה, הגישה הכלכלית תתקשה להבחין בין הפרה שנועדה למזער הפסדים לבין הפרה שנועדה להגדיל רווחים (שהרי מנקודת מבט כלכלית השתיים הן היינו הך), ואילו גישה דאונטולוגית תדבק בהבחנה זו.

זאת ועוד, אם אמנם פיצויי ציפייה אינם מעמידים את הנפגע במצב שבו היה אילו קיום החווה, אפשר לצפות שהגישה הכלכלית תשאף לתקן את דיני הפיצויים כדי שיגנו על אינטרס הציפייה של הנפגע הגנה מלאה ובכך לסלול את הדרך להפרות יעילות. מנקודת מבט כלכלית, ברגע שהפיצויים מצליחים (או יצליחו) להגן הגנה מלאה על אינטרס הציפייה של הנפגע, יש לעודד הפרות יעילות בין אם תכליתן למזער הפסדים ובין אם מטרתן להשיא רווחים. לשם כך ייתכן שיש לאפשר לנושה לתבוע מהחייב לא רק את נזקיו במקרה של הפרה, אלא גם את הרווחים הגבוהים יותר שהחייב היה יכול להפיק (או ההפסדים שהיה יכול למנוע) בהפרת החווה, גם אם החייב בחר לקיים את החווה ובכך ויתר על הפרה יעילה.¹⁹ זאת ועוד, במקרים שבהם מדובר בחווה הפסד מנקודת מבטו של הנושה – כלומר במקרים שבהם מוטב לנושה שהחווה לא יקום משיקולים – קידום היעילות דורש כמדומה לזכות את הנושה בפיצויים שליליים בשל ההפרה (כלומר לחייבו לפצות את המפר!) בשיעור רווחיו של הנפגע מאי-קיום החווה. רק "פיצויים" כאלה יגרמו לחייב להפנים את מלוא הרווחים מהפרתו (לו ולנושה כאחד)

19 ראו Richard R.W. Brooks, *The Efficient Performance Hypothesis*, 116 YALE L.J. 568 (2006).

ובכך ימריצו אותו לבצע הפרות יעילות.²⁰ הניגוד בין טיעונים אלה לבין תפיסה דאונטולוגית של קיום הבטחות וחוזים חד ומובהק.

בהמשך מייחס לנו פורת את הטענה שמאחר שרוב האנשים המפרים חוזים אינם מלווים את ההפרה בהצעה לשלם פיצויים מלאים לנפגע, משמע שאין הם מתייחסים להפרה כאל הפעלה של אופצייה לקיים או לשלם פיצויים (כפי שחוזים נתפסים בעיני הגישה הכלכלית).²¹ בהקשר זה מפקפק פורת הן בהנחה העובדתית שביסוד הטענה והן במסקנה הנובעת מהנחה זו. ככל שמדובר בהנחה העובדתית, הוא טוען שאי אפשר ללמוד מהמקרים המובאים בפני בתי המשפט על מכלול המקרים, שהרי פשיטא שלבתי המשפט מגיעים רק המקרים שבהם לא הוצעו לנפגע פיצויים לשביעות רצונו. ייתכן אפוא שלרוב ההפרות מתלוות הצעות לפיצוי, וקבלתן של הצעות אלה מונעת את ההתדיינות המשפטית. ככל שמדובר במסקנה, פורת טוען שגם אם מקבלים את ההנחה שמפרים אינם נוהגים להציע פיצויים, אין נובע מכך מאומה לגבי השאלה אם ההפרה נתפסת כהפעלת אופצייה מותרת או כהפרת אילוץ מוסרי. ייתכן כי דווקא מפר החש שהוא פועל בניגוד לאילוץ מוסרי ימהר לפצות את הנפגע יותר מאשר מפר המאמין שהוא בוחר באופצייה לגיטימית.

התשובה הקצרה לביקורת זו היא שלא השמענו את הטענה שפורת מייחס לנו. הטענה שלנו התייחסה לפרופוזיציה של שאול שלפיה הפרה יעילה מתיישבת עם התפיסות המוסריות הרווחות.²² טענתנו הייתה שלפי הגיונה של תורת ההפרה היעילה ולפי הגדרתו של שאול להפרה מוסרית (הפרה שהצדדים התירו אותה מראש או שאפשר לשער שהיו מתירים אותה מראש אילו התייחסו אליה מפורשות), הבחירה להפר את החוזה יכולה להיחשב מוסרית רק אם החייב מציע לשלם פיצויים במקום לקיים את חיוביו.²³ הגם שאין בידינו ראיות מוצקות לכך שבדרך כלל מפרי חוזים אינם מציעים לנפגעים פיצויים מלאים בשל ההפרה (כשם שלפורת אין ראיות התומכות בהשערה ההפוכה), עודנו מאמינים שההנחה העובדתית שלנו סבירה יותר. בכל אופן, זה איננו לב הטיעון שלנו. לב הטיעון הוא שאם הפרה יעילה יכולה להיחשב הפעלה לגיטימית של אופצייה רק אם המפר מציע בפועל לפצות את הנפגע על הפסדיו, הרי שתורה זו אינה מצדיקה העדפה של פיצויי ציפייה על פני תרופות אחרות, ובפרט אכיפה, בכל שאר המקרים. נזכיר כי תורת ההפרה היעילה לא פותחה אגב דיון עיוני במוסריות של הפרות

20 ראו Barry E. Adler, *Efficient Breach Theory Through the Looking Glass*, 83 N.Y.U. L. REV. 1679 (2008).

21 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 434.

22 Shavell, לעיל ה"ש 16.

23 ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 266.

אלא כנימוק להעדפת פיצויי ציפייה על פני תרופות אחרות בשל הפרת חוזה.²⁴ מאחר ששאלת הזכאות לתרופות מתעוררת באורח טיפוסי כאשר המפר לא הציע לנפגע פיצויים מלאים על נזקיו (עובדה שאפשר ללמוד עליה מהמקרים המגיעים לבתי המשפט), הרי שהטיעון של שאוול בדבר מוסריותן של הפרות יעילות נכשל בהקשר המרכזי שלשמו פותחה תורת ההפרה היעילה: עיצוב התרופות בשל הפרה. ככל שטיעון זה לא היה בהיר דיו בספר, אנו שמחים על ההזדמנות להבהירו.

ביקורתו השלישית והאחרונה של פורת בקשר לתורת ההפרה היעילה מתייחסת למקרה שבו החוזה קובע מפורשות שלחייב אין אופצייה שלא לקיים את החוזה תוך תשלום פיצויים מלאים.²⁵ בקשר לכך טענו,²⁶ שכל אימת שהחוזה מעניק לחייב, במפורש או במשתמע, אופצייה לבחור בין קיום החוזה לבין תשלום כספי, הרי שאין כלל צורך בהצדקה כלכלית או דאונטולוגית לאי-הקיום, משום שאין מדובר כלל בהפרה הטעונה הצדקה. במקרים כאלה לא זו בלבד שאי-הקיום איננו בלתי מוסרי, הוא אינו מהווה הפרה כלל. הוספנו וטענו שהפער בין תפיסה דאונטולוגית לתפיסה תוצאתנית מתחדד דווקא במקרים שבהם החוזה שולל, במפורש או במשתמע, את האופצייה של הפרה יעילה. בעוד שבמקרים אלה תורת מוסר דאונטולוגית עשויה לראות בהפרת החוזה משום הפרת האילוץ נגד הפרת הבטחות, גישה תוצאתנית תצדיק הפרה יעילה גם אם היא סותרת את ההסכמה המפורשת של הצדדים.

פורת אינו מקבל טיעון זה. לדבריו, מנקודת מבט כלכלית התכלית של דיני החוזים היא להקטין את עלויות העסקה.²⁷ דיני החוזים – לרבות דיני התרופות – מספקים כללי בררת מחדל התואמים את הכוונות הטיפוסיות של הצדדים אך אינם שוללים את כוח הצדדים לסטות מכללים אלה כל אימת שהדבר משתלם להם. לכן אם הצדדים שוללים מפורשות את האופצייה להפר את החוזה בתשלום פיצויים לנפגע, אין הצדקה כלכלית להתעלם מרצונם זה.

24 ראו למשל: Robert L. Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 24 RUTGERS L. REV. 273 (1970); John H. Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, 1 J. LEGAL STUD. 277 (1972); Steven Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 BELL J. ECON. 466 (1980). גם הביקורת על תורת ההפרה היעילה מתמקדת בשאלת הבחירה בין תרופות בשל הפרת חוזה. ראו למשל: Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 U. CHI. L. REV. 351 (1978); Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 YALE L.J. 271 (1979); Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 MICH. L. REV. 341 (1984); Daniel Friedmann, *The Efficient Breach Fallacy*, 18 J. LEGAL STUD. 1 (1989).

25 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 435–436.

26 ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 266–267.

27 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 435–436.

אנו מסכימים עם פורת שבקרב אנשי הגישה הכלכלית רווחת ההשקפה שלפיה על בית המשפט לכבד את רצון הצדדים. השקפה זו מושתתת על ההנחה שהצדדים יודעים טוב יותר מבית המשפט אילו הסדרים ישיאו את תועלתם (וכמדומה גם על חשדנות כללית כלפי רשויות המדינה, לרבות בתי המשפט, הרווחת בקרב חלק מהכלכלנים של המשפט).²⁸ אולם, גם אם קביעה זו נכונה כעניין דסקריפטיבי או סוציולוגי, היא מעוררת קשיים מבחינה עיונית ונורמטיבית. הגישה הכלכלית אינה מייחסת ערך טבוע לכיבוד רצונו של הזולת. במסגרת הגישה הכלכלית הרצון הפרטי משמש לעניין קביעת ערכן של זכויות (לפי הסכום שאנשים נכונים לשלם בעדן או דורשים לקבל בתמורה לווייתור עליהן). היכולת לפעול בחופשיות היא אף דבר שאנשים מעוניינים בו ולפיכך הוא אחד ממרכיבי הרווחה שלהם. לבסוף, מידה מינימלית של חופש היא מן הסתם גם אמצעי להשגת מרכיבים אחרים של הרווחה האנושית ולהנאה מהם.²⁹ אולם ככל שהניתוח הכלכלי מתבסס על תוצאות של פעולות (להבדיל מתוצאות של כללים, העשויה להצדיק דאונטולוגיה מתונה במישור הגורמים),³⁰ המסקנה המתבקשת היא שאין פסול בהפרה יעילה גם אם היא מנוגדת להסכמה מפורשת של הצדדים. בהיעדר אילוץ מוסרי נגד הפרת הבטחות, הפרת החוזה תהא יעילה ולפיכך מוצדקת כל אימת שסך כל עלויותיה הישירות והעקיפות (לרבות הפגיעה האפשרית במוניטין של החייב והפגיעה האפשרית ביכולתם של אנשים להסתמך על התחייבויות חוזיות) נמוכות מסך כל התועלות שהיא מצמיחה. בהיעדר אילוץ מוסרי כאמור, על בית המשפט הפועל על פי שיקולים של יעילות כלכלית להסתפק בפסיקת פיצויי ציפיה כל אימת שהתועלת הנקייה מפסיקה כזו תהא גבוהה מהתועלת מכל פסיקה אחרת, בהתחשב במכלול השפעותיה הישירות והעקיפות.

עד כאן לעניין תורת ההפרה היעילה, ומכאן לביקורת של פורת על טענתנו שהלכה למעשה דיני החוזים משקפים תפיסות דאונטולוגיות ולא דווקא שיקולים של יעילות כלכלית. בפתח דבריו בנושא זה מטיל פורת ספק אם בכלל ייתכנו כללים לא יעילים

28 ראו, למשל, "The government cannot be trusted, period" (RICHARD A. POSNER, FRONTIERS OF LEGAL THEORY 62, 75 (2001)).

29 ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 263, 318.

30 לפי תוצאות של כללים, החובה המוסרית איננה לפעול בכל מקרה ומקרה באופן ששיג את התוצאות הטובות ביותר אלא לפעול בכל מקרה על פי כללים קבועים מראש. מערכת הכללים הראויה ביותר היא זו שצוית לה ישיג את התוצאות הטובות ביותר גם אם במקרה פלוני או אלמוני הציות אינו משיג את התוצאות הטובות. יש יסוד לטענה שבעולם שבו כולם מציינים ציות מושלם למערכת הכללים, תוצאות של כללים דורשת כלל אחד בלבד: בחר או בחר תמיד בחלופה שתשיג את התוצאות הטובות. אולם לפי ההנחה הראליסטית, שבמקרים רבים אנשים אינם מבינים, אינם מקבלים, או אינם מציינים כללים (או שפשוט אין בידם הזמן והכישורים הדרושים לעריכת חישובי עלות-תועלת מורכבים), ייתכן מאוד שתוצאות של כללים מספקת הצדקה לתורת מוסר דאונטולוגית, או לפחות דאונטולוגית מתונה. ראו שם, בעמ' 24-27.

בדיני החוזים.³¹ הטעם לכך הוא שאילו היו כללים כאלה, הרי שהצדדים היו עוקפים אותם כדי להגדיל את התועלת שהם מפיקים מהחוזה. הניסיון לקבוע כללים כאלה נדון אפוא לכישלון. תשובה אחת לטענה זו מזכיר פורת בעצמו: ישנם כללים שאי אפשר להתנות עליהם. תשובה אחרת היא שהטיעון של פורת מניח שהצדדים לחוזה הם ממקסמים רציונליים של תועלתם. אם בניגוד להנחה זו צדדים לחוזה מושפעים מהתפיסות המוסריות הרווחות לא פחות מאשר מהשאיפה להשיא את רווחתם העצמית, כי אז כללים משפטיים המשקפים תפיסות דאונטולוגיות יכולים לשרוד ואף לפרוח.³²

בספר אנו מביאים כמה דוגמאות המיועדות לאשש את הטענה שדיני החוזים הנוהגים משקפים תפיסות דאונטולוגיות. עיקר ביקורתו של פורת מתייחסת לאחת מהן: היחס השונה של הדין לתניות פיצויים מוסכמים בשל איחור בהשלמת קיומו של חוזה ולתניות בונוס בשל הקדמת ההשלמה גם כאשר מבחינת המשמעות הכלכלית שלהן הן זהות לכאורה.³³ לטענתנו, יחס שונה זה מעיד שהמשפט אינו אדיש להבחנה בין הפרת חוזה (שעליה חלים הפיצויים המוסכמים) לבין קיומו (כאשר חלות תניות הבונוס).

פורת מעלה שלוש טענות נגד דוגמה זו: טענתו הראשונה היא ששיטות משפט אינן אדישות לדמיון הכלכלי בין תניות בונוס לתניות פיצויים מוסכמים, ובמקרים שבהם הסדר הבונוס אינו אלא פיצוי מוסכם מוסווה, הן מחילות עליו את דיני הפיצויים המוסכמים.³⁴ דיני החוזים בוחנים אפוא את המהות ולא את הצורה. לדעתנו, לא זו בלבד שטענה זו אינה מפחיתה מכוח הדוגמה שלנו, אלא היא דווקא מחזקת אותה. עצם הצורך לבחון את המהות ולא את הצורה ולהחיל על תניות פיצויים מוסכמים המוסוות כהסדרי בונוס את דיני הפיצויים המוסכמים, מעיד שהשניים אינם היינו הך. יש להתייחס לזאב בעור של כבש כפי שמתייחסים לזאב ולא כפי שנוהגים עם כבש לא משום שהשניים דומים זה לזה, אלא דווקא משום שהם כה שונים. מנקודת מבטם של הצדדים ומנקודת מבטו של המשפט, לא הרי פיצויים בשל הפרת חוזה כהרי זכייה בבונוס בשל הקדמת ביצוע. כאשר כוונתם האמתית של הצדדים היא שביצוע אחרי מועד מסוים יהווה הפרת

31 ראו פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436.

32 לטענה שדאונטולוגיה מתונה עדיפה על תוצאותנות גם כתאוריה מסבירה של ההתנהגות האנושית (להבדיל מתאוריה נורמטיבית), ראו ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4.

33 הדוגמה הנדונה שם, בעמ' 301–303, משווה את יחסו של הדין אל שני ההסדרים החוזיים האלה: לפי הסדר אחד קבלן מתחייב להשלים את המלאכה עד יום X, תמורת שכר P. החוזה מזכה את המזמין בפיצויים מוסכמים של אלף דולר לכל יום של איחור בהשלמת המלאכה. לפי ההסדר האחר מועד ההשלמה של המלאכה הוא ביום X+100, והמחיר המוסכם הוא 100,000 דולר-P. גם הסדר זה כולל פיצויים מוסכמים של אלף דולר לכל יום של איחור, אך נוסף על כך מזכה את הקבלן בבונוס של אלף דולר לכל יום של הקדמת ההשלמה, עד 100 ימים. לפיכך בשני המקרים יזכה הקבלן לשכר P אם ישלים את המלאכה עד יום X, ולשכר P-\$100,000 אם ישלים את המלאכה 100 ימים לאחר מכן. שתי הנוסחאות מובילות לתשלום של אותו סכום גם ביחס לכל מועד השלמה אחר.

34 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436–437.

חוזה, חלים על ביצוע כזה דיני התרופות בשל הפרה, לרבות דיני הפיצויים המוסכמים, תהא הצורה שבה ניסחו את תניית הפיצויים המוסכמים אשר תהא. הטענה השנייה של פורת היא שהניגוד בין פיצויים מוסכמים לבונוסים אינו מוכיח את מה שהוא נועד להוכיח. לכל היותר מדובר באנומליה ה"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".³⁵ תיאור זה, הנסמך על ביקורתו של אלן שוורץ על הדוקטרינה האמריקאית הפוסלת תניות המסוגלות כ-penalty³⁶, אינו מדויק. הפיקוח המשפטי על תניות פיצויים מוסכמים אינו כה חריג ומיוחד. הוא מתיישב היטב עם הנטייה הכללית להגביל את יכולת ההתנאה על דיני התרופות, להבדיל מהנטייה שלא להגביל את כוחם של הצדדים להתנות על דינים שעניינם תוכן החוזה וקיומו.³⁷ בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 בא הדבר לידי ביטוי לא רק בהסמכה המפורשת להפחית את הפיצויים המוסכמים שקבעו הצדדים (סעיף 15(א)) אלא גם בשלילת תוקפן של תניות גורפות ההופכות הפרות להפרות יסודיות בהקשר של תרופת הביטול (סעיף 6, סיפה). אותה נטייה באה לידי ביטוי בהכפפה המפורשת של כוח הביטול בשל הפרה שאינה יסודית ושל תרופת האכיפה למבחני צדק (סעיפים 7(ב) ו-3(4)), בהתאמה. כמו מקרים אחרים שבהם מדובר בסמכותו של בית המשפט, מקובל לפרש הסמכות אלה כקוגנטיות.³⁸ מן הסתם כך הדבר גם כשמדובר בסייגים לאכיפה שעניינם כפייה לעשות עבודה אישית (סעיף 3(2)), אכיפה המטילה עלות בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית המשפט (סעיף 3(3)), סמכות בית המשפט להתנות אכיפה בתנאים (סעיף 4) וסמכות בית המשפט להפחית פיצויים בשל הפרה של חוזה חינוך (סעיף 12). אין זה מקרה אפוא שבניגוד לסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים", לגבי חוק התרופות נטושה מחלוקת בדבר הקוגנטיות או הדיספוזיטיביות שלו, או לפחות לגבי נקודת המוצא הראויה לפירוש הוראותיו.³⁹ גם אלה הסוברים

35 שם, בעמ' 439.

36 Alan Schwartz, *The Myth that Promisees Prefer Supercompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damages Measures*, 100 YALE L.J. 369 (1990).

37 בעקבות פורת גם אנו מותירים מחוץ לגרידי הדין דינים מעין חוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1982, המגבילים את יכולת ההתנאה של הצדדים משיקולים צרכניים, חלוקתיים ופטרנליסטיים.

38 ראו למשל אורי ירין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 19 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת גר טרסקי, מהדורה שנייה, 1979); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 99 (2009) (אין בכוחם של הצדדים להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט במקרים שבהם שיקול דעת זה נועד לעשות צדק בנסיבות העניין).

39 לדעות השונות שהושמעו בנושא זה בספרות המשפטית ובפסיקה ראו שלו ואדר, שם, בעמ' 90-101. ראו גם ירין, שם, בעמ' 17-21 (גישה המצמצמת את כוח ההתנאה על הוראותיו של חוק התרופות); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א, 130-131 (1991) (תיאור המגבלות הניכרות על הכוח להתנות

שנקודת המוצא הראויה באשר להתנאה על דיני התרופות אינה צריכה להיות שונה מזו המתייחסת לתוכן החוזה, אינם יכולים להכחיש שבמקרים רבים מאוד הוראותיו של חוק התרופות הן קוגנטיות. תופעה זו אינה מיוחדת לדיני החוזים בישראל. אלן פארנסוורת' למשל – בכיר המלומדים בדיני חוזים במשפט האמריקאי בדור האחרון – כותב בספרו שכוחם של הצדדים "to bargain over their remedial rights is surprisingly limited".⁴⁰ אפשר להעלות על הדעת הסברים שונים לתופעה זו. לפי הסבר מרכזי, דיני התרופות משקפים את התפיסה שהפרת חוזה היא גם הפרה של החובה המוסרית לקיים הבטחות (או של האילוץ נגד מתן הבטחות והפרתן).⁴¹ פורת צודק אפוא באמרו שההבדל בין הפיקוח השיפוטי על תניות פיצויים מוסכמים להיעדרו של פיקוח דומה על תניות בונוס הוא חלק מתופעה כללית יותר. אולם ברגע שמבינים שתופעה זו אינה מיוחדת לדיני הפיצויים המוסכמים אלא מאפיינת את כלל דיני התרופות, נעלמת גם ה"אנומליה"

על סעדים בשל הפרת זכויות); ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב, פ"ד לט(3) 85, 97, 101 (1985) (מחלוקת בין השופטת שושנה נתניהו לבין השופטת מרים בן-פורת לגבי היקף כוחם של הצדדים להתנות מראש על זכות הנפגע לתרופת ההשבה); ע"א 2454/98 לינדאור נ' רינגל, פ"ד נו(1) 225 (2001) (שם סברו כל השופטים כי אין מניעה להתנות על הזכות לתרופת האכיפה ולהסתפק בתרופות אחרות).

40 ראו 3 E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS §12.18, at 300 (3rd ed. 2004). ראו גם HOWARD O. HUNTER, MODERN LAW OF CONTRACTS 17-2–17-5 (rvsd ed. 1993, updated 7/1999) ("[C]ourts consistently have limited the power of contracting parties to decide in advance the types of remedies that will be awarded if a breach occurs [...] Courts are reluctant to allow private parties to intrude too far into the domain of judges and legislators"). בהמשך דבריו מדגים המחבר מגמה זו בכמה סוגיות, לרבות התנאה על תקופת ההתיישנות, הרחבה של תרופת הביטול והרחבה של הזכות לקבל צו לאכיפת התחייבות להימנע מתחרות; (GARETH JONES & WILLIAM GOODHART, SPECIFIC PERFORMANCE 34–36 (2nd ed. 1996) (תיאור התוקף המוגבל שבתי המשפט באנגליה נותנים לתניות חוזיות המבקשות להשפיע על היקף זכאותו של הנפגע לתרופת הביצוע בעין); רנה סנילביץ' תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי 44, 105 (1997) (תיאור המגבלות שמטיל הדין הצרפתי על תניות המיועדות להשפיע על היקף תרופת הביטול ועל סמכויות בית המשפט בעניין פיצויים מוסכמים).

41 ראו למשל ידין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 17–18 ("נדמה שעקרונית יש לראות בחוק התרופות דין כופה וזאת מתוך מטרתו הבסיסית של החוק. מה בא חוק זה להגשים? הווה אומר את הכלל הגדול כי 'חוזה עשית – עליך לקיימו' (pacta sunt servanda). [...] מטרה זו היא עניין של תקנת הציבור שהחוק חייב לשקוד עליה והצדדים אינם בני חורין לפגוע בה על ידי התנאותיהם"). תופעה דומה קיימת גם במקרים אחרים שבהם מבטאים דיני החוזים תפיסה דאונטולוגית, כמו למשל בנושא של שקרים והטעיות. החובה שלא לשקר והחובה לנהוג בתום לב (לפחות במובן הסובייקטיבי של תום לב) אינן ניתנות להתנאה. על האילוץ המוסרי נגד הטעיה טרום-חוזה ושילובו האפשרי בניתוח עלות-תועלת ראו באורח כללי ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 267–291.

הנטענת. התופעה מובנת בהחלט על רקע תפיסה דאונטולוגית של דיני החוזים בכלל ושל הפרת חוזים בפרט.

הטענה השלישית שמעלה פורת נגד הדוגמה של פיצויים מוסכמים⁴² היא שסמכותו של בית המשפט לפסול תניות פיצויים מוסכמים או להפחית את שיעורם של הפיצויים הללו – סמכות שאינה קיימת לגבי תניות בונוס – לא זו בלבד שאינה מעידה שהפרת חוזה נתפסת כהפרה של אילוץ דאונטולוגי אלא מעידה, אם בכלל, על תפיסה הפוכה, שהרי הפחתה שיפוטית של הפיצויים המוסכמים אינה מעלה את המחיר של הפרה אלא דווקא מפחיתה אותו, ומשמע שהיא נותנת יתר לגיטימציה להפרת חוזים.⁴³

שתי תשובות לטענה זו: ראשית, הארתו של פורת נכונה ככל שמדובר בסמכות ההפחתה של פיצויים מוסכמים (ובסמכות לפסול כליל פיצויים מוסכמים עונשיים במשפט האנגלי-אמריקאי), אך לעומת זאת אין היא חלה על הבדלים נוספים בין תניות פיצויים מוסכמים לתניות בונוס שעליהם אנו מצביעים בספר.⁴⁴ הבדל אחד כזה הוא שבמקרה של פיצויים מוסכמים ההסכמה עליהם אינה ממצה בדרך כלל את תרופות הנפגע בשל ההפרה. הנפגע יכול לתבוע במקום הפיצויים המוסכמים – ולפעמים לצדם – גם תרופות וסעדים אחרים, כגון אכיפה, ביטול והשבה, ופיצויים לפי הנזק שנגרם לו למעשה.⁴⁵ הבדל אחר הוא שאם האיחור בהשלמת המלאכה במועד נגרם מנסיבות שהחייב לא צפה ולא היה יכול לצפותן מראש ולא היה יכול למנען, נסיבות שהפכו את קיום החוזה במועדו להרבה יותר קשה ממה שנצפה מראש, הרי שהוא יהיה פטור מתשלום הפיצויים המוסכמים לפי דוקטרינת הסיכול. לעומת זאת אם ההשלמה המוקדמת של החוזה התאפשרה בשל נסיבות בלתי צפויות שהפכו את הקיום המוקדם להרבה יותר קל ממה שנצפה מראש, החייב לא יאבד את זכותו לבונוס על הקדמה זו. אכן הפחתה שיפוטית של פיצויים מוסכמים "מורידה את המחיר" של הפרת חוזה, אך אין הדבר כך כשמדובר בזכאות לתרופות אחרות בשל ההפרה. גם ההבחנה לעניין תחולת דיני הסיכול (ואי-התחולה של דיני "אנטי-סיכול") מתיישבת הרבה יותר טוב עם תפיסה דאונטולוגית (ראו הדיון לעיל בהבחנה בין הפרה בנסיבות הקרובות לסיכול לבין הפרה שנועדה להגדיל את רווחי החייב).

42 פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 437.

43 השוו Seana Valentine Shiffrin, *The Divergence of Contract and Promise*, 120 HARV. L. REV. 708 (2007). כחלק מטענתה הכללית שדיני החוזים האמריקאיים אינם "compatible with the conditions necessary for moral agency to flourish" (בעמ' 710) בוחרת שיפרין (בעמ' 726–727) את הטענה ששלילת התוקף מתניות פיצויים מוסכמים המסווגות כ-penalty מרחיקה את דיני החוזים האמריקאיים מהתפיסה המוסרית שהבטחות יש לקיים.

44 ZAMIR & MEDINA, לעיל ה"ש 1, בעמ' 302.

45 ראו ס' 15 (ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. הוא הדין בשיטות משפט אחרות. ראו G.H. TREITEL, *REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ACCOUNT*, 216–217 (1988).

התשובה האפשרית השנייה לטענתו של פורת קצת יותר מורכבת, ולא זה המקום לרדת לפרטיה. בקצרה, המכשולים על התנאה על דיני התרופות – אם התנאה בכיוון של הגדלת הסעד, למשל באמצעות פיצויים מוסכמים גבוהים מאוד, ואם בכיוון של הקטנת הסעד, כמו למשל באמצעות תניות פטור השוללות את זכותו של הנפגע לתרופות כלשהן – עשויים לשקף תפיסה של דיני התרופות כמגשימים מושגים מהותיים של צדק מתקן להבדיל מהשאת הרווחה המצרפית. אם תרופות בשל הפרת חוזה כשמן כן הן – מיועדות לרפא את הפגיעה שנגרמה לנפגע מההפרה ולא דווקא להמריץ את הצדדים להתנהג באורח יעיל – ואם הן מבטאות מושגים מוסריים של גמול (desert) ושל פיצוי הולם (just compensation), כי אז מתקבל על הדעת שיש להגביל את ההתנאה עליהן. איננו באים להגן על תפיסה זו של דיני התרופות⁴⁶ אלא רק להצביע עליה כהסבר משלים לאופן השונה שבו הדין מתייחס לפיצויים מוסכמים ולתרופות בכלל בהשוואה לבונוסים ולתניות אחרות שעניינן תוכן החוזה. שוני זה מתיישב היטב עם תאוריות מוסר דאונטולוגיות.

נסיים במה שפתחנו: אנו אסירי תודה לפרופ' אריאל פורת על הערותיו החשובות והמעניינות על ספרנו ועל ההזדמנות שסיפק לנו לשקילה חוזרת ולחידוד נוסף של מחשבותינו על משפט, כלכלה ומוסר.

46 לעמדה שלפיה מטרתה של דיני התרופות בשל הפרת חוזה היא להגשים ערכים של צדק מתקן באמצעות השבת המצב של הנפגע לקדמותו ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 22–25.