

הרהורים ספוראדיים על הצידוקים להטלת הגבלות על עסקאות רצוניות

פולמוס

מאת

אלון הראל*

איסור על עסקאות רצוניות מעורר בעיה הן אצל חסידי הגישה הכלכלית למשפט והן אצל הוגי דעות קאנטיאניים. איסור כזה הוא מוקשה מן הפרספקטיבה של הניתוח הכלכלי של המשפט. מטבעה, עסקה וולונטרית מקדמת את הרווחה של שני הצדדים לעסקה. לפיכך אין לכאורה סיבה המעוגנת בשיקולי יעילות להטיל הגבלות על עסקאות וולונטריות. בדומה לזה, הגבלות מסוג זה אינן מתיישבות עם האידיאלים של הוגי דעות קאנטיאניים. שיקולי אוטונומיה מחייבים הכרה בעסקאות מסוג אלה משום שעסקאות אלה, לפחות לכאורה, מקדמות את האוטונומיה של שני הצדדים לעסקה. אולם למרות שיקולים אלה המשפט מטיל הגבלות על שורה ארוכה של עסקאות כאלה: מכירת תינוקות, הגבלות על חוזי עבודה, איסור על חוזי עבודה ואיסור על מכירת שירותי מין. כיצד ניתן להסביר, או להצדיק, איסורים אלה? האם המסקנה המתחייבת היא כי האיסורים הללו אינם מוצדקים ויש לבטלם?

חלק לא מבוטל מספרו של קלבראזי וכן רשימתו של גוטל עוסקים בטעמים להגבלת העברה וולונטרית של נכסים וזכויות. לפי קלבראזי, ההגבלה על העברת זכויות מקורה במה שהכלכלנים מכנים "העדפות חיצוניות", דהיינו העדפות של צדדים שלישיים. מדובר למעשה בסלידה מוסרית מעסקאות מסוימות. הניחו לרגע כי אלון מצוי במצוקה כלכלית קשה ונזקק לכסף. הוא חפץ למכור עצמו לעבד לאהוד. מכירה זו איננה בהכרח לא רציונלית. ייתכן למשל כי אהוד ידוע כאדון נדיב ולא אכזר הנוהג בעבדיו בהגינות. המכירה מאפשרת אפוא לאלון לשפר את איכות חייו ולחיות חיים סבירים אף כי נטולי חירות. אולם גם בנסיבות אלה, גורס קלבראזי, המכירה עלולה לפגוע במרים, משום שמרים, הדבקה בעקרונותיו של קאנט ומאמינה בחירות ובשוויון, סולדת מן העסקה. לכאורה, מרים יכולה למנוע את התממשות העסקה במתן תשלום לאלון (כדי לשכנעו לא למכור עצמו לעבד) או במתן תשלום לאהוד (כדי לשכנעו לא לקנות את אהוד לעבד).

* פרופסור למשפטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים; רשימה זו נכתבה כמענה לרשימתו של אהוד גוטל "מדוע אסור למכור תינוקות: על דיני נזיקין וספרו החדש של Guido Calabresi "משפטים על אתר יב 213 (2019), במסגרת פולמוס שעוסק בעלויות מוסריות (moral costs) בניתוח הכלכלי של המשפט.

אלא שעלויות עסקה עלולות לסכל עסקאות מסוג אלה. מכאן מסיק קלבראזי כי יש הצדקה להטלת איסור על עבדות – איסור המיועד להגן על מרים.

קודם שאבחן בביקורתיות את רשימתו של גוטל הרשו לי להעלות השגות על עמדתו של קלבראזי. עצם קיומה של העדפה של מרים בנוגע לעסקה בין אלון לאהוד יכול לעורר שני סנטימנטים שונים: לעיתים נאמר כי יש להביא בחשבון את רגישותה של מרים ולאסור על אלון ואהוד לממש את העסקה. כך למשל אם אלון ומרים חפצים לקיים טקס הצלפה במרכז העיר שבו אהוד משלם לאלון תמורת נכונותו של אלון לאפשר לאהוד להצליף בו, ייתכן שנאמר כי יש מקום לאסור על טקס ההצלפה כדי להגן על רגשותיה של מרים. אולם במקרים אחרים נאמר שהתחשבות ברגישות של מרים איננה לגיטימית משום שהתחשבות ברגישותה היא בגדר התערבות גסה בחירות של אלון ושל אהוד. הנכונות להכיר ברגישותה של מרים מבוססת אפוא על השאלה אם רגישות זו מוצדקת או ראויה או סבירה. אולם קלבראזי אינו מעניק להבחנה זו משקל נורמטיבי. ההתערבות בחופש של אלון ושל אהוד לערוך את העסקה ביניהם מבוססת לדעתו של קלבראזי בלעדית על המצב המנטלי של מרים. ההסבר שקלבראזי מציע לא יכול אפוא להבחין בין מקרים שבהם ההעדפה של מרים היא לגיטימית וראויה להתחשבות לבין מקרים שבהם ההעדפה של מרים איננה רלוונטית משום שהיא בגדר העדפה המתערבת התערבות לא לגיטימית בחופש החוזים של אלון ושל אהוד.

בחלקן הראשון של המאמר מניח גוטל כי ההסבר המבוסס על הסלידה של צדדים שלישיים הוא מספק, והוא מעלה לפיכך את השאלה מהם האמצעים האופטימליים למנוע עסקאות הפוגעות בצדדים שלישיים. גוטל מציין כי ההסדרים המשפטיים מטילים לעיתים איסורים פליליים הן על הקונים והן על המוכרים (למשל מכירת ילדים); לעיתים החוק מטיל איסור פלילי על המוכרים בלבד (ההסדרים המסורתיים על איסור זנות אשר הטילו אחריות פלילית על עובדות המין); ולעיתים, האיסור המוטל על הקונים (ההסדרים המגינים על עובדים בדיני העבודה אשר מטילים חובות על המעבידים, וכן ההסדרים העכשוויים שעניינם איסור על עובדות המין למכור שירותי מין לצרכניהן, המטילים אחריות פלילית על הצרכנים).

גוטל סבור כי ההכרעה בשאלה על מי יש להטיל אחריות פלילית נשלטת על ידי שיקולי יעילות. הטלת אחריות על צד אחד לעסקה (הקונה או המוכר) מבטיחה כי הצד האחר לעסקה תמיד יוכל ללא היסוס לסחוט את הצד הראשון לעסקה, ומכאן להקטין את האטרקטיביות שלה. כך למשל העובדה שהפרת חובות בדיני העבודה חושפת את המעבידים לסנקצייה פלילית מעניקה הזדמנות לעובדים לסחוט את המעבידים ולכן מקטינה את התמריץ של המעבידים להפר את חוקי העבודה. אולם לדידו של גוטל, גם להטלת חובות על שני הצדדים יש יתרונות. לעיתים לא מעטות הטלת חובה על צד אחד (למשל הטלת חובה על מוכרות שירותי מין) איננה יעילה משום שהטלת קנס כבד גוררת אינסולוונטיות של צד אחד, ולכן ההרתעה קטנה מן ההרתעה האופטימלית. הטלת קנס היא אפקטיבית אך ורק כאשר העברייך מסוגל לשלם את הקנס. הטלת הקנס על שני הצדדים לעסקה יכולה להבטיח סולוונטיות, ולכן להגדיל את האפקטיביות של הסנקצייה.

הרשו לי להתחיל בבעיית האנסולוונטיות. עמדתו של גוטל היא כי לעיתים יש להטיל חבות פלילית על שני הצדדים כדי להבטיח תמריצים אופטימליים, משום שאם תוטל אחריות על צד אחד בלבד, הסנקצייה אשר תוטל על צד זה לא תהא אפקטיבית בשל החשש מאנסולוונטיות. אולם טיעון זה כוחו יפה גם כאשר מוטלת חבות על צד אחד בלבד. בהיעדר שיקולים מיוחדים, כאשר מוטלת אחריות על צד אחד בלבד (בין מטעמי יעילות ובין מטעמים אחרים) יש להטיל את החבות הפלילית על הצד האמיד יותר, ולא רק משיקולי צדק חלוקתי, אלא פשוט משום שהאפקטיביות של סנקצייה תלויה בסולוונטיות של הפרט שעליו מוטלת הסנקצייה. בטענה זו יש כדי להסביר מדוע הסנקצייה על הפרת חוקי העבודה מוטלת על המעביד (שהוא בדרך כלל אמיד) ולא על העובד.

טיעון זה כוחו יפה לא רק בנוגע לקנסות אלא גם בנוגע לעונשי מאסר. האפקטיביות של עונש מאסר תלויה בפער שבין רווחתו של הפרט בהיותו במאסר לבין רווחתו מחוץ למאסר. בהנחה שככל שאדם אמיד יותר כך חייו מחוץ לכלא טובים יותר, הטלת עונש המאסר על הצד האמיד עתידה להיות אפקטיבית יותר. מכאן שהטלת עונש המאסר על הצד האמיד עתידה להיות אפקטיבית יותר. הטענה המוצעת משתמשת בהצעתו של גוטל ומרחיבה את תחולתה. החשש מאנסולוונטיות יכול להצדיק לא רק הטלת סנקצייה על שני הצדדים לעסקה אלא גם העדפת הטלת סנקצייה על הצד האמיד לעסקה על פני הטלת סנקצייה על הצד האמיד פחות. הרשו לי לעבור עתה להעלאת השגות על עמדתו של גוטל.

הצעתו של גוטל נשענת על הפרדה חדה בין השאלה אם ראוי להטיל איסור פלילי על העסקה לבין השאלה מי נושא באחריות הפלילית בגין העסקה. בשלב הראשון נשען גוטל על הצעתו של קלבראזי שלפיה יש לעסקאות מסוימות השלכות חיצוניות על צדדים שלישיים (מכירת ילדים ומכירת אדם לעבדות). ההשפעה החיצונית הזו מבוססת על האמונות ועל הרגישויות המוסריות של הפרטים, והטעם להטלת אחריות פלילית הוא הגנה על האינטרסים של הצד השלישי. בשלב השני מוטלת סנקצייה המיועדת למנוע את התממשותה של העסקה הפוגענית. ההחלטה על מי יש להטיל סנקצייה זו נשענת על שיקולי יעילות שאינם מביאים בחשבון את האמונות המוסריות של הציבור.

אולם ההפרדה החדה בין השאלה הראשונה הנוגעת להטלת אחריות פלילית (הנשענת על השפעתה של העסקה על צדדים שלישיים) לשאלה השנייה, דהיינו על מי יש להטיל את הסנקצייה (הנשענת לדעתו של גוטל על שיקולי יעילות), מעוררת קשיים. הקושי בהפרדה החדה הזו הוא כי לעיתים קרובות ההשפעות החיצוניות על הצד השלישי אינן פונקצייה רק של העסקה גופה, אלא הן מושפעות גם מאופן הטלת הסנקציות. החברה המוסרית למשל סברה כי האיש המוכרת מין ראוייה לסנקצייה, וכי הגבר אינו אלא קורבן של יצריו. מכאן שהטלת סנקצייה על הגבר נתפסה כלא ראויה. לעומת זאת כיום נתפסת האיש המוכרת שירותי מין כקורבן של מצוקה ועוני, ואילו הגבר כמנצל את מצוקת האיש כדי לספק את תאוותיו. הלכי הרוח הללו לא רק חושפים סלידה מהעסקה אלא גם מזהים מי האחראי מבחינה מוסרית לקיומה של העסקה ועל מי יש להטיל סנקצייה פלילית. מכאן נובע כי ההשפעות החיצוניות על צדדים שלישיים מתבטאות לא רק בצורך למנוע את העסקה הפוגענית אלא גם בהכרעה על מי ראוי להטיל את הסנקצייה.

הרשו לי עתה לנתח את הטיעון השני של גוטל, המתייחס לפונקצייה האקספרסיבית של האיסור הפלילי. לפי גוטל, לעיתים התמריץ העיקרי להטלת איסור על עסקאות מסוג מסוים איננו למנוע עסקאות שהיו מתרחשות בהיעדרו של איסור, אלא לבטא שאט נפש מן העסקאות הללו. כך למשל גוטל סבור כי האיסור על עבדות איננו מיועד למנוע עסקאות שהיו נעשות אלמלא האיסור, אלא לבטא שאט נפש מעסקת העבדות. לדעתו של גוטל, גם בהיעדר איסור על עבדות לא היו נעשות עסקאות כאלה. גוטל מציין כדוגמה נוספת את סעיף 174 לחוק העונשין, האוסר על מתן תמורה לאדם בעד המרת דת. לדעתו, עסקאות אלה לא תתממשנה בפועל גם בהיעדרו של סעיף כזה, ותכלית הסעיף היא אקספרסיבית, דהיינו לבטא את שאט הנפש של הקהילה הפוליטית בישראל מהמרת דת המתבססת לא על שכנוע פנימי אלא גם על בצע כסף.

אני אינני משוכנע כי עסקאות המרת דת תמורת תשלום אינן נעשות. עם זאת אני סבור כי התובנה שמעלה גוטל מצביעה על הבחנה בין שני סוגי איסורים פליליים על עסקאות: לעיתים הסלידה של הצד השלישי היא מקיומן של עסקאות ולעיתים הסלידה היא מן המצב הנורמטיבי שבו העסקאות מותרות בחוק.

ברגיל הסלידה של הצד השלישי היא הן מהתקיימותן של עסקאות והן מן העובדה כי החוק מתיר עסקאות כאלה. נראה לי כי התיקונים לחוקה האמריקאית שאסרו על עבדות נועדו למנוע עבדות וגם לבטא סלידה מן המצב הנורמטיבי שבו עבדות מותרת. עם זאת ייתכן כי פרט אדיש למצב הנורמטיבי אך הוא סולד מהתקיימותן של עסקאות, וייתכן מצב שבו פרט יתמוך באיסור על עסקאות מבלי שהתממשותן בפועל של עסקאות תפגע בו. דוגמה למקרה השני היא הסלידה שהביעו חוגים דתיים מביטול האיסור על הומוסקסואליות אף שהיה ברור שהאיסור איננו נאכף. על פי השערת, תכלית האיסור הייתה לבטא את שאט הנפש של החברה הפוליטית מיחסים הומוסקסואליים, ולא להרתיע אנשים מקיום יחסים הומוסקסואליים. אם כן, הטיעון האקספרסיבי איננו מבוסס על הסלידה של פרטים מהתממשות העסקה גופה אלא מן המצב הנורמטיבי שבו העסקה היא לגיטימית.

הרשו לי לבסוף להעלות הסבר נוסף לקיומם של איסורים על עסקאות וולונטריות. על פי הבנתי, הניתוח הכלכלי הקלאסי מתעלם מכך שפרטים לא תמיד יכולים לנבא נכונה את רווחתם לאחר עסקה. מכאן שהנכונות להיכנס לעסקה איננה מעידה תמיד על כך שבסופו של דבר העסקה מיטיבה או צפויה להיטיב עם מי שנכון היה להיכנס אליה. דוגמה טובה לכך היא עסקאות של אם פונדקאית. הנכונות של אישה להיכנס להסכם פונדקאות מבוססת לעיתים קרובות על אי-הבנה מלאה של אופי הקשר המתפתח בין האם לתינוק. במילים אחרות, הניתוח הכלכלי הקלאסי מבוסס על אמונה מופרזת אולי ביכולותיהם הרציונליות של הצדדים לעסקה.