

מדוע אסור למכור תינוקות: על דיני נזיקין וספרו החדש של Guido Calabresi

פולמוס

מאת

אהוד גוטל*

סחר חליפין הוא נשמת אפה של מערכת כלכלית מתפקדת. ראובן ושמעון ממקסמים את תועלתם כאשר ראובן מוכר לשמעון חפץ ששמעון רוצה בו. כל עוד התשלום ששמעון נדרש לשלם קטן מהתועלת שהוא מפיק מהחפץ אך גדול משווי החפץ לראובן, העסקה האמורה משפרת את מצבם של ראובן ושל שמעון גם יחד. עסקאות רצוניות, במילים אחרות, יוצרות שיפורי פארטו לרווחתם של כל הצדדים המעורבים.

על אף היתרון הגלום בעסקאות רצוניות מטילה החברה מגבלות על יכולתם של פרטים לסחור במוצרים שונים. במציאות הקיימת הורים אינם רשאים למכור את ילדיהם. האיסור הוא גורף וחל גם במקרים שבהם העובדות מעידות שהמוכרים (הורי הילד), הקונים (אלו המבקשים להפוך להוריו החדשים) ואף הילד עצמו יצאו נשכרים מקיומה של עסקת המכר. בדומה לזה מוטלות מגבלות על עסקאות שעניינן אברי גוף, זכויות הצבעה, יחסי מין, חובות אורחיות שונות (שירות צבאי) ועוד.

מהי ההצדקה לקיומן של מגבלות על סחירותם של מוצרים אלה? מדוע החברה אינה מאפשרת עסקאות על אף בחירתם של הצדדים להתקשר בעסקה רצונית? ספרו החדש של גוידו קלבראזי, *The Future of Law and Economics* עוסק בהרחבה בהצדקה לקיומן של מגבלות אלה וכן באופן שבו ראוי לעצב את ההסדרים המשפטיים בתחום זה.¹ הספר מפתח רעיונות מוקדמים של קלבראזי, שעסק בנושאים אלה לאורך שנותיו כחוקר של עולם המשפט. התמה המרכזית בספר היא כי ביחס למוצרים מסוימים, קיומן של עסקאות מכר גורם נזק "רגשי" לצדדים שלישיים. נזק זה, שקלבראזי מכנה אותו *Moral Cost*, מתקוזז עם רווחתם האישית של הצדדים לעסקה. הואיל ובמקרים רבים שיעורו של נזק זה עולה על התועלת האישית של המתקשרים בעסקה, שיקולי תועלת תומכים בהטלת מגבלות על קיומן של העסקאות במוצרים האמורים. הרשימה להלן מוקדשת לדיון ביקורתי בחלק מהנקודות שבהן הספר עוסק. ראוי להדגיש כי הספר כולל נקודות רבות נוספות אשר ראויות לדיון נפרד (ושחלקן זוכות להתייחסות בניתוח של פרופ' הראל).

רשימה קצרה זו מחולקת לשני חלקים. בחלק הראשון אעמוד על שתי סוגיות שאינן זוכות להתייחסות בניתוח של קלבראזי. ראשית, כפי שאטען, במקרים שבהם הצדדים התקשרו בעסקה חרף האיסור בחוק ניתן לעצב כמה כללי ענישה. כללים אלו נבדלים באשר לזהות הצד שנדרש לשאת בסנקציה המשפטית: החוק יכול להשית את העונש על המוכר, על

* מופקד על הקתדרה על שם בורה לסקין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. 1 GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION 27 (2016).

הקונה או על שני הצדדים (המוכר והקונה) גם יחד. סוגיה זו מעלה שאלות של צדק ויעילות, והיא טרם זכתה לניתוח מקיף. נקודה נוספת שאבקש להדגיש היא כי הניתוח של קלבראזי הוא תוצאתני באופיו. עם זאת לעיתים קיומן של מגבלות על סחר במוצרים משרת תכליות שאינן תוצאתניות במובהק. הדוגמה שאדון בה, הייחודית (במידה רבה) לישראל, עניינה מגבלה המשרתת תכלית אקספרסיבית הקשורה בהיסטוריה הפרטיקולרית של העם היהודי.

חלקה השני של הרשימה יתמקד באחת הטענות המרכזיות (והפרובוקטיביות) של הספר. לפי קלבראזי דיני הנזיקין משמשים, בפועל, "שוק" שבו נמכרים חיי אדם ואברי גוף. שוק זה מאפשר לעקוף את המגבלה הקיימת על סחר במוצרים אלה. דיני הנזיקין, כך טוען קלבראזי, הם מערכת שבה מזיקים קונים בכסף את חייהם או את שלמות גופם של הנזוקים. אף שפורמלית חיי אדם ואברי הגוף הם מוצרים האסורים בסחר, דיני הנזיקין מספקים מסגרת עקיפה לקיומן של עסקאות במוצרים אלה המאפשרת למקסם את התועלת החברתית. כנגד טענה זו אדון בשתי דוגמאות המראות כי דיני הנזיקין אינם מגשימים את היעד של מקסום התועלת החברתית. עם זאת טענתי היא שדוגמאות אלה אינן סותרות את הניתוח של קלבראזי אלא הן עשויות להיות סוג נוסף של Moral Costs.

א. עסקאות אסורות וענישה. ב. שיקולים אקספרסיביים. ג. עסקאות אסורות ודיני נזיקין. סיכום.

א. עסקאות אסורות וענישה

על מנת לספק מסגרת לדיון להלן אפתח בהצגה תמציתית של עיקרי הטיעון של קלבראזי. כאמור, הצידוק המרכזי שמציע קלבראזי להטלת איסור על קיומן של עסקאות רצוניות הוא כאשר העסקה גורמת תחושת התנגדות חריפה אצל צדדים שלישיים. כפי שקלבראזי מסביר, תחושת התנגדות זו עשויה לנבוע משתי סיבות: הראשונה, חוסר הנחת מהצמדת "תג מחיר" למוצר הנתפס – חברתית – כדבר שאינו ניתן לכימות בכסף.² לדוגמה, האיסור על מכירת תינוקות הוא ביטוי לסנטימנט חברתי באשר לאפיון הראוי של ילדים. האיסור מבהיר כי ילדים אינם זהים (נניח) לתפוזים, ולא ניתן או ראוי להעריך את שוויים באופן כספי. עסקה שבה ילדים עוברים מיד אחת לאחרת כנגד תמורה "שוות ערך", חותרת באופן עמוק תחת האפיון האמור. הסיבה השנייה עניינה שיקולים של חלוקה הוגנת.³ תחושת ההתנגדות יכולה לבטא סנטימנט באשר לחלוקה הראויה של משאב מסוים. קיומן של עסקאות רצוניות עלול להוביל לכך שמי שמסוגל לשלם יקנה את המשאב ממי שיכולתו הכספית מוגבלת. גם אם עסקה זו יכולה להיות יעילה, היא תוביל לחלוקה לא שוויונית של המשאב הרלוונטי. לפי קלבראזי, האיסור על מכירת אברי גוף מבוסס במידה רבה על חשש מסוג זה. אם נתיר עסקאות באברי גוף, ההקצאה של משאב זה תהיה מוטה לטובתם של העשירים. הטלת האיסור על סחר באברים נועדה למנוע הטיה זו ולהבטיח חלוקה הוגנת בין הנזוקים להשתלות אברים.

2 שם, בעמ' 26.

3 שם.

על רקע דברים אלה קלבראזי מדגיש את משמעותם של דיני הנזיקין. דיני הנזיקין הם מסגרת של "כללי אחריות" (Liability Rules) המתירים למזיק ליצור סיכונים שונים כל עוד הוא משלם פיצוי כספי לקורבן. מסגרת זו מאפשרת למזיק "לקנות" את שלמות הגוף או את חייהם של הקורבנות. כך למעשה המשפט מדבר בשני קולות: מחד, הוא אוסר פורמלית על קיום עסקאות במוצרים אלה. איסור זה נותן ביטוי לתחושה החברתית החזקה בדבר המעמד המיוחד של חיי אדם, ומאידך המערכת הנזיקית קובעת בעקיפין "שוק" לעסקאות בחיי אדם.⁴ היא מאפשרת למזיקים "לרכוש" את גופם של הקורבנות כאשר הדבר מביא למקסום התועלת החברתית.

ניתוחו של קלבראזי הוא מאיר עיניים ומספק תובנות רבות. עם זאת הוא מותיר שאלות חשובות ללא מענה. על אף הניתוח המקיף בספר קלבראזי אינו מייחד דיון נרחב לסוגיית האופן שבו יש להרתיע צדדים מלסחור במוצרים אסורים. סוגיה זו, כך נדמה, נתפסת בעיני קלבראזי כעניין טכני-בירוקרטי. כפי שאראה, שאלה זו מורכבת ומחייבת אף היא חשיבה מפורטת. כאשר החוק מבקש לאסור על עסקה, עומדות לפניו כמה אפשרויות ביחס לשאלה על מי מהצדדים להטיל את הסנקציה במקרה של הפרה. מעניין שכאשר בוחנים את ההסדרים הקיימים, ניתן למצוא הבדלים ניכרים ביניהם לעניין זה. בחלק מהמקרים ההסדר המשפטי מתמקד בענישת המוכר; במקרים אחרים הוא מתמקד דווקא בקונה; במקרים נוספים העונש מוטל על שני הצדדים (אף לפי אפשרות זו יש כמה חלופות: עונש שווה לשני הצדדים או עונשים דיפרנציאליים כשאחד הצדדים נושא בעונש חמור יותר).

דוגמה להסדר אשר באופן מסורתי התמקד בענישת המוכר הוא האיסור על זנות. בתרבויות רבות יחסי מין הוחרגו מהשוק החופשי. הסיבה לאיסור זה כפי הנראה קשורה לנימוק הראשון שהציע קלבראזי לקיומם של איסורי סחר. החברה רואה ביחסי מין ביטוי לאינטימיות ולקשר רגשי בעל משמעות. הפיכתם למוצר שניתן לסחור בו חותרת תחת תפיסה זו, ולפיכך הוטל איסור על סחר-מכר בהם. עם זאת במשך שנים רבות הגבילו מערכות משפט את הטלת העונש לסחר במין רק על הצד המוכר. לא הוטל עונש על הקונה – צרכן המין. מציאות זו, שיש לה גם היבט חלוקתי חשוב בהתחשב בעובדה שמרבית הצרכנים הם גברים ומרבית המוכרות הן נשים, נתונה לביקורת גוברת והולכת.⁵ ואכן, בשנים האחרונות מדינות שונות בחרו להרחיב את הענישה גם לצרכני זנות.⁶ בחלק מהמדינות אף התהפכו היוצרות, והענישה מתמקדת בצרכני המין בלבד.

4 "Tort law represents a prime example of the attempted optimization and allocation [...] of merit goods that we do not wish to deal with through pure command or pure markets. Tort law does not speak of what it does as pricing lives or safety. The rubric is always that of compensating victims, of redressing wrong [...] Yet the way in which we do these things has the same effect as would be the pricing of life and of safety. It makes those who would buy these goods – life or safety – pay the appropriate price" (שם, בעמ' 35–36).

5 Heather Monasky, *On Comprehensive Prostitution Reform: Criminalizing the Trafficker and the Trick, but Not the Victim – Sweden's Sexköpslagen in America*, 37 WM. MITCHELL L. REV. 1989, 2012–2017 (2011).

6 ראו הצעת חוק איסור צריכת זנות (הוראת שעה), התשע"ט–2018, ה"ח 1258.

כנגד זאת דיני עבודה מספקים דוגמה הפוכה. הסדרים משפטיים מגוונים מעניקים זכויות לעובדים, אשר מצידם אינם יכולים לסחור בהן עם המעביד בעבור שכר מוגדל. כך באשר לחופשה שנתית, ימי מחלה, היקף שעות עבודה, זכויות פנסייה ועוד. בכל אחת מדוגמאות אלה העובד אינו יכול לוותר על זכותו תמורת פיצוי כספי מהמעביד. בהקשר זה נראה שההנמקה להסדר הנוהג קשורה לנימוק השני שהציע קלבראזי. המחוקק ביקש להבטיח שוויון בין עובדים בלא קשר לכוחם הכלכלי. הדינים הקיימים מבטיחים כי כל העובדים, בלא תלות במצבם הכלכלי, ייהנו מהזכות לחופשה שנתית, לשעות מנוחה וכד'. דיני העבודה, בשונה מההסדרים המסורתיים בנוגע לאיסור על סחר ביחסי מין, קובעים כי במקרה של עסקה אסורה בזכויות עובדים תוטל הסנקצייה על המעביד – קרי הקונה בעסקה. הגם שהעסקה לא הייתה נעשית ללא רצונו של העובד לסחור בזכות, החוק מתמקד במעביד ומטיל עליו בלבד את האחריות להפרה.

כללים המטילים אחריות על שני הצדדים גם יחד קיימים אף הם. כך הוא הכלל בארצות הברית בנוגע לסחר באברי גוף.⁷ החוק קובע עונש אחיד לקונה ולמוכר במקרה של עסקה הכוללת סחר באחד מהאברים שבהם נאסר סחר. בדומה לזה, ההסדרים האוסרים על סחר בתינוקות ועל סחר בקולות בהצבעה (בבחירות לגופים שלטוניים כמו פרלמנט, רשות מקומית וכד') קובעים עונשים זהים הן לקונים והן למוכרים.⁸

כיצד ניתן להצדיק את גישתו השונה של הדין בכל אחד ממקרים אלה? מדוע בוחר המשפט בהסדרים שונים אלה מאלה כאשר הוא מעוניין בהשגת אותה תוצאה – מניעתה של עסקה שאינה רצויה חברתית? תשובה מקיפה לשאלה זו חורגת מגבולותיה של הרשימה, אך עיון מהיר בסוגיה מצביע על המתח הקיים בין שיקולים שונים. בשל מגבלת המקום אתמקד בעיקר בשיקולי הרתעה יעילה ובגמול (ואשאיר את הדיון בשיקולים אחרים להזדמנות אחרת).

הסדר משפטי המטיל את האחריות על צד אחד בלבד יוצר חוסר איזון בין הצדדים לעסקה. חוסר איזון זה מאפשר לצד שאינו חשוף לעונש "לסחוט" את הצד שכנגד, ולפיכך מקטין את התועלת של הצד שכנגד להתקשר בעסקה מלכתחילה. ניתן להדגים תובנה זו במקרה הזה: נניח שהחוק קובע כי במקרה של מכירה אסורה של תינוק יוטל עונש מאסר של עשר שנים על הקונה בלבד. לעומת זאת לא תוטל כל סנקצייה על המוכר. ראובן (הקונה) ושמעון (המוכר) מתקשרים בעסקה למכר תינוק. התשלום שראובן ושמעון מסכמים עליו הוא 10 ש"ח. בשל הסדר הענישה החד-צדדי יוכל שמעון לדרוש לאחר השלמת העסקה (וקבלת התשלום) כי ראובן יוסיף תשלום. שמעון יכול לאיים כי אם ראובן יסרב לשלם סכום נוסף (על עשרת השקלים שעליהם סוכם), הוא יפנה לרשויות החוק וידווח על העסקה עם ראובן. האיום של שמעון אמין, שכן במקרה שהוא ידווח למשטרה הוא עצמו לא ייענש. ראובן ייאלץ אפוא לשלם סכום כסף נוסף, והוא אף עשוי לעמוד בפני ניסיונות סחיטה נוספים מצד שמעון. מודע לסיכון האמור יעדיף ראובן לוותר על העסקה

7 ראו 42 U.S. Code § 274e (2010) (החוק הפדרלי). לסקירת החוקים של המדינות (state statutes) ראו <http://bit.ly/2Dm12S3>.

8 לחקיקה בעניין סחר בתינוקות ראו <http://bit.ly/2RVAY10>. לסקירת חקיקה האוסרת סחר בהצבעות בארצות הברית ראו Richard L. Hasen, *Vote Buying*, 88 CAL. L. REV. 1323, 1324 n.1 (2000).

(גם אם שמעון אינו מתכוון כלל לסחוט את ראובן; קיומו של סיכון הסחיטה כשלעצמו ירתיע את ראובן). הסדר ענישה חד-צדדי מאפשר אפוא לפגוע במידת שיתוף הפעולה בין הצדדים גם כאשר העסקה היא כדאית הן לקונה והן למוכר.

כמוכך, כששמעון אכן מעוניין בעסקה ומסתפק בתשלום המוסכם (10 ש"ח), הצדדים יכולים לסכם על מנגנוני תשלום שיפחיתו את הסיכון לסחיטה. למשל, שמעון יכול להציע כי התשלום של ראובן ייעשה בהדרגה ולאורך תקופה ארוכה. פריסת התשלומים מורידה את הרווח ששמעון יכול להשיג בחשיפת העסקה בפני רשויות האכיפה. שמעון אף יכול להציע בטוחה כלשהי כנגד התחייבותו לשמור על סודיות. אולם הסדרים מסוג זה הופכים את העסקה ליקרה יותר וממילא למשתלמת פחות לצדדים, ובכך מורידים את הסיכוי להתממשותה.

הסדרי ענישה דו-צדדיים מונעים את הסיכון כי אחד הצדדים ינסה לסחוט את הצד שכנגד, ובמובן זה יוצרים הרתעה קטנה יותר. עם זאת הסדרים אלה נהנים מיתרונות אחרים. כאשר החוק מבקש להרתיע באמצעות סנקצייה כספית, קיומה של הרתעה מותנה ביכולתו של העבריין לשלם. אם העבריין אינו סולוונטי, לסנקצייה אין כל אפקט הרתעתי. להסדרי ענישה דו-צדדיים יתרון חשוב בצמצום הבעיה של אי-סולוונטיות. הואיל והסנקצייה מוטלת על שני הצדדים גם יחד, הסיכון לאי-סולוונטיות של הצדדים יורד. ניתן להמחיש זאת בדוגמה הזאת: נניח שלראובן ולשמעון יש לכל אחד מהם הון אישי בסך 100 ש"ח. הסדר משפטי חד-צדדי הקובע כי במקרה של עסקה אסורה יוטל על אחד מהם קנס בסך 150 ש"ח יביא להרתעה חלקית בלבד. חרף הוראת החוק, בשל מגבלת ההון האישי של הצד החשוף לעונש, שיעור ההרתעה שיתקבל הוא כאילו העונש הקבוע בחוק הוא קנס בסך 100 ש"ח. אולם הסדר משפטי הקובע כי הסנקצייה תחולק ותוטל בשווה על הצדדים (וכך כל אחד מהם יידרש לשלם 75 ש"ח) תמנע את בעיית ההון המוגבל. הן לראובן והן לשמעון די כסף כדי לשלם את הקנס האמור. יש להדגיש כי בתנאי הדוגמה הנוכחית חלוקת הסנקצייה בין השניים מנצלת את מלוא פוטנציאל ההרתעה של הקנס. מנקודת מבטם של הצדדים, כאשר תוטל הסנקצייה, רווחתם המצרפית תפחת בשיעור מלא של 150 ש"ח. מסקנה זו נכונה ככלל: חלוקת העונש בין הצדדים מאפשרת מיצוי טוב יותר של פוטנציאל ההרתעה הגלום בסנקצייה הכספית.

הדברים נכונים אף כאשר מדובר בסנקצייה של מאסר. כפי שהצביעה הספרות הכלכלית-משפטית, התרומה השולית של מאסר להרתעה יורדת. כל שנת מאסר נוספת אומנם מגדילה את אפקט ההרתעה הכולל, אך תוספת זו הולכת ומצטמצמת ככל שתקופת המאסר מתארכת. לתוצאה זו כמה גורמים: ראשית, עבריינים נוטים להסתגל לחיי המאסר, ולכן שנת המאסר הראשונה קשה מהשנייה, וזו קשה מהשנה השלישית וכן הלאה; שנית, ככל שהנאשם מבוגר יותר, התועלת שנשללת ממנו בזמן המאסר הולכת וקטנה; שלישית, הגינוי החברתי (סטיגמה) בגין תקופת מאסר ממושכת הולך ונשחק; עונש מאסר של שלוש שנים נתפס חמור בהרבה מעונש מאסר של שנה, ולעומת זאת כמעט לא קיים הבדל (במונחי סטיגמה) בין עונש מאסר של שלוש-עשרה שנים לעונש של אחת-עשרה שנים.⁹ המשמעות

9 אין צורך לומר כי הטענות האמורות הן ברמת המאקרו, ובמקרים קונקרטיים המסקנה יכולה להיות שונה. כך למשל, אסירים יכולים להעניק ערך גבוה יותר דווקא לשנות המאסר המאוחרות. לדיון רחב

של שלושת הגורמים האלה היא שקביעת עונש מאסר רק על צד אחד בעסקה תביא להרתעה קטנה מזו שתביא קביעת עונש כולל בשיעור זהה אשר יוטל על שני הצדדים. לפיכך גם בהקשר של עונשי מאסר, למשטר הענישה הדו-צדדי יתרון חשוב על פני מקבילו החד-צדדי.

שיקולי גמול אף הם יכולים לספק תמיכה בכל אחד ממשטרי הענישה, ובהקשר זה הניתוח של קלבראזי יכול להיות רלוונטי במיוחד. כשהרציונל הדומיננטי לקביעת האיסור נובע מהסיבה הראשונה שמציע קלבראזי – ההתנגדות להצמדת "תג מחיר" למוצר – ההצדקה למשטר ענישה דו-צדדי מתחזקת. כאשר שמעון וראובן מתקשרים בעסקה למכר תינוק, שניהם גם יחד פוגעים בסנטימנט החברתי כי תינוקות אינם טובין שניתן לסחור בהם. ענישה של שניהם מוצדקת במונחי גמול. לא כך כאשר הרציונל הדומיננטי לאיסור הוא שיקולים של חלוקה הוגנת. במקרה כזה ענישה של הצד החזק (הקונה העשיר או המוכר המנצל את כוחו היחסי) תהיה מוצדקת. כך לדוגמה הוא ההסדר בישראל בהקשר של סחר באברים. החוק הישראלי אינו מעניש את הצדדים לעסקה אלא את "מתווך הסחר" בלבד.¹⁰ כפי הנראה, מה שהטריד את המחוקק אינה הצמדת "תג המחיר" עצמה לאברי הגוף אלא שיקולים של חלוקה הוגנת.¹¹ לפיכך הושת העונש לא על הצדדים אלא על האחראי לקיומה של העסקה.

ב. שיקולים אקספרסיביים

עמדתו של קלבראזי שלפיה ההצדקה להטלת איסורים על עסקאות רצוניות בשל הנזק הפסיכולוגי שהללו גורמות לצדדים שלישיים מתבססת על נימוק תועלתני מובהק. נימוק זה, משכנע ככל שיהיה, מניח כי האיסור נחוץ כדי להניא את הצדדים מלהתקשר בעסקה. אולם במקרים שונים הנחה זו אינה ברורה מאליה. מקרה אחד כזה הוא מצבים שבהם דיני החוזים עצמם אינם מאפשרים את קיומה של העסקה. אם העסקה אינה תקפה מכוח דיני החוזים, ולפיכך אינה ניתנת לאכיפה, הנימוק שמציע קלבראזי להטלת האיסור על קיומה של העסקה נחלש במידה רבה.¹² מקרה נוסף הוא מצבים שבהם הסיכויים לקיומה של העסקה נמוכים מאוד. אם הצדדים אינם מעוניינים כלל להתקשר בעסקה, ניתן לתהות מדוע החוק טורח ומכריז על העסקה כאסורה. מקרים אלה מרמזים כי הסיבה להטלת האיסור על עסקאות סחר במוצרים מסוימים נעוצה בשיקולים שאינם תועלתניים. כפי שאציע, טעם נוסף להטלת איסור על קיומן של עסקאות יכול להיות שיקולים אקספרסיביים-הצהרתיים.

יותר בסוגיה ולסקירה של הספרות ראו NATIONAL RESEARCH COUNCIL, THE GROWTH OF INCARCERATION IN THE UNITED STATE: EXPLORING CAUSES AND CONSEQUENCES 140 (Jeremy Travis, Bruce Western & Steve Redburn eds., 2010).

10 ראו ס' 38 לחוק השתלת אברים, התשס"ח-2008; איתן יחיאל קידרון "סייג לאחריות פלילית לסחר באברים" מחקרי משפט ל 250, 247 (2015).

11 ראו בהקשר זה, פרוטוקול ישיבה מס' 10 של ועדת המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות לעניין הצעת חוק השתלת אברים, הכנסת ה-17, 5 (11.7.2007) <http://bit.ly/2CBxcaf>.

12 עם זאת, כשהצדדים אינם עתידים לפנות אל בית המשפט במקרה של סכסוך, להסדר החוזי הפורמלי (השולל את האפשרות לאכוף את החוזה) תהיה השפעה פחותה.

דוגמה לסוג המקרים הראשון היא האיסור על עבדות, קרי האיסור על סחר מכר בחירותם של בני אנוש. בנסיבות רגילות קשה לדמיין אדם אשר יבחר למכור את עצמו לעבדות מרצונו החופשי. משטרים דמוקרטיים, הכוללים מערכות רווחה מפותחות, מורידים את התמריץ לקיומה של עסקה כזו למינימום. נדמה שהסיכון העיקרי כי עסקה כאמור בכל זאת תתרחש הוא במצבים שבהם אנשים אינם פועלים מתוך רצון חופשי (נסיבות קיצוניות של עוני, לקות נפשית וכד'). אולם בנסיבות אלה הדוקטרינות הקיימות של דיני החוזים מאיינות את תוקפה של העסקה. גם בלא האיסור על קיומה של העסקה לא תהיה לעסקת המכר כל משמעות.

ואולם, הטלת האיסור על עסקאות שעניינן עבדות יכולה לשרת מטרה הצהרתית חשובה. מדינות שלהן היסטוריה כאובה של קניית עבדים ומכירתם יכולות להטיל איסור מפורש על קיומן של עסקאות אלה גם אם הן חסרות מעמד משפטי בדיני החוזים. הטלת האיסור היא דרך להבהיר כי מה שבעבר היה לגיטימי ומקובל, אינו עוד כזה. הטלת האיסור לא נועדה לשנות את העדפות הצדדים המתקשרים בעסקה או את תמריציהם, אלא היא ביטוי ערכי נורמטיבי המהדהד זיכרונות עגומים מהעבר.

המשפט הישראלי מספק דוגמה נוספת: סעיף 174 לחוק העונשין אוסר על מתן תמריצים לאדם על מנת שהלה ימיר את דתו. אמונה דתית, לפי החוק הישראלי, אינה מוצר שניתן לסחור בו. סעיף זה הוא במידה רבה ייחודי למדינת ישראל, ולמיטב ידיעתי כמעט שאין בנמצא מקבילות לו בשיטות משפט אחרות.¹³ ייחודו של הסעיף מתבטא גם מעשית: לא מצאתי ולו פסק דין אחד שבו הורשע אדם בישראל על בסיס הסעיף, דבר המרמז שהמרות דת בתשלום אינן נפוצות.¹⁴ מה הביא את המחוקק הישראלי לקבוע איסור ייחודי, שהצורך המעשי בו הוא (כפי הנראה) קטן מאוד? ייתכן שההסבר (או לפחות אחד ההסברים) נעוץ בזיכרון היהודי הטראומתי של קהילות שונות בגולה אשר עמדו בפני לחצים גדולים להמיר את דתם. סעיף 174 מבהיר את סלידתו של המחוקק ממעשים מסוג זה.¹⁵ תכליתו של הסעיף אינה להרתיע מפני מעשים עתידיים אלא לבטא תפיסה ערכית מוסרית בדבר הוצאתה של הדת ממנגנוני השוק.

עד עתה התמקדתי בשני אלמנטים שאינם זוכים להתייחסות נרחבת בספר. הנקודה הבאה מתמקדת באחת הטענות המרכזיות בניתוח של קלבראזי.

13 דוגמה למערכת משפט נוספת המטילה מגבלות על המרת דת היא הודו, שבה כמה מדינות מחזו קבוע איסורים על שידול להמרת דת. לדיון ראו Laura D. Jenkins, *Legal Limits on Religious Conversion in India*, 71 L. & CONT. PROB. 109 (2008) או גם Shanoor Seervai, *The Arguments For and Against a National Anti-Conversion Law*, THE WALL STREET JOURNAL (Jan. 9, 2015), <https://on.wsj.com/2RUKcSm> (הגבלות על פעולות שכנוע להמרת דת קיימות גם בשוודיה).

14 אם כי יש הטוענים כי הסיבה לכך נעוצה בקושי הראייתי להוכיח את תנאי הסעיף, ובעיקר את הדרישה כי ההמרה נעשתה תמורת "טובת הנאה חומרית". לפיכך הוצע לשנות את נוסח הסעיף, ולפי השינוי הנוסח החדש לא יכלול את הדרישה האמורה. ראו הצעת חוק העונשין (תיקון – איסור הטפה ושידול להמרת דת), התשס"ב–2002/פ/3709 (להלן: הצעת החוק).

15 תימוכין לכך אפשר למצוא בדבריהם המפורשים בדברי ההסבר בהצעת החוק האמורה, המדגישות את הניסיון היהודי הכאוב "וזכרונות עגומים מהעבר" היהודי באשר להמרות דת (שם, בעמ' 623–641).

ג. עסקאות אסורות ודיני נזיקין

הטענה שדיני הנזיקין הם למעשה שוק "בתחפושת" לסחר בחיי אדם ובאברי גוף היא אחת התובנות המזוהות ביותר עם כתיבתו של קלבראזי. חשבו על הדוגמה הבאה: כאשר המדינה מתירה נהיגה במכוניות, היא מודעת היטב לכך שבעתיד ייגרמו תאונות דרכים שיגבו חיי אדם. לו רצתה, הייתה המדינה יכולה למנוע את הנזק לקורבנות באמצעות הטלת איסור כולל על נהיגה. הבחירה להתיר לנהגים להשתמש ברכב ולהטיל עליהם אחריות (בדיעבד) כאשר תאונה מתרחשת, משקפת הכרעה מושכלת שלפיה התועלת מנהיגה מצדיקה את המחיר (אובדן חיי אדם). הדין מאפשר לאלו הרוצים לנהוג "לקנות" (בדרך של תשלום פיצויים) את חייהם של הנפגעים העתידיים. דיני הנזיקין מאפשרים אפוא, בדרך עקיפה, סחר מכר בחיי אדם לשם מקסום הרווחה החברתית.

עם זאת כאשר בוחנים את דיני הנזיקין, ניתן לתהות עד כמה הם מביאים למקסום התועלת החברתית. בהקשר זה אדון בשתי דוגמאות המראות כי הדוקטרינה הנזיקית איננה ממקסמת את התועלת החברתית. שתי הדוגמאות עוסקות בנוסחת הנד (Hand formula). הנוסחה, המעוגנת כיום ב-*RESTATEMENT OF TORTS* האמריקאי, נתפסת בעיני רבים כסטנדרט שיש להעריך על פיו אילו התנהגויות ייחשבו רשלנות. על פי הנוסחה, על בית המשפט להשוות בין תוחלת הנזק לבין עלות אמצעי הזהירות. אם עלות אמצעי הזהירות שהמזיק לא נקט (the untaken precaution) נמוכה מתוחלת הנזק, ייחשב המזיק לרשלן.¹⁶ כך למשל, אם תוחלת הנזק היא 10, והמזיק יכול היה למנוע את הנזק באמצעי זהירות בעלות של 9 (והניזוק עצמו לא יכול היה למנוע את הנזק במחיר נמוך אף יותר), ייחשב המזיק לרשלן. כפי שתומכי הנוסחה מסבירים, בית המשפט לא נדרש אלא לבחון את עלות כלל אמצעי הזהירות שלא ננקטו (הן מצד המזיק והן מצד הניזוק) ולהטיל אחריות על מונע הנזק הזול.

במבט ראשון נוסחת הנד היא הוכחה לטענתו של קלבראזי. לפי הנוסחה, מזיקים הפועלים בייעילות זוכים לתמריץ (בדמות פטור מאחריות לשלם פיצויים) כאשר התנהגותם תורמת לרווחה החברתית. מזיקים אלו רשאים ליטול (בחינם!) את חייהם ואת אברי גופם של הניזוקים. אך חשבו על הדוגמה הבאה:¹⁷ הניחו, בדומה לדוגמה הקודמת, שהמזיק יכול היה למנוע את הנזק (בשיעור של 10) בעלות של 9, ושהניזוק עצמו אינו יכול לעשות דבר כדי למנוע את הנזק. אולם עוד הניחו שהמזיק יוכל למנוע את הנזק בעלות של 9 רק כאשר הניזוק השקיע בעצמו 2. כפי שניתן לראות, מניעת הנזק במצב זה איננה יעילה: העלות הכוללת של המניעה (2 + 9 = 11) גבוהה מהנזק עצמו (10). אולם האופן שבו פועלת נוסחת הנד מעודד את הניזוק להשקיע אסטרטגית. כאשר הניזוק משקיע 2, הופך המזיק ל"מונע הזול", ולפיכך מוטלת עליו חובה להשקיע במניעת הנזק. מנקודת מבטו של הניזוק, ההשקעה הלא יעילה (חברתית) מניבה לו רווח אישי. בהשקעה של 2 במניעת הנזק הניזוק חוסך מעצמו נזק בשיעור של 10. התועלת מההשקעה האמורה אינה תלויה בהתנהגותו של

¹⁶ Mark F. Grady, *Untaken Precaution*, 18 J. LEGAL STUD. 139 (1989).

¹⁷ לדין נרחב ראו Ehud Guttel, *The (Hidden) Risk of Opportunistic Precautions*, 92 VA. L. 1389 (2007).

המזיק: אם האחרון נוקט את אמצעי הזהירות, הנזק נמנע; אם המזיק אינו פועל למניעת הנזק, יהיה הניזוק זכאי לפיצוי, שכן המזיק ייחשב לרשלן.

חוסר היעילות בדוגמה האחרונה היה נמנע לו הייתה נוסחת הנד מתמקדת לא רק ביעילותם של אמצעי הזהירות שלא נקטו אלא גם ביעילותם של אמצעי הזהירות שכן ננקטו. במקרה כזה יכול היה המזיק לטעון כי נקיטת אמצעי זהירות בעלות של 9 איננה רצויה (שכן הניזוק לא צריך היה להשקיע 2 מלכתחילה). אך לא כך פועלת נוסחת הנד. לפי הדין הקיים, המזיק אינו יכול לטעון כי ההשקעה במניעה מצד הניזוק לא הייתה מוצדקת מבחינה חברתית, שכן בית המשפט יתמקד אך ורק במידת היעילות של אמצעי הזהירות שעמדו לזכות הניזוק.

הדוגמה השנייה לחוסר היעילות לפי נוסחת הנד קשורה בהיקף הפעילות של מזיקים. הספרות הקיימת מצביעה על בעיה כרונית המאפיינת את דיני הנזיקין. שני אלמנטים משפטיים על היקף הנזק: ראשית, רמת אמצעי הזהירות של המזיק.¹⁸ בהקשר זה דיני הנזיקין אכן מטילים אחריות על מזיקים אשר רמת הזהירות שלהם אינה מספקת. לדוגמה, מפעל אשר נמנע מלהתקין מסנן יהיה חייב לשלם על זיהום שנוצר מפעילות המפעל; שנית, שיעור הנזק מושפע גם מהיקף הפעילות של הגורם המזיק. אולם בהקשר זה מתקשים מאוד דיני הנזיקין לתמרץ את המזיקים הפוטנציאליים לפעול באופן מיטבי. משום שקשה לבתי המשפט לקבוע מהו היקף הפעילות האופטימלי (בשונה כאמור מרמת הזהירות האופטימלית), תביעות המבוססות על הטענה כי היקף הפעילות של המזיק היה גבוה מדי אינן שכוחות. כך טענה כי המפעל – לאחר שהלה השקיע בכל אמצעי הזהירות היעילים – היה צריך להקטין את היקף הפעילות שלו ב-10% (ובכך לצמצם את היקף הנזק שהוא גורם) אינה צפויה להתקבל במסגרת תביעת רשלנות גם אם בפועל צמצום הפעילות בשיעור זה הוא רצוי חברתית.

אך חשבו על הדוגמה הבאה: מפעל יכול לנקוט שתי רמות של היקף ייצור: גבוהה ונמוכה. ברמת פעילות נמוכה המפעל מרוויח 1,000 ש"ח. כמו כן ברמת פעילות זו הנזק שנגרם מפעילות המפעל הוא 110 ש"ח. מנגד, ברמת הפעילות הגבוהה, כאשר המפעל מגביר את היקף הייצור, רווחי המפעל עולים ל-1,100 ש"ח. הגברת פעילות הייצור גם מגדילה את הנזק שגורם המפעל, ועתה הנזק הוא 130 ש"ח. לבסוף, המפעל יכול למנוע את הזיהום בהתקנת מסנן בעלות של 120 ש"ח.¹⁹

לפי נוסחת הנד, המפעל ימקסם את רווחיו אם הוא יבחר ברמת הפעילות הנמוכה. במקרה כזה עלות המסנן גבוהה מהנזק שהמפעל גורם ($110 < 120$). הואיל והמפעל אינו רשלן, הוא לא יידרש לשלם פיצוי על הנזק, והוא יגרוף את מלוא הרווח מהייצור (1000). החלטה של המפעל להגדיל את הייצור אומנם תעלה את הכנסותיו ל-1,100, אך הואיל והנזק יעלה ל-130, יהיה המפעל חייב להשקיע במניעת הנזק, שכן עלות המסנן היא רק 120. מאחר שהמפעל הוא שיידרש לשאת בעלות המסנן, הרווח הסופי של המפעל ברמת הפעילות הגבוהה תהיה 980 בלבד ($1100 - 120$). אולם האינטרס של המפעל לייצר ברמת

¹⁸ STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 196 (2004)

¹⁹ David Gilo & Ehud Guttel, *Negligence and* ובהשלכותיה ראו *Insufficient Activity: The Missing Paradigm in Torts*, 108 MICH. L. REV. 277, 280 (2009)

הפעילות הנמוכה פוגע ברווחה החברתית. התועלת החברתית המצרפית ברמת הפעילות הנמוכה היא 890, שכן מרווחי המפעל יש לנכות את הנזק שנגרם מהייצור (110-1000). לעומת זאת כאשר המפעל פועל ברמת הפעילות הגבוהה, והמפעל מתקין את המסנן, התועלת החברתית עולה ל-980 (120-1100). כפי שדוגמה זו ממחישה, לפי נוסחת הנד, מזיקים עלולים להעדיף רמת פעילות נמוכה בשל הרצון שלהם לחמוק מהחובה לנקוט אמצעי זהירות (אף שאמצעים אלה רצויים חברתית).

הבעיה בדוגמה האחרונה נובעת מהדגש שנוסחת הנד שמה על יעילותם של אמצעי הזהירות בהתעלם מחשיבותן של רמות פעילות. לפי הדין הקיים, ניזוקים אינם יכולים לטעון כי היה על המזיק לבחור רמת פעילות גבוהה יותר, בנקיטה מוגברת של אמצעי זהירות. היקף הפעילות הוא החלטה הנתונה לשיקול דעתו של המזיק, והערכת רמת הזהירות שהוא נקט נקבעת בהינתן רמת הפעילות שהמזיק בחר.

כאמור, במבט ראשון נראה כי דוגמאות אלה חותרות תחת הטענה של קלבראזי בדבר האופן שבו דיני הנזיקין פועלים למקסום התועלת החברתית. על מנת למנוע את חוסר היעילות האמור, תומכים של הניתוח הכלכלי של המשפט יכולים להמליץ על שינוי ביישום נוסחת הנד שימנע את חוסר היעילות שבשתי הדוגמאות. בדרך זו דיני הנזיקין ימלאו את התפקיד שקלבראזי מייעד להם במיטבו.

אולם ניתן להסביר את הפער בין הטענה של קלבראזי בדבר היעילות של דיני הנזיקין לדוגמאות לעיל בדרך אחרת. כפי שקלבראזי מציע, דיני הנזיקין הם אכן "שוק" בתחפוש שבו החברה סוחרת בחיי אדם על מנת למקסם את הרווחה החברתית. אלא שבמקרים מסוימים מקסום התועלת החברתית מושג דווקא בהטלת מגבלות על האופן שבו התועלת ממוקסמת. בדוגמה הראשונה, על מנת למקסם את התועלת החברתית על בית המשפט לבחון את יעילותם של אמצעי הזהירות שנקט הניזוק. בדיקה כזו, כך ניתן לטעון, היא פגיעה באוטונומיה של הניזוק. לכן קביעה כי לניזוק אין זכות להגן על עצמו מפני נזק חותרת תחת התפיסה שלנו בדבר חירותו של הניזוק להגן על עצמו מפני פגיעה אפשרית. הגישה הקיימת היא ביטוי לתפיסה זו. ההחלטה שלא לבחון את יעילות אמצעי הזהירות שהניזוק נקט היא תוצאה של החלטה מכוונת, המתחשבת בזכותו של הניזוק לפעול לצמצום הנזק.

כך גם באשר לדוגמה השנייה. קביעה שלפיה היה המפעל חייב לייצר ברמת פעילות גבוהה יותר (בנקיטת רמת זהירות מוגברת) משמעה התערבות ניכרת בהעדפותיו האישיות של היצרן: היא מחייבת את היצרן לשנות את חלוקת זמנו בין עבודה לחופש כפי רצונו. היא מחייבת אותו להגביר את השקעתו בייצור על פני השקעותיו בתחומים אחרים (החשובים לו יותר). התערבות שכזו מעניקה משקל קטן לחירותם של אנשים. בכלליות רבה יותר, שתי הדוגמאות עשויות להמחיש סוג נוסף של Moral Costs מהסוג שקלבראזי מציע על מנת להצדיק הגבלות על יכולתם של צדדים להתקשר בעסקאות רצוניות. מעניין הוא שניתן להציע קשר רעיוני בין התמה המרכזית של הספר לנקודת המבט על דיני הנזיקין שהספר מציע.

סיכום

בחברה המעלה על נס את חופש הבחירה, איסורים על עסקאות רצוניות הם חריג בולט. ספרו של קלבראזי מהווה תרומה חשובה לדיון בדבר ההצדקה לקיומו של החריג האמור. כדרכם של ספרים מעוררי מחשבה, ספרו של קלבראזי מאתגר את הקוראים להמשיך ולחשוב על התמות המרכזיות בספר. ברשימה זו ביקשתי לעמוד על שלוש שאלות שלטעמי ראוי להמשיך ולהרהר בהן: הסדר הענישה הראוי במקרים שבהם צדדים התקשרו בעסקה אסורה, הערך האקספרסיבי באיסורים על עסקאות רצוניות והקשר שבין Moral Costs לדיני הנזיקין.