

על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנוזיקין

מאת

ישראל גלעד*

עיקר הכתיבה בתחום הניתוח הכלכלי של דיני-הנוזיקין מתמקדת בשימוש בדיני-הנוזיקין כמכשיר להשגת הרתעה יעילה. רשימה זו בוחנת, האם אכן ניתן להשיג הרתעה יעילה באמצעות דיני-הנוזיקין ובאיזו מידה. תחילה מובהרים מושגים-יסוד בניתוח הכלכלי של המשפט כגון יעילות, קריטריון פרטו, עלות פרטית מול עלות חברתית והתיאורמה של קו. לאחר-מכן מוצגות בעיות המידע הקשות הכרוכות בהרתעה יעילה. נסיונות הגישה הכלכלית להתמודד עם בעיות מידע אלה באמצעות תיאוריות שונות של "הפנמה" נבחנות בהמשך. המסקנה העולה מן הדיון היא, שתיאוריות אלה – מבית-מדרשם של פוזנר, שבל וקלברוי, המבקשות לפתור את בעיות המידע באמצעות פעולת השווקים – אינן עומדות במבחן הביקורת. חולשה מהותית נוספת של חפישת ההרתעה עולה בהמשך מניתוח השפעתו השלילית של ביטוח האחריות על כוח ההרתעה של דיני-הנוזיקין. הדיון מוביל למסקנה כי מן הראוי שהניתוח הכלכלי של המשפט יתמקד פחות ביעילות, ככלל, ובהרתעה, בפרט, וידגיש יותר את תרומת הכלכלה להשגת מטרתיות החלוקתיות של דיני-הנוזיקין.

א. הגישה הכלכלית לדיני-הנוזיקין – מבוא כללי; 1. על המכנה המשותף לדיני-הנוזיקין ולתורת-הכלכלה; 2. יחסיהם-הגומלין בין דיני-הנוזיקין לתורת-הכלכלה – הגישות השונות; (א) שיקולי חלוקת רווחה ושיקולי רווחה מצרפית; (ב) השגת שינויים בחלוקת הרווחה באמצעות דיני-הנוזיקין; (ג) השיקול המצרפי – דיני-הנוזיקין כמכשיר להגדלת רווחה כוללת; (ד) טיבה של הכתיבה בדיני-הנוזיקין בתחום המשפט והכלכלה; 3. דרכי הגדלת הרווחה המצרפית באמצעות דיני-הנוזיקין – הרתעה ופיזור; (א) הרתעה; (ב) פיזור. ב. מושגים-יסוד בהרתעה – יעילות, מדידת רווחה והתיאורמה של קו; 1. יעילות; (א) קריטריון קלדור-היקס; (ב) קריטריון פרטו; (ג) יעילות וקריטריון פרטו; 2. ערך ועלות – נקודת-המבט הפרטית ונקודת-המבט החברתית; (א) שוק המוצר – ערכים פרטיים של צרכנים ויצרן; (ב) ערכיה החברתיים של פעילות הייצור בהתעלם מן המטרד; (ג) השפעת המטרד; 3. התיאורמה של קו. ג. הרתעה ובעיות מידע; 1. חולשותיה של תפיסת ההרתעה – כללי; 2. בעיות המידע; (א) שלושת סוגי המידע הרלבנטיים; (ב) המחשה באמצעות ה"מקרה הקל" – דוגמת המטרד; (ג) המקרים הקשים – אי-ודאות, ריבוי גורמים, הרתעה נוספת והעדר שווקים; (ד) סיכום; 3. התמודדות הגישה הכלכלית עם בעיות המידע – גישות ה"הפנמה" השונות; (א) התשובה העקרונית – הסתמכות על שווקים; (ב) תמצית הטיעון – הפנמה השפעות חיצוניות; (ג) החולשה המיקדמית של פתרון ההפנמה; (ד) הפנמה ובעיות מידע; (ה) פתרון מוצע – הפנמה אוטומטית בשיעור

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. אני מודה לעמיתי, אריאל פורת ומנחם שפיגל, על הערותיהם החשובות והמועילות.

הנוק שנגרם; (ו) חולשתו של טיעון ההפנמה האוטומטית; א. השפעה חיצונית ונוק הפרטי של הניזוק; ב. ביקורת קוד את טיעון ההפנמה האוטומטית – האופי ההדדי של הגרימה; (ז) יישום הפתרון הקולקטיבי – רשלנות, נטחת הנד ובעיות מידע; א. נוסחת הנד והרתעה יעילה; ב. בעיות מידע; (ח) הניסיון לעקיפת בעיות המידע – האחריות החמורה בגרסת פוזנר ושכל; (ט) הניתוח הכלכלי של פוזנר ושכל וגישת ההפנמה האוטומטית; א. השאלה: האם מתיישבת גישת פוזנר ושכל עם הביקורת על גישת ההפנמה האוטומטית? ב. האופי ההדדי של הגרימה והפנמה סלקטיבית – רשלנות ואחריות חמורה; ג. קביעת שיעור ההפנמה היעילה – חזרה אל גישת ההפנמה האוטומטית; (י) האחריות החמורה בנוסח קלברדי ובעיות מידע; א. "הרתעה כללית" ו"המונע הזול"; ב. בעיות מידע בקביעת "המונע הזול"; ג. גישת קלברדי לבעיות ההרתעה והמידע; ד. הערכה ביקורתית; 4. הרתעה ובעיות מידע – סיכום. ד. הרתעה וביטוח; 1. ביטוח הנוק וסיכוח; 2. השפעת הביטוח על תמריצי המניעה; 3. עמדתם של קלברדי, פוזנר ושכל. ה. סיכום: הרתעה, פיזור, שיקולי חלוקה ותדומת הניתוח הכלכלי; 1. מבטלות ההרתעה ומשמעותן; 2. פיזור הנוק – שיקולי יעילות ושיקולי חלוקה; 3. על השילוב הראוי – הרתעה, פיזור ושיקולי חלוקה; 4. הסדר הפיצוי לנפגעי תאונות-הרכבים; 5. העדר פיזור; 6. הגישה הכלכלית למשפט – יעילות מול שיקולי חלוקת רווחה.

א. הגישה הכלכלית לדיני-הנזיקין – מבוא כללי

1. על המכנה המשותף לדיני-הנזיקין ולתורת-הכלכלה

המכנה המשותף לתורת-הכלכלה ולדיני-הנזיקין הוא העיסוק בשינויים ברווחתם של בני-אדם. רווחה (welfare) לעניינו היא כינוי כללי למושגי התועלת (utility); האושר; מניעת כאב, סבל וצער; סיפוק רציות (desires); ומושגים אחרים המבטאים את משאת-נפשם של בני-אדם.¹

מנקודת-המבט הכלכלית נתפשת הסיטואציה הנזיקית כהתנגשות בין שתי פעילויות חברתיות רצויות המשמשות מקור ליצירת רווחה.² כך, לדוגמא, מתנגשת פעילות הייצור של מוצרים על-ידי מפעל תעשייתי עם פעילות המגורים והמסחר של תושבי האיזור. כתוצאה מהתנגשות זו פוגעת הפעילות יוצרת-הסיכון, פעילות הייצור, ברווחה המופקת מן הפעילות החשופה לסיכון – פעילות המגורים והמסחר. הנוק והמטרד שסובלים תושבי האיזור הוא אובדן הרווחה הנגרם עקב התנגשות זו. זהו תוצר-לוראי של פעילות הייצור.³

1 יש המבחינים בין מושג התועלת לבין מושג הרווחה. הראשון נתפש כביטוי של העדפות בין מצבים (preferences), בעוד שהאחרון משקף את הרווחה או האושר (happiness) המופקים בפועל ממצבים אלה. על היבטיה השונים של הבחנה זו ראה Yew-Kwang Ng, *Welfare Economics* (Australia, rev. ed., 1983) 7–12 (להלן: נג). דיונו כאן אינו מחייב היוזקות להבחנה זו. גם נג מציע להתעלם ממנה כל עוד ההקשר אינו מחייב אחרת (שם, 12). על משמעות שונות של מושג ה"well being" ראה A. Sen, *On the Pointlessness of Ethics & Economics* (New York, 1987) 40–47 (להלן: סן). ראה גם G. Calabresi, "The Pointlessness of Ethics & Economics" 100 *Yale L. J.* (1991) 1215, note 14 (להלן: קלברדי 1991).

2 זאת, להבדיל מנקודת-המבט ה"מסורתית", שלפיה הנוק נגרם על-ידי הפעילות יוצרת-הסיכון. ראייה כלכלית זו נשענת במידה רבה על תפישת ההרדיות בגרימת הנוק. ראה להלן, הטקסט המלווה הערה 111.

3 תפישה זו של הסיטואציה הנזיקית כהתנגשות בין פעילויות רצויות אינה חלה על המצבים של גרימת

עניינם של דיני-הנזיקין הוא בטיפול בהתנגשות זו בין פעילויות יוצרות רווחה. כללי האחריות וכללי תרופות הם אמצעים שדרכם יכולים דיני-הנזיקין להשפיע על מידת הרווחה המופקת מכל פעילות ועל חלוקת הרווחה בין הצדדים לפעילויות המתנגשות. כך, לדוגמא, הטלת אחריות על היצרן וחיוכו בפיצוי התושבים בגין נזקי המטרד יכולה לגרום ליצרן להקטין את היקף פעילות הייצור או לשנות את טיבה על-ידי השקעה באמצעים מונעי רעש וזיהום. הן שינוי היקף הפעילות הן שינוי טיב הפעילות יקטינו, מחד גיסא, את הרווחה המופקת מפעילות הייצור (הקטנת רווחי הייצור או הגדלת עלותו) ויגדילו, מאידך גיסא, את הרווחה המופקת מפעילות המגורים (הקטנת המטרד). גם אם חיוב היצרן בפיצויים לא יגרום לו לשנות את היקף פעילותו או טיבה (מטרד יישאר בעינו), הרי שהטלת חובת הפיצוי כשלעצמה תביא להקטנת רווחת היצרן ולהגדלת רווחת התושבים. מידת השינויים ברווחה המופקת מן הפעילויות השונות תלויה בתוכן כללי האחריות וכללי התרופות. עניינה של תורת-הכלכלה הוא בתיאור תגובתם של בני-אדם לשינויים ברווחתם ובתיאור רווחה זו. בכך עוסקים מושגי הביקוש וההיצע. הביקוש משקף, בערכים כספיים, את הרווחה שמפיקים צרכנים מצריכת מוצר מסוים. רווחה זו היא הקובעת כמה יחידות מוצרים יבקשו לרכוש במחיר נתון. ההיצע משקף את אובדן הרווחה של יצרן המוצר עקב ייצור המוצר. אובדן זה של רווחה הוא הקובע כמה מוצרים יאות היצרן לייצר במחיר נתון. הקשר המידי בין דיני-הנזיקין לתורת-הכלכלה בולט אפוא לעין. דיני-הנזיקין מבקשים לשנות את רווחתם של הצדדים לפעילויות מתנגשות באמצעות כללי אחריות ותרופות. תורת-הכלכלה מתארת את תגובתם של הצדדים לפעילויות אלה לכללי האחריות והתרופות ואת מידת השינוי ברווחתם עקב פעולתם של כללים אלה.⁴

נזק מכונת. ואכן, מבחינת הניתוח הכלכלי עוולות הכוונה נתפשות כקרובות יותר לעבירות הפליליות. רשימה זו לא תעסוק באחריות בנוזיקין בגין גרימת נזק מכונת. לענין זה ראה W.M. Landes & R.A. Posner, "An Economic Theory of Intentional Torts" 1 *Int. Rev. L. Econ.* (1981) 127; W.M. Landes & R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, 1987) 149-189 (להלן: פוזנר ולנדס).

4 בהמשך לאמור לעיל, בהערה 1, לא תעסוק רשימה זו בשתי בעיות בסיסיות הנוגעות לקביעת הרווחה ולמידתה. הבעיה האחת היא השתנות של הטעמים הקובעים את רווחתו של אדם. עם השינוי בטעמים משתנה גם הרווחה המופקת ממוצר או מפעילות נתונה. תופעה זו מכבידה מאוד על האפשרות לבצע אומדני רווחה ולפעול לפיהם, שכן השתנות הטעמים מחייבת את שינוי האומדן ושינוי קריהפעולה. על שינויים בהעדפות ומשמעותם ראה R.A. Pollak, "Endogenous Tastes in Demand and Welfare Analysis" 68 *Am. Econ. Rev.* (1978) 374. הבעיה האחרת היא פער בין אומדן הרווחה של הפרט לפני התרחשות שינוי מסוים לבין הרווחה המופקת בפועל משינוי זה לאחר שאירע בפועל. זהו הפער בין הרווחה *ex ante* לבין הרווחה *ex post*. לענין זה ראה קלברדי 1991 (לעיל, הערה 1), 1225-1226.

2. יחסי-הגומלין בין דיני-הנזיקין לתורת-הכלכלה – הגישות השונות

(א) שיקולי חלוקת רווחה ושיקולי רווחה מצרפית

דיני-הנזיקין – כללי האחריות וכללי התרופות – הם, כאמור, אמצעי להכנסת שינויים ברווחה המופקת על-ידי הצדדים השונים לפעילויות מתנגשות. מהם השינויים ברווחה שמבקשים להשיג באמצעות דיני-הנזיקין? התשובה לשאלה זו נגזרת ממטרות דיני-הנזיקין. בהקשר זה מקובל לסווג את המטרות הרבות והמגוונות של דיני-הנזיקין לשתי קבוצות של מטרות או שיקולים: שיקולי חלוקת הרווחה, מחד גיסא, ושיקולי הרווחה המצרפית, מאידך גיסא.

מקובל להציג שוני זה בין שתי קבוצות השיקולים באמצעות הדימוי של עוגת הרווחה. כל פרט בחברה נהנה ממידה מסוימת של רווחה. זוהי פרוסת הרווחה שלו. פרוסת הפרטים יוצרות יחדיו את עוגת הרווחה החברתית. עניינם של שיקולי חלוקת הרווחה הוא בשינויים בגודל הפרוסות השונות. שינויים אלה נבחנים מנקודת-המבט של שיקולי מוסר, צדק, הגינות, יושר, שוויון וכל שיקול אחר שעניינו טיב התנהגותם של הצדדים לפעילויות המתנגשות, מערכת-היחסים ביניהם, מעמדם ומצבם זה כלפי זה וכלפי החברה בכללותה. אם הגידול בפרוסת המזיק על חשבון פרוסת הנזוק נתפשת כהתנהגות בלתי-צודק או בלתי-הוגן וכיוצא בזה, יתערבו דיני-הנזיקין כדי למנוע שינוי זה. השיקול המצרפי אדיש לשינויים שחלו בפרוסה זו או אחרת, ועניינו הוא בהגדלת עוגת הרווחה הכוללת. דיני-הנזיקין יופעלו רק אם הדבר יביא להגדלת עוגת הרווחה או למניעת הקטנתה.⁵

(ב) השגת שינויים בחלוקת הרווחה באמצעות דיני-הנזיקין

כאמור, הסיטואציה הנזיקית מאופיינת בכך שהפעילות יוצרת-הסיכון פוגעת ברווחה המופקת מן הפעילות החשופה לסיכון. אי-התערבות משמעה, שרווחת הצדדים לפעילות יוצרת-הסיכון גדלה על חשבון רווחת הצדדים לפעילות החשופה לסיכון.

5 הדיכוטומיה של שיקולי חלוקת הרווחה (גודל הפרוסות) לבין שיקולי הרווחה המצרפית (גודל העוגה) מקבילה אך אינה זהה לדיכוטומיה אחרות המשמשות בהקשר זה כקטגוריות מול תועלתנות, גישה תוצאתית מול גישה המתמקדת בזכויות ואחריות מוסרית מול תועלת חברתית – ראה, I. Englund, "The Basis of Tort Liability – Moral Responsibility and Social Utility in Tort Law" 10 T.A.U. Stud. in L. (1991) 89 (להלן: אנגלרד 1991). אנגלרד מציין, כי "Modern tort theories are variations on the themes of moral responsibility and social utility. The two notions have traditionally been conceived as antinomic" (שם, 89). לדעתו, אין בהכרח ניגוד בין מבחן האשמה המוסרית למבחן התועלת החברתית. ההבחנה בין צדק מתקן (corrective) לבין צדק מחלק (distributive) אינה דיכוטומיה מקבילה נוספת אלא הבחנה החותכת את הדיכוטומיות האחרות. ואכן, פוזנר טוען כי מקסום הרווחה מבטא תפישה של צדק מחלק. ראה מחלק, R. Posner, "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law" 10 J. Legal Stud. (1981) 187. גם קלברזי רואה כי "מניעת בזבז" סוג של צדק. ראה G. Calabresi, "First Party, Third Party, and Product Liability Systems – Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?" 69 Iowa L.R. (1984) 833, 834 (להלן: קלברזי 1984). לתיאור, ניתוח והערכה ביקורתית של הדיכוטומיות אחריות מוסרית מול תועלת חברתית וצדק מחלק מול צדק מתקן ראה ספרו של אנגלרד (1992) *The Philosophy of Tort Law* (Dartmouth). (להלן: אנגלרד 1992) שהופיע לאחר שרשימה זו נמסרה לדפוס.

שיקולי חלוקת הרווחה מתמקדים בצורך לתקן ולמנוע פגיעה זו, כאשר היא מתנגשת בשיקולים אלה. כך, לדוגמא, מוטלת אחריות בעוולות הכוונה משום שגרימת נזק מכוונת נתפשת כהתנהגות בלתי-מוסרית. אחריות מוטלת בעוולת הרשלנות משום שאי-עמידה בסטנדרט ההתנהגות הסביר נחשבת לבלתי-ראויה. אחריות חמורה או מוחלטת מוטלת על בסיס התפישת שאין זה צודק כי צרכן ישא בסיכונים הכרוכים בפגם במוצר או שצרכן ישא בסיכוני מקום העבודה, כאשר היצרן והמעביד הם הנהנים מן הפעילות יוצרת-הסיכון.

בהיות הכללים המשפטיים אמצעי להכנסת שינויים בחלוקת הרווחה, נשאלת השאלה האם הסדרי האחריות והתרופות הקיימים מגשימים מטרות אלה ובאילו מידה, והאם קיימים הסדרי אחריות ותרופות שיגשימו את המטרות הנתונות בצורה טובה יותר. במלים אחרות: השאלה היא, עד כמה מותאמים כללי האחריות והפיצוי להשגת מטרותיהם של דיני-הנוזיקין מהיבט חלוקת הרווחה.

כאן באה לידי ביטוי תרומתה החשובה של הכלכלה למשפט. לתורת-הכלכלה הכלים המאפשרים לבחון את מידת התאמתם של כללי האחריות ותרופות שונים להגשמת מטרותיהם החלוקתיות של דיני-הנוזיקין. הטלת אחריות על מזיקים בפועל ובכוח מביאה מבחינתם לשינוי במחיר של הפעילות יוצרת-הסיכון. הפעילות נעשית עתה יקרה יותר בשל האפשרות כי תוטל בגינה אחריות בנוזיקין. כיצד יגיבו? רווחתו של מי תיגדל ורווחתו של מי תקטן עקב כך? הכלכלה מתמחה בתשובות לשאלות אלה. ברשותה מצויים כלים טובים להעריך את התגובות הצפויות להטלת האחריות ואת השפעותיהן במונחי רווחה על הצדדים הנוגעים בדבר. על בסיס ניתוח כלכלי זה ותוצאותיו ניתן יהיה לבחון אם ועד כמה מביא הסדר נוזיקין נתון לשינויים החלוקתיים המבוקשים. ללא מידע זה עלול להיווצר חוסר-התאמה בין מטרת החלוקה מחדש לבין האמצעים המשפטיים להשגת המטרה – כללי האחריות וכללי התרופות. בהעדר התאמה, כאמור, עלולה החלוקה-מחדש להיות שונה מן החלוקה המבוקשת, ולעתים – אף גרועה ממנה.

תרומתה זו של הכלכלה למשפט מנקודת-מבט זו היא תרומה אינסטרומנטלית ולא נורמטיבית. הכלכלה, כמדע ממדעי-החברה, מסייעת למשפט להשיג את מטרותיו באמצעות ציודו בכלים מתאימים לבחינת השפעתם ותוצאתם של כללים משפטיים. מידע דומה יכול להישאב ממדעי-החברה האחרים כפסיכולוגיה וכסוציולוגיה. הכלים שתורת-הכלכלה מספקת יכולים לשמש אפוא להשגת מטרות שונות – לעתים אפילו מנוגדות זו לזו. עניינה של הכלכלה על-פי תפישתה זו הוא ב"כיצד", ולא ב"לאן" או "במדוע".

(ג) השיקול המצרפי – דיני-הנוזיקין כמכשיר להגדלת רווחה מוללת

מנקודת-המבט של השיקול המצרפי מתקבלת תמונה שונה לחלוטין של יחסי-הגומלין בין דיני-הנוזיקין לתורת-הכלכלה. הכלכלה שוב אינה נתפשת כאמצעי המסייע לדיני-הנוזיקין בהשגת מטרות חלוקתיות. עתה מתחלפות היוצרות – הכלכלה היא המגדירה את היעד הנורמטיבי ואת דרכי הגשמתו, ואילו המשפט

נתפש עתה כמכשיר המסייע בהשגת היעד, כאינסטרומנט המשרת תכלית המזוהה עם הכלכלה.

"התכלית הכלכלית" שמדובר בה אינה אלא וריאציה על התפישה התועלתנית הרוואה בהגדלת התועלת (הרווחה) התברחת הכוללת את התכלית הראויה היחידה של הקיום האנושי. זהו "עקרון האושר הגדול". תחילה אימצה הכלכלה עיקרון זה בצורתו המקורית.⁶ הביקורת הגואה על התועלתנות ועל הנחותיה הניעה כלכלנים להשתחרר מחיבוק-הדוב של התועלתנות ולהמיר את הכלכלה הנורמטיבית בגישה פוזיטיבית מדעית.⁷ מן הכלכלה הנורמטיבית שרדה רק התכלית המוגבלת של יעילות פרטית.⁸ בשלב שלישי שבה "כלכלת הרווחה החדשה" והפיחה רוח-חיים באפו של "עקרון האושר הגדול", תוך שינוי ועידונו.⁹ השינוי הוא בכך, שאת מקום התועלת הבלתי-מדירה תפס הכסף, או הנכונות והיכולת לשלם, כמדד של רווחה. כך בא לעולם הנורמטיבי קריטריון "קלדור היקס", הידוע גם כ"עקרון הפיצוי"¹⁰, במקום "עקרון האושר הגדול". יודגש: כלכלת הרווחה החדשה, כתועלתנות, מגיחה כי רווחת הצדדים ניתנת למדידה ולהשוואה בין-אישית.¹¹ רק מושא המדידה השתנה.¹² עידונה של התפישה התועלתנית נעשה באמצעות ההכרה בכך שמקסום הרווחה המצרפית אינו התכלית הנורמטיבית הבלעדית. הוכרה הלגיטימיות של שיקולי חלוקת הרווחה למיניהם כתכליות ראויות נוספות. הכרה זו לבשה שתי צורות שונות. בצורתה האחת הופרדו שיקולי החלוקה משיקולי מקסום הרווחה: הקצאת המקורות אמורה להיעשות אך ורק על-פי שיקולי מקסום הרווחה, כאשר הטיפול בחלוקת הרווחה אמור להיעשות בשלב מאוחר יותר, באמצעות מיסוי פרוגרסיבי ותשלומי העברה לחלשים.¹³ הפרדה זו בין שיקולי מקסום רווחה לבין שיקולי חלוקת רווחה היתה נוחה לכלכלנים שביקשו להמשיך ולעסוק במקסום הרווחה כקריטריון נורמטיבי יחיד, מבלי לדון ברבעת בשיקולי חלוקה. אסכולה אחרת ביקרה את ההפרדה בין מקסום הרווחה לבין חלוקתה¹⁴ והציעה לשלב בין שיקולי

- 6 על התפתחות החשיבה הכלכלית ראה: G.J. Stigler, "The Development of Utility Theory" (1950) in: Essays in the History of Economics (Chicago, 1965) 70 (להלן: סטיגלר).
- 7 כיתוי בולט לשאיפה זו של כלכלנים מצוי בספרו של L. Robbins, An Essay on the Nature & Significance of Economic Science (London, 2nd ed., 1952).
- 8 ראה להלן, בסעיף 1.1.ב).
- 9 I. Gilead, "Bruce A. Ackerman — Reconstructing American Law" 20 Isr. L. Rev. (1985) 581, 582–587.
- 10 ראה להלן, הערה 40.
- 11 ראה גל (לעיל, הערה 1), 5, 7–6, 13–16.
- 12 במקום המצרף $\sum U_i$ התועלתני $\sum U_i$, שבו U_i מייצג יחידת-תועלת (utile) של פרט i כתוצאה משינוי נתון, בא המצרף $\sum W_i$, שבו W_i מייצג יחידת-רווחה של פרט i במונחי כסף. ראה גל (לעיל, הערה 1), 2–4.
- 13 ראה R. Musgrave, "Cost Benefit Analysis and the Theory of Public Finance" (1969), in: R. Layard (ed.), Cost-Benefit Analysis (Harmondsworth, 1972) 101, 112–113 (להלן: לייארד). בגישה זו תומך גם גל (לעיל, הערה 1), 244–259.
- 14 J.S. Chipman & J.C. Moore, "The New Welfare Economics" 19 Int. Econ. Rev. (1978) 547, 579–580 (להלן: צ'יפמן). גל, לעיל, מביא את השיקולים נדר הפרדה כאמור. גם קלברזי מבקר הפרדה זו (קלברזי 1991, [לעיל, הערה 1], 1224–1223, הערה 36). להצגת שתי הגישות ראה: T. Scitovsky, "The State of Welfare Economics" 41 Am. Econ. Rev. (1951) 303.

מקסום הרווחה לבין חלוקתה על-ידי יצירת קריטריון נורמטיבי משולב, הידוע כפונקציית הרווחה החברתית (social welfare function)¹⁵.

הניתוח הכלכלי של המשפט, בכלל, ושל דיני-הנוזיקין, בפרט, אינו אלא שלוחה של "כלכלת הרווחה החדשה". יוצריו וחסידיה מציבים את "עקרון הפיצוי", את הגדלת עוגת הרווחה, במונחים של יכולת לשלם – כ"תכלית הכלכלית" שהמשפט אמור לשרתה. עקרון "מקסום העושר" (wealth maximization) שטבע ר' פונד, מאבות הניתוח הכלכלי, אינו אלא "עקרון הפיצוי"¹⁶.

מנקודת-המבט הכלכלית נראה אפוא המשפט כמכשיר שייעודו הוא להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית במונחים של נכונות ויכולת לשלם. כלל אחריות או כלל תרופה ייחשב כרצוי רק אם יש בכוחו להגדיל את הרווחה המצרפית של הצדדים המושפעים מן הסיטואציה הנוזיקית. ככל שתגדל "תרומת הרווחה" של כלל נתון, כך ייחשב הכלל כרצוי יותר, דהיינו: טוב יותר מכללים שתורמתם פחותה. הכלל הטוב ביותר הוא הכלל המניב רווחה מצרפית מירבית. כלל רע הוא כלל שתורמתו לרווחה המצרפית היא שלילית. החלטת בית-המשפט העליון באתא נ' שוורץ¹⁷ היא דוגמא לכלל תרופה רע על-פי ניתוח זה. בהחלטתו אישר בית-המשפט צו-מניעה שמכוחו נאסר על מפעל תעשייתי גדול להפעיל את מערכת-הקירור-האוורור שלו בשל רעש שעלה כדי מטרד ליחיד. זאת, הגם שבית-המשפט הכיר בכך כי צו-המניעה עלול לצמצם את הרווחה המצרפית: הפגיעה בבעלי-המפעל ובציבור העובדים והצרכנים היתה גדולה בעליל מהנוק שגרם המטרד. גישה שלפיה יש למוטרד הסובל נזק ממשי וכות קנויה לצו-מניעה ללא תלות במחיר החברתי הכולל של צו זה, מנוגדת לתפישה הכלכלית¹⁸.

15 A. Bergson (Buk), "A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics" 52 Q.J.Econ. 310 (1938). לסקירת הגישות השונות לשילוב זה ראה סקיטובסקי, שם; וכן גג (לעיל, הערה 1), 83-66. ניתן להציג את רעיון השילוב כשקלול של נתוני הרווחה הפרטית, W_i , באמצעות משקלות, A_i , המייצגות את הערך שמייחסת החברה לרווחתו של פרט מסוים. הקריטריון המשולב הוא $\sum A_i W_i$ בהתאמה. למותר לציין, כי קריטריון כמותי זה יכול לשקף במידה מוגבלת ביותר את שיקולי המוסר והצדק המצויים בבסיס המטרות החלוקתיות. זאת ועוד: קיים קושי גדול בהגעה להסכמה חברתית באשר לפונקציה המשקפת את הערכות החברה. לביקורת על פונקציית הרווחה החברתית ראה E.J. Mishan, "Welfare Criteria: an Exchange of Notes — A Comment" 72 Econ. J. (1962) 234. מגבלות אלה הביאו כותבים למסקנה, שנכשל נסיונה של כלכלת הרווחה ליצור כלי כלכלי לפתרון בעיות הקשורות בשיקולים ערכיים וכי חלק ניכר מן המאמץ האינטלקטואלי שהושקע בכך בזבוז. ראה K.E. Boulding, *Economics as a Science* (New York, 1970) 125; צ'פמן (לעיל, הערה 14), 548, 579-578; סקיטובסקי (לעיל, הערה 14), 314. R.A. Posner, "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman" 9 J. Legal Stud. 243, 244 (1980).

17 ע"א אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל' 785 (3).

18 ואכן, בפסק-הדין נדחת במפורש התפישה הכלכלית כפי שהיא משקפת מכתבי קו, פונד וקלברז, שהוזכרו שם (עמ' 801-805). לניתוח ההחלטה, הערכתה וביקורתה ראה D. Kretzmer, "Judicial Conservatism v. Economic Liberalism" 13 Isr. L. Rev. (1978) 298 (להלן: קרצ'מר); ג' טרסקי, "אגב משפט אתא" הפרקליט לב (תש"מ) 448; א' קליימן, "הפגיעה ממטרד ליחיד והתרופה המשפטית לה — הערות של כלכלן" משפטים ט (תשל"ט) 85. ראה גם להלן, הערה 244.

(ד) טיבה של הכתיבה דיני-הנזיקין בתחום המשפט והכלכלה

הצגנו לעיל שתי נקודות-מבט שונות באשר לטיבו ולמטרותיו של השילוב בין משפט לכלכלה. בפועל מתברר, כי עיקרה של הכתיבה בתחום הניתוח הכלכלי של דיני-הנזיקין בוחן את הכללים המשפטיים בהקשר של הגדלת רווחה מצרפית. ניתוח כלכלי מתמקד בהגשמת מטרות חלוקתיות של דיני הנזיקין הוא בבחינת יוצא מן הכלל. זאת על-אף שהמקור שהניתוח הכלכלי יונק ממנו – כלכלת הרווחה החדשה – הכיר בצורך לשלב בין שני סוגי השיקולים תוך מציאת האיזון הראוי ביניהם. לעניין זה אין נפקא מינה אם הכותב (א) סבור ששיקולי החלוקה אינם שיקולים ראויים; (ב) רואה בהם מגבלה או אילון חיצוניים לניתוח הכלכלי; (ג) אינו נוקט עמדה לגביהם ומשאיר את הטיפול בהם לאחרים או לשלב מאוחר יותר¹⁹; ו-(ד) מכיר בחשיבותם, אך דן בהם בקיצור²⁰. כל הגישות הללו מובילות בסופו של דבר לאותה תוצאה: התמקדות הדיון הכלכלי בהשפעת דיני-הנזיקין

19 ראה לעיל, הערה 13, והטקסט המלווה.

20 פחנר הוא הדובר המובהק ביותר של הגישה הראשונה, הרואה במקסום הרווחה את התכלית האחת והיחידה, גם אם מדי פעם משולם מס-שפתיים לשיקולי חלוקה. גישה זו, שאינה תואמת את עמדתה של כלכלת הרווחה, נתקלה בביקורת נוקבת, שכנגדה לא הצליח פחנר להציב תשובות משכנעות. לדיון מקיף בסוגיה ראה את הסימפוזיום שהתקיים בנושא ואשר פורסם ב-"Hofstra L. Rev." משנת 1980. ראה גם את המאמר 191 "Is Wealth a Value?" 9 J. Legal Stud. (1980), R.M. Dworkin, שבו המחבר טוען כי פחנר סוגר לדולר (בעמ' 201). ראה גם אנגלרד 1992 (לעיל, הערה 5), 36.

שכל, ככלכלן, מאמץ את הפתרון של טיפול נפרד בשאלות של חלוקה. ראה S. Shavell, "Strict Liability Versus Negligence" 9 J. Legal Stud. (1980) 1. בספרו *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge, 1987) (להלן: שכל) הוא מפנה ל-"social welfare criterion" בהקשר של פתרון שאלות נורמטיביות (בעמ' 3). בגישה של הפרדה בין הטיפול בשאלת העילות לבין הטיפול בשאלת החלוקה דוגל גם פולינסקי. ראה A.M. Polinsky, "Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law" 87 Harv. L. Rev. 1655, 1688-1689 (1974) (להלן: פולינסקי).

בגישתו של קלברדי, שמעולם לא הייתה ברורה וחד-משמעית, חלו, כפי הנראה, שינויים במהלך השנים. בכתיבתו המוקדמת, המגובשת בספרו משנת 1970 *The Costs of Accidents* (New Haven) (להלן: קלברדי), קלברדי מכיר אמנם בהשפעה הגדולה שיש לשיקול הצדק על עיצובם של הסדרי האחריות בנזיקין (שם, 78-81), אך עמדתו האישית – כך נראה – דומה לזו של פחנר: אין להכיר בשיקולים אלה כמטרות ראויות של דיני-הנזיקין. שיקולי הצדק מוצגים על-ידי כשיקולים שהיו במקורם תועלתניים ואשר ברבות השנים רכשו להם הכרה מכוח עצמם במנותק ממקורם האמיתי (שם, 293-300). הדיון בגישות המוטיות והאמורפיות צריך לשיטתו להיעשות מנקודת-המבט של עלויות ותועלות (שם, 23). ברוח זו הוא רואה בצדק (justice) לא מטרה בפני עצמה (goal), אלא מגבלה (constraint) – אילון שיש בכוחו להטיל וטו על קידום המטרה של הגדלת רווחה (שם, 25). בגימה בלתי-אוהדת הוא מציין, כי "Justice must ultimately have its due" (שם, 26). כך נוצר הרושם, כי קלברדי מייצג גישה אינסטרומנטלית קיצונית הרואה בהגדלת הרווחה את המטרה האחת של הסדרי האחריות, כאשר שיקולי הצדק וה"ערכים" למיניהם נתפשים כתביעות המציבות מכשול על דרך השגת המטרה. ראה I. England, "The System Builders — A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" 9 J. Legal Stud. (1980) 27, 30, 34-35 (להלן: אנגלרד). נראה, כי בכתיבה מאוחרת יותר חל שינוי בגישתו של קלברדי. שיקולי הצדק החלו לתפוש מקום מרכזי בניתוח המטרות הראויות של דיני-הנזיקין לצד שיקולי מקסום רווחה. ראה קלברדי 1984 (לעיל, הערה 5). לאחרונה חל כנראה שינוי נוסף בעמדותיו. במאמרו משנת 1991 (לעיל, הערה 1) קלברדי חוקף חזיתית את מקסום הרווח כמטרה הן במשמעות של קלדור היקס הן במשמעות של פרט. לטענתו, נטינה של הכלכלה להתעלם משיקולים חלוקתיים הוא כשלון מוחלט (שם, 1227). יתירה מזאת: הוא מותח ביקורת אף על הגיטין של כלכלת הרווחה להפריד

על הרווחה המצרפית²¹. התמקדות זו ברווחה המצרפית מאפיינת הן דיונים בעלי אופי פוזיטיבי, שאינם נוקטים עמדה בשאלת מטרותיהם של דיני-הנזיקין והמשפט הרצוי, הן דיונים בעלי אופי נורמטיבי, הרואים במשפט אמצעי להגדלת הרווחה²². בשל הדומיננטיות של הכתיבה העוסקת בדיני-הנזיקין בהקשר של השפעתם על הגדלת הרווחה המצרפית²³, יתמקד המשכה של רשימה זו בהצגתם ובהערכתם של טיעוני הגישה הרואה ובוחרת את דיני-הנזיקין כמכשיר להשגת מטרה זו.

3. דרכי הגדלת הרווחה המצרפית באמצעות דיני-הנזיקין – הרתעה ופיזור

הניתוח הכלכלי של דיני-הנזיקין מתמקד בשתי דרכים שבהן ניתן להגדיל רווחה חברתית באמצעות דינים אלה. הדרך האחת, שמרבית הדיונים מוקדשים לה בסוגיה, כמו גם רשימה זו, היא הרתעה (deterrence). הדרך האחרת היא פיזור הנזק (loss spreading)²⁴.

(א) הרתעה

מהות ההרתעה. מקובל לזהות את מושג ההרתעה בנזיקין עם סנקציה המוטלת על המזיק במטרה להביאו לידי הקטנה או מניעה של הנזק הנגרם על ידו. בראייה הכלכלית, התופשת את הסיטואציה הנזיקית כמצב של פעילויות מתנגשות, מקבל

בין מקסום הרווחה, בשלב ראשון, לבין הטיפול בהיבט החלוקתי באמצעות מסים והטבות בשלב השני. לשיקולי החלוקה מוקנה עתה התפקיד המרכזי בעיצוב דיני-הנזיקין, וקלברוי מוצר על כך שהדבר לא הודגש דיו בכתיבתו המוקדמת (שם, 1229). עם זאת, אין בקביעות נחרצות אלה כדי לשנות מן העובדה שעיקר כתיבתו היוצרת של קלברוי בתחום המשפט והכלכלה עסקה בניתוח דיני-הנזיקין מהיבט מקסום הרווחה. על ריבוי דו-המשמעויות והניגודים הפנימיים בכתיבתו של קלברוי ועל יחסו לשיקולי הצדק ראה אנגלרד, 44-45 ואנגלרד 1992 (לעיל, הערה 5), 31-35. לראיית הצדק כמגבלה ראה, D. Keenan, "Value Maximization and Welfare Theory" 10 *J. Legal Stud.* (1981) 409, 416-417.

על התמקדות הניתוח הכלכלי ביעילות ובקריטריון פרטו במקום שיקולי חלוקה ראה קלברוי 1991 (לעיל, הערה 1), 1229-1230.

קולמן, המבחין בין כתיבה פוזיטיבית לכתיבה נורמטיבית, רואה בפחזר נציג מובהק של הגישה הנורמטיבית, ובשכל – נציג של הגישה הפוזיטיבית. ראה J.L. Coleman, *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, 1988), 129-130 (להלן: קולמן). יצוין כי גישתו של פחזר אינה רק נורמטיבית, אלא תיאורית ומסבירה: הוא מבקש להסביר את הכללים הקיימים כתוצר של שיקולי הגדלת הרווחה אשר נאחו את השופטים. ראה להלן, הערה 154. גישתו של קלברוי היא נורמטיבית מובהקת, ואנגלרד (לעיל, הערה 20, עמ' 33) אף מכנה אותה "רדיקלית".

כתיבה זו מאופיינת בריבוי ניתוחים מתימטיים, מעניין לציין כי דווקא קו, מאבות הניתוח הכלכלי של המשפט וחתן פרס נובל לכלכלה, אינו רואה בעין יפה את הניתוח המתימטי. קו אומר: "In my youth it was said that what was too silly to be said may be sung. In modern economics it may be put into mathematics" (R.H. Coase, *The Firm, The Market, and the Law* [Chicago, 1988] 185 קו (1988)).

לא נעסוק ברשימה זו בהיבט שלישי של הגדלת הרווחה – צמצום העלויות הכרוכות בהליכים המשפטיים. ראה קלברוי (לעיל, הערה 20), 28. עלות זו תלויה במספר ההתדיינות ובגודל המשאבים המושקעים בכל התדיינות. למחקר אמפירי בסוגיה ראה I.C. Ver Steeg, "Strict Liability and Judicial Resources" 3 *J. Legal Stud.* (1974) 217 Resources. ראה גם שכל (לעיל, הערה 20), 262-270.

רעיון ההרתעה משמעות רחבה יותר. ההרתעה בהקשר זה היא הכנסת שינוי, באמצעות דיני הנזיקין, כאחת הפעילויות המתנגשות או בשתייהן, כאשר שינוי זה משפיע על הרווחה המופקת מפעולות אלה. בדרך כלל יקטין שינוי זה את הרווחה המופקת מפעילות אחת ויגדיל את הרווחה המופקת מהפעילות האחרת. מנקודת-המבט הכלכלית נבחנת תוצאת ההרתעה על-פי המאזן הכולל של השינוי. שינוי המגדיל את הרווחה המצרפית יאופיין כהרתעה רצויה מבחינה כלכלית. הרתעה בלתי-רצויה, לא-כלכלית, היא הכנסת שינוי המקטין את הרווחה המצרפית.

דרך ההרתעה. הכנסת שינוי בפעילות באמצעות דיני-הנזיקין נעשית על-ידי שינוי מחירה של אותה פעילות לצדדים העוסקים בה. לעניין זה יש להבחין בין הפעילות יוצרת-הסיכון (פעילות המזיקים בכוח) לבין הפעילות החשופה לסיכון (פעילות הניזוקים בכוח). בהעדר כללי אחריות בנזיקין, פוגעת הפעילות יוצרת-הסיכון ברווחה המופקת מן הפעילות החשופה לסיכון (נזק). הטלת אחריות בנזיקין על הפעילות יוצרת-הסיכון, על-ידי חיובם של המזיקים-בכוח לפצות את הניזוקים-בכוח בגין הנזק, לכשייגרם – מעלה מבחינתם את מחיר פעילותם ולכן יוצרת תמריץ להכנסת שינויים בפעילות זו. מנגד, קבלת הפיצוי מצמצמת את מחירה של הפעילות החשופה לסיכון, תוך יצירת תמריץ לניזוקים-בכוח לשנות את פעילותם. עוצמתה של ההרתעה עומדת אפוא ביחס ישר למידת השינוי שדיני-הנזיקין מכניסים במחירן של הפעילויות²⁵. ככל ששינוי המחיר יהא גדול יותר, כך יגדל התמריץ להכניס שינוי בפעילות. כך, לדוגמא, כלל של אחריות מוחלטת ללא הגנות ייצור אצל המזיק אפקט הרתעתי חזק הרבה יותר מאשר כלל של רשלנות עם הגנת אשם תורם. מחירו של הכלל הראשון גבוה מבחינתו במידה ניכרת ממחיר הכלל האחרון²⁶.

סוגי ההרתעה. בניתוח הכלכלי מקובל למיין לשתי קבוצות את השינויים בפעילויות המתנגשות בשל ההרתעה הנזיקית: שינויים בטיב הפעילויות ושינויים בהיקף הפעילויות. לקבוצת הראשונה שייכים כל אותם שינויים העוסקים במידה שבה יחידת-פעילות נתונה פוגעת, או עלולה לפגוע, ברווחה מהפעילות האחרת. לקבוצה זו שייכת, למשל, מידת הזיהום הכרוכה בייצור יחידת-מוצר. צמצום כמות הזיהום ליחידת-מוצר היא הכנסת שינוי בטיבה של הפעילות יוצרת-הסיכון. שינויים בטיב הפעילות כוללים גם את העלאת רמת הבטיחות שלה על-ידי התקנת אמצעים למניעת נזק או לצמצומו (מסנן, בלמים, גידור מכונה, שסתום-ביטחון, אזהרות

25 על הרתעה באמצעות כללים משפטיים ראה R. Cooter, "Prices and Sanctions" 84 Colum. L.Rev. 1523 (1984).

26 טיעון ההרתעה, בפרט, והתיאוריה הכלכלית, בכלל, נשענים על הנחת-יסוד באשר להתנהגותן של היחידות הכלכליות – פרטים ופירמות. על-פי הנחה זו, היחידות הכלכליות פועלות באורח רציונלי להגשמת המטרה של מקסום רווחתן או רווחיהן. אמיתותה של הנחת המקסום הרציונלי שנויה במחלוקת. קו מבקר את הכלכלנים על שאימצו הנחה פשטנית זו ולא ביקשו לדרת לעומק הגורמים המשפיעים על ההתנהגות האנושית (קו 1988 [לעיל, הערה 23], 5-1). ברשימה זו תאומץ בכל-זאת הנחת המקסום המקסימלי לפחות לגבי פרטים (להבדיל מפירמות. ראה להלן, הערה 81 והטקסט המלווה). מטרתנו כאן היא לבחון את הגישה הכלכלית למשפט מנקודת-המבט של תורת-הכלכלה המקובלת, ולא לעסוק בביקורת הנמתחת על הנחות-היסוד של תורה זו.

וכן את העלאת רמת הזהירות בביצוע הפעילות (עירנות, נהיגה אטית וכו'). לקבוצת השינויים בהיקף הפעילות שייכים כל אותם שינויים הכרוכים בצמצום הפעילויות עצמן או בהגדלתן. הקטנת פעילות הייצור תתבטא, למשל, בצמצום כמות המוצרים המיוצרת אשר תביא הן להקטנת כמות הזיהום הכוללת הן להקטנת הסיכון שעובדים העוסקים בייצור ניצבים בפניו.

תמציתה של ההרתעה הכלכלית היא אפוא השאיפה לצמצם את אובדן הרווחה הנגרם עקב התנגשותן של שתי פעילויות. שאיפה זו מוגשמת על-ידי הכנסת שינויים, באמצעות דיני-הנזיקין, בהיקף הפעילויות או בטיבן. מטרת שינויים אלה היא למנוע את הנזק (הפסד הרווחה) הנגרם לפעילות החשופה לסיכון, כל עוד הגידול ברווחה עקב מניעת הנזק גדול יותר מאשר אובדן הרווחה הכרוך במניעה. נזק הטעון מניעה על-פי מבחן זה הוא אפוא נזק בלתי-רצוי, ונזק שמניעתו אינה כדאית הוא נזק הכרחי.²⁷ בעוד שעל-פי התפישה המסורתית תפקידו של הפיצוי בנזיקין הוא להשיב את מצב הנזוק לקדמותו, הרי שעל-פי הגישה הכלכלית תפקידו של הפיצוי הוא להגדיל את הרווחה המצרפית באמצעות התמריצים שיוצרת ההרתעה. מתן הפיצוי לניזוק נועד ליצור את התמריץ המתאים שיגרום לניזוקים להפעיל את מערכת ההרתעה הנזיקית, ובכך להביא להגדלת הרווחה.²⁸

דיני-הנזיקין מרתיעים לא רק באמצעות שינויים במחירים אלא גם באופן ישיר, באמצעות צווי עשה ולא-תעשה. סוג זה של הרתעה לא יידון ברשימה זו.²⁹ בניתוח הכלכלי של המשפט נתפשת תרופת האכיפה כסעד קנייני באופיו.³⁰ כמרכן תרופת הציווי היא תרופה משנית בנזיקין,³¹ ובמקרים רבים, כאשר הנזק כבר נגרם, אין לה משמעות.

(ב) פיזור

בעוד שההרתעה מתמקדת במניעתו של נזק צפוי, כאשר נזק זה קטן מעלות מניעתו, מתמקד שיקול הפיזור בתוצאותיו של נזק אשר ייגרם בפועל. מרגע שנזק מסוים, רצוי או בלתי-רצוי, הופך לעובדה קיימת, ניתן להבחין בין שני סוגים של אובדן

27 אם מטרת דיני-הנזיקין היא להרתיע, מדוע שלא תתבצע הרתעה זו על בסיס ההתנהגות יוצרת-הסיכון, ולא על בסיס גרימת נזק בפועל? תשובות אפשריות לכך הן הקושי באיתורן של ההתנהגויות יוצרות-הסיכון שלא גרמו לנזק, הקושי בהערכת גודל הסיכון שנוצר על-ידי התנהגויות אלה, בעיית החיוב בפעויות, פיצוי הנזוק בשיטה שבה החיוב נעשה לפי סיכון ולא לפי נזק והחשש מהרתעת-יתר. בעניין זה ראה: R.A. Posner, "A Theory of Negligence" 1 J. Legal Stud. (1972) 29, 40-41; (להלן: פחנר 1972); J. Green, "On the Optimal Structure of Liability Laws" 7 Bell J. Econ. (1976) 553, 554; (להלן: גרין); G. Calabresi, "Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs" 33 J. Law & Econ. (1968) 429, 456; (להלן: קלברזי 1968); G. Calabresi, "Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Hary Kalven, Jr." 43 U. Chi. L. R. (1975) 69, 85-86; (להלן: קלברזי 1975); S. Shavell, "An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts" 9 J. Legal Stud. (1980) 463, 481, 484; (לעיל, הערה 20), 108.

28 פחנר 1972 (לעיל, הערה 27), 48.

29 לדיון חלקי ביותר ראה לעיל, הערות 17 ו-18; ולהלן, הערה 244 והדיון שם.

30 G. Calabresi & A.D. Melamed "Property Rules, Liability Rules and Inalienability — One View of the Cathedral" 85 Harv. L. Rev. (1972) 1089; (להלן: קלברזי ומלמד).

31 ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג (3) 840, 854.

רווחה הכרוכים בו: הסוג האחד הוא אובדן רווחה הכרחי, בלתי-הפך, הכרוך בנזק. אובדן כזה ייגרם במקרה של נזק שאינו ניתן לתיקון (נזק פיזי ללא תקנה), במקרה של נזק שתיקונו אינו כדאי (עלות התיקון גדולה מעלות הנזק) או במקרה של תיקון נזק, כאשר התיקון כרוך באובדן רווחה המושקעת בתיקון (למשל: עלותו של טיפול רפואי). הפסד רווחה מינימלי והכרחי זה יכולה להלן בשם הנזק הבסיסי. הסוג האחר של אובדן רווחה הוא זה הכרוך באי-מניעתם של נזקים המתפתחים מן הנזק הבסיסי והניתנים למניעה בעלות קטנה מעלותם הם. הפסדי רווחה אלה יכולו להלן בשם נזקים נוספים. תפקידם של דיני-הנזיקין מהיבט הפיזור הוא למנוע את התרחשותם של הנזקים הנוספים. והנזקים הנוספים נובעים משני מקורות: מקור אחד הוא חוסר-היכולת לתקן נזק שתיקונו רצוי בשל העדר משאבים. כך, לדוגמא, העדר טיפול רפואי בניזוק בשל חוסר במשאבים עלול לגרום לאובדן רווחה עקב החמרת הנזק הגופני, וזאת על-אף שעלות הטיפול הרפואי כרוכה באובדן רווחה קטן יותר. פער זה בין עלות ההחמרה לעלות המניעה הוא נזק נוסף – נזק מיותר שניתן למנוע. מקור שני לנזקים נוספים הוא הפסד הרווחה הכרוך בעלות גיוסם של המשאבים הנדרשים למניעת הגידול בנזק או להטבתו. כאשר תיקון הנזק או הטבתו, בין על-ידי הניזוק ובין על-ידי המזיק, מחייב אותו להוציא בזמן קצר חלק גדול מהכנסתו או מהונו – נגרם עקב כך הפסד רווחה הנובע מפתאומיות ההוצאה ומגודלה היחסי. בתנאים אלה עלול הנושא בנטל לסבול מפגיעה קשה במעמד הכלכלי או החברתי (social and economic dislocations)³², לעתים עד כדי הפסקת פעילותו (פשיטת-רגל של הניזוק, סגירת מפעל המזיק). הפסדי רווחה אלה, שיידונו ביתר הרחבה בפרק העוסק בהשפעת הביטוח על ההרתעה, הם נזקים נוספים ומיותרים. אין הם נובעים מעצם גרימת הנזק הבסיסי, אלא מן הקשיים הכרוכים בגיוס המשאבים הדרושים להטבתו ולתיקונו³³.

כדי להקטין את הנזקים הנוספים יש לוודא ראשית, כי ברשות המזיק או הניזוק ימצאו המשאבים הדרושים לתיקון הנזק והטבתו, ושנית, לצמצם את הפסדי הרווחה הכרוכים בגיוס המשאבים. מטרות אלה ניתן לממש באמצעות פיזור הנזק בין מספר גדול של אנשים. כאשר כל פרט בקבוצת-הפיזור נושא בחלק קטן של עלות התיקון וההטבה, לא יהא קושי בגיוס הסכומים הנדרשים, מחד גיסא, ולא יגרמו לפרטים אלה הפסדי רווחה מיותרים, מאידך גיסא. הסכומים הקטנים הנגבים מהם לא ישפיעו על מצבם הכלכלי או החברתי³⁴.

32 קלברדי (לעיל, הערה 20), 39-42.

33 ההבחנה המוצעת בין נזק בסיסי לנזק נוסף שונה מן ההבחנה המפורטת של קלברדי בין נזק ראשוני (primary cost) לבין נזק שניוני (secondary cost). להבחנה ההבדל ניהו, כי פלוני נפגע בגופו וסבל עקב כך הפסד השתכרות והוצאות רפואיות, שעלותן קטנה מעלות הנזק שמנעו. לפי קלברדי, הנזק לגוף הוא הנזק הראשוני, בעוד שהוצאות הטיפול והמחיה הם נזקים שניוניים (לעיל, הערה 20, עמ' 27). לפי ההבחנה המוצעת, ייחשבו גם הפסד ההשתכרות וגם הוצאות הרפואיות לנזק בסיסי. הטעם לכך הוא, שהפסד ההשתכרות וההוצאות הרפואיות אינם אלא ביטויים הכלכליים של נזק הגוף הפיזי, ולא נזק נפרד. לעומת זאת, קלברדי מסווג את תשלום הפיצויים כנזק שניוני (שם, 21), בעוד שהנזק הראשוני מוגדר על-ידי כגון המידי (immediate) (שם). הבחנה זו בין הנזק הפיזי הנגרם מתאונה לבין ביטוייו הכלכליים המאוחרים לתאונה אינה ברורה מבחינה עיונית ואינה קלה ליישום על-פי הדאת קלברדי עצמו (שם, 29).

34 פיזור הנזק הראשוני אינו הדרך היחידה למניעת נזקים נוספים. ררך נוספת היא הטלת הנזק על

כדי לפזר את נטל הנוק הבסיסי ולמנוע את הנוזקים הנוספים אין צורך ביצירת מנגנוני-פיזור. כוחות-השוק הביאו זה כבר ליצירתם של מנגנוני-פיזור וולונטריים – הסדרי הביטוח המסחרי למיניהם – העומדים לרשות הנוזק והמוזק כאחד³⁵. מנקודת-הראות הכלכלית מצטמצם אפוא תפקידם של דיני-הנוזקין ליצירת תמריצים מתאימים באמצעות כללי אחריות ותורפות, אשר יניעו את הצדדים לפעילויות המת-גששות להפעיל בעתיד את מנגנוני-הביטוח בדרך שתגדיל את הרווחה החברתית. משימתם הבסיסית היא ליצור תמריצים שיבטיחו כיסוי ביטוחי כלשהו לנוק הצפוי. כך, לדוגמא, כאשר הניזוקים אינם מבוטחים³⁶ וקיימים מזיקים שונים, רצוי הסדר אחריות המטיל את הנטל על אותו מוזק שיבטח את אחריותו. כאשר הבחירה היא בין ביטוחים שונים (כמו בין ביטוח אישי של ניזוקים מול ביטוח אחריות של מזיקים) או בין שילובים של ביטוחים שונים, כללי האחריות והתורפות צריכים לשאוף להפעלת המנגנון הביטוחי כך שיניב רווחה מירבית. תוצאה זו תושג כאשר המנגנון הביטוחי שיופעל יהווה את השילוב הטוב ביותר בין אפקטיביות הביטוח, כמנגנון פיזור, לבין עלותו. אפקטיביות משמעה צימצום נזקים נוספים לאורך זמן ללא סכנת התמוטטות או התפוררות של המבטח. עלות הביטוח היא המשאבים החברתיים המושקעים בהפעלתו ובניהולו³⁷. השאיפה היא לאפקטיביות מירבית בעלות מינימלית. תוכנם של הסדרי האחריות והתורפות הוא הקובע את טיבם ועוצמתם של תמריצי הביטוח שדיני-הנוזקין יוצרים³⁸.

בעל אמצעים כספיים שיוכל להעמיד בזמן את הסכומים הדרושים מבלי לסבול פגיעה במעמדו החברתי והכלכלי (קלברדי, לעיל, הערה 20, עמ' 40-41). דרך זו, המכונה "כיס עמוק" (deep pocket), היא בלתי-קבילה בדרך בלעדית לפתרון בעיית הנוזקים הנוספים. הטלת עלותם של הנוזקים על בעלי-הממון רק בשל עושרם נתפשת לכאורה כשרירותית ובלתי-צודקת. לעומת זאת, שילוב של "כיס עמוק" עם פיזור הוא תופעה נפוצה ומקובלת. כך, לדוגמא, בביטוחים טרציאליים, כמו הביטוח הלאומי או קופות-ההזלום, נקבעת השתתפותו של כל מבוטח לפי שיעור שכרו של המבוטח ולא לפי מידת הסיכון האישי שלו. מנגנון פיזור נוסף שלא נעסוק בו ברשימה זו הוא הביטוח הטרציאלי לסוגיו. ראה קלברדי (לעיל, הערה 20), 46-47.

הסיבות להעדר ביטוח אצל הניזוקים-בכוח הן העדר מידע מתאים, מחסומים פסיכולוגיים (ילי זה לא יקרה") והידיעה כי החברה ממילא תישא בנטל הנוק בדרך זו או אחרת. ראה קלברדי (לעיל, הערה 20), 55-59.

על עלות הביטוח ראה קלברדי (לעיל, הערה 20), 60. ביטוח אינו הדרך היחידה לפיזור. דרך אחרת לפיזור הנוק היא באמצעות העלאת מחירי המוצרים והשירותים. יצרן מוצרים או נותן שירותים, היוצרים בפעילותם סיכונים, יכולים עקרונית לפזר סיכונים אלה על-ידי העלאת מחיר המוצרים והשירותים והעברת תוספת המחיר לקין לכיסוי הסיכון. פיזור זה שונה מפיזור באמצעות ביטוח אחריות. ביטוח האחריות מפזר את הנטל על-פני קבוצת האחראים, בעוד שפיזור באמצעות מחירי השוק מגלגל את הנטל הלאה אל הצרכנים בין בניזוקים ובין בצדדים שלישיים. ראה קלברדי (לעיל, הערה 20), 50-54. הלכה למעשה, פיזור באמצעות המחירים אינו מהווה אלטרנטיבה טובה לביטוח הן בשל הקשיים הכרוכים בהעלאת מחירים ובניהול קרנות-סיכון מתאימות, והן משום שמרבית יוצרי-הסיכון אינם יכולים ליצור קרן גדולה דיה לכיסוי מלא נזודאי של הסיכונים הצפויים. בפועל משולבות שתי דרכי הפיזור. יצרנים ונותני-שירותים נוהגים לבטח את עצמם ומנסים לממן את עלויות הביטוח באמצעות העלאת מחירים.

יצרן, כי פיזור יכול להתבצע לא רק במימד הבין-אישי אלא גם במימד הבין-זמני. ניתן למנוע נזקים נוספים על-ידי פיזור עלות הנוק הראשוני על-פני תקופה ארוכה, כאשר בכל תקופה משולם סכום קטן-יחסית. עם זאת ברור, כי פיזור בין-זמני, באמצעות חיסכון או הלוואה, יוכל להתמחד רק עם נזקים בהיקף קטן-יחסית. יתרונו של הביטוח מהיבט זה הוא בשילוב של פיזור בין-אישי עם פיזור בין-זמני.

עתה נעבור לדון בסוגיית ההרתעה שבה מתמקד המאמר. במהלך דיון זה נעמוד על הקשר ההדוק ועל המתח שבין מטרת הרתעה לבין מטרת הפיזור.

ב. מושגי-יסוד בהרתעה – יעילות, מדידת רווחה והתיאורמה של קוז

1. יעילות

"There are only two qualities in the world: efficiency and inefficiency"
ג' ברנרד שו

(א) קריטריון קלדור היקס

יעילות היא מושג רב-משמעי. ריבוי המשמעויות גורם לאי-בהירות ולבלבול³⁹. להלן יזוהה המונח יעילות עם משמעות אחת בלבד: עם התכלית הכלכלית של המשפט, כפי שהיא מוגדרת באמצעות עקרון הפיצוי – קריטריון קלדור היקס. שינוי יעיל הוא זה המגדיל את הרווחה המצרפית הנמדדת במונחים של נכונות ויכולת לשלם. במשמעות זו זהה היעילות לעקרון האושר הגדול התועלתני בהבדל אחד: הרווחה נמדדת לא במונחי תועלת, אלא במונחי כסף⁴⁰. יעילות זו היא קנה-מידה יחסי ומוחלט כאחד. כל המצבים ניתנים להשוואה ולדירוג כמותי על-פי גודל הרווחה המצרפית המופקת בכל מצב. מצב א יעיל ביחס למצב ב אם הוא מניב רווחה מצרפית גדולה יותר. יעילות מוחלטת קיימת במצב שבו מופקת רווחה מצרפית מירבית. מצב זה עדיף על כל המצבים האחרים, אלא-אם-כן קיים מצב נוסף המניב אותה כמות רווחה. הרתעה יעילה היא זו המשנה את הפעילויות המתנגשות באורח המגדיל את הרווחה המשותפת המופקת מהן. ככל שתיגדל הרווחה כך תיחשב ההרתעה ליעילה יותר. פיזור יעיל הוא זה המקטין במידה המירבית את הפסד הרווחה הכרוך בנוזקים נוספים ובעלות מנגנון הפיזור⁴¹.

מובן מאליו כי שיקול הפיזור משפיע לא רק על עיצובם של הסדרי אחריות *ex ante* אלא גם על ההחלטה *ex post* על מי להטיל את נטל הנוזק שנגרם. מטבע הדברים תהא העדפה להטיל עלות זו על הצד המבוטח.

39 קולמן (לעיל, הערה 22), 68.

40 המעבר מיחידות-רווחה או יחידות-תועלת (utils) ליחידות של כסף כמדד-רווחה כרוך כמובן בקשיים מורכבים. האם כל שקל משקף אותה כמות רווחה אצל כל הפרטים? ניתן כמובן לטעון, כי אצל אותו פרט שקלים שונים מייצגים מידות שונות של רווחה בשל התועלת השולית הפוחתת של ההכנסה; וכן, ובעיקר, שאין שום אפשרות לבצע השוואה בין-אישית של רווחה שפרטים שונים מפיקים מכספם. טיעונים אלו שוללים משמעות מכל הערכה נורמטיבית המבוססת על צירוף בלתי-משוקלל של סכומי כסף, שבאמצעותם פרטים מבטאים את רווחתם. לא נעסוק ברשימה זו בבעיית ההשוואה הבין-אישית של רווחה. בעיה זו נוגעת לכלכלת הרווחה בכלל, ולא לגישה הכלכלית למשפט בפרט. כאמור לעיל, מניחים כלכלני הרווחה כי השוואה שכזו אפשרית וטבירה. ראה לעיל, הערה 11; וכן, A.C. Pigou, "Some Aspects of Welfare Economics" 41 *Am. Econ. Rev.* (1951) 287, 292. השולית של הרווחה המופקת מן הכסף ראה להלן, הערות 84, 199 ו-202.

41 כפי שהובהר לעיל, קריטריון קלדור-היקס הוא מדד כללי המשרת את כל ענפי כלכלת הרווחה כמימון

(ב) קריטריון פרטו

משמעות רווחת נוספת של מושג היעילות מזהה מושג זה עם קריטריון נורמטיבי הידוע כקריטריון פרטו. קריטריון זה נוצר בתקופת-הביניים שבין היתקנותה של הכלכלה מן התועלתנות לבין האימוץ המחודש של התפישה התועלתנית באמצעות מבחן קלדור היקס. קריטריון פרטו משקף אפוא את הרצון להשתחרר מכבלי התועלתנות ואת השינויים שחלו בחשיבה הכלכלית עקב כך⁴². היעילות במשמעות פרטו מוקדמת אפוא בזמן ליעילות במשמעות של קריטריון קלדור היקס.

שחרורה של הכלכלה מן התלות המכבידה בתועלתנות והעברת מרכז-הכובד, בתחילת המאה העשרים, מן הכלכלה הנורמטיבית אל הכלכלה התיאורית, המדעית, נעשו בעיקר באמצעות שינוי הנחת-היסוד של הניתוח הכלכלי. הגישה הקרדינלית, שהניחה יכולת למדוד תועלות ולבצע השוואת תועלות בין-אישית, הוחלפה בגישה אורדינלית, המניחה כי תועלות אינן ניתנות למדידה כמותית ולהשוואה בין-אישית. על-פי הגישה האורדינלית, לא ניתן כלל למדוד תועלות מצרפיות וממילא לא ניתן להפעיל, ליישם ולקדם את העקרון התועלתני של מקסום הרווחה הכוללת. עם זאת, הכירה גישה זו ביכולתו של פרט לדרג מצבים שונים לפי עדיפותם מבחינת רווחתו האישית. דירוג זה הוא איכותי ולא כמותי. הפרט יודע, כי מצב א עדיף על מצב ב או נחות ממנו, אך אין הוא יכול לכמת את העדפתו.

על בסיס יכולת דירוג זו התפתח עקרון נורמטיבי מוגבל, תועלתני באופיו, שבא במקום הקריטריון התועלתני הכולל של מקסום האושר המצרפי. קריטריון זה ידוע כקריטריון פרטו, על שם כלכלן איטלקי שפיתחו⁴³. אם מעבר ממצב א למצב ב מגדיל את רווחתו של פרט 1 מבלי לגרוע מרווחת פרט 2, או מגדיל את רווחת שניהם – הרי שהשינוי רצוי, שכן גם ללא יכולת למדידה כמותית ברור, כי הרווחה המשותפת גדלה. מצב ב עדיף אפוא על-פני מצב א. עדיפות זו מכונה עדיפות פרטו. מבחן פרטו נוסף הוא אופטימום פרטו. מצב מסוים הוא פרטו אופטימום אם לא ניתן לעבור ממצב זה למצב אחר מבלי שגידול ברווחה של פרט אחד ילווה בצמצום ברווחה של פרט אחר. בעוד שעדיפות פרטו היא מבחן יחסי המדרג שני מצבים זה ביחס לזה (*in personam*), פרטו אופטימום הוא תיאור תכונה כללית של מצב (*in rem*)⁴⁴.

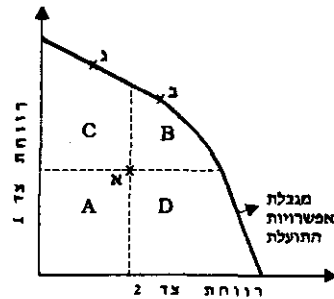
ציבורי (Public Finance) וניתוח עלות-תועלת (Cost-Benefit Analysis). באמצעותו מודדים את עיוותי המונופול ואת כדאיותם של פרויקטים ציבוריים. הניתוח הכלכלי של המשפט הוא שלוחה נוספת של כלכלת הרווחה.

42 לסקירת ההתפתחויות בחשיבה הכלכלית ראה טיגלר (לעיל, הערה 6), 60.

43 ראה V.J. Tarascio, "Pareto: A View of the Present Through the Past" 84 J. Polit. Ec. (1976) 109.

44 לתיאור מבחני פרטו ראה קולמן (לעיל, הערה 22), 97-98; נג (לעיל, הערה 1), 30-51. קריטריון פרטו מזהה לעתים קרובות עם המושג "יעילות". יעילות במשמעות זו אינה סכום מירבי של תועלות, אלא מבחן כללי להערכת מצבים על-פי קנה-מידה של תועלת וגרועה. כל תוספת שאין עמה גריעה היא יעילה במשמעות זו. עקומת אפשרויות התועלת, המייצגת את מגבלת אפשרויות התועלת (utility possibility frontier) מייצגת יעילות כוללת במונחי רווחה. יעילות כוללת זו תלויה ביעילות בייצור וביעילות בחלוקת המוצרים. היעילות בייצור מוצגת על-ידי עקומת התמורה. ייצור הוא יעיל כאשר לא ניתן להגדיל את ייצורו של מוצר אחד מבלי להקטין את ייצורו של מוצר אחר. יעילות בהקצאה מוצגת

תרשים 1



הצגת מבחנים אלה נעשית באמצעות מגבלת אפשרויות התועלת המייצגת את הדירוג שאינו ניתן לכימות של רווחת שני הצדדים (תרשים 1). מצב א עדיף פרטו על המצבים שברביע A (כולל קווי-הגבול), שכן במעבר ל-A קטנה לפחות תועלת של צד אחד מבלי שתגדל תועלת הצד האחר. מצב א נחות פרטו ביחס לכל המצבים שברביע B (כולל קווי-הגבול), שכן במעבר לרביע B תגדל התועלת של צד אחד

לפחות מבלי שתקטן תועלתו של הצד האחר. מעבר לרביעים C ו-D (ללא קווי-הגבול) אינו ניתן לדירוג פרטו, שכן גידול ברווחה של צד אחד כרוך בצמצום ברווחה של צד אחר. קריטריון העדיפות היחסית אינו מאפשר אפוא להשוות את מצב א למצבים שברביעים C ו-D. מצב ב הוא מצב של פרטו אופטימום כמו כל המצבים שעל העקומה. מצב כ גם עדיף פרטו על מצב א. לעומת זאת, מצב ג הוא מצב של פרטו אופטימום, אך לא ניתן לומר כי הוא עדיף פרטו על מצב א, שכן הוא מצוי ברביע C.

מידת הרלוונטיות של מבחני פרטו לסיטואציה הנזיקית היא מוגבלת. הטלת אחריות, או שינוי הסדר אחריות קיים, מקטינים בדרך-כלל את רווחתו של אחד הצדדים לפעילויות כדי להגדיל רווחה של צד אחר. מאחר שקריטריון פרטו אינו מדרג מצבים שהמעבר ביניהם כרוך בשינויים דו-כיווניים ברווחה, אין הוא ישים לכאורה בסיטואציה הנזיקית שבה כלל אחריות משנה לרעה את מצבו של אחד הצדדים לפעילויות המתנגשות. לאחרונה אף הועלתה הטענה, כי מבחני פרטו נעדרים למעשה משמעות נורמטיבית לא רק בתחום דיני-הנזיקין, אלא בתחום

עלידי תיבת אדג'וורת'. הקצאה היא יעילה כאשר לא ניתן להגדיל רווחה של אחד, אלא על חשבון רווחתו של אחר. מכלול התנאים היוצרים את היעילות הכוללת ידוע כתנאי פרטו ליעילות. עם זאת, כדי למנוע בלבול מושגי, יוחד מושג היעילות ברשימה זו לקריטריון קלדור-היקס ולמבחן המצפוי שהוא מייצג.

המשפט בכלל⁴⁵. עם זאת, אין לשלול את האפשרות כי גם דיני-החניקין יכולים לתרום להשגת שיפורי פרטו רצויים⁴⁶.

(ג) יעילות וקריטריון פרטו

כאמור, מבחן היעילות מהווה חזרה מאוחרת, לאחר גיבושו של קריטריון פרטו, אל ההנחה הקרדינלית, התועלתנית, בדבר היכולת למדוד רווחה ולבצע השוואות רווחה בין-אישיות. היעילות וקריטריון פרטו, ששלל הנחה זו, הם אפוא קני-מידה שונים. אמנם, שיפור פרטו הוא לעולם גם שיפור יעיל וההיפך, אך לעומת זאת, מצבים שאינם ניתנים להשוואה לפי קריטריון פרטו, שכן כרוכים בהם גם גידול וגם צמצום ברווחה, ניתנים לדירוג על-פי קריטריון היעילות. הדוגמא המובהקת לכך היא השוואת המצבים לפני השינוי שהכניס כלל אחריות ואחריו.

עם זאת, קיימת זיקה בין שני המבחנים⁴⁷. שינוי יעיל, המגדיל את הרווחה המצרפית, מאפשר לצד שרווחתו גדלה עקב השינוי, לפצות באורח מלא את הצד שרווחתו קטנה עקב השינוי, ועדיין מותר רווחה נוספת המשפרת את מצבו של הנהנה. במילים אחרות: כל שינוי יעיל יכול להפוך באמצעות חלוקה מאוחרת לשינוי עדיף פרטו. אשר על-כן, ידוע מבחן קלדור היקס גם בשם "פרטו פוטנציאלי" או "עקרון הפיצוי"⁴⁸. חשוב לזכור, כי זהות זו בין שני המבחנים היא זהות היפותטית בלבד ומותנית בביצוע בפועל של החלוקה המאוחרת. הלכה למעשה קריטריון

45 ראה קלברוי 1991 (לעיל, הערה 1), 1215-1221. לטענתו, יש לראות את חוסר-היכולת להשיג שיפור פרטו על-ידי שינויים בהקצאת המקורות לא כתוצאה של כשל שוק, של חוסר-יעילות במשמעות פרטו, אלא כמגבלה שאינה שונה באורח מהותי ממגבלות טכנולוגיות, ארגוניות, ממבנה חברתי או מחולשות-אנוש. כשם שמגבלות טכנולוגיות אינן נחשבות ככשל שוק, כך גם אין לראות בחוסר-הנכונות לשנות בהסכמה הקצאה מסוימת של מקורות משום כשל שוק. לשיטתו, כל מצב קיים הוא מצב של אופטימום פרטו. אילו ניתן היה לשפרו, היה שיפור זה מתבצע. העובדה שהדבר לא קרה מעידה על קיום מגבלה כלשהי המונעת זאת. כאמור, לעניין זה כל המגבלות שוות. המשמעות הגרפית של טענה זו היא, שלא נכון להציג את נקודה א כמצויה בתוך עקומת אפשרויות התועלת, ואת נקודה ב כמצויה על העקומה. למעשה נקודה א מצויה על-גבי העקומה, ואילו נקודה ב היא מחוצה לה. שינוי שיאפשר את ההגעה למצב ב מהווה תזוזה של עקומת אפשרויות התועלת ולא תנועה בתוך תחומי העקומה הקיימת. כמו, למשל, על-ידי כללי אחריות שימנעו את הצטרפותם של בני-אדם נוספים לפעילות מסוימת, כאשר הגדלת היקף הפעילות תתברר בדיעבד כבלתי-רצויה הן לאותם מצטרפים הן לחברה בכללותה. מובן כי מבחני פרטו יהיו רלבנטיים באותם מצבים שבהם הכלל הנוזקי מרע את מצב כל הצדדים.

46 להשוואה בין קריטריון פרטו לקריטריון קלדור-היקס ובינם לבין התועלתנות ראה קולמן (לעיל, הערה 22), 81-86, 98-105; סטיגלר (לעיל, הערה 6), 75.

47 מאחר שהשינוי משפיע על הכנסותיהם של הצדדים הנוגעים בדבר, ועקב כך גם על הסכום שיאותו לשלם או לקבל כפיצוי, יש חשיבות למועד שבו נבחנת הנכונות לפצות או לקבל פיצוי. קלדור הציע לבחון זאת לאחר ביצוע השינוי: N. Kaldor, "Welfare Propositions for Economics and Inter-Personal Comparisons of Utility" 49 *Econ. J.* (1939) 549. היקס הציע לבחון זאת לפני השינוי: J.R. Hicks, "The Foundations of Welfare Economics" 49 *Econ. J.* (1939) 696. סקיטובסקי הצביע על סתירה פנימית בכל אחד מן הקריטריונים והציע לאחד את שניהם לקריטריון המשותף קלדור-היקס. ראה T. Scitovsky, "A Note on Welfare Propositions in Economics" 9 *R. Econ. S.* (1941) 77. להצגת הקריטריונים ראה נג (לעיל, הערה 1), 59-66.

היעילות אינו דורש מתן פיצוי בפועל ולפיכך הוא שונה באורח מהותי, מבחינה חלוקתית, מקריטריון פרטו⁴⁹. הדמיון בשמות מכסה על שוני בסיסי ביותר⁵⁰.

2. ערך ועלות – נקודת-המבט הפרטית ונקודת-המבט החברתית

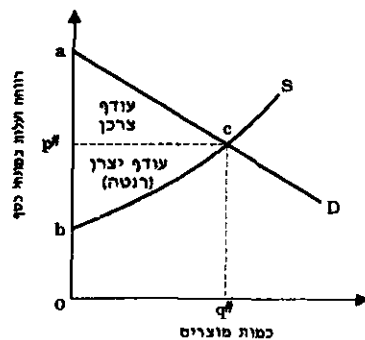
הרווחה שבהגדלתה מתמקד הניתוח הכלכלי בכלל ושל המשפט, בפרט, ניתנת להצגה באמצעות שלושה ערכים: הערך הכולל, ערך העלות והערך הנקי. נציג ערכים אלה בהקשר הפעילויות המתנגשות של ייצור מול מגורים ומסחר – תחילה מנקודת-מבטם של היצרנים והצרכנים בשוק המוצר, ואחר-כך מנקודת-המבט החברתית הכוללת. האבחנה זו בין ערכים פרטיים לבין ערכים חברתיים היא מרכזית לדין שלהלן.

(א) שוק המוצר – ערכים פרטיים של צרכנים ויצרן

בהינתן ביקוש D והיצע S למוצר, תיווצר הכמות $q^{\#}$ במחיר $p^{\#}$. זאת, בהנחה כי היצרנים מתעלמים מן המטרד הנגרם לצדדים שלישיים ולפני התערבות דיני-הנוזקין. ביקוש הצרכנים למוצר מייצג את המחר השולי שצרכן מוכן לשלם עבור המוצר

בהינתן הרווחה המופקת ממנו. היצע המוצר מייצג את המחר השולי המי-נימלי שעבודו יסכים היצרן להציע את המוצר למכירה, ולכן משקף את עלות ייצורו מנקודת-המבט של היצרן (תשלום עבור עבודה, הון, שירותים ומימון).

מהם הערכים השונים של פעילות הייצור מנקודת-מבטם של הצרכנים בשוק המוצר? הערך הכולל של המוצרים שווה מבחינתם לערך הביקוש של מוצרים אלה (השטח $aocq^{\#}$ בתרשים



2. ערך העלות (להלן: העלות) של רכישת מוצרים אלה הוא מבחינת הצרכנים

49 פוזנר ניסה לגשר על-פני פער זה וליצור זהות בין קריטריון פרטו לבין קריטריון היעילות בטענה, כי הצדדים לפעילויות המתנגשות הסכימו מראש (*ex ante*) לשינויים יעילים, גם אם אחד מהם ייפגע עקב כך. קלברדי חוקף גיסיון זה להפוך כפייה להסכמה (*convert compulsion into consent*): קלברדי 1991 (לעיל, הערה 1), 1223.

50 מאחר שעדיפות פרטו מוכרת רק כאשר שינוי היטיב את מצבו של אחד מבלי לפגוע באחר, ומאחר שאם האחר לא נפגע או אפילו נהנה מן השינוי ניתן לראותו כמי שהסכים לו – אפשר לקשור את מבחן עדיפות פרטו עם מבחן של הסכמה. שינוי עדיף פרטו מקבל משמעות של שינוי מוסכם. בכך מוקנים למבחן עדיפות פרטו משמעות והצדקה מתחום שיקולי החלוקה. אולם תהא זו טעות לזהות את מבחן עדיפות פרטו עם שיקולים חלוקתיים. המבחן בבסיסו הוא תועלתני, הרואה ברווחה את המרד הערכי, ובמקסומה – את המטרה הראויה. קיומה של הסכמה אינו השעם וההצדקה למבחן, אלא מגבלה המוטלת עליו בשל העדר-היכולת למדוד תועלות. עדיפות פרטו אינו אלא גרסה מרוכבת של תועלתנות. ראה קולמן (לעיל, הערה 22), 129-122; בולרינג (לעיל, הערה 15), 126.

הסכום המשולם עבורם ($q \cdot p$) המיוצג על-ידי השטח ($p \cdot q$). מבחינת הצרכנים, הערך הנקי הוא ההפרש שבין הערך הכולל לעלות – הפרש המיוצג על-ידי השטח ap . ערך נקי זה, המופק על-ידי צרכנים מרכישת מוצר, ידוע כ"עודף הצרכן" ($consumer surplus$).

מהם הערכים השונים של פעילות הייצור מנקודת-מבטו של היצרן בשוק המוצר? הערך הכולל מבחינתו שווה לפדיון ממכירת המוצרים ($p \cdot q$). המיוצג על-ידי השטח ($p \cdot q$). מבחינתו, העלות היא הערך הכספי של השימושים האלטרנטיביים שיכול היה היצרן לעשות במשאבים שהשקיע בפעילות הייצור (כגון עבודה, הון וזמן). אלמלא ההשקעה בפעילות הייצור היה היצרן יכול להפיק רווחה חלופית מאותם משאבים. אוכדן היכולת להפיק רווחה חלופית משקף מבחינתו את העלות הכלכלית של פעילות הייצור (להבדיל מן העלות החשבונאית, המתמקדת בהוצאות הכספיות הכרוכות בייצור). עלות כלכלית זו, הידועה כ"cost of opportunity", מוצגת באמצעות עקומת ההיצע (השטח boq). הערך הנקי של הפעילות מבחינת היצרן הוא ההפרש בין הערך הכולל לעלות, דהיינו: השטח $p \cdot bc$. ערך נקי זה ידוע כ"רנטה" ($rent$) או כ"עודף היצרן" ($producer surplus$).

סך כל הערך הנקי המופק על-ידי היצרן והצרכן גם יחד מיוצג בשוק המוצר על-ידי השטח abc . שטח זה מייצג את "העודף הכלכלי" ($economic surplus$), שהוא חיבור עודף הצרכן עם עודף היצרן.

כיצד משתקף המטרד שפעילות הייצור גורמת לתושבי האיזור בשוק המוצר? אם פעילויות הייצור והצריכה אינן מושפעות על-ידי המטרד, ובהעדר כללי אחריות – גרימת המטרד לא תילקח בחשבון שיקוליהם של היצרן וצרכני המוצר. היקף פעילות הייצור וטיבה לא ישתנו כתוצאה מגרימת המטרד, ועודפי הצרכן והיצרן יישארו בעינם.

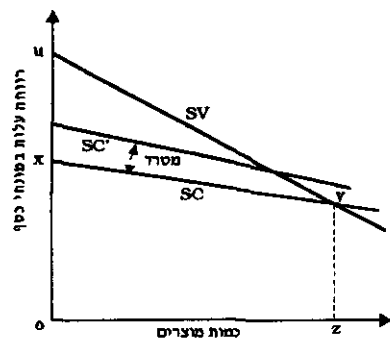
(ב) ערכיה החברתיים של פעילות הייצור בהתעלם מן המטרד

הערך החברתי הכולל של פעילות הייצור הוא סך כל הרווחה הנקייה, שכל הצדדים המושפעים על-ידה מפיקים מן הפעילות. גם כאן ניתן להשתמש בשלושת הערכים: ערך כולל, ערך עלות וערך נקי. נבחן תחילה את הערך החברתי של פעילות הייצור, בהתעלם מיצירת המטרד, ולאחר-מכן – תוך התחשבות בכך.

לשם תיאור הערך החברתי נוכל להשתמש במושג העודף הכלכלי. העודף הכלכלי הוא ההפרש, מבחינתו של כל צד מושפע, בין הערך הכספי של הרווחה המופקת מן הפעילות לבין הערך הכספי של ההשקעה או אוכדן הרווחה הכרוכים בה. כאמור, עודף הצרכן הוא ההפרש בין ערך המוצר לצרכן לבין מחיר השוק שלו. עודף היצרן הוא ההפרש בין הפדיון מן המוצר לבין עלות ייצורו. אך האם עודף היצרן והצרכן הם העודפים הכלכליים היחידים המופקים מן הפעילות? לא בהכרח. כך, לדוגמא, עובד המועסק בצעילות זו יכול להפיק ממנה עודף כלכלי – "עודף העובד". אם שכרו הוא 20 שקלים לשעה, והאלטרנטיבה העומדת בפניו היא אבטלה, כשערך הפנאי מבחינתו הוא 10 שקלים לשעה – הרי שהעסקתו יוצרת עודף עובד של 10 שקלים לשעה. אם האלטרנטיבה העומדת בפניו היא

שכר-עבודה של 15 שקלים לשעה, יעמוד עודף העובד על 5 שקלים לשעה. ניתוח דומה ישים לגבי צדדים נוספים המעורבים בפעילות הייצור, כספקי שירותים למיניהם. עודפים המופקים על-ידם הם "עודף הספק". הערך החברתי הכולל הוא אפוא סכום העודפים הכלכליים של כל הצדדים המושפעים על-ידי פעילות הייצור. העלות החברתית של הפעילות היא ה- $opportunity\ cost$ שלה. להמחשת עלות זו נניח, כי בשל אסון-טבע הופסקה לחלוטין פעילות הייצור. ביקושי הצרכנים יופנו לפעילויות אחרות ולמוצרים תחליפיים תוך הגדלת היקפי הפעילויות בשווקים אלה. פעילות היצרן וגורמי הייצור ששימשו אותו תועתק גם היא לשווקים אחרים ותשפיע עליהם. כתוצאה מן השינויים שיחולו בשווקים האלטרנטיביים יגדל העודף הכלכלי המופק בשווקים אלה, בהשוואה למצב שקדם להפסקת הייצור, ועל-כן גידול זה מייצג את עלותה של פעילות הייצור שהופסקה. זהו ה- $opportunity\ cost$ של הפעילות – הוויתור על רווחה אלטרנטיבית הכרוך בה. צמצום היקפה של פעילות הייצור או שינוי טיבה יכולים גם הם לגרום ליצירת עודפים כלכליים אלטרנטיביים – עודפים המהווים עלות.

תרשים 3



בראייה חברתית כוללת ניתן להציג פעילות נתונה באמצעות עקומות הערך החברתי (SV) ועקומת העלות החברתית (SC). הערך החברתי של פעילות הוא סכום העודפים הכלכליים המופקים ממנה על-ידי היצרן, צרכנים, עובדים, ספקים ואחרים (uozy). העלות החברתית של עודפים אלה היא הגידול הנקי שהיה חל בעודפים כלכליים המופקים בשווקים אחרים (xozy). הערך החברתי הנקי של הפעילות הוא ההפרש בין הערך הכולל לעלות – הפרש המיוצג

על-ידי השטח שבין העקומות (uxy). עקומת העלות החברתית מוצגת בתרשים 3 כיורדת, על בסיס ההנחה כי העודפים הכלכליים המופקים מפעילות אלטרנטיבית הולכים וקטנים עם הגידול בפעילות זו.

מהו היחס בין ערכיה הפרטיים הנקיים של פעילות הייצור, כפי שהם נמדדים בשוק המוצר, לבין ערכה החברתי הנקי של הפעילות? האם קיימת זהות בין עודף היצרן והצרכנים בשוק המוצר (השטח abc) לבין העודף הכלכלי חברתי (השטח uxy)? ובניסוח אחר: האם ייצור בהיקף $q\#$, האופטימלי מבחינת היצרן והצרכנים, הוא גם זה האופטימלי מבחינת חברתית (כך שגם עקומת הערך והעלות החברתית נחתכות בנקודה זו)?

התשובה לשאלה זו אינה פשוטה, ותלויה בהנחות הדיון. בהנחה של שווקים אידיאליים – שווקים תחרותיים שאינם לוקים בבעיות של מידע פגום וחסר, עיוותי מחירים והשפעות חיצוניות (מושג שיידון בהמשך בהרחבה) – מקובלת ההנחה, כי עודף הצרכנים והיצרן בשוק המוצר אכן משקף את ערכה החברתי

של פעילות הייצור. הנחה זו מבוססת במידה רבה על טיבה של עקומת ההיצע. כאמור, עקומה זו משקפת את ה- $opportunity\ cost$, דהיינו: את ערכו של השימוש האלטרנטיבי בגורמי הייצור למיניהם. שימוש אלטרנטיבי זה כבר כולל בחובו עודפים כלכליים שהיו מופקים מפעילות אלטרנטיבית. כך, לדוגמא, יצרן המשלם 1,000 שקלים לגורמי-ייצור, אך יכול להפיק מגורמים אלה 1,300 שקלים בשימוש אלטרנטיבי — יראה את עלות הייצור כעומדת על 1,300 ולא על 1,000. העודף הכלכלי האלטרנטיבי של היצרן כבר משתקף בשוק המוצר. כך גם לגבי עודף העובד ועודף הספק. עובד המשתכר 10 שקלים לשעה, משום שזהו השכר שיכול היה לקבל בעבודה אלטרנטיבית, אינו מפיק כלל עודף כלכלי בשוק המוצר, שכן בעבודה אלטרנטיבית היה מקבל את אותו השכר. תחת הנחה זו לא קיים למעשה עודף עובד, ואין עלות נוספת להעסקת העובד וזולת השכר המשולם לו על-ידי היצרן.

עם זאת, גם בהנחה של שווקים אידיאליים, ייתכן פער בין העודף הכלכלי של היצרן והצרכנים בשוק המוצר לבין הערך החברתי הכולל של פעילות הייצור. כך, לדוגמא, ירידת מחירו של מוצר, שתגדיל את עודף הצרכן בשוק המוצר, תגדיל בהכרח את עודף הצרכן בשוק של מוצר תחליפי שבו ירד מחיר המוצר ותקטין את עודף הצרכן בשוק של מוצר משלים שבו עלה מחיר המוצר (בהנחה של עלויות ייצור גדולות). במקרה זה אמדן הערך החברתי הכולל של ירידת המחיר בשוק המוצר מחייב את אומדן השינויים בעודפים הכלכליים בשווקי המוצרים התחליפיים והמשלימים. שוק המוצר אינו משקף את הערך החברתי של השינוי. אם בעולם השווקים האידיאליים אין מתקיימת תמיד זהות בין העודף הכלכלי של היצרן והצרכנים בשוק המוצר לבין הערך החברתי של פעילות הייצור, הרי שהדברים אמורים מקלו-וחומר בעולם המציאות. כאשר השווקים אינם תחרותיים, כאשר המחירים מעוותים במידה זו או אחרת, בהעדר תעסוקה מלאה ומידע שלם וחופשי ובשל "כשלי שוק" אחרים — נקודת המוצא היא שהעודף הכלכלי הפרטי של היצרן והצרכנים בשוק המוצר אינו משקף את ערכה החברתי של פעילות הייצור. ראינו, לדוגמא, כי אם שכרו האלטרנטיבי של העובד (או ערך הפנאי, בהעדר תעסוקה אלטרנטיבית) קטן מן השכר המשולם לו על-ידי היצרן, תגרום הפסקת העסקתו לאובדן עודף כלכלי — עודף העובד — שאינו בא לידי ביטוי בשוק המוצר. בהנחה של פער בין הערכים הפרטיים לחברתיים, השטח abc שונה מן השטח axy , והייצור הקיים בהיקף $q\#$ אינו משקף את היקף הייצור האופטימלי מבחינה רווחה חברתית.

קיומו של פער בין הערכים הפרטיים לערכים החברתיים הוא אחד מחולשותיה העיקריות של הגישה הרואה בדיני-הנוזקין מכשיר להתרעה יעילה. עניין זה יידון בהרחבה בהמשך.

(ג) השפעת המטרד

יצירת המטרד, המהווה עלות חברתית נוספת של פעילות הייצור, היא המחשה נוספת לפער בין הערכים הפרטיים לערך החברתי של הפעילות. מהי עלותו החברתית של המטרד? נגזר כי המטרד משפיע על שוק המקרקעין. המטרד מצמצם את הרווחה המופקת מנכסים אלה. עקב כך ייקטנו העודפים הכלכליים של קוני הדירות ומוכרי הדירות, ובהנחה שהשוק אינו אידיאלי – גם עודפים כלכליים של גורמי ייצור ושירותים המועסקים בשוק זה. מנגד, אפשר שיחול גידול בעודפים כלכליים המופקים מפעילות אלטרטיבית, כמו, למשל, עסקי הבנייה באזור שכן שאינו טובל מן המטרד. העלות החברתית הנקייה של המטרד היא הפער בין העודפים הכלכליים שירדו לטמיון בגינו לבין העודפים הכלכליים שנוצרו תחתם.

בראייה כלל-חברתית תשתקף עלותו החברתית הנקייה של המטרד, בתרשים 2, באמצעות עלייתה של עקומת העלות החברתית מ-SC ל-SC'. הפער בין שתי העקומות משקף עלות זו. כאמור, בשוק המוצר לא יחול שינוי בעודף הצרכנים ובעודף היצרן, בהנחה שהשינויים בשוק הבתים אינם משפיעים בדרך השוק על פעילות הייצור. המטרד יוצר אפוא פער ברור בין השתקפות ערכה של הפעילות בשוק המוצר לבין ערכה החברתית. טיב הייצור והיקפו (q) אופטימליים מבחינת היצרן והצרכנים, אך לא מבחינה חברתית.

3. התיאורמה של קוז

במאמר הנחשב לאחת מאבני-היסוד של הניתוח הכלכלי של המשפט⁵¹ העלה פרופ' קוז את הטענה הבאה: ייתכנו מצבים של פעילויות מתנגשות, שבהם אין למעשה צורך בשימוש בכללים משפטיים כדי להשיג הגדלת רווחה, שכן הרווחה תגדל מאליה עם כללים אלה או בלעדיהם. טענה זו, הידועה כ"תיאורמה של קוז" (Coase theorem), נחשבת כנקודת-מוצא לניתוח כלכלי של המשפט, בכלל, ושל דיני-הנוזיקין, בפרט⁵².

מהי התכונה המייחדת את המצבים שהגדלת הרווחה מושגת בהם מאליה? מצבים אלה מאופיינים בכך שהצדדים לפעילויות המתנגשות יכולים ומוכנים לבצע ביניהם עסקאות וולונטריות שנושאן הוא הפעילויות המתנגשות או הרווחה המופקת מפעילויות אלה. אשר על-כן מאופיינים מצבים אלה כמצבים של העדר "הוצאות עסקה" (transaction costs)⁵³.

לתיאורמה המקורית שני חלקים: החלק האחד ידוע כ-"efficiency thesis". הרעיון המונח בבסיס חלק זה של התיאורמה הוא פשוט: תכונתו של שינוי יעיל במצב

51 R.H. Coase, "The Problem of Social Cost" 3 J.L. & Econ. (1960) 1 (להלן: קוז).

52 התיאורמה של קוז לא הוצגה במפורש על-ידי קוז, אלא היא משתמעת מן הטענות המופיעים במאמר. קוז עצמו מציין, כי המינוח Coase Theorem הוטבע על-ידי סטיגלר (קוז 1988 [לעיל, הערה 23], 157). ראה להלן, הערה 67, והטקסט המלווה.

53 P. Schiag, "The Problem of Transaction Costs" 62 S.C.L.R. ראה העסקה P. Schiag, "The Problem of Transaction Costs" 62 S.C.L.R. ראה העסקה (להלן: שְׁלַג). לרשימת הפרסומים בסוגיה ראה Bibliography of Law and Economics (1989) 1661

נתון היא, שרווחתם של הצדדים הנהנים מן השינוי גדולה יותר מהפסד הרווחה של הנפגעים ממנו. רק אז תהא תרומת הרווחה הכוללת של השינוי (ערכו הנקי) חיובית. בהינתן היכולת והנכונות לסחור ברווחה המופקת מכל שינוי, התוצאה המתבקשת היא שכל שינוי יעיל סופו להתבצע. הצד הנהנה מן השינוי יוכל תמיד לשכנע או "לשחד" את הצד הנפגע ממנו להסכים לשינוי על-ידי כך שיתן לו פיצוי מלא בגין אובדן הרווחה, ואף למעלה מכך. במילים אחרות: האינטרס העצמי שיש לצדדים לפעילויות המתנגשות להגדיל את רווחתם ויכולתם לסחור זה עם זה, מבטיחים כי כל שינוי יעיל אכן יתבצע.⁵⁴

כוחו של חלק זה של התיאורמה יפה לא רק במונח יעילות, אלא גם במונחי פרטו. ממצב נתון, שאינו פרטו אופטימום, התנאי של העדר הוצאות עסקה מבטיח כי הצדדים יסתרו ביניהם וישפרו את מצבם פרטו. השיפור ימשך עד להגעה אל מצב כלשהו של פרטו אופטימום על-גבי המגבלה של אפשרויות התועלת. שיפורי פרטו אלה כרוכים מעצם טבעם בהגדלת הרווחה המצרפית, דהיינו: בהגדלת היעילות.⁵⁵ במילים אחרות: בעוד שקודם הוצג קריטריון פרטו כבלתי-רלבנטי לסיטואציה הנוזיקית, שבה שיפור מצבו של צד אחד יכול להיעשות על חשבון פגיעה בצד האחר, עולה מן התיאורמה כי ייתכנו שיפורי פרטו גם בהקשר הנוזיקי.

החלק השני של התיאורמה ידוע כ-"invariance thesis". כאן הטענה היא, שבמצב של העדר הוצאות עסקה, אופן הקצאת זכויות הקניין או הטלתה של אחריות בנוזקין לא ישנו את הקצאת המקורות היעילה המושגת באמצעות עסקת-השיחוד.⁵⁶ התיאורמה של קוז, משמעותה, השלכותיה וחולשותיה זכו לדיון נרחב ומעמיק

95-97 (edited by B. Bouckaert & G. De Geest, Kluwer Academic Publishers, 1992) (להלן:

ביבליוגרפיה).

54 תמיכה אמפירית לטענת קוז מצויה במחקר שהראה, כי ההפריה ההרדית שבין גידול דבורים לגי-
דול תפוחי-עץ מצאה ביטוי שוקי. ראה S.N.S. Cheung, "The fable of the Bees: An Economic
Investigation" 16 J. L. Econ. (1973) 11.

55 במילים אחרות: אם עקב שינוי מסוים יעברו הצדדים ממצב ג, שהוא מצב של פרטו אופטימום, למצב
א, שאינו כזה (תרשים 1), יביא מנגנון השיחוד לכך שהצדדים יגיעו למצב ב שגם הוא פרטו אופטימום.
ראה נג (לעיל, הערה 1), 182-186.

56 להמוששת התיאורמה נבחן את השפעתם של כללים משפטיים על מצב של מטריד הן בהנחה שהפסקת
המטריד יעילה הן בהנחה שאינה יעילה.

א. הפסקת המטריד רצויה. נגית, כי אובדן הרווחה שהמטריד גורם לתושבים היא 100 וכי עלות מניעתו
על-ידי החקנת חומרים סופגים-רעש היא של 90. הפסקת המטריד היא אפוא שינוי יעיל, שתורמת הרווחה
שלו לעוגה המצרפית תהא 10 (90-100).

נגיה תחילה אי-התערבות של דיני-הנוזקין. בהנחה של העדר הוצאות עסקה, יהא כדאי לתושבים להציע
ליצרן כל סכום הקטן מ-100 כדי שיפסיק את המטריד. מן העבר האחר כדאי ליצרן לקבל כל סכום
הגדול מ-90 בתמורה להפסקת המטריד. התחום שבין 90 ל-100, תחום הגידול ברווחה, הוא התחום שבו
הצדדים יכולים לבצע עסקה שממנה ייהנו שניהם. אם תתבצע, למשל, עסקה במחיר של 94, ירוויח
מכך היצרן 4 (90-94), והתושבים — 6 (94-100). המחיר שבו תתבצע העסקה, או אופן חלוקת הגידול
ברווחה בין הצדדים, תלוי בכושר-המיקוח שלהם. מה שברור הוא, שבסופו של דבר המטריד יופסק —
השינוי היעיל יוצא לפועל ללא מעורבות של כללים משפטיים.

האם כלל משפטי כלשהו ישנה את התוצאה? אם יחויב היצרן לפצות את התושבים בשיעור נזקם, יעדיף
להפסיק את המטריד ולשאת בעלות של 90 מאשר לשלם לתושבים 100. התוצאה — המטריד יופסק עם
כלל הפיצוי, כמו גם בלעדיו. כוז תהא התוצאה אם יוצא נגד היצרן צרמניעה.

נמצא אפוא, שהמטריד יופסק עם הכלל המשפטי או בלעדיו. ללא הכלל המשפטי, התמריץ להפסקתו

בספרות⁵⁷. באשר לחלקה הראשון, ה"efficiency thesis", נטען, בין השאר, כי אין בה אלא חזרה על אמיתה פשוטה הידועה לכול – שכאשר כדאי לאנשים להתקשר בעסקה הם יבקשו לעשות כן⁵⁸. יש הרואים בחלק זה טאוטולוגיה⁵⁹. באשר לחלקה השני, ה"invariance thesis", נטען, בין השאר, כי מאחר שהקצאת זכויות הקניין או הנוזיקן משנה את חלוקת ההכנסות בין הצדדים המעורבים⁶⁰ ומאחר שגודל ההכנסה משפיע על שיעור השוחד שצד מוכן לשלם או לקבל, הרי שכללי המשפט יביאו לשינוי בהקצאה נתונה של מקורות. על-פי טענה זו, השפעתם של כללי הקניין

הוא ה"גוד", או ה"שוחד", שהתושבים מציעים ליצור. עם הכלל המשפטי התמריץ להפסקת המטרד הוא ה"מקל" – המנקייה שתוטל על היצרן אם ימשיך המטרד.

ב. הפסקת המטרד אינה רצויה. נניח עתה, כי עלות מניעת המטרד על-ידי היצרן היא 120. הפסקת המטרד תקטין את הרווחה החברתית ב-20 (100-120). תוצאה זו היא בלתי-יעילה ואינה רצויה. במצב של העדר כללים משפטיים, יבקשו התושבים לשחד את היצרן להפסיק את המטרד, אך ימצאו שאין ביכולתם לעשות כן. המכום המידוי שיאוצו להציע לו הוא 100, אך בכך לא יהא די כדי לנטות מבחינתו את הוצאות הפסקת המטרד. המטרד לא יופסק, והמצב היעיל יישאר בינו. התוצאה לא תשתנה אם עלות של 120 מורכבת מעלות של 90 ליצור ושל 30 לעובדים ולצרכנים. תחילה יטה היצרן להיצטת בוויכוח להצעת התושבים להפסיק את המטרד כנגד "שוחד" של עד 10 כבמקרה הקודם; אלא שאז ייכנסו לתמונה העובדים והצרכנים ויציעו ליצור "שוחד" גודי עד לסכום של 30, כדי שימשיך במטרד. היצרן יעדיף את השוחד הגדול יותר והתוצאה תישאר בעינה.

כיצד תשפיעה הטלת חובת פיצוי על היצרן? אם עלות המניעה מבחינת היצרן היא 120, יעדיף היצרן לשלם לתושבים פיצוי של 100 מאשר לשאת בעלות המניעה. אם עלות המניעה היא 90 מבחינתו ו-30 מבחינת צרכנים ועובדים, יציעו האחרונים ליצור סכום של עד 30 עבור המשכת המטרד. המשכת המטרד בוגזים אלה תעלה ליצור 100 (סכום הפיצוי) ותחסוך לו 90 (עלות המניעה). כל "שוחד" שיציע לו על-ידי הצרכנים והעובדים בסכום שבין 10 ל-30 ישפר את מצבו. לכן יעדיף להמשיך במטרד. חובת הפיצוי לא תביא אפוא להפסקת המטרד, והמצב היעיל יישמר.

גם צר-מניעה לא ישנה את התוצאה. אם עלות המניעה ליצור היא 120, יציע היצרן לתושבים "שוחד" בסכום של עד 120 כדי שיסכימו להמשיך המטרד. כיוון שנוקם של התושבים מן המטרד אינו עולה על 100, יסכימו לקבל כל סכום שמעל 100. בסופו של דבר תקשר עסקה שבה ימכרו התושבים ליצור את הזכות להטרידם, על-אף צר-המניעה, בסכום שבין 100 ל-120. אם עלות המניעה ליצור היא 90, ולעובדים ולצרכנים 30 – לא תשתנה התוצאה. ליצור כדאי להציע עבור המשך המטרד כל סכום הקטן מ-90. לעובדים ולצרכנים כדאי להציע עבור המשכתו כל סכום הקטן מ-30. היצרן עם העובדים והצרכנים יוכלו יחדיו להציע סכום של עד 120. התושבים יסכימו להמשיך המטרד עבור כל סכום הגבוה מ-100. גם במצב זה חיקש בסופו של דבר עסקה של מכירת צר-המניעה.

57 מאמרו של קו מצוטט ביותר בספרות המשפטית. ראה R.C. Ellickson, "The Case for Coase and Against 'Coaseanism'" 99 *Yale L.J.* (1989) 611, n. 2 (להלן: אליקסון). לרשימת המאמרים העוסקים בקו ראה ביבליוגרפיה (לעיל, הערה 53), 98-95.

58 G.J. Stigler, "Two Notes on The Coase Theorem" 99 *Yale L.J.* (1989) 631 (להלן: סטיגלר 1989).

59 R.D. Cooter, "The Cost of Coase" 11 *J. Legal* ;1095-1094 (הערה 30), (לעיל, הערה 30).

H.J. Hovenkamp, "Marginal Utility and the Coase Theorem" 75 *Stud.* (1982) 1, 14 (להלן: קוטר); 783, 786 *Cornell L.R.* (1990) (להלן: הוונקמפ).

60 בדוגמא שגורנו לעיל, בהערה 56, להטלת אחריות היתה השפעה על חלוקת ההכנסות. הטלת אחריות על היצרן חוסכת מן התושבים את הצורך ל"שחור" את היצרן. הטלת אחריות תעביר אפוא רווחה מן היצרן אל התושבים. מידת הרווחה המועברת עם הטלת האחריות תלויה בכלל התרופה. ראינו, למשל, בדוגמא המטרד שעלות מניעתו 120, כי בעוד שתורפות הפיצויים ותוכה את התושבים בפיצוי של 100 כשיעור נזקי המטרד, הרי שתורפות המניעה תאפשר להם לקבל סכום הנע בין 100 ל-120 לפי כושר-המיקוח שלהם.

ההנויקין, במונחי פרטו, היא מעבר ממצב אחד של פרטו אופטימום אל מצב אחר של פרטו אופטימום⁶¹.

בספרו מ-1988 השיב קוז לביקורת שנמתחה על התיאורמה בעשרות השנים מאז כתיבת מאמרו⁶². בהזדמנות זו הוסיף לתיאורמה חלק שלישי – את הטענה שלפיה, בהעדר הוצאות עסקה, אין בכותם של כללים משפטיים לשנות את חלוקת ההכנסות של הצדדים לפעילויות המתנגשות⁶³. בכך ביקש לדחות את הביקורת נגד ה-invariance thesis המבוססת, כאמור, על השפעת כללי המשפט על חלוקת ההכנסות.

על-אף היקפו ומרכזיותו של הדיון בתיאורמה של קוז בספרות המשפט וכלכלה, הרי שמשקלה של תיאורמה זו בניתוח הכלכלי של דיני-הנויקין אינו גדול. הטעם לכך הוא, שהתנאי לתחולת התיאורמה – העדר הוצאות עסקה – כמעט שאינו מתקיים במציאות⁶⁴. הדבר בולט במיוחד בתחום דיני-הנויקין⁶⁵. "הוצאות עסקה" לעניין זה כוללות כל גורם שיש בו כדי לשלול את היכולת או את הנכונות של כל הצדדים הנוגעים בדבר להתקשר בעסקת-שיחוד למיניהן. ברור בעליל, כי התיאורמה לא תחול על כל הסיטואציות הנוקיות שבהן לא נוצר קשר בין המזיק לניזוק לפני גרימת הנזק. דוגמא מובהקת לכך היא תחום תאונות-הדרכים. התיאורמה לא תחול גם בסיטואציות שבהן ריבוי הצדדים מונע בפועל התקשרות ביניהם כמו במקרה המטורד. הסיכוי שהיצרן יוכל להגיע לעסקת-אמת עם כל התושבים הנפגעים מן המטורד קטן ביותר כאשר מדובר במספר גדול של תושבים, ושואף לאפס כאשר גם צרכני המוצר ועובדי המפעל צריכים לקחת חלק בעסקת-השיחוד. גם אם הדבר אפשרי, הרי שעלות התקשרות ממין זה במונחים של זמן ומשאבים עלולה להפוך את העסקה כולה לבלתי-כדאית לאחד הצדדים או לכולם. כוחה של התיאורמה

61 S. Schwab "Coase Defends Coase: Why Lawyers ראה invariance thesis" 87 *Michigan L.R.* (1989) 1171, 1178–1183 J.J. Listen and Economists Do Not" (להלן: שוואב); 99 Donohue, "Diverting The Coasian River: Incentive Schemes to Reduce Unemployment Spells" 549, 549–552 *Yale L.J.* (1989) 549, 549–552. גם קלברוי מחזיק בדעה, כי התערבות המשפט משנה את ההקצאה המקורית של המקורות ממצב אחד של פרטו אופטימום למצב אחר (קלברוי 1991 [לעיל, הערה 1], 1215).

62 R.H. Coase, "The Coase Theorem and the Empty Core — A Comment" 24 *J.L.Econ.* (1981) 183 (להלן: קוז 1981). לניתוח טיעוני-הנגד של קוז בספרו מ-1988 (לעיל, הערה 23) ראה שוואב (לעיל, הערה 61).

63 לטענתו, חודים מוקדמים שייכתו בין הצדדים לפעילויות המתנגשות ינטרלו את השפעת כללי המשפט על חלוקת ההכנסות. קוז 1988 (לעיל, הערה 23), 174–170. ראה גם סטיגלר 1989 (לעיל, הערה 58).

64 I. Gilead, "Coase Theorem", 39 *Isr. L. Rev.* (1985) 39. Competitive Market, and Product Liability Law" 19 *Isr. L. Rev.* (1985) 39. בניתוח לדעה הרוחת, שלפיה שווקים משוכללים מאופיינים בהעדר הוצאות עסקה ולפיכך הם מהווים כר-פעולה טבעי של תיאורמה קוז, נטען שם כי העדר קשר ישיר בין יצרן לצרכן, שהוא אחד ממאפייני השוק המשוכלל, מונע מן הצרכן לשחד את היצרן במלוא הרווחה שתצמח לו עקב שינוי באיכות המוצר או השירות. טענה זו קיבלה חיזוק על-ידי קוז עצמו. בספרו מ-1988 (לעיל, הערה 23) הוא מביא את הגדרת סטיגלר, הקושרת את התיאורמה לשוק המשוכלל ומשמיט ממנה קשר זה (שם, 158). ראה גם שוואב (לעיל, הערה 61), 1173, 1173.

65 ראה קלברוי (לעיל, הערה 20), 88–92.

יפה אפוא כעיקר למצבים נדירים ביותר שבהם עומדים זה מול זה מוזיק יחיד וניזוק יחיד לפני גרימת הנזק וללא השפעה על רווחת צדדים שלישיים. התיאורמה של קוז אינה אפוא אלא נקודת-מוצא תיאורטית לדיון בהשפעתם של כללים משפטיים הלכה למעשה. קוז מעיד על עצמו, כי אכן זוהי היתה כוונתו המקורית. מטרתו היתה למקד את תשומת-הלב והדיון בעולם המציאות שבו כללים משפטיים משפיעים על הקצאת המקורות ויעילותה בשל קיומן של הוצאות עסקה ניכרות⁶⁶. העיסוק הנרחב דווקא בהיבט העיוני של טיעוני גרם לקח מורת רוח⁶⁷. המשך הדיון ניח אפוא את קיומן של הוצאות עסקה ואת איתחולתה של תיאורמת קוז. אכן, זוהי ההנחה המקובלת בניתוח הכלכלי של דיני-הנזיקין שרשימה זו עוסקת בו.

לאחר הכרת משמעותו של מושג היעילות ושל השוני בינו לבין קריטריון פרטו, ולאחר הבלטת הפער בין הערכים הפרטיים של פעילות לבין ערכיה החברתיים, נוכל עתה לחזור אל נושא הדיון המרכזי – הרתעה יעילה באמצעות דיני-הנזיקין והקשיים הכרוכים בה.

ג. הרתעה ובעיות מידע

1. חולשותיה של תפיסת ההרתעה – כללי

הנחת-היסוד של הגישה הכלכלית לדיני-הנזיקין היא, שהפיצוי הכספי הוא אמצעי הרתעה אפקטיבי ויעיל כאחד. האפקטיביות מתבטאת ביכולת לשנות באמצעות הפיצוי את טיב פעילותם והיקף פעילותם של הצדדים לפעילויות המתנגשות על-ידי שינוי מחירן. היעילות מתבטאת בכך, שהשינוי שיושג בהיקף הפעילויות וטיבן אכן יביא להגדלת הרווחה המצרפית המופקת מן הפעילויות המתנגשות. בדיון להלן תאומץ הנחת-היסוד באשר לאפקטיביות ההרתעה. הדיון יתנהל בהנחה, כי צדדים לפעילויות מתנגשות אכן נוטים להגיב לשינויים שדיני-הנזיקין מכניסים במחיר פעילותם וכי תגובה זו מתבטאת בשינויים בהיקף פעילותם או בטיבה⁶⁸. לעומת זאת, יוצבו סימני-שאלה מעל ההנחה בדבר יעילות ההרתעה. האם אכן השינויים הניתנים להשגה בהיקף הפעילויות ובטיבן הם כאלה שיגדילו את הרווחה החברתית הכוללת? כנגד הנחת היעילות תוכאנה שתי טענות-נגד עיקריות. טענה אחת, שלה יוקדש פרק זה, היא שכמות המידע הגדושת כדי לשנות את התנהגותם של הצדדים באורח יעיל אינה ניתנת בפועל להשגה. הטענה האחרת, שתידון בפרק הבא, היא, שתופעת הביטוח גורמת לכך שהסדרי האחריות הנזיקית מאבדים במידה רבה את כוחם להשיג הרתעה יעילה.

2. בעיות המידע

נבחן להלן את הרקע לטענה, שלפיה קשיי המידע הכרוכים בהפעלת דיני-הנזיקין

66 ראה קוז 1988 (לעיל, הערה 23), 26, 115, 174-176; קוז 1981 (לעיל, הערה 62), 187.

67 ראה קוז 1988 (לעיל, הערה 23), 1, המציין כי טיעונו העיקרי לא הובן. ראה גם אליקסון (לעיל, הערה 57), 613-611.

68 גם על הנחה זו קמו עוררין. ראה להלן, הערה 135; ותגובתם של פוזנר ולגרס (לעיל, הערה 3), 9-14.

כמכשיר להרתעה יעילה הם כה רבים וכה מהותיים, עד שיש בהם כדי להציב סימן שאלה על יכולתם של אלה להביא להרתעה יעילה במרבית ההקשרים הרלבנטיים⁶⁹.

(א) שלושת סוגי המידע הרלבנטיים

נניח מצב נתון של פעילויות מתנגשות. על-פי הגישה הכלכלית, מטרת דיני-הנוזקין היא להגדיל את סך כל הרווחה המופקת מפעילויות אלה. כדי להשיג מטרה זו, יש לפעול בשלושה שלבים: בשלב הראשון יש לקבוע מהי הרווחה המופקת בהווה מן הפעילויות המתנגשות. לשם כך יש לאמוד את הערך החברתי הכולל של כל פעילות, את העלות החברתית של כל פעילות, ולקבוע את ערכה החברתי הנקי. בשלב שני יש לקבוע מהו המצב הרצוי, דהיינו: את ההיקף והטיב של כל פעילות שניבו את כמות הרווחה הגדולה ביותר לכל הצדדים המעורבים⁷⁰. בשלב שלישי יש לקבוע מהם כללי האחריות והתרופות אשר יבטיחו כי הצדדים לפעילות אכן ישנו את התנהגותם באופן שיביא למעבר המבוקש מן המצב המצוי אל המצב הרצוי.

בכל אחד מן השלבים הללו כרוכות בעיות מידע קשות ביותר. בעיות אלה תומחשנה תחילה באמצעות המקרה הקלי-יחסית של יצרן מוצר הגורם מטרד סביבתי לתושבי האיזור.

(ב) המחשה באמצעות ה"מקרה הקל" – דוגמת המטרד

דוגמת המטרד הנדונה כאן היא מקרה קלי-יחסית מהיבט בעיות המידע מן הטעמים הבאים: (א) התרחשויות הנזק היא ודאית. לא קיימות כאן הבעיות הנפוצות של הסתברות ושל אי-ודאות המכבדות מאוד על השגת ההרתעה, כמו, למשל, בתחום המרכזי של התאונות. (ב) רווחתם של הצדדים המעורבים בפעילויות המתנגשות באה לידי ביטוי בשוויים (מזיקים, עבודה, מקרקעין). שוויים אלה אינם קיימים בכל סוגי הפעילויות המתנגשות. (ג) המזיק, היצרן, פועל משיקולים עסקיים ולכן התנהגותו יותר מחושבת ועסקית מאשר של קבוצות מזיקים אחרות. (ד) הדיון מניח, כי הקטנת הנזק כרוכה בשינוי בהתנהגותו של היצרן, ובה בלבד. לא מתעוררים כאן הקשיים הנובעים מגרימה משותפת על-ידי מזיק וניזוק או על-ידי כמה מזיקים. (ה) הנחה מקלה נוספת היא היעדרה של אי-ודאות באשר לעצם הטלת האחריות על המזיק, כלומר: המזיק יודע אם ומתי יחוב ומה יהא הנטל שיוטל עליו, אם יחוב. השלב הראשון. כדי לחשב את הערך החברתי הנקי של כל פעילות קיימת יש לקבוע

69 לטענה שלא ניתן להשוות כללי אחריות אלטרנטיביים במונחי עלות תועלת וכי לא ניתן באמצעותם להגיע ליעילות מירבית ראה, M.J. Rizzo, "The Mirage of Efficiency" 8 *Hofstra L.Rev.* (1980) 641, 641-642; M.J. Rizzo, "Law Amid Flux — The Economics of Negligence and Strict Liability in Products Liability: Implications" (להלן: רizzo); R.N. McKean, "Products Liability: Implications" 9 *J. Legal Stud.* (1980) 291, 611, 625-626. of Some Changing Property Rights" 8 *J.L.Econ.* (1970) 611, 625-626. ראה גם אנגלרד 1992 (לעיל, הערה 5) 42-38.

70 קוז (לעיל, הערה 51) מציע: "to start our analysis with a situation approximating that which actually exists, to examine the effects of a proposed policy change and to attempt to decide whether the new situation would be, in total, better or worse than the original one" (שם, 43).

קודם-כול מהו ערכה החברתי הכולל, דהיינו: מהו סך כל העודפים הכלכליים המופקים ממנה. לשם כך יש למדוד את עודפי הצרכן והיצרן בשוק המוצר ואת העודף הכלכלי בשוקי העבודה ואספקת השירותים. כדי לבצע מדידה זו, יש להעריך (א) את ערכי הביקוש של הצרכנים כדי לקבוע מהו עודף הצרכן. הקושי בקביעה זו טמון בכך שאלה הם ערכים סובייקטיביים שאינם באים לידי ביטוי גלוי⁷¹. (ב) את עלויות הייצור של היצרן בשוק המוצר כדי לקבוע מהו עודף היצרן. כאן הקושי נובע לא רק מכך שהוצאות הייצור תלויות בפונקציות טכנולוגיות המצויות בידעו המיוחדת של היצרן⁷², אלא גם מכך שעלויות היצרן כוללות את אוכרן השימושים האלטרנטיביים בגורמי ייצור. כדי להעריך מהו ה-*opportunity cost* של היצרן, יש לדעת מהם השימושים האלטרנטיביים הקיימים מבחינתו בגורמי הייצור שלרשותו ואיזה עודף אלטרנטיבי יוכל להערכתו להפיק משימושים אלה. קשה לראות כיצד מידע כה רב, מפורט ונסתר ממין זה יכול להיאסף⁷³. (ג) את "עודף העובד" בשוק העבודה, דהיינו: את ערך הפער בין שכרו הנוכחי של העובד לבין שכר אלטרנטיבי או הערך הסובייקטיבי של הזמן הפנוי שעליו ויתר לצורך עבודתו⁷⁴; וכן את העודף הכלכלי של ספקים אחרים של שירותים והון. הקושי באיסוף מידע רב-היקף זה ובעיבודו הוא עצום⁷⁵, מה גם שקיימת סכנה של מדידה כפולה או חסרה, כאשר עודף כלכלי מסוים נמדד פעמיים או אינו נמדד כלל⁷⁶.

קשה לא פחות היא קביעת ערכי העלות החברתית. כאמור, עלות זו מורכבת

- 71 גם אם ניתן בדרך כלשהי לאמוד את הביקושים, הרי שקיים קושי באמידת רווחת הצרכן העולה מהם, שכן קיימות ארבע דרכים למדידת שינויים ברווחה כתוצאה ממעבר ממצב קיים למצב אחר. ראה Hicks, 31 *The Four Consumers' Surplus* 11 *R.Econ.S.* (1943). ראה נג (לעיל, הערה 1), 85-92.
- יצרן, כי מחירי השוק אינם פוטרים את בעיית ביצועם של אומדני הרווחה הנדרשים. ראשית, במקרים רבים מחירי השוק הוא ערך-ביניים בין רווחתו של קונה המוצר או השירות לבין רווחת המוכר. אין הוא מייצג את רווחת מי מהם אלא את המיכניזם שבאמצעותו מתבצעות עסקות. אך גם אם נניח כי מחירי השוק מהווים קירוב טוב לרווחת אחד הצדדים (כך טוען קלברדי בהקשר של הערכת הנוק – לעיל, הערה 20, עמ' 201), הרי שיש לזכור כי במקרים רבים מחירי אינם מתארים מצב אמיתי של רווחה. הטעם לכך הוא, שבשל עיוותים שונים הקיימים בשווקים, כגון מיסוי ומונופול, אין מחירי המוצרים משקפים נכונה את שיעור התחלופה השולי בין מוצרים. ראה R.N. McKean, "The Use of Shadow Prices", in: R. Layard (ed.), 119, 123-120 (להלן: מקין). מקין מגדיר את הפער הנוצר בין מחיר השוק בפועל לבין ערכו האמיתי של המוצר כ"מסמך-שיעור" (שם, 123). הפתרון שכלכלת הרווחה מציעה לבעיה קשה זו הוא שימוש ב"מחיר-צל" (*shadow prices*), דהיינו: שימוש במחירים האמורים לשקף את ערכו האמיתי של המוצר במקום מחירי השוק הקיימים. ראה מישן (לעיל, הערה 70), 88-99. דא עקא, שתיקון מחירי השוק כדי להגיע למחיר-צל נכונים כרוך בקשיי מידע כה רבים, עד כי שכרו של ניסיון זה עלול לצאת בהפסדו (מקין, שם, 130-132, 138).
- 72 לבעיות המדידה הקשורות במדד עודף היצרן, המכונה גם רנטה (*rent*), ראה E.J. Mishan, *Cost-Benefit Analysis* (4th ed., London, 1988) 434-444 (להלן: מישן); לריון בשאלת ה-*opportunity cost* ראה J.M. Currie, J.A. Murphy & A. Schnitz, "The Concept of Economic Surplus and its Use in Economic Analysis" 81 *Econ. J.* (1971) 741, 754-760 (להלן: קרי).
- 73 על הקשיים המיוחדים הכרוכים במדידת עודף היצרן (או הרנטה) ראה מישן (לעיל, הערה 72), 54-63.
- 74 לקשיים הכרוכים באומדן העלות האלטרנטיבית של עבודה ראה מישן (לעיל, הערה 72), 325-329, תחת הכותרת *the opportunity cost of unemployed labour*.
- 75 ראה ריון (לעיל, הערה 69), 310; ליירד (לעיל, הערה 13), 29.
- 76 Y. Shilony, "A Methodological Note on Welfare Calculus" 15 *J. Transport Econ.* (1981) 69-72 (לעיל, הערה 72), 74-83, תחת הכותרת *double counting*.

משני חלקים: החלק האחד הוא ה-*opportunity cost*. זהו הערך הנקי של העודפים הכלכליים שייצרו על-ידי הפניית ביקושים ומקורות לשימושים אלטרנטיביים עקב השינוי בהיקף פעילות הייצור או בטיבה. לשם כך יש לדעת מהן האלטרנטיבות לפעילות הנבחנת: לאיזה שווקים היו מופנים ביקושי הצרכנים? לאן היו מגיעים גורמי הייצור השונים? לאחר איתור השווקים הרלבנטיים יש להעריך את השינויים בעודפים הכלכליים שהיו מתרחשים בכל אותם שווקים שבהם היתה מתנהלת פעילות אלטרנטיבית. החלק השני של עלות זו היא העלות החברתית הנקיייה של המטרד. כאן יש לבצע את כל אותם חישובים והערכות שפורטו לעיל, אלא שהפעם לגבי שוק המקרקעין. מהו השינוי לרעה בעודף הכלכלי של קוני הבתים ומוכריהם ושל גורמי הייצור וספקי השירותים בענף? לעומת זאת, האם יביא המטרד ליצירת עודפים כלכליים אלטרנטיביים בשווקים אלטרנטיביים, ומה יהא גודלם של עודפים אלה? יודגש, כי אלה הם רק חלק מן העלויות הכרוכות בהשפעה החברתית שיש למטרד על החברה.⁷⁷

יצוין, כי בעיות המידע לא תיפתרנה אפילו נניח את קיומם של שווקים אידיאליים. אמנם, בשווקים בלתי-מציאותיים אלה אין צורך במדידת עודפי עובד וספק, שכן אלה כבר מיוצגים על-ידי עלות הייצור מנקודת-מבטו של היצרן. עם זאת, חישוב עלות הייצור של היצרן מצריכה בכל-זאת היוזקות לשווקים אלטרנטיביים שעל-פיהם היצרן קובע את ה-*opportunity cost* שלו.

השלב השני. נניח, כי בדרך כלשהי הוערכה הרווחה המופקת מן הפעילויות המתנגשות במצב הקיים. האם קיימים מצבים יעילים יותר שהשגתם מצריכה את הפעלת דיני-הנוזקין? לצורך זה יש לבחון שינויים אפשריים בהיקף הפעילויות או בטיבן ולהעריך אם יש בהם כדי להגדיל את הרווחה. מאחר שניתן להגדיל רווחה על-ידי שינוי טיב הפעילויות ללא שינוי היקפן ולהיפך, או על-ידי שינוי סימולטני של היקפי הפעילויות וטיבן – על מקבל ההחלטה לבחון בשלב השני את כל השינויים האפשריים בהיקפי הפעילויות וטיבן, במטרה להתחקות אחר אותו שינוי משולב אשר יגדיל את "תרומת הרווחה" של הפעילויות, את ערכן הנקי, למקסימום האפשרי. כל שינוי אפשרי צריך להיבחן באותו אופן שבו נבחן המצב הקיים, כלומר: יש לבחון מה תהא תרומתו החברתית הנקיייה בהשוואה לזו של המצב הקיים. כל הקשיים שהוזכרו בשלב הקודם מתעוררים עתה מחדש לגבי כל אחד מן השינויים האפשריים.

קושי משמעותי נוסף נובע מבעיית ההשפעות החוזרות. הקטנת היקפו של ייצור המוצר, למשל, תעלה את מחירו. כתוצאה מכך יעלו מחירי מוצרים משלימים ויורדו מחירי מוצרים חליפיים. שינויים אלה יגרמו לשינויים נוספים בשוק המוצר וחוזר חלילה. שינויים דומים יכולים לחול בשוק גורמי הייצור. תהליך זה יימשך עד אשר המערכת תתייצב בשיווי-משקל קבוע. כיצד ניתן לעקוב אחר שרשרת זו של שינויים ולהעריך את היקפם?⁷⁸

77 על השפעות נוספות של המטרד על צדדים שלישיים, לרבות באמצעות פגיעה בחי ובצומח, ראה קרצמר (לעיל, הערה 18), 319.

78 על בעיית ההשפעות החוזרות והקשיים הכרוכים בכך מבחינת הניתוח הכלכלי של המשפט ראה ריוו (לעיל, הערה 69), 642.

לכך יש להוסיף את הקשיים הכרוכים בקביעת תקופת-הזמן הקובעת לצורך חישובי הרווחה ובביצוע ההתאמות הנדרשות למימד הזמן. האם "המצב היעיל" ייקבע על-פי צורכי הדור הנוכחי, על-פי צורכי הדור הבא או על-פי צורכי המאון הקרוב? ולאחר קביעת תקופת-הזמן הרלבנטית, כיצד יחושב הערך הנוכחי של שינויים ברווחה בנקודות-זמן שונות בעתיד? כיצד ייקבע שיעור ההיוון של שינויים עתידיים ברווחה? וכיצד ניתן בכלל להעריך את הרווחה שתופק על-ידי הדורות הבאים מבלי לדעת מה יהיו מחירי העתיד?⁷⁹

השלב השלישי. בשלב השלישי יש לשנות את התנהגות הצדדים לפעילויות המתנגשות כך שיעברו מן המצב הקיים הבלתי-יעיל אל "המצב היעיל", כפי שנקבע בשלב השני. כיצד ייעשה הדבר? מה יגרום, למשל, ליצרן לשנות את היקף פעילות הייצור ואת טיבה לאותה רמה או טיב, המבטיחים את הגדלת הרווחה המבוקשת? אמצעי ההרתעה העיקרי, החיוב בפיצויים, הוא צעד עקיף הפועל על תמריצי היצרן. הערכת תגובת היצרן לנטל הפיצוי כרוכה בבעיות מידע קשות ביותר. נניח, כי המעבר ל"מצב היעיל" מחייב את צמצום הייצור ב-1,000 יחידות (שינוי בהיקף) ואת הורדת רמת הרעש בשתי יחידות-מדידה (שינוי בטיב). מה צריך להיות שיעור הפיצוי שיביא את היצרן לפעול בהתאם לכך? 10,000 ש"ח? 30,000 ש"ח? כדי להשיב על שאלות אלה יש להיכנס לנעלי היצרן, לבחון את הנתונים הרלבנטיים כפי שהם מצטיירים מנקודת-מבטו המיוחדת ועל-פי האינטרס האישי שלו ולהעריך מה יהיו החישובים שיבצע ומה תהיינה תגובותיו. אין צורך להכביר מלים באשר למורכבות המשימה ולקשיי המידע העצומים הכרוכים בה. כך, למשל, חייבת ההרתעה המבוקשת להתאים את עצמה למבנה השוק ולנקוט דרכי הרתעה שונות במצבים של מונופול, קרטל, אוליגופול, פירמה מובילה בענף, תחרות מונופוליסטית ותחרות משוכללת⁸⁰. כמו-כן יש להתאים את ההרתעה לשיקול המנחה את היצרן המסוים תוך הבחנה בין פירמה הממקסמת רווחים, פירמה הממקסמת מכירות⁸¹ ופירמה הפועלת בתנאים של חוסר-רדאות⁸².

ג) המקרים הקשים – אי-ודאות, ריבוי גורמים, הרתעה נוספת והעדר שוקים

קשיי המידע הולכים ומתעצמים כאשר חורגים מן הנתונים הנוחים-יחסית של מקרה המטרד.

נוק שאינו ודאי. עד כאן הנחנו, שאירוע הנזק והיקפו (המטרד) ידועים מראש וכי החיוב הצפוי והיקפו ידועים גם הם מראש. במציאות שונים לרוב פני הדברים.

79 לשאלות אלה ראה A.R. Prest & R. Turvey, "Cost-Benefit Analysis: A Survey" 75 *Econ.J.* (1965) 683 (להלן: פרסט); ליירד (לעיל, הערה 13), 37-44; מקין (לעיל, הערה 79), 127-128. שיעורי היוון, המבוססים על שיעורי צמיחה צפויים או אג"ח ממשלתי, אינם נותנים תשובות מניחות את הדעת לבעיה זו.

80 להצגת הבעייתיות הכרוכה במקבנה השוק ראה G. Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts" 70 *Yale L.J.* (1961) 499 (להלן: קלברזי 1961).

81 ראה F. Machlup, "Theories of the Firm: Marginalist, Behavioral, Managerial" 57 *Am.Econ.Rev.* (1967) 1; W.J. Baumol, *Business Behavior, Value and Growth* (Rev. ed., New-York, 1967).

82 ראה A. Sandmo, "On the Theory of the Competitive Firm Under Price Uncertainty" 61 *Am. Econ. Rev.* (1971) 65.

במקרים רבים, בעיקר כשמדובר בתאונות, קיימת מבחינתם של הגורמים המורחשים אי-ודאות (א) לגבי עצם אירוע הנזק; (ב) לגבי גודלו; (ג) לגבי הסיכון כי ישאו בחבות כלשהי⁸³; (ד) ולגבי היקפה של חבות זו. אי-ודאות זו לגבי כל אחד מגורמים אלה מכבידה מאוד על קביעת שיעורו של הפיצוי האמור להשיג הרתעה יעילה. כאשר אי-הודאות היא מצטברת, ספק גדול אם ניתן להעריך את תגובתו של מזיק לכלל אחריות המטיל עליו, מבחינתו, חיוב כספי בהסתברות לא ידועה ובסכום לא ידוע.

גם אם נניח, כי ידועות למרתיע ולמורתע ההסתברויות השונות של עצם התרחשות הנזק, גודלו, החיוב בפיצויים ושיעורו של סכום החיוב — עדיין תלויה יעילות ההרתעה בהכרת העדפות הסיכון של המורתעים. פרטים שהעדפות הסיכון שלהם שונות, יגיבו באורח שונה לאותו סיכון כספי. מזיק שונא-סיכון יורתע יותר מאשר מזיק האדיש לסיכון. גם כאשר שני מזיקים הם שונא-סיכון, אפשר שתגובתם לסיכון נתון תהא שונה בגלל השוני במידת שנאת הסיכון⁸⁴. יעילות ההרתעה תלויה אפוא לא רק באיתור העדפות הסיכון של כל הצדדים הנוגעים בדבר, אלא גם בקביעת היקף שנאת הסיכון או העדפתו של כל אחד מהם.

ריבוי מונעים. קשיי הפעלתה של ההרתעה באמצעות דיני-הנזיקין גדלים במידה ניכרת כאשר המעבר ממצב נתון אל המצב היעיל מצריך לכוון לא רק את התנהגותו של גורם אחד, יוצר-הסיכון, אלא גם את התנהגותם של גורמים נוספים כניזוק וכמזיקים אחרים. הקושי המיוחד המאפיין מצבים אלה של ריבוי גורמים "כלכליים" לנזק הוא, שתגובתו של כל גורם מושפעת על-ידי הערכתו את תגובתם של הגורמים האחרים כאשר הגורמים השונים אינם משתפים ביניהם פעולה. תגובתו של מזיק לחיוב בפיצוי תלויה בהערכתו את תגובתו של הניזוק ותגובתם של מזיקים אחרים להסדר האחריות הקיים⁸⁵. האם יסמוך על כך שהם ימנעו את הנזק, ולא יפעל בעצמו בכיוון זה? או שמא יניח שלא יעשו כן ויפעל בעצמו למניעת הנזק? כאן משתלבים בפעילות שיקולים טקטיים ואסטרטגיים של הגורמים השונים, כך שהערכת מכלול התגובות האפשריות להסדר אחריות נתון מצריכה שימוש בכלים מורכבים של תורת-המשחקים⁸⁶. אך גם אם מתעלמים מקשיים תיאורטיים אלה, עדיין עומד בעינו הקושי הבסיסי של העדר מידע. אם הפרטים עצמם אינם יודעים

83 על חוסר-הודאות באשר לאופן החלטה של הכלל המשפטי ועל פגיעתו של חוסר-ודאות זה ביכולת להשיג הרתעה יעילה ראה J.E. Calfee & R. Carswell, "Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards" 70 Va. L. Rev. (1984) 965 (להלן: קלפי וקארסוול).

84 על מחקר המראה שוני בין בני-אדם בגודל שנאת הסיכון שלהם ראה S.G. Funk, A. Rapoport, L.V. Jones, "Investing Capital on Safe and Risky Alternatives: An Experimental Study" 108 J. Exper. Psych. (1979) 415. שאלת היחס לסיכון קשורה בקשר הדוק לשאלת התועלת השולית הפוחתת של הכסף. ראה לעיל, הערה 40; ולהלן, הערות 199 ו-202.

85 ראה ריוו (לעיל, הערה 69), 306.

86 לא-ודאות ולתורת-המשחקים ראה מישן (לעיל, הערה 72), 378-401. בהקשר הניתוח הכלכלי של המשפט ראה J.P. Brown, "Toward an Economic Theory of Liability" 2 J. Legal Stud. (1973) 323. (להלן: בראון); וכן R. Cooter & S. Marks with R. Moonkin, "Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behaviour" 11 J. Legal Stud. (1982) 225.

כיצד יתנהגו הצדדים האחרים, כיצד ניתן מלכתחילה להעריך את תגובתם? טעויות בהערכת תגובות צפויות של הצדדים עלולות לגרום להרתעת-יתר (גם המזיק וגם הניזוק או מזיק אחר נוקטים אמצעי-מניעה כשדי במניעה על-ידי אחד מהם) או להרתעה חסרה (המזיק יסתמך על מניעה של הניזוק או של מזיק אחר וההיפך ולא ינקטו כלל אמצעי-מניעה נדרשים)⁸⁷.

מקורות הרתעה נוספים. ההרתעה המושגת באמצעות דיני-הנזיקין אינה ההרתעה היחידה. הצדדים עשויים להיות מורתעים על-ידי גורמים נוספים, חלקם רבי-עוצמה. נזכיר את חששם של הצדדים להיפגע אישית (כאשר הן המזיק הן הניזוק חשופים לנזק – תאונת-דרכים), את השפעתם של הסנקציה החברתית החיצונית (הטבעת חותם של רשלן בבעל-מקצוע) והרתיעה המוסרית הפנימית מפני התנהגות עוולתית, ואת הכוח המרתיע של הסנקציה הפלילית במקום שזו קיימת. את האפקט המרתיע של גורמים אלה יש לחשב, לקזזו מן ההרתעה הנדרשת ולהשתמש בדיני-הנזיקין רק לצורך ההרתעה השיווית. קשה להצביע על שיטה או כלים המאפשרים חישוב קיזוז ממין זה.

חלקיות ההרתעה הנזיקית. בעוד שמקורות הרתעה נוספים מצריכים חישוב קיזוז בהרתעה הנזיקית במקרים מסוימים, קיימים גורמים המצריכים את תגבור הרתעה זו במקרים אחרים. הנחה מקובלת ומבוססת היא, שחלק לא מבוטל של הזכאים לתבוע בנזיקין, דהיינו: מי שאמורים להפעיל את מנגנון-ההרתעה, נמנע מלעשות כן בשל קשיי הוכחה, עלות הדיון המשפטי וגורמים אחרים⁸⁸.

העדר שווקים. כאשר רווחתם של הצדדים לפעילויות המתנגשות אינה באה לידי ביטוי בשווקים ממשיים, כיצד נוכל להעריכה, ולו גם בקירוב, בהעדר ביקוש והיצע לפעילות מסוימת? קושי זה נפוץ במצבי התאונה השונים, כאשר המקרה הוא המפגיש את המזיק עם הניזוק. כיצד ניתן להעריך את רווחת הנהגים מפעילות הנהיגה ואת רווחת הולכי-הרגל מפעילות ההליכה? מקרה נוסף של קשיי מידע הנובעים מהעדר מחירי שוק הוא של נזקים שאינם ממוניים. הערכתם וכימותם של נזקים אלה כרוכה בקשיים ניכרים⁸⁹.

87 אמנם, ניתן להעריך, כי כל אחד מן הצדדים המעורבים יבקש להתנהג באורח אופטימלי כדי לפטור את עצמו מאחריות, בהנחתו כי גם אחרים יפעלו כך (בראון [לעיל, הערה 86], שם; פונור ולנדס [לעיל, הערה 3], 201-193; שכל [לעיל, הערה 20], 164-166), אך בהעדר יריעה מהי התנהגות אופטימלית מבחינתם של אחרים, כיצד ידע כל פרט מהי ההתנהגות היעילה מצדו? שאלה קשה אחרת היא, האם עדיף במקרה זה הסדר של חלוקת אחריות בין מזיקים (השתתפות) או הסדר של ריכוז הנטל על מזיק אחד (שיפוי). לשאלת אופן חלוקת האחריות המשותפת ולבעיות הכרוכות בכך ראה W.M. Landes & R.A. Posner, "Joint and Multiple Tortfeasors — An Economic Analysis" 9 J. Legal Stud. (1980) 517; פונור ולנדס [לעיל, הערה 3], 227-190. שאלה זו מקבילה לשאלת האשם התורם, שם חלוקת הדעות בסוגיה זו. ראה להלן, הערה 125.

88 R.J. Pierce, "Encouraging Safety: The Limits of Tort Law and Government Regulation" 33 Vand.L.Rev. (1980) 1281, 1295-1297. (להלן: פירס).

89 ראה פרסט [לעיל, הערה 79], 696.

(ד) סיכום

השגת השינוי הדרוש בטיב הפעילויות המתנגשות ובהיקפן, כמטרה להגדיל את הרווחה המופקת מהן, כרוכה בכל שלביה בבעיות מידע קשות ביותר. אלה מציבות סימן-שאלה גדול מעל טענת-היסוד של הגישה הכלכלית – הרתעה יעילה באמצעות הפיצוי. הדעת נותנת, כי בית-משפט המתבקש לפסוק פיצויים במקרה הנוח-יחסית של המטורד אינו מסוגל, ולו גם בקירוב סביר, (א) לקבוע את ערכי הביקוש וההיצע של שוק המוצר, שוק העבודה, שוקי הספקת השירותים, שוק המקרקעין וכל השווקים האלטרנטיביים לשווקים אלה, ולהגיע לאומדן רווחה כולל; (ב) להשוות אומדן זה לאומדני הרווחה הכוללת, העשויה להיות מופקת בשווקים אלה אם יחולו שינויים כאלה או אחרים בהיקף הפעילויות ובטיבן; (ג) לחשב את הנטל הכספי שיבטיח כי היצרן שישא בנטל ישנה את היקף פעילותו וטיבה במידה הרצויה. אפילו נניח כי הדבר אפשרי מבחינה תיאורטית, הרי שעלות מדידה מעין זו תהא כה גבוהה עד כי תהפוך את ההערכה ללא כדאית⁹⁰. אם כך, במקרה הנוח-יחסית של מטורד ודאי המחייב הרתעה של גורם אחד, מקל-וחומר שהדברים אמורים בפעילויות שנוקן אינו ודאי, שאינן מוסדרות בשווקים והמחייבות הרתעה סימולטנית של כמה גורמים.

האם הגישה הכלכלית מעניקה לדיני-חניקין תשובה מספקת לבעיות מידע אלה?⁹¹

90 המחשה טובה לקשיי המידע העצומים, הכרוכים בהערכה קולקטיבית של הנטל שיש להטיל על יוצר מטורד כדי להשיג הרתעה יעילה, מצויה אצל קוז 1988 (לעיל, הערה 23), 182-184. מחז גיסא, יש לחשב את העלות הכרוכה מבחינת כל ניזוק בכוח בנקיטת אמצעים להתגוננות מפני המטורד ולחבר עלויות אלה. חישוב זה יש לבצע לגבי כל רמה ורמה של מטורד. מאידך גיסא, יש לחשב את העלות הכרוכה בהפסד הייצור בכל רמה ורמה של הפחתת מטורד, כאשר מגוון האפשרויות כאן הוא גדול. שיעור הנטל לכל רמת מטורד אפשרית ייקבע כסכום שבו עלות ההתגוננות מפני המטורד שווה לעלות הכרוכה בהפחתתו. משיטל הנטל על יוצר המטורד, יבחר זה את מידת ההפחתה הכדאית לו בהינתן הנטל הכרוך במטורד. לשם כך יש לשאול כל ניזוק בכוח, מהו הנזק שייגרמו לו רמות שונות של מטורד, מהם האמצעים שבדעתו לנקוט ומהי עלותם של אמצעים אלה. משאל דומה צריך להתבצע אצל היצרן לגבי עלויות הפחתת המטורד. קוז מעיר, כי מידע זה אינו מצוי לרוב בידיעת הניזוקים-כוח, וגם אם הוא מצוי בידם – לא יאותו למסור אותו. מכאן מסקנתו, כי אין דרך שבה המידע הדרוש יוכל להיאסף. דברים אלה, שנאמרו לגבי רשות ציבורית המבקשת להטיל מס על יוצר המטורד, יפים מקל-וחומר לגבי בית-המשפט, שאינו מצויד בכלים המתאימים לבצע הערכות כאלה במסגרת סכסוך ספציפי בין שני צדדים.

91 בניתוח הכלכלי של המשפט, בעיקר במודלים המתימטיים, מקובל להניח, לצורך הדיון, כי בעיות מידע כאלה או אחרות אינן קיימות. ראה, למשל, P.A. Diamond, "Accident Law and Resource Allocation", 5 Bell J.Econ. (1974) 366 (להלן: דיימונד); גרין (לעיל, הערה 27), 553. קלפי וקרטוול (לעיל, הערה 83) עומדים על תופעה זו (שם, 965). אין זו התעלמות מבעיות בשיטת בתי-הדין. הכותבים מודעים לכך, כי המודל המוצע על-ידם אינו משקף את המציאות. הנתחם היא, שהתוצאות המתקבלות ממודל שכזה נותנות קירוב ראשוני למציאות וכי על בסיס תוצאות אלה ניתן יהיה לבנות בעתיד מודלים משוכללים יותר ומציאותיים יותר. ראה דיימונד, שם, 404. ספק גדול הוא באיזו מידה מודלים אלה, המבוססים על מספר גדול של הנחות בלתי-מציאותיות, אכן מסוגלים לתרום להשגת המטרה של הרתעה יעילה. ראה D. Apple & A. Raviv, "Product Safety: Liability Rules, Market Structure, and Imperfect Information" 68 Am.Econ.Rev. (1978) 80, 93. הסבר אחר לחלקיותם של המודלים המתימטיים הוא חוסר-היכולת התיאורטי לשלב את כל הגורמים הרלבנטיים המשפיעים על יעילות ההרתעה למודל אחד, שבו נלקחות

3. התמודדות הגישה הכלכלית עם בעיות המידע – גישות ה"הפנמה" השונות

(א) התשובה העקרונית – הסתמכות על שווקים

הכותבים השונים בתחום – שהבולטים בהם הם קלברזי, פוזנר ושבל – צרים לקשיי המידע העצומים הכרוכים בשימוש בדיני-הנזיקין כמכשיר להרתעה יעילה. הם מודעים היטב לכך, שהכוונה ישירה של התנהגויות הצדדים המעורבים באמצעות גוף קולקטיבי, מחוקק או בית-משפט, מחייבת ריכוז ועיבוד של מידע בממדים המצויים במקרים רבים מעל לכוחותיו או מעבר לכדאיות. הפתרון המוצע על-ידם הוא להעתיק את מרכזה הכובד של משימת ההרתעה היעילה מן הגוף הקולקטיבי אל כוחות-השוק. ההנחה היא, שלכוחות-השוק יש נטייה ויכולת טבעית לכוון את התנהגות הצדדים כך שהיעילות תגדל מאלה ללא צורך במעורבות קולקטיבית. בסיטואציה הנזיקית משתבשת פעולתם של כוחות אלה בשל מגבלות פנימיות. במקום להחליף את כוחות-השוק שכשלו במנגנון-הכוונה קולקטיבי, מציעים כותבים אלה, כמייצגי הגישה הרווחת, לפעול להסרת המגבלות המשבשות את פעולתם של כוחות-השוק. לפי תפישה זו, תפקידם של דיני-הנזיקין הוא להסדיר או לתקן את פעולת כוחות-השוק ולא לפעול כאלטרנטיבה לשוק. הסדרת פעולתם של כוחות-השוק תבטיח בעקיפין את השגת היעילות המבוקשת. להבדיל מהכוונה קולקטיבית של התנהגות הצדדים, תיקון שיבושי השוק אינו כרוך בקשיי מידע בלתי-עבירים, ולפיכך זהו פתרון ישים ובר-ביצוע.

(ב) תמצית הטיעון – הפנמת השפעות חיצוניות

כאשר כוחות-השוק פועלים כאורח תקין (שווקים אידיאליים), ההנחה היא כי קיימת זהות בין האינטרס החברתי בהגדלת הרווחה המצרפית לבין האינטרסים הפרטיים בהגדלת הרווחה האישית. כשמתקיימת זהות זו, הרי שכל-אימת ששינוי כלשהו יכול להביא לגידול ברווחה החברתית, תהא הבאת שינוי זה כראית לפרט מסוים. התמריץ שיש לכל פרט להגדיל את רווחתו האישית יגרום בה-בעת לגידול ברווחה החברתית הכוללת⁹². פעולתם של כוחות-השוק משתבשת כאשר נוצר פער

בחשבון גם ההשפעות ההדדיות בין גורמים אלה. על מורכבות הניתוח של קלברזי מנקודת-המבט הכלכלית ראה P.A. Diamond, "Single Activity Accidents" 3 J. Legal Stud. (1974) 107, 161. פתרון עקיף אתר המרצע לבעיות המידע מבוסס על ההנחה, שמידע גוטה להצטבר וכי לאחר תקופה ארוכה של צבירת מידע יהיו בידי בית-המשפט כלים מספיקים להתמודד עם בעיות אלה. ראה P.H. Rubin, "Why is the Common Law Efficient?" 6 J. Legal Stud. (1977) 51; R. Cooter & L. Kornhauser, "Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges?" 9 J. Legal Stud. (1980) 139. גם פתרון זה רחוק מלהניח את הדעת הן בשל הקשיים הכרוכים ביצירת המערכת שמידע זה ייאגר בה באורח שיטתי חמין תוך עדכונה השוטף, והן משום קיומן של בעיות מידע (כמו אימון עודפי צרכן בשווקים אלטרנטיביים), שאינן ניתנות מלכתחילה לפתרון.

92 זהו מנגנון "היד הנעלמה", המבטיח השגת יעילות באמצעות המיכנונים השוקיים בשווקים משוכללים. ראה מ' פרידמן, קפיטליזם וחופש (אדם, 1977) 12 (להלן: פרידמן).

בין האינטרס החברתי לאינטרס הפרטי. במצבים אלה שינוי המגדיל את הרווחה הכוללת אינו בהכרח כדאי מבחינתו של הפרט היכול להביא את השינוי. פער זה בין האינטרס החברתי לאינטרס הפרטי לא יתהווה במצב של "העדר הוצאות עסקה", כפי שממחישה התיאורמה של קוז. במצב זה כל שינוי רצוי מבחינה חברתית מיתרגם, באמצעות עסקות-השיחוד, לשינוי רצוי מנקודת-מבטו של הפרט המסוגל להביא את השינוי. קיומן של "הוצאות-עסקה" משבש את פעולת מנגנוני-השיחוד ויוצר פער אפשרי בין האינטרס הפרטי לאינטרס החברתי. פער זה מונע את הגדלת הרווחה המצרפית.

מצב טיפוסי שבו קיומן של הוצאות-עסקה יוצר פער בין האינטרס הפרטי לחברתי הוא מצב של "השפעה חיצונית" (external effect). השפעה חיצונית היא השפעה שיש לפעילות אחת על רווחה המופקת מפעילות אחרת, כאשר אפקט זה אינו נלקח בחשבון על-ידי הפעילות הראשונה⁹³. השפעה זו יכולה להיות חיובית (גידול צמחים המגדילים את תפוקת הרבש של דבורים בכוורות סמוכות) או שלילית (עישון באולם ציבורי). מספר ההשפעות החיצוניות הוא אפוא למעשה אינסופי⁹⁴. לענייננו חשובה ההשפעה החיצונית הכרוכה בסיטואציה הנוזיקית. הנזק שהמזיק גורם לניזוק הוא במקרים רבים השפעה חיצונית שלילית (externality)⁹⁵ של הפעילות יוצרת-הסיכון על הפעילות החשופה לסיכון. הדוגמא הטיפוסית המובאת בהקשר

93 לדיון בהשפעות חיצוניות ראה A.C. Pigou, *The Economics of Welfare* (London, 4th ed., 1950) 103-122 (להלן: פיגו). פיגו נחשב לאבי תורת-ההפנמה — ראה להלן, הערה 103. ראה עוד מישן (לעיל, הערה 72), 116-158. כינוי נוסף לתופעה זו הוא "spillovers" (שם, 119). ראה גם נג, (לעיל, הערה 1), 166-186.

94 מישן (לעיל, הערה 72), 122. בהקשר זה מקובל להבחין בין השפעות חיצוניות עקיפות (indirect) לישירות (direct). השפעה עקיפה היא השפעה חיצונית המשתקפת במנגנון-המחירים של השווקים הרלבנטיים. כך, לדוגמא, כניסת יצרן-משקאות חדש לשוק תפגע ברווחי יצרני-המשקאות הפועלים בשוק. זוהי השפעה חיצונית שלילית. עם זאת, מאחר שהפגיעה ביצרנים האחרים נעשית באמצעות פעולת מנגנון-המחירים (מחיר מוצריהם ירד עם ירידת עקומת הביקוש), מאופיינת השפעה זו כהשפעה חיצונית שלילית עקיפה. לא כן ההשפעה שיש להפרעה על המהלך התקין של שיעור. השפעה זו אינה מוצאת ביטוי במחירי השוק ולכן תאופיי כהשפעה חיצונית שלילית ישירה.

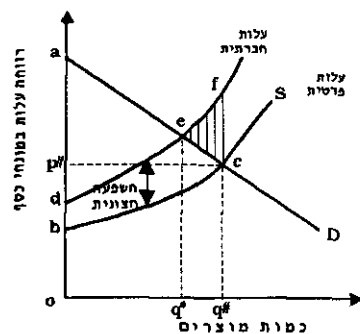
מיה חשיבות ההבחנה בין השפעות ישירות לעקיפות? מאחר שההשפעה העקיפה משפיעה על הפעילות בשווקים באמצעות פעולת מנגנון המחירים, הטיעון הוא כי פעולת שווקים אלה תבטיח הגעה למצב של אופטימום פרטו (מישן, 119). נניח כי לפני פעולת ההשפעה החיצונית היו הצדדים במצב ג, שהוא מצב של אופטימום פרטו. בעקבות ההשפעה החיצונית עברו למצב א, שבו גדלה רווחת פרט 2 על-חשבון זו של פרט 1 (ראה תרשים 1). מצב א אינו פרטו אופטימום. הטענה היא, כי פעולת מנגנון-המחירים תבטיח הגעה למצב ב שהוא פרטו אופטימום. לא כן השפעה חיצונית ישירה שאינה מתבטאת בשווקים. בהעדר שווקים, יונצת מצב א שאינו פרטו אופטימום.

אך האם המעבר ממצב ג למצב ב הוא מעבר יעיל? מצבים ב רג אינם ניתנים כלל להשוואה במונחי יעילות וייתכן בהחלט, כי הרווחה המצרפית קטנה בעקבות מעבר זה. המסקנה המתבקשת היא, שההחצנות, שמספרן בלתי-מוגבל, יכולות לגרום במקרים רבים לאובדן רווחה מבלי שיש בידו של השוק להושיע. מקובל להשתמש במונח externality לציון השפעה חיצונית ישירה ושלילית, על-אף שמונח זה יכול לשמש גם לציון השפעה חיובית. על-פי קוז, הוטבעה מטבע-לשון זו על-ידי הכלכלן סמואלסון בשנות החמישים, והיא באה במקום המונח external diseconomies, שבו השתמשו קודם-לכן (קוז 1988 [לעיל, הערה 23], 23-24). קוז עצמו העדיף להשתמש במונח harmful effects בשל ביקורתו על המשמעות שניתנה למונח externality (שם, 26-27).

זה היא מקרה המטרד⁹⁶: המטרד הוא תוצר-לוואי של פעילות הייצור, הפוגע ברווחה המופקת משימוש במקרקעין מבלי שהיצרן יביא פגיעה זו בחשבון בבואו לקבוע את היקף הייצור וטיבו. על-אף ששינוי היקף הייצור או טיבו, והקטנת המטרד עקב כך, יביאו לגידול ברווחה הכוללת, הרי שהיצרן לא יעשה כן – מבחינתו האישית הדבר אינו כדאי. המוטרידים אינם יכולים לשחד את היצרן לפעול לצמצום המטרד בשל הוצאות עסקה. התוצאה היא, שנוצר פער בין האינטרס החברתי לבין האינטרס האישית של היצרן שלא להקטין.

כיצד ניתן לתקן שיבוש זה באמצעות דיני-הנזיקין? התשובה היא, שיש ליצור התאמה מחודשת בין האינטרס החברתי לאינטרס הפרטי. יש להבטיח, כי כל עלות חברתית תהפוך לעלות פרטית. ברגע שתושג זהות זו, תחודש פעילותם התקינה של כוחות-השוק ותובטח השגת שינויים יעילים. כיצד ייסגר פער זה באמצעות דיני-הנזיקין? התשובה לכך היא פשוטה, לפחות לכאורה. פער זה, הנובע מקיום ההשפעה החיצונית, ייסגר על-ידי הטלת עלות ההשפעה החיצונית על מי שצריך לקחתה בחשבון, אך בפועל מתעלם ממנה. הדבר ייעשה באמצעות חיובו בנזיקין של הצד ה"מזחצח". החיוב בנזיקין "יפנים" את ההשפעה החיצונית אל תוך שיקוליו של מי שהתעלם ממנה קודם-לכן. בכך תושג הזהות המבוקשת בין האינטרס הציבורי לאינטרס הפרטי. כדוגמת המטרד הטלת אחריות בנזיקין על היצרן תביא לכך, שהיצרן יכיר בעלות המטרד כעלות אישית שלו ובהתאם לכך יפעל להקטנת המטרד. פעולת ההפנמה (internalization) משיגה אפקט דומה לאפקט המושג על-ידי פעולת השיחוד בשוק ללא הוצאות עסקה. שם התחשב היצרן בעלות המטרד משום שהנפגעים ממנו הציעו לו שוחד להפסקתו. כאן הוא

תרשים 4



מתחשב בעלות המטרד משום שהדין מטיל עליו את עלותו. הטכניקה שונה, אך התוצאה זהה – נסגר הפער בין האינטרס הפרטי לאינטרס החברתי, זאת ללא צורך בהכוונה ישירה של התנהגות הצדדים המעורבים אל עבר המצב היעיל, על כל בעיות המידע הגדולות הכרוכות בכך, אלא באמצעות כוחות-השוק⁹⁷.

תרשים מס' 4 ממחיש את פתרון ההפנמה. כאשר קיימת השפעה חיצונית, נוצר פער בין העלות החברתית של הפעילות יוצרת-הסיכון לבין עלותה הפרטית. היצרן בשוק המוצר רואה לנגד עיניו רק את עקומת העלות הפרטית שלו.

96 פיגו (לעיל, הערה 93), 184; קוז (לעיל, הערה 51), 1; מישן (לעיל, הערה 72), 134-139.

97 עם זאת, הפתרון היעיל שיושג בעקבות פעולת ההפנמה לא יהא שווה לפתרון היעיל שהיה מושג בהיעדרן של השפעות חיצוניות, שכן תהליך ההפנמה עצמו כרוך בעלויות הגורעות מן הרווחה החברתית. לעניין זה ראה S.E. Margolis, "Two definitions of Efficiency in Law and Economics" 16 J. Legal Stud. 471 (1987).

שהיא למעשה עקומת ההיצע S , ולא את עקומת העלות החברתית, הכוללת גם את עלות המטרד. ללא התערבות דיני-הנוזיקין מצוי שוק המוצר במחיר p , שהוא מחיר השוק, ומיוצרת הכמות q . מצב זה אינו יעיל. המצב היעיל בשוק הוא זה שבו עקומת הביקוש D חותכת את עקומת העלות החברתית. חיתוך זה מתרחש בנקודה e בכמות q^* , המשקפת את רמת הפעילות האופטימלית. התוצאה של ההשפעה החיצונית היא אובדן רווחה בתחום שבין q ל- q^* , שבו העלות החברתית גדולה מן הרווחה המופקת. אובדן הרווחה מתואר על-ידי שטח המשולש ^{98}efc . כדי לפתור את הבעיה יש לבצע הפנמה, דהיינו: להטיל על היצרן את עלות המטרד. משיעשה הדבר, תהפוך עלות המטרד להיות עלות פרטית שלו, אשר תצטרף לעלות הייצור. כתוצאה מכך תעלה עקומת העלות הפרטית ותתאחד עם עקומת העלות החברתית. בזה יובטח ייצור הכמות q^* , המבטיחה מצב יעיל.

(ג) החולשה המיקדמית של פתרון ההפנמה.

פתרון ההפנמה לוקה בחולשה המקדמית. כאמור, נקודת-המוצא של גישת ההפנמה היא שההשפעה החיצונית, הנזק, מהווה ליקוי בפעילות התקינה של כוחות-השוק וכי תיקון הליקוי על-ידי הפנמה יבטיח חזרה לפעילות התקינה של כוחות אלה. השאלה המתעוררת היא, מה תהא השפעת ההפנמה כאשר קיימים ליקויים אחרים בפעולת השוק, דהיינו: כאשר השווקים מלכתחילה אינם שווקים אידיאליים. האם גם במקרה זה מביטחה ההפנמה תוצאות יעילות? תשובה שלילית לשאלה זו נותנת תיאוריה כלכלית מקובלת הידועה כ- 99 second best theory. מתיאוריה זו עולה, שכאשר הפער בין עלותה החברתית לעלותה הפרטית של פעילות נובע לא רק מהשפעה חיצונית מסוימת, אלא גם מליקויים אחרים בפעולת כוחות-השוק, לרבות השפעות חיצוניות נוספות — הרי שאין כל ודאות כי הטיפול בהשפעה החיצונית המסוימת ישפר את המצב ויגדיל את היעילות. נהפוך הוא: ייתכן בהחלט, כי המצב יורע עקב הטיפול החלקי בליקוי אחד תוך התעלמות ממכלול הליקויים¹⁰⁰. ננית, לדוגמא, כי הנזק הטעון הפנמה נגרם על-ידי מונופול. הליקוי הנוסף הנובע מקיום מונופול הוא, שכמות המוצרים המיוצרת על-ידו קטנה מן האופטימלית. הפנמת הנזק אל המונופול עלולה להקטין עוד יותר את הכמות המיוצרת ובכך להחריף את בעיית היקף הפעילות במקום לפתור אותה. ריבויים של השפעות חיצוניות חיוביות ושליטיות ושל ליקויים מהותיים נוספים בפעולת מנגנון המחירים, כגון מיסוי ומונופול, מערער אפוא את נקודת-המוצא של גישת ההפנמה¹⁰¹.

98 קח (לעיל, הערה 51), 40 מתמצת בעיה זו כך:

The private product is the value of the additional product resulting from a particular activity of a business. The social product equals the private product minus the fall in the value of production elsewhere for which no compensation is paid by the business.

99 לריון כללי בסוגיה ראה מישן (לעיל, הערה 72), 109-100; נג (לעיל, הערה 1), 236-218.

100 מישן (לעיל, הערה 72), 100.

101 קרצ'מר (לעיל, הערה 18) מציין, כי הטענה שלפיה השוק יכול לפתור את בעיית קשוי המידע הרבים

תיאוריית ה־second best והשלכותיה על גישת ההפנמה אינם אלא פן נוסף של מסקנתנו לעיל בדבר קיומו של פער בין הערך החברתי הנקי של פעילות לבין ערכיה הפרטיים, כפי שהם נמדדים בשוק המוצר. תפישת ההפנמה מניחה כי אלמלא המטרד היתה מתקיימת זהות בין הערכים הפרטיים של עודף היצרן ועודף הצרכנים בשוק המוצר לבין הערך החברתי של הפעילות. קיומו של המטרד נתפש כגורם היחיד היוצר פער בין ערכים פרטיים אלה לבין הערך החברתי של פעילות הייצור. לפי תפישת זו, הכנסת עלות המטרד אל תוך שוק המוצר בדרך ההפנמה מבטיחה את מקסום המצורף של עודף היצרן, עודף הצרכנים ועלות המטרד – מצורף הנתפש כשקול לערך החברתי הנקי. דא עקא, שלהנחה זו אין בסיס. ראינו לעיל, כי במציאות שבה השווקים אינם אידיאליים אין מתקיימת מלכתחילה זהות בין הערכים הפרטיים לערך החברתי. יתירה מזאת: ראינו כי אפילו בשווקים אידיאליים זהות שכזו אינה מובטחת; מכאן שאין כל בטחון בהנחה כי הפנמת המטרד תביא למקסום הערך החברתי. אם קודם ליצירת המטרד אין זהות בין העודף הכלכלי בשוק המוצר (השטח abc) לבין לערך החברתי של הפעילות, הרי שהפנמת המטרד לאחר יצירתו אינה מבטיחה כי מקסום העודף הכלכלי בשוק המוצר (המעבר ל-efc) אכן יגדיל רווחה זו.

קלברוי מודע לחולשה מיקרומית זו של טיעון ההפנמה ושל תפישת ההרתעה הנשענת על הפנמה ומכיר בקושי הכרוך בה. מהי תשובתו לקושי זה? הוא מניח כי למרות הכול, לפחות כשמדובר בשינויים בטיב הפעילות או בשינויים של הטווח הקצר בהיקף הפעילויות, עדיין תביא הפנמה במרבית המקרים להרתעה יעילה¹⁰². גם אם נקבל הנחה זו, הטענה הוכחה, כטענה נכונה, הרי שגם בה גלומים למעשה הכרה והודאה בכך שהיכולת להשיג הרתעה יעילה באמצעות הפנמה היא מלכתחילה מוגבלת ביותר.

עם זאת, לצורך שלימות הדיון נבחן להלן את טיעון ההפנמה גם בהנחה, כי הפנמה מלאה ונכונה של השפעה חיצונית מסוימת אכן תניב תוצאה יעילה במובני הרתעה, בהתעלם מליקויים אחרים בפעולתם של כוחות-השוק. תחת הנחה זו, בהעדר מטרד, העודף הכלכלי בשוק המוצר (השטח abc) אכן זהה לערך החברתי הנקי של פעילות הייצור. הנחה זו העוקפת את בעיית ה־second best תכונה "הנחת שווקים אידיאליים".

(ד) הפנמה ובעיות מידע

פתרון ההפנמה משאיר בידי השוק את הכוונת פעילות של המזיק. ביצוע פעולת ההפנמה אמור להבטיח הרתעה יעילה של המזיק ללא כל צורך בקביעת ההיקף והטיב הרצויים של הפעילויות המתנגשות וללא צורך בהכוונה ישירה של פעילויות

בהקשר המטרד מבוססת על הנחה בלתי-מציאותית באשר לקיומם של שווקים אידיאליים. לדעתו אין ביכולתה של הרשות השיפוטית להתמודד עם בעיה זו בגלל מורכבותה (שם, 319-320). מישן מצוין, כי ריבוי של השפעות חיצוניות מציב סימן-שאלה באשר לתקפות ההנחה של השגת הקצאה יעילה באמצעות כוחות-השוק. זאת אפילו לגבי highly competitive economy (לעיל, הערה 72, עמ' 103). 102 קלברוי (לעיל, הערה 20), 86-88.

אלה באמצעות מכשיר הפיצויים. אך האם מעבר זה מהרתעה קולקטיבית להרתעה שוקית באמצעות הפנמה מקטין את בעיות המידע במידה המאפשרת את ביצוע ההפנמה הלכה למעשה? נראה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית. נציג מסקנה זו על רקע דוגמת המטרד.

פתרון ההפנמה, גם בהנחת שווקים אידיאליים, מחייב בשלב ראשון לקבוע אם יש פער בין עלות פרטית של פעילות לבין עלותה החברתית וכן לקבוע מיהו הגורם ה"מחצין". בהנחה שהיצרן הוא הגורם המחצין, יש להעריך בשלב שני את הפער בין העלות הפרטית של היצרן לעלות החברתית של פעילותו. לשם כך יש לבחון מי הם הפרטים, מחוץ לשוק המוצר, שרווחתם נפגעה על-ידי המטרד, ומהו אובדן הרווחה של כל פרט. במקביל יש לבחון את כל הפרטים מחוץ לשוק המוצר, שרווחתם גדלה עקב המטרד, ולקבוע את הגידול ברווחה של כל פרט. עתה יש לסכם את סך כל השינויים החיוביים והשליליים כדי לקבל את ההשפעה הנקייה של המטרד, שהיא ההשפעה החיצונית הטעונה הפנמה. ביצוע הערכות וחישובים אלה כרוך בבעיות מידע נכבדות. ביטול הנחת השווקים האידיאליים מגדיל את קשיי המידע באורח משמעותי ולמעשה מקרב אותם לרמתם בפתרון הקולקטיבי. אם גם בהעדר המטרד קיים פער בין העלות הפרטית של פעילות הייצור ליצרן לבין עלותה החברתית, הרי שאין מנוס מאמידתו של פער זה נוסף על אמידת ההשפעה הנקייה של המטרד. לשם כך יש להעריך את העלות החברתית של פעילות הערכה הכוללת בחינת עודפים כלכליים בשווקים אלטרנטיביים. לאחר-מכן על המעריך להיכנס לנעליו של היצרן ולראות את עלותה של פעילות הייצור מנקודת-מבטו. סיכומו של דבר: גם הפתרון השוקי של ההפנמה יוצר בעיות מידע במידה ובטיב המציבים סימן-שאלה גדול על יכולתו של הגוף הקולקטיבי להתמודד עמן¹⁰³. מהי תשובת הגישה הכלכלית לבעיות המידע הכרוכות בפתרון ההפנמה השוקי? להלן נסקור את הגישות השונות לשאלת ההפנמה ואופן התמודדותן עם בעיות המידע.

(ה) פתרון מוצע – הפנמה אוטומטית בשיעור הנזק שנגרם

פתרון לבעיית ההשפעות החיצוניות מוצע על-ידי גישה שנכנה להלן "גישה ההפנמה האוטומטית". קוז מזהה גישה זאת עם אסכולה הידועה כאסכולת פיגו¹⁰⁴. על-פי גישה זו, הפנמת ההשפעה החיצונית השלילית הכרוכה בנזק תיעשה על-ידי

103 לטענה כי הרתעה יעילה באמצעות הפנמת השפעות חיצוניות היא קשה או בלתי-כדאית או אפשרית ראה R. Turvey, "On the Divergence Between Social Cost and Private Costs" *Economica* (1963) 309, 312-313. המחבר עומד שם על כך, שהרשויות המטילות מס (שהוא אלטרנטיבה לפיצוי) חייבות לבחון את כל האפשרויות העומדות למדיק ולניזוק כאחד והוא מוסיף: "These complications show; that in many cases the costs of achieving optimum resource allocation may outweigh the gain" וכן: "There is no *a priori* reason to suppose that the imposition of tax is better than alternative measures or indeed, that any measures at all are desirable unless we assume that information and administration are costless".

104 פיגו (1877-1959) ראש המחלקה לכלכלה פוליטית בקיימברידג', השתייך לאותו זרם בכלכלה אשר דבק בתפישה התועלתנית, שלפיה ניתן לבצע השוואת תועלות בינאישית בין קבוצות חברתיות ולבסס הכרעות פוליטיות על השוואה זו. נג (לעיל, הערה 1), 59, מציג את פיגו כדובר האחרון של כלכלת הרווחה הישנה, התועלתנית, וכמניח היסודות לכלכלת היווצרה כענף של תורת-הכלכלה (שם), 1. בספרו

הטלת עלות הנזק שנגרם לניזוק על הפעילות יוצרת-הסיכון. נטל זה יכול להיות מוטל אם בצורה של פיצוי כספי לניזוק ואם בצורה של מס כשיעור הנזק. פתרון זה נשען על שתי הנחות-יסוד. ההנחה האחת היא קיומה של זהות בין הנזק שהניזוק סובל מן הפעילות יוצרת-הסיכון לבין ההשפעה החיצונית. בדוגמת המטרד ההנחה היא, שירידת ערך הבתים היא השפעה החיצונית. ההנחה השנייה היא, שהפעילות יוצרת-הסיכון היא הכתובת הקבועה להפנמה — היא הגורם ה"מחצין". מהיבט זה ההפנמה היא הפנמה אוטומטית. על-פי הנחות אלה די במדידת גודל הנזק שנגרם לניזוק ובהטלתו על הפעילות יוצרת-הסיכון. ככך תופנם כמלואה ההשפעה החיצונית, וכוחות-השוק ישובו לפעולה תקינה המבטיחה יעילות. אמנם, גם מדידת שיעור הנזק שנגרם לניזוק כרוכה בקשיי הערכה משמעותיים, בעיקר כשמדובר בנזקים שאינם רכושיים, כמו מוות או כאב וסבל, אך על-פי הטענה אלה הם קשיים שניתן להתגבר עליהם¹⁰⁵.

(ו) חולשתו של טיעון ההפנמה האוטומטית

טיעון ההפנמה האוטומטית לוקה בשתי הנחות-היסוד שלו.

א. השפעה חיצונית ונזק הפרטי של הניזוק

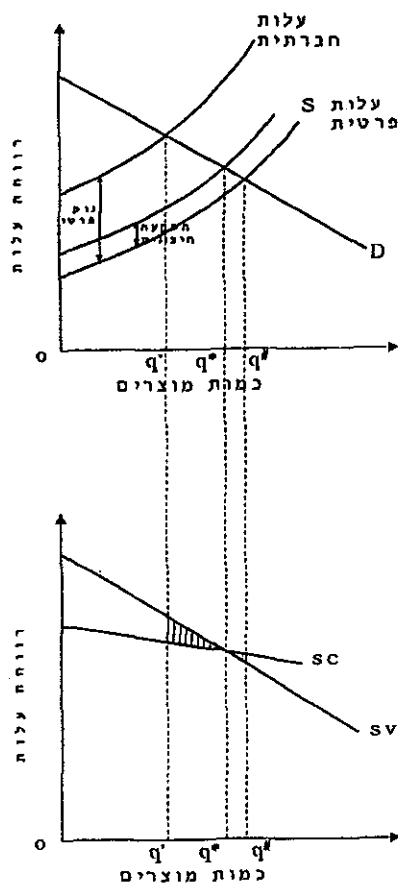
ההנחה הראשונה היא, שנזקו הפרטי של הניזוק שווה להשפעה החיצונית — לפער בין העלות הפרטית של הפעילות יוצרת-הנזק, כפי שהיא מצטיירת בעיני המזיק, לבין מחירה החברתי של פעילות זו. רק בהנחה זו יביא חיוב המזיק בנזקו של הניזוק להפנמה המבוקשת. חולשתה של הנחה זו היא בהתעלמותה מכך שנזקו הפרטי של הניזוק אינו משקף את מחירו החברתי של הנזק. לצורך זה נשוב למקרה המטרד. הניזוקים הישירים הם בעלי-הבתים שערך רכושם ירד. זהו אובדן "עודף היצרן" בשוק הבתים. אלא שעלות זו אינה משקפת את הערך החברתי הנקי של המטרד. קביעת ערך זה מחייבת, גם בהנחת שווקים אידיאליים, למדוד את השינויים החלים בכל העודף הכלכלי בשוק הבתים, לרבות עודף הצרכנים (רוכשי הבתים). כמו-כן יש להעריך גם את השינויים שחלו בעודפים הכלכליים בשווקים תחליפיים ומשלימים שבהם השתנו המחירים. במציאות, שבה השווקים אינם אידיאליים, יש להוסיף לעלות החברתית את אובדן העודפים הכלכליים של עובדים, קבלנים וגורמים אחרים המעורבים בפעילות הבנייה, כשמעלות זו יש לקזז את כל העודפים הכלכליים שייווצרו בשווקים אחרים כתוצאה מן המטרד.

על כלכלת הרווחה (לעיל, הערה 93) יצר פיגו כבר ב-1920 את ההבחנה בין התוצר הפרטי לבין התוצר החברתי ואת תיאוריית ההפנמה הנסמכת עליה. מאמרו של קוז (לעיל, הערה 51) הוקדש לביקורת על טיעוניו של פיגו בספרו זה. קוז מבחין בין כתיבתו של פיגו, הלוקה — לדעתו — בחוסר-בהירות ובערפול המקשה על הבנתה, לבין "התורה שבעל-פה" (oral tradition), שהתפתחה על בסיס כתיבתו והפכה לאסכולה מורשת ונפוצה שבה קוז ממקד את ביקורתו (שם, 39-41). בשל אי-הבהירות באשר לטיעוניו של פיגו ובאשר לטיעונים המיוחסים לאותה תורה שבעל-פה שיצאה מבית-מדרשו, נתייחס להלן לגישה זו כגישה ההפנמה האוטומטית, ולא כגישה פיגו.

105 לקשיים הכרוכים באמידת ערכו הכספי של נזק שאינו רכוש ראה להלן, הערה 106.

אם הנזק הפרטי של הניזוקים שונה מן העלות החברתית של המטרד, הרי שהטלתו של הראשון על המזיק אינה מבטיחה את הפנמת ההשפעה החיצונית. רק חיובו של המזיק במחיר החברתי של המטרד יביא להפנמה נכונה של השפעה זו. אם המחיר החברתי של המטרד קטן מן הנזק הפרטי, הרי שהפנמת האחרון עלולה להביא להרתעת יתר ולפגיעה ביעילות.

תרשים 5



אפשרות זו מומחשת באמצעות תרשים מס' 5, המתאר את תוצאותיה החברתיות של הטלת נזקם הפרטי של נפגעי המטרד על היצרן. זאת בהנחה, כי לו הופנמה העלות החברתית של המטרד, אכן היתה מושגת הרתעה יעילה (ייצור הכמות q^*). אם הנזק הפרטי גדול מן המחיר החברתי של המטרד, יביא הדבר להקטנת הרווחה החברתית הכוללת. לפני ההפנמה, בנו קודה $q^{\#}$, היקף הייצור אכן גדול מזה האופטימלי. עקומת SV , המתארת את ערכה החברתי של פעילות הייצור, נמצאת מתחת לעקומת SC , המתארת את עלותה של פעילות זו, לרבות המטרד. הפסד הרווחה מתואר על-ידי המשולש המושחר. אמנם המעבר ל- q' עקב הפנמת הנזק הפרטי מבטל הפסד רווחה זה, אך יוצר הפסד רווחה גדול יותר; שכן עתה היקף הייצור קטן מדי – כתחום $q' - q^*$ נמצאת עקומת SV מעל עקומת SC . הפסד הרווחה מתואר על-ידי המשולש המקווקו. התוצאה הסופית של ההפנמה היא צמצום ברווחה המקרפית. הפתרון היעיל הוא העמדת היקף הייצור על הכמות q^* . זאת ניתן להשיג על-ידי הפנמת העלות החברתית של המטרד במקום הפנמת הנזק הפרטי.

אם הפנמת נזקו הפרטי של הניזוק אינה בהכרח ההפנמה הנכונה, באשר אין היא מבטיחה את סגירת הפער בין העלות הפרטית לעלות החברתית, הרי שכל קשיי המידע הכרוכים בהפנמה יעילה עומדים אפוא בעינם¹⁰⁶. כדי לחשב את הפער

106 בעיות מידע קשות קיימות גם תחת ההנחה, שדי באמידת נזקו הפרטי של הניזוק כדי לבצע הפנמה יעילה. כיצד יוערכו, למשל, חיידאים? הוצע לעשות כן באמצעות אחד מן החישובים הבאים: ערך גרמי של הכנסות עתידיות; נזקם של אחרים עקב מות המנוח; שיעור פוליסת ביטוח-חיים, שבה ביטח

האמיתי בין העלות הפרטית לעלות החברתית אין מנוס מחישוב, מבחינה ומהערכה מדויקת של כל היבטי הרווחה הברורים בהשפעה החיצונית¹⁰⁷.

ב. ביקורת קוז את טיעון ההפנמה האוטומטית – האופי ההדדי של הגרימה

במאמרו על בעיית העלות החברתית התכוון קוז לקעקע את טיעון ההפנמה האוטומטית המזוהה אצלו עם אסכולת פיגו¹⁰⁸. קוז לא חלק על נקודת-המוצא שלפיה ההשפעה החיצונית השלילית יוצרת פער בין העלות הפרטית לעלות החברתית וכי סגירה של פער זה יכולה להביא להגדלת התוצר החברתי¹⁰⁹. טענתו של קוז היתה, שהדרך המוצעת על-ידי אסכולת פיגו – חיובו של יוצר הסיכון בפיצוי (או במס) בגובה הנזק שנגרם לניזוק – אינה מובילה בהכרח להגדלת הרווחה הכוללת. בעיית הפער בין הנזק הפרטי להשפעה החיצונית, שנדונה לעיל, הוזכרה על-ידי קוז כאחד הגורמים לכך¹¹⁰; אלא שאת עיקר מחקתו נגד אסכולת פיגו מיקד קוז בהנחת-היסוד השנייה של גישת ההפנמה האוטומטית, והיא שנטל ההפנמה צריך להיות מתועל דרך קבע אל הפעילות יוצרת-הסיכון. הנחה זו

המנוח את חייו; תוספת סיכון שאדם דורש לשכור; המחיר שחברה מוכנה לשלם כדי להציל חי-אדם. למגבלות כל אחת מן הדרכים הנ"ל ראה מישן (לעיל, הערה 72), 330-356, וקלברדי (לעיל, הערה 20), 205-225, העוסק בבעיה הכללית של הערכת נזקים שאינם רכושיים. בעיות אמידה קיימות גם לגבי נזקים רכושיים. ראה מישן, שם, 357-372. לבעיות אמידה הנזק ראה גם שכל (לעיל, הערה 20), 127-151.

107 תחת הכותרת On The Valuation Of Spillovers מישן (לעיל, הערה 72, 129-133) מצייין, כי כדי להעריך השפעה חיצונית יש לבחון את כל שינויי הרווחה אצל כל הפרטים הנחשבים להשפעה זו, לסכמם אלגברית, ואז לראות לפי המאזן הכללי אם ההשפעה החיצונית מביאה לתוצאה חיובית או לתוצאה שלילית במונחי רווחה כוללת.

108 "One senses that Coase sees his life's work as an effort to combat the evil of Arthur Pigou..." (שוורב [לעיל, הערה 61], 1184). ראה גם שלג (לעיל, הערה 53), 1666-1672. על זיהוי גישתו של פיגו עם גישת ההפנמה האוטומטית ראה לעיל, הערה 104.

109 שהרי "תפקידן" של עסקות-השיחור, על-פי התיאורמה של קוז, הוא לסגור פער זה בין העלות הפרטית לחברתית (קוז 1988 [לעיל, הערה 23], 158).

110 קוז (לעיל, הערה 51), 43, מבקר את גישת ההפנמה על התעלמותה מכך שהגיסיון לתקן את השוק כרוך בשינויים נוספים במערכת באופן שהתוצאה הכוללת יכולה להיות שלילית (שם, 43). במקום גישת ההפנמה הוא מציע (שם, 40):

to use the opportunity cost concept and to approach these problems by comparing the value of the product yielded by factors in alternative uses or by alternative arrangements.

במקום אחר (שם, 32-33) קוז מביא דוגמא מספרית המראה כיצד אי-ההתחשבות בעלות האלטרנטיביות של הפעילות החשופה לסיכון גורמת לכך שהפנמה חביא לתוצאה בלתי-יעילה. דוגמא זו מוצגת באמצעות הסיטואציה של רכבת הגורמת לשריפת יבולים בחלקות הגובלות במסילה. להלן פיתוח של דוגמא זו – פיתוח המראה, כי הטלת עלות נזקו של ניזוק על המזיק אינה מבטיחה הרתעה יעילה.

(א) המקרה – שריפת יבולים עקב ניצוצות הניתנים מרכבות

על קו מסילת-ברזל, שהוגז לאחורונה על גבול חלקות חקלאיות, נוסעות מדי יום שלוש רכבות נוסעים. שלוש הרכבות הן רוחניות במובן זה, שהשלומי הנוסעים גדולים מהוצאות התפעול. הנהלת-הרכבת

אינה מפעילה רכבת רביעית, שכן זו כרוכה בהפסד – הוצאות התפעול שהינה גדולות מן ההכנסות. בשל ניצוצות הגיתודים עקב חיכוך גלגלי-הרכבת עם המסילה מתלקחות רליקות המשמידות יכולים בשולי המסילה. המגדלים תוכנים פיצויים מחברת-הרכבת. הטלת חובת הפיצוי על חברת-הרכבות תגדיל את הוצאות התפעול מבחינתה. כאשר הגידול בהוצאות יהא גדול מן הרווח שהופק קודם להטלת האחריות מהפעלת רכבת מסוימת, תחדל חברת-הרכבות מלהפעיל את אותה רכבת. ככל שיגדל הפיצוי, כך יקטן בהתאם לכך מספר הרכבות הנוסעות בקו עד להשבתתו. בפועל מחושב הפיצוי לאיכרים על-פי נזקם הפרטי, דהיינו: בית-המשפט שואף להשיב את האיכרים לאותה רמת רווחה שבה היו מצוים לפני הפעלת הרכבות (השבת מצב לקדמותו). השאלה נשוא הדיון היא, האם הפיצוי שייפסק בהתאם לנזק הפרטי אכן יבטיח הרחצה יעילה.

(ב) נתוני הרווחה

הפעלת הרכבות – ערך חברתי בהתעלם מן הדליקות. לצורך פשטות ההצגה נגית, כי הערך החברתי של הפעלת הרכבת הראשונה שווה לרווחה שמפיקים הנוסעים ברכבת מנסיעה בה – $150 (D=SV)$; וכי עלות החברתית של ההפעלה, ללא נזקי השדיפה, שווה לעלות הפעלת הרכבת על-ידי חברת-הרכבות – $50 (PC=SC-L)$. הערך החברתי הנקי של נסיעת הרכבת הראשונה הוא בהתאם לכך – 100. הערך החברתי של הרכבת השנייה (חיונית פחות לנוסעיה) הוא 105. עלות הפעלתה היא 50, וערכה הנקי – 55. הערך החברתי של הרכבת השלישית – 75, עלות הפעלתה – 50, וערכה הנקי – 25.

העלות החברתית של הדליקות. נניח כי לפני הפעלת הרכבות גידלו האיכרים גידול X , שערכו החברתי זהה לערכו לצרכניו – 100, ועלותו החברתית זהה לעלות גידולו על-ידי האיכרים – 40. עלותו החברתית של הגידול שנשרף על-ידי כל רכבת היא אפוא 60.

הפעלת הרכבות – ערך חברתי בהתחשב בעלות הדליקות. הערך הנקי של הרכבת הראשונה קודם לדליקות היה 100. בהתחשב בדליקות, ערך זה עומד על 40. זהו ערך חיובי ולכן מבחינה חברתית רצויה הפעלת הרכבת הראשונה. הערך הנקי של הרכבת השנייה הוא 55. ערך זה קטן מעלות השריפה ולכן הפעלת הרכבת השנייה אינה רצויה מבחינה חברתית, שכן תרומתה לרווחה שלילית $5-60=55$. מקל-חומר ברור, כי הפעלת הרכבת השלישית אינה רצויה – תרומתה הכוללת היא $35-60=25$. המסקנה: מהיבט היעילות יש להפעיל אך ורק את הרכבת הראשונה (יצוין, כי אם הבחירה היא בין הפעלת כל שלוש הרכבות לבין אי-הפעלתן כלל, הרי שאין שוני בין שתי האפשרויות מהיבט היעילות. תרומתן הכוללת של כל שלוש הרכבות היא אפוא 60).

נקודת-המבט של חברת-הרכבות לפני חיוביה בפיצוי. כאמור, עלות הפעלת כל רכבת מבחינת חברת-הרכבות עומדת על 50. נניח, כי הפדיון ממכירת כרטיסי-הנסיעה לרכבת הראשונה הוא 130 (רווחת הנוסעים היא 150, אך 20 נותרים בידם כ"עודף הצרכן"). הרווח שחברת-הרכבות מפיקה מן הרכבת הראשונה הוא 80. בהנחה שמכירת הכרטיסים לרכבת השנייה מביאה לתכרה הכנסה של 100, יהיו רווחיה 50. אם ההכנסה מן הרכבת השלישית היא 70, יעמדו הרווחים מהפעלתה על 20. כאמור, הפעלת שלוש הרכבות כדאית לחברה.

נקודת-המבט של האיכרים לפני הענקת הפיצוי. נניח, כי האיכרים מוכרים את הגידול X , לפני שנשרף על-ידי רכבת, במחיר של 90 (ערכו החברתי לצרכניו 100, אך 10 מתוכם נותרים בידי צרכניו כ"עודף צרכן"). עלות הגידול מבחינתם, שהיא גם עלותו החברתית, עומדת על 40. רווחיהם ליחידת-גידול עומדים אפוא על 50.

(ג) הפיצויים והשפעתם

מהו הנזק הפרטי? אילו פיצויים ייפסקו לכל איכר על בסיס נזקו הפרטי (השבת המצב לקדמותו)? אפשרות אחת היא שייפסק להם פיצוי של 90 – אוכדן הפדיון עקב שריפת היבול. פיצוי זה כולל הן את ההשקעה בגידול שנשרף – 40, הן את הרווח שירד לטמיון עקב השריפה – 50. אפשרות שנייה היא, שייפסק להם פיצוי של 50 בלבד. מדוע? חברת-הרכבות תטען, כי מאחר ששריפת היבול היתה צפויה על-ידי האיכרים, היה עליהם להימנע מלגדל באיזור המועד לפורענות. הפסקת הגידול היתה גורמת להם להפסד רווח בשיעור של 50, אך לא לאובדן נוסף של השקעה בשיעור של 40. במילים אחרות: הפיצוי יוקטן מ-90 ל-50 אם תתקבל טענת חברת-הרכבות, כי על האיכרים היה להקטין את נזקם על-ידי הימנעות מגידול באזורי השריפה.

רוואה בפעילות יוצרת-הסיכון את הגורם הבלעדי לנוק. כאשר

השפעת פיצוי בגובה של 90. פיצוי בשיעור של 90 יהפוך את הפעלת כל אחת מן הרכבות לבלתי-יכדאית מבחינת חברת-הרכבות. המסקנה: לא תושג התוצאה הרצויה מבחינה חברתית, שהיא הפעלת הרכבת הראשונה בלבד. התערבות דיני-הנוזקין גרמה למעבר ממצב של שלוש רכבות למצב שבו כל הרכבות מושבתות.

השפעת פיצוי בשיעור של 50. פיצוי בשיעור של 50 קטן מרווחי הרכבת השנייה, העומדים על 55, אך גדול מרווחי הרכבת השלישית, העומדים על 25. הטלת פיצוי זה תביא לכך שתושבת רק הרכבת השלישית. הרכבת השנייה תמשיך בנסיעה על-אף שהדבר אינו רצוי בשל תרומתה השלילית לרווחה הכוללת.

המסקנה. הפיצויים בגין הנוק הפרטי (השבת המצב לקדמותו) ללא הקטנת נזק יביאו לתוצאה של השבת שלוש הרכבות. תוצאה זו אינה יעילה, שכן היעילות מחייבת את הפעלת הרכבת הראשונה, פיצויים הכוללים הקטנת נזק יביאו להשבת הרכבת השלישית. גם תוצאה זו אינה יעילה.

(ד) שכלול המודל — גידול אלטרנטיבי

גידול אלטרנטיבי ומשמעותו. נניח עתה, כי במקום גידול X המועד לשריפה יכולים האיכרים לגדל כאותה עלות גידול Y שאינו דליק. ערכו של גידול Y לצרכניו הוא 80 (ערכו של X היה 100). ערכו החברתי של גידול Y עומד אפוא על 40 (לעומת 60 של גידול X). מחיר השוק שלו 60 (X נמכר ב-90). רווח האיכרים ממכירתו עומד על $80-60=20$ ולכן יעדיפו לגדל את X , שרווחיו 50.

קיומו של גידול אלטרנטיבי משנה את תמונת הרווחות. העלות החברתית הכרוכה בהפסקת גידול X יורדת מ-60 ל-20. ירידה זו גובעת מכך, שעתה ניתן להשתמש במקורות שמהם יצר X ולהפיק מהם עודף כלכלי אלטרנטיבי של 40, במקום ה-60 שהיה X מניב. אם בעקבות שריפת גידול X יעברו החקלאים לגידול Y , הרי שתגדל תרומתה החברתית של הרכבת הראשונה מ-40 ל-80, של הרכבת השנייה — מ-35 ל-5, ושל הרכבת השלישית — מ-35 ל-5. במלים אחרות: האפשרות לגדל גידול אלטרנטיבי הופכת את הסעת כל שלוש הרכבות לרצויה מבחינה חברתית.

בהעדר כלל אחריות. ללא קבלת פיצוי עקב שריפת X , יעדיפו האיכרים לגדל את Y ולהבטיח לעצמם הכנסה של 20 במקום הכנסת ה-50 שאבדה. נמצא שההסדר היעיל בהנחה של גידול אלטרנטיבי הוא לא להטיל כלל אחריות.

פיצוי בשיעור של 90. ללא קשר לגידול האלטרנטיבי האיכרים יכולים לדרוש את השבת המצב לקדמותו — אוכדן ההשקעה בת 40 ואובדן הרווח בן 50 עקב הפסקת הגידול. תחת הסדר זה של פיצוי תופסק, כאמור, נסיעת הרכבות כולן ותאבד רווחה כוללת בשיעור של 120.

פיצוי בשיעור של 50. פיצוי זה משיב מצב לקדמותו בכפיפות לעיקרון "חלש" של הקטנת נזק. הוא כולל, כאמור, הפסד רווח של 50, אך לא השקעה של 40 בגידול העתיד להישרף. לצורך הקטנת הנוק אין לוקחים בחשבון את היכולת לעבור לגידול אלטרנטיבי. פיצוי זה ימנע את נסיעת הרכבת השלישית ויגרם לאובדן רווחה של 5.

פיצוי בשיעור של 30. פיצוי זה משיב מצב לקדמותו על-פי עיקרון "חזק" של צמצום נזק. כאן לוקחים בחשבון את יכולת האיכרים לעבור לגידול Y ולכן מפצים אותם רק על הפער בן ה-30, בין הרווח של 50 מגידול X לבין הרווח של 20 מגידול Y . פיצוי זה משקף למעשה את ירידת שווי השוק של הקרקע עקב נזקי השריפה. אלא שגם פיצוי זה ימנע את נסיעת הרכבת השלישית ויגרם לאובדן רווחה כשעור של 5*.

(ה) המסקנה

ניתוח המקרים הנ"ל ממחיש את הטענות באשר לפער בין נזק הפרטי של הנוזק לבין ההשפעה החיצונית הטעונה הפנמה; ובאשר לאי-ההתאמה בין הסדרי הפיצוי המקובלים בנוזקין לבין שיעור הפיצוי הנדרש לצורך הגדלת עוגת הרווחות. אי-ההתאמה זו היא אינהרנטית ונובעת מכך שדיני-הפיצוי מתמקדים בנזק הפרטי שנגרם לניזוק ולא בנזק החברתי שגרם המזיק. כללי צמצום הנוק יכולים במידה מסוימת לקרב את הנוק הפרטי ברי-הפיצוי לזה החברתי, אלא שיכולת זו מוגבלת.

* בכך מופרכת הטענה, כי מתן פיצוי לפי ירידת ערך השוק של המקרקעין יבטיח הרתעה יעילה. ראה (1186-1187). יתירה מזאת: גם אם פיצוי בשיעור ירידת ערך הקרקע פותר את בעיית ההתאמה בין הפיצוי הפרטי לעלות החברתית, כאשר הגידול האלטרנטיבי נעשה באותה חלקה — הרי שאין

פעילות זו נעשית תוך התעלמות מן הנוזק הנגרם על-ידיה, נוצרת השפעה חיצונית הטעונה הפנמה. הפעילות יוצרת-הסיכון נתפשת אפוא כגורם ה"מחצין" וככתובת הקבועה לפעולת ההפנמה.

קודם חקף הנחת-יסוד זו. טענתו היתה, שתפישת זו של הגרימה אינה נכונה. הנוזק הוא תולדה של הפעילויות המתנגשות ולכן הוא נגרם על-ידי הפעילות החשופה לסיכון באותה מידה שבה הוא נגרם על-ידי הפעילות יוצרת-הסיכון. שינויים בהיקף הפעילות החשופה לסיכון או בטיבה ישפיעו גם הם על הרווחה המצרפית המופקת מן הפעילויות המתנגשות. הדגשת האופי ההרדי של הגרימה שומטת את הבסיס מתחת להנחה כי השגת יעילות מחייבת שינוי בהיקף ובטיבה של הפעילות יוצרת-הסיכון דווקא¹¹¹. במלים אחרות: הפעילות יוצרת-הסיכון חדלה להיות הכתובת האחת והקבועה להתנעת בדרך של הפנמה. אם הגדלת הרווחה החברתית מחייבת שינוי בטיב או בהיקף הפעילות החשופה לסיכון, אין כל צורך בהפנמה. שכן נטל הנוזק מוטל מטבעו על הפעילות החשופה לסיכון. במצב דברים זה דווקא הטלת אחריות על הפעילות יוצרת-הסיכון תיצור השפעה חיצונית – האחריות המוחלטת תקטין את הרווחה המופקת מפעילות הייצור מבלי שהתושבים יקחו זאת בחשבון בקביעת היקף פעילותם וטיבה¹¹². זאת ועוד: גם אם הטלת נטל הפיצוי על הפעילות יוצרת-הסיכון רצויה כשלעצמה, הרי שהעברת סכום הפיצוי אל הפעילות החשופה לסיכון עלולה לגרום לשינויים בלתי-רצויים בהיקף פעילות זו או בטיבה ואף לגרום לתופעות של סחטנות (פעילות שכל מטרתה היא גביית פיצויים).

מסקנתו של קוז היא, שלא ניתן להפעיל את מכשיר ההפנמה באורח אוטומטי. לפני הפעלתו יש לבדוק אם יש צורך בהפנמה, דהיינו: אם הטלת נטל כלשהו על הפעילות יוצרת-הסיכון אכן תגדיל את הרווחה החברתית. במקום הפנמה אוטומטית צריכה לבוא הטלת אחריות סלקטיבית. הפנמה אוטומטית עלולה להניב תוצאות שליליות¹¹³.

לאותה תוצאה ניתן להגיע גם באמצעות השכל הישר. מטיעון ההפנמה האוטומטית עולה, כי לעולם יש להטיל על הפעילות יוצרת-הסיכון את עלות הנוזק שנגרם לניזוק, אם נזק זה אינו נלקח בחשבון בשיקוליה. תרגומה המשפטי של מסקנה זו הוא הטלת אחריות מוחלטת על כל פעילות יוצרת-סיכון, גם אם תועלתה החברתית מרובה, גזקה קטן ואין כל

בכוחו להועיל כאשר הגידול האלטרנטיבי ייעשה בחלקת אחרות או כאשר מדובר בשימושים אלטרנטיביים בגורמי הייצור שלא למטרות חקלאות.

111 האופי ההרדי של גרימת הנוזק – the reciprocal nature of the problem, כלשונו של קוז (לעיל, הערה 51), 2 – הוא העומד מאחורי התיאורמה של קוז.

112 קוז (לעיל, הערה 51), 41.

113 What has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping "the action which produces the harm".

קוז (לעיל, הערה 51), 27. על הצורך בהשוואת התועלת שתופק מהפסקת ההשפעה החיצונית לתועלת המופקת מן הפעילות ה"גורמת" להשפעה החיצונית ראה שם, 26.

אפשרות מעשית למונעו. יש להטיל אחריות מוחלטת על כל יוצרי המטרדים למיניהם, על מעבידים, יצרני מוצרים, רופאים, עורכי-דין, מהנדסים וכד', וזאת גם אם המצב הקיים הוא מצב יעיל¹¹⁴.

זוהי תוצאה קשה שאינה מתיישבת עם המציאות המשפטית הקיימת.

המסקנה המתקבלת זהה לזו שהתקבלה מניתוח הפער בין הנזק הפרטי לבין ההשפעה החיצונית – הרתעה יעילה באמצעות המשפט מחייבת חישובי רווחה על-ידי הגוף הקולטיבי והכוונה ישירה של התנהגות הצדדים המעורבים בפעילויות המתנגשות¹¹⁵. לא ניתן לעקוף את הצורך במדידה ובהכוונה, כאמור, על-ידי הסתמכות על השוק לאחר תיקונו בדרך של הפנמה אוטומטית¹¹⁶. מאחר שהכוונה קולקטיבית כרוכה בבעיות מידע קשות, הרי שיש לנקוט בדרך זו רק אם קיימת דרך מעשית להתגבר על קשיים אלה¹¹⁷.

הביקורת שמתח קוז על פתרון ההפנמה הפיגואני לא הניכה מבחינתו את הפירות המבוקשים¹¹⁸. משנת ההפנמה של פיגו הוסיפה לחלוש על החשיבה הכלכלית¹¹⁹. לעומת זאת, רווחת הרעה כי עיקר השפעתו של קוז היתה דווקא בתחום המשפט¹²⁰. האם אכן הובן קוז כהלכה בתחום זה? או שמא ממשיכה תפישת ההפנמה האוטומטית לעצב את החשיבה גם כאן? הניתוח שלהלן יראה, שאף בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט רב עדיין כוחה של המסורת ההפנמה

114 מצב נתון יכול להיות יעיל, על-אף קיומה של השפעה חיצונית. כך ייקרה כאשר רווחתו של יוצר ההשפעה החיצונית גדולה מאובדן הרווחה הנגרם בגינה. ראה J.M. Buchanan and W.M. Stubblebine, "Externality", 29 *Economica* (1962) 371, 380-381.

115 קוז (שם, 27) מביא כדוגמה את השוואת התועלות והעלויות שכיתה-משפט מבצע במסגרת עוללת המטרד. זאת בהיבט הפיזי. בהיבט המס הצעתו היא להטיל קסים גם על הפעילות החשופה לסיכון ובלבד שניתן בפועל להביא להפנמת ההשפעה החיצונית באמצעות מס כפול זה (קוז 1988 [לעיל, הערה 23], 179-181).

116 מאלפת התייחסותו של מישן (לעיל, הערה 72). אחד הכותבים החשובים בתחום כלכלת הרווחה, לסוגיית ההפנמה. מישן מטפל, כאמור, בהרחבה בסוגיית ההשפעה החיצונית תוך התמקדות בהשפעה סביבתית שלילית (מטרד). רוכי ההפנמה המוזכרת על-ידו תחת הכותרת של Internalizing External Effects (שם, 128-124) הן יצירת שווקים, שבהם ההשפעה החיצונית יכולה להיסחר, והעברת הפעילויות המתנגשות לבעלות אחת. הוא מציין, כי היכולת להפנים בדרכים אלה מוגבלת. לעומת זאת, כאשר הוא רן בפתרונות של הטלת מס או חובת פיצוי במקרים של השפעות חיצוניות סביבתיות (שם, 134-139, 146-153) הוא מניח את הצורך בעריכת חישובי עלות תועלת כדי לקבוע את שיעור המס או הפיצוי שיבטיח הקצאה יעילה. הפתרון המוצג על-ידו אינו הטלת מס על הפעילות יוצרת-הסיכון בשיעור הנזק שנגרם לפעילות האחרת (גישת השוק), אלא הערכה קולקטיבית של העלויות והתועלות הכרוכות בפעילות יוצרת-הסיכון, קביעת המצב היעיל והטלת מס על הפעילות יוצרת-הסיכון בסכום שיבטיח שינוי יעיל בהיקף פעילותה.

117 כהעדר דרך מעשית להתגבר על בעיות המידע הכרוכות בטיפול בהשפעות חיצוניות, קוז מציע להשאיר על כנו ולא להניח לרשויות-השלטון לטפל בהן. בעיקר כאשר רשויות אלה הן "ignorant, subject to pressure, and corrupt" (קוז 1988 [לעיל, הערה 23], 26).

118 קוז טוען, שלא הובן כהלכה על-ידי כלכלנים וכי תורתו של פיגו היתה תשארה במרכז החשיבה הכלכלית (שם, 24-23, 179). ראה גם אליקסון (לעיל, הערה 57), 611.

119 לניתוח כלכלי המשווה בין הטיעון הפיגואני לטיעון הקואיאני מנקודת-ראותם של כלכלנים ראה J.H. Hamilton & E. Sheshinski & S.M. Slutski, "Production Externalities and Long-Run Equilibria — Bargaining and Pigovian Taxation" 27 *Econ. Inquiry* (1989) 453.

120 ראה שוב (לעיל, הערה 61), 1188-1191 תחת הכותרת: "The Attraction of Lawyers (But Not Economists) to Coase".

האוטומטית שקוז ביקש לעקר וכי סיבה מרכזית לכך היא חוסר-היכולת להתמודד עם בעיות המידע.

(ז) יישום הפתרון הקולקטיבי – רשלנות, נוסחת הנד ובעיות מידע

נבחן תחילה את מודל האחריות הקרוב ביותר למסקנה העולה מניתוחו של קוז, שלפיה הרתעה יעילה תיתכן רק אם גוף קולקטיבי יעסוק במישרין במדידת רווחה ובהערכת התנהגויות. זהו המודל הכלכלי של עולות הרשלנות לשיטתו של פוזנר. להלן נבחן את הנחות-היסוד של ניתוח זה ואת התמודדותו עם בעיות המידע.

א. נוסחת הנד והרתעה יעילה

תנאי מרכזי לאחריות במסגרת עולות הרשלנות הוא אי-סבירותו של הסיכון שיצר המזיק. אי-סבירות זו נבחנת מנקודת-המבט החברתית. מבחן טבעי ומתבקש להערכה חברתית של טיב הסיכון הוא השוואת העלות החברתית של פעילות המזיק לערך החברתי שלה. ואכן, הגדרת הרשלנות בריסטייטמנט האמריקני רואה בהשוואה זו את המבחן לרשלנות¹²¹. ביטוי מפורסם למבחן העלות/ערך נתן השופט האמריקני הנד בטובעו את מה שידוע כיום כ"נוסחת הנד". סיכון ייחשב בלתי-סביר כאשר עלות הסיכון לחברה (שיעור הנזק הצפוי [L] כפול הסתברותו [P]) גדולה מעלות מניעת הנזק (B).

המבחן לקביעת סבירותו של סיכון משמש אפוא מעצם טבעו אכסניה נוחה לשיקולים כלכליים של רווחה חברתית. כל שנדרש כדי ליתן תוכן כלכלי למבחן ומשמעות כלכלית לנוסחת הנד ולריסטייטמנט, הוא לצקת למונחים עלות וערך חברתיים משמעות של רווחה מצרפית¹²².

פוזנר הלך בדרך זו בהעניקו לנוסחת הנד אינטרפרטציה של יעילות כלכלית¹²³. אם PL הוא אובדן הרווחה הכרוך בפעילות יוצרת-הסיכון ו-B הוא תרומת הרווחה של הפעילות או אובדן הרווחה הכרוך בשינוייה, הרי שהנוסחה $PL > B$ הופכת להיות לנוסחה לבדיקת יעילותה של הפעילות. כל עוד $PL > B$, התרומה הכוללת של הפעילות לרווחה המצרפית היא שלילית. כאשר $PL < B$, תרומת הפעילות, הערך הנקי שלה, הם חיוביים. יעילות מירבית תושג במצב שבו הפער החיובי בין B לבין PL הוא מירבי. הצגה זו מזהה לכאורה את B עם עקומת הערך החברתי SV ואת PL עם עקומת העלות החברתית SC, ובכך יוצרת הקבלה מלאה בין המבחן לרשלנות לבין קריטריון קלדור היקס. זיהוי זה של התנאי הבסיסי לאחריות ברשלנות, דרישת ה"due care", עם מבחן היעילות הכלכלית הפך לאבן-פינה בניתוח הכלכלי של פוזנר ושבל¹²⁴.

121 סעיפים 282, 291-293 לריסטייטמנט השני על נוזקין.

122 שבל (לעיל, הערה 20), 19-20.

123 ראה פוזנר ולנדס (לעיל, הערה 3), 85-88, 96-107. תרומה חשובה לפיתוח האינטרפרטציה הכלכלית של הרשלנות מצויה אצל בראון (לעיל, הערה 86).

124 פוזנר ולנדס (לעיל, הערה 3), 58-62; שבל (לעיל, הערה 20), 8.

הנקודה החשובה לענייננו היא, שתפישה זו מטילה על בית-המשפט את ביצוע חישובי הרווחה הכרוכים בהשוואת B ל-PL ואת הקביעה כיצד על הצדדים לנהוג כדי להגדיל את הרווחה. הערכת הרווחה במצב הקיים (השלב הראשון), איתור המצב היעיל וקביעת טיב התנהגותם של הצדדים (רמת הזהירות הראויה) שיבטיח את ההגעה למצב היעיל (השלב השני), נעשים על-ידי בית-המשפט במישרין ללא הסתמכות כלשהי על השוק. ההישענות היחידה על כוחות-השוק היא באשר לאופן ההרתעה (השלב השלישי). בית-המשפט אינו צריך להיכנס לנעלי הצדדים כדי לבחון מהו שיעור הנטל הכספי שיגרום להם לשמור על רמת הזהירות הראויה. מניחים, כי די בכך שיטיל עליהם פיצוי בשיעור הנזק שייגרם כדי להביאם לרמת זהירות זו.

את הסדר הרשלנות במשמעותו לעיל משלים הסדר הרשלנות התורמת. זה אמור להטיל על הניזוק את נטל הנזק כל-אימת שעלות המניעה על-ידו קטנה יותר מעלות המניעה על-ידי המזיק¹²⁵.

ב. בעיות מידע

כיצד משתקפות בעיות המידע הרבות הברכות בהרתעה יעילה בניתוח הכלכלי של הרשלנות? שאלה זו נשאלת הן לגבי הרתעת המזיק הן לגבי הרתעת הניזוק (רשלנות תורמת).

היקף הפעילות. ביטוי בולט לחוסר-היכולת להתגבר על בעיות המידע מצוי בהוצאת סוגיית היקף הפעילות מתחום חישוב הרווחה. הן פוזנר והן שבל מכירים בכך שלבית-המשפט קשה להשיג ולעבד את המידע הנוגע לשינויי הרווחה שמקורם בשינויים בהיקף הפעילות. כפועל יוצא מצמצמים השניים את היקף פעולתה ההרתעתי של הרשלנות לתחום של טיב הפעילויות המתנגשות, להבדיל מהיקפן¹²⁶. לשיטתם, הרשלנות בוחנת אך ורק את האמצעים והזהירות המושקעים בהקטנת נזקים הנובעים מהיקף נתון של פעילות. בכך נשללת הזהירות בין B לבין הערך החברתי (SV), מתד גיסא, ובין PL לבין העלות החברתית (SC), מאידך גיסא. תחומיה של נוסחת הֶנְדֵּר מצטמצמים למגורי רווחה מסוימים. צמצום משמעותי ומלאכותי זה של הפן ההרתעתי מערער את אמינותו של הטיעון ההרתעתי כולו¹²⁷.

125 בספרות נטוש ויכוח ער כשאלה, איזה הסדר של רשלנות תורמת הוא ההסדר היעיל יותר. האם זהו ההסדר המסורתי, יציר הפסיקה, שלפיו הגנת האשם התורם שוללת מן הניזוק את זכותו לפיצוי (contributory negligence) או שמא יעיל יותר ההסדר הנפוץ בחקיקה, והקיים גם בישראל, שלפיו האשם התורם רק מצמצם את הפיצוי באורח יחסי (comparative negligence). ראה בהקשר זה פוזנר ולנדס (לעיל, הערה 3), 83-80, 96-88; שבל (לעיל, הערה 20), 15-16, 85; G.T. Schwartz, "Contributory; Superiority of Comparative Negligence: Another Vote" 20 J. Legal Stud. (1991) 119 D. Orr, "The and Comparative Negligence: A Reprisal" 87 Yale L. Rev. (1978) 697 ולאחרונה: שם.

126 פוזנר ולנדס (לעיל, הערה 3), 66-17; שבל (לעיל, הערה 20), 9, 17, 23-24, 28. ראה גם שבל 1980 (לעיל, הערה 20).

127 ההבחנה בין הרתעה המכוונת לטיב הפעילות לזו המכוונת להיקפה אינה מצויה אצל קלברוזי. לשיטתו, ההרתעה פועלת על שני היבטי הפעילות (להלן, הערה 157). הטלת נטל הנזק על מי שנמצא מתאים לכך

טיב הפעילות. פוזנר ושבל מכירים בכך, כי קיימים קשיי מידע גם בתחום המוגבל של הרתעה המכוונת לשינוי טיב הפעילויות. שבל מצביע על חוסר-יכולתו של בית-המשפט לאתר ולמדוד היבטים מסוימים של פעילות המזיק, התורמים ליצירת הסיכון. כך, לדוגמא, אין בית-המשפט יכול לקבוע כמה פעמים הכיט הנוהג במראה קודם שהתרחשה התאונה¹²⁸. בכך מוצאים מתחומי פוטנציאל ההרתעה ברשלנות כל אותם היבטי פעילות שאינם ניתנים לאיתור ולמידה. פוזנר מכיר במגבלות הרשלנות בכל הנוגע להשגת הרתעה יעילה בתחום המחקר והפיתוח. בדרך-כלל אין בוחנים במסגרת סטנדרט הזהירות הראויה את מידת ההשקעה של יוצר-הסיכון במחקר ובפיתוח של אמצעי-בטיחות שיש בהם כדי להקטין את סיכוני פעילותו¹²⁹. התוצאה היא, שגם בהיבט חשוב זה של הפעילות אין הרשלנות מותאמת להשגת הרתעה יעילה בשל בעיות מידע.

אף באותם היבטי פעילות, שבהם הרתעה יעילה אפשרית לפי פוזנר ושבל, מודעים השניים לכך שקשיי המידע עלולים להביא לטעות בהערכת בית-המשפט את ה-PL וה-B של פעילות נתונה. טעות זו תגרור הכרה בסיכון בלתי-יעיל כיעיל, וההיפך¹³⁰.

האדם הסביר. היווצרות האחריות מותנית ברשלנות לא רק ביצירת סיכון בלתי-סביר, אלא גם בכך שסיכון זה נוצר על-ידי התנהגות בלתי-סבירה. כידוע, סבירותה של ההתנהגות נקבעת על-פי קנה-מידה אובייקטיבי, יציר בית-המשפט (או המושבעים), הקרוי "האדם הסביר". התנהגותו של מזיק מסוים נבחנת ומושווית לזו של האדם הסביר. אם רמת הזהירות שלו אינה מגיעה לרמת הזהירות של האדם הסביר, ימצא חב ברשלנות. מבחן אובייקטיבי זה אינו תואם את מבחן ההרתעה היעילה המחייב הפעלת קנה-מידה סובייקטיבי. נניח, כי האדם הסביר יכול למנוע נזק של 150 בעלות של 100. פלוני, שאינו נחון בכישורי האדם הסביר, יוכל למנוע את הנזק רק בעלות של 160. על-אף שמניעת נזק של 150 בהשקעה של 160 אינה יעילה, יביא המבחן האובייקטיבי לחיובו של פלוני. בכך יוצרת הרשלנות תמריץ למניעה בלתי-יעילה על-ידי פלוני. כדי למנוע ממצא של רשלנות, שאינו כדאי לו מבחינה אישית, עלול פלוני להשקיע במניעה סכום הגדול מעלות הנזק¹³¹. נניח עתה, כי עלות המניעה על-ידי האדם הסביר היא 170, אך אלמוני יכול למנוע את הנזק ב-130. הרתעה יעילה מצריכה להביא לחיובו של אלמוני, אך בשל המבחן האובייקטיבי יצא פטור. בכך הרשלנות מעניקה לגיטימציה להתנהגות בלתי-יעילה. אי-התאמה זו של המבחן המרכזי ברשלנות למטרה של הרתעה יעילה מוסברת על-ידי פוזנר ושבל בבעיות מידע שאינן מאפשרות להתאים את סטנדרט הזהירות

תשפיע הן על היקף פעילותו הן על טיבה. גם קוז מניח, כי ההרתעה הנוקטת פועלת ומשפיעה על היקף הפעילות.

128 שבל (לעיל, הערה 20), 9, 57.

129 R.A. Posner, "Strict Liability: A Comment" 2 J. Legal Stud. (1973) 205, 209 (להלן: פוזנר 1973).

130 פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), 72; שבל (לעיל, הערה 20), 79-82; קוטר (לעיל, הערה 25), 1539.

131 פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), 124-125; שבל (לעיל, הערה 20), 83.

לנתוני המיוחדים של המזיק המסוים¹³². בכך מכירים השניים לא רק בקיומן ובחומרתן של בעיות המידע, אלא גם בחוסר-היכולת להתגבר עליהן¹³³. תגובת המודחעים. גם אם נניח כי בית-המשפט יתגבר על בעיות המידע שלעיל ויקבע סטנדרט זהירות המותאם להרתעה יעילה, עדיין קיימים קשיי מידע הכרוכים בתגובת הצדדים. הן המזיק הן הניזוק אינם יודעים מראש וכוודאות מהו הסטנדרט שיקבע בית-המשפט בעניינם. אם יסברו בטעות כי הסטנדרט שיקבע בית-המשפט יהא גבוה מן הסטנדרט היעיל, עלול הדבר לגרום להרתעת-יתר. טעות הפוכה תגרום להרתעה חסרה. שתי התופעות גורמות לחוסר-יעילות ולאובדן רווחה¹³⁴. הדיון שלעיל אינו אמור למצות את שאלת התאמתה של הרשלנות לתכלית הכלכלית של הרתעה יעילה – תכלית המיוחסת לה על-ידי פוזנר ושבל. יש החולקים על עצם היכולת להרתיע מפני התנהגות רשלנית¹³⁵. בתוך הגישה הכלכלית עצמה יצאה עיקר הביקורת על הרשלנות כאמצעי להרתעה יעילה

- 132 פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), 126; שבל (לעיל, הערה 20), 74.
- 133 אמנם, קיימים מצבים שונים ומאפיינים שונים, שלגביהם הרשלנות מאמצת קני-מידה סובייקטיביים תוך ריכוך הסטנדרט האובייקטיבי. סובייקטיביות זו תואמת את המבחן הכלכלי. ואכן, לדעת פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), היא קיימת במצבים שבהם בעיות המידע הכרוכות בקביעת רמת הזהירות האישית הן נמוכות יחסית (126-127). עם זאת, בראייה כוללת ברור כי סטנדרט הזהירות, הקובע את קיומה של האחריות ברשלנות, על-אף היבטי הסובייקטיביים, סוטה במידה מהותית מקריטריון ההרתעה היעילה (ראה שבל [לעיל, הערה 20], 77-75, המבקש ליתן הסברים נוספים לסטייה זו).
- מידת הסטייה של המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר מן המבחן הכלכלי גדולה יותר מזו המוצגת על-ידי פוזנר ושבל. השניים מתארים את המבחן האובייקטיבי כמייצג סטנדרט זהירות ממוצע (average) או מתון (moderate). ראה פוזנר ולנרס (שם, 126); שבל (שם, 74-75). מינוחים אלה יוצרים את הרושם, כי האדם הסביר אינו אלא האדם הממוצע. הצגה זו אינה משקפת את המבחן המשפטי לאשורו. אמנם, האדם הסביר אינו בעל כישורים על-אנושיים ואין דורשים ממנו את הבלתי-אפשרי, אך עם זאת הדעה הרווחת היא שסטנדרט זה משקף יותר את ההתנהגות הרצויה מאשר את ההתנהגות המצויה. ראה י' גלעד "על יסודותיה של עוללת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 319, 331-332. תכונה זו של המבחן מרחיקה אותו עוד יותר מן ההתאמה לתכלית ההרתעתית ומתזקת את הטענה כי שיקולים "לא כלכליים" עומדים מאחורי מבחן זה.
- 134 ראה קלפי וקרסוול (לעיל, הערה 83), 974-984; שבל (לעיל, הערה 20), 83. להשפעת טעויות בית-משפט בקביעת סטנדרט הרשלנות על יעילות ההרתעה ראה גם G. Calabresi, "Optimal Deterrence and Accidents" 84 *Yale L.J.* (1975) 656, 656-662.
- 135 עד כאן הנחנו לאורך הדיון, כי לנטל הנזיקי אכן יש אפקט מרתיע, דהיינו: כי יגרס לנושא בו לשנות את התנהגותו. הנחה זו הופכת לבעייתית כשמדובר ברשלנות. אחד ממצבי הרשלנות הטיפוסיים הוא מצב של היסח-הדעת. המזיק מבקש למנוע את הנזק, אך בשל מגבלות-אנוש אין ביכולתו להיות עירני, קשוב ודרוך כל העת. כאשר הנסיבות גורמות לכך שהסיכון יחממש ודוקא באותו פרק-זמן של היסח-הדעת, תוטל בכל זאת אחריות על המזיק. האם אחריות זו יוצרת הרתעה אפקטיבית? ניתן לטעון שלא, שהרי המזיק ביקש למנוע את גרימת הנזק והדבר לא עלה בידו. יתירה מזאת: יש מצבי הרשלנות שבהם המזיק עצמו נחשף לסכנה של נזק לגופו. אם הסיכון של פגיעה עצמית אינו מרתיע את המזיק, מדוע שיורתע על-ידי נזל כספי? (ראה אנגלרד, [לעיל, הערה 20], 43, 46-45). פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), 73-72, ושבל (לעיל, הערה 20), 81-82 נותנים את דעתם לקושי זה ותשובתם היא, כי החשש מהיסח-הדעת יגרום למזיק-בכוך להעלות את רמת זהירותו כדי שלא להגיע למצב של היסח-הדעת. השניים מכירים בכך כי תגובה זו אינה יעילה, שכן היא גורמת לזהירות-יתר. אך האם ניתן להימנע ממצבים של היסח-הדעת? כיצד ניתן להבטיח עירנות מחמדת ודריכות רצופה כשאלה נוגדים את הטבע האנושי? מחקרים מראים, כי קיימת קבוצה של אנשים החשופים מטבעם לתאונות. ראה J. Fleming & J.J. Dickinson, "Accident Proneness and Accidents Law" 63 *Harv. L. Rev.* (1950) 769. פתרון אחר הוא, שמזיקים-בכוך יימנעו כליל מפעילות הכרוכה בהיסח-הדעת או שיצמצמו את היקפה. גם פתרון

מבית-מדרשו של קלברזי¹³⁶. קלברזי דוחה את האינטרפרטציה הכלכלית שפוזנר מעניק לדרישת ההתנהגות הסבירה. לדעתו, עוצבה הרשלנות בעיקר על-ידי רעיון האשמה שאינו מתיישב עם הרתעה יעילה ומכביד על השגתה. גם דרישת הצפיות, השזורה בכללי האחריות, הסיביות וריחוק הנוק, תואמת על-פי ניתוחו רק באופן חלקי את היעילות הכלכלית¹³⁷. גורם חשוב לאי-התאמתה של הרשלנות לתפקיד ההרתעתי רואה קלברזי בהתעלמותה ממשמעותו ומהשלכותיו של ביטוח האחריות – סוגיית שתידון בהמשך. הדיון לעיל הראה, כי גם אם נקבל את האינטרפרטציה הכלכלית של פוזנר ושבל לעולות הרשלנות, הרי שבעיות המידע הקשות אינן מאפשרות למעשה להפעילה כמכשיר להרתעה יעילה.

(ח) הניסיון לעקיפת בעיות המידע – האחריות החמורה בגרסת פוזנר ושבל

על רקע בעיות המידע הקשות הכרוכות בהפעלתה של הרשלנות כאמצעי קולקטיבי להרתעה יעילה, מציעים פוזנר ושבל אלטרנטיבה לרשלנות באותם מצבים בהם הסדר זה אינו מוביל לתוצאה יעילה – הסדר האחריות החמורה עם הגנה של רשלנות תורמת. הסדר זה הוא מעין היפוך של הרשלנות: בעוד שהרשלנות מטילה את נטל הנוק על הניזוק, למעט מצבים שבהם המזיק רשלן – ההסדר המוצע מטיל את נטל הנוק על המזיק, למעט מצבים שבהם הניזוק התרשל.

ההנחה המרכזית הגיצבת מאחורי הצעה זו היא, שמבחינת ההשפעה על טיב התנהגותם של המזיק ושל הניזוק קיימת זהות בסיסית בין הרשלנות לבין האחריות החמורה. כאשר $PL > B$ מבחינת המזיק (נוק 150 ועלות מניעה 130), תוטל אחריות הן ברשלנות הן באחריות חמורה, והנוק יימנע. כאשר $PL < B$ (נוק 150 ועלות מניעה 170) תוטל על המזיק חובת פיצוי רק באחריות חמורה ולא ברשלנות, אך האפקט ההרתעתי יהא זהה; שכן למרות הטלת האחריות, יעדיף המזיק להזיק ולפצות ולא למנוע את הנוק. כאשר לניזוק, מבחן ההתרשלנות התורמת זהה ברשלנות ובאחריות חמורה¹³⁸.

על-פי גישה זו, יתרונו של הסדר האחריות החמורה, מהיבט בעיות המידע, הוא קודם-כול בכך שבית-המשפט נפטור מן הצורך לקבוע סטנדרט של זהירות למזיק. האחריות תוטל עליו בכל מקרה שבו לא נמצאה התרשלנות תורמת אצל הניזוק. בכך נפתרות כביכול באחת כל בעיות המידע הכרוכות בקביעת סטנדרט זה¹³⁹. שנית, באמצעותו נפתרת בעיית ההרתעה החסרה או הרתעת היתר הנובעת

זה לוקה בחוסר-יעילות, ומעשיותו מוטלת בספק. בין כך ובין כך, כרי כי בעיית "היסח-הרעת" מציבה סימן-שאלה מעל האפקטיביות של ההרתעה ברשלנות, ובכל מקרה פוגעת ביעילותה.

136 לניתוח מפורט ראה קלברזי (לעיל, הערה 20), 308-274; קלברזי 1968 (לעיל, הערה 27). לדעתו של אנגלרד, הפריז קלברזי בהערכת מגרעותיו של הסדר האשמה, בעיקר בשל העובדה שהסדר זה לא נועד מלכתחילה לקדם מטרות של הרתעה יעילה: אנגלרד (לעיל, הערה 20), 50-47.

137 קלברזי 1975 (לעיל, הערה 27).

138 להשוואת האחריות החמורה לרשלנות במודל הפוזנרי ראה פוזנר 1973 (לעיל, הערה 129). לניתוח האחריות החמורה בפסיקה האנגלו-אמריקנית מנקודת-המבט הכלכלית ראה פוזנר ולנדס (לעיל, הערה

(3), 122-107.

139 פוזנר ולנדס מציינים, כי במקרה זה עלויות המידע הן אפס (לעיל, הערה 3), 65.

מטעות של בית-המשפט בהערכת סטנדרט הזהירות היעיל או בטעות של המזיק לגבי הסטנדרט שיקבע בית-המשפט¹⁴⁰. בהעדר סטנדרט שכזה, ימנע המזיק את הנזק כל-אימת שעלותו קטנה מעלות המניעה כמתבקש ממבחן היעילות. שלישית, האחריות החמורה פותרת את בעיית הסדרת היקף פעילותו של המזיק. הטלת אחריות חמורה תעלה את מחיר פעילותו ותביא לצמצום היקפה¹⁴¹. חסרונה של האחריות החמורה על-פי ניתוח זה הוא כאשר היעילות מחייבת לצמצם את היקף פעילותו של הניזוק דווקא. במקרה זה עדיף כלל של רשלנות¹⁴².

על-אף האמור לעיל, גם הסדר האחריות החמורה יוצר בעיות מידע נכבדות. מקורן של בעיות אלה הוא בהגנת הרשלנות התורמת. כדי לקבוע אם היתה רשלנות תורמת מצד הניזוק, על בית-המשפט לעשות חישובי רווחה ולהחליט מהי התנהגות יעילה מבחינת הניזוק¹⁴³. אך האם ניתן לקבוע מהי התנהגות יעילה מצד הניזוק מבלי לבחון בה-בעת את יעילות התנהגותו של המזיק? כדי לדעת אם ומתי הניזוק הוא הכתובת היעילה למניעת אובדן רווחה, על בית-המשפט לבדוק את עלות המניעה על-ידי המזיק. במלים אחרות: הבחירה בין המזיק לניזוק כמושאי הרתעה פוטנציאליים מחייבת מעצם טיבה השוואה בין פוטנציאל המניעה של שני הצדדים – המזיק והניזוק כאחד. אם הערכה קולקטיבית של פעילות הניזוק מחייבת הערכה קולקטיבית של פעילות המזיק, הרי שאין האחריות החמורה מועילה לחסוך את הצורך בהערכה קולקטיבית של פעילות המזיק. שכל צד לקושי זה¹⁴⁴, וכך גם פוזנר¹⁴⁵.

(ט) הניתוח הכלכלי של פוזנר ושכל וגישת ההפנמה האוטומטית

א. השאלה: האם מתיישבת גישת פוזנר ושכל עם הביקורת על גישת ההפנמה האוטומטית?

בחינת הסדר הרשלנות והסדר האחריות החמורה המוצעים על-ידי פוזנר ושכל מביאה למסקנה, כי הסדרים אלה נשענים במידה רבה על תפישת ההפנמה של השפעות חיצוניות. פוזנר ושכל שומרים אמונים לטיעון מרכזי של תפישת ההפנמה, והוא, שהדרך להשגת הרתעה יעילה הוא להטיל על המורחע את נטל הנזק שנגרם. נזק זה נתפש כהשפעה חיצונית המשקפת את הפער בין תמונת הרווחה כפי שהיא נראית למזיק לבין תמונת הרווחה החברתית. הטלת נטל הנזק על המורחע תפנים

140 לטענה ברבר עדיפותה של האחריות החמורה בהקשר זה ראה גם קוטר (לעיל, הערה 25), 1538-1542.

141 פוזנר ולנדס (לעיל, הערה 3), 64-71; שכל (לעיל, הערה 20), 8-9, 17, 23-24, 28, 48-51.

142 שם. להסדר האשמה ולהסדר האחריות החמורה השפעות שונות על אופן פעולתם של מנגנוני-הביטוח ועל עלות ההתדיינות המשפטית. בהקשר זה קיימות שתי אסכולות: האסכולה הקלברדיאנית טוענת לעדיפות ברורה של הסדרי האחריות החמורה על-פני הסדרי האשמה. האסכולה הפוזנר-אנית מסרבת להכיר בעדיפות זו. לסקירת המחלוקת בסוגיה ראה י' גלעד, "אחריות חמורה למורחעים: חוק האחריות למורחעים פגומים, תש"מ-1980" מחקרי משפט ח (תש"ן) 179, 190-193 (להלן: גלעד, "אחריות חמורה").

143 קלברזי מציין, כי גם מבחן זה של אחריות חמורה, שהוא מבנה "מבחן הגר במהופך", מצוין קביעה קולקטיבית של המצב היעיל. ראה G. Calabresi & J.T. Hirschoff, "Toward a test for Strict Liability" 81 *Yale L.J.* (1972) 1055, 1058-1059, 1074-1075 (להלן: קלברזי והירשוף).

144 שכל (לעיל, הערה 20), 16-17.

145 פוזנר 1973 (לעיל, הערה 128), 215, 222.

את ההשפעה החיצונית ותבטיח השגת יעילות באמצעות כוחות-השוק ללא כל צורך בחישובי רווחה באמצעות גוף קולקטיבי.

מרכזיותה של תפישת ההפנמה של נזקי הניזוק באה לידי ביטוי מפורש בכתיבת השניים. פוזנר מציין, כי המטרה הכלכלית של דיני-הניזקין היא "to internalize the costs of accidents"¹⁴⁶. שכל מדגיש, כי "injurers will act optimally if liability equals actual losses"¹⁴⁷.

האם הישענותם של פוזנר ושכל על רעיון ההפנמה מתיישבת עם הביקורת על גישת ההפנמה האוטומטית, ואם כן – כיצד? האם הם מציעים גישה שונה של הפנמה – גישה שאינה לוקה במגרעותיה של גישה זו? להלן נבחן את גישת ההפנמה של פוזנר ושכל על רקע שתי חולשותיה של גישת ההפנמה האוטומטית: ההתעלמות מן האופי ההדדי של הגרימה והנחת הזהות בין נזקו של הניזוק לבין ההשפעה החיצונית.

ב. האופי ההדדי של הגרימה והפנמה סלקטיבית – רשלנות ואחריות חמורה

פוזנר ושכל מקבלים את טיעונו של קוז בדבר האופי ההדדי של גרימת הנזק בסיטואציה של פעילויות מתנגשות¹⁴⁸. הם מכירים בכך, שבמצבים מסוימים השגת היעילות מחייבת את הרתעת הניזוק ומייחדים לכך את מוסד הרשלנות התורמת הן במסגרת הסדר הרשלנות הן במסגרת הסדר האחריות החמורה. מהיבט זה תפישת ההפנמה שלהם שונה מגישת ההפנמה האוטומטית. גישתם היא גישה של הפנמה סלקטיבית, המתיישבת לכאורה עם האופי ההדדי של הגרימה. על-פי גישה זו, יופנם הנזק אל המזיק רק כאשר נעשתה הערכה קולקטיבית המצדיקה זאת. אך האם גישה סלקטיבית זו תואמת את תפישתו של קוז? ועד כמה שונה היא באורח מהותי מגישת ההפנמה האוטומטית?

לשיטתו של קוז, הסלקטיביות הנדרשת בהטלת אחריות היא גורפת: אין להטיל אחריות, אלא אם-כן הערכה קולקטיבית אמינה מראה כי הדבר יביא להגדלת הרווחה החברתית. בהסדר הרשלנות המוצע על-ידם מגיעים פוזנר ושכל רק עד אמצע הדרך. אמנם, הם מתנים את ביצוע ההפנמה בביצוע הערכה קולקטיבית המראה כי עלות הנזק או הסיכון גדולה מעלות מניעתו ($PL > B$), אך בכך אין הם מסיימים את המלאכה. אין הם כוחנים אם הפנמת הנזק המוצעת על-ידם אכן תגרור את התוצאות המבוקשות. הם מגיחים כי כך יקרה. הנחה זו אינה מבוססת, ועל כך יורחב הדיבור להלן, בסעיף ג. באשר לבעיות המידע, קוז מדגיש כי כל פתרון הפנמה מותנה בפתרון קשיי המידע הכרוכים בו. כפי שראינו לעיל, פוזנר ושכל אינם מתמודדים עם בעיות המידע העולות מתפישת ההפנמה שלהם. אין הם מראים כיצד ניתן הלכה למעשה להשוות את הנזק או הסיכון לעלות מניעתו. יצוין, כי קוז, הכותן פתרון הפנמה הוזה מהותית לזה של פוזנר ושכל, רוחה אותו בשל בעיות מידע. בהתייחסו להסדר הפנמה המטיל על יוצר ההשפעה החיצונית

146 פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), 187.

147 שכל (לעיל, הערה 20), 128. זאת הן לגבי נזק רכושי הן לגבי נזק לא-רכושי (שם, 133-134).

148 שכל (לעיל, הערה 20), 30; פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), 31-41.

לא את כל עלות הנזק הנגרם על-ידו אלא רק את עלות אותו נזק הגורע מן התוצר הכולל¹⁴⁹, אומר קוז: "to do so would require a detailed knowledge of individual preferences and I am unable to imagine how the data needed for such taxation system could be assembled". על-אף שדברים אלו נאמרו לפני גיבושה של תפיסת ההפנמה הסלקטיבית במודל הרשלנות של פוזנר ושבל, יש בהם דחייה ברורה של תפישה זו מאותו טעם שהוצג לעיל — בעיות המידע. בספרו מ-1988 חזר קוז על עמדה זו ביתר תקיפות¹⁵⁰.

אם הסדר הרשלנות של פוזנר ושבל לוקה בסלקטיביות חלקית בלבד, הרי שהדברים אמורים מקל-וחומר בהסדר האחריות החמורה המוצע על-ידם. הסדר זה קרוב לתפיסת ההפנמה האוטומטית ורחוק יותר מגישתו של קוז. על-פי הסדר זה, יוטל נטל הנזק על המזיק כעניין שבשגרה, באורח אוטומטי, למעט אותם מצבים שבהם בדיקה קולקטיבית תראה על התרשלנות מצדו של הניזוק. מידת הסלקטיביות של ההפנמה בהסדר זה מצומצמת ביותר. במקרים רבים תתבצע תחתי הפנמה שלא היתה מתבצעת בהסדר של רשלנות. הסיכון שהפנמה תוביל להרתעה בלתי-יעילה גדול אפוא יותר בהסדר האחריות החמורה מאשר בהסדר הרשלנות (לו האחרון היה ניתן ליישום על-אף בעיות המידע).

המסקנה המתבקשת היא זו: על-אף שפוזנר רואה את עצמו כממשיכו של קוז¹⁵¹, הרי שבפועל לוקה שיטתו, כמו גם שיטת שבל, באותן חולשות עיקריות שבגינה יצא קוז במתקפה נגד טיעון ההפנמה האוטומטית: הפנמת הנזק אל המזיק מבלי להתמודד עם בעיות המידע הכרוכות בכך ומבלי לבחון את תוצאותיה של ההפנמה.

ג. קביעת שיעור ההפנמה היעילה — חזרה אל גישת ההפנמה האוטומטית

הראש האחר של הביקורת על פתרון ההפנמה האוטומטי הוא, שאין הוא נותן מענה לבעיה מרכזית של תפיסת ההפנמה — קשיי המידע הכרוכים בהתאמת העלות הפרטית של הפעילות יוצרת-הסיכון לעלותה החברתית. גישת ההפנמה האוטומטית מבקשת לעקוף בעיה זו בהניחה, כי ההשפעה החיצונית שווה לנזק הפרטי של הניזוק שבו יחוייב המזיק. ראינו כי זוהי הנחה בעייתית, שכן נזקו הפרטי של הניזוק אינו משקף בהכרח את מחירו החברתי של הנזק. בקביעת המחיר החברתי של הנזק יש לקחת בחשבון פעילויות אלטרנטיביות והשפעות על צדדים שלישיים,

149 בעמ' 41. מדובר שם בהפנמה באמצעות מס. ההפנמה הסלקטיבית מופיעה גם אצל קולמן, אך שם היא מוצגת לא כחזיראציה על גישת ההפנמה, אלא כגישת ההפנמה במקורה. קולמן (לעיל, הערה 22) מגדיר השפעה חיצונית כ-"inefficient external effect" (בעמ' 76, ובתיאור גרפי — בעמ' 78) ומציג את ההפנמה (באמצעות מס) כמתבצעת רק לגבי ה-"nonefficient unit of output" (בעמ' 83).

150 בתגובה לטענה כי ניתן להטיל מס סלקטיבי — דהיינו: לא בשיעור הנזק שנגרם אלא בשיעור שיבטיח הרתעה יעילה — קוז אומר (לעיל, הערה 23), 185: "such tax proposals are the stuff that dreams are made of". ואכן, מבדיקת השפעת התיאוריה הפוזנר-יאנית על פסיקת בתי-משפט בצפון אמריקה מתברר כי קשיי מידע מונעים את יישומה, הלכה למעשה, של נוסחת הנד. יתרה מזאת, פוזנר עצמו, כשופט, מודה בכך. ראה (1991) 41 U. Toronto L.J. "Law & Economics in American Tort Cases" I. England, 368-369, 412-428.

151 פוזנר ולנדס (לעיל, הערה 3), 7-8. קוז מוצג שם כמי שטען, כי "the common law was a mechanism for internalizing social costs"; ופוזנר רואה את עצמו כמי ש-"proceeded to develop this insight".

שאינן כאות לידי ביטוי כנוק הפרטי. פער זה בין הנזק הפרטי להשפעה החיצונית עלול לגרום לכך שהפנמתו של הנזק הפרטי, במקום הפנמת ההשפעה החיצונית, תביא לפגיעה ביעילות.

בעיה זו נותרת על כנה בהסדרי הרשלנות והאחריות החמורה המוצעים על-ידי פחנר ושבל. בעוד שלצורך בדיקתה של האחריות ברשלנות אמור בית המשפט לבצע בעצמו חישובי רווחה (השוואת PL ל-B), הרי שלעניין גובה הפיצוי אין נדרשת הערכה דומה – כאן נשענים פחנר ושבל על גישת ההפנמה האוטומטית¹⁵². הם ממשיכים להניח זהות בין נזקו הפרטי של הניזוק לבין ההשפעה החיצונית המצריכה הפנמה, ובכך פוטרים את בית-המשפט מן הצורך לחשב את שיעור ההפנמה הנדרש¹⁵³. כך גם בהסדר האחריות החמורה: הביקורת שנמתחה על גישת ההפנמה האוטומטית מהיבט זה יפה אפוא גם כלפי הניתוח הכלכלי של פוזנר ושבל ויש בה כדי לערער את בסיסו.

הפער בין הנזק הפרטי לבין ההשפעה החיצונית יוצר בעיה קשה נוספת מבחינת הניתוח הכלכלי של פוזנר. זוהי בעיית אי-ההתאמה בין דיני-הפיצויים הנוהגים בפועל לבין דיני-הפיצויים המתבקשים מן הניתוח הכלכלי. עקרון-היסוד של דיני-התרופות בנוזקין הוא כידוע עקרון השבת מצב הניזוק לקדמותו. כך פועלים בתי-המשפט בארץ ובארצות המשפט המקובל בבואם להעניק תרופה בנוזקין. מכוח עיקרון זה הניזוק זכאי לפיצוי בהתאם לנזקו האישי ולא לפי שיעור ההשפעה החיצונית הנוצרת או לפי קריטריון של הרתעה יעילה. גישת ההפנמה האוטומטית מתיימרת ליצור התאמה בין עקרון ההשבה, החולש על הדין הנוהג, לבין עקרון ההפנמה של ההשפעות החיצוניות המתבקש מן הניתוח הכלכלי. התאמה זו מבוססת

152 שאלה היא מדוע בכלל יש צורך בהפנמה שוקית בהסדר הרשלנות בנוסח פוזנר. אם נקבע כאורח קולקטיבי מהו טיבה הרצוי של פעילות מסוימת, מדוע לא לאכוף החלטה זו באורח קולקטיבי? מדוע להישען על פתרון ההפנמה על כל הבעייתיות הכרוכה בכך? לטענה זו ראה קלברוי (לעיל, הערה 132), 661-660.

153 נזכיר כי גם דרך זו לוקה בבעיות מידע קשות הכרוכות באמידת נזקו של הניזוק: ראה לעיל, הערה 106. זאת ועוד: האומנם מחייבת גישת ההפנמה כי המזיק ישא דווקא בעלות הנזק שגרם לניזוק? לכאורה ניתן להשיב כשלילה על שאלה זו. כאמור, מטרת ההפנמה היא להביא לידי שינוי בהתנהגותו של המזיק על-ידי שינוי מחיר פעילותו. מאחר שבמקרים רבים המזיק אינו יודע מהו גודל הנזק שייגרם על-ידו, הרי שבפועל הוא מודתע לא על-ידי עלות הנזק שייגרם בפועל, אלא על-ידי האומדן המשוער של הנזק. במלים אחרות: ההפנמה נעשית באמצעות השפעה על ציפיותיו *ex ante* של המזיק ולא על-ידי הנזק שגרם *ex post*. חישוב מדויק של נזקו של הניזוק אינו תורם אפוא להרתעה, אלא רק אם הוא נותן אינדיקציה למזיקים-בכוח על אומדנו המשוער של הנזק שייגרם. ואכן, שבל, שטוען, כאמור, לעיקרון המרכזי של אחריות בשיעור הנזק בפועל (לעיל, הערה 89), אומר במקום אחר (שבל, הערה 20), 127, כי ההפנמה צריכה להיעשות בשיעור הנזק הצפוי: "that expected liability equals expected losses is the assumption on which the arguments about optimality of parties' behavior under liability based" *has been rules*. לדבריו, יש לעחים הצדקה כלכלית לאי-מתן פיצוי בגין נזקים בלתי-צפויים (שם, 129-130). על בסיס דומה קלברוי מגיע למסקנה, שאין צורך בפיצוי על בסיס קוואיסיטי וכי הדבר יכול להיעשות גם באמצעות טבלאות הקובעות פיצוי סטנדרטי (ראה קלברוי [לעיל, הערה 20], 209-212; קלברוי והירשוף [לעיל, הערה 143], 1067). שלילת הצורך בהיות בין הפיצוי-כפועל לבין הנזק-כפועל מציבה סימן-שאלה גדול מעל תפישת ההפנמה הרווחת. חשובה חלקית לקושי זה מצויה בהבחנה בין טיב הפעילות לבין היקפה. הטלת חובת פיצוי בגין נזק בלתי-צפוי מוצדקת משום שתביא לצמצום היקף פעילותו של המזיק, גם אם לא תביא לשינוי בטיבה של פעילות זו.

על ההנחה, שתיקון נזקו של הניזוק הוא בהכרח גם הפנמה של השפעה חיצונית. סתירתה של הנחה זו מוכילה לתוצאה שלפיה הפיצוי המתחייב מן הגישה הכלכלית (עקרון ההפנמה) אינו תואם לזה הניתן בפועל (עקרון ההשבה). אי-התאמה עומדת בסתירה לטיעון מרכזי של פחנר, שלפיו המשפט הנוהג, יציר בית-המשפט, הוא לרוב גם משפט יעיל¹⁵⁴. נכונותם של בתי-משפט לפסוק לניזוק פיצויים בגין נזק כלכלי של אובדן רווחים ממחשה אי-התאמה זו. במקרים רבים אובדן הרווח של הניזוק (למשל: עקב החמצת עסקה) אינו אובדן חברתי, משום שאחר ייחנה מאותם רווחים. כאן העלות היא אישית בלבד, אך לא חברתית. הכרה בזכאות לפיצוי בגין נזק זה נוגדת את הגישה הכלכלית¹⁵⁵.

(י) האחריות החמורה בנוסח קלברזי ובעיות מידע

ניסיון אחר לעקוף את קשיי המידע באמצעות גישת ההפנמה נעשה על-ידי קלברזי, הנמנה גם הוא עם מניחי התשתית לניתוח הכלכלי של דיני-הניזק¹⁵⁶.

א. "הרתעה כללית" ו"המונע הזול"

קלברזי יוצא מנקודת-המוצא הקוויאנית, שלפיה קיומן של הוצאות עסקה מחייב התערבות מתקנת של דיני-הניזק כדי למזער את אובדן הרווחה הנגרם על-ידי התנגשות הפעילויות (primary cost reduction). לשם כך יש להביא לשינויים, אם בטיב הפעילויות המתנגשות ואם בהיקפן¹⁵⁷. מטרה זו ניתנת להשגה באמצעות שני טיפוסים שונים של הרתעה: הסוג האחד הוא הרתעה קולקטיבית (collective deterrence), שבה אורגן קולקטיבי כלשהו — מחוקק, בית-משפט או רשות מנהלית — מעריך את הרווחה המופקת מכל אחת מן הפעילויות המתנגשות, קובע את השינוי הרצוי בטיב הפעילויות ובהיקפן ומחייב את הצדדים המעורבים לפעול להשגת השינוי המבוקש¹⁵⁸. הסוג האחר של הרתעה הוא הרתעה שוקית (market deterrence)¹⁵⁹. בסוג זה של הרתעה יש לבצע שתי פעולות: הפעולה האחת היא לבחור מבין הצדדים לפעילויות המתנגשות את מי שיש ביכולתו להביא לצמצום מירבי של אובדן הרווחה. זהו "המונע הזול" (cheapest cost avoider). הפעולה השנייה היא להטיל על המונע הזול את עלות הנזק הנגרם על-ידי הפעילות יוצרת-הסיכון. עקרונית, קלברזי מעדיף את גישת ההרתעה השוקית על-פני גישת

154 פחנר מכנה את גישתו The Positive Economic Theory of Tort Law. טענתו המרכזית היא, ששופטי המשפט המקובל ביקשו בפסיקתם לקדם את המטרה של יעילות בהקצאת המקורות: ראה פחנר 1972 (לעיל, הערה 27); וכן 53 Tex.L.Rev. (1975) 757. R.A. Posner, "The Economic Approach to Law". לביקורת טענה זו ולטיעוני-הנגד ראה פחנר ולנדרס (לעיל, הערה 3), 24-14. 155 לדין בסוגיה ראה שכל (לעיל, הערה 20), 140-135. 156 לסקירה כללית של טיעוני קלברזי ראה ד' מור, "אחריות למוצרים פגומים — שיקולי מדיניות" עיוני משפט 1 (תשל"ח) 78; אנגלרד (לעיל, הערה 20), 47-33. 157 קלברזי (לעיל, הערה 20), 74-73. 158 ההרתעה הקולקטיבית, המכונה גם הרתעה ספציפית (specific deterrence) — מוצגת שם, בעמ' 65-129. 159 סוג זה של הרתעה — המכונה גם הרתעה כללית (general deterrence) — מוצג שם, בעמ' 68-94.

ההרתעה הקולקטיבית¹⁶⁰. בעוד שגישת ההרתעה הקולקטיבית מחייבת קביעה קולקטיבית של השינוי המבוקש בטיב הפעילויות ובהיקפן על כל בעיות המידע הכרוכות בכך¹⁶¹, הרי שגישת ההרתעה השוקית מצמצמת את ההכרעה הקולקטיבית לקביעת זהות המורתע ושיעור הנטל שיושט עליה¹⁶². השינויים המבוקשים בטיב הפעילויות ובהיקפן אמורים להיות מושגים באורח בלעדי על-ידי כוחות-השוק¹⁶³. גישת ההרתעה השוקית היא גישה מובהקת של הפנמה. הנחת-היסוד שלה היא, שהטלת עלויות הנזק שנגרם על המונע הזול היא הדרך להרתעה יעילה¹⁶⁴. גישה זו קרובה יותר לתפישת ההפנמה האוטומטית מאשר הסדרי הרשלנות והאחריות החמורה בנוסח פונזר ושבל. אלה מחייבים מידה זו או אחרת של קביעה קולקטיבית באשר לשינוי המבוקש בטיב הפעילויות ובהיקפן. מטעם זה הן מסווגות על-ידי קלברזי כגישות של הרתעה קולקטיבית¹⁶⁵. ההרתעה השוקית מותירה קביעות אלה לשוק ובכך חוסכת בביכול את בעיות המידע הכרוכות בכך.

השאלה המרכזית שקלברזי עוסק בה היא אופן בחירתו של "המונע הזול". בהקשר זה ניתן משקל מיוחד לסוגיית אפקטיביות ההרתעה ויעילותה. מאחר שהמכשיר להשגת הרתעה יעילה הוא הפנמה, מותנית הצלחתה בכך שהמונע הזול אכן ישא בפועל בנטל הנזק. כלומר: יראה אותו כהוצאה פרטית שלו. כאשר המורתע אינו מודע לקשר שבין הנטל לבין פעילותו או שהוא מתעלם ממנו בשל מחסומים פסיכולוגיים ואחרים, לא תהא ההפנמה אפקטיבית¹⁶⁶. כמובן אם מסיבה כלשהי נטל הנזק לא יישאר על מי שנבחר לשאת בנטל זה, אלא יועבר במלואו או בחלקו לגורמים אחרים, הרי שלא תושג ההפנמה המבוקשת. תופעה זו של העברת הנטל לאחרים מסכלת את פעולת ההפנמה ולכן כונתה על-ידו

160 על מרכזיותה של תפישת ההרתעה השוקית אצל קלברזי ראה אנגלרד (לעיל, הערה 20), 38-39.

161 קלברזי (לעיל, הערה 20), 174-176.

162 יש להבחין בין הסדרי ההרתעה הקולקטיבית וההרתעה השוקית, כפי שהוצגו לעיל, לבין הסדרי ה"טהורים" של הרתעה קולקטיבית ושוקית. הרתעה שוקית טהורה שוללת מעורבות קולקטיבית כלשהי בקביעת טיבן והיקפן של הפעילויות המתנגשות. הכול מושאן לכוחות-השוק באמצעות התמריצים שמנגנון-המחירים ועסקאות-השיחוד הקואזיניות יצרנים. בהרתעה קולקטיבית טהורה הן טיב הפעילויות הן היקפן אמורים להיקבע במישורין על-ידי אורגן של החברה – כמו מחוקק, בית-משפט או רשות מנהלית – ולהיאכף באמצעותו. בצורתן הטהורה שני טיפוסים ההרתעה אינם מציאותיים. בפועל יש לבחור שילוב מסוים של השניים (קלברזי [לעיל, הערה 20], 134). הסדר ההרתעה השוקית המועדף על קלברזי הוא הסדר מעורב, שבו תפקידה של ההחלטה הקולקטיבית מצטמצם להפנמת הנזק שנגרם ולתמיכה בהרתעה השוקית (קלברזי [לעיל, הערה 20], 312).

הבדל חשוב בין ההרתעה הקולקטיבית לכללית הוא בכך, ששיקולי חלוקת הרווחה, כשיקולי צדק ומוסר, נלקחים בחשבון רק במסגרת ההרתעה הקולקטיבית. במקום להתחזקת אחר המונע הזול, שיטת ההרתעה הקולקטיבית מבקשת לאתר את המונע הטוב (שם, 174-175). הסדר ההרתעה הקולקטיבית נוסח קלברזי הוא אפוא ביטוי נוסף של "פונקציית הרווחה החברתית", שבאמצעותה מבקשת כלכלת הרווחה לשלב שיקולי יעילות עם שיקולי חלוקה. עוולת הרשלנות, או הסדר האשם בכלל, מסווגים על-ידי קלברזי כהסדר הרתעה קולקטיבי שבו שיקולי חלוקה ממלאים תפקיד מרכזי. תכונה זו נמצאת במקד הביקורת שקלברזי מותח על הסדר זה. ראה לעיל, הערה 80.

163 ראה קלברזי (לעיל, הערה 20), 69, 92.

164 קלברזי (לעיל, הערה 20), 70, 135.

165 קלברזי והירשוף (לעיל, הערה 143), 1060, 1074.

166 קלברזי (לעיל, הערה 20), 147-149.

התצנה (externalization)¹⁶⁷. המצב המובהק והשכיח של סיכול הפנמה, שייבחן כהמשך ביתר הרחבה, הוא כאשר נטל הנזק מתפזר בקרב קבוצה גדולה של נשאים באמצעות מנגנוני הביטוח המסחרי או הסוציאלי. קלברזי מניח, כי הפיזור פוגע באורח משמעותי באפקטיביות ההרתעה האישית וגורר מכך מסקנה רבת-חשיבות — ההרתעה באמצעות הפנמה צריכה להיעשות לא על בסיס אישי, קוואיטטי, אלא על בסיס קבוצתי, קטיגוריאלי, לרוב על בסיס קבוצות הסיכון כפי שמוינו על-ידי המבטח¹⁶⁸. על רקע זה קלברזי שולל את הסדרי הרשלנות והאחריות החמורה המוצעים על-ידי פוזנר, בהיותם הסדרים קוואיטטיים המתעלמים מהשפעת הפיזור על אפקטיביות ההרתעה¹⁶⁹. את התמודדותו של קלברזי עם בעיות המידע יש לבחון אפוא על רקע התפישה של הרתעה קבוצתית.

ב. בעיות מידע בקביעת "המונע הזול"

קלברזי מודע היטב לקשיי המידע הכרוכים בבחירת "המונע הזול", במסגרת גישת ההרתעה הכללית. בספרו על עלויות התאונות הציע לפעול בדרך תלת-שלבית: השלב הראשון הוא לסנן, באמצעות ניתוח "גס" (rough guess), את הגורמים שבעליל מתאימים פחות מן האחרים לפעול להשגת מניעה זולה¹⁷⁰. בשלב השני, המרכזי, ייעשה סינון נוסף באמצעות קווים מנחים. קו מנחה אחד הוא מניעת סיכולה של ההפנמה בשל תת-מיון בלתי-מספיק¹⁷¹. אפקטיביות ההרתעה הקבוצתית תלויה ברמת המיון של קבוצות-הסיכון. ככל שהמיון מדויק יותר, כך ניתן להגדיל את ההתאמה בין הנטל המושט על כל חבר בקבוצה למידת הסיכון שהוא יוצר. מיון בלתי-מספיק גורם לסיכול ההפנמה. כאשר בעל סיכון גבוה ובעל סיכון נמוך נושאים בנטל המשקף את הסיכון הממוצע, התוצאה היא הפנמת-יתר מבחינת בעל הסיכון הנמוך והפנמה חסרה מבחינת בעל הסיכון הגבוה. מאחר שבעיות מידע ועלויות השגת מידע ועיבודו מונעות הגעה למיון אופטימלי, מציע קלברזי ליתן עדיפות לקבוצת המונעים שבה חלקיות המיון בעייתית פחות. קו מנחה נוסף הוא התחשבות בעלויות הכרוכות באיתורו של המונע הזול. אם עלויות האיתור גדולות מן הערך ההרתעתי שלו, עדיף להסתפק במונע פחות אפקטיבי אך זול יותר לאיתור¹⁷². המאפיין המשותף לשני קווים מנחים אלה הוא ירידה ברמת היעילות של ההרתעה המבוקשת בשל בעיות מידע ועלויות מידע.

בשלב השלישי, אם לאחר הסינון באמצעות הקווים המנחים עדיין נותרו כמה מועמדים להרתעה (the hard case), מציע קלברזי שלוש אלטרנטיבות¹⁷³: להפעיל שוב את שיטת הניתוח — הפעם ניתוח "מלומד" (educated guess) — ולבחון את הצלחתו הלכה למעשה, לחלק את נטל הנזק בין הגורמים השונים על בסיס

167 שם, 144-150.

168 קלברזי והירשוף (לעיל, הערה 143), 1069-1070.

169 קלברזי והירשוף, 1074-1076.

170 קלברזי (לעיל, הערה 20), 140-144.

171 שם, 144-147.

172 שם, 143-144.

173 שם, 152-160.

מעורבות סטטיסטית באירוע גרימת הנזק, או לוותר על הרתעה כללית לטובת דרכים או מטרות אחרות.

במקומות אחרים מציע קלברזי, על רקע בעיות המידע, לצמצם את הפעלת ההרתעה הכללית לתחומי פעילות צרים, שבהם בעיית ההשפעות התזוזות אינה חריפה, ולהתמקד בטווח הקצר ולא בטווח הארוך¹⁷⁴.

נראה, כי כובדן של בעיות המידע הביא את קלברזי בהמשך לשנות את הגדרת המונע הזול. בספרו הנ"ל הוגדר המונע הזול כאותו צד לפעילויות המתנגשות, היכול, באמצעות שינוי בהתנהגותו, לצמצם את אובדן הרווחה הכרוך בהתנגשות זו פעילות מינימלית. המונע הזול הוא מי שבעולם קוזיאני של העדר הוצאות עסקה היה משמש כתובת לשיחור¹⁷⁵. הקביעה מיהו המונע הזול חייבה על-פי הגדרה זו החלטה קולקטיבית המבוססת על הערכה קולקטיבית של עלויות התאונה ועלויות מניעתה. הגדרה אחרת של המונע הזול, המופיעה במאמר המאוחר לספר, מעבירה את הנטל הכבד של הערכת עלויות התאונה ומניעתה מן ההחלטה הקולקטיבית אל השוק. על-פי ההגדרה המאוחרת, "המונע הזול" הוא מי שמצוי במצב הטוב ביותר לעריכת מאזן העלות והתועלת (cost benefit analysis) בין עלויות התאונה לעלויות מניעתה ולפעול על בסיס קביעה זו¹⁷⁶. ההנחה היא, כי לצדדים לפעילויות המתנגשות יש מידע טוב יותר מאשר לבית-המשפט או המחוקק ולפיכך מוטב שחישובי הרווחה יתבצעו על-ידי אחד מהם. תחום ההחלטה הקולקטיבית מצטמצם בכך לבחירת הצד בעל המידע הטוב יותר. הפנמת הנזק אליו תחייב אותו ליישם מידע זה ולפעול לפיו¹⁷⁷.

ג. גישת קלברזי לבעיות ההרתעה והמידע

הסקירה שלעיל מלמדת, כי קלברזי יוצא מנקודת-מוצא המכירה במגבלותיהם של דיני-החוק כמכשיר להרתעה יעילה. המלצתו לעבור מהסדרי הרתעה קוואיטטית להסדרים של הרתעה קבוצתית, בסיכונים המכוסים על ידי ביטוח, מבוססת על ההכרה, שהסדרי הביטוח נוגסים במידה ניכרת בפוטנציאל ההרתעה היעילה של האחריות בנויקין וכי יש "להקטין את הנזק" על-ידי התאמת הסדרי ההרתעה להסדרי הביטוח. בדרך כלל כרוך המעבר מהרתעה קוואיטטית להרתעה קבוצתית בויתור על הרתעה יעילה. בעוד שהגישה הקוואיטטית בוחנת כל מקרה ומקרה לגופו ומטילה אחריות על מזיק רק אם זו תביא לתוצאה יעילה בנסיבות המקרה המסוים, הרי שהגישה הקבוצתית מוותרת על בדיקה זו ומסתפקת בכך שמאזן

174 שם, עמ' 86-88. ראה לעיל, הערה 101, והטקסט המלווה.

175 שם, 135.

176 קלברזי והירשוף (לעיל, הערה 143), 1060-1061. ראה במיוחד שם, הערה 19.

177 הישענות זו על השוק לפתרון בעיות המידע באיתור המונע הזול הופיעה קודם-לכן בספרו כאחד הקווים המנחים. בשל החשש לטעות בבחירת המונע הזול הוצע שם להתחשב ביכולתו של המועמד להרתעה ל"שחור", בעסקאות קוזיאניות, צדדים אחרים לפעילות ולהפעיל בכך, באמצעות השוק, את המונע הזול. קו מנחה זה (the best briber) שולב בהגדרה המאוחרת של המונע הזול. ראה קלברזי (לעיל, הערה 20), 152-150.

הרווחה הכולל של כלל האחריות יהא חיובי, גם אם במקרים מסוימים יניב תוצאות שליליות¹⁷⁸.

גישה דומה ננקטת לגבי קשיי המידע. אלה נתפשים כמגבלות, כאילושים, הגורעים מן היכולת ההרתעתית של דיני-הנוזיקין. הניתוח הכלכלי של פוזנר, המתעלם במידה רבה מבעיות מידע אלה, נתפש על-ידי קלברזי כניתוח תיאורטי, בלתי-מציאותי¹⁷⁹. קלברזי מציג גישה ריאליסטית ופרקטית: יש להשלים עם מגבלות המידע ולהפיק את מירב ההרתעה בכפיפות להן. הדרך לכך היא להתאים את הסדרי האחריות למגבלות אלה תוך ריתור על הרתעה שאינה אפשרית בגינם. אם תת-מיון אופטימלי של קבוצות-הסיכון אינו אפשרי בשל בעיות מידע או עלויות מידע, הפתרון המוצע הוא לפעול לפי המיון הטוב ביותר הקיים. אם איתור המונע הזול כרוך בעלויות מידע גבוהות, הקו המנחה הוא לבחור מונע מתאים פחות. אם כל המאמצים לאיתור המונע הזול לא נשאו פרי, ההצעה היא לעבור לניתוח.

תפישה ריאליסטית זו של בעיות המידע, בשילוב עם גישת ההרתעה הקבוצתית ועם המבחן המתוקן של המונע הזול, נותנים לכאורה תשובה טובה לבעיות המידע הכרוכות באיתור הכתובת להפנמה. אין עוד צורך לבצע חישובי רווחה קונקרטיים כדי לקבוע מיהם הצדדים היכולים להביא לשינוי יעיל בהיקף הפעילויות המתנגשות ובטיבן. במקום זאת באה הערכה כללית, על בסיס נתונים כלליים, איזו קבוצה, מבין מספר קטן של קבוצות, היא בדרך-כלל ובאופן יחסי לאחרות¹⁸⁰, בעלת המידע הטוב ביותר ובעלת היכולת לפעול על-פיו. אמנם, גם שאלה זו אינה קלה, אך לפי קלברזי היא קלה יותר מאשר התמודדות קולקטיבית עם בעיות המידע על בסיס קוואליטטי¹⁸¹.

ניתן אפוא לסכם ולומר, שההסדר המוצע על-ידי קלברזי מתמודד עם בעיות המידע הכרוכות בבחירת נושא ההפנמה בשני אופנים: מחד גיסא, הוא מתאים את עצמו אליהן על-ידי אימוץ גישה ריאליסטית ופרקטית (הקווים המנחים). מאידך גיסא, הוא מעביר חלק נכבד מנטל בעיות המידע אל השוק (המבחן המאוחר של המונע הזול).

ד. הערכה ביקורתית

התאמת הסדר האחריות לקשיי המידע. הראייה המפוכחת והפרקטית של קשיי המידע והתאמת הסדרי האחריות לקשיים אלה אינם מעניקים תשובה אמיתית לבעיה הנבחנת ברשימה זו – היכולת להשיג הרתעה יעילה באמצעות דיני-הנוזיקין. הפתרון המוצע על-ידי קלברזי משקף למעשה הכרה והודאה בכך שלא ניתן להשיג הרתעה יעילה באמצעות דיני-הנוזיקין, אלא במידה חלקית ומוגבלת¹⁸². במלים אחרות: המחיר שההתאמות השונות לפיזור ולקשיי המידע גובות הוא אובדן

178 קלברזי והירשוף (לעיל, הערה 143), 1067-1070. ראה שם, הערה 54.

179 שם, 1059-1056.

180 שם, 1071-1070.

181 שם, 1076-1075.

182 אנגלרד קיצוני יותר בביקורתו. לטענתו, קלברזי אינו כונה תיאוריה כללית שממנה ניתן לגזור פתרונות מעשיים לבעיות קונקרטיות, אלא רק מצביע על השיקולים השונים שיש לקחת בחשבון לשם כניית

משמעותי של רווחה – אובדן שהרתעה יעילה אמורה למנוע. בעוד שפוזנר ושביל טוענים כי ניתן להשיג הרתעה יעילה באמצעות דיני-הנזיקין, אך אינם מתמודדים עם בעיות המידע הכרוכות בכך – הרי שקלברזי, בהשלמתו עם בעיות המידע, מכיר למעשה בכך כי לא ניתן להשיג הרתעה יעילה אלא במידה מוגבלת וחלקית. מאחר שגם הרתעה מוגבלת זו אינה ודאית וכרוכה בבעיות מידע משמעותיות, ומכיוון שקלברזי עצמו מודה כי במקרים הקשים אין מנוס מניחוש או מחלוקה שרירותית – מתעוררת השאלה, האם אין זו טעות לייחד את המכשיר החשוב של דיני-הנזיקין להשגת מטרה הניתנת להשגה באופן חלקי ביותר, אם בכלל. דווקא ניתוחו של קלברזי מוביל למסקנה, כי מוטב להשתמש בדיני-הנזיקין לקידום מטרות שונות מאלה של הרתעה יעילה. מסקנה זו נתמכת על-ידי קלברזי עצמו המעיר, כי במקרים הקשים מוטב אולי לוותר על גישת ההרתעה הכללית ולהשתמש בדיני-הנזיקין על-פי קווים מנחים הלקוחים מגישות אחרות¹⁸³. לא זו אף זו: ראינו, כי גם בהעדר קשיי מידע מהסוג שנדון כאן, כשלי שוק אחרים, שקלברזי מכיר בהם, מציבים סימן-שאלה גדול על היכולת להשיג הרתעה יעילה באמצעות תיקון חלקי של מגגוני השוק (second best theory)¹⁸⁴. בהינתן משקלם המצטבר של כל המכשולים הניצבים על דרך ההרתעה היעילה, לרבות המכשול של קביעת שיעור הנזק שנגרם¹⁸⁵, קשה להבין מדוע מתעקש קלברזי, המודע לקשיים אלה, להמשיך ולדבוק בהרתעה יעילה כמטרה דומיננטית של דיני-הנזיקין¹⁸⁶.

קביעת המונע הזול. מבחן המונע הזול אמור לצמצם את תחומי ההחלטה הקולקטיבית ולהגבילה לבחירת הקבוצה המסוגלת יותר מכל קבוצה אחרת לערוך את מאזן העלות תועלת ולפעול לפיו לאחר שיושת עליה נטל הנזק. כל קשיי המידע האחרים, כולל עריכת המאזן עצמו, מועברים באמצעות השוק אל המונע הזול, האמור להיות מצויד במידע מתאים. אלא שגם מבחן מצמצם זה מותיר בעינם קשיי מידע ממשיים¹⁸⁷.

הקושי הבסיסי כרוך בעצם ההכרעה אם להטיל אחריות או לשנות הסדר אחריות קיים. מנין ששינוי כלשהו בהיקף פעילות או בטיבה יגדיל את הרווחה החברתית הקיימת? ראינו, כי שינויים בפעילות אחת משפיעים על רווחה המופקת על-ידי הצדדים מפעילויות אלטרנטיביות, ונוסף על כך – גם על רווחתם של צדדים שלישיים. הערכת התוצאה הכוללת של השינויים היא אפוא משימה מורכבת הנעשית מורכבת שבעתיים כאשר ההערכה מתבקשת לגבי קטיגוריות שלמות של

תיאוריה שכזו: אנגלרד (לעיל, הערה 20), 39. לדעתו, קלברזי אינו נותן תשובות מניחות את הדעת להשפעה השלילית שיש לביטוח על יעילות ההרתעה (שם, 46).

183 קלברזי (לעיל, הערה 20), 152, 160.

184 ראה לעיל, בסעיף ג. (3) (ג).

185 לעיל, הערה 106.

186 אנגלרד מביע תמיהה דומה באומר:

Thus, the tenacious attachment to primary accident prevention as the main rationale of liability remains detached from all empirical data. As a result the ostensibly rational model has all the characteristics of a myth.

(אנגלרד [לעיל, הערה 20], 51).

187 שם, 43-44.

מזיקים וניזוקים. ניקח לדוגמא את שאלת האחריות למוצרים: הערכה ראשונית יכולה להוביל למסקנה, כי מעבר מהסדר של רשלנות להסדר של אחריות חמורה יוביל להגדלת הרווחה הכוללת. החמרת האחריות אמורה להגדיל את ההשקעה בבטיחות ובמחקר ובפיתוח ולצמצם את נזקי התאונות בעלות הנמוכה מן הנזק שנחסך. הערכה כוללת יותר יכולה להוביל למסקנה הפוכה: החמרת האחריות תביא להגדלת עלויות הייצור, אם בשל ההשקעה בבטיחות ואם בשל הגידול בפרמיות הביטוח. העלאת המחירים, אם לא תקוץ בגידול מתאים בביקוש, תביא לצמצום היקפה של פעילות הייצור ותגרום לפיטורי עובדים ולתגובות-שרשרת נוספות עד כדי פגיעה בתוצר הלאומי. תסריט קודר זה אינו דמיוני. לדעת רבים, זהו התהליך שעבר על המשק האמריקני בשנות השבעים והשמונים¹⁸⁸. הקושי בהערכת התפתחויות שכאלה נובע מריבוי הגורמים המעורבים ומיחסי-הגומלין ביניהם.

קושי בסיסי זה משליך במישורין על בחירת המונע הזול. המונע הזול אמור להיות צד לפעילות בעל הידע הטוב ביותר באשר להשפעה שתהא לשינויים בפעילות על הרווחה הכוללת. בראייה בילטרלית צרה אכן יש מקום להנחה כי לצדדים יש מידע טוב יותר מזה שיש לבית-המשפט או למחוקק בכל הנוגע להשפעת שינויים בהיקף פעילותם וטיבה על רווחתם. אך האם מצויים בידם הנתונים האחרים הנדרשים לצורך ההערכה החברתית הכוללת, כאשר זו מתרחבת על תהליכים כלכליים מורכבים, מספר גדול של צדדים שלישיים מעורבים ופעילויות אלטרנטיביות? במלים אחרות: העובדה שלגורם שוקי מידע טוב יותר מזה של הגוף הקולקטיבי עדיין אינה מבטיחה כי יש לו את המידע המינימלי הדרוש כדי לאתר את המצב היעיל. קשיי המידע הם כה רבים עד כי ניתן להניח, כי מעטים מאוד המצבים שבהם יהא לצד כלשהו לפעילויות המתנגשות כל המידע הנדרש להערכה חברתית כוללת. חשוב גם לזכור, כי לגורם השוקי לא יהא במקרים רבים תמריץ כלשהו להשקיע משאבים באיסוף מידע. שיקוליו של גורם זה הם אישיים ולא חברתיים. גם אם יש ביכולתו להגיע בהשקעה קטנה אל מידע חיוני, לא ייעשה הדבר אלא אם-כן תצמח לו מכך רווחה אישית. דווקא מבחינה זו יש יתרון לגוף הקולקטיבי המונע במישורין על-ידי השאיפה למקסום הרווחה החברתית.

קושי נוסף מתעורר כאשר תכונותיו של המונע הזול מתפצלות בין שני צדדים: צד אחד הוא בעל המידע לעריכת מאזן עלות תועלת, אך אינו יכול לפעול ליישומו. הצד האחר הוא בעל היכולת ליישם את המידע, אך זה אינו מצוי ברשותו. מיהו המונע הזול כמצב זה? תשובתו של קלברזי מעורפלת; במקרה זה יש לדבריו "לשקול את היתרונות היחסיים"¹⁸⁹. נראה כי במקרה שכזה אין מנוס מעריכת מאזן עלות תועלת במסגרת החלטה קולקטיבית.

בעיה אחרת שאינה זוכה למענה הולם היא הדרך שבה תושג הרתעה של קבוצת-הניזוקים, כאשר זו נדרשת במקביל ובהשלמה להרתעת קבוצת-המזיקים. במודל הקזואיסטי של פוזנר ושכל נפתרת בעיה זו על-ידי הגנת ההתרשלות התורמת.

188 למשבר האחריות בארצות-הברית ראה גלעד, אחריות חמורה (לעיל, הערה 142), 191-192, הערה 38, והאסמכתאות שם; W.K. Viscusi, "The Dimensions of Product Liability Crisis" 20 J. Legal Studies

147 (1990). ולאחרונה W. K. Viscusi, *Reforming Products Liability* (Cambridge; 1991).

189 קלברזי והירשוף (לעיל, הערה 143), 1060, הערה 19 שם.

קלברזי דוחה הגנה זו בטענה, שהיא מבוססת על שיקולי אשמה הזרים ליעילות¹⁹⁰. נראית לו יותר ההגנה של ההסתכנות-מרצון¹⁹¹. תהא ההגנה המתאימה אשר תהא — הצורך בקביעת הגנה כלשהי מחייב מעצם טבעו החלטה קולקטיבית המבוססת על הערכת יכולת המניעה של קבוצת-המזיקים, מחד גיסא, ושל קבוצת-הניזוקים, מאידך גיסא. קשה לראות כיצד החלטה ממין זה מתקבלת ללא הערכה קולקטיבית של מאזן העלות והתועלת של כל פעילות. יתירה מזאת: קיים ניגוד ברור בין הגישה של הרתעה קבוצתית שלא באמצעות בית-משפט לבין קיומן של הגנות. השאלה אם במקרה המסוים התקיימו תנאיה של הגנה מסוימת — למשל: ההסתכנות-מרצון — מחייבת התייחסות לעובדות המקרה הנדון¹⁹². קלברזי מודע למתח זה שבין כלליות ההרתעה לבין האופי הקוואיסיטי של ההגנות ומודה בכך שבתחומים מסוימים, כאחריות למוצרים, יש אכן עדיפות הרתעתית לבחינה קוואיסיטית¹⁹³.

מן המקובץ עולה ספק גדול באשר לנכונות טענתו של קלברזי כי ניתן, באמצעות מבחן המונע הזול, להעביר אל השוק את עריכת מאזן העלות תועלת. נראה כי בסופו של דבר, מסיבה זו או אחרת, לא יהא מנוס מעריכת מאזן זה באורח קולקטיבי ובכפיפות לכל קשיי המידע שקלברזי מבקש לעקוף. פוזנר מגיע למסקנה דומה¹⁹⁴. וכך גם עולה מנסיבות אחרים ליישם את מבחנו של קלברזי¹⁹⁵.

"הרתעה כללית" והפנמה. חולשה מרכזית נוספת של גישת ההרתעה הכללית היא היותה גישה מובהקת של הפנמה אוטומטית. כמו פוזנר ושבל, מניח גם קלברזי כי משנבחר המועמד המתאים להרתעה, די בכך שיוטל עליו נזקו של הניזוק כדי שתושג הרתעה יעילה. הנחה זו מסתמכת על כך שזקו של הניזוק שווה בגודלו להשפעה החיצונית הטעונה הפנמה. הביקורת על הנחה זו, המתעלמת מקיום פער בין השניים, יפה אפוא גם כלפי גישת ההרתעה הכללית. כשני עמיתיו גם קלברזי אינו מתמודד עם בעיות המידע הכרוכות בחישוב הפער האמיתי שבין הנזק הפרטי לבין שיעורה האמיתי של ההשפעה החיצונית.

כבר צוין, כי הסדר ההרתעה השוקית של קלברזי קרוב יותר לפתרון ההפנמה האוטומטית מאשר הסדרי הרשלנות והאחריות החמורה על-פי פוזנר ושבל¹⁹⁶. נטייתו של קלברזי להטיל אחריות חמורה על הפעילות יוצרת-הסיכון, על בסיס קבוצתית¹⁹⁷, תוך צמצום ההגנות העומדות לרשותה, יוצרת מידה רבה של זהות בין הסדר זה להסדר ההפנמה האוטומטית¹⁹⁸.

190 שם, 1064-1062, בהקשר של מוצרים פגומים.

191 שם, 1066, 1073-1074.

192 על הניגוד בין החפישה של הרתעה קבוצתית לבין הצורך בהגנות ראה אנגלרד (לעיל, הערה 20), 44.

193 קלברזי והירשוף (לעיל, הערה 143), 1068.

194 פוזנר 1973 (לעיל, הערה 129), 215-213.

195 P.A. Diamond & J.A. Mirrlees, "On the Assignment of Liability: The Uniform Case" 6 *Bell J. Econ.* (1975) 487, 488; F.I. Michelman, "Pollution as a Tort — A Non Accidental Perspective on Calabresi's Costs" 80 *Yale L.J.* (1971) 647, 673-674, 683.

196 ראה לעיל, הערה 165, והטקסט המלווה.

197 להעדפת חיובם של מעבידים ויצרנים כיוצרי-הסיכון ראה קלברזי (לעיל, הערה 20), 164-165.

198 על רקע הקרבה בין הניתוח הכלכלי של המשפט לבין המטרת הפיגוראנית מעניין לבחון את התייחסותו של קור ל"משפט ולכלכלה". בעוד שקור מוחה ביקורת חריפה על הכלכלנים הרבקים במטרת ההפנמה הפיגוראנית ובהנחותיה הפשטניות, במקום להתמודד עם בעיות המידע הקשות הכרוכות בכך (קור 1988).

4. הרתעה ובעיות מידע – סיכום

הגישה הכלכלית לדיני-הנזיקין רואה בדינים אלה מכשיר להכוונת התנהגותם של הצדדים המעורבים בסיטואציה הנזיקית. נטל הפיצוי או נטל הנשיאה בעלות הנזק אמורים לשנות את מחירי הפעילויות המתנגשות מנקודת-מבטם של צדדים אלה ולהביא אותם לשנות את טיב פעילותם או את היקפה. באמצעות שינוי זה בפעילויות אמורים דיני-הנזיקין להשיג מעבר ממצב נתון למצב יעיל יותר, דהיינו: למצב שבו גדלה הרווחה המצרפית של כלל הצדדים המושפעים על-ידי הפעילות הנזיקית, כשהשאיפה היא להגדיל את הרווחה ככל האפשר.

המכשול העיקרי הניצב על דרך הגשמת מטרה זו הוא קשיי המידע הכרוכים בה. מקסום הרווחה כרוך בהערכת הגידול או הצמצום ברווחה עקב שינויים חלופיים בטיב הפעילויות ובהיקפן – בחירת "המצב היעיל", וכן בקביעת הדרך שבה ניתן לשנות את התנהגות הצדדים המעורבים כדי שיושג "המצב היעיל". כל אלה כרוכים בחישובי רווחה מסובכים ומורכבים של צדדים רבים במספר רב של שווקים ומתוצה להם. חישובי רווחה אלה מותנים בקיומו של מידע עובדתי רב שחלקו אינו ניתן כלל להשגה, חלקו אינו ניתן להשגה בעלות סבירה או במאמץ סביר וחלקו טמון בחיק העתיד.

הניתוחים הכלכליים של קלברזי, פוזנר ושביל אינם מציעים פתרונות משכנעים לבעיות המידע הכרוכות בהרתעה יעילה. החולשה המרכזית המשותפת לכל הפתרונות המוצעים היא בניסיון לעקוף את בעיות המידע על-ידי הפעלת מכשיר ה"הפנמה" וכוחות-השוק. הפנמה הנזק אמורה להשיב את כוחות-השוק לפעולה תקינה המבטיחה השגת יעילות ללא צורך בהערכות רווחה קולקטיביות. מידת ההישענות על ההפנמה ועל כוחות-השוק שונה מפתרון לפתרון. בהסדר הרשלנות נוסח פוזנר נעשית בחירת "המצב היעיל" בהחלטה קולקטיבית, ורק לצורך הכוונת ההתנהגות מסתייעים בהפנמה. הסדר האחריות החמורה נוסח פוזנר ושביל מרחיב את תפקיד ההפנמה לקביעת "המצב היעיל" מבחינת המזיק ומותיר לבית-המשפט את קביעת "המצב היעיל" מבחינת הניזוק. "המונע הזול" של קלברזי מסתמך על הפנמה וכוחות-השוק גם לצורך קביעת "המצב היעיל". מאחר שפתרון ההפנמה אינו עומד במבחן הביקורת, הן משום שהוא מתעלם מהשפעתם של ליקויים אחרים בפעולת כוחות-השוק, והן בהיותו מכוסס על הנחת-יסוד מוטעית בדבר השוויון בין נזק הפרטי של הניזוק לבין ההשפעה החיצונית, נופלים יחד עמו גם הפתרונות הנשענים עליו. הפנמה "אמיתית" של ההשפעה החיצונית יוצרת אותן בעיות מידע שהכותבים ביקשו לעוקפן.

המסקנה המתבקשת היא, שבעיות מידע בלתי-פתירות מגבילות במידה ניכרת את כוחם של דיני-הנזיקין כמכשיר להרתעה יעילה. תחום הרלבנטיות של הניתוח הכלכלי מצטמצם עקב כך למצבים המקיימים את התנאים הבאים: (א) ההתנגשות

[לעיל, הערה 23], 24-31), הוא רואה בעין יפה את מחקרי הכלכלנים בתחום ההשפעה של המשפט על פעולת המערכות הכלכליות (שם), 28). מאמירה כללית זו קשה להקיש על יחסו לניתוחים הכלכליים של פוזנר, שביל וקלברזי שדונו כאן.

היא בין שני צדדים ללא השפעות משמעותיות על רווחת צדדים שלישיים; (ב) על הפרק עומדת שאלת טיב הפעילויות המתנגשות, ולא שאלת היקפן; (ג) נתוני הרווחה הנוגעים לעלות הנוזק ולעלות המניעה ניתנים להערכה אובייקטיבית מהימנה. הגבלות אלה מציבות סימן-שאלה גדול על ההצדקה שבשימוש במכשיר החשוב של דיני-הנוזקין למטרה כה מוגבלת. סימן-שאלה זה מעיב גם על גישתו הפרגמטית של קלברזי, המנסה בכל-זאת להפיק את מירב ההרתעה מדיני-הנוזקין, על-אף אילוצי המידע הקשים ועל-אף המגבלות של הרתעה קבוצתית.

ד. הרתעה וביטוח

1. ביטוח הנוזק וסיבותיו

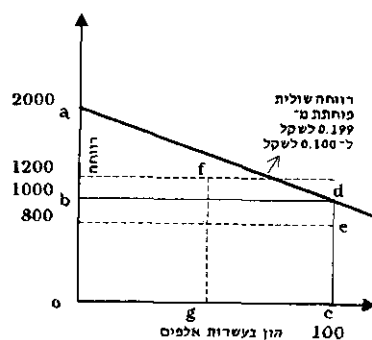
הנוזק הנגרם עקב התנגשות הפעילויות של המזיק והנזוק הוא לרוב בר-ביטוח, ובמקרים רבים מבוסס בפועל בין בביטוח אישי ובין בביטוח אחריות. מה גורם לצדדים לבטח את עצמם כנגד נשיאה בנטל הנוזק? ההסבר המרכזי לתופעה כלכלית זו הוא התועלת (הרווחה) השולית הפוחתת של ההכנסה ושנאת הסיכון הנגזרת ממנה. בהנחה שכל פרט משתמש בשקלים הראשונים של הכנסתו לסיפוק הצרכים הדחופים ביותר (מחיה) ובשקלים הנוספים לסיפוק צרכים ורצונות חשובים פחות מבחינתו, מתקבלת התוצאה שלפיה ערכו של שקל נוסף, שולי, במונחי רווחה, הולך ופוחת. נקח, לדוגמא, פרט שהונו מיליון שקלים ונניח כי לכל קבוצה של עשרת אלפים שקלים ערך שונה במונחי רווחה. בקבוצה הראשונה ערך כל שקל הוא 0.199 יחידות-רווחה. בקבוצה השנייה ערכו 0.198 יחידות-רווחה וכך הלאה, עד 0.100 יחידות-רווחה המופקות מן השקלים בקבוצה המאה. ערכו של שקל ממוצע במונחי רווחה הוא בהתאם 0.1495, או 0.150 לצורך נוחות החישוב. ערך ההכנסה כולה הוא 150,000 יחידות רווחה. כיצד מתקשרת תופעה זו לביטוח?¹⁹⁹ לצורך המחשה נניח, כי אותו פרט עומד בפני סיכון של 0.8% לשאת בנזק של מיליון שקל, בין כניזוק ובין כמזיק. מבחינה שקלית תוחלת הנוזק היא 8,000 שקלים (0.8% ממיליון שקל). במונחי רווחה תוחלת זו שקולה ל-1,200 יחידות-רווחה (0.8% מ-150,000 יחידות-רווחה). נניח עתה, כי 125 פרטים במצב דומה מבקשים ליצור קרן שתכסה את הנוזק שייגרם לאותו פרט האמור להיפגע על-פי ההסתברות הסטטיסטית. כל חבר יתבקש לתרום לקרן זו 8,000 שקלים וכך יתקבל הסכום של מיליון שקלים. הנקודה החשובה היא, שאובדן הרווחה הכרוך בתשלום הפרמיה עומד מבחינתו של כל פרט רק על 800 יחידות כנגד אובדן רווחה של 1,200 בהעדר ביטוח. הסיבה לפער זה נובעת מכך, שהפרמיה משולמת מן השקלים השוליים שרווחתם נמוכה (0.100), בעוד שבהעדר ביטוח הנוזק מאיים לבלוע את כל הונו של הפרט שבו ערכו הממוצע של שקל גבוה יותר (0.150).²⁰⁰ באמצעות הביטוח כל פרט חוסך 400 יחידות-רווחה השקולות

199 על תופעת התועלת השולית הפוחתת של ההכנסה, בחינתה האמפירית והשפעתה על תמריצי הביטוח וכן על תיאורמת קרן ראה הוונקמף (לעיל הערה 59), 806-798.

200 J.K. Arrow, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care" 53 *Am. Econ. Rev.* (1963) 941, 960.

לכ-4000 שקל במונחי רווחה שולית ולכן יהא מוכן לשלם עד לכ-12,000 שקלים כדי לרכוש את הביטוח המבטח סיכון כספי של 8,000 שקל²⁰¹. עלות הביטוח למבטח היא מיליון השקלים שיפורשו למאגר הביטוחי ועוד עלות הפעלת המנגנון הביטוחי. אם נניח, כי עלות זו עומדת על 1,500 שקל למבוטח, הרי שההפרש בשיעור של 2,500 שקלים הוא עודף כלכלי העומד לחלוקה בין המבטח למבוטח. המאגר הביטוחי כולו הניב רווחה חברתית כוללת הנמדדת בסכום של 312,500 שקלים. עסקת הביטוח היא אפוא גם עסקה יעילה וגם שיפור פרטו.

תרשים 6



תרשים 6 מראה רווחתו של פרט בעל הון של מיליון שקלים. הציר האופקי מציג הון זה כמאה קבוצות של עשרת אלפי שקלים כל אחת. הציר האנכי מציג את הרווחה השולית המופקת מכל קבוצה. השיפוע היורד של קו הרווחה השולית מייצג את פחיתת התועלת השולית של כל קבוצה. השטח aocd מייצג את סך כל הרווחה המופקת מן ההון – 150,000 (בעיגול).

הסיכון בגובה של 0.8% הכרוך באובדן רווחה זו מתואר באמצעות הקטע gf – 1,200 יחידות-רווחה. הסיכון של 125 חברי הקבוצה שווה לשטח aocd – 150,000. לעומת זאת, אובדן הרווחה הכרוך בתשלום פרמיית-הביטוח המשקפת את הסיכון מוצג באמצעות הקטע ce – 800 יחידות-רווחה. אובדן הרווחה של כלל חברי הקבוצה עקב תשלום הפרמיה שווה לשטח boed – 100,000. הרווחה המופקת מן הביטוח שווה לשטח abd – 50,000. חלקה (18,750) יוקדש לכיסוי עלויות הביטוח והיתר (31,250) יתחלק כעודף כלכלי בין המבטח למבוטחים.

עסקת-הביטוח כדאית למבוטח גם בשל חששו של המבוטח כי בהעדר ביטוח לא יוכל לגייס את הסכומים הנדרשים לתיקון הנזק שייגרם לו ולמניעת גידול בהיקפו, או לחלופין – שגיוס הסכומים הנדרשים לטיפול בנזק ולהטבתו יגרום

²⁰¹ הסכום המדויק הוא 11,980. זאת משום ש-400 יחידות הרווחה מתחלקות בין שתי קבוצות שונות של רווחה שולית. 200 היחידות הראשונות שקולות ל-2000 שקלים בקבוצה המאה. בשלב זה שולמו עשרת אלפי השקלים המהווים את הקבוצה המאה. 200 יחידות הרווחה הבאות חילקתה מן הקבוצה הבאה. ה-99. בקבוצה זו ערך כל שקל הוא 0.101 יחידות-רווחה ולכן 200 יחידות רווחה שקולות רק ל-1980 שקלים.

לשינוי-לרעה במעמדו הכלכלי או החברתי. אלא הם הנוזקים הנוספים שניתן למונעם על-ידי פיזור הנזק באמצעות ביטוח²⁰².

הביטוח ממלא אפוא תפקיד חשוב במניעת אובדני רווחה פרטיים וחברתיים – עובדה המסבירה את נפוצותו. השפעתו החיובית על הרווחה הופכת את הביטוח היעיל למטרה בפני עצמה של דיני-הנוזקין. במסגרת הדיון בסוגיית הפיזור עמדנו בקצרה על האופן שבו ניתן להשתמש בדיני-הנוזקין כדי ליצור תמריצי ביטוח שיגדילו את הרווחה החברתית הכוללת. עניינו כאן שונה: להלן נבחן כיצד מגנני-הביטוח הקיימים משפיעים על יכולתם של דיני-הנוזקין להשיג הרתעה יעילה.

2. השפעת הביטוח על תמריצי המניעה

לצורך הדיון נגיה, כי ההרתעה באמצעות דיני-הנוזקין פועלת באורח יעיל, כך שהיא יוצרת אצל המונע הזול של הסיכון תמריצי-מניעה מתאימים. כיצד ישפיע הביטוח על תמריצים אלה?

לכאורה אין הביטוח אמור לפגוע בתמריצי המניעה. נטל המניעה מוטל על צד, מזיק או ניזוק, כאשר עלות המניעה נמוכה מתוחלת הנזק הצפוי ($PL > B$). מאחר ששיעור פרמיית-הביטוח הוא תוחלת הנזק בתוספת כיסוי עלויות הביטוח, הרי שהמניעה אמורה להיות זולה יותר מפרמיית-הביטוח. כך, לדוגמא, כאשר תוחלת הנזק היא 10,000 שקלים והמזיק יכול למונעה בהשקעה של 9,000 שקלים, ברור כי יעדיף להוציא 9,000 למניעה ולא 11,000 כתשלום לפרמיה הכוללת את תוחלת הסיכון ועלויות מבטח בשיעור של 1,000 שקלים.

עם זאת, קיימים לפחות שני מצבים שכיחים שבהם יעדיפו המזיק או הניזוק לבטח, על-אף שביכולתם למנוע את הנזק בהוצאה כספית הקטנה מתוחלת הנזק. מצב אחד הוא כאשר אין ודאות כי אמצעי-המניעה שיינקטו ימנעו לחלוטין את התממשות הסיכון. חוסר-הוודאות יכול לנבוע מסיבה פיזיקלית או טכנולוגית (אין ודאות כי שיפור בטיחותי ימנע התרחשות נזק) או מסיבה משפטית (המזיק או הניזוק אינם יודעים בוודאות, כי בית-המשפט יפטור אותם מאחריות או מאשם

202 כאמור, ההנחה בדבר התועלת השולית הפוחתת של הכסף היא בעייתית ביותר מבחינת כלכלת הרווחה והניתוח הכלכלי של המשפט (ראה לעיל, הערות 40 ו-84). אם שקלים שונים מייצגים רווחה שונה, הרי שלא ניתן עוד למדוד רווחה באמצעות יכולת נכונות לשלם – קריטריון קלדור-היקס – אלא לאחר ביצוע שקלולים מתאימים. שקלולים אלה מצריכים מידע באשר לשיעור שנאת הסיכון של כל אחד מן הפרטים המעורבים – מידע שבפועל אינו ניתן להשגה (ראה לעיל, הערה 84). מטעם זה מניחים פוזנר ולנדס, כנקודת-מוצא בסיסית, נייטרליות לסיכון, זאת על-אף שהם מודים בכך כי הנחה זו אינה מציאותית (לעיל, הערה 3, 56-58, 273). גם קלברזי מסתייג מהנחת התועלת השולית הפוחתת (לעיל, הערה 20, 39-40). גישה זו יוצרת קושי: בהעדר תועלת שולית פוחתת ושנאת הסיכון הגזורה ממנה, כיצד ניתן להסביר את תופעת הביטוח? קלברזי מציין כי הנזק הנוסף, הפגיעה במעמד החברתי והכלכלי הנמנעת על-ידי ביטוח, מהווה טעם מספיק לפיזור (שם, 40). יצוין, כי הסבר זה מכיר למעשה בכך שהתועלת השולית של הכסף משתנה. אם אובדן של סכום כסף מסוים כרוך בפגיעה גדולה ברווחה, בשל שינוי-לרעה בסטטוס, מאשר אובדן של סכום זהה בסטטוס הראשוני – הרי שלפחות בקטעים מסוימים של הכנסה או הון התועלת השולית חייבת לרדת. גם לשיטת קלברזי אין אפוא מנוס משקלולם של סכומי כסף שונים לצורך מדידת רווחה.

תורם עקב אמצעי הזהירות שנקטו). במקרים אלה תבוא לידי ביטוי שגאת הסיכון. נניח כי נזק של מיליון צפוי בהסתברות של 1%. השקעה של 4,000 בבטיחות תצמצם את ההסתברות ל-0.5%. זוהי השקעה יעילה, שכן בעקבותיה קטנה תוחלת הנזק מ-10,000 ל-5,000, כנגד השקעה של 4,000. לכאורה עדיף גם לניזוק או למזיק להשקיע במניעה. עלות חלופה זו במונחי כסף היא 9,000 — 4,000 השקעה במניעה ועוד 5,000 שקל תוחלת הנזק הצפוי. החלופה הביטוחית כרוכה בתשלום פרמיה של 10,000 לכיסוי הסיכון ועוד 1,000 עלות הביטוח — סך-הכול 11,000. למרות זאת, תועדף חלופת הביטוח מן הטעם הבא: בחלופת ההשקעה בבטיחות נמדד ערך תוחלת הנזק הצפוי לא לפי שקל ממוצע השקול ל-0.100 יחידות-רווחה, אלא לפי שקל ממוצע של 0.150 יחידות-רווחה. תוחלת הנזק בשיעור 5,000, במונחי רווחה ממוצעת, שקולה אפוא ל-7,500 במונחי רווחה שולית. עלות חלופת ההשקעה היא אפוא כ-11,500 ולכן יועדף הביטוח.

המצב האחר שבו יעדיף הניזוק לבטח, על-אף שעלות המניעה קטנה מן הסיכון, הוא כאשר הפרמיה המשולמת על-ידו קטנה מעלות המניעה. עד עתה הנחנו, כי כל מבוטח משלם פרמיה בשיעור הסיכון האישי שלו. במציאות חישוב מדויק של תוחלת הסיכון של כל מבוטח אינו אפשרי מבחינה מעשית או אינו כדאי מבחינה כלכלית. מבוטחים בעלי סיכון אישי שונה נחשבים לצורך הביטוח כאותה קבוצת-סיכון²⁰³. כתוצאה מכך כל החברים בקבוצת-מיון ביטוחית משלמים פרמיה אחידה המשקפת את ממוצע הסיכון בקבוצה. מבוטח שסיכונו האישי גבוה מסובסד בדרך זו על-ידי מבוטח שסיכונו האישי נמוך והמוכן לשאת בנטל הסבסוד בשל שגאת הסיכון²⁰⁴. מציאות זו יוצרת מצבים שבהם לא רק תוחלת הסיכון האישי של מזיק גדולה מן הפרמיה הממוצעת, אלא אף עלות מניעת הסיכון על-ידו, כך, לדוגמא, אפשר כי מבוטח שתוחלת הסיכון שלו עומדת על 13,000 שקלים ועלות המניעה האישית — על 11,500, יתבקש לשלם פרמיה ממוצעת של 11,000 שקל. מזיק זה יעדיף כמובן לרכוש ביטוח מאשר למנוע את הנזק.

משנרכש הביטוח, הופכת השקעה במניעת נזק מכוסה לבלתי-כדאית למבוטח, גם אם קיים פער גדול בין שיעור הסיכון לעלות המניעה. יתירה מזאת: הביטוח עלול להפוך את המבוטח אדיש למניעת סיכון גם באותם מצבים שבהם עלות המניעה זניחה מבחינתו (נעילת דלת ביציאה מהבית). במצבים קיצוניים עלול המבוטח לגרום לנזק בעצמו כדי לגבות את דמי-הביטוח. תופעה זו של אדישות לסיכון או גרימתו המכוונת, הידועה כ-"moral hazard", גורמת לאובדן רווחתה²⁰⁵. המסקנה המתבקשת היא, שהביטוח מנטרל במידה רבה תמריצי-הרתעה שיוצרים

203 למיון הביטוחי ראה קלברוי (לעיל, הערה 20), 60-64.

204 עם זאת, מעל רמה מסוימת של סבסוד יהפוך הביטוח ללא כדאי מבחינתו של המבוטח בעל הסיכון הנמוך. יציאתו של זה מן המאגר תחייב את הגדלת הפרמיה הממוצעת. גידול זה עלול להביא ליציאה של מבוטחים נוספים מן המאגר, לעלייה נוספת בפרמיות, וחוזר חלילה — עד להתמוטטותו של שוק הביטוח. זהו אחד ההסברים למשבר שפקד את שוק הביטוח בארצות-הברית עקב הכבדת נטל האחריות והגידול בפרמיות. ראה G.L. Priest, "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 *Yale L.J.* (1987) 1521, 1588; H.S.E. Gravelle, "Insurance Law and Adverse Selection" 11 *Int.Rev.L.Econ.* (1991) 23.

205 G.T. Schwartz, "The Ethics and the Economics of Tort Liability Insurance" 75 *Cornell L.Rev.* (1990) 313, 338 (להלן: שוורץ). להשלכות התופעה של ה-"moral hazard" ראה ארו (לעיל, הערה

דיני-הנוזקין. אמנם, קיימות דרכים שבאמצעותן המבטח יכול לשמר חלק מתמריצי המניעה. השתתפות עצמית, שיטת הבונוס/מלוס, כיסוי חלקי או התנאת הכיסוי הביטוחי בנקיטת אמצעי-מניעה הן דוגמאות לכך. במקרים מסוימים יכול הביטוח אף לשפר את ההרתעה, אם על-ידי מתן ייעוץ והכוונה בנושאי מניעה²⁰⁶ ואם על-ידי מניעת הסיכון של חדלות-פרעון – סיכון המנטרל תמריצי הרתעה²⁰⁷. עם זאת, ועל-אף שהשאלה היא בסופו של דבר אמפירית, סביר להניח כי המאזן הכולל של תופעת הביטוח מהיבט ההרתעה הוא מאזן שלילי. מאחר שביטוח האחריות בנוזקין הוא תופעה נפוצה המקיפה את הקבוצות החשובות של המזיקים – נהגים, בעלי-מקצוע, ספקי-שירותים, יצרנים, מעבידים, בעלי-נכסים ואחרים – ניתן להניח כי פגיעת הביטוח בהרתעה הנוזקית היא משמעותית. אם אלה הם פני הדברים, מה טעם יש ביצירת תמריצי-הרתעה באמצעות דיני-הנוזקין, כאשר ידוע מראש כי במציאות לא יניבו תמריצים אלה את התוצאות המבוקשות? התופעה הכלכלית של ביטוח הנזק מערערת אפוא אף היא, נוסף על בעיות המידע, את הטיעון המרכזי של הגישה הכלכלית לדיני-הנוזקין – הרתעה יעילה²⁰⁸.

3. עמדתם של קלברזי, פוזנר ושבל

ההתנגשות בין מטרתם ההרתעתית של דיני-הנוזקין לבין ההשפעה המנטרלת של הביטוח היא אבן-פינה בניתוחו של קלברזי. התנגשות זו מביאה אותו לבחינה מחודשת של התכלית ההרתעתית של דיני-הנוזקין ולהכרה בצורך להגדיר מחדש תכלית זו ואת דרכי יישומה. מסקנתו העיקרית, שנדונה לעיל, היא הצורך לעבור מהסדרי אחריות קזואליסטיים, המתעלמים מהשפעת הביטוח, אל הסדרי הרתעה קבוצתיים המבוססים על קבוצות-הסיכון הביטוחיות.

לעומת זאת, פוזנר ושבל ממשיכים לראות בהרתעה היעילה את תפקידם העיקרי של דיני-הנוזקין, על-אף ההשפעה שיש לביטוח על ההרתעה²⁰⁹. יתירה מזאת: לטענתם, השילוב של הרתעה עם ביטוח לא רק שאינו מערער את תפישת ההרתעה, אלא אף תומך בה; שכן מאזן הרווחה הכולל של הרתעה עם ביטוח הוא חיובי יותר מזה של הרתעה בלבד. טענותיהם בהקשר זה אינן עומדות במבחן הביקורת. טענה אחת מבוססת על מיון אופטימלי. כאשר המבטח יכול לזהות בדיוק את

R.H. Higgins, "Products Liability, Insurance, Moral Hazard and Contributory Negligence" 10 *J. Legal Studies* (1981) 111. לניסיון להציע פתרונות לבעיה זו ראה, D.R. Deere, "On the Potential for Private Insurers to Reduce the Inefficiencies of Moral Hazard" 9 *Int. Rev. L. Econ.* (1989) 219.

206 שוורץ (לעיל, הערה 205), 357-354.

207 כאשר המבטח יודע כי עלות נזק מסוים תיפול בסופו של דבר לא עליו אלא על צדדים שלישיים או על הציבור הרחב, עקב חדלות-פרעון מצדו – הדבר פוגע בנכונותו להשקיע במניעת נזק זה. ביטוח מונע חדלות-פרעון ואת תופעת ההחצנה הכרוכה בה. בכך "מפנים" נזק זה אל יוצר-הסיכון ויוצר אצלו תמריצי מניעה. ראה J. Kehne, "Encouraging Safety Through Insurance-Based Incentives — Financial Responsibility for Hazardous Wastes" 96 *Yale L.J.* (1986) 403.

208 ראה שוורץ (לעיל, הערה 205), 345-344. ראה פירס (לעיל, הערה 88), 1300-1298.

209 ראה פוזנר ולגרס (לעיל, הערה 3), 58.

הסיכון הכרוך בפעילות המבוטח, יותנה הכיסוי הביטוחי בכך שהמבוטח ינקוט אמצעי-מניעה ורמת זהירות אופטימליים. כך יישמר במלואו האפקט ההרתעתי של כלל האחריות. יתירה מזאת: קיומו של ביטוח עשוי אף לשפר את ההרתעה. בהעדר ביטוח עלול הנושא בסיכון להשקיע במניעת נזק סכום גדול יותר מזה האופטימלי בשל שגאת הסיכון. הביטוח מנטרל את שגאת הסיכון ומונע את הרתעת היתר²¹⁰.

טיעון זה מבוסס על הנחה בלתי-מציאותית בדבר מיון מושלם ויכולת המבטח להשיג הרתעה אופטימלית באמצעות תנאי פוליסת-הביטוח. בעיות מידע ועלויות מידע אינן מאפשרות למבטחים לקבוע במדויק מהו הסיכון האישי של כל מבוטח ומהי ההתנהגות היעילה מבחינתו. מבחינה זו אין למבטח כל יתרון על בית-המשפט²¹¹. ההיפך הוא הנכון: ניתן לטעון כי הן כמותם ואיכותם של האמצעים העומדים לרשות המבטח והן נכונותו לבדוק את יעילות ההתנהגותו של המבוטח קטנים מאלה שיש לבית-המשפט. זאת ועוד: עליפי הטיעון לעיל, אמור המבטח לפעול כתחליף לכלל של דשלנות, דהיינו: לא לבטח סיכוני דשלנות (כמונחי נוסחת ה'נד'). תוצאה זו נוגדת במובהק את המציאות, שהרי ביטוח האחריות מכסה כיום קודם-כול, ובעיקר, התנהגות רשלנית של המבוטח.

טיעון אחר הוא, שממדי תופעת ה-moral hazard מצומצמים בהיקפם כך שפגיעת תופעה זו בתמריצי המניעה אינה מהותית, מדוע? משום שתופעה זו תגרום למבטח לייקר את פרמיות-הביטוח במידה כזו שרכישתן תיעשה בלתי-כדאית מבחינת המבטחים²¹². גם כאן טופחת המציאות על-פני הטיעון, שהרי הביטוח נפוץ גם באותם תחומים שבהם קיים חשש ל-moral hazard. הסבר אחד לכך הוא, ששגאת הסיכון הופכת את הביטוח לאטרקטיבי במידה כזו שמבטחים מוכנים לסבסד גם את אובדני הרווחה הנובעים מ-moral hazard²¹³. הסבר אחר הוא, שהמבטחים אינם יודעים בדיוק מהו הסיכון האישי שלהם ומניחים כי הגידול בפרמיות אכן משקף גידול בסיכון. בין כך ובין כך, ברור כי כוחות השוק, בניגוד לטיעון, פועלים ליצירת כיסוי ביטוחי נרחב גם בתחומים שבהם קיימת או אפשרית תופעת ה-moral hazard.

ניסיון אחר להוכיח כי הביטוח אינו מערער את בסיסו של טיעון ההרתעה היעילה נעשה באמצעות הטיעון הבא, המשותף לפוזנר²¹⁴ ולשבל²¹⁵: אמנם, גטרול תמריצי ההרתעה באמצעות הביטוח יגדיל את היקף הנזקים הנגרמים, אך הגדלה זו לא זו בלבד שאינה פוגעת ביעילות, אלא אף מגדילה את היעילות במונחי פרטו. כיצד? הניזוקים החדשים מפוצים על מלוא נזקם באמצעות הביטוח ולכן מצבם לא הורע ביחס למצבם לפני היות הביטוח. ובאשר למזיקים ולמבטחים — אם אלה התקשרו בעסקת-ביטוח, הרי שמצבם הוטב עקב כך. אם הניזוקים אינם נפגעים מפעולת הביטוח והמזיקים נהנים מכך, הרי שהתופעת הביטוח הגדילה

210 שבל (לעיל, הערה 20), 210-211; פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), 56-58, 273.

211 קלברוי (לעיל, הערה 20), 126.

212 להצגת הטיעון המיוחס לשבל, פוזנר ופולינסקי ראה שוורץ (לעיל, הערה 205), 339-344.

213 שם, 344-346.

214 פוזנר ולנרס (לעיל, הערה 3), 13.

215 שבל (לעיל, הערה 20), 213.

את היעילות במונחי פרטו. המסקנה היא, שהרתעה עם ביטוח עדיפה על-פני הרתעה גרידא ללא ביטוח.

גם טיעון זה אינו משכנע. יש בו הכרה בכך, שהביטוח אכן גורם לאובדן רווחה חברתית על-ידי נטרול התמריצים להרתעה יעילה שדיני-הנזיקין יוצרים. "עוקצו" של הטיעון הוא בכך, שהגידול ברווחה החברתית הודות להשפעת הביטוח גדול יותר מאשר הפגיעה בתמריצי המניעה, כך שהמאזן הכולל של הביטוח הוא חיובי. חולשתו של טיעון זה היא בכך, שאין הוא מבצע את ההשוואה הנכונה. ההשוואה המתבקשת אינה בין הרתעה נזיקית ללא ביטוח לבין הרתעה נזיקית עם ביטוח. הביטוח, כתופעה המגיבה רווחה חברתית, הוא עובדה כלכלית העומדת בפני עצמה. גם ללא דיני-נזיקין תביא שנאת הסיכון ליצירת הסדר-ביטוח (ביטוח צד א) ולגידול ברווחה החברתית. עם זאת, שיעור תרומת הרווחה של הביטוח תלוי בתמריצי הביטוח שיוצרים דיני-הנזיקין. דיני-נזיקין המתמקדים בהרתעה יוצרים תמריצי ביטוח שונים מדיני-נזיקין המכוונים להשגת מטרות אחרות. בהינתן המטרה של מקסום רווחה, ההשוואה הנכונה היא אפוא בין "חבילת-הרווחה", שדיני-נזיקין מרתיעים וביטוח המותאם להם יוצרים, לבין "חבילת-הרווחה" שדיני-נזיקין המשרתים מטרות אחרות והביטוח המותאם להם יוצרים. הניגוד והמתח הפנימי הקיימים בין דיני-נזיקין מרתיעים, מחד גיסא, לבין הביטוח, מאידך גיסא, מעידים שתפוקת הרווחה של "חבילה" זו מוגבלת מעצם טיבה, בשל סתירה פנימית בין מרכיביה, וכי תיתכנה "חבילות" הרמוניות יותר שתגדלנה את הרווחה²¹⁶.

ה. סיכום: הרתעה, פיזור, שיקולי חלוקה ותרומת הניתוח הכלכלי

1. מגבלות ההרתעה ומשמעותן

קשיי המידע הכרוכים בהשגת הרתעה יעילה והשפעתם המשכשת של הסדרי-הביטוח הקיימים על תמריצי ההרתעה מגבילים במידה ניכרת את יכולתם של דיני-הנזיקין להשיג הרתעה יעילה. הנסיונות שנבחנו לעיל – להציע פתרונות לבעיות אלה, אם על-ידי הסתמכות על כוחות השוק בשיטות ההפנמה השונות ואם באמצעות המעטה בחשיבות פגיעתו של הביטוח בתמריצי ההרתעה – אינם עומדים במבחן הביקורת.

קוצר-ידם של דיני-הנזיקין להשיג הרתעה יעילה מוביל מטבע הדברים למסקנה, כי הרתעה זו אינה צריכה להיחשב כמטרתם העיקרית של דינים אלה. גם מי שסבור כי עיקר תפקידם של דיני-הנזיקין הוא להגדיל את היעילות, יודה כי אם הדבר לא ניתן להיעשות בצורה טובה באמצעות הרתעה מוטב לעשותו גם בדרך אחרת, כמו, למשל. באמצעות פיזור הנזק. הדברים אמורים מקל-וחומר, כאשר בתחום

216 כאמור לעיל, גם קלברוי מודה בכך, כי ב"מקרים הקשים" שבהם אין מידע מספיק להפעלת מנגנון ההרתעה השוקית, מוטב לפעול לפי קורם מנחים הלקוחים מגישות אחרות לבעיית חלוקת הנזקים (לעיל, הערה 20, [152]).

דיני-הנזיקין משתלבים גם שיקולי חלוקת הרווחה. בתמונה הכוללת והמגוונת של מטרות דיני-הנזיקין²¹⁷ אין הצדקה למתן משקל מיוחד לשיקול ההרתעה היעילה. התמקדותם של פוזנר ושביל, ובמידה פחותה גם של קלברוי, בשימוש בדיני-הנזיקין כמכשיר להשגת הרתעה יעילה – מהווה מבחינה זו החמצה²¹⁸. הניתוח הכלכלי הוסט מן העיקר אל השוליים, והפוטנציאל הטמון בו טרם מומש. בהינתן מגבלותיה של ההרתעה היעילה, מה צריכה להיות תרומתה הראויה של הכלכלה לקידום מטרות דיני-הנזיקין? התשובה לשאלה זו מחייבת בחינה מחודשת של מטרות דיני-הנזיקין לפי מסקנות הניתוח לעיל.

2. פיזור הנזק – שיקולי יעילות ושיקולי חלוקה

פיזור הנזק באמצעות ביטוח האחריות הפך לגורם מרכזי בתחום דיני-הנזיקין. לגורם זה השפעה מרחיקת-לכת הן על אופן תפקודם של דיני-הנזיקין הן על קביעת מטרותיהם הראויות.

מהיבט היעילות אין ספק, כי שינוי בתמריצי הביטוח עשוי לתרום תרומה חשובה לרווחה הכוללת על-ידי מניעת נזקים נוספים וצמצומם. השימוש בדיני-הנזיקין ליצירת תמריצים לביטוח אמנם אינו נקי מבעיות מידע. המקרה הקל יותר הוא של כלל אחריות היוצר אצל מזיקים תמריצי-ביטוח שלא היו קיימים קודם-לכן אצל הניזוקים. קשיי המידע גדלים כאשר יש לבחור בין ביטוח אישי לביטוח אחריות או להחליט על השילוב היעיל בין השניים²¹⁹. עם זאת, ניתן להעריך כי מידת הקושי הכרוכה בכך קטנה במידה ניכרת מזו הכרוכה בהרתעה. קיומו של ביטוח מסוים, אמינותו, נפוצותו, שיטת המיון הנהוגה בו, מידת הסיבסוד ההדדי בין המבוטחים, עלויות המיון והגבייה וכיוצא באלה נתונים רלבנטיים – כל אלה ניתנים לבדיקה ולהערכה סבירה.

גם מהיבט שיקולי החלוקה יש לפיזור הנזק חשיבות רבה. מהיבט זה תפקידם של דיני-הנזיקין הוא להקצות רווחה בין מזיק לניזוק בהתאם לשיקולים כצדק, הגינות, מוסר ושוויון במשמעויותיהם השונות. פיזורו של הנזק באמצעות מנגנוני-הביטוח משפיע במישרין על השגת מטרות אלה. אם הנושא בנטל אינו מזיק פלוני שסרח אלא כל הצדדים לפעילות יוצרת-הסיכון, ואולי אף הצדדים לפעילות החשופה לסיכון (ביטוח אחריות של יצרנים, הממומן מכספי הצרכנים שהם הניזוקים בכוון) – הרי שיש להעריך מחדש אם אמנם הסדר נזיקי מסוים מממש את מטרות החלוקה שבבסיסו או אם מטרות אלה ניתנות בכלל למימוש בתנאים אלה²²⁰. זאת ועוד: פיזורו של הנזק מאפשר כיום את השגתה של מטרה שחשיבותה הולכת

217 ראה גלעד, אחריות חמורה (לעיל, הערה 142), 181-196, והאסמכתאות שם; ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויז, פ"ד מד (2) 89, 112-114; אנגלרד 1992 (לעיל, הערה 5).

218 גם אנגלרד מחזיק בדעה, כי חשיבותם של דיני-הנזיקין כגורם מרתיע מוגבלת ביותר. ראה אנגלרד (לעיל, הערה 20), 39; הערה 186, לעיל; אנגלרד 1992 (לעיל, הערה 5), 43-44.

219 קלברוי 1984 (לעיל, הערה 5).

220 אנגלרד מצביע על כך, שפיזור הנזק באמצעות ביטוח האחריות מרוקן למעשה מתוכן את רעיונות הצדק המחזק והאחריות האישית המונחים בבסיס התפישה המסורתית של דיני-הנזיקין וכי זוהי הסיבה העיקרית למשבר הפוקד את דיני-הנזיקין. אנגלרד (לעיל, הערה 20), 27-30.

וגדלה בחברת הרווחה — הבטחת פיצוי ראוי לתיקונם של נזקי גוף ולשמירה על סטנדרט מינימלי של קיום בכבוד²²¹. בעבר ניתן היה להשיג מטרה זו רק במידה מוגבלת, שכן דרישת האשמה מנעה את חיובו של מזיק שלא גרם לנזק באשמתו. מנגנוני הפיזור, המסירים את נטל הפיצוי מן הפרט המזיק ומעבירים אותו אל קבוצת המזיקים בכוח, אפשרו להרחיב את בסיס האחריות ולהטילה גם בהעדר אשמה.

3. על השילוב הראוי — הרתעה, פיזור ושיקולי חלוקה

בקביעת אופיו של הסדר האחריות הרצוי בנזיקין יש לבחון ראשית את הנתונים והאופי של הפעילויות המוסדרות. השאלה המרכזית היא, האם הטלת אחריות תביא לפיזור של נטל הנזק באמצעות ביטוח האחריות. תשובה חיובית לשאלה זו משליכה במישרין על משקלם הראוי של שיקולי ההרתעה ושיקולי חלוקת הרווחה. השילוב של קשיי המידע עם השפעות הביטוח מחייב להגביל את מטרותיו ההרתעיות של ההסדר. הצדקה לאימוץ הסדר מרתיע קיימת רק אם מתקיימים שניים אלה: כאשר יש בסיס מספיק להערכה כי ניתן וצריך לשפר את תמריצי הבטיחות או לצמצם את היקף הפעילות יוצרת-הסיכון; וכאשר ניתן להניח כי מנגנוני הביטוח לא יעקרו את תמריצי ההרתעה. ההסדר המרתיע, אם יאומץ, צריך לפעול לא בדרך של חישובי רווחה קונקרטיים נוסח פוזנר ושבל או חיפוש אחר "המונע הזול" של קלברוזי, ולא על בסיס תפישה שוקית הרואה בנזק שנגרם השפעה חיצונית הטעונה הפנמה מלאה. ההרתעה הקבוצתית יכולה להיעשות רק על בסיס הערכות כלליות ביותר וללא כל יומרה להשיג מידה כלשהי של דיוק בהערכת השינויים ברווחה. יתירה מזאת: לפני אימוץ הסדר מרתיע וקביעת אופיו יש לבחון אם שכרה של ההרתעה לא יצא בהפסד גדול יותר מבחינת היבט הפיזור. מהאמור לעיל אין להסיק, כי שיקול הפיזור צריך להפוך לשיקול היעילות הדומיננטי. פיזור רחב ניתן להשיג דווקא מחוץ לדיני-הנזיקין באמצעות הקופה הציבורית הכללית, כמו ההסדר הנוהג בניו-זילנד²²². להטלת נטל הנזק על קבוצת יוצרי הסיכון יש עדיין במקרים רבים אפקט הרתעה חשוב המצדיק את השימוש בדיני-הנזיקין, גם אם לא ניתן להעריך אפקט זה אלא בצורה גסה בלבד²²³. הדרך הנכונה היא לבחור בשילוב אופטימלי של פיזור והרתעה, תוך הגבלת המטרות

221 שם, 50.

222 לדיון בריפורמות אפשריות של דיני-הפיצויים ובהסדר הניו-זילנדי ראה P.S. Atiyah & P. Cane, *Accidents, Compensation and the Law* (London, 4th ed., 1987) בפרק 25. יצוין, כי בשיטה המקומית כבר פועל למעשה הסדר פיזור כללי, אם כי חלקי. הכוונה היא לגמלאות המוסד לביטוח לאומי ולהטבות נזק אחרות המשולמות מן הקופה הכללית או על-ידי מיטבים ציבוריים אחרים (קרנות-הפנסיה). הטבות אלה מנוכות מזכותו של הניזוק ונגבות רק באופן חלקי מציבור המזיקים.

223 "the world of total accidents loss spreading does not seem acceptable because it would encourage more accidents than most of us would deem desirable" (קלברוזי [לעיל, הערה 20], 66-67). מחקרים מראים על גידול בעלויות תאונות-דרכים עקב המעבר להסדרי ביטוח ואחריות שאין בהם תמריצי הרתעה. ראה E.M. Landes, "Insurance, Liability, and Accidents — A Theoretical and Empirical Investigation of the Effect of No-Fault Accidents" 25 *J.L. & Econ.* (1982) 49; R.A. Devlin, "Some Welfare Implications of No-Fault Automobile Insurance" 10 *Int.Rev.L.Econ.* (1990) 193.

בתחום ההרתעה. אופן השילוב בין פיזור להרתעה ומשקלם היחסי צריכים להיות מותאמים לתחום המוסדר, תוך לקיחה בחשבון של עלות ההסדר המשפטי²²⁴ ותוך התחשבות בקיומו של ביטוח אישי המפזר את הנזק שלא באמצעות האחריות בנוזקין. מבחינה זו אין תחום תאונות הדרכים דומה לתחום נזקי המוצרים, והשניים אינם דומים לתחום הנזקים הרפואיים.

על-אף אופיו הקבוצתי של ההסדר חשוב לקדם את ההרתעה גם במישור הקוואליטטי-אישי. הסדר האחריות יכול וצריך לאפשר יצירת סייגים לאחריות או הגנות הנבחנים על בסיס קוואליטטי. זאת כאשר ברור בעליל, ללא חישובי רווחה מורכבים, כי סייגים או הגנות אלה יתרמו באורח מובהק ליעילות ההרתעה.

מהיבט שיקולי הרווחה מחייבת תופעת הפיזור את הסבת שיקולי הצדק, החלוקה ההוגנת ושאר שיקולי הרווחה מן הבסיס הקוואליטטי אל הבסיס הקבוצתי. כך, לדוגמא, השאלה הרלבנטית ביחסי יצרן-משתמש אינה אם היצרן המסוים צריך לפצות את המשתמש המסוים שנפגע עקב פגם במוצר, אלא אם ציבור היצרנים כקבוצת-ביטוח צריך לפצות את ציבור המשתמשים בגין פגמים במוצר. מזווית-ראייה זו ניתן ליתן את המשקל הראוי לשיקול המרכזי של תיקון נזקי הגוף של הניזוק ושמירה על סטנדרט מינימלי של קיום בכבוד. במקביל צריך הסדר האחריות לאפשר, על בסיס קוואליטטי, שלילת אחריות או אפילו הגברת אחריות כאשר הדבר מתבקש בנסיבות המקרה המסוים משיקולי צדק, מוסר, תקנת-הציבור ושיקולים אחרים של חלוקת רווחה²²⁵.

4. הסדר הפיצוי לנפגעי תאונות-הדרכים

המחשה של מסקנות הניתוח שלעיל מצויה בהסדר הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים, המצוי בחוק הפיצויים לנפגע תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (להלן: החוק); ובפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], תש"ל-1970 (להלן: הפקודה). הסדר זה הרחיב את היקף הפיצוי בגין נזקי התאונות בהשוואה להסדר הרשלנות שקדם לו, על-ידי הטלת אחריות מוחלטת על הנוהג ומתיר השימוש, והכרה בזכאות לפיצוי של נוהג שנפגע כתאונה עצמית²²⁶.

העדפת הפיזור והפיצוי על הרתעה. תכונתו המרכזית של הסדר-הפיצויים היא העמדת שיקול הפיזור והפיצוי במרכזו של ההסדר המשולב תוך ויתור על הרתעה. הזכאות המורחבת על-פי הסדר זה מגובות על-ידי הסדר-ביטוח – ביטוח אחריות וביטוח אישי²²⁷ – כשהסדר-הביטוח עצמו מגובים ומושלמים על-ידי קרן סטטוטורית (קרנית)²²⁸. להבטחת מקורות הפיזור הוטלה חובת ביטוח על

224 ראה לעיל, הערה 24.

225 מטבע הדברים שמור למחוקק מקום מרכזי בעיצובם של הסדרים ממין זה שבהם מתבקש איזון מורכב בין מטרות שונות. בית-המשפט אינו מצויד בכלים מתאימים לביצוע איזון ממין זה וליישומו. ראה אנגלרד (לעיל, הערה 20), 29.

226 סעיף 2 לחוק; סעיף 3 (ב) לפקודה.

227 סעיף 3 לפקודה.

228 סעיף 12 לחוק.

יוצרי-הסיכון, בעלי כלי-הרכב והמשתמשים בהם²²⁹. מנגד, קוצץ הפן המרתיע של דיני-הנוזקין. האחריות יותדה לנוהג ולמתיר השימוש, בעוד שכל המועמדים האחרים להרתעה, כרשויות-הדרכים, המוסכים, יצרני הרכב או יבואניו וגורמים אחרים יוצרי-סיכון נפטרו מאחריות מכוחו של עקרון ייחוד העילה²³⁰.

הרתעה על בסיס קבוצתי וקוואיסטי. על-אף ההתמקדות בשיקול הפיזור, אין החוק מפנה כליל עורף לשיקול ההרתעה. אילו הפיזור היה השיקול היחיד, היה מקום להעדיף הסדרים של ביטוח סוציאלי (כביטוח לאומי) על-פני ההסדר הנוכחי, המשלב אחריות בנוזקין עם ביטוח מסחרי. המחוקק העדיף להטיל את הסיכון על הקבוצה העיקרית היוצרת את הסיכון – ציבור בעלי-הרכב – ולא לפזרו על כלל הציבור. אם אכן כיוון המחוקק להשיג הרתעה כלשהי באופן זה ספק אם יש אפקט הרתעתי משמעותי לאחריות הממומנת על-ידי כלל ציבור בעלי הרכב. לעומת זאת, ברור כי המחוקק ביקש לשמור על מידה מסוימת של הרתעה על בסיס קוואיסטי לגבי התנהגויות שלכאורה הן מקטינות רווחה. שלילת הזכאות ממי שגרם לתאונה במתכוון, ממי שהרכב סייע לו בביצוע פשע, ממי שנהג או שנסע ביודעין ברכב ללא היתר מבעליו או ללא רשיון²³¹ והטלת נטל הנוק על גורמים אלה באמצעות תביעות חוזרה²³² – כל אלה הם ביטוי להרתעה קוואיסטית. מעניינת העובדה, כי בחוק זה הופעלו אמצעי-ההרתעה גם נגד מי שמכשיל את מגמת הפיזור על-ידי מחזל לבטח. הכוח המרתיע של דיני-הנוזקין נקרא כאן לשרת את המטרה ה"מתחרה" של הפיזור²³³.

צמצום עלות ההסדר המשפטי. הסדר הפיצויים נותן ביטוי ברור לשיקול של צמצום עלויות ההסדר המשפטי. צומצם מספר הצדדים לכל תביעה הן באמצעות הגבלת האחריות לנוהג ולמתיר בלבד מכוח עקרון ייחוד העילה הן על-ידי הקביעה כי נוהג ברכב אחד אינו אחראי לנוזקי הנוסעים ברכב אחר²³⁴. בית-משפט תרם לצמצום מספר הצדדים להליך על-ידי קביעה כי נוהג יכול לתבוע רק את מבטחו האישי²³⁵. הדיון יועל וקוצר גם על-ידי פישוט ויעול תהליך קביעת הקמצאים הרפואיים²³⁶ ובאמצעות סטנדרטיזציה של הנוק הלא-ממוני²³⁷.

חלוקת רווחה על בסיס קבוצתי וקוואיסטי. גם השילוב שהוצע לעיל בין הפעלת שיקולי חלוקת הרווחה במישור הקבוצתי לבין הפעלתם במישור הקוואיסטי, מוצא ביטוי בחוק. במישור הקבוצתי העדיף המחוקק להטיל את האחריות על הקבוצה

229 סעיף 2 לפקודה.

230 סעיף 8 לחוק.

231 סעיפים 7 (1) – (4) לחוק.

232 סעיף 9 (א) (1) לחוק.

233 סעיפים 7 (5) (6) ו-9 לחוק.

234 סעיף 3 לחוק.

235 ע"א 595/80 בן איון נ' חסונה ואח', פ"ד לה (4) 462.

236 סעיפים 6א ו-6ב לחוק.

237 סעיף 4 (א) (3) ו-4 (ב) לחוק והתקנות מכוחם.

יוצרת-הסיכון התחבורתי – ציבור בעלי-הרכב – תוצאה התואמת תחושה אינטואיטיבית של צדק. איזון זה הופך כאשר בית-המשפט הרחיב את האחריות לפעילויות שאינן תחבורתיות תוך שהוא מחייב את ציבור בעלי-הרכב לשאת בעלויות של פעילויות חקלאיות וספורטיביות, של שירותי-מוסך, עבודות-בנייה ועבודות-חפירה²³⁸. תיקון החוק שינה מגמה זו בהניחו את העיקרון, שלפיו ציבור בעלי-הרכב אמור לשאת רק בסיכונים של פעילות תחבורתית, ולא בסיכונים פעילויות אחרות²³⁹. הסבר אפשרי לתיקון הוא, שאין זה צודק להטיל על ציבור הנהגים לשאת בסיכונים של פעילויות אחרות. במישור הקוואיטטי נשללה זכאותם של אותם פרטים שאינם ראויים לפיצוי משיקולי מוסר או משיקולי תקנת-ציבור ואף הוטלה עליהם סנקציה כספית על-ידי חשיפתם לתביעת חזרה.

גם התקרה הקבועה בחוק לפיצוי בגין הפסד הש תכרות משקפת שיקולים של צדק חלוקתי. מאחר שתשלומי הפרמיות שווים לבעלי השכר הגבוה והנמוך, על-אף הסיכון השונה, באה התקרה להגביל את המידה שבה ציבור בעלי השכר הנמוך מסבסד בתשלומיו את הפסדם של בעלי השכר הגבוה²⁴⁰.

5. העדר פיזור

בסיטואציות נזקות, שבהן לא קיימים מנגנוני-פיזור אפקטיביים, גדל משקלו היחסי של שיקול ההרתעה. עם זאת, גם כאן אין הצדקה, ולו רק בשל בעיות המידע, להסדרי הרתעה הבנויים על חישובי רווחה בנוסח פוזנר ושכל או על תפישת ההפנמה המדויקת של נזק הפרטי של הניזוק. יש לשאוף להשגת איזון ראוי בין שיקול ההרתעה לשיקול הפיצוי ושיקולי חלוקת הרווחה, כאשר ההרתעה נעשית על-סמך הערכות כלליות ובכפופות לשיקולים אחרים. מהיבט בעיות המידע תהא ההרתעה אמינה יותר ככל שייקטן מספר הצדדים השלישיים המושפעים מגרימת הנזק.

6. הגישה הכלכלית למשפט – יעילות מול שיקולי חלוקת רווחה

הדיון לעיל הוביל למסקנה, כי התמקדותה של הגישה הכלכלית לדיני-נזיקין בהרתעה, בפרט, וביעילות, בכלל, גרמה לבזבוז פוטנציאל הגלום בשילוב שבין משפט לכלכלה. עיקרו של פוטנציאל זה מצוי ביכולתה של הכלכלה, כמדע ממדעי-החברה, לנתח את משמעותיותיהם ולנבא את תוצאותיהם של הסדרי אחריות שונים מבחינת השפעתם על תגובת הצדדים הנוגעים בדבר ועל רווחתם. מידע זה יוצר את התשתית החיונית לקבלת הכרעות נורמטיביות מהיבט השיקולים של

238 ע"א 353/83 שולמן נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב (2) 844.

239 ראה מבוא להצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מס' 8), התש"ן-1989 (ה"ח, 31).

240 בהסדר האחריות למוצרים פגומים אימץ המחוקק איוון שונה בין שיקולי ההרתעה, הפיזור והשיקולים החלוקתיים. לניתוח הסדר זה ברוח רשימה זו ראה גלעד, אחריות חמורה (לעיל, הערה 142). לדיון

בעולת המיטרד מהיבטיה החלוקתיים והחזקתניים ראה R. A. Epstein "Nuisance Law: Corrective

E. Rabin, "Nuisance Law: Justice and its Utilitarian Constraints" 8 J. Legal Stud. (1979) 49 וגם

.Rethinking Fundamental Assumptions" 63 Va. L. Rev (1977) 1299

חלוקת הרווחה. על בסיס מידע זה ניתן להשיג את ההתאמה המבוקשת בין המטרות החלוקתיות של דיני-הנוזקין לבין האמצעים להשגתם.

היסחפות לכיוון ההרתעה, בפרט, והיעילות, בכלל, כהיבט היחיד או הדומיננטי, תוך התעלמות משיקולי חלוקת הרווחה ושיקולים אתיים אחרים, או דחיקתם לקרן-זווית, מנוגת תחום מרכזי שבו הניתוח הכלכלי יכול לתרום תרומה משמעותית. במקום זאת מוחזר הגלגל לאחור, אל תפישות תועלתניות שזה מכבר נס ליחן. גישה זו מנמיכה את קומת המשפט, מעקרת אותו באורח מלאכותי מהיבטים מרכזיים משלו ויוצרת בכך אנטגוניזם ורתיעה אצל משפטנים²⁴¹. התבטלות עצמית זו בפני שיקול היעילות, שאפילו הכלכלנים ראו לנכון לסייגו ולעדנו, מעוררת תמיהה. הגדיל לעשות מי שהשווה את המשפט ל"בועה" חסרת תוכן עצמי²⁴². בתחום דיני-הנוזקין זהו ניסיון מלאכותי לאנוס מסורת ארוכה ומבוססת של שיקולי צדק מתקן ואחריות אישית אל תוך מסגרות צרות ורופפות של שיקולים תועלתניים השנויים במחלוקת²⁴³.

מנגד, אין הצדקה להתעלמות מן היעילות כמטרה ראויה. הגדלת עוגת הרווחה הכוללת היא מטרה היפה להגשמה, ולו רק מן הטעם שבסופו של דבר ניתן לחלק את העוגה כך שהכול ייהנו מן הגידול. שמירה קיצונית ובלתי-מתפשרת על "זכויות מוקנות", גם כאשר הפגיעה בזכות קטנה יחסית, כמונחי רווחה, אך מחיר שמירתה גדול ביותר (פרשת אתא) — אינה רצויה²⁴⁴. הניתוח הכלכלי מיסב את תשומת-הלב להיבט חשוב זה של מניעת בזבוז²⁴⁵ ומצביע על המחיר הכרוך

241 ראה ביקורתו של קלברוי על פונר בשל הרגשת-יתר של שיקול היעילות: קלברוי 1984 (לעיל, הערה 5), 843.

242 א' פרוקציה, "בועות משפט" משפטים כ (התש"ן) 9. אליבא דפרופ' פרוקציה, קיומם של ענפים בין-תחומיים, שמשפט וכלכלה הוא מהבולטים שביניהם, הוא רמז "לאי-ממשותו של המשפט כדיסציפלינה מרעית נפרדת" (שם, 10).

243 אנגלרד (לעיל, הערה 20), 50-48, 54. לביקורת הטיעון הפוזיטיוני, שלפיו שיקול היעילות הוא שהנחת כביכול את שופטי המשפט המקובל, ראה קלברוי 1961 (לעיל, הערה 80), 517-515. R.A. Epstein, "The Static Conception of the Common Law" 9 J. Legal Stud. (1980) 253, 271-273; G. Calabresi, "About Law and Economics — A Letter to Ronald Dworkin" 8 Hofstra L.R. (1980) 553, 561; A.G. Fried, "The Laws of Change: The Cunning of Reason in Moral and Legal History" 9 J. Legal Stud. (1980) 335, 337-338; A.A. Leff, "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism" 60 Vand. L. Rev. (1974) 451, 470-472; J.M. Buchanan, "Good Economics: Bad Law" 60 Va.L.Rev. (1974) 483, 489 (להלן: ביוקנן).

244 ואכן, התוצאה הסופית בפרשת אתא (לעיל, הערה 17) היתה הפקעת המקרקעין מידי החובע, דהיינו: חלוקה פיצויים במקום צר-מניעה. ראה בג"צ 114/77 שורץ נ' שר האוצר ו"אתא" חברה לטכסטיל, פ"ד לא(2) 800; וכן קרצמר (לעיל, הערה 18), 322-321. לגופו של עניין נראה, כי הקביעה שלפיה לניזוק זכות קנויה לצר-מניעה כל-אימת שנוקו הוא ממשי, מבלי תלות בשיעור העלות החברתית של צו זה, אינה תואמת החלטות אחרות של בית-המשפט העליון. קביעה זו התבססה על כך, שסעיף 74 לפקודת הנוזקין ממצה את המצבים שבהם לא יינתן צר-מניעה וכי אין לבית-המשפט שיקול-דעת לסרב לצר-מניעה אם לא נתקיימו תנאי הסעיף (בעמ' 813). לעומת זאת, במרבית ההחלטות שעסקו בסעיף זה, הן לפי פרשת אתא הן לאחריה, נאמר כי לבית-המשפט שיקול-דעת לסרב למתן צר-מניעה, גם אם תנאי סעיף 74 אינם מתקיימים. ראה אבנרי נ' שפירא (לעיל, הערה 31), 854. בן נקבע, כי גם האינטרס הציבורי הוא שיקול רלבנטי ולגיטימי בהחלטה אם ליתן צר-מניעה או לסרב לו (שם, 856-855).

245 waste avoidance goals — בלשונו של קלברוי (לעיל, הערה 5), 844.

בהגשמת מטרות חלוקתיות²⁴⁶. יחידה מזאת: למשפט פוטנציאל גדול של תרומה ליעילות ה"אמיתית" — יעילות פרטו — על-ידי שימוש בכללים משפטיים שיש בהם כדי להגדיל פרוסות רווחה מסוימות מבלי להקטין פרוסות אחרות. זאת על-אף שאפשרות מימושו של פוטנציאל זה אינה שכיחה בדרך-כלל בסיטואציה הנזיקית והיא באה לידי ביטוי בתחומים אחרים כמו זה של דיני-התחזים.

שילוב הכלכלה והמשפט פותח אופקים חדשים בפני המשפטן העוסק בדיני-נזיקין. שילוב זה מאיר הן את הדין המצוי הן את הדין הרצוי מנקודת-מבט מיוחדת ויוצק לתוכם משמעויות ותכנים חדשים. הבלטת חשיבותו של שיקול גודל העוגה לצד שיקולי החלוקה²⁴⁷, הבנת תרומתם של השווקים להתמודדות עם בעיית המחסור והצורך בעידוד תפקודם התקין²⁴⁸, הדגשת הצורך בהגדרת זכויות ברורה כדי ששווקים יוכלו לתפקד כראוי²⁴⁹, הצבעה על מחירם של שינויים בחלוקת הרווחה באמצעות מושג העלות האלטרנטיבית²⁵⁰ והכרת חוקי ההתנהגות הכלכליים וניצול כוח הניכוי הטמון בהם — כל אלה הן תרומות חשובות של הכלכלה למשפט. הפקת המירב משילוב זה תלויה בהכרת ובהבנת אפשרויותיו ומגבלותיו של הניתוח הכלכלי²⁵¹. גישה מפוכחת ומאוזנת היא המרשם הנכון. פסילה גורפת של הגישה, מחד גיסא, כרוכה באובדן התרומה הלא-מבוטלת של שילוב זה. מאידך גיסא, היצמדות דוגמטית ליעילות, בכלל, ולהרתעה, בפרט, כחזות הכול, עלולה לגרום לכך ששכרו של שילוב זה יצא בהפסדו²⁵².

- 246 על תרומתו של הניתוח הנורמטיבי הכלכלי — הבוחן שינויים על-פי תוצאתם הכמותית במונחי רווחה — לניתוח הנורמטיבי המבוסס על תפישה של זכויות ראה סן (לעיל, הערה 1), 74-70.
- 247 ראה, A.T. Kronman, "Wealth Maximization as a Normative Principle" 9 *J. Legal Stud.* (1980) 227, 238-239. ראה גם S.A. Marglin, *Public Investment Criteria* (London, 1967) 21.
- 248 ביוקן (לעיל, הערה 243), 485; פרידמן (לעיל, הערה 92), 156; קוטר (לעיל, הערה 59), 14.
- 249 H. Demsetz, "Wealth Distribution and the Ownership of Rights" 1 *J. Legal Stud.* (1972) 223, 229.
- 250 R. Bowless, "Creeping Economism: A Counter Review" 5 *Brit. J.L.Soc.* (1978) 96, 98.
- 251 מגבלה חשובה של הניתוח הכלכלי היא, שההנחות הבסיסיות, המיתודולוגיה וכלי-העבודה הבסיסיים כביקוש וכהיצע, קשורים בטבורם אל שווקים שבהם מתנהלת פעילות של מכירת מוצרים ושירותים. אמנם, יש הטוענים שתורת-הכלכלה אינה מוגבלת למוצרים ולשירותים הנסחרים בשווקים וכי היא ישימה לכל תחומי הפעילות האנושית שבהם קיימת בעיית המחסור (ראה, למשל, G.S. Becker, *The Economic Approach to Human Behaviour* (Chicago, 1976) 3-5, 9, 56 המרחיבה מודים, כי עיקר עיסוקה ועניינה של הכלכלה הם בתחום השוקי (רובינס [לעיל, הערה 7], 19; בקר, שם, 4; 1) R.A. Posner, *The Economics of Justice* (Cambridge, 1981). המסקנה המתבקשת היא, שלצורך הניתוח הכלכלי של המשפט אין להתייחס אל כל דיני-הנזיקין כמקשה אחת. ככל שהסיטואציה הנזיקית הולכת ומתרחקת מן השווקים, כך נחלש כוחן של הנחות-היסוד הכלכליות כהנחת המקסום הרציונלי, קטנה אמינותם של כלי-העבודה הכלכליים ומצומצם כושר-הניכוי של הניתוח הכלכלי.
- 252 לגישה פלורליסטית, הדוגלת במיזוג ובשילוב הרמוני של שיקולי אחריות מוסרית ותועלת חברתית ושל צדק מתן וצדק מחלק ראה אנגלרד 1992 (לעיל, הערה 5) 85-92.